

**Causa n° 2723/2015 – “M., L. M. y otro c/ Omint SA de Servicios s/ sumarísimo de salud” – CNCIV Y COMFED – SALA II – 23/03/2016**

Buenos Aires, 23 de marzo de 2016.-

Y VISTO: el recurso de apelación interpuesto en fs. 181 contra lo resuelto en fs. 178/180, los fundamentos de fs. 185/187 y el responde de fs. 191;

y CONSIDERANDO:

1) Que el Sr. Juez de grado resolvió la cobertura integral del tratamiento de fertilización in vitro que le fue indicado a los actores, de la medicación, los gastos y los honorarios, con excepción de la criopreservación embrionaria pues entendió que el “propio texto legal establece una serie de supuestos en los cuales la criopreservación de embriones resulta procedente, no siendo el caso planteado en autos el contemplado en la norma legal aplicable”.-

Por otro lado, rechaza el reclamo pecuniario de los costos ya erogados en concepto de medicación en tanto consiste en una pretensión patrimonial cuya resolución difiere al momento del dictado de la sentencia definitiva.-

2) Los actores se agravan de que el a quo se equivoca en afirmar que para la procedencia de la criopreservación de embriones se deban cumplir ciertos supuestos ya que el articulado del decreto (2 del dec. 956/13) no establece requisito alguno, ni límites, ni topes a la cobertura. Además sostiene que el juez, arbitrariamente, realiza una errónea interpretación al establecer que en el caso “no se dan los supuestos” del decreto reglamentario, haciendo caso omiso a la prescripción de la médica actuante, que indica la necesidad del tratamiento.-

El segundo agravio lo funda en la contradicción que supone entre el rechazo del reintegro del dinero de la medicación y la orden de cubrir los futuros en el marco de la cautelar.-

3) El art. 2 de la ley 26.862 define que a los efectos de la ley se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones.-

En el decreto reglamentario (art 2, 956/2013) la normativa precisa 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.-

Es claro que tanto la criopreservación y donación de ovocitos como la de embriones están cubiertas por la ley 26.862 cuyo objeto es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1, ley 26.862 y 1

del decreto reglamentario).-

El art. 8 de la ley 26.682 no limita la cobertura a la técnica de criopreservación de gametos, sino que se refiere a un caso especial de cobertura de gametos para aquellas personas que por problemas de salud o por tratamientos médicos o por intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad para procrear en el futuro. En estos casos donde no hay voluntad procreacional inmediata, el individuo titular del gameto a reservar para hacer frente a ciertos hechos que pudieren comprometer la calidad o integridad de sus futuros gametos, también (así comienza el texto del art. 8 de la ley 26.862) quedan comprendidos en la cobertura prevista en ese artículo. Las limitaciones que pudieren surgir de una interpretación contraria o de reconocer efectos limitantes a la omisión de la actividad reglamentaria de la autoridad de aplicación (a la que se hace referencia a través de la cita de un precedente del año 2013 de la Sala I de esta Cámara –confr. fs. 179 vta.) van en desmedro de los fines y las causas que motivaron al dictado de la ley 26.862 en tanto 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 que se funda en los derechos a la dignidad, a la libertad y a la igualdad de toda persona humana; normativa que por esas razones tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida (de los considerandos del decreto 956/2013).-

El tratamiento de fertilización en curso, donde ambos padres tienen la inmediata voluntad de procrear, fue prescrito por la patología Síndrome de Ovario Poliquístico (PCO) –confr. fs. 63-, por lo que la cobertura de la criopreservación de embriones está amparada por la ley 26.862 (art. 2 del dec. 956/2013) y no, como se llega en el fallo recurrido, excluida por el art. 8 de la ley 26.862 que, como se dijo, prevé otro supuesto que amplía la protección de los derechos en favor de la integridad asistencial.-

Por otro lado, debe tenerse en cuenta la propia demandada al 1/7/2015 (confr. fs. 183) incluyó entre sus prestaciones a la vitrificación de embriones por un año de mantenimiento, límite de tiempo que explica con supuestas razones que conducen a una calculada y proyectada duración de los procedimientos (confr. fs. 191). Pero ahora no es posible delimitar en el tiempo ni la cantidad de los procedimientos que deberían cumplirse (porque no fue objeto de planteamiento ni de decisorio alguno), ni la duración del que está cumpliéndose, ni la de los venideros.-

Entonces, la criopreservación de embriones en curso deberá estar cubierta hasta tanto dure la contienda judicial sobre el punto cuya cautelar se trata, por lo que cualquier modificación sobre la erogación de los costos a cargo de la obra social necesitará una decisión expresa que eventualmente recaerá ante la petición de la parte interesada o con el dictado de la sentencia definitiva.-

4) En lo que respecta al reclamo de reintegro de los costos que con anterioridad fueron asumidos por los actores, cabe considerar que si bien es cierto que las medidas cautelares innovativas justifican una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión, por alterar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado y configurar un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa (conf.

Fallos 316:1833; 319:1069, entre otros), también lo es que la propia Corte Suprema ha sostenido que no se puede descartar la aplicación de una medida cautelar por temor a incurrir en prejuizamiento cuando existen fundamentos que imponen expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, añadiendo que estos institutos procesales enfocan sus proyecciones sobre el fondo del litigio, porque su objetivo es evitar la producción de perjuicios que podrían producirse en caso de inactividad del órgano jurisdiccional y tornarse de muy dificultosa o imposible reparación al tiempo de dictarse la sentencia definitiva (conf. Fallos: 320:1633).-

Desde esta perspectiva, la identidad entre el objeto de la medida precautoria y el de la acción no es, en sí misma, un obstáculo a su procedencia en tanto se encuentren reunidas las exigencias que hacen a su admisibilidad (conf. esta Sala, causa 7802/07 del 20.11.07, entre muchas otras). Y además tampoco puede obviarse que la cobertura dada a título cautelar tiene carácter provisional, puede ser modificada si cambian las circunstancias que le dieron lugar y queda supeditada a lo que se resuelva en la definitiva.-

Ese complejo y ambiguo marco donde debe decidirse la prevalencia de los valores encontrados entre las posiciones de las partes volcadas según sus intereses y entre aquellos otros que protegen las reglas del juicio que requieren de soluciones prontas pero tomadas con las debidas garantías procesales de comparecencia, bilateralidad y producción de pruebas; conducen en este estado recursivo a admitir la cautelar sobre la criopreservación y a confirmar la denegatoria respecto de los costos “asumidos” antes del dictado de la cautelar en revisión, cuyo reintegro – según las constancias de la causa- no pone en peligro al ejercicio de derechos o a bienes algunos antes del dictado de la sentencia definitiva.-

En virtud de lo expuesto, esta Sala RESUELVE: Hacer lugar parcialmente al recurso, revocar la resolución de fs. 178/180 en tanto deniega la cobertura de criopreservación de los embriones, la que deberá prestarse por la demandada en los términos considerados en este decisorio y confirmar la denegatoria de la cautelar respecto del reintegro de las sumas abonadas en concepto de medicación. Las costas de Alzada se imponen en el orden causado, para lo cual se tiene en cuenta que la demanda no contestó agravio y que la actuación de fs. 191 reconoció su causa en un pedido de est Tribunal cuya respuesta ayudó a resolver –sobre ese punto- en favor de la actora (art. 70, Ley DJA – U -962, B.O. DJA 16.06.14, Código Procesal Civil y Comercial Federal -anterior, art. 68-).-

El Dr. Alfredo Silverio Guzman no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).-

Regístrese, notifíquese en la forma de ley; en su caso, a/l domicilio/s “electrónico” identificado/s por el/los interesado/s en la causa y por ende ya presente/s (según acordadas CSJN n° 31/11 y 38/13, en materia de notificaciones electrónicas).-

Fdo.: RICARDO VÍCTOR GUARINONI - GRACIELA MEDINA

Citar: elDial AA95ED

Publicado el: 19/04/2016  
copyright © 1997 - 2016 Editorial Albrematica S.A. - Tucumán 1440 (CP 1050) - Ciudad Autónoma de Buenos Aires - Argentina

