

29 febrero 2016 por Ed. Microjuris.com Argentina

Partes: F. M. B. y otro c/ Obra Social de Empresarios Profesionales y Monotributistas s/ leyes especiales

Tribunal: Cámara Federal de Apelaciones de General Roca

Fecha: 22-dic-2015

Cita: MJ-JU-M-96191-AR | MJJ96191 | MJJ96191

Se revocó la pretensión cautelar de que la empresa de medicina prepaga brinde cobertura del tratamiento de diagnóstico genético preimplantacional, ya que implica la destrucción de determinados embriones y así de la persona humana.

Sumario:

1.-Corresponde revocar la medida cautelar concedida por la que se ordenó a la empresa de medicina prepaga demandada a brindar inmediata cobertura total e integral al tratamiento de fertilización in vitro por método ICSI, con más el diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) a los embriones, en el término de dos días y bajo apercibimiento de aplicarle sanciones conminatorias en caso de demora, toda vez que el diagnóstico genético preimplantacional resulta inescindible del tratamiento de fertilización asistida, tal los términos en que la prestación fue solicitada y dicho estudio y acto médico implica la destrucción de determinados embriones y así de la persona humana de acuerdo al art. 19 del CCivCom., corroborado por el art.9 segunda, de la ley 26.994.

Fallo:

General Roca, 22 de diciembre de 2015.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto a fs.82 por la demandada contra la resolución de fs.79/81 que admitió la cautelar requerida en el escrito inicial;

Y CONSIDERANDO:

Que de acuerdo con lo establecido en el art.26 del decreto-ley 1285/58, es facultad de las cámaras de apelaciones dictar sus resoluciones por voto de los magistrados que las integran, por lo que en esta ocasión cada uno de los miembros de este tribunal emitirá su opinión en la forma que sigue.

El doctor Richar Fernando Gallego dijo:

1. Mediante la resolución de fs.79/81, el señor juez a quo hizo lugar a la medida cautelar requerida por los actores junto a la acción de amparo promovida y ordenó a la Obra Social de Empresarios, Profesionales y Monotributistas (OSDE-OSDEPYM), a brindar inmediata cobertura total e integral al tratamiento de fertilización in vitro por método ICSI, con más el diagnóstico genético preimplantatorio (DGP) a los embriones, en el término de dos días y bajo apercibimiento de aplicarle sanciones conminatorias en caso de demora.

Para arribar a esa decisión, el magistrado entendió acreditados los recaudos propios para su dictado en razón de la afiliación de la actora a la obra social demandada y la opción del actor de unificar sus

aportes en favor de esa entidad, la patología que presenta la reclamante -Translocación Robertsoniana entre los brazos largos de los cromosomas 13 y 14 a la que se le atribuye los abortos anembrionarios-, la indicación médica de someterse al tratamiento señalado en el escrito de inicio para seleccionar los embriones que cumplen determinadas características y/o eliminar los que portan algún tipo de defecto congénito, así como la negativa de la demandada a brindar la prestación requerida.

Entendió además para sostener la verosimilitud del derecho, que la pretensión estaba amparada por la ley 26.862 de "Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida", y en su decreto reglamentario 956/2013.

Tuvo también por configurado el peligro en la demora pues de no mediar el diagnóstico previo de los embriones, existía un alto grado de certeza que el nacimiento con vida de un hijo sea imposible, teniendo ello como consecuencia el agravamiento de la condición física y emocional de los actores y la generación de altos costos de tratamiento. Tuvo en cuenta además la finalidad de evitar la reiteración de intentos fallidos y la preservación de la salud, considerando especialmente la edad de la actora.

2. Contra ello se alzó la parte demandada a fs.82 y a fs.46/59vta. presentó el memorial de agravios (el desorden en la cita de fojas se debe a una incorrecta compaginación del incidente de apelación -ver fs.76-).

Por el primero de ellos, cuestionó la cobertura del estudio de los embriones denominado Diagnóstico Genético Preimplantario (DGP), en base a entender por un lado, que se encontraba en juego el orden público, la vida e integridad de las personas y, por el otro, que no existía normativa alguna que contemplase la obligatoriedad de otorgarla.

En tal sentido planteó que la negativa de su mandante, se asentaba en que la fertilización asistida requería previamente de un estudio y acto médico que implicaba la destrucción de determinados embriones y así de la persona humana de acuerdo al art.19 del CCC, corroborado por el art.9, segunda, de la ley 26.994.

A lo expuesto agregó que el juzgado debía acatar la postura sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo "L.E.H. y otros c/ O.S.E.P.s/ amparo" (CSJ 3732/2014/RH1), para lo cual transcribió los párrafos de esa resolución.

En segundo lugar postuló que el porcentaje de cobertura de la medicación debía ser del 40% según lo establecido por el PMO y no del 100% como fue ordenado por el a quo.

El último agravio se dirigió a cuestionar la omisión de la designación de la cantidad de tratamientos que pudiese realizar la reclamante, de donde sostuvo que de acuerdo a la ley y su reglamentación son tres intentos en toda la relación, con cita de jurisprudencia.

3. Así planteada la cuestión, la objeción señalada en primer término se refiere a la verosimilitud en el derecho de la pretensión esgrimida, agravio que entiendo debería ser admitido.

Tengo en cuenta para ello, que recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo" (CSJ 3732/2014/RH1, del 1° de septiembre de 2015) entendió la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en la negativa de la obra social demandada a

hacerse cargo de los costos de prestación idéntica a la aquí requerida, dada la inexistencia de norma alguna que la obligue a la cobertura integral de la prestación de fertilización asistida in vitro (FIV), por técnica ICSI con previo diagnóstico preimplantacional (DGP).

Dijo allí, que “. 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 espermatozoides; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos (art.2°, segundo párrafo) mas omite toda referencia al DGP.” (consid.7°).

Entiendo así que dentro de este proceso cautelar debe descartarse la configuración del buen derecho alegado por la actora, circunstancia que impide la admisión de la medida precautoria y hace innecesario el pronunciamiento sobre los restantes recaudos.

Esta cámara tiene dicho, de manera reiterada y sostenida a lo largo de años -criterio al que adhiero- que los requisitos a los que se subordina el dictado de ese tipo de medidas, consistentes en la verosimilitud del derecho y en el peligro en demorar la tutela anticipada, son concurrentes y complementarios. Lo primero porque a falta de uno de ellos la medida no puede ser acordada (“HIDROÉLECTRICA EL CHOCÓN S.A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) y otro s/ Amparo”, sent.int.531/05; “CAPEX S.A. c/ Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) s/ Amparo”, sent.int.605/05; “FISCO NACIONAL (A.F.I.P.) c/ Fox Petrol S.A. s/ embargo preventivo”, sent.int.1540/05; “PERTICARINI, Eduardo Tito c/ Comisión Nacional de Regulación de Transporte y otros s/ acción de amparo”, sent.int.135/07; “Vía Frutta S.A.c/ Estado Nacional-Administración Federal de Ingresos Públicos-Dirección Gral.De Aduanas s/ medida cautelar autónoma”, sent.int.55/08, entre otros); lo segundo porque la rigurosidad en el examen de la concurrencia de estos requisitos debe ser inversamente proporcional, de donde a mayor intensidad en la verosimilitud del derecho corresponde una apreciación más laxa del peligro en la demora y viceversa (“BEJARES, Francisco Antonio c/ Universidad Nacional del Comahue, Servicio de Obra Social (Sosunc)”, sent.int.85/93; “O.R.S.N.A. c/ Municipalidad de de Bariloche s/ medida cautelar”, sent.int.376/07, entre otros).

Es por todo lo expuesto y teniendo en cuenta que el diagnóstico genético preimplantacional resulta inescindible del tratamiento de fertilización asistida, tal los términos en que la prestación fue solicitada, correspondería revocar en todos sus términos la resolución que otorgó la medida cautelar.

Por ello propongo al acuerdo hacer lugar al recurso deducido y, en consecuencia, revocar la resolución apelada.

Las costas de alzada deberían imponerse por su orden, en mérito a la ausencia de contradictorio.

El doctor Ricardo Guido Barreiro dijo:

Coincido con la conclusión del voto que antecede y adhiero a la propuesta que formula.

Por lo expuesto, EL TRIBUNAL RESUELVE:

I. Hacer lugar al recurso de apelación de fs.82/vta. y revocar la resolución de fs.79/81; Imponer las costas de alzada en el orden causado;

II. Registrar, notificar, publicar y, oportunamente, devolver.

El doctor Mariano Roberto Lozano no suscribe la presente (Acordada 9/92).

Fdo. Richar Fernando Gallego y Ricardo Guido Barreiro, jueces de cámara. Eliana Balladini, secretaria.