

## Accion De Amparo Fertilizacion Asistida Ovodonacion Fertilizacion In Vitro Obras Sociales Cobertura Integral Ley 26862

### JURISPRUDENCIA

in vitro. Obras sociales. Cobertura integral. Ley 26862

Acción de amparo. Fertilización asistida. Ovodonación. Fertilización in vitro. Obras sociales. Cobertura integral. Ley 26862

Se ordena cautelarmente a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación otorgar a los actores la cobertura total del tratamiento de fertilización in vitro mediante técnica ICSI con ovodonación (incluyendo medicación, honorarios médicos y demás gastos), en la medida en que la imposibilidad de procrear constituye una limitación que afecta de manera real y efectiva la calidad de vida y la salud psíquica de una pareja. Buenos Aires, 29 de marzo de 2016. Y VISTOS: El recurso de apelación interpuesto a fs. 84 y fundado a fs. 97/101 -cuyo traslado fue contestado a fs. 103/108-, contra la resolución de fs. 57/58, y CONSIDERANDO: 1. Los actores promueven acción de amparo contra la Obra Social del Poder Judicial y el Estado Nacional a fin de que se declare la ilegitimidad manifiesta del acto por el cual se rechazó la solicitud de cobertura y se ordene la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad -ICSI-, con ovodonación, en el centro médico Fertilab incluyendo la medicación y gastos que demande hasta lograr el embarazo. También solicitan que se ordene cautelarmente a la obra social demandada brindarles la cobertura total del tratamiento reclamado. A tal fin exponen que a la Sra. A.C. se le diagnosticó esterilidad por falla ovárica precoz en 2009, a los 31 años. Con ese antecedente y en virtud de las edades actuales -38 y 40 años- y luego de múltiples estudios médicos, en 2015 la profesional que los atiende entendió que el tratamiento pretendido resultaba la única opción viable para la consecución del embarazo. Explicó que solicitaron la autorización a la obra social, que la denegó alegando que no cubre los procedimientos en los que se emplean gametos no pertenecientes a la pareja, en razón de no estar reglamentada su donación (cfr. fs. 45/56). A fs. 57/58 el señor juez admitió la medida cautelar y ordenó a la Obra Social del Poder Judicial de la Nación otorgar a los actores la cobertura total del tratamiento de fertilización in vitro mediante técnica ICSI, con ovodonación (incluyendo medicación, honorarios médicos y demás gastos) para su realización en el centro médico Fertilab, con los límites previstos en el artículo 8, tercer párrafo, del decreto 956/13. 2. La obra social se agravia de lo decidido con sustento en que la donación de gametos carece de reglamentación adecuada y que actualmente existe un proyecto de ley con media sanción destinado a regularla. Agrega que se trata de una situación que presenta numerosas cuestiones bioéticas y legales. Sostiene que la reglamentación no es una mera formalidad que tienda a demorar la puesta en vigencia de un tratamiento sino que implica transparencia y el resguardo de los derechos de los peticionantes y de quien procuran engendrar. Destaca que los actores pretenden realizar el tratamiento en una institución que no está registrada en el Ministerio de Salud como centro con banco de gametos autorizado y cita jurisprudencia al respecto. Cuestiona que deba afrontar la totalidad de los costos derivados de la ovodonación porque la normativa aplicable estipula que la donación de gametos y embriones debe ser gratuita. Controvierte la existencia de peligro en la demora y señala la coincidencia con la pretensión de fondo. 3. En primer lugar, a diferencia de lo manifestado por la parte actora, la Sala entiende que el memorial de la obra social satisface la exigencia del art. 267 del Código Procesal -texto según el DJA- puesto que allí se critica la resolución del juez de primera instancia en los aspectos que se cree que ha errado, indicando las razones por las cuales debe revocarse la decisión que se considera injusta. Todo ello justifica, sin más, el rechazo de esta defensa, máxime teniendo en cuenta el criterio restrictivo que debe presidir la aplicación de la sanción de la deserción de la instancia, por su gravedad (cfr. esta Sala, doct. causas 4782/97 del 24/3/98, 2150/97 del 16/11/00 y 3041/97 del 19/6/01). 4. Seguidamente, en cuanto a la donación de óvulos involucrada en la resolución apelada, corresponde señalar que el artículo 2° de la ley 26.862 (B.O. 26-6-13) dispone que dentro de la reproducción médicamente asistida, quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos. En esa dirección, el decreto reglamentario 956/13 (B.O. 23-7-13) incluye entre las técnicas de alta complejidad a la donación de ovocitos (art. 2° del Anexo I). La mencionada ley también establece la obligación de la Obra Social del Poder Judicial de incorporar como prestaciones y brindar a sus afiliados la cobertura integral de las técnicas de reproducción asistida (art. 8°), mientras que el decreto determina que si se requieren gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES), cómo se debe proceder si la donación se ha efectuado en un establecimiento distinto al de realización del tratamiento, que la donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento y que nunca tendrá carácter lucrativo o comercial (cfr. art. 8). En tales condiciones, toda vez que en lo que le atañe, las normas -cuya constitucionalidad no ha sido objetada por la recurrente- únicamente disponen la cobertura económica de la prestación, los cuestionamientos que formula no revelan la existencia de un concreto perjuicio por su aplicación en la resolución apelada. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación (texto aprobado por la ley 26.994)

contempla facetas relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, entre las que se incluye a los casos de donación de gametos (cfr. artículos 560 y siguientes). Aunque 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 agosto de 2015, 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, citado por la recurrente), esta circunstancia no resulta suficiente para sustraerse del deber de cobertura que la ley le impone.

5. Contrariamente a lo que sostiene la apelante, de las constancias de autos se desprende que el centro médico Fertilab se encuentra inscripto en el REFES en el "Listado de establecimientos de salud con fertilización asistida" y allí consta que dispone de banco de gametos (cfr. impresión a fs. 10 de la lista a la que se accede en [www.msal.gov.ar](http://www.msal.gov.ar) -en la pestaña REFES- Ley Nacional 26.862 de Fertilización Asistida), de manera tal que los requisitos establecidos en la ley 26.862 (art. 4°) y en el decreto 956/13 (art. 8°) pueden considerarse satisfechos (cfr. esta Sala, causa 603/15 del 29-12-15). Sobre el punto, el precedente de esta Sala que invoca difiere en cuanto a las circunstancias de hecho, toda vez que es anterior a la inscripción en el REFES de establecimientos que cuentan con bancos de gametos (cfr. causa 8311/11 del 17-9-13).

6. A continuación, corresponde destacar que este Tribunal ha decidido que es claro que la cobertura de los tratamientos o medicación que se requiera para la donación de gametos no resulta alcanzada por la prohibición contenida en el artículo 8 del decreto 956/13, toda vez que no es posible atribuirle carácter lucrativo o comercial al hecho de recibirlos por la donante (cfr. causas 5746/14 del 24-2-15, 2483/15 del 6-10-15 y 7483/15 del 11-2-16). Asimismo, la obra social se limita a citar el mencionado precepto, sin indicar de qué manera la obligación de asumir los gastos médicos derivados de la donación de gametos hace de ella un acto de naturaleza lucrativa o comercial. En tales condiciones, la posición asumida por la obra social queda desprovista de sustento jurídico y resulta incompatible con la garantía de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida que constituye el objeto de la ley 26.862 (cfr. art. 1°) y con las disposiciones mencionadas en el considerando 4 (cfr. esta Sala, causas 5746/14 y 2483/15 citadas).

7. En cuanto al peligro en la demora, el Tribunal ha reconocido que en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, resulta suficiente para tener por acreditado tal recaudo, la incertidumbre y la preocupación que ellas generan, de modo que la medida sea necesaria para disipar un temor de daño inminente, acreditado prima facie o presunto (cfr. causas 6655/98 del 7-5-99, 436/99 del 8-6-99, 7208/98 del 4-11-99, 1830/99 del 2-12-99 y 1056/99 del 16-12-99; en ese sentido, ver Fassi-Yáñez, "Código Procesal comentado", t. 1, pág. 48 y sus citas de la nota n° 13 y Podetti, "Tratado de las medidas cautelares", pág. 77, n° 19). En esa dirección, la imposibilidad de procrear es una limitación que puede afectar de manera real y efectiva la calidad de vida y la salud psíquica de una pareja (cfr. esta Sala, causa 621/08 del 16-11-08 y jurisprudencia citada) y a tal efecto cabe ponderar la patología que padece la Sra. A.C. desde hace varios años y su edad (cfr. fs. 1) que conducen a tener por acreditado el mencionado requisito, máxime cuando la estrecha relación que existe entre las condiciones de admisibilidad de las medidas cautelares determina que a mayor verosimilitud en el derecho menor es la exigencia en cuanto a la gravedad e inminencia del daño (Fassi-Yáñez, "Código Procesal comentado", t. 2, pág. 47).

8. En lo atinente a la coincidencia de objeto entre la medida cautelar solicitada y la acción de amparo deducida se ha señalado que, en esas condiciones, no se puede descartar su aplicación so peligro de incurrir en prejuzgamiento, cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (Corte Suprema, in re "Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros", C.2348.XXXII, del 7-8-97). Y ello es así, pues es de la esencia de estos institutos procesales enfocar sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, pues se encuentran dirigidos a evitar los perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida, tornándose de dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva. En consecuencia, una solución contraria a la que aquí se propicia convertiría a este tipo de medida en una mera apariencia jurídica sin sustento en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el impedimento de un eventual prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo. Esto no es así desde que la decisión del Tribunal sobre la medida cautelar no es definitiva sobre la pretensión y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia de la situación actual dirigida a conciliar -según el grado de verosimilitud- los intereses del actor fundados en un derecho verosímil y el derecho constitucional de defensa del demandado (cfr. Corte Suprema, causa C.2348.XXXII, cit.). Por los fundamentos expuestos, el Tribunal RESUELVE: confirmar la resolución apelada, con costas (art. 71 del Código Procesal, texto según ley 26.939, DJA).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. María Susana Najurieta Ricardo Guarinoni Francisco de las Carreras

Correlaciones: CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN - LIBRO II - TÍTULO V - CAPÍTULO 2 -

Reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida (arts. 560 a 564)

Ley 26862 - BO:

26/06/2013

007257E