

## Fertilizacion Asistida Cobertura

### JURISPRUDENCIA

### Fertilización asistida. Cobertura

Se confirma la sentencia que

hizo lugar a la acción de amparo y condenó a la accionada a cubrir los medicamentos necesarios para el tratamiento de fertilización prescripto a la actora. //raná, 23 de agosto de 2016. Y VISTOS: Estos autos caratulados: ?ETCHEVERRY, MARÍA AGUSTINA CONTRA FEDERADA SALUD SOBRE AMPARO LEY 16986?, Expte. N FPA 12496/2015/ CA1, provenientes del Juzgado Federal N° 2 de Concepción del Uruguay, y; CONSIDERANDO: I- Que, llegan estos actuados a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 180/195 contra la sentencia de fs. 174/178 vta. que no hace lugar a la excepción de incompetencia opuesta por la parte accionada, de conformidad a lo manifestado en los considerandos; hace lugar a la acción de amparo interpuesta, por los fundamentos vertidos en los considerandos respectivos, condenándose a la accionada -Federada Salud- a efectuar íntegra cobertura de la prestación solicitada por la amparista -Sra. María Agustina Etcheverry- consistente en los medicamentos necesarios para el tratamiento de fertilización de baja complejidad, prescriptos por su médico tratante. Impone las costas a la vencida y regula honorarios. El recurso se concede a fs. 196, se contestan agravios a fs. 197/199 y quedan los presentes en estado de resolver a fs. 206 vta. II- a) El apelante plantea recurso de apelación conjuntamente con el de nulidad y solicita el dictado de una nueva sentencia ajustada a derecho. Subsidiariamente solicita se haga lugar al recurso de apelación, se revoque la sentencia en cuanto rechaza la excepción de incompetencia, no transforma el trámite impuesto de amparo a juicio sumarísimo, y hace lugar a la demanda planteada de autos. Finalmente se agravia por la imposición de las costas a su parte y la regulación de los honorarios de la contraria por altos. Mantiene reserva del caso federal. b) Por su parte, la actora contesta los agravios y solicita, en prieta síntesis, la confirmación del fallo apelado. III - a) Que, frente a los agravios vertidos por la apelante, cuadra señalar que el Tribunal no ha de seguir al recurrente en todas y cada una de sus argumentaciones sino tan solo en aquellas que sean conducentes al caso planteado. (Fallos 278:271, 291:390, 300:584). b) Que, liminarmente, corresponde el tratamiento de la cuestión de competencia. Manifiesta la demandada apelante que la resolución recurrida omitió el tratamiento de la cuestión federal y no resolvió el planteo efectuado en relación a que por ser una asociación mutua no debe ser juzgada por el fuero de excepción. Entiende que el sustento de la competencia federal se basa en un fundamento aparente ya que los fallos citados en la sentencia a su respecto no son aplicables al caso de marras. A fin de esclarecer la disyuntiva planteada, y sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 16 de la ley 16986, no puede soslayarse lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto sostiene que corresponde que las cuestiones concernientes a la cobertura médico asistencial que las obras sociales o prestadoras privadas de servicios médicos brindan a sus afiliados, sean ventiladas por ante la jurisdicción federal en razón de la materia, en tanto se encuentran regidas por las normas que regulan el Servicio Nacional de Salud (leyes 23660 y 23661), de indudable naturaleza federal (C.S.J.N. Fallos 326:3006; 326:3535; 328:4095). Resulta competente el fuero federal para entender en cuestiones en que se hallan en juego normas de prioritaria trascendencia para el sistema de salud implementado por el Estado Nacional, que involucra a las obras sociales, a las empresas de medicina prepaga y a las entidades mutuales. c) Que, en lo relativo al agravio atinente a la reconducción solicitada por la accionada, cabe advertir que la acción de amparo se erige como una vía adecuada para la satisfacción de los intereses en juego pues, como ha sido resuelto antes en criterio que cabe compartir, cuando se trata de salvaguardar el derecho fundamental a la salud (comprendido en el derecho a la vida), la vía del amparo se justifica ampliamente por la naturaleza de los valores que se intentan proteger de modo expedito y eficaz (cfr. C.N. de Apel. Civil Sala B, 04/04/2005, D. de R., S.E. c/ Medicus S.A., E.D. 215-23; en similar sentido, el mismo Tribunal in re ?Singman, Raúl E. c/ Swiss Medical Group S.A.?, E.D. 206-147). Y, en el caso que nos ocupa, la pretensión de la actora procura evitar una afectación del derecho a la salud reproductiva y a la planificación familiar. Por ello, dicho agravio debe desestimarse. d) La demandada hace referencia a lo establecido en la parte final del art. 8 de la Ley 26862. Indica que la autoridad de aplicación no reglamentó ni el porcentual ni la modalidad de cobertura en materia de medicamentos, por lo que siendo un tratamiento ambulatorio se debe aplicar el PMO y el plan al que está asociada la actora. Añade que el hecho de que la amparista necesite el tratamiento no quiere decir que la cobertura sea legalmente obligatoria. Que la ley 26.862 de ?Reproducción Médicamente Asistida? (B.O. 26/6/2013) ?tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida? y entiende por tales ?los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad (arts.1 y 2). Siendo sus beneficiarios ?toda persona mayor de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la ley 26.529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado (art.7). Así, ?el sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las

leyes 23.660 y 23.661, etc. 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... Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo...? (art.8). Finalmente dispone que ?las disposiciones de la presente ley son de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República? (art.10). El decreto 956/2013, promulgado el 19/7/2013, reglamenta la ley 26.862, brindando por una parte definiciones necesarias y otorgando un rol determinante al Ministerio de Salud como autoridad de aplicación de la norma. Específicamente al establecer las pautas para hacer operativo el art. 8 de la ley de mención dispuso que: ?... Quedan incluidos en el PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8° de la Ley Nº26.862... 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 Nº 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. La ausencia del dictado de tal norma no implicará dilación alguna en la aplicación inmediata de las mencionadas garantías?.

Atendiendo a ello, y acreditado en autos la necesidad de la amparista de contar con la medicación de referencia y la negativa expresa de la demandada a brindarla, este Tribunal entiende que a partir de la sanción de la Ley 26862 y su decreto reglamentario -normativa en la cual se funda la pretensión de la actora- la cobertura por ella pretendida se encuentra suficientemente legislada, por lo que la accionada debe adecuarse a lo allí normado siguiendo las pautas delineadas para asegurar a sus afiliados el derecho a la salud reproductiva, lo que se traduce, en el caso que nos ocupa, en brindar una íntegra cobertura de los medicamentos necesarios para el tratamiento de fertilización de baja complejidad, prescripto por el médico tratante de la accionante. Por todo lo dicho, se rechaza el agravio propuesto. e) Respecto de la impugnación planteada en materia de costas, debe considerarse que la amparista debió recurrir a la vía judicial a fin de obtener una respuesta satisfactoria a su pretensión, frente a la actitud dilatoria de la demandada. En efecto, Federada Salud dio razón suficiente a la accionante para litigar, toda vez que ésta intentó resolver la contienda de modo extrajudicial y ello resultó infructuoso (cfr. fs. 3 y 4). Entonces, si la actora se vió forzada a recurrir a los estrados judiciales, corresponde imponer las costas del proceso a quien ha provocado su promoción, máxime cuando el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo hizo lugar a la pretensión. Bajo tales circunstancias y sin que ello signifique fijar una regla general para todos los casos, debe confirmarse el pronunciamiento de costas dispuesto en la sentencia de primera instancia. f) Que, al abordar el agravio atinente a la regulación de honorarios, corresponde considerar que en atención a la naturaleza de la cuestión debatida, alcance, tiempo y resultado obtenido, dicha regulación resulta ajustada a derecho por lo que debe confirmarse. IV- Que, en cuanto a las costas habidas en la presente instancia, al no existir motivo para apartarse del principio general previsto en el art. 14 de la ley 16.986, deben imponerse a la demandada vencida. V- Que corresponde regular los honorarios habidos en esta instancia y que dieran origen a la presente, a los Dres. Carlos Enrique Almada y Carlos Andrés Almada, en la suma de Pesos Trescientos Veinticinco (\$325) a cada uno y al Dr. Manuel Alberto Rodríguez, en la suma de Pesos Novecientos (\$900) -art. 13 de la ley 21839, T.O. ley 24432. Por ello SE RESUELVE: Rechazar el recurso de apelación deducido, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 174/178 vta. Imponer las costas de esta instancia a la demandada vencida (art. 14 de la ley 16.986, y art. 70 CPCCN). Regular los honorarios habidos en esta instancia y que dieran origen a la presente, a los Dres. Carlos Enrique Almada y Carlos Andrés Almada, en la suma de Pesos Trescientos Veinticinco (\$325) a cada uno y al Dr. Manuel Alberto Rodríguez, en la suma de Pesos Novecientos (\$900) -art. 13 de la ley 21839, T.O. ley 24432-. Tener presente la reserva del caso federal efectuada por la parte demandada. Regístrese, notifíquese y difúndase a través de la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Cumplido bajen. MATEO JOSÉ BUSANICHE DANIEL EDGARDO ALONSO CINTIA GRACIELA GOMEZ EN DISIDENCIA DISIDENCIA DE LA SRA. JUEZA DE CÁMARA, DRA. CINTIA GRACIELA GOMEZ: Y VISTOS: ... CONSIDERANDO: I-...II-...III - Que, corresponde liminarmente destacar -adelantando decisorio- que ésta no es la vía adecuada para la dilucidación del presente litigio, toda vez que -mediante la vía del amparo- se procura atender situaciones particulares y en alguna medida excepcionales, en donde la urgencia del caso y el daño inminente, se manifiesten de forma patente. Cabe poner de manifiesto que no se advierten configurados los requisitos de procedencia que habiliten la vía escogida. El art. 2° de la ley 16.986 enumera los casos de inadmisibilidad del amparo, y consagra concretamente la misma frente a la existencia de recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener igual protección (cfr. inc. a). En similar sentido, el art. 43 de nuestra Carta Magna establece como recaudo para la admisibilidad de esta acción ?...que no exista otro medio judicial más idóneo...?, dejando a salvo la cuestión de las vías previas administrativas y plasmando, expresamente, la habilitación de esta vía cuando no exista otro remedio procesal. Así, al analizarse los presupuestos

de la acción instaurada, puede sostenerse que, por la vía excepcional del amparo, no pueden ser obviadas las correspondientes instancias ordinarias, administrativas o judiciales, cuando no ha quedado suficientemente acreditada, como en el caso, su ineptitud o ineficiencia para resolver el planteo. Por otro lado, es clara la norma del art. 2º inc. d) de la ley 16.986 al establecer que el amparo es improcedente cuando la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate o prueba. Ante ello ya se tiene dicho que los jueces no están facultados para evitar las posibles demoras de las vías idóneas autorizando otras que consideran más convenientes y expeditivas. Asimismo, es dable tener presente que la norma constitucional del art. 43 -tanto como el art. 2 inc. a) de la ley de amparo- consagran expresamente el principio de "subsidiariedad" de la acción; esto implica que la parte actora tiene la carga de demostrar, en concreto, inexistencia o ineficacia de las demás vías judiciales de tutela previstos por el ordenamiento jurídico. Esta carga no se puede tener por cumplida con una genérica afirmación sobre la idoneidad del amparo. Que, surge claro de estos actuados que la cuestión en debate y su plena elucidación remite a situaciones fácticas y probatorias que exceden el exiguo marco cognoscitivo propio del remedio procesal -rápido y expedito- de la acción de amparo, evidenciándose la aptitud de los remedios ordinarios para la adecuada resolución del litigio. Consecuentemente, corresponde desestimar la acción de amparo interpuesta. IV- Que, en materia de costas, deben ponderarse las particularidades de la causa y la razón probable para litigar que debe reconocerse al accionante. En este razonamiento, las mismas deberán imponerse en ambas instancias por su orden (art. 70, segundo párrafo del C.P.C. y C.N.). V- Que, al abordar el agravio atinente a la regulación de los honorarios al letrado de la parte actora, corresponde considerar que en atención a la naturaleza de la cuestión debatida, alcance, tiempo y resultado obtenido, dicha regulación resulta ajustada a derecho por lo que debe confirmarse. VI- Que, finalmente, corresponde regular los honorarios habidos en la presente instancia, pertenecientes a los Dres. Carlos Enrique Almada y Carlos Andrés Almada, en la Suma de PESOS CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO (\$ 455) a cada uno de ellos, y los pertenecientes al Dr. Alberto Manuel Rodriguez en la Suma de PESOS SETECIENTOS CINCUENTA (\$ 750). (art. 13 de la ley 21.839, T.O. por ley 24.432). Por ello SE RESUELVE: Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y revocar la resolución de fs. 174/178. Imponer las costas en ambas instancias por su orden. (art. 70, segundo párrafo del C.P.C. y C.N.). Regular los honorarios habidos en la presente instancia, pertenecientes a los Dres. Carlos Enrique Almada y Carlos Andrés Almada, en la Suma de PESOS CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO (\$ 455) a cada uno de ellos, y los pertenecientes al Dr. Alberto Manuel Rodriguez en la Suma de PESOS SETECIENTOS CINCUENTA (\$ 750). (art. 13 de la ley 21.839, T.O. por ley 24.432). Tener presente las reservas del caso federal. Regístrese, notifíquese, difúndase a través de la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y bajen. CINTIA GRACIELA GOMEZ ANTE MI HECTOR RAUL FERNANDEZ SECRETARIO

013053E