



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Causa n°3548/2020

VALENTINI, MARIA CLARA Y OTRO c/ OSDE s/AMPARO DE SALUD

Buenos Aires, de abril de 2023.-

Y VISTO: el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada el 1° de abril de 2022 (acordada de la CSJN n° 31/20, anexo II, punto II, apartado 2) -allí fundado y replicado por la parte actora el 12 del mismo mes- contra la resolución dictada el 29 de marzo del pasado año; y

CONSIDERANDO:

I.- En el pronunciamiento cuestionado, el magistrado de la anterior instancia hizo lugar a la demanda interpuesta por la señora María Clara VALENTINI y el señor Andrés Daniel ELASKAR contra OSDE - ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS -de aquí en más, OSDE. En ese orden, condenó a la emplazada a cubrir tres tratamientos anuales de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación, así como la realización del TEST ERA, conforme lo prescripto por el médico tratante, a realizarse en el centro PREGNA, más la cobertura al 100 % de la medicación empleada y la eventual criopreservación de los embriones excedentes y su mantenimiento durante el plazo de cinco años desde la fecha en que aquella práctica se inicie.

Además, impuso las costas del proceso a la emplazada y reguló los honorarios profesionales del letrado patrocinante de los demandantes.

Contra esta resolución se alza la entidad emplazada. En sus agravios, esencialmente, esgrime que la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue resuelta sin consultar al Ministerio de Salud de la Nación acerca de la cuestión en debate. Alega que conforme la normativa aplicable y lo informado por la autoridad de aplicación su parte se encuentra obligada a cubrir hasta tres intentos de tratamientos de reproducción médicamente asistida -en adelante, TRMA- de por vida. Destaca que dichos informes refieren que el límite de intentos establecido en el decreto reglamentario se encuentra vinculado con la salud de la paciente y eventualmente, la del niño por nacer. Critica que el juzgador pusiera a su cargo la cobertura de la realización del TEST ERA a pesar de no encontrarse incluido en la nómina de técnicas del decreto reglamentario de la Ley de Reproducción Medicamente Asistida, considerando que el Máximo Tribunal de la Nación ponderó que aquéllas deben entenderse de manera taxativa y no enunciativa.

Discute que deba cubrir la prestación en un centro que no es prestador de la entidad para la donación de gametos cuando su parte cuenta con dos centros contratados a tal fin en La Plata y Quilmes. Cuestiona, además, el plazo de 5 años que el *a quo* dispuso para la criopreservación de gametos considerando que, para el caso que se la obligue a ello, la extensión de tal preservación no debería superar los veinticuatro meses. Se queja de las costas impuestas a su parte.

Sustanciado el recurso, la parte actora lo replica de conformidad con los argumentos desarrollados en la presentación mencionada en el visto, a la que el tribunal se remite por razones de brevedad.

Median, a su vez, recursos de apelación contra los honorarios regulados a favor del letrado patrocinante de los emplazantes con opuesto sentido (confr. presentaciones del 1.4.2022, acordada de la CSJN n° 31/20, anexo, punto y apartado citados), los que serán estudiados, en su caso, al finalizar el presente acuerdo.

II.- Elevadas que fueron las actuaciones al Tribunal, se dio intervención al Ministerio Público Fiscal. El magistrado a cargo, doctor Ricardo Rubén Peyrano, destacó que lo decidido por el sentenciante con relación al límite máximo de TRMA de alta complejidad es concordante con el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re: "Y., M. V. y otro c/IOSE s/amparo de salud"*, pronunciamiento del 14 de agosto de 2018, así como el fallo plenario de esta Cámara en la causa "*Gayoso, Carolina y otro c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo salud*", dictado el 28.8.2018. Expuso que, en el precedente citado del Tribunal Supremo, éste afirmó que no resulta admisible bajo ningún punto de vista que la reglamentación desnaturalice los alcances del ejercicio de un derecho [consagrado] en la ley n° 26.682, menos aún puede aceptarse que a ese resultado se llegue por aplicación de una regulación de rango inferior (ver considerando 6°). Destacó que, conforme el antecedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re: "L. E. H. y otros c/OSPEP s/amparo"* del 1° de septiembre 2015, correspondía haber lugar a las quejas de la demandada respecto de la condena a cubrir el TEST ERA. Destacó que en aquél fallo el Alto Tribunal señaló que resulta inadmisibile que sean los jueces quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, una práctica médica cuya ejecución ha sido resistida. Con relación a las críticas vinculadas con el centro de salud *PREGNA* destaca las particulares circunstancias que se presentaron en el caso y que



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

justifican la confirmación de la decisión del sentenciante (v. gr. inicio del tratamiento de los actores en dicha institución en el año 2019 por ser prestadora de la emplazada; la oferta del centro en su sitio web; falta de prestadores en esta jurisdicción, entre otros). Por último, afirmó que la emplazada sólo manifestó su disconformidad respecto al plazo de criopreservación dispuesto por el sentenciante sin aportar una crítica concreta y razonada, por lo que debería declararse desierto de agravio.

III.- Así planteada la cuestión a decidir, cabe señalar que los agravios de la demandada encuentran detallada y adecuada respuesta en el dictamen del señor Fiscal Federal que esta Sala comparte y hace propios a los cuales se remite por razones de brevedad (confr. presentación incorporada el 27.2.2023). Sin perjuicio de ello, el Tribunal considera necesario agregar algunos argumentos que refuerzan los fundamentos desarrollados por el citado magistrado.

IV.- Con relación al agravio de la demandada acerca de la cantidad de tratamientos, a los fundamentos expuestos por el Ministerio Público Fiscal, cabe simplemente agregar que la doctrina sentada en el fallo plenario referido por el magistrado en su ponencia es de aplicación obligatoria para la misma Cámara y los jueces de los tribunales inferiores a ella, al menos, hasta tanto se dicte un nuevo fallo plenario (art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

En ese orden, la interpretación que el Tribunal formuló en aquella oportunidad sobre las normas y resoluciones que regulan la cuestión sustancial objeto de análisis no se ve modificada con el informe N° IF-2019-79838168-APN.SSPSYPE#MSYDS acompañado a la causa por la emplazada como prueba documental.

V.- Los agravios esgrimidos respecto a que el centro *PREGNA* no es prestador de cartilla de la apelante para la prestación objeto de autos no pueden ser tomados con seriedad, pues la apelante no hace más que repetir las argumentaciones esgrimidas en presentaciones anteriores sin criticar -concreta y razonadamente- los fundamentos que tuvo en consideración el juzgador para decidir de tal manera. Esto es que la demandada ya había autorizado a los actores la realización de tratamientos de alta complejidad en la mentada institución, los que estaban siendo atendidos allí desde el año 2019 y tampoco impugnó el aserto vinculado con la carencia de ofrecimiento de prestadores de cartilla dentro de esta jurisdicción.

En función de lo expuesto, teniendo en consideración que la expresión de agravios debe demostrar adecuadamente por qué resulta equivocada la decisión del juzgador, ya sea respecto de las probanzas aportadas a la causa o del análisis jurídico que realiza, circunstancia que no se verifica en el memorial de agravios, corresponde declarar desierto el recurso respecto de este ítem (art. 265 del Código Procesal).

De acuerdo con el propio texto de la norma citada, la exigencia antedicha no se satisface remitiendo a lo expuesto en presentaciones anteriores, siendo claro que idéntica solución se debe aplicar cuando el recurso constituye una reiteración de lo dicho en escritos previos, ya que ninguna diferencia sustancial existe entre ambos supuestos.

En este sentido, en particular, cabe destacar que reiterando los argumentos planteados en otras oportunidades la apelante no logra rebatir los fundamentos que dieron sustento a la decisión de grado, debiendo aplicar la sanción procesal establecida en aquella norma.

VI.- Sin embargo, cabe hacer lugar a las quejas de la apelante con relación a la cobertura del TEST ERA.

A los argumentos desarrollados por el Fiscal Federal en su ponencia, cabe agregar que, aunque el *a quo* sustentó su decisión en lo dictaminado por el Cuerpo Médico Forense acerca de la eficacia de la prueba en cuestión, lo cierto es que el legislador ha conferido al Ministerio de Salud de la Nación -como autoridad de aplicación- el desarrollo de la política sanitaria y la incorporación de nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances tecnocientíficos (art. 3º de la ley nº 26.862) en razón de la especificidad de sus facultades, competencias, técnicas y responsabilidades en materia de salud que despliega, circunstancia que no se ha concretado respecto de la prueba objeto de autos.

Dentro de ese contexto, es decir, no encontrándose incluida la prestación dentro de las técnicas y procedimientos enumerados por la ley, ni por el decreto que la reglamenta Nº 956/2013 o por la Resolución del Ministerio de Salud de la Nación Nº 1-E/ 2017, no es posible establecer que la negativa de la obra social demandada a hacerse cargo del costo de la prestación cuestionada pueda ser considerada como un acto u omisión teñido de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que permita tener por configurados los requisitos de procedencia del amparo según el artículo 43 de la Constitución



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Nacional en la medida en que no existe una norma específica que le imponga tal obligación (art. 19 de la Constitución Nacional; confr. CSJN, doctrina de Fallos: 303:422 y 331:1403, entre otros).

Así lo entendió el Alto Tribunal de la Nación en el precedente “*L. E. H. y otros c/OSPEP s/amparo*”, citado por esta Sala al pronunciarse sobre la medida precautoria y por el magistrado del Ministerio Público Fiscal (confr. CSJN, Fallos: 338:779), criterio que fue resaltado por aquél en el antecedente “*Y., M. V. y otro c/IOSE s/amparo de salud*”, citado en el IV considerando, cuando -al pronunciarse respecto de la cantidad de tratamientos reconocidos por la norma- indicó que el único límite que la ley impone al respecto se vincula con aquellos procedimientos o técnicas no especificados en el propio texto normativo (confr. fallos, 341:929) y ha sido mantenido en los recursos de hecho deducidos por las demandadas en las causas: “*Serra, Adrián Javier y otro c/Mutual Federada 25 de Junio S. P. R. s/amparo ley 16.986*” y “*Veler de Sanvitale, Mirian Viviana y otro c/Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/amparo ley 16.986*”, pronunciamientos del 7 de febrero de 2017 y del 22 de abril de 2021, según su orden (confr. FBB 6678/2014/1/RH1; FPO 5798/2017/1/RH1). Y en este sentido, es imperioso destacar que lo resuelto por la Corte Suprema en toda cuestión regida por la Constitución Nacional o las normas federales, debe inspirar decisivamente los pronunciamientos del resto de los tribunales (confr. CSJN, Fallos: 25:364 212:51 y 160; 307:1094; 312:2007, entre muchos otros).

Conforme lo expuesto, resultan admisibles las críticas de la accionada en este sentido.

VII.- Por último, cabe desestimar las críticas expuestas por la entidad con relación al plazo de cinco años establecido por el sentenciante para conservar los embriones y que ha sido consentido por los emplazantes.

Sin perjuicio de que, tal como lo sostiene el Fiscal Federal, la presentación en examen carece de un sustento crítico, ya que la apelante no aporta razones suficientemente fundadas para impugnar lo decidido por el *a quo*, sino se limita a señalar cual sería el plazo que su parte entiende adecuado y correspondería declararlo desierto, lo cierto es que la circunstancia de que dicho aspecto de la prestación reconocida normativamente no esté reglamentada estimulan al Tribunal a realizar algunas consideraciones al respecto.

Al respecto, cabe señalar que la ausencia de previsión normativa con relación a la crioconservación de los embriones habilitan a

determinarla judicialmente, y en ese orden, se debe ponderar que sea acorde con el fin primordial que persigue el ordenamiento legal y su reglamentación, es decir, el pleno resguardo del ejercicio del derecho a la salud reproductiva (confr. CSJN, Fallos: 341:929).

Dentro de ese marco, el plazo de cinco años dispuesto por el señor juez de la causa resulta razonable si se pondera lo decidido en el presente pronunciamiento con relación a la cantidad de tratamientos a los que se encuentra obligada la emplazada; la edad de la afiliada -38 años- a la fecha y los alcances de la resolución n° 1044/2018 del Ministerio de Salud de la Nación.

En ese orden, corresponde desestimar los agravios de la quejosa respecto de este ítem.

De acuerdo con las premisas expuestas, sumado a los fundamentos desarrollados por el señor Fiscal Federal en el dictamen del pasado 27 de febrero, que esta Sala comparte y hace propios, **SE RESUELVE:** hacer lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por OSDE y en ese orden, se modifica la sentencia apelada dejando sin efecto la condena a cubrir el TEST ERA.

En atención a lo dispuesto por el artículo 279 del ordenamiento ritual citado anteriormente, se dejan sin efecto la imposición de las costas y las regulaciones de honorarios dispuestas en el decisorio en crisis, por lo que deviene inoficioso un pronunciamiento sobre los recursos de apelación en su contra.

Teniendo en cuenta el vencimiento parcial y mutuo de los litigantes y su incidencia en el resultado del litigio se distribuyen las costas de ambas instancias, estableciendo un 90 % a cargo de la entidad emplazada y el 10% restante a los demandantes (art. 68, segundo párrafo, y 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Teniendo en cuenta la naturaleza de la presente causa, el mérito, extensión y eficacia de la labor desarrollada, las etapas cumplidas y el interés de la labor desarrollada, se fijan los del letrado patrocinante de la parte actora, doctor Hernán Martín Castro, en la cantidad de 15 UMA, equivalente -a la fecha en que se dicta la presente- a la suma de pesos ciento ochenta y siete mil ciento ochenta y cinco (\$187185,00) (arts. 16; 19; 29; 48; 51; 54 y concordantes de la ley n° 27.423 y la ley n° 27.423 y ac. n° 3/2023 de la CSJN - Valor UMA: \$12.479).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Por la gestión profesional desarrollada en la Alzada, se fijan los emolumentos del letrado patrocinante de los emplazantes, doctor Hernán Martín Castro, en la cantidad de 5 UMA equivalente -a la fecha en que se dicta la presente- a la suma de pesos sesenta y dos mil trescientos noventa y cinco (\$62.395,00) (arts. 30; 48; 51; 54 y concordantes de la ley n° 27.423 y acordada de la CSJN, ya mencionada).

Regístrese, notifíquese -al magistrado a cargo del Ministerio Público Fiscal en la modalidad requerida en su dictamen- y oportunamente, devuélvase a la instancia de grado.