

Amparo De Salud Tratamientos De Fertilizacion Asistida Cobertura Integral Criopreservacion De Embriones

JURISPRUDENCIA

Buenos Aires, 12 de marzo de 2020. Y VISTO:

El recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 44/52 -cuyo traslado fue contestado a fs. 60/66- contra la resolución de fs. 32/34, y

CONSIDERANDO: 1. La resolución apelada hizo lugar a la medida cautelar solicitada en el escrito inicial (fs. 7/23 -punto VIII-) y ordenó a la demandada otorgar a la actora la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida ICSI con "columnas de anexina", eventual criopreservación de embriones y medicación, en los términos establecidos por la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/13, en la institución requerida. OSDE inicialmente alega la arbitrariedad de la resolución por falta de fundamentación. Cuestiona la verosimilitud del derecho invocado y aduce que la cobertura dispuesta es improcedente porque los accionantes agotaron los tres tratamientos de alta complejidad contemplados en la ley. Sostiene que el límite de cobertura establecido en la ley 26.862 y en su decreto reglamentario es de tres técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad de por vida, en sentido concordante con el criterio del Ministerio de Salud en la providencia que menciona, sin perjuicio del conocimiento del fallo plenario de esta Cámara y de lo decidido por la Corte Suprema en la materia, citados en la resolución. En cuanto a las "columnas de anexina", indica que el mencionado ministerio no ha incluido esta práctica dentro de la nómina de técnicas de la ley 26.862 y alega que no existen evidencias clínicas suficientes que demuestren su efectividad, con transcripción parcial de publicaciones disponibles en internet. Arguye que el peligro en la demora no ha sido acreditado y que el carácter innovativo de la medida exigía mayor celo en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión. Señala la coincidencia entre el objeto de la medida cautelar y el de la acción de amparo. 2. En primer lugar, se debe señalar que la negativa extrajudicial de la demandada a la cobertura del tratamiento reclamado se fundó exclusivamente en el agotamiento de la obligación a su cargo legalmente impuesta, tal como lo destacó la señora jueza (cfr. nota a fs. 5 y fs. 32vta). Sobre esa base, la magistrada fundó su decisión en la doctrina establecida por el tribunal en pleno en la causa 1773/2017 "G., C. y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud", sentencia del 28-8-18, en cuanto a que: "El límite a que alude el art. 8 del decreto N° 956/13 reglamentario de la ley 26.862- en lo que respecta a la cobertura de tratamientos de fertilización asistida con técnicas de alta complejidad, y que se encuentran determinados en número de tres para una persona, ha sido previsto de modo anual", con cita de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa CCF 4612/2014/CS1 "Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud", del 14818. Pues bien, la demandada no ha controvertido la obligatoriedad de los fallos plenarios dispuesta en el art. 303 del Código Procesal (arts. 3 y 6 de la ley 27.500 - B.O. 10119). En función de ello, superada la cuestión relativa a la interpretación del art. 8 del decreto 956/13, la verosimilitud del derecho de la actora a acceder a tres tratamientos anuales se encuentra acreditada. 3. En relación con las "columnas de anexina", tanto la ley 26.862 (artículos 1° y 8°) como su decreto reglamentario 956/13 (art. 1°) garantizan el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. También se determina el deber de incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura integral de los medicamentos, terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida y su inclusión en el PMO (art. 8° de la ley y su reglamentación). En esa dirección, se dispone 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 N° 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" (cfr. art. 8 del Anexo I, del Decreto 956/13). Desde esa perspectiva, cabe señalar que de las constancias de la causa surge el diagnóstico de esterilidad de dos años de evolución, la existencia de "factor masculino moderado (aumento de la fragmentación del ADN espermático)", "(TUNEL 76%)" y la indicación de "columnas de anexinas" (cfr. fs. 3). Pues bien, la recurrente no ha controvertido que el procedimiento de selección espermática solicitado se vincule con la patología del señor H.J.M. como parte integrante del tratamiento de reproducción médicamente asistida que ha sido prescripto a los actores, sino que la discusión se centra en su eficacia y en la falta de previsión expresa. En este punto, se debe advertir la ausencia de elementos que respalden los cuestionamientos de índole médica relativos a la efectividad de la técnica, puesto que no resulta suficiente la transcripción de información disponible en internet (cfr. fs. 49). En tales condiciones, en este estado, las objeciones formuladas por la letrada apoderada de la demandada en cuanto a la indicación terapéutica, son inconducentes frente a la concreta prescripción de la médica tratante. Desde otro punto de vista, la Resolución 1E/2017 del Ministerio de Salud (B.O. 4-1-17), a través de la cual se precisó el alcance de los tratamientos de alta

complejidad referidos en el artículo 8º, párrafo tercero del Anexo I al Decreto N° 956/13, define los tipos de tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad (TRHA/AC), las etapas, su finalización y los procedimientos médicos que los componen. En cuanto al procesamiento de esperma a utilizarse, se lo define en estos términos: ?iii. Procesamiento de esperma mediante Swim UP, Percoll u otro método: procedimiento médico 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. Anexo III de la resolución). La enumeración no es taxativa, sino que la expresión "otro método" permite interpretar que incluye aquellos tratamientos que en la actualidad son de uso y práctica, sin que en este estado se advierta algún elemento o valoración de entidad suficiente para excluir al de ?columnas de anexina?, prescripto por un médico especialista en ginecología y medicina reproductiva (cfr. Sala II, causa 4243/2016 del 21-2-17; esta Sala, causas 2106/17/1 del 8-8-17, 10.990/18/1 del 28-3-19 y 11.769/18/1 el 10-5-19; Sala III, doctrina de la causa 7241/2017 del 8-3-18). Consecuentemente, el requisito de verosimilitud del derecho se verifica en la especie, apreciado con la prudencia que requiere el carácter innovativo de la medida dictada. En este sentido, ante los amplios y generosos términos de cobertura previstos tanto por la ley como por su reglamentación, el tribunal no puede más que tener por satisfecha esta condición de admisibilidad de la tutela cautelar pretendida (cfr. esta Sala, causa 10.584/2018/1 del 27-12-19). 4. Con respecto al peligro en la demora, el Tribunal ha reconocido que en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas, resultan suficientes para tenerlo por acreditado, la incertidumbre y la preocupación que ellas generan, de modo que la medida sea necesaria para disipar un temor de daño inminente, acreditado prima facie o presunto (cfr. causas 6655/98 del 7-5-99, 436/99 del 8-6-99, 7208/98 del 4-11-99, 1830/99 del 2-12-99 y 1056/99 del 16-12-99; en ese sentido, ver Fassi-Yáñez, "Código Procesal comentado", t. 1, pág. 48 y sus citas de la nota n° 13 y Podetti, ?Tratado de las medidas cautelares?, pág. 77, n° 19). En esa dirección, la imposibilidad de procrear es una limitación que puede afectar de manera real y efectiva la calidad de vida y la salud psíquica de una pareja (cfr. esta Sala, causa 621/08 del 16-11-08 y jurisprudencia citada) y a tal efecto también cabe ponderar la edad de la señora A.R.A -41 años según la copia de DNI de fs. 1-, el diagnóstico de infertilidad de dos años de evolución y disminución de la reserva ovárica, así como el fracaso de los tratamientos anteriores (cfr. fs. 3) que conducen a la demostración del mencionado requisito, máxime cuando la estrecha relación que existe entre las condiciones de admisibilidad de las medidas cautelares determina que a mayor verosimilitud en el derecho menor es la exigencia en cuanto a la gravedad e inminencia del daño (Fassi-Yáñez, Código Procesal comentado, t. 2, pág. 47). 5. En lo atinente a la coincidencia de objeto entre la medida cautelar dictada y la acción de amparo deducida se ha señalado que, en esas condiciones, no se puede descartar su aplicación por temor a incurrir en prejuzgamiento, cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada (Corte Suprema, in re ?Camacho Acosta, Maximino c. Grafi Graf SRL y otros?, C.2348.XXXII, del 7-8-97, publicada en Fallos 320:1633). Y ello es así, pues es de la esencia de estos institutos procesales enfocar sus proyecciones sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, pues se encuentran dirigidos a evitar los perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida, tornándose de dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva. En consecuencia, una solución contraria a la que aquí se propicia convertiría a este tipo de medida en una mera apariencia jurídica sin sustento en las concretas circunstancias de la causa, habida cuenta de que toda presentación en tal carácter se enfrentaría con el impedimento de un eventual prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo. Esto no es así desde que la decisión del Tribunal sobre la medida cautelar no es definitiva sobre la pretensión y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia de la situación actual dirigida a conciliar según el grado de verosimilitud los intereses de los actores fundados en un derecho verosímil y el derecho constitucional de defensa del demandado (cfr. Corte Suprema, causa C.2348.XXXII, cit.). 6. Por último, en las condiciones expuestas, las críticas formuladas sólo exteriorizan una mera discrepancia de la recurrente con los argumentos de la decisión, sin demostrar en modo alguno que el pronunciamiento apelado haya incurrido en un grosero apartamiento de las constancias de la causa o en defectos de fundamentación normativa, vicios que conducirían a su descalificación como acto jurisdiccional (doctrina de Fallos 296: 769: 300: 200 y 298, entre otros). Por los fundamentos expuestos, el Tribunal RESUELVE: rechazar el recurso interpuesto, con costas a la vencida (art. 69 del Código Procesal y art. 17 de la ley 16.986, aplicable en función del trámite asignado a fs. 24). Se difiere la regulación de honorarios para cuando se determinen los del proceso principal. El juez Fernando A. Uriarte no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Alfredo Silverio Gusman Guillermo Alberto Antelo

000355F