

Amparo De Salud Tratamiento De Fertilidad

JURISPRUDENCIA Amparo de salud. Tratamiento de fertilidad Se confirma la sentencia mediante la cual se hizo lugar parcialmente a la acción de amparo y, en consecuencia, se ordenó a la demandada que otorgue a la actora la cobertura integral y efectiva de tratamiento de fertilidad asistida de alta complejidad. Rosario, 30 de mayo de 2019-

Visto, en Acuerdo de la Sala "B" integrada, el expediente n° FRO 107/2018/CA1, caratulado "Papaleo, Cintia Sabrina c/ Federada Salud s/ Amparo contra Actos de Particulares" (originario del Juzgado Federal N° 1 de la ciudad de Rosario), del que resulta que: Vienen las presentes actuaciones a conocimiento de esta Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada (fs. 191/192), contra la sentencia del 28/12/2018 (fs. 180/190), mediante la cual se hizo lugar parcialmente a la acción de amparo y, en consecuencia, se ordenó a la Mutual Federada 25 de junio Sociedad de Protección Recíproca (Federada Salud) que otorgue a su afiliada Cintia Sabrina Papaleo la cobertura integral y efectiva de tratamiento de fertilidad asistida de alta complejidad - Técnica ICSI en el servicio de medicina reproductiva del grupo Gamma de Rosario, con su médica tratante y rechazó la cobertura en relación al diagnóstico genético preimplantatorio, con costas por su orden. Concedido el recurso, se ordenó correr traslado de los agravios expresados (fs. 205), los que fueron contestados por la actora a fs. 209/211 y se elevaron los autos a la Alzada (fs. 214/216). Recibidos en esta Sala "B", se dispuso el pase al Acuerdo, quedando en condiciones de ser resueltos (fs. 217). El Dr. Toledo dijo: 1°) Se agravio la accionada de la sentencia por cuanto sostuvo que no existió una conducta arbitraria e ilegal manifiesta de su parte. Manifestó que la negativa inicial versó solo sobre el diagnóstico genético preimplantatorio (DGP), el cual no correspondía su cobertura por no ser una práctica contemplada por la legislación aplicable, en cambio el tratamiento de fertilidad asistida ya se encontraba a disposición de la amparista. Expresó también, que el juez a quo cayó en una contradicción en razón de que la medida cautelar fue rechazada por considerar que el tratamiento del método ICSI, como los medicamentos y honorarios médicos se encuentran íntimamente vinculados con el DGP que no se encuentra incluido entre las prestaciones a cubrir con la Ley 26.862, pero al momento de dictar la sentencia sobre el fondo, hizo lugar parcialmente a la demanda ordenando la cobertura del tratamiento de fertilidad asistida de alta complejidad. Todo ello -manifestó la demandada- demuestra la inexistencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta de su conducta. En ese sentido -sostuvo que- no corresponde hacer lugar a la acción de amparo debido a la ausencia de negativa de la demandada a brindar la cobertura del tratamiento de alta complejidad. Por último, y en virtud de todo lo dicho, se agravio de la imposición de costas en el orden causado y solicitó que se revoque porque consideró que carece de fundamentación exigible. Hizo reserva del caso federal. 2°) De los términos de la demanda surge que la actora inició la presente acción de amparo contra Mutual Federada "25 de Junio" con el objeto que se ordene a dicha institución brindar cobertura integral y efectiva de tratamiento de fertilidad asistida de alta complejidad - técnica ICSI con diagnóstico genético preimplantatorio en el Servicio de Medicina Reproductiva de Grupo Gamma de Rosario, solicitando como medida cautelar la cobertura integral del tratamiento referido con el estudio DGP en el Servicio de Medicina Reproductiva del Grupo Gamma de Rosario, hasta que se resuelva la cuestión de fondo. Al interponer la acción el 16/01/18 la actora relató que debido a su diagnóstico de esterilidad primaria de un año de evolución por factor ovárico (baja reserva ovárica), y luego de dos pérdidas gestacionales tempranas, decidió solicitar el tratamiento que es objeto de la pretensión. En una primera oportunidad lo requirió verbalmente, y se le contestó que no lo cubrirían. Ante ello, hizo el reclamo mediante carta documento el 5/01/18, la que fue contestada mediante nota el 8/01/18 negando la cobertura del estudio de diagnóstico genético preimplantatorio por estar excluido de la legislación que regula la materia, pero nada dijo respecto del tratamiento (69/70). Interpuesta la demanda, el juez a quo intimó mediante oficio a la demandada para que informe al tribunal las razones de la negativa invocada por la actora (fs. 85vta.), oportunidad en que la obra social contestó que se negó el estudio diagnóstico genético preimplantatorio en razón de no ser ésta una cobertura legal ni contractualmente exigible. El 15/02/18 el a quo rechazó la medida cautelar solicitada con fundamento en que el tratamiento del método ICSI se encuentra íntimamente vinculado con el DGP, el que no se encuentra incluido entre las prestaciones a cubrir con la Ley 26.862 y por ello, consideró que no estaba suficientemente acreditado el requisito de verosimilitud en el derecho. El 7/09/18 se celebró audiencia en los términos del art. 36 del CPCCN con fines conciliatorios, oportunidad en la que ambas partes manifestaron que mantenían su posición. Al contestar la demanda, la accionada manifestó que la actora ya accedió al tratamiento FIV ICSI con la totalidad de sus medicamentos, conforme acreditó con copias de Remito RV-... y RV ... en el que se detalla la cobertura total de los medicamentos brindados el 09/04/18 y 04/05/18, y acompañó las constancias que acreditan que brindó el tratamiento de alta complejidad (fs. 153/vta.). Corrido el traslado, la actora contestó que la demandada no cubrió el tratamiento sino luego de iniciada la presente acción, y que en la actualidad sí lo está haciendo. Asimismo, manifestó que no tiene

inconveniente en arribar a un acuerdo conciliatorio, siempre que la contraria se comprometa a la cobertura de los tratamientos de fertilidad asistida (incluido técnicas, procedimientos, honorarios médicos, medicamentos y todo otro insumo necesario para la realización del mismo). En ese sentido, expresó que, está dispuesta a afrontar, en caso de que sea necesario, todo diagnóstico genético preimplantacional que se lleve a cabo (fs.168/vta.). La demandada, por su parte, se opuso a los dichos de la actora por cuanto sostuvo que mediante carta documento enviada el 1/02/18 (fs. 94) le hizo saber a la actora que puso a disposición de la cobertura el tratamiento de fertilidad asistida solicitado (fs. 171). El a quo dictó sentencia ordenando a Mutual Federada 25 de Junio la cobertura integral y efectiva de tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad - técnica ICSI en el Servicio de Medicina Reproductiva del grupo Gamma de Rosario y con su médica tratante y rechazó la cobertura en relación al diagnóstico genético preimplantatorio (fs. 180/190).

3°) Entrando al análisis del primer agravio referido a la ausencia de conducta arbitraria que sostiene la demandada, cabe destacar que según la Corte Suprema en línea con su propia jurisprudencia, la doctrina de la arbitrariedad es de carácter excepcional y su objeto no es corregir en tercera instancia pronunciamientos equivocados o que se reputen tales (Fallos: 310:676; 311: 345), sino cubrir los defectos graves de fundamentación o razonamiento que tornen ilusorio el derecho de defensa y conduzcan a la frustración del derecho federal invocado (Fallos: 310:234). La tacha de arbitrariedad, en consecuencia, cabe sólo frente a desaciertos u omisiones de gravedad extrema, a consecuencia de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (Fallos: 311:1950; 315:449; 323:3139); esto es, atiende a aquellos casos excepcionales en que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impiden considerar al pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 311:786). Sentado lo anterior y analizado el caso de autos, se estima que no puede proceder el agravio fundado en la arbitrariedad de la sentencia, en tanto las razones esgrimidas fundadas en la supuesta autocontradicción por haberse rechazado la medida cautelar, no resultan suficientes para acreditar las distintas causales alegadas. En este sentido, debe remarcarse que una de las características de las medidas cautelares es su carácter provisional, es decir que pueden modificarse o suprimirse si cambian las circunstancias dadas al tiempo de decretarlas. La decisión sobre las medidas cautelares, ya sea para desestimarlas o acogerlas, no hace cosa juzgada. Precisamente, se trata de una medida accesoria tendiente a tutelar un derecho afectado, al que se le exige la mera probabilidad de su existencia, sin perjuicio de lo que luego de sustanciado el proceso se resuelva con mayores elementos de prueba. Por consiguiente, no se advierte la presencia de la contradicción invocada por la demandada.

4°) Además, surge de los términos del decisorio de fs. 180/190, que no ha mediado apartamiento alguno del derecho dictándose de conformidad con la normativa vigente, que el Tribunal consideró aplicable al particular supuesto. Así, de la lectura de la sentencia se extrae que para el otorgamiento de la prestación se encuadró legalmente el tema bajo la Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida, sancionada el 05/06/2013, que en su artículo 1° estableció "La presente ley tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico - asistenciales de reproducción médicamente asistida?". Y en el artículo 2° definió como reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.

En cuanto a la cobertura dispuso que: "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" (Artículo 8°). Por su parte, el Decreto 956/13, reglamentario de la Ley 26.862, determina en su artículo 2° que se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a 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. Por otra parte, no puede obviarse que en dicha ley prevalecen, entre otros derechos concordantes y preexistentes reconocidos por nuestra Constitución Nacional y Tratados Internacionales de rango Constitucional (conforme artículo 75, inciso 22 de nuestra Carta Magna),

los derechos de toda persona a la paternidad/maternidad y a formar una familia, en íntima conexión con el derecho a la salud (Decreto 956/2013, segundo párrafo de sus considerandos). El derecho a la salud, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional), entre ellos los arts. VI y XI de la ?Declaración Americana de los Derechos del Hombre?; los arts. 7, 8 y 25 de la ?Declaración Universal de los Derechos Humanos?; los arts. 24 y 25 de la ?Convención Americana sobre Derechos Humanos?; los arts. 9, 10 y 12 del ?Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales?; los arts. 23 y 26 del ?Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos?; los arts. 2.c y 12 de la ?Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer?. La ley 26.862 y su decreto reglamentario n° 956/13 garantizan el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, las que comprenden tanto técnicas de baja como de alta complejidad. 5°) Adelanto que igualmente corresponde rechazar el segundo agravio expresado. En relación a ello adujo el apelante que conforme las constancias de la causa, las prestaciones solicitadas nunca fueron negadas, por cuanto oportunamente, se puso a disposición de la amparista el tratamiento de fertilidad. Sin embargo, de las constancias de autos surge que la actora solicitó las prestaciones desde finales de 2017 (fs.8; 11/13) y con motivo de haber recibido respuestas verbales negando la pretensión, le envió una carta documento a Federada Salud que fue contestada mediante nota del 8/01/18, en la que se rechazó expresamente la cobertura del estudio DGP sin pronunciarse respecto del tratamiento por el método ICSI, lo que hizo suponer a la actora que ello implicó también su rechazo. Además, si bien la demandada fundó sus dichos en las dos cartas documento enviadas a la actora, de la lectura de la segunda de ellas -fs. 94- surge que la primer carta documento no fue recibida por Cintia Papaleo, y habiéndose dejado aviso de visita, ésta no fue retirada. Por consiguiente, el argumento de la accionada relativo a la ausencia de negativa en otorgar la cobertura de la prestación no logra rebatir los hechos invocados por la actora, puesto que ella tomó conocimiento de ello recién el 01/02/18, es decir con posterioridad a la interposición de la demanda. Más aún, de la documental acompañada a fs. 147/148 se desprende que el cumplimiento de la prestación recién se efectuó el 09/04/18 y 04/05/18, es decir que podría inferirse que no fue espontáneo sino como consecuencia de la existencia del amparo judicial. 6°) Tampoco resulta atendible el agravio relativo a la imposición de costas, siendo la solución más justa distribuir las por el orden causado, en atención a los hechos expuestos en el considerando precedente. 7°) En virtud de lo expuesto, corresponde rechazar la apelación interpuesta por la demandada a fs. 199/204 y confirmar la sentencia de fecha 28 de diciembre de 2018 (fs. 180/190), habida cuenta que la expresión de agravios no contiene argumentos suficientes para demostrar que es equivocada la decisión adoptada. Las costas de esta instancia se imponen a la vencida. Así voto. La Dra. Vidal dijo: Que disiente con la solución propuesta por el Dr. Toledo, con base en las razones que a continuación expone. Se desprende de las constancias obrantes en autos que la actora, mediante carta documento, solicitó el 05/01/18 las prestaciones que fueron objeto del amparo (fs. 15), y que ello fue contestado por la demandada también mediante carta documento, el 11/01/18 (fs. 93), carta respecto de la cual -según surge de la siguiente enviada el 01/02/2018 por la misma parte (fs. 95)- se le dejó aviso de visita y no habría luego retirado la actora. En ambas se le hizo saber que se le daría cobertura del 100% del tratamiento de fertilidad asistida que solicitara, que se encontraba a su disposición dicha autorización en la casa central de la obra social, como así también se le anotició que se le daría cobertura a los medicamentos, según ley 26.862 y demás normativa aplicable, en cambio, respecto de la solicitud de cobertura del diagnóstico genético preimplantatorio (D.G.P) le informaron que se encontraba excluido del menú prestacional previsto en la mencionada ley. El 16/01/18 la actora inició el presente amparo solicitando que se le brindará cobertura integral y efectiva de Tratamiento de Fertilidad asistida de alta complejidad técnica ICSI con diagnóstico genético preimplantatorio en el Servicio de Medicina Reproductiva de Grupo Gamma de Rosario, conforme ley 26.682. No admitida la tramitación en feria, el 02 de febrero de 2018 solicitó que se proveyera la demanda y el 05 acompañó oficios para notificar a su contraria, es decir, con posterioridad a la contestación que ésta le remitiera y que antes mencionara la suscripta. Esa posición de la demandada fue expresada también en su contestación, y consta, en los fundamentos de la denegatoria de la medida cautelar pedida por la actora (resolución de fs. 103/106, en particular el segundo párrafo de fs. 106) por lo cual quedó claro que la negativa refería a costear el diagnóstico genético preimplantatorio que se solicitaba como parte del tratamiento con técnica ICSI. Al respecto cabe señalar que esa posición se ajusta a las previsiones legales que rigen la materia y al criterio sostenido por la C.S.J.N ya desde el 01/09/2015 en autos ?L.E.H y otros c/ O.S.E.P s/ amparo?, es decir, con anterioridad a la presentación de la demanda. En ese contexto considero que le asiste razón a la recurrente en que se ha comprobado la existencia de acto alguno que habilitara a admitir la acción deducida puesto que la discordancia existente entre las partes en definitiva refería a una prestación que la demandada no estaba obligada a afrontar, y que había expresado al tiempo de proveerse de demanda de este proceso. En mérito a lo expuesto considero que se debe rechazar la acción intentada con costas de ambas instancias a la vencida. Así voto. El Dr. Pineda adhirió a los fundamentos y conclusiones del voto del Dr. Toledo. Atento al resultado del Acuerdo que antecede, SE RESUELVE: I) Confirmar la sentencia de fecha 28 de diciembre de 2018, obrante a fs. 180/190, por los fundamentos expuestos en este decisorio. II) Imponer las costas de esta instancia a la demandada (Art. 68 del

C.Pr.Civ.C.N.). III) Regular los honorarios de los profesionales actuantes ante la alzada en el 25% de lo que respectivamente se le fije en 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. (expte. n° FRO 107/2018).- Fdo.: Elida Vidal (en disidencia)- José G. Toledo- Aníbal Pineda- (Jueces de Cámara) Andrea Gimeno (Secretaria de Cámara).-

039999E