

Fertilizacion Asistida Cobertura Total Gastos Relativos A La Pareja De La Afiliada

JURISPRUDENCIA

Fertilización asistida. Cobertura total. Gastos relativos a la pareja de

la afiliada Se mantiene el fallo que entendió que la obra social debe hacerse cargo del 100% del tratamiento fertilización asistida por técnica ICSI (de alta complejidad) y de los medicamentos, aunque la pareja de la actora no sea beneficiario de la obra social.

En la ciudad de Corrientes, a los trece días del mes de junio de dos mil diecisiete, estando reunidos los señores Ministros del Superior Tribunal de Justicia, Doctores Fernando Augusto Niz, Alejandro Alberto Chaín, Luis Eduardo Rey Vázquez, Eduardo Gilberto Panseri, con la Presidencia del Dr. Guillermo Horacio Semhan, asistidos de la Secretaria Jurisdiccional Dra. Marisa Esther Spagnolo, tomaron en consideración el Expediente N° EXP-113045/15, caratulado: "BONPLAND MARYAM, CATTENA MAURO HERNAN C/ INSTITUTO DE OBRA SOCIAL CORRIENTES (IOSCOR) S/ AMPARO". Habiéndose establecido el siguiente orden de votación: Doctores Luis Eduardo Rey Vázquez, Alejandro Alberto Chaín, Eduardo Gilberto Panseri, Fernando Augusto Niz y Guillermo Horacio Semhan.

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA SE PLANTEA LA SIGUIENTE: CUESTION ¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS? A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR LUIS EDUARDO REY VAZQUEZ, dice: I. Contra la sentencia 487 de fs. 237/242 de la Excm. Cámara en lo Contencioso Administrativo y Electoral que, al rechazar el recurso de apelación interpuesto por la obra social, confirmó el acogimiento parcial de la acción de amparo dejando sin efecto la resolución 8966 dictada en el expediente administrativo 880-9176-2011, para así ordenar a la demandada a que cubra la totalidad del procedimiento de fertilización asistida por técnica ICSI en el Instituto PROCREARTE, más toda la medicación prescrita para ese tratamiento, sumado los gastos de traslado y hospedaje en la ciudad autónoma de Buenos Aires; la accionada dedujo a fs. 248/254 el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley venido a consideración de este Superior Tribunal.

II. Para así decidir, la Cámara argumentó que el derecho a la salud como derecho humano fundamental reconocido constitucionalmente debe ser garantizado por los organismos públicos para alcanzar su efectivo y pleno goce. Señalando que esa es la directriz marcada por la Organización Mundial de la Salud que incluye el acceso a una atención sanitaria oportuna, aceptable, asequible y de calidad satisfactoria. En ese marco, destacó que la sentencia puesta en crisis es el resultado de una adecuada derivación de la normativa aplicable frente a la ilegítima vulneración de un derecho constitucional en consonancia con la tutela judicial efectiva, pues la decisión de la obra social de denegarle la cobertura del 100% del tratamiento devino manifiestamente arbitraria. Razonó que el apelante no esgrimió ningún argumento atendible para conmovier lo resuelto en la instancia de origen respecto de que el tratamiento de fertilización se realizará exclusivamente en la persona de la mujer afiliada al IOSCOR y que la condena a las prestaciones accesorias es necesaria para el cumplimiento del objetivo principal. Agregó que la obra social no aportó elementos de convicción tendientes a demostrar el régimen por el cual la Sra. Bonpland debe costear el 50% de su tratamiento, cuando, contrariamente, en esta clase de patologías la cobertura debe ser integral, criterio que se correlaciona con el de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 324:677) en tanto propugna que en cada caso concreto debe priorizarse el mayor nivel de salud posible maximizando la equidad y solidaridad del sistema, circunstancia que el IOSCOR no puede desatender.

III. Se agravia el recurrente aduciendo que su parte en ningún momento desconoció el derecho a la salud de la afiliada Bonpland, pues a ambos se le brindó cobertura médico prestacional, desde el ingreso a la obra social hasta que Cattena decidió aportar activamente a la AFIP en condición de monotributista, lo que motivó su discontinuidad como beneficiario adherente. En base a ello cuestiona que deba hacerse cargo del 100% del costo del tratamiento y de la medicación, toda vez que -interpreta- razones de justicia y equidad imponen que debe serlo en partes iguales. Califica de absurda la sentencia al afirmar que el tratamiento de fertilización asistida debe efectuarse exclusivamente sobre la persona de la mujer afiliada, pues de seguirse esa interpretación en los casos de la sola infertilidad masculina -que constituye el 30% de los casos- deberá costear el tratamiento de infertilidad de un hombre que no es afiliado del IOSCOR. Critica también que deba cubrir las prestaciones accesorias como los gastos de traslado y hospedaje, toda vez que desconoce el objeto esencial de creación del servicio de obra social que, según el art. 3° de la ley 3.341, es la facilitación por sí o por terceros de servicios médicos prestacionales. No existe una ley que obligue al Instituto a la cobertura de traslados y alojamientos, solamente en casos de excepción como el traslado de menores de edad se encuentra justificado. Tampoco se demostró la carencia de recursos por parte de los amparistas que ameriten la cobertura accesorias dispuesta.

Se queja también de que en esta clase de patologías la cobertura deba ser integral pues, si bien reconoce que la ley 26.862 -a la que adhirió la Provincia de Corrientes por ley 6.345- tiene por finalidad garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción asistida, comprensiva de técnicas de baja y alta complejidad, la

misma norma pone límite a los criterios y modalidades de cobertura a la autoridad de aplicación, la que no podrá introducir requisitos o limitaciones que signifiquen la exclusión por motivo de orientación sexual o estado civil de los destinatarios. En ese marco razona que el IOSCOR como autoridad de aplicación y en uso de las facultades dispuestas por el art. 9 de la ley 3.932 dictó la resolución 8966 que reconoció el 50% del tratamiento y medicación, lo que descarta la presencia de arbitrariedad para la procedencia de la acción de amparo. Por último impugna la imposición de las costas, las que considera que deben ser impuestas por su orden, en atención a que existen razones válidas para litigar en defensa de los derechos de su parte, pidiendo que se las exima de aquellas. IV. La vía de gravamen se dedujo en término, con satisfacción de la carga técnica relativa a su fundamentación, se dirige contra la sentencia que pone fin al proceso y el recurrente se encuentra exento del depósito económico de conformidad con lo estatuido por el art. 272 del CPCyC. En esas condiciones se trata de una impugnación admisible, por lo que pasamos sin más a analizar su mérito o demérito. V. En ese quehacer, debemos poner de resalto que la baja del Sr. Cattena como beneficiario adherente al IOSCOR constituye una cuestión que quedó firme por no haber sido impugnada, por lo tanto, se trata de un asunto que arriba incólume e impide a este Superior Tribunal revisarlo en esta instancia extraordinaria. VI. Hecha esta aclaración, lo medular a considerar se reduce a dos cuestiones esenciales. La primera que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿debe la obra social hacerse cargo del 100% del tratamiento fertilización asistida por técnica ICSI (de alta complejidad) y de los medicamentos, cuando la pareja de la actora no es beneficiario de la obra social? Para responder a esta pregunta, partimos de la idea, valorando la abundante prueba documental acompañada, la que por otra parte no fue objetada por la contraria, que la práctica médica recomendada para los amparistas para alcanzar el anhelado embarazo, luego de fracasar los tratamientos de baja complejidad a los que fueron sometidos, es la fertilización asistida de alta complejidad por técnica ICSI, debido al siguiente diagnóstico: ?ESTERILIDAD PRIMARIA: RESERVA OVÁRICA DISMINUIDA + OBSTRUCCIÓN UNILATERAL TUBÁRICA + TERATOOZPERMIA MODERADA? (Cfr. Certificado médico de fs. 82). Resulta necesario señalar también que con la sanción de la ley 26.862 se puso fin a una controvertida cuestión, esto es si las obras sociales debían o no cubrir los tratamientos de fertilización médica asistida -de alta o baja complejidad- habida cuenta de que no se encontraban incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO). En ese sentido, no pocos fueron los pronunciamientos que se registraron sobre el tema, bastando repasar los repertorios de jurisprudencia para observar la prolífica casuística referente a acciones de amparo iniciadas por parejas que pretendían la cobertura de los tratamientos de reproducción asistida, no obstante no estar incluida en el Programa Médico Obligatorio. Lo que incluso motivó que este Superior Tribunal sea uno de los primeros tribunales del país en pronunciarse sobre el asunto (Sent. N° 29/11 y Sent. N° 52/12). Volviendo a la ley, el art. 8° expresamente prevé: ?Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios?. ?También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.?. La Provincia de Corrientes adhirió por ley 6.345, la que se encuentra plenamente vigente. Así, la ley de fertilización asistida vino a brindar respuesta al debate instalado en la sociedad en torno a la posición del Estado como garante del acceso integral a los tratamientos médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida por parte de todas las personas, mayores de edad, sin que se pueda instrumentar una discriminación o exclusión debida a la orientación sexual o el estado civil de quienes peticionan por el derecho regulado; que bajo tales premisas, la ley esencialmente legisla sobre los beneficiarios y la cobertura de las prestaciones de fertilización médica asistida que deben brindar los establecimientos asistenciales habilitados al efecto. La ley es reglamentada por decreto del PEN 956/2013 que al regular el art. 8, establece -en otras cuestiones- que una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos

anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos. Previendo que debe comenzarse con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. Y a los efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad, deben cumplirse como mínimo TRES (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad. La norma instituye también que la autoridad de aplicación podrá elaborar una norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos, procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la cobertura por el Programa Médico Obligatorio, sin que ello implique demora en la aplicación inmediata de las garantías que establece la ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. Señalando que la ausencia del dictado de tal norma no implicará dilación alguna en la aplicación inmediata de las mencionadas garantías. Frente a vacíos que se fueron presentando, en el carácter de autoridad de aplicación y en su rol rector en la materia, el Ministerio de Salud de la Nación fijó en el mes de enero del corriente año los criterios relativos a las técnicas y tratamientos referidos en el art. 8° de la ley, especificando detalladamente lo que comprende cada tratamiento (Cfr. Resolución 1E/2017 MSPN). En ese contexto, en el caso particular de autos, frente al diagnóstico médico de los amparistas, la recomendación profesional fue el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad por técnica ICSI. Para esa receta, la resolución de la autoridad de aplicación determinó en el Anexo I, apartado b), que un tratamiento de alta complejidad con técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI) con ovocitos propios, comprende los siguientes procedimientos médicos/etapas: (I) UNA (1) estimulación ovárica -también denominada estimulación ovárica controlada-; (II) UNA (1) aspiración ovocitaria bajo control ecográfico; (III) UN (1) procesamiento de espermatozoides mediante Percoll y otros métodos especiales para la recuperación de espermatozoides; (IV) UNA (1) microinseminación; (V) UN (1) cultivo in Vitro hasta blastocito; y (VI) hasta TRES (3) transferencias de embriones (en fresco o criopreservados). De ello podemos inferir lo siguiente. Si el tratamiento indicado para los amparistas que -como vimos precedentemente- comprende el procesamiento de espermatozoides mediante Percoll y otros métodos especiales para la recuperación de espermatozoides, a través del cual se miden parámetros como volumen, forma y números de los espermatozoides, además de su movimiento, consistencia y acidez (Ph) para determinar cuál es la calidad espermática y posterior lavado de semen y separación de los mejores espermatozoides. (Cfr. Resolución 1E/2017 MSPN, Anexo III, punto iii), no existen razones que justifiquen que la obra social solamente deba solventar el 50% del costo total del tratamiento, desde que la preparación y proceso de la muestra de semen están incluidas en el tratamiento cuya cobertura es obligatoria para la obra social. En efecto, en la historia clínica que se encuentra agregada a la causa (fs.82) al Sr. Cattena se le diagnosticó Teratozoospermia Moderada, lo que está indicando una insuficiencia en la calidad de los espermatozoides, déficit que sin embargo puede ser superado eficazmente mediante los procedimientos señalados anteriormente (conforme Organización Mundial de la Salud (http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/39626/1/9500616092_spa.pdf?ua=1), pues de no ser ello así, los expertos hubiesen indicado la donación de semen por parte de terceros. En ese marco, y dando respuesta a la pregunta que nos formulamos ab initio, entendemos que no existen motivos suficientes para que la obra social accionada, obligada a cubrir los tratamientos de fertilización médica asistida de alta complejidad requerida en el presente caso, deba solventar tan sólo el 50% (tratamiento y de los medicamentos) ya que la anomalía detectada en los gametos del Sr. Cattena, queda comprendido en el tratamiento de alta complejidad cuya cobertura resulta obligatoria para la obra social accionada. VII. Despejado el primer interrogante, la segunda cuestión radica en determinar si al IOSCOR le corresponde abonar o no los gastos de pasaje y alojamiento de los amparistas en la ciudad autónoma de Buenos Aires. Frente a ello, tenemos que por resolución 436 del 28 de enero de 2015 (fs. 108) el IOSCOR le denegó a la Sra. Bonpland la solicitud de cobertura de los gastos de traslado y alojamiento en la ciudad autónoma de Buenos Aires, remitiéndose a lo dictaminado por la Gerencia de Prestaciones del Instituto demandado. Ahora bien, aunque sabemos que se trata de una decisión de política administrativa de la obra social, no logramos comprender verdaderamente cuales son los motivos de proponer que los tratamientos de alta complejidad se realicen en la casa central de PROCREARTE S.A. distante a más de 1000 kilómetros, con todos los inconvenientes y gastos que ello demanda, cuando, en la ciudad de Resistencia situada a menos de 30 kilómetros se encuentra una filial de dicha institución. En rigor de verdad no encontramos razones que expliquen su conveniencia, por el contrario, entendemos que resulta irrazonable que la obra social se desentienda de los gastos de traslado y alojamiento a un lugar que la misma obra social propone para la realización de la práctica médica solicitada, luciendo ese accionar además de irrazonable, arbitrario e infundado. En definitiva, a la luz de lo actuado en este proceso y conforme las constancias de autos, como en razón del ordenamiento jurídico aplicable y reseñado, la oposición realizada por la accionada de cubrir el 100% del tratamiento de reproducción asistida por técnica de alta complejidad ICSI y de los medicamentos que dicho tratamiento requiere, así como la negativa a solventar los gastos de traslado y alojamiento de los amparistas, configuran actos manifiestamente arbitrarios e ilegítimos, lesivos del derecho a la salud de los actores. Fundamentalmente, la posibilidad de revertir a

través del tratamiento requerido la infertilidad como enfermedad que impide la procreación, pone en juego derechos fundamentales primarios de la persona, preexistentes al Estado, tales como lo son los derechos naturales a la vida, a la salud y a la dignidad.

VIII. Por último, tampoco tendrá mejor suerte el agravio relativo a las costas, toda vez que lo resuelto en origen no significa más que la aplicación del principio objetivo de la derrota, no encontrando motivo alguno que autorice actuar de modo contrario. Así como tampoco se evidencia que la Cámara haya incurrido en algún motivo que autorice el contralor o revisión de éste Superior Tribunal (violación de la ley o iniquidad en la distribución de las causídicas); se impone entonces la confirmación de lo decidido en todas sus partes. En base a los fundamentos expuestos y si la solución que propicio resultare compartida por la mayoría necesaria de mis pares, corresponderá rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fs. 248/254, para así confirmar el pronunciamiento recurrido en todas sus partes. Con costas a la recurrente vencida. Regular los honorarios del doctor Mauro Hernán Cattena, en el 30% de los honorarios que se fijen para el vencedor en primera instancia y en la condición de monotributista (arts. 9, 12 y 14; ley 5.822). Así voto.-

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR ALEJANDRO ALBERTO CHAÍN, dice: Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez, por compartir sus fundamentos.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR EDUARDO GILBERTO PANSERI, dice: Coincido con la solución que propicia el Sr. Ministro votante en primer término, permitiéndome agregar lo siguiente. No caben dudas que las obras sociales tienen el deber de cumplir con los tratamientos de fertilización asistida de baja y alta complejidad, en los supuestos contemplados en la ley 26.862 -a la que adhirió la Provincia de Corrientes por ley 6.345-; decreto reglamentario del PEN 956/2014; y resolución 1E/2017 del Ministerio de Salud Pública de la Nación. Ahora bien, no debemos desconocer que atento el alto costo de estos tratamientos, el derecho de uno puede terminar significando la privación de cobertura para otros. Se trata en definitiva de una decisión distributiva de los recursos económicos con que cuenta la obra social para hacer frente a las necesidades de sus afiliados. En ese marco, a los fines de permitir que el reconocimiento de los derechos de unos no implique la denegación de los derechos de otros, considero conveniente exhortar a la autoridad con competencia en el orden local para establecer el pago de un coseguro que resulte proporcional a la complejidad del tratamiento de fertilización técnicamente asistida a realizarse, para de ese modo contribuir a la construcción de un sistema más justo y equitativo. Con estas breves consideraciones adhiero al voto que propicia el Dr. Rey Vazquez y me expido en idéntico sentido. Así voto.-

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR MINISTRO DOCTOR FERNANDO AUGUSTO NIZ, dice: Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez, por compartir sus fundamentos.

A LA CUESTION PLANTEADA EL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR GUILLERMO HORACIO SEMHAN, dice: Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Luis Eduardo Rey Vázquez, por compartir sus fundamentos. En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente: SENTENCIA N° 12 1°) Rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, para así confirmar el pronunciamiento recurrido en todas sus partes. Con costas a la recurrente vencida. 2°) Regular los honorarios del doctor Mauro Hernán Cattena, en el 30% de los honorarios que se fijen para el vencedor en primera instancia y en la condición de monotributista (arts. 9, 12 y 14; ley 5.822). 3°) Insértese y notifíquese.

Fdo.: Dres. Eduardo Rey Vazquez-Alejandro Chaín-Eduardo Panseri-Fernando Niz-Guillermo Semhan

020566E