

Amparo De Salud Tratamientos De Fertilizacion Asistida

JURISPRUDENCIA

Amparo de salud. Tratamientos de fertilización asistida

Se

confirma la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y le ordenó a la demandada la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida mediante la técnica ICSI (inyección espermática intracitoplasmática), con 100% de cobertura en medicación y procedimientos complementarios, sin determinación del número de intentos y hasta producirse el embarazo de la actora. En la ciudad de Corrientes, a los veinte días del mes de diciembre del año dos mil dieciocho, estando reunidos los Sres. Jueces de la Excm. Cámara Federal de Apelaciones, Dres. Ramón Luis González, Mirta Gladis Sotelo de Andreau y Selva Angélica Spessot, asistidos por la Secretaria de Cámara Dra. Cynthia Ortiz García de Terrile, tomaron conocimiento del expediente caratulado ?Ortega Ávalos, Isidro Enrique y otro c/ Swiss Medical Group s/ Amparo Ley 16.986?, Expte. N° 1056/2015/CA1 del registro del tribunal, proveniente del Juzgado Federal N° 1 de esta ciudad. Efectuado el sorteo a los fines de determinar el orden de votación, resultó el siguiente: Dres. Mirta Gladis Sotelo de Andreau, Ramón Luis González y Selva Angélica Spessot. SE PLANTEAN LAS SIGUIENTES CUESTIONES: -¿SE AJUSTA A DERECHO LA SENTENCIA APELADA? -¿QUÉ PRONUNCIAMIENTO CORRESPONDE DICTAR EN AUTOS? A LAS CUESTIONES PLANTEADAS LA DRA. MIRTA GLADIS SOTELO DE ANDREAU DICE, CONSIDERANDO: 1. Que la parte demandada -a fs. 89/95 y vta.- deduce recurso de apelación contra la sentencia que hizo lugar a la acción de amparo y le ordenó a la demandada la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida mediante la técnica ICSI (inyección espermática intracitoplasmática), con 100% de cobertura en medicación y procedimientos complementarios, sin determinación del número de intentos, y hasta producirse el embarazo de la actora; dispuso que se haga el procedimiento conforme la reglamentación de Ley 26862, art. 8 -hasta 3 tratamientos anuales de técnicas de alta complejidad, con intervalos de tres meses entre cada uno de ellos- y que se realicen en el Instituto PROCREARTE de la ciudad de Buenos Aires; impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios profesionales. 2. Se agravia la apoderada de la parte demandada, en primer lugar, por considerar que el a quo incurrió en contradicción al sentenciar, en tanto por un lado determina que se deberá brindar cobertura a la actora sin mencionar número de intentos -del tratamiento de fertilización- y luego indica que serán conforme a las pautas del Decreto Reglamentario de la Ley 26862; en segundo lugar, aduce que el magistrado no tuvo en cuenta las presentaciones de su parte, de donde surge que se dio cumplimiento a la Ley, por lo que no se le puede atribuir una conducta arbitraria y/o ilegal más considerando que la actora no solicitó ningún tipo de tratamiento luego del dictado de Ley. Considera cercenados sus derechos de defensa y debido proceso, en tanto el a quo dio por válidos los dichos de los actores y no abrió contradictorio a prueba el que mal podía impedir la realización del tratamiento en razón de tener dictada una medida cautelar. En relación al número de intentos de la técnica ICSI expresa que según la reglamentación de la ley de Fertilización Asistida es de hasta 3 intentos, alegando que dicha ley nada dice acerca de que sean anuales. Cita jurisprudencia en apoyo de sus dichos. Se agravia también por el hecho de dejar en manos de los actores la elección de la Institución donde se realizarán los tratamientos, como así también de la obligación impuesta de la cobertura de estudios complementarios. Finalmente se queja el recurrente de las costas, considerando que la actora también ha resultado en parte vencida en el fallo en crisis, toda vez que ella pretendía que se mantenga la obligación de tantos tratamientos fueran necesarios para lograr el embarazo, por lo que las costas deberían ser en el orden causado o proporcionales a la derrota. Mantiene la reserva del caso federal. 3. Corrido el traslado de ley, la parte actora contesta -a fs. 99 y vta.- en lo esencial, rechazando totalmente los dichos de la demandada. Niega que haya contradicción en la resolución atacada considerando que el a quo funda la cantidad de intentos anuales conforme la normativa vigente, hasta lograr el embarazo, y entiende que limitar el tratamiento violaría garantías constitucionales. Dice que la demandada, al contrario de sus dichos, se ha negado al cumplimiento de la cobertura, y prueba de ello son las cartas documento que le fueron cursadas. Agrega que la negativa encubierta de meros cumplimientos parciales, importa incumplimiento igualmente, debido a los elevados costos que supone cualquiera de los procedimientos acarreado la imposibilidad de llevar adelante el tratamiento. Asimismo, en cuanto a la elección del Instituto PROCREARTE, alega que es la institución con la que tiene convenio la demandada según le fuera oportunamente informado por el personal de esa institución, por lo que fue elegida a fin de evitar dilaciones. Concluye mencionando que la imposición de costas resulta fundada legalmente, toda vez que se han violado derechos y garantías constitucionales que se pretenden salvaguardar con la acción impetrada. Hace reserva del caso federal. 4. Elevados los autos, se llamó al Acuerdo a fs. 117, providencia que se halla firme y consentida y habilita la instancia de esta Alzada. Inicialmente cabe adelantar que la cuestión debe analizarse resaltando que en el caso se encuentran discutidos derechos a la salud y a la integridad psico-física de los actores. Que, el derecho a la salud, está reconocido en nuestra Constitución Nacional (en los artículos 14 bis y 42) así como también en los tratados internacionales,

como ser el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 12.1, 12.2.d y 11.1), en vigor desde 1986 (Ley 23.313), cuenta con jerarquía constitucional a partir de 1994 (Constitución Nacional, art. 75 inc. 22) en el que se dispuso que debe considerarse los derechos de toda persona "al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental", ¿La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad? y "...a una mejora continua de las condiciones de existencia...". En efecto, en el fallo ?Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) c/Costa Rica? de fecha 28/11/12, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja. Asimismo, que el derecho a la autonomía reproductiva, es decir, a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos es vulnerado cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad. Y definió que los hombres y mujeres afectados por la infertilidad son personas que sufren una enfermedad del sistema reproductivo, definida como incapacidad de lograr un embarazo clínico. Asimismo, el 25/06/2013 se promulgó en nuestro país la Ley 26862 de Reproducción Médicamente Asistida, la que fue reglamentada el 19/07/2013 mediante Decreto 956/2013. Que, el art. 1 de la ley de referencia contempla como objeto el de garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. El artículo 7º, determina que los beneficiarios con derecho a acceder a esos procedimientos son todas las personas mayores de edad que, de plena conformidad con lo previsto en la Ley 26529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, haya explicitado su consentimiento informado... El art. 8º, trata la cobertura, determinando que el sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las Leyes 23660 y 23661...así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales 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 OMS 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. Además, especificó que 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... Que, por Decreto 956/2013 se pautó el régimen contemplado en la Ley 26862 con las especificaciones propias del tratamiento en cuestión. 5. Que, con la promoción de la demanda los actores solicitaron la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida por Técnica ICSI (Inyección Espermática Intracitoplasmática) mientras el estado de salud lo requiera y lo prescriba el profesional médico, sin límites en la extensión de cobertura y hasta lograr el embarazo, incluyéndose la medicación previa con cobertura del 100 % y los gastos que ello demande a realizarse en el Instituto Procrearte (ubicado en calle Bulnes 1104 de CABA). Así, puede advertirse que la prestación reclamada en autos se halla amparada en las normas vigentes precedentemente descriptas. Puedo ver que de autos surge: la constancia de afiliación de los actores al agente de salud demandado (fs. 3 y vta.); la historia clínica donde consta el diagnóstico y tratamiento indicado ?esterilidad primaria: obstrucción tubárica bilateral +oligoastenoteratoozpermia severa Tratamiento en indicado: Alta Complejidad (ICSI)? (fs. 7). Observo que si bien a fs. 8 puede corroborarse autorizado por la demandada a favor de la actora el módulo de fertilización asistida Alta Complejidad en fecha 12/01/15, el mismo día se autorizó en un 40% (fs. 4) la cobertura de los medicamentos indispensables para el tratamiento pretendido (según la indicación médica fs. 5), lo que motivó el diligenciamiento de la cartadocumento de la accionante a la demandada pidiendo la cobertura del 100 % (el 20/01/2015, fs. 23) cuya respuesta negativa obra a fs. 22 (del 23/01/2015) y generó la promoción de la presente acción de amparo. Expuestos los derechos juego, los hechos suscitados en la causa y el marco legal vigente, cabe observar que de la lectura de los agravios expuestos por el recurrente puede verificarse que cuando afirma que el a quo incurrió en contradicción al sentenciar (en tanto por un lado determina que se deberá brindar cobertura a la actora sin mencionar número de intentos del tratamiento de fertilización, y luego indica que serán conforme a las pautas del Decreto Reglamentario de la Ley 26862), advierto que se trata de una interpretación errada del impugnante, en razón de que en el fallo recurrido se determinó un tope anual en el tratamiento solicitado (3 intentos), sin haberse establecido un límite numérico total, pero dejando la salvedad de que todo ello es hasta producirse el embarazo de la accionante. Coincido con lo sentenciado por el a quo. En efecto, sobre ese punto se expidió recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos: ?Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud?, CCF 4612/2014, sentencia del 14 de agosto de 2018, en la que dejó sentado que: "...resulta inconveniente la interpretación que la cámara efectuó de las disposiciones reglamentarias sobre cuya base

concluyó que el acceso a las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad se restringe a tres intervenciones en total. Convalidar tal inteligencia importaría admitir la validez de una reglamentación que conspira contra los propósitos establecidos en la propia ley reglamentada al punto de desnaturalizar el derecho que ella consagra y que, como se ha mencionado líneas más arriba, tienen carácter fundamental... Como surge de su texto, la única precisión que establece la norma reglamentaria con respecto a las técnicas de alta complejidad es que una persona puede acceder a un máximo de ?tres?. El decreto no especifica si se trata de tres en total o de tres en un determinado lapso temporal. Pero la lectura completa del precepto posibilita despejar esa incógnita pues permite comprender que ese límite de ?tres? intervenciones ha sido establecido en relación con el período anual que explícitamente fue previsto para la cobertura de las técnicas de baja complejidad mencionadas en el primer tramo (en este caso cuatro). La norma ha sido diseñada en un único párrafo u oración por lo que la ausencia de referencia temporal en el caso de las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad es solo producto de la utilización de un giro o recurso idiomático para evitar una innecesaria repetición de la palabra ?anual?... Se sigue de lo expuesto hasta aquí que la única interpretación admisible de la reglamentación examinada, en consonancia con los objetivos trazados por la ley 26.862, es la que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos ?anuales? de re-producción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad.? Respecto a los dichos de la demandada que dan cuenta que el magistrado no tuvo en cuenta las presentaciones de su parte en donde surgía que dio cumplimiento a la Ley, también corresponde desestimar. Ello así, puede verse en el decisorio dictado -puntualmente a fs. 85-, que el a quo consideró, en virtud de las constancias de autos, que la demandada no demostró haber dado respuesta favorable a la parte actora, como tampoco el cumplimiento de lo dispuesto en la ley y en la reglamentación vigente, lo cual fue entendido como un acto manifiestamente arbitrario e ilegal de parte del demandado, que afectó el derecho a la salud de la actora y su dignidad. Sobre los argumentos del apelante dirigidos a justificar que se han cercenado sus derechos de defensa y debido proceso, entiendo que no asiste razón en virtud de sus presentaciones obrantes a fs. 56/63 vta., 64/ y vta., 69/77 y 89/95 vta., que fueron las diversas oportunidades en las que efectivamente pudo ejercer su defensa y ofrecimiento de pruebas. Más, del escrito de contestación de demanda (fs. 69/77), no puede verse un ofrecimiento probatorio fundamental que se haya omitido atender en autos. Además, tampoco ha fundado suficientemente cuál ha sido la prueba que consideró esencial para la solución del caso. El punto cuestionado por el demandado acerca de la elección de la Institución para la realización del tratamiento, corresponde rechazar. Ello así, en tanto en oportunidad de contestar la demanda no ha formulado un ofrecimiento de alguna institución disponible para este fin que garantice los derechos reclamados por los actores. Asimismo, cabe remitirse a fs. 8, donde en fecha 12/01/2015 la demandada ya había autorizado la cobertura con el prestador Procrearte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por lo que la presente se trata de una oposición sin argumentos sólidos que sustenten ser atendidos por esta Cámara. El Alto Tribunal de la Nación, compartiendo las consideraciones expuestas por la Sra. Procuradora Fiscal, ha expresado en el sentido de que es la demandada la que debe ocuparse concretamente de probar -y poner a disposición- una alternativa entre sus prestadores, que proporcione un servicio análogo al que se persigue en juicio. Asimismo, se ponderó -a contrario sensu- que debía demostrarse la exorbitancia o sinrazón de la elección del afiliado (CSJN, ?R., D. y otros c/ Obra Social del Personal de Sanidad s/amparo?, S.C.R.W 104; L. XLII, 27/11/2012). En el caso, no ha existido esa alternativa indicada por la Corte, ni la demostración de que lo pretendido por la actora resultaba exorbitante. Respecto de los demás agravios, no se tratan en el entendimiento de que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus alegaciones o argumentos, bastando que se hagan cargo de los conducentes para la decisión del litigio (Fallos 272:225; 274:113; 276:132; 280:320; 294:261). Por las razones expuestas, corresponde rechazar el recurso incoado por la demandada, con costas a cargo de la demandada vencida, conforme al principio de la derrota objetiva (art. 68 CPCCN). 6. Por último, advierto que este Tribunal tiene jurisdicción para tratar el recurso de apelación de fs. 56/63 vta. (concedido a fs. 82), incoado contra la resolución que hace lugar a la medida cautelar. Al respecto, basta decir que el proceso cautelar tiene como finalidad asegurar la eficacia práctica de la sentencia, siendo netamente instrumental y accesorio, provisional o interino. Por ello, habiendo recaído pronunciamiento de fondo favorable a la pretensión de la parte actora, el objeto de la apelación contra la medida cautelar ha devenido abstracto, resultando inoficioso expedirse sobre la cuestión planteada al carecer de interés actual, en tanto es este último el que legitima la actividad del tribunal, y así corresponde declararlo, sin especial imposición de costas. 7. En relación a los honorarios profesionales corresponde apartarse de los márgenes establecidos en el artículo 14 de la Ley 21839 en razón de que aún tomando el máximo allí fijado se hallan cifras menores a las que corresponden al trabajo efectivamente cumplido en estos obrados. En consecuencia y de conformidad con la prerrogativa dispuesta por el art. 13 de la Ley 24432, se determinan los honorarios teniendo en cuenta la forma de presentación de los agravios y el resultado obtenido. Por ello, los emolumentos por la actuación en esta instancia, se fijan para la Dra. Mariana S. Romero en la cantidad de pesos ocho mil quinientos (\$8500), y para la Dra. Valeria Lorena Pirola en la suma de pesos siete mil (\$7000), en ambos casos, más IVA si correspondiere. Consecuentemente la sentencia de primera instancia resultará confirmada. A LAS CUESTIONES PLANTEADAS, LOS DRES. RAMÓN LUIS GONZÁLEZ Y SELVA ANGÉLICA SPESSOT DICEN:

Que adhieren al voto de la Dra. Mirta Gladis Sotelo de Andreau por compartir sus fundamentos. En mérito del acuerdo que antecede, la Cámara Federal de Apelaciones dicta la siguiente SENTENCIA: 1) Rechazar el recurso de apelación de la demandada, confirmando la sentencia dictada en los términos dispuestos. 2) Imponer las costas al vencido. 3) Regular los honorarios para la Dra. Mariana S. Romero en la cantidad de pesos ocho mil quinientos (\$8500), y para la Dra. Valeria Lorena Pirota en la suma de pesos siete mil (\$7000), en ambos casos, más IVA si correspondiere. 3) Comuníquese a la Dirección de Comunicación y Gobierno Abierto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Cf. Acordada 33/18 de ese Tribunal), cúmplase con la carga en el sistema Lex 100. Regístrese, notifíquese y devuélvase, sirviendo la presente de atenta nota de envío Firmado por: RAMÓN LUIS GONZALEZ, JUEZ DE CÁMARA Firmado por: CYNTHIA ESTHER ORTIZ GARCÍA, SECRETARIO DE CÁMARA Firmado por: MIRTA GLADIS SOTELO, JUEZ DE CÁMARA Firmado por: SELVA ANGÉLICA SPESSOT, JUEZ DE CÁMARA 035819E