

Resolución nº - año 20 . Tomo . Folio nº

10061488030

RAM C/ IAPOS S/ RECURSO DE AMPARO

21-02842205-6

Juzg. 1ra. Inst. Civil y Comercial 16ta. Nom.

Rosario,

Y VISTOS: Los autos caratulados “**RAM C/IAPOS S/RECURSO DE AMPARO**”, venidos a despacho para resolver.

Que a fs. 17/33 comparecen las Dras. Carina Mazzeo y Julia Canet en representación de RAM conforme poder especial que luce a fs. 1 y en tal carácter plantean formal demanda de amparo en contra del IAPOS, todo ello en base a las siguientes consideraciones.

Manifiestan que la actora es afiliada a la obra social demandada, y que desde hace más de dos años se encuentra realizando consultas y estudios con la finalidad de lograr un embarazo. En este sentido ha sido atendida por el Dr. Colabianchi, quien ha indicado la realización de un tratamiento de fertilización de alta complejidad con donación de gametos. Que en mes de febrero del presente año solicitó la cobertura de dicho tratamiento a la demandada el que fuera rechazado alegando que conforme disposiciones internas los afiliados que no se encuentren casados ni posean pareja conviviente no pueden acceder a los tratamientos de fertilización asistida. A consecuencia de lo expuesto, el día 13/02/2015 remitió la carta documento que se adjunta intimando a la demandada a la prestación de dicha cobertura. Ante el silencio del accionado, se interpone la presente demanda. Manifiesta que la resolución interna del IAPOS no puede de ningún modo modificar la normativa general que rige la materia, esto es la ley 26.862 que regula los tratamientos de reproducción médicamente asistidas. A continuación desgrana una serie de argumentos en favor de su postura y a la configuración de los requisitos generales previstos para este tipo de proceso.

Plantea la necesidad del otorgamiento de una medida cautelar atento a que la edad de la actora no permite dilatar en el tiempo el tratamiento requerido. Debidamente citada y emplazada la demandada, comparece a fs. 123/130 el Dr. Alcides Fernando Martinez en representación del IAPOS conforme el poder general para pleitos que luce a fs. 37/39.

En dicha pieza procesal, contesta la demanda incoada y el traslado que le fuere corrido en relación a la medida cautelar planteada.

Respecto de esta última, solicita el rechazo de la misma argumentando que atento coincidir el dictado de la cautelar peticionada con la sentencia de fondo que podría dictarse es necesario extremar los recaudos a los fines del otorgamiento.

En consecuencia y atento lo preceptuado por la ley 10.456, quedan los presentes en estado de dictar resolución.

Y CONSIDERANDO :

1.-Que desde la perspectiva del análisis de los requisitos genéricos de las medidas cautelares, es necesario concluir que se hallan acreditados la totalidad de los supuestos requeridos para su procedencia.

La doctrina y la legislación se encuentran contestes en que la procedencia para el dictado de las medidas cautelares se encuentra subordinada al cumplimiento de tres requisitos: 1) verosimilitud en el derecho, 2) peligro en la demora y 3) contracautela.

2.- Con respecto al primero de ellos, es decir la verosimilitud en el derecho, la configuración del mismo se limita a un examen superficial, bastando la mera probabilidad respecto de la existencia del derecho que se discute en el pleito. Por ello, en caso de duda, debe siempre acordarse la medida peticionada (L.L., 1986 – B 618; L.L. 1986 – E 70, 138). Consecuentemente, el dictado de medidas cautelares no requiere un examen de certeza acerca de la existencia de la relación entre las partes y el alcance de las mismas o la prueba acabada del derecho invocado, ya que el juicio definitivo queda reservado para el momento del dictado de la sentencia definitiva, bastando la apariencia de que aquel exista, exigida desde siempre por la jurisprudencia. Solamente se requiere por parte del

peticionante una mínima prueba que haga presumir ese derecho con la incorporación al proceso de elementos que objetivamente y prima facie así lo demuestren y no sólo afirmaciones elaboradas sobre apreciaciones subjetivas que realice el peticionante. En el caso de autos la medida cautelar peticionada consiste en una medida innovativa que coincide con la pretensión de fondo incoada, por lo cual los criterios de apreciación de los requisitos genéricos mencionados deben realizarse con un criterio de mayor estrictez.

La verosimilitud en el derecho de la accionante se nutre de los siguientes elementos: a) el carácter de afiliada al lapos conforme la constancia de fs. 6, y que afirmado por la actora no ha sido negado por el accionado, por el contrario ha sido expresamente reconocido por esta b) las constancias de fs. 7/12 de las cuales da cuenta de la indicación médica aconsejando la realización de un tratamiento de fertilización asistida, d) la actitud asumida por la demandada antes y durante el presente proceso.

El lapos guarda silencio ante el primer pedido efectuado por la actora. Al serle cursada carta documento que luce a fs. 13 la accionada resuelve denegar el mismo con fundamento en que conforme lo dispuesto por el art. 8 del decreto reglamentario No. 956/2013 que regula la aplicación de la ley 26.862 los gametos donados deben provenir exclusivamente de entidades médicas inscriptas en el Registro Federal de Establecimiento de Salud.

Concomitantemente cuestionó también la prestación requerida por entender que conforme la resolución 69/13 del lapos el beneficio pretendido debía reservarse para el caso de pareja conviviente, extremo que no resultaba configurado en el caso de la actora.

Los motivos argumentados por la demandada en defensa de su posición no merecen receptarse. En este sentido la ley 26.862 resulta aplicable al presente proceso. Dicha normativa en su artículo 7 establece que será beneficiaria de los programas de fertilización asistida toda persona mayor de edad. Por su parte el art. 8 de la norma analizada incorpora las técnicas de reproducción asistida en el denominado Programa Médico Obligatorio, estableciendo que la autoridad de aplicación no podrá introducir limitaciones fundado en el estado civil de los destinatarios. A tenor de lo expuesto, la reglamentación del lapos limitando el beneficio a aquellas personas que posean pareja conviviente aparece claramente violatoria de la normativa nacional a la que debe subordinarse, por lo cual debe ser soslayada.

En cuanto a la objeción consistente en que la clínica del Dr. Colabianchi no aparece inscripta en el Registro Federal de Sistema de Salud, la misma no se compadece con las constancias de autos, desde que a fs. 132 se acompaña el listado del denominado REFES, en el cual el establecimiento médico que llevará adelante el tratamiento se encuentra incluido.

3.- Que, asimismo, es menester ponderar que existe un peligro en la demora que deviene de las particulares circunstancias de este caso concreto, consistente en la edad que posee la actora (42 años) motivo por el cual el médico tratante aconseja en su indicación que el tratamiento no se dilate en tiempo.

Tomando en consideración el conjunto de los elementos aportados por las partes, y evaluando debidamente la conducta asumida por la demandada, antes y durante la tramitación del presente proceso, entiendo que la medida cautelar resulta procedente por configurarse el supuesto previsto en el art. 16 ley 10.456, en el sentido de que el derecho que asiste a la actora podría verse comprometido con el transcurso del tiempo.

El derecho a la salud es un derecho de primerísimo nivel, unido de manera indisoluble a la vida, que se encuentra reconocido en la Constitución Nacional, y por los tratados internacionales que poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 Constitución Nacional) y a los que nuestro país ha prestado adhesión. Así, por ejemplo, art. 12 inc. c), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4 inc. 1) y 5 inc. 1), Convención Americana de Derechos Humanos; art. 6 inc. 1), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Asimismo, se encuentra consagrado expresamente en la Constitución provincial (art. 19), por lo que el derecho tutelado posee suficiente andamiaje constitucional.

Desde el análisis jurisprudencial, son numerosos y coincidentes los fallos, tanto de la

Suprema Corte Nacional como de los respectivos tribunales provinciales, en adherir generosamente a la protección de este derecho fundamental, ya que de lo contrario las leyes que los sancionan no serían otra cosa que “enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad” (Corte Suprema de Justicia de la Nación, O.S.B. c/ Provincia de Buenos Aires s/ amparo, La Ley 7/10/05).

4.- En lo relativo a la contracautela, la actora ha ofrecido caución juratoria. A este respecto, entiendo que la misma resulta procedente solamente en los casos excepcionales que se demuestre acabadamente una situación de vulnerabilidad social que impida ofrecer fianza, extremos que no se encuentran acreditados. En consecuencia, deberá la actora ofrecer fianza por los daños que la medida pueda irrogar acreditando solvencia el fiador con un bien inmueble, pudiendo concurrir el mismo cualquier día y hora hábil de audiencia.

5.- Modalidad de la prestación.

Conforme lo preceptuado por el art. 8 del decreto reglamentario de la ley 26.862, el tratamiento de fertilización asistida petitionado y concedido deberá limitarse a un máximo de tres tratamientos con un intervalo mínimo de tres meses entre cada uno de ellos. El mismo deberá ser efectuado en el Instituto de Fertilidad Asistida S.R.L. de acuerdo las indicaciones que lucen a fs. 7/12, incluyendo los medicamentos que requiera dicho tratamiento.

Asimismo, a tenor de lo preceptuado por el art. 19 del C.C., la técnica de fertilización asistida a implementarse deberá llevarse a cabo implantando en la actora la totalidad de los embriones que se obtengan mediante la mencionada técnica ICSI, debiendo el Dr. Julio Colabianchi y/o el médico que se encuentre a cargo del tratamiento informar al Tribunal dentro de los 20 días hábiles siguientes a la realización de cada transferencia de embriones acerca del resultado obtenido.

Por tanto y a mérito de lo expuesto, y de lo previsto en la ley provincial 10.456, leyes nacionales 26.862 y 24.901, art. 19 C.C. y lo establecido en el art. 19 Constitución provincial y art. 43 Constitución Nacional.

RESUELVO: 1.- Bajo la fianza que deberá ofrecerse y que deberá constituirse en legal forma en autos, hacer lugar a la medida cautelar solicitada, y en consecuencia, ordenar a la demandada que se haga cargo del 100% de los costos derivados del tratamiento de fertilización asistida cuyas indicaciones técnicas lucen a fs. 7/12, todo ello con las indicaciones y requisitos descriptos en el punto 5) de los considerandos precedentes.

2.- Costas al perdidoso (art. 251 C.P.C.C.). Insértese y hágase saber.-

.....

DRA. MA. SOL SEDITA DR. PEDRO ANTONIO BOASSO
Secretaria Juez