

## Fertilizacion Asistida Medicacion Cobertura Integral Por Parte De La Empresa De Medicina Prepaga Amparo

### JURISPRUDENCIA

Fertilización asistida. Medicación. Cobertura integral por parte de la

empresa de medicina prepaga. Amparo Se confirma la sentencia que condenó a la empresa de medicina prepaga a otorgar la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (ICSI) y cualquier otro gasto concerniente al tratamiento en los términos de la ley 26862 y el decreto reglamentario 956/2013. Buenos Aires, 6 de agosto de 2015. Y VISTOS: El

recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 89/93-cuyo traslado fue contestado a fs. 95/98- contra la resolución de fs. 82/85, y CONSIDERANDO: 1. La actora promovió acción de amparo contra Medicus S.A. a fin de obtener "la cobertura del 100% de los medicamentos del tratamiento de fertilidad, así como también los costos de criopreservación de embriones, conforme lo ordenado en el Art. 8° de la ley 26.862". A tal fin relató que desde 2011 concurrió con su pareja a distintas instituciones para iniciar un tratamiento que les permitiera concebir un hijo y que se les indicó el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad -ICSI-. Expuso que entregó la correspondiente documentación a Medicus y, ante la respuesta verbal sobre el reconocimiento de cobertura en forma parcial, presentó una nota escrita y una carta documento que fue respondida en los términos que relató. Concretamente, invocó el incumplimiento del artículo 8° de la ley 26.862 por parte de la entidad de medicina prepaga en cuanto a la negativa de cobertura de la totalidad de la medicación y de los gastos de crioconservación de embriones. También solicitó que se dispusiera cautelarmente la iniciación del tratamiento (cfr. fs. 20/24). La medida cautelar fue admitida a fs. 27/28 excluyendo la cobertura de la criopreservación de embriones. El informe previsto en el art. 8° de la ley 16.986 presentado por Medicus S.A. obra a fs. 51/57.

A fs. 59 la actora manifestó que la demandada estaba "brindando la totalidad de la cobertura de medicamentos y tratamiento de fertilización asistida" y se opuso a la producción de la prueba pericial médica. La resolución de fs. 60 declaró la causa de puro derecho. A fs. 63/67 y 78/79 dictaminó el Ministerio Público Fiscal, en los términos del art. 39 de la ley 24.946 y en relación con el planteo de inconstitucionalidad del art. 8 de la ley 26.862 y de su reglamentación articulado por la demandada, respectivamente.

2. La sentencia hizo lugar a la demanda interpuesta y condenó a Medicus a "otorgar la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (ICSI) y cualquier otro gasto concerniente al tratamiento en los términos de la ley 26.862 y el decreto reglamentario 956/2013", con costas (fs. 82/5). Para así resolver, el magistrado hizo mérito de las obligaciones establecidas por la ley 26.862 y, desde esa perspectiva, consideró insuficiente la argumentación general de la demandada relativa al financiamiento de las técnicas de reproducción asistida. En ese sentido, destacó que la reglamentación establece un máximo de tres tratamientos con técnicas de alta complejidad y la inclusión de la criopreservación de embriones en dichas técnicas. Rechazó el planteo de inconstitucionalidad del art. 8 de la ley 26.862 y de su reglamentación por los fundamentos expuestos por esta Sala en la causa 1218/12 que citó.

3. Medicus S.A. sostiene que la resolución no trata concretamente el reclamo de autos ni los argumentos expuestos en el informe circunstanciado relativos a la cobertura de la medicación y de la eventual criopreservación de embriones. Aduce que la reciente normativa no contiene ninguna previsión tendiente a la protección de los embriones que resulten concebidos mediante la técnica de fertilización asistida por lo que sus derechos fundamentales se ven afectados. Señala que el método FIV-ICSI implica una manipulación y discriminación entre los embriones que resulten concebidos, puesto que sólo serán implantados aquéllos considerados más aptos en perjuicio de los demás que serán criopreservados afectándose su derecho a la vida. Añade que la congelación implica un serio riesgo para su integridad y supervivencia. En esa dirección, mantiene el planteo de inconstitucionalidad de la ley y de su reglamentación y destaca que no garantizan la futura implantación, ni sobre quién recae la responsabilidad sobre su destino. Advierte que las objeciones formuladas por algunos legisladores no han sido salvadas por la reglamentación por lo que la legislación presenta vacíos que impiden su aplicación sin riesgos de ocasionar la violación de derechos fundamentales. Concluye que en tanto la técnica de criopreservación afecta la salud y la vida misma de los embriones, no corresponde que su parte deba asumirla y menos por un tiempo ilimitado, hasta que la actora desee continuar con el procedimiento o se decida su destino. Se agravia de que se haya prescindido de la expresa exclusión de los tratamientos de fertilización y sus accesorios según el Reglamento de Medicus, aceptada por la actora con anterioridad a la sanción de la ley 26.862. Se queja de que no se hayan analizado las razones por las que no le corresponde brindar la cobertura de la técnica "Assisted Hatching" y también de que no se haya considerado que los profesionales elegidos por la actora no son sus prestadores, por lo que sus indicaciones médicas no le resultan oponibles. A fs. 104/105 dictaminó el Señor Fiscal General, quien propicia el rechazo de la tacha de inconstitucionalidad articulada. 4. Ante todo, el Tribunal adelanta que, cualquiera sea la pertinencia sustancial de la apelación de la entidad de medicina prepaga, corresponde descartar la sanción de deserción del recurso solicitada por la actora pues el litigante ha individualizado con claridad sus agravios,

por lo que se consideran satisfechos los recaudos formales impuestos por el artículo 267 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -texto según la ley 26.939 Digesto Jurídico Argentino-. 5. En cuanto a la inconstitucionalidad del art. 8 de la ley 26.862 y del decreto 956/13 planteada por Medicus en relación con la cobertura de la criopreservación, la apelante no cuestiona concretamente los fundamentos de esta Sala en la causa 1218/12 reproducidos en la resolución. En efecto, allí se recordó que el control de razonabilidad de una disposición legal debe efectuarse sobre la base de que la declaración de inconstitucionalidad configura un acto de suma gravedad que es la última ratio del orden jurídico, por lo que requiere inexcusablemente la demostración del agravio en el caso concreto y sólo cabe acudir a ella cuando no exista otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Constitución Nacional (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos 256:602, 258:255, 316:2624, 330:855, 333:447 y causa "Rizzo", R.369.XLIX, del 18-6-13, entre otros). Tal inteligencia lleva a descartar las impugnaciones constitucionales sustentadas en la invocación de agravios meramente conjeturales, es decir, aquellos supuestos en que no se acredita de forma fehaciente un concreto perjuicio por la aplicación de la norma (cfr. Fallos 328:4282). En esa dirección, toda vez que la ley 26.862 y el decreto reglamentario - en lo que atañe a la recurrente- únicamente disponen la cobertura económica de la prestación, el interesado no ha demostrado que la contradicción con la Ley Fundamental que alega le produce un gravamen concreto y actual, tal como se expuso en la resolución apelada. Por otra parte, los cuestionamientos relativos a la técnica de criopreservación que formula sin haber aportado elementos probatorios sobre los extremos alegados, no satisfacen los recaudos que exige la arraigada jurisprudencia del Alto Tribunal, a lo que se añade que los aspectos relacionados con la protección del embrión serán objeto de una ley especial (cfr. art. 9° de la ley 26.994 -B.O. 8-10-14- que aprobó el Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia el 1 de este mes, conforme el art. 7°, sustituido por la ley 27.077 -B.O. 19-12-14), cuyo proyecto ha sido aprobado por la Cámara de Diputados y se encuentra en el Senado de la Nación (cfr. exp. CD 101/14). Además, el objeto de la ley 26.862 es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (cfr. art. 1° tanto de baja como de alta complejidad (cfr. art. 2°) y en procura de tal fin, el art. 8° dispone la cobertura integral de esos procedimientos a los afiliados o beneficiarios del sector público de salud, de las obras sociales, de las entidades de medicina prepaga y de todos los demás agentes que brinden servicios médico- asistenciales. En ese sentido, cabe recordar que no corresponde a los tribunales juzgar el acierto o la conveniencia del medio arbitrado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones para alcanzar el fin propuesto (cfr. Fallos: 324:3345, 325:645 y 333:447). 6. Seguidamente, se debe señalar que la ley 26.862 determina que tiene derecho a acceder a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida toda persona mayor de edad que haya explicitado su consentimiento informado (cfr. art. 7°). Asimismo, se establece el deber -en lo que aquí resulta pertinente- de las obras sociales, las entidades de medicina prepaga y todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, de incorporarlas como prestaciones obligatorias a brindar a sus afiliados y se dispone su inclusión en el PMO, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca el Ministerio de Salud como autoridad de aplicación (cfr. arts. 3° y 8°). También se determina que sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República (cfr. art. 10). En tales condiciones, teniendo en cuenta la obligatoriedad de las prestaciones mencionadas en el artículo 8°, su inclusión en el PMO establecida en la ley y el carácter de orden público de sus disposiciones (art. 10), los términos del contrato con la empresa de medicina prepaga -Reglamento de Medicus- no pueden constituir un obstáculo para acceder a las técnicas de reproducción asistida (cfr. esta Sala, causas 3578/10 del 12-7-13, 7316/12 del 5-9-13 y 3940/12 del 22-10-13). 7. En función de ello, la cobertura de la criopreservación de los embriones, cuya inclusión en las "técnicas de alta complejidad" ha sido establecida en el decreto 956/13 (cfr. artículo 2° del anexo I, BO 23-7-13), es una obligación que no puede eludir la demandada con la invocación de su Reglamento. Sin embargo, cabe admitir el agravio relativo al alcance ilimitado de cobertura de esta prestación, toda vez que no resulta compatible con un criterio de razonabilidad exigible a los magistrados frente a la ausencia de previsión legal y con la cantidad de tres tratamientos de alta complejidad que reconoce el decreto. En consecuencia, la accionada deberá asumir la criopreservación de embriones hasta tanto se cumpla con los tres procedimientos de reproducción asistida, lapso que no podrá exceder de tres años, plazo que se considera prudente en función de la naturaleza de estos tratamientos, debiendo, en su caso, luego del tercer intento o del vencimiento del plazo, quedar a cargo de la actora el mantenimiento y los gastos que se deriven de dicha preservación, sin perjuicio de legislaciones posteriores. 8. En cuanto a la medicación, que la demandada pretende afrontar hasta el 40% con invocación de los límites del PMO, tanto la ley 26.862 (artículos 1° y 8°) como su decreto reglamentario 956/13 (art. 1°) garantizan el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. También se determina el deber de incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura integral de los medicamentos, terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida y su inclusión en el PMO (art. 8° de la ley y su reglamentación). En tales condiciones, la posición asumida por la demandada en cuanto a la cobertura parcial de la medicación es incompatible con el carácter

integral establecido en la legislación aplicable (cfr. esta Sala, causas 6359/10 del 26-2-15 y 7347/12 del 12-3-15; Sala II, causa 6464/13 del 27-2-15). 9. Con relación a la cobertura de la técnica de "Assisted Hatching" se debe destacar que, a pesar de haber sido denegada extrajudicialmente (cfr. carta documento a fs. 3), no integró el objeto del amparo, tal como se desprende del considerando 1 (cfr. asimismo, puntos I.- Objeto, III.1 y III.2 a fs. 20/21), por lo que no puede considerarse comprendida en el alcance de la condena y nada cabe resolver al respecto (cfr. Artículos 163 -inc. 6-, 273 y 278 del Código Procesal -texto según la ley 26.939 Digesto Jurídico Argentino-, supletoriamente aplicables en virtud de la remisión del art. 17 de la ley 16.986). Por último, toda vez que la recurrente no cuestionó la necesidad y la conveniencia del tratamiento indicado por los médicos que atienden a la actora, el planteo en cuanto a que no le son oponibles las prescripciones médicas formuladas por esos profesionales es improcedente.

Sobre el punto, es oportuno señalar que aunque la causa fue declarada como de puro derecho, la prueba pericial médica que ofreció en el informe se refiere a aspectos generales de la fertilización asistida y no se relaciona concretamente con la aplicación de estas técnicas a la actora (cfr. fs. 56, punto V). Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: confirmar la resolución apelada con el alcance precisado en los considerandos 7, 8 y 9, con costas a la vencida (art. 14 de la ley 16.986). En atención al mérito, a la extensión, a la eficacia de la labor desarrollada y a la naturaleza de la causa, se confirman los honorarios regulados al letrado patrocinante de la actora, Dr. Walter Fernando Krieger -arts. 6 y 36 del arancel de honorarios de abogados y procuradores-. Por los trabajos de Alzada, valorando la naturaleza de la causa y el resultado de la apelación, se regulan los honorarios del Dr. Krieger en ? pesos (\$...); arts. 14 y cit. del arancel de honorarios de abogados y procuradores. Regístrese, notifíquese -al Señor Fiscal General en su despacho- y devuélvase. María Susana Najurieta Ricardo Guarinoni Francisco de las Carreras

003984E