



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Causa n° 8452/2022

MAISTERRENA, XIMENA MABEL c/ OSDE s/AMPARO DE SALUD

Buenos Aires, de junio de 2023. MK

**VISTO:** el recurso de apelación interpuesto y fundado por la demandada el 27.4.23, que no fue objeto de réplica, contra la sentencia de fecha 25.4.23, y oído el Sr. Fiscal General mediante dictamen del día 23.5.23; y

**CONSIDERANDO:**

I.- El Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo promovida por la Sra. Ximena Mabel MAISTERRENA contra OSDE. En consecuencia, condenó a la demandada a otorgar el tratamiento de fertilización asistida de Alta Complejidad (FIV) y hasta 3 veces por año, incluyendo la medicación, a realizarse en el Instituto In Vitro y eventual criopreservación de los embriones excedentes y su mantenimiento durante el plazo de cinco años el que se computará desde la fecha en que se criopreserven, conforme lo indicado por su médico tratante en los términos de la Resolución del Ministerio de Salud 1-E/17 y concordantes. Finalmente, impuso las costas a la demandada, en su calidad de sustancialmente vencida (art. 68 del CPCCN).

Para así decidir, el a *quo* reseñó lo dispuesto por la Ley N° 26.862 y su Decreto reglamentario N° 956/13 y especificó que, tal como señaló la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud” y la Cámara del fuero en el plenario “Gayoso, Carolina y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ Amparo de salud”, el limite sobre la cantidad de intentos previsto en el artículo 8° del referido Decreto N° 956/2013 se debía entender en forma anual. Por otra parte, reconoció la cobertura de la criopreservación de los embriones excedentes, al entender que resulta ser un procedimiento que guarda relación con la finalidad buscada mediante el tratamiento de fertilización asistida, es decir, el pleno resguardo de la salud reproductiva. Ello así, teniendo en cuenta la edad de la actora y ante la actual ausencia de previsiones legales que regulen la materia, consideró prudente fijar un plazo de 5 años para la cobertura por parte de la demandada, quedando luego el costo del mantenimiento a cargo de la actora.



Asimismo, ordenó la cobertura integral de los medicamentos que demande el tratamiento, tal como prevé el artículo 8 de la Ley N° 26.862 y desestimó la oposición ensayada por la demandada a garantizar los tratamientos solicitados en el “Centro In Vitro”, tras postular que no integraba su cartilla para la realización de la prestación requerida, en la medida que tal afirmación se contradecía con las propias constancias de la causa, pues los certificados médicos presentados fueron expedidos por un profesional de ese centro y no fueron desconocidos. Sin perjuicio de ello, citó la doctrina sentada por la Cámara del fuero relativa a que resulta irrazonable la negativa del agente de servicios de salud a brindar la prestación en el establecimiento donde se trataba el beneficiario con el argumento de que no había sido contratado para los tratamientos que requirieran donación de gametos. Para más, ponderó el vínculo de confianza que se construyó entre la paciente y su médica tratante, quien se desempeña en el centro In Vitro y siempre la atendió allí.

**II.-** Contra esa decisión, OSDE interpuso el recurso de apelación referido en el Visto. En su memorial, cuestiona que se aplique la decisión adoptada por el máximo Tribunal en Y.M.V. y el plenario de la Cámara cuando aquéllas fueron resueltas en forma inconsulta, es decir, sin solicitar la intervención del Ministerio de Salud de la Nación en forma previa a expedirse acerca de la cuestión en debate, aspecto que no fue analizado ni tomado en consideración por el *a quo* en la resolución en crisis. En esta línea, postula que la Ley N° 26.682 y su Decreto reglamentario N° 956/2013 contemplan con claridad una renovación anual de cuatro TRMA de baja complejidad y ninguna renovación respecto a los de alta complejidad. Con sustento en dicha regulación, interpreta que se limitó la cantidad de TRMA de alta complejidad a tres de por vida y no tres anuales, criterio compartido por el Ministerio de Salud en los informes que menciona.

Asimismo, en lo atinente a la cobertura de la criopreservación y de los medicamentos, indica que teniendo en cuenta que ese nuevo tratamiento no debe ser cubierto por la Obra Social, tampoco corresponden dichas prestaciones accesorias. A todo evento, controvierte que se haya fijado un límite temporal de 5 años. Al respecto, resalta que la normativa aplicable no determinó el período durante el cual las obras sociales deben brindar cobertura de la criopreservación ni tampoco lo estableció aún la autoridad competente, debiendo, en todo caso, limitarse su cobertura por un período anual, renovable por un período anual más.





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

Por otro lado, se queja de que se le haya impuesto garantizar el tratamiento requerido en el centro “In Vitro Buenos Aires”, luego de explicar que ese centro no era prestador en lo concerniente al TRMA de alta complejidad para el plan contratado por la parte actora. Ello así, aclara que para el caso que correspondiera su cobertura, debió ser provista mediante sus prestadores propios y/o contratados para este tipo de tratamientos, a saber: GENS/ IVI / FERTILAB / IFER / PROCREARTE (tanto sede CABA como La Plata) / FECUNDITAS (Neuspiller).

Finalmente, hace hincapié en que las consecuencias de la sentencia de autos repercutirán negativamente en las prestaciones que reciben el resto de los beneficiarios de OSDE, pues deberán afrontar las pérdidas que ocasione. Por último, se agravia de la imposición de las costas a su cargo y por los honorarios regulados por considerarlos elevados.

Conferido el traslado pertinente, no fue objeto de réplica. Media, a su vez, recurso de apelación contra la regulación de honorarios por considerarlos bajos (ver escrito del 26.4.23).

**III.-** Así planteada la cuestión a resolver, corresponde precisar que, tal como sostuvo el Señor Fiscal General en su dictamen del día 23.5.23, en lo relativo al agravio relacionado con la falta de derecho de los peticionantes fundada en la cantidad de tratamientos de alta complejidad ya realizados, éste es improcedente porque a partir del fallo dictado el 28.8.18, en la causa n° 1.773/17 “*Gayoso, Carolina y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud*”, es doctrina plenaria de esta Cámara que “*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*”.

Ello así, claro es que la accionada no controvirtió la obligatoriedad de los fallos plenarios dispuesta en el art. 303 del Código Procesal (arts. 3 y 6 de la Ley N° 27.500 –B.O. 10119), por lo que resulta ajustado a derecho su aplicación. Además, tampoco resulta atendible el argumento fundado en el informe del Ministerio de Salud que menciona pues es de fecha anterior al análisis ya efectuado por este Tribunal y no condice con la doctrina plenaria citada ni con el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Y.M.V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud” del 14.8.18.



En función de ello, superada la cuestión relativa a la interpretación del art. 8 del Decreto N° 956/13, resulta acertado el reconocimiento del derecho de los actores a acceder a tres tratamientos anuales incluyendo la medicación necesaria y eventual criopreservación, como así también todos los gastos accesorios que ello demande.

Máxime, si se contempla que tanto la Ley N° 26.862 (artículos 1° y 8°) como el Decreto N° 956/13 (artículo 1°) garantizan el acceso integral a los procedimientos y técnicas médicoasistenciales de reproducción médicamente asistida —es decir, medicamentos, terapias de apoyo y procedimientos—, de alta y baja complejidad, incluyan o no la donación de gametos (art. 2° de la ley 26.862). Idéntico criterio es aplicable a la eventual criopreservación. El artículo 2° del Decreto N° 956/2013 (cfr. Anexo I) establece que la criopreservación de ovocitos y embriones se encuentran incluidos en las “técnicas de alta complejidad”. A su vez, la Resolución 1- E/2017 del Ministerio de Salud (cfr. art. 3° y Anexo III), dispone que los tratamientos de alta complejidad comprenden a las transferencias de embriones frescos o criopreservados (cfr. Anexos I y II). De la normativa reseñada se desprende, que la criopreservación de embriones está cubierta por la Ley N° 26.862, cuyo objeto es garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida (cfr. esta Sala, causa 637/2016 del 8.5.17 y Sala I, Causa N° 7705/2016, del 10.8.17).

**IV.-** Igual suerte obtendrá la crítica relativa a la fijación de un plazo de cobertura de la criopreservación de embriones por 5 años.

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

Ello así, conviene señalar que la ausencia de previsión normativa con relación a la crioconservación de los embriones habilita 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





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

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 recién cumplidos a la fecha- y los alcances de la Resolución N° 1044/2018 del Ministerio de Salud de la Nación. Dicha solución, además, es conteste con la adoptada por esta Cámara en otros precedentes similares (conf. esta Sala, causa n° 3195/20 del 4.03.22 y 3548/2020 del 4.4.23; Sala I, causa n° 7004/16 del 13.06.19 y causa n° 1045/2020 del 15.07.21 y Sala III, causa n° 4612/14 del 15.11.18).

V.- Por otro lado, los argumentos de índole económica que expone la apelante de modo general no resultan suficientes para revocar la sentencia (cfr. doctrina de Fallos 331:453), máxime teniendo en cuenta que, en su carácter de obra social, participa del Sistema Único de Reintegro (S.U.R.) dentro del que se ha incluido a las técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad (cfr. art. 1° de la Resolución N° 1709/2014 de la Superintendencia de Servicios de Salud –BO 12-12-2014–; conf. Sala I, causa n° 3909/2020 del 9.5.23).

VI.- En este contexto, corresponde analizar las alegaciones de la recurrente relacionadas con la cuestionada exigencia de cubrir el tratamiento de alta complejidad con un prestador ajeno a su cartilla para el Plan de la actora.

Sobre el asunto a dilucidar, puede advertirse que OSDE no niega que el Instituto In Vitro efectúe el tratamiento encomendado, tampoco invoca que no esté inscripto en el Refes, sino que refiere que no resulta ser prestador para el tipo de Plan que posee la parte accionante.

Ahora bien, a diferencia de otros antecedentes analizados por este Tribunal, cabe destacar que la accionada en la contestación del informe del art. 8 de la Ley de Amparo, pese a desconocer su obligación de cubrir un cuarto tratamiento, a todo evento, hizo referencia a la existencia de prestadores propios o contratados que realizan el tratamiento de alta complejidad prescripto tanto en la Provincia de Buenos Aires como en la Ciudad Autónoma de Buenos



Aires. En tal sentido, ofreció “*GENS / IVI / FERTILAB / IFER / PROCREARTE (tanto sede CABA como La Plata) / FECUNDITAS (Neuspiller)*” (ver presentación del 1.8.22, hoja 22).

Frente a dicho escenario y atendiendo a que de las constancias acompañadas por la actora no surge acreditada la necesidad o motivo por el cual la prestación deba efectuarse si o si en un centro ajeno al plan de los accionantes (conf. certificados médicos emitidos el día 20.4.22), corresponde revocar este aspecto de la sentencia. Máxime si se contempla que si la accionada ofrece la cobertura dentro de la jurisdicción del afiliado con un prestador idóneo en la materia, como lo son los centros ofrecidos que se dedican específicamente a los tratamientos de fertilidad como el que pretenden los accionantes, resulta razonable reconocer a la empresa emplazada la posibilidad de cumplir sus obligaciones con los prestadores que estime adecuados, por constituir un asunto inherente a su actividad específica y al ejercicio de la libre contratación, ello en la medida que –tal como pareciera surgir de autos- no incida en la efectiva y adecuada prestación del servicio de salud (cfr. arg. de esta Sala, causa n° 6657/10 del 14.8.14 y 2064/2021 del 14.7.21, entre otras).

Por ende, corresponde admitir esta queja y disponer que los eventuales tratamientos que realice la actora deberán ser cubiertos por prestadores de OSDE, siempre y cuando, se garantice el ofrecimiento dentro de CABA, dado que esta Sala, en sentido concordante con las otras del fuero en causas de similar naturaleza a la presente, ha reconocido que no parece razonable obligar a los habitantes de una jurisdicción trasladarse a otra o dentro de la misma a grandes distancias para realizar el tratamiento de fertilización asistida de Alta Complejidad (conf. esta Sala, causa n° 4262/2019 del 19.10.21 y sus citas y Sala III, causa n° 4587/15 del 2.2.16).

**VII.-** Finalmente, cabe decidir el último agravio de la parte demandada, relativo a la imposición de las costas.

Sobre el punto, se advierte que la parte actora debió iniciar la presente acción ante la negativa infundada de OSDE en dar cobertura a prestaciones legalmente reconocidas. Nótese que la demanda no sólo se opuso a brindar la cobertura previo a iniciar la acción, sino que ratificó dicha postura al evacuar el informe del art. 8° (ver escrito del 1.8.22) e incluso la sostiene en el presente recurso, pese a conocer el fallo plenario de la Cámara y el criterio





Poder Judicial de la Nación

## CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA II

de la C.S.J.N. ya referido. Por ello, resulta acertado que las costas se hayan impuesto a la emplazada vencida, en virtud de que la actora se vio obligada a iniciar el presente amparo como consecuencia inmediata y exclusiva de la propia conducta de la accionada. De allí que, tal como se dispuso en la instancia de grado, no se justifica apartarse del principio general de derrota que, en materia de costas, se establece en el art 68 del C.P.C.C.N. (conf. esta Sala, causa n° 7673/2019 del 21.3.22).

Por ende y oído el Señor Fiscal General en su ponencia del día 29.5.23 este Tribunal **RESUELVE**: admitir parcialmente el recurso de la demandada. En consecuencia, se confirma la sentencia de grado, salvo en lo atinente al lugar de cumplimiento de la prestación, disponiéndose que los eventuales tratamientos que realice la actora deberán ser cubiertos por prestadores de OSDE, siempre y cuando, se garantice el ofrecimiento dentro de CABA. Las costas de primera instancia se mantienen a cargo de la demandada sustancialmente vencida y las de Alzada, atendiendo al resultado del recurso, se imponen en un 70 % a cargo de la demandada y 30% a la actora (art. 68 del C.P.C.C.N.).

Pasen los autos a resolver honorarios.

Regístrese, notifíquese –al señor Fiscal General en la forma solicitada en su dictamen– y, oportunamente, devuélvase.

