

Fertilizacion Asistida Amparo Obra Social

JURISPRUDENCIA

Fertilización asistida. Amparo. Obra social

Se resuelve que es

erróneo el alcance que pretende darles la recurrente a los términos de la ley 26862, ya que en sus disposiciones -y en el decreto reglamentario- no está incluido el estudio que pretende le cubra la empresa de medicina prepaga, el que tampoco puede quedar comprendido dentro de los "estudios de diagnóstico", pues se trata de una práctica completamente independiente del tratamiento de fertilización. Se destaca que la pareja no tiene problemas de infertilidad sino que únicamente pretenden seleccionar entre los distintos embriones aquel que no tenga el mismo problema de salud que padece su hija mayor. Rosario, 8 de noviembre de 2.017. Visto, en acuerdo de la Sala "A", el expediente Nro. FRO 12025/2015, caratulado: "C., L. c/ Sancor Salud s/ Amparo contra actos de particulares?", proveniente del Juzgado Federal Nro. 2 de esta ciudad, del que resulta, Vienen los autos a consideración de este tribunal para resolver el recurso de apelación que interpuso la representante de la actora "L. M. C.- (fs. 153/157vta.) contra la resolución del 2 de setiembre de 2016 (fs. 144/152), que rechazó la acción de amparo que había interpuesto contra la empresa de medicina prepaga SANCOR SALUD.- Elevados los autos, se dispuso la intervención de esta Sala "A", ordenándose que pasaran al acuerdo para resolver (fs. 163).- El Dr. Jorge Sebastián Gallino dijo: 1.- Por medio de este amparo la Sra. L. C. solicita que se ordene a Sancor Salud la cobertura del estudio de PGD diagnóstico genético preimplantacional o ACGH y el consiguiente tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (ICSI) a realizarse en el Instituto de Fertilidad Asistida Dr. Julio Colabianchi de esta ciudad.- Relata que tuvo una hija en el año 2004 que sufre del Síndrome de Sanfilippo o Mucopolisacaridosis del tipo III A (MPS III) que le transmitieron junto a su esposo Claudio, ya que ambos están afectados de una enfermedad genética.- También explica que cuando resolvieron tener otro hijo consultaron a distintos profesionales sobre las alternativas para evitar que ese segundo hijo sufriera la misma patología y así fue que descubrieron que existe un método posible, que es el que reclaman en este juicio (tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con biopsia genética preimplantacional de embriones, técnica ACGH).- Resalta en distintas oportunidades que su mandante no presenta un cuadro de infertilidad, sino que el objetivo es lograr "el embarazo sano que les permita tener un hijo saludable y sin la patología que hoy sufre A...". Eso en virtud de que para poder someter al o a los embriones a dicha biopsia y posterior estudio deben obtenerse en laboratorio utilizando los gametos de sus progenitores; para posteriormente estudiarlos con la técnica mencionada y resolver cuál de ellos se implantará.- Cuando contestó demanda (fs. 117/124vta) la representante de la Asociación Mutual Sancor señaló que no negó el tratamiento de reproducción medicamente asistida o fertilización, sino que lo concedió tal como dispone la normativa vigente, con sus prestadores y en los porcentajes y cantidades establecidas por la ley 26.862 y decreto reglamentario. Sin embargo, resaltó que el Diagnóstico Genético de Pro implantación no se encuentra contemplado en la normativa citada, agregando que una obra social "no puede ser obligada a cubrir la selección y descarte de embriones a través del diagnóstico genético preimplantatorio?.- Mediante la sentencia cuestionada, la jueza no hizo lugar al amparo. En pocas palabras, y luego de analizar el plexo normativo involucrado, concluyó que la cobertura del estudio genético preimplantacional no estaba incluida en sus disposiciones. En apoyo de su postura, citó un precedente de ese mismo juzgado -que esta alzada confirmó- y un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.- 2.- La recurrente cuestiona que la magistrada haya sostenido que la Ley de Reproducción Humana Medicamente Asistida 26.682 no incluye la cobertura obligatoria del estudio genético preimplantacional, y califica dicha interpretación de "exageradamente restrictiva", ya que el estudio que solicitó es uno de los que se encuentran o podrían encontrarse incluidos en la categoría de "diagnóstico", expresamente contemplado en la ley. Recuerda que el Programa Médico Obligatorio fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones que las obras sociales deben garantizar, y no resulta aceptable la implantación de un menú que reduzca las prestaciones habituales, como así también que, independientemente de la cobertura prevista en el programa, no existen patologías excluidas. Resalta que la limitación debe entenderse como un piso prestacional, por lo que no puede, como principio, derivar en una afectación del derecho a la vida y a la salud de las personas, que tiene jerarquía constitucional. Le agravia que la a quo se haya basado en el fallo de nuestro máximo tribunal "L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo" del 01/09/2015, ya que sostiene que en esa sentencia la Corte "interpretó en forma errónea la ley 26.862 en cuanto concluyó que la técnica DGP no está incluida en la citada ley" y realiza distintas consideraciones sobre tal norma, transcribiendo casi literalmente parte del dictamen que la Procuradora ante la Corte Suprema emitió en la misma causa. Destaca que a partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación -según la recurrente, posterior al fallo citado- los magistrados deben realizar un adecuado control de constitucionalidad y de convencionalidad, ya que el Código establece normas fundamentales para todos los operadores del derecho y muy en particular aquellos que ejercen la tarea jurisdiccional. Concretamente invoca y desarrolla los artículos 1 y 2 de dicho cuerpo

legal. Finalmente, considera de aplicación al caso el fallo ?Artavia Murillo? de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que la Corte Suprema soslayó al resolver el caso mencionado más arriba. Según la apelante, esa sentencia ?...vino a zanjar un debate candente al establecer que el embrión no implantado no es persona? interpretando que la concepción a que alude el artículo 4.1 [refiere al Pacto de San José de Costa Rica] tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de ese momento el artículo no resulta aplicable. Cuestiona que la jueza haya ?resistido? la aplicación del fallo ?esgrimiendo distintas justificaciones tendientes a sostener su no aplicabilidad?.-

3.- En primer lugar cabe recordar que el artículo 43 de nuestra Constitución Nacional reconoce a toda persona la posibilidad de interponer acción expedita y rápida de amparo ?...contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley?. Algo similar prescribe el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, puntualizando nuevamente que la acción se dirige contra todo acto u omisión que lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía. Entonces, la primera y fundamental pregunta que debemos hacernos es si el accionar de la entidad demandada (Asociación Mutual Sancor) al negar la cobertura que pretende la Sra. C., puede ser considerado arbitrario o ilegal, o bien si dicha respuesta encuentra sustento en algún argumento razonable que permita descartar dicha arbitrariedad, que como vimos debe ser además ?manifiesta?. Concretamente, y siempre centrándonos en la discusión que se presenta en este expediente: ¿está obligada la empresa de medicina prepaga a cubrir el tratamiento que requiere la amparista? Según la actora la respuesta es afirmativa, puesto que la práctica encuadra en las disposiciones de la ley 26.862; en cambio, para la accionada, es negativa.

4.- A la hora de resolver este planteo no podemos ignorar lo que falló la Corte Suprema de la Nación en fecha reciente al analizar una cuestión sustancialmente idéntica a la debatida en este expediente. En efecto, en la sentencia del 1/9/2015 dictada en los autos "Recurso de hecho deducido por los actores en la causa L.E.H. y otros cl O.S.E.P. s/ amparo", sostuvo, en cuanto ahora interesa: ?Que, como puede advertirse, la prestación específica reclamada por la actora y denegada por los jueces de la causa, esto es, el diagnóstico genético preimplantacional (DGP), no aparece incluida dentro de las técnicas y procedimientos enumerados por la ley como integrantes de la cobertura que los prestadores de servicios de salud deben proporcionar con carácter obligatorio. Es pertinente señalar, en tal sentido, que el decreto 956/2013, reglamentario de la norma legal, al definir y explicitar el alcance que cabe atribuir a las definiciones legales, fundamentalmente en relación con el concepto de "técnicas de alta complejidad" contenido en la ley, solo menciona "la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos (art. 2º, segundo párrafo) más omite toda referencia al DGP?. ?Que es cierto que la regulación deja abierta la posibilidad de incluir en la nómina de prestaciones que tienen por finalidad posibilitar la concepción a los "nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnicocientíficos" (art. 20). Sin embargo, el propio texto legal determina que esa alternativa solo es viable "cuando [tales procedimientos] sean autorizados por la autoridad de aplicación" (ídem) situación excepcional en la que no se encuentra la técnica DGP?. ?Que, con arreglo a lo dispuesto por el art. 3º de la ley 26.862, la calidad de "autoridad de aplicación" del régimen normativo incumbe al Ministerio de Salud de la Nación [...] A dicho Ministerio el legislador le ha conferido -entre otras- la responsabilidad de [...] autorizar los nuevos procedimientos y técnicas reproductivas que sean producto de los avances tecnológicos y que, por ende, no han sido definidos por la ley, tal como se señaló en el anterior considerando. Y ello reconoce su fundamento en la especificidad de las facultades, competencias, técnicas y responsabilidades en materia de salud que despliega la cartera ministerial mencionada de las que carecen, en principio, las estructuras correspondientes a otros departamentos del Estado, entre ellas las del Poder Judicial?. ?Que, en las condiciones expresadas, cabe descartar que la negativa de la obra social demandada a hacerse cargo del costo de la prestación cuestionada pueda ser considerada un acto u omisión teñido de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta -que permita tener por configurados los requisitos de procedencia del amparo según el arto 43 de la Constitución Nacional- en la medida en que no existe una norma específica que le imponga tal obligación (art. 19, ídem; cfr. doctrina de Fallos: 303:422, 331:1403, entre otros)?. La interpretación que realizó la Corte del tema en discusión nos llevan a concluir que es erróneo el alcance que pretende darle la recurrente a los términos de la ley 26.862, ya que en sus disposiciones -y en el decreto reglamentario- no está incluido el estudio que pretende le cubra la empresa de medicina prepaga, el que tampoco puede quedar comprendido dentro de los ?estudios de diagnóstico?, ya que por la propia explicación que realiza esa parte en la demanda, fácil es advertir que se trata de una práctica completamente independiente del tratamiento de fertilización asistida y más aún en este caso, donde no tiene por objeto lograr el embarazo -la Sra. C. y su pareja no tienen problemas de infertilidad- sino únicamente seleccionar entre los distintos embriones, aquél que no tenga el mismo problema de salud que padece su hija mayor.-

Entonces, en razón de lo expuesto por nuestro máximo tribunal en el precedente citado, que resulta plenamente aplicable en este caso, corresponde rechazar el recurso que articuló L. C. y confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto fue materia de recurso.

5.- Por último, y dado que la actora cuestionó que

la jueza de primera instancia haya apoyado su decisorio en el aludido fallo de Corte (invocando argumentos que son idénticos a los empleados por la Procuradora en su dictamen previo al fallo, aunque sin citarlo) cabe recordar que conforme un principio jurisprudencial y doctrinariamente aceptado, existe un deber que tienen las instancias inferiores "...de conformar sus decisiones a las sentencias de este Tribunal dictadas en casos similares, en virtud de su condición de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en consecuencia (Fallos: 307:1094; 319:2061; 320:1660; 325:1227, entre muchos otros)? (fallos 331:162). Es cierto que esa regla no es absoluta, puesto que la misma Corte ha dicho que "también se ha reconocido que pueden apartarse de esa solución cuando a su juicio, expresando fundamentos serios, sostengan la inconveniencia o inaplicabilidad del criterio adoptado" (Fallos: 304:898), pero sucede que en este caso la actora no mencionó un argumento novedoso que permita, fundadamente, apartarse de los lineamientos señalados en el fallo, sino que invocó razones que fueron suficientemente analizadas y tratadas en el precedente citado, quedando comprendidas en la solución final del caso.- Asimismo, cabe añadir que, contrariamente a lo que afirma la recurrente, la sentencia del tribunal supremo es posterior a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (lo que aconteció un mes antes, concretamente el 1/08/2015).- 6.- En consecuencia, se confirma la resolución de primera instancia. En idéntico sentido se pronunció la Sala B de esta Cámara Federal en Acuerdo del 19 de diciembre de 2015, autos "F.M.A. c/ Esencial s/ Amparo contra actos de particulares" (FRO. 5664/2014) Las costas de esta instancia se impondrán a la actora vencida (Art. 68 primer párrafo CPCCN). Es mi voto. El Dr. Fernando Lorenzo Barbará dijo: 1.- La Sala "A" de esta Cámara de la cual soy vocal titular, tuvo oportunidad de tratar provisionalmente un caso al cual el del presente proceso se asimila, bien que con otra composición de la que formé parte, en el Acuerdo N° 156/14-CI, en el cual revisamos la denegatoria de una cautelar. En el caso de marras adherí al voto de la Dra. Liliana Arribillaga que propuso revocar el fallo que viniera en revisión y conceder la cautelar. Ese proceso, es decir el principal a que accediera la medida referida, a la postre resultó archivado luego de que las partes arribaran a una solución auto compositiva del conflicto, cuya homologación peticionaron y obtuvieron. 2.- Ahora bien, habida cuenta de que tanto el fallo venido en crisis en el presente caso, como el voto que antecede, se basaron en un precedente de la C.S.J.N. posterior al Acuerdo de la Sala "A" que he mencionado, en el cual adoptamos un temperamento meramente provisional, como procede al revisar toda cautelar anterior al fallo de fondo, de la inconducencia de decidir en forma diversa a aquélla en que lo hiciera el máximo tribunal y no mediando razón alguna de conciencia y/o principios que me impida conformar mi voto al del órgano jurisdiccional cimero, habré de adherir al voto precedente. Es mi voto. El Dr. José Guillermo Toledo dijo: Adhiero a la solución propuesta por el Dr. Gallino en razón de los fundamentos expuestos en el precedente mencionado por el colega al punto 6 de su voto, "F.M.A. c/ Esencial s/ Amparo contra Actos de Particulares" expte. N° FRO 5664/2014, Acuerdo del 16 de diciembre de 2015 de la Sala "B" de esta Cámara Federal que integro como vocal titular. Así voto. Por lo tanto, en mérito al Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: I.) Confirmar la resolución del 2 de setiembre de 2016 (fs. 144/152), en cuanto fue materia de apelación. II) Imponer las costas de esta instancia a la actora (Art. 68 primer párrafo CPCCN). III.) Regular los honorarios profesionales en un ...% de lo que se les fije por la primera instancia. Insértese, hágase saber, comuníquese en la forma dispuesta por Acordada n° 15/13 de la C.S.J.N. y oportunamente devuélvanse los autos al Juzgado de origen. FERNANDO LORENZO BARBARÁ. JUEZ DE CÁMARA JORGE SEBASTIÁN GALLINO. JUEZ DE CÁMARA Subrogante JOSÉ GUILLERMO TOLEDO. JUEZ DE CÁMARA Ante mí Eleonora Pelozzi. Secretaria de Cámara

Notas: (*) Sumarios elaborados por Juris online

027190E