



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 1

[REDACTED]

[REDACTED] OTRO c/ SANCOR SALUD
s/AMPARO DE SALUD

Buenos Aires, de diciembre de 2020.- SML

AUTOS Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I). Atento el estado y constancias de autos, importa destacar que en materia de medidas cautelares, especialmente en el ámbito de las relacionadas con la protección de la salud, se debe aplicar un criterio amplio, siendo preferible el exceso en admitirlas que la parquedad en negarlas (conf. CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa n° 7041/06 del 27.12.06 y sus citas; Sala III, causa n° 4856/03 del 19.8.03 entre otras), como así también que a estos fines no es menester un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, pues ese juicio de certeza se opone a la finalidad de la institución cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (conf. Fallos: 320:1093, *in re* “Distribuidora Sur S.A. c/ Prov. de Buenos Aires” del 22.05.97; Fallos: 320:2567, *in re* “Prov. Santa Cruz c/ Estado Nacional” del 25.11.97; CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa n° 11.223/95 *in re* “Bava Arcilia Inés c/ Instituto s/ medidas cautelares” del 30.05.95).

En cuanto a la verosimilitud del derecho, se debe señalar que del relato efectuado por los accionantes y documentación agregada en autos, surge que, en la especie, podría verse comprometido el derecho a la salud –en el caso la salud reproductiva de la parte actora, que tiene raigambre constitucional, lo cual justifica la necesidad de una protección judicial rápida y eficaz (CNF. Civ. y Com. Sala III causa 17050 del 5.5.95) y por cuya razón no corresponde extremar recaudos a los fines de la acreditación sumaria

de la verosimilitud del derecho invocado (conf. CNFed. Civ. y Com., Sala II, causa n° 15.717 del 23.5.95; Sala III, causa n° 26.653 del 26.6.95).

II). Por otra parte, es dable admitir que de las manifestaciones efectuadas en el escrito de inicio y de la documentación acompañada, de la cual surge la prescripción del tratamiento de reproducción médicamente asistida de alta complejidad FIV – ICSI y la negativa de la demandada a la cobertura de dicho tratamiento (conf. presentación de fecha 15.12.2020), se configura el peligro en la demora requerido a los fines de sostener la viabilidad de la medida cautelar, máxime, ponderando que ante la eventual falta de cobertura total del mismo, podría comprometerse la salud de los actores, esto así, considerando que el concepto de salud abarca un estado completo de bienestar físico, mental y social, y que “la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica”, de modo que “las circunstancias por las cuales los accionantes se ven impedidos de procrear representan un desmedro en su salud y por ende, se constituyen como un derecho enteramente pasible de protección” (CNFed. Civ. y Com. Sala I, causa n° 7.957/08 del 14.10.08 y sus citas).

III). Asimismo, debe tenerse en cuenta que el tratamiento requerido se encuentra actualmente incluido en el PMO.

En primer término, toda vez que lo requerido debe ser encuadrado en lo dispuesto por el art. 8° de la ley 26.862 y art. 8 de su decreto reglamentario n° 956/13, que establecen la consecución de los tratamientos “...con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no de un donante...”, como así también que “... si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 1

jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante...”, disponiendo finalmente que “...la donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial...”.

Asimismo, cabe destacar que la Resolución 1044/2018 del Ministerio de Salud de la Nación (B.O. 05/06/18), establece que todo tratamiento de reproducción médicamente asistida con óvulos propios se realizará a mujer de hasta 44 años de edad al momento de acceder a dicho tratamiento, salvo prescripción médica en contrario (conf. art. 1°).

IV). Con relación a la cobertura de la medicación necesaria para llevar a cabo el tratamiento prescripto, corresponde destacar que ni la ley citada, ni su decreto reglamentario establecen que su cobertura se pueda encontrar supeditada a los porcentajes reconocidos por cada obra social o empresa de medicina prepaga y por el contrario dispone la “...cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas...” (art. 8, ley 26.862), de modo que el costo de la medicación necesaria para efectuar el procedimiento que prescriba el médico tratante, deberá ser asumido en forma total por la prestadora demandada.

Por lo demás, debe ponderarse especialmente lo dispuesto en la Resolución 1045/18 del Ministerio de Salud (BO 05/06/18), que establece expresamente que “...todo medicamento aplicado a cualquier tratamiento de reproducción médicamente asistida previsto por la ley 26.862, deberá ser brindado con cobertura del ciento por ciento (100%) por los agentes obligados enunciados en el art. 8 de dicha ley...”.

V). En lo atinente al **prestador** que deberá llevar a cabo el tratamiento, corresponde poner de resalto que la norma aplicable

sólo prevé la creación de un registro en el que deben estar inscriptos todos los establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, quedando a cargo de la autoridad de aplicación los requisitos de habilitación (arts. 4 y 5, ley 26.862 y decreto reglamentario 956/13), siendo claro que los procedimientos sólo podrán ser realizados en los referidos establecimientos sanitarios habilitados.

En tal sentido, toda vez que no se prevé expresamente la libre elección del paciente del médico y/o establecimiento para efectuar el tratamiento, debe recordarse que el sistema no contempla -como principio- la libre elección de médicos y/o prestadores, sino que está estructurado en función de los profesionales e instituciones contratados por las obras sociales para la atención de sus afiliados (conf. CNF. Civ. y Com., Sala I, causa 11.071/05 del 20.12.05).

En las condiciones indicadas, considero que los actores deberán realizar el tratamiento en cuestión sólo en caso de que la institución requerida (PREGNA) sea prestador de la demandada y cumpla con los recaudos establecidos por la normativa aplicable, pues de lo contrario, deberá cumplirse con la cobertura con los profesionales propios y/o contratados por la Obra Social/entidad de medicina prepaga demandada que cumplan con los recaudos previstos por la norma, toda vez que de lo contrario, de accederse sin más a los requerimientos de cobertura de los afiliados en instituciones no contratadas, o a través de profesionales que no pertenecen al staff de la entidad asistencial, se desbarataría el sistema sobre el que se articula el funcionamiento de las obras sociales y entidades de medicina prepaga (conf. CNFed. Civ. y Com., Sala III, causa 7.886/06 del 05.09.06).

VI). En lo atinente a la **extensión** de la cobertura, estimo que la prestación deberá ser brindada en consonancia con lo dispuesto en el art. 8º del Decreto reglamentario 956/13, esto es, un máximo de



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 1

cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción de baja complejidad, o bien hasta tres tratamientos de reproducción con técnicas de alta complejidad con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos, los cuales (alta complejidad), deberán computarse de modo anual, conforme la interpretación realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 14/8/18 en la causa "Y.M.V. y otro c/IOSE s/amparo de salud" y al plenario de la Excma. Cámara del fuero de fecha 28/8/18, en la causa: "Gayoso, Carolina y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud", causa n° 1773/17, en el cual se estableció como doctrina legal la siguiente: "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 los 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".

VII). Finalmente, en punto a la eventual criopreservación de embriones requerida, cabe destacar que el art. 2° de la ley 26.682 establece que 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/ embriones...". A su vez, el art. 2° del decreto 956/13, dispone que "...se entiende por técnicas de alta complejidad ... la criopreservación de ovocitos y embriones". Por su parte, en el art. 8° de la ley citada se establece que "...También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación para aquellas personas, incluso menores de 18 años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o

intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro...”.

Desde esta perspectiva, si bien es cierto que el alcance de la criopreservación no ha sido aún establecido por la autoridad de aplicación, también lo es que se encuentra holgadamente vencido el plazo para la reglamentación fijado en la norma, de modo que conforme los argumentos expuestos en la presente, dicha omisión no puede invocarse en detrimento de los derechos de la parte actora.

De tal modo, juzgo que corresponde disponer la cobertura por parte de la demandada de la criopreservación de embriones, hasta tanto se cumpla con los procedimientos que se ordenan en la presente, más hasta el momento que se obtenga la edad establecida en la Resolución 1044/18, a partir del cual, su cobertura quedará a cargo de la parte actora.

En función de lo expuesto, teniendo cuenta el estrecho marco cognoscitivo de las medidas cautelares, en las que por su naturaleza basta un estudio prudencial y ajustado al estado del trámite y a las constancias arribadas a la causa, de conformidad con lo dispuesto por el art. 232 del C.P.C.C., ley 26.862 y decreto 956/13, estimo que corresponde en este estado hacer lugar a la cautela pedida, con el alcance establecido en la presente, todo ello sin perjuicio de lo que oportunamente pudiere finalmente decidirse al momento del dictado de la sentencia definitiva en función de los hechos, derecho y probanzas que invoquen y aporten las partes.

En consecuencia, **previa caución juratoria que deberá prestar la actora mediante una presentación digital al efecto** dispónese que hasta tanto se resuelva la pretensión planteada en autos, **SANCOR SALUD** deberá arbitrar los medios para otorgar en el término de cinco días, por la vía que corresponda, la cobertura del 100% del tratamiento de reproducción asistida FIV - ICSI, prescripto a los actores ~~_____~~ y



Poder Judicial de la Nación

JUZGADO CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL 1

[REDACTED], con eventual criopreservación de embriones y con la medicación indicada, a realizarse en la institución: “PREGNA”, conforme indicaciones acompañadas a la causa, en los términos establecidos en la presente y de conformidad con las previsiones de la ley 26.862, su decreto reglamentario n° 956/13, Resolución 1 E 1997 y Resoluciones 1044/08 y 1045/08.

A los fines indicados, se aclara que para el cumplimiento de lo precedentemente no resulta viable cumplir previamente con las técnicas de baja complejidad establecidas por la norma, habida cuenta que con los certificados expedidos por el galeno tratante se justifica adecuadamente la necesidad de efectuar directamente el tratamiento de alta complejidad prescripto.

Regístrese y notifíquese.