

Crioconservacion De Embriones Obligacion De La Obra Social De Costear

JURISPRUDENCIA

Crioconservación de embriones. Obligación de la obra social de

costear Se obliga a la obra social a brindar cobertura de crioconservación de embriones excedentes a los implantados en el proceso de fertilización asistida que se están realizando los amparistas. En la ciudad de San Nicolás de los Arroyos, a los 25 días del mes de octubre de 2016, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Nicolás, integrada por los Dres. Damián Nicolás Cebey, Marcelo José Schreginger y Cristina Yolanda Valdez, se reúne en Acuerdo Ordinario para dictar sentencia definitiva en los autos "LLUSIA MARIA DEL PILAR Y OTRO/A C/ MINIST. DE SALUD - I.O.M.A. S/ AMPARO", en trámite bajo el n° 2237. Según el sorteo efectuado se estableció el siguiente orden de votación: Dres. Cristina Yolanda Valdez, Damián Nicolás Cebey y Marcelo José Schreginger. ANTECEDENTES 1. Se presentan (fs. 48/64) la Sra. María del Pilar Llusia y Luis Oscar Quiroga, con el patrocinio letrado de la Dra. María José Mariani, interponiendo demanda contra IOMA pretendiendo obtener la inmediata cobertura de tratamiento ICSI con donación de gametas femeninas -OVODONACION con donante exclusiva- más cobertura íntegra de estudios médicos que al efecto se indiquen, previos al tratamiento y posteriores al eventual embarazo, controles médicos, ecográficos, transferencia de embriones, como así también descartables, anestesia, medicación, honorarios médicos y/o cualquier otro emolumento que se origine en el procedimiento, todo ello hasta que ocurra el efectivo embarazo, más cobertura de gastos de crioconservación de embriones. Manifiestan que, ante la imposibilidad de lograr un embarazo, el Dr. Carlos Carrere indica la realización de tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, por lo que -a los efectos de la cobertura social- inician trámite por ante el IOMA bajo el n° 03-413-0021716-13 y que, por el silencio del instituto, lo intiman fehacientemente, obteniendo la aprobación de una cobertura (parcial) a partir de fecha 16/5/14. Aclaran que, desde el 03/11/14, todos los intentos realizados sobre la Sra. Llusia arrojaron resultado negativo; que, a consecuencia de ello y en virtud de la edad de la Sra. Llusia (41 años), el galeno mencionado sugiere la ovodonación, situación que generó el inicio del trámite n° 03-413-0031117-15, ante el organismo demandado. Continúa diciendo que, al no obtener ningún tipo de respuesta, el 20/11/15 remitió carta documento intimando a la demandada a que -en el plazo de noventa y seis (96) horas- proceda a la autorización y cobertura del tratamiento; y que, sin respuesta del organismo y al ver vulnerados sus derechos, se encuentra habilitada para iniciar la presente acción. Fundan en derecho, ofrecen prueba y solicitan medida cautelar. 2. A fs. 66/67, el a quo rechaza la medida cautelar y da curso a la demanda en los términos de la Ley n° 13.928. 3. Requerido el informe circunstanciado, se presenta Fiscalía de Estado, contesta demanda -fs. 72 y vta.- acompañando el expediente administrativo n° 5100-14150/2016 (fs. 143), y negando que exista silencio injustificado por parte del IOMA y que se den los presupuestos para viabilizar la presente acción; ofrece prueba, plantea el caso federal. Por dicho expediente, indica que la accionante -mediante el expediente n° 3-413-21716/13- solicitó la cobertura de procedimiento de fertilización asistida de alta complejidad en Procreate; que, por trámite n° 72786/14, la actora remitió carta documento intimando la resolución en trámite, dejándose constancia por parte del IOMA que aquél había sido autorizado. Agrega que, en el marco del trámite n° 3-413-31117/15, la amparista solicitó la cobertura del tratamiento de fertilización con técnica de ovodonación, y que el citado trámite se encuentra pendiente de resolución, habiéndose solicitado documentación respaldatoria con fecha 13/11/15, debiendo -una vez cumplimentada- remitirse a la Dirección de Auditoría y Fiscalización Médico Ambulatoria para que la auditoría especializada se expida; que, como tal el trámite aún no ha sido resuelto, por lo tanto, tampoco ha sido denegado. 4. Conferido el traslado a la actora, ésta insistió -a fs. 149/150- en sostener que -si bien la Administración no ha dictado ?acto firme?- sí ha existido omisión, al guardar silencio al pedido de cobertura de los actores en virtud de no haber contestado oportunamente la misiva que se le remitiera. 5. A fs. 151 pasan los autos para resolver y, a fs. 152/154 vta., la Magistrada de grado dispone rechazar la demanda promovida por María del Pilar Llusia y Luis Oscar Quiroga, exhortando al IOMA que -una vez reunidos los elementos requeridos- proceda a dictar inmediato acto administrativo, evitando en cuanto fuere posible todo proceder burocrático que pueda contribuir a tornar en ideales los derechos que detentan los administrados, y le recuerda a la accionada la afirmación -por ella- expresada a fs. 141/142 de autos. Además impone las costas por su orden, y regula los honorarios de la Dra. María José Mariani (por la parte actora) en la suma de Pesos Dos Mil (\$.2.000), con más los adicionales de ley, y no regula los correspondientes al letrado de la accionada -Dr Francisco De Benedetto-, en virtud de lo normado por el artículo 18 del decreto ley n° 7543. Para así resolver, considera -con cita de jurisprudencia- que (en el caso de autos) no se advierte la existencia de un acto, hecho u omisión, que en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace el ejercicio de derechos o garantías constitucionales con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Considera que -luego que la demandada otorgara cobertura para la realización del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (ICSI), con basamento en los estudios que

previamente se había realizado la pareja, ante la falta de evolución de los ovarios de la Sra. Llusia pese a la estimulación que se le practicara- la actora, en fecha 06/10/15, efectúa ante el IOMA solicitud de ampliación -modificación- del método antes autorizado al de ovodonación, para lo cual -contrariamente a lo denunciado en la demanda (fs. 50 2º párrafo)- el IOMA requirió cierta documentación, de la cual no obra constancia de presentación alguna. Aduce que la solicitud de cambio de prestación ingresó a la Administración en fecha 06/10/2015, mientras que el IOMA requirió (por nota fechada 10/11/15) cierta documentación a los efectos de resolver la petición, y que ello aún no ha acaecido, según lo denunciara el IOMA en su conteste. Sostiene que la demandada, ante la solicitud impetrada por la actora, poseía y aún lo hace potestad suficiente para exigir la información idónea y adecuada para resolver en consecuencia, en los plazos y bajo las modalidades que correspondan en pos de no vulnerar los intereses y derechos del afiliado. Agrega que el plazo transcurrido entre la solicitud de información (que data del 10/11/15) y la fecha de remisión de la carta documento (del 20/11/15) no puede considerarse irrazonable, más cuando la parte actora no ha acreditado haber arrojado al IOMA la documentación que en fecha 10/11/15 se le solicitara. 6. A fs. 159/165 vta. se presenta la actora, apelando el fallo, resaltando como agravios los que se enuncian seguidamente. a) Cuestiona que -en el fallo en crisis- se sostenga que no hubo omisión por parte del IOMA; dice que, contrariamente a la falta de omisión, se configuró ante el silencio guardado por la accionada a la intimación fehacientemente cursada, mediante carta documento de fecha 20/11/2015, lo que justificó la interposición de la presente acción de amparo, el día 30/12/2015. Repasa normas e indica que, en razón del silencio configurado en negativa de la entidad prestadora, la única vía era la presente acción de amparo, cuestión que la misma juzgadora tiene en cuenta a la hora de imponer las costas. b) Se queja de la afectación del derecho a la salud, a la salud reproductiva y el derecho a la protección integral de la familia, consagrado tanto a nivel nacional como provincial, cita jurisprudencia y normas nacionales e internacionales que regulan la materia. Destaca que Llusia posee cuarenta y dos (42) años de edad, lo cual acrecienta la existencia del riesgo en iniciar el tratamiento. c) Dice que yerra el a quo al sostener que los actores no presentaron en el expediente administrativo la documentación peticionada por la demandada; que, por el contrario, cumplieron con el trámite que fue aprobado como surge de fs. 40, y a fs. 45 (al solicitar el cambio de fertilización asistida a FIV con Ovodonación). Destaca haber presentado toda la documental necesaria y que cualquier otra que se reclamara era sólo de manera dilatoria, procurando la demandada desiste ella del trámite ante los innumerables obstáculos que se van presentando en los expedientes administrativos por culpa de la Administración. d) También dice que yerra la juzgadora al sostener que no puede tomarse razonable el plazo transcurrido entre la solicitud de información (que data del 10/11/15) y la fecha de remisión de la CD (del 20/11/15), máxime sin haber acreditado que el IOMA poseía la documentación del caso. Alega que no se advierte en sentencia que el plazo irrazonable es el transcurrido desde la presentación de ampliación de trámite ya aprobado (06/10/2015) e intimación fehaciente mediante CD (del 20/11/2015), habiéndose configurado omisión. e) Insiste en que el fallo, al tergiversar lo expuesto en demanda, viola el principio de congruencia y defensa en juicio, y que no se adecua a la norma, ni al espíritu de las leyes y decretos de fertilización asistida, ni a todos los decretos y normativas vigentes en nuestro derecho positivo que salvaguardan el derecho a la salud y salud reproductiva, entre otros. Mantiene la reserva del caso federal. Pide que se revoque el fallo, y las costas se impongan a la demandada. 7. Conferido el respectivo traslado a la demandada, no consta en autos que hiciera uso de su derecho al responde. 8. Recibido el expediente en esta Alzada (fs. 170), efectuada la medida para mejor proveer dispuesta a fs. 171, y celebrada la audiencia informativa el día 26/09/2016 (fs. 241), quedando los autos en estado de resolver, la Cámara estableció la siguiente cuestión: - ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? La Dra. Valdez dijo: - I. Vistos los antecedentes del caso transcritos anteriormente, comenzaré por analizar el rechazo que la Sra. Jueza de grado efectuó de la demanda instaurada por María del Pilar Llusia y Luis Oscar Quiroga contra el IOMA, pero exhortando al instituto demandado que -una vez reunidos los elementos requeridos- procediera a dictar inmediato acto administrativo, evitando -en cuanto fuere posible- todo proceder burocrático que pudiera contribuir a tornar en ideales los derechos que detentan los administrados (fs. 152/154 vta.). II. El primer punto traído por los recurrentes es que (contrariamente a la falta de omisión advertida por la a quo) se configuró el silencio por parte de la accionada a la intimación fehacientemente cursada (mediante carta documento de fecha 20-11-2015), justificando así la interposición de la presente acción de amparo en fecha 30-12-2015. Con su resultado continuaré, en su caso, el examen de los restantes agravios. No es motivo de debate que haya habido cobertura previa por parte de IOMA de prestaciones sobre fertilización asistida a la afiliada y ello, además, ha sido corroborado en la audiencia llevada a cabo ante esta Alzada. En cambio, y a partir del requerimiento de prácticas con ovodonación, es que se entabla el conflicto. Por parte de los reclamantes, dicen que existe omisión del IOMA ante su pedido por carta documento. En cuanto al instituto demandado, alega que requirió la cumplimentación de documentación faltante realizada en el transcurso del último año y que detalla (v. fs. 220). Entablada la demanda, conferido el traslado respectivo, se presenta la demandada a contestarla. Uno de los puntos invocados en el responde a fs. 141 vta. es: - "Se deja constancia que el citado trámite se encuentra pendiente de resolución, esto es el mismo se encuentra en curso, habiéndose solicitado la documentación

respaldatoria con fecha 13/11/15 a la afiliada a través de la Región Junín, debiendo retornar a la Dirección de Auditoría y fiscalización medico Ambulatoria para que la auditoría médica especializada se expida al respecto. Se advierte que el trámite aún no ha sido resuelto, por lo tanto, tampoco ha sido denegado." A su vez, fue acompañada copia de la Resolución n° 5343/15 de fecha 14 de octubre de 2015 (v. fs. 113/138), la que encuentro publicada en la web:http://www.ioma.gba.gov.ar/formularios/2015-res_5343.pdf Surge de ella que fue dictada por el Directorio del IOMA en uso de las facultades legales (Ley n° 6982, artículo 7 incisos d, f y g), y que trae anexo único donde -además de indicar las prestaciones incluidas, entre las que se encuentra FIV con técnica de ovodonación (punto 8- fs. 123)- detalla la documentación necesaria que el afiliado debe aportar. Refiere además sobre el circuito administrativo (fs. 128/129). Evidentemente para el primer tratamiento sin resultados, los amparistas siguieron tal circuito, logrando las prestaciones. Y al requerir ampliación de la cobertura comprensiva de la ovodonación, IOMA solicitó documentación respaldatoria, enviándose a la Región Junín (v. fs. 149). Tal situación fue corroborada con la medida para mejor proveer dictada en esta sede a fs. 171 y 201. De la contestación surge a fs. 207 la carta documento que refieren los demandantes de fecha 20/11/2015. El 26/11/2015 la Dirección de Relaciones Jurídicas gira a la Dirección de Auditoría y Fiscalización Médico-ambulatoria la solicitud de tratamiento con ovodonación (fs. 209). También se observa que obra prescripción médica a fs. 212 de FIV con ovodonación, diagnóstico baja reserva ovárica de fecha 29/09/15 y resumen de historia clínica a fs. 213 de igual fecha. Ambos suscriptos por el Dr. Carrere. Luego, a fs. 220, hay un pedido del Director de Auditoría y Fiscalización Médico Ambulatoria al Director de Junín que comunica (con fecha 10/11/2015) que -en el marco de la Resolución n° 2492/14- es necesario que se le solicite a la afiliada cumplimente la documentación faltante, realizada en el transcurso del último año y detalla tanto la correspondiente a ambos integrantes de la pareja como de la afiliada y de la pareja de la afiliada, leyéndose al pie "notificada". Dichas actuaciones fueron puestas a compulsa por despacho de Presidencia el 11/08/2016 a fs. 229 por el término de tres (3) días, lo cual se cumplió por conducto de la cédula de fs. 230/231, encontrándose los amparistas notificados el 12/08/2016. Considero que aún ante la hesitación que pudiera haber sobre la "notificación" aludida a fs. 220, ello corrobora la posición que ya planteara IOMA en la contestación de demanda, y a cuya compulsa se convocó a los amparistas, sin que los mismos la negaran. Y remontándonos al traslado del responde (v. fs. 149/150), la amparista Llusia sólo dice que IOMA guardó silencio ante la carta documento, pero no niega que se le haya pedido documentación alguna y así justifica el inicio de la acción de amparo el 30/12/2015. Es más, a fs. 149 vta. lo consiente, pero justifica que son estudios costosos, aunque cubiertos por la obra social demandada, y dolorosos, por lo que dice: - "Ello dado que, como ya lo expresara el Dr. Carrere en su resumen (sic) de historia clínica y prescripciones, la suscripta prácticamente no tiene posibilidades de embarazo con sus propios óvulos, por tal motivo se requirió la ovodonación." A esta altura, diré que la misiva dirigida a la obra social ha ingresado en el circuito administrativo, generando el pedido -por parte del IOMA- de documentación respaldatoria ante esta extensión del trámite, lo que es lógico a los fines del contralor que le corresponde, y a ello nada han dicho quienes aquí apelan, corroborando entonces la posición de la obra social al decir que el trámite no está denegado, sino en curso. Sin embargo, y sin que obren constancias sobre el cumplimiento requerido, los propios actores (v. fs. 243/244) incorporan en autos la "Autorización de Cobertura Para: FIV con Ovodonación", firmado y sellado por Dirección Auditoría y Fiscalización Médico Ambulatoria con fecha 06/09/16. Con ello se evidencia que al menos obraba una omisión por parte del Ioma en contestar el pedido, por lo que la vía elegida se encuentra justificada (art. 20 inc. 2 CPBA, art. 1 Ley 13.928). En la audiencia de autos (v. fs. 241) el Director de IOMA Junín se comprometió a dar respuesta al caso concreto con relación a los estudios de laboratorio contemplados en el módulo para efectuarlos en la ciudad de Junín. Los amparistas (fs. 244) denuncian no haber tenido respuesta. Recuerdo que en la audiencia se explicitó -por parte de los representantes del Instituto demandado- que el módulo incluía tales exámenes, que deben ser llevados a cabo por el prestador del módulo, por tener entre el prestador y la obra social preestablecidos los mismos dentro de dicho módulo. Y evoco también que los amparistas plantearon y/o preguntaron sobre la posibilidad de hacerlos en Junín, debido a la distancia de su residencia y la ciudad de Buenos Aires donde se encuentra el prestador. III. En demanda los reclamantes han solicitado la cobertura también de los estudios posteriores al eventual embarazo, controles ecográficos, transferencia de embriones, descartables, anestesia, honorarios médicos y/o cualquier otro emolumento que se origine en el procedimiento hasta el efectivo embarazo y los gastos de criopreservación de embriones en caso de generarse más de tres (3). Esto fue mantenido en el recurso de apelación. IV. Encuentro -con relación a los estudios de laboratorios que pretenden se efectúen en Junín, como toda práctica anterior y posterior indicada- que no son puntos que debemos resolver, atento a que (bajo el módulo autorizado) los amparistas ya cuentan con la cobertura, en tanto -ante cualquier gasto extra que eventualmente se les pretenda cobrar por parte del prestador- podrán acudir ante el Instituto para que éste haga cumplir lo que pactara con aquél. V. Tampoco debemos decidir sobre la prestación de FIV con ovodonación, por haber devenido abstracta en razón de la autorización obrante a fs. 243 (artículo 260 CPCC) y presentada por la accionada en la audiencia de fecha 26/09/2016. VI. Entiendo que resta pronunciarse sobre la crioconservación de embriones que

eventualmente se obtuvieren, en tanto se logaran más de tres de ellos y éstos no resultaran implantados. Preliminarmente recordaré que en casos previos ya me he expedido en torno a mi objeción de conciencia (art 19 CN) respecto de acceder a las prácticas de fecundación in vitro, donde la selección de la vida humana, es decir, de los embriones, está en juego, por lo que me he visto impedida de aplicar la norma que la permite (Ley 14.208), como también de práctica heteróloga como la pretendida aquí. En el sub judice, conforme vengo analizando, la práctica de FIV con ovodonación fue autorizada por la demandada, reiterando que no es del caso decidir al respecto. Ahora bien, la criopreservación como prestación, estimo que debiera estar contemplada por el propio módulo, ya que es altamente probable que de esas prácticas haya excedentes de embriones. Podrían considerarse aún los términos del art. 4 bis de la Ley 14.611. Pero no siendo así, corresponde definir este aspecto. En diversos casos cuyo objeto fuera la FIV, y en los que hemos tenido oportunidad de inmediatez con las partes por medio de audiencia, las mismas no han demostrado haber tenido una acabada información y definición sobre los destinos de embriones en caso de excedentes, y éste no es la excepción. Al referirse a la elección del embrión con mayor vitalidad en los casos de FIV, César Augusto Belluscio en "Aspectos Jurídicos de la fecundación extracorporal" LL-1978-157 decía: "De ocurrir así, realmente, se estarían creando conscientemente varias vidas humanas, de las cuales se prevería únicamente la subsistencia de una, y la consiguiente destrucción de las demás. ..." Es preocupante que bajo el reclamo del derecho a la vida, de tener un hijo, de formar una familia, otros resulten negados, y es el de la vida misma de los embriones. Quienes acuden a estas técnicas tienen como objetivo lograr el embarazo y el nacimiento vivo de un ser. Los sobrantes embrionarios no son una preocupación, sólo su conservación, y a mi modesto entender, "por si requieren de otras prácticas" en caso de no llegar con embarazo a término y nacimiento vivo, cuando en el mejor de los casos decidiesen optar sumar intentos de otros hijos. Para la República Argentina se entiende por niño "todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los dieciocho años de edad. Ello, en virtud de la ratificación de la Convención de los derechos del niño por medio de la Ley 23.849, y de las diversas reservas y declaraciones interpretativas que efectuara como firmante, entre las que se encontraba qué se entiende por niño, reconociéndose al niño como persona desde su concepción, y esto se halla en consonancia con el art. 19 CCCN. Entiendo que una pauta más a considerar, es el art. 57 del CCCN, que en el capítulo de los derechos personalísimos, considera que al embrión humano le es reconocido en su dignidad de persona al prohibir las alteraciones genéticas que se transmitan a la descendencia, no distinguiendo entre embrión implantado y no implantado, por lo que debe ampliarse a todo embrión. Es necesario una reconsideración prudente y seria de la cuestión a través de la bioética. En este caso -salvaguardando como he dicho precedentemente mi opinión sobre estas prácticas-, creo que no queda más que estar por el derecho a la vida (art. 19 CCCN), primer derecho humano; por lo que propongo se haga lugar a que IOMA costee la crioconservación de embriones excedentes de las prácticas que se vienen realizando. VII. Las costas de ambas instancias deberá soportarlas la parte demandada, que aunque ahora abstracta la cuestión, autorizó la prestación a través de este trámite, lo cual queda evidenciado más allá de la no presentación de distintos estudios por parte de los amparistas, y que además, conforme la cobertura de la crioconservación de embriones propuesta anteriormente, resulta vencida (art. 19 Ley 14.192). ASÍ VOTO. El Juez Cebey expresó: 1. He de adherir a lo expuesto por la colega preopinante en los apartados I. a V. y VII. de su voto. 2. Respecto de lo sostenido en el apartado VI., coincido en cuanto a que debe admitirse la pretensión actoral de cobertura por el IOMA de la criopreservación de embriones, por cuanto no ha habido una negativa expresa del Instituto, aún subsidiaria, en el momento procesal oportuno. En efecto, la actitud de la demandada ha sido la de negar el andamiento de la acción por no haberse culminado el procedimiento administrativo; mas luego ha presentado en autos la autorización de cobertura (fs. 243) en el trámite n° 03-413-31117/15. ASÍ VOTO. El Juez Schreginger dijo: - Adhiero a lo expuesto por la Dra. Valdez en los apartados I. a V. y VII. de su voto y comparto lo expuesto por el Dr. Cebey en el punto II del suyo. ASÍ VOTO. En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, esta Cámara RESUELVE: 1) Acoger el recurso actoral, aceptando la vía del amparo (art. 20 inc. 2 CPBA); 2°) Declarar abstracta la cuestión en lo que hace al reclamo inicial, a excepción de la crioconservación de embriones, conforme los fundamentos I a IV del presente;- 3) Imponer las costas de ambas instancias al demandado perdidoso (artículo 19 Ley n° 14.192); - 3 Dejar sin efecto la regulación de honorarios efectuada en la instancia de origen y volver los autos al Acuerdo para efectuar nueva regulación más la correspondiente a las labores en esta Alzada. Regístrese y notifíquese la presente junto con la regulación de honorarios. Oportunamente, devuélvase. 011769E