

Suprema Corte:

—I—

Los actores, el 15 de noviembre de 2013, promovieron acción de amparo contra S M S.A., con el objeto de que se condene a dicha empresa de medicina prepaga a brindar cobertura económica integral de las prestaciones de fertilización asistida por técnica de fertilización *in vitro* (FIV), conforme las prescripciones de los médicos tratantes, hasta la obtención del embarazo (fs. 48/57, del expediente 9686/2013, que corre agregado al presente). Asimismo, solicitaron el reintegro de los gastos del primer tratamiento de FIV que intentaron meses antes y que la demandada se habría negado a cubrir, argumentando que no se encontraba entre las prestaciones previstas en el Plan Médico Obligatorio (PMO).

Relataron que, a la fecha de la interposición de la demanda, habían realizado dos tratamientos de fertilización de baja complejidad (en 2010 y 2012) y un tratamiento de alta complejidad por técnica de FIV con inyección espermática intracitoplasmática (ICSI). Manifiestan que este último tratamiento, por el que solicitaron reintegro de gastos, fue llevado a cabo en tres "etapas": en la primera (octubre de 2012) se logró la vitrificación de embriones, en la segunda y tercera (febrero y septiembre de 2013, respectivamente) se realizaron las transferencias embrionarias (TE), pero los embarazos no prosperaron.

En el marco de ese proceso, se dictó la sentencia del 9 de noviembre de 2015 —y su aclaratoria del 4 de diciembre de 2015—, por medio de la cual se resolvió conceder "en forma completa e integral, en base a los antecedentes clínicos de la accionante, la cobertura total e integral de las prestaciones de tres intentos —ciclos— de fertilización asistida por técnica FIV (fertilización *in vitro*) con ICSI (inyección espermática intracitoplasmática) con ovodonación, cocultivo, examen preimplantacional, selección espermática con columna de anexina, transferencia de embriones, criopreservación, transferencia

de embriones no implantados hasta su disposición final, gastos por medicamentos y todo otro gasto que dicho tratamiento implica, como así también los gastos irrogados en los dos primeros intentos ya concretados, conforme las prescripciones de los médicos tratantes que elijan los actores; que deberán evaluar y determinar la frecuencia con la que se llevará a cabo el intento restante”. A su vez, el magistrado ordenó a la demandada abonar los gastos irrogados en el primer intento con más los intereses conforme a la tasa activa que percibe el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a 30 días (fs. 261/290 y 316/318, del agregado).

Ese pronunciamiento se encuentra firme y consentido por las partes (fs. 354).

-II-

Sentado ello, es necesario precisar que, simultáneamente y reclamando idéntica cobertura a la requerida en la acción de amparo, los actores, en noviembre de 2013, interpusieron la medida cautelar innovativa que originó las presentes actuaciones (fs. 1/8, del principal, al que me referiré en lo sucesivo, salvo aclaración en contrario). A poco de iniciado el proceso, el 3 de diciembre de 2013, la jueza de primera instancia hizo lugar al planteo de los accionantes (fs. 14/19).

Contra esa decisión, S M S.A. interpuso recurso de apelación, argumentando que no se encontraba obligada por la legislación vigente a la fecha del primer tratamiento, y que la sentencia era arbitraria por falta de sustento probatorio y por ignorar lo dispuesto en la Ley de Reproducción Médicamente Asistida 26.862, que entró en vigencia en junio de 2013 (fs. 25/26).

El 14 de marzo de 2014, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia se pronunció receptando parcialmente los agravios. En efecto, teniendo en cuenta el limitado marco de conocimiento propio de un proceso cautelar y sin perjuicio de lo que se resolviese en el principal, limitó la prestación exigida a la prepaga a la técnica FIV con ICSI en una sola oportunidad y dejó sin

efecto la orden de reintegro de gastos del tratamiento de fertilización intentado con anterioridad (fs. 50/55).

El 26 de marzo de 2015, en el expediente cautelar, los accionantes informaron y acreditaron la realización de una nueva FIV con criopreservación de embriones no transferidos, llevada a cabo en octubre de 2014, que tampoco tuvo resultado positivo (fs. 128). En esa oportunidad, practicaron planilla de gastos por un total de \$36.043,48 (fs. 127), monto que fue abonado por la prepaga (fs. 149, 151, 154).

Aproximadamente un año después, el 29 de abril de 2016, vuelven a solicitar reintegro de gastos a la demandada (\$ 22.054,71), en esta ocasión por lo que denominan "última fase del tratamiento médico dispuesto en autos (segunda FIV)" (fs. 260), en referencia a una TE realizada el 24 de febrero de 2016, con los embriones no transferidos del tratamiento efectuado en el año 2014 (cfr. fs. 242/260).

S M S.A. planteó que, contrariamente a lo sostenido por la actora, el tratamiento de fertilización asistida no se compone de distintos ciclos, sino que cada tratamiento empieza y termina con el resultado positivo o no de la implantación, resultando cada TE un nuevo tratamiento. En ese sentido, manifestó que, dado que la sentencia dispuso la cobertura de tres tratamientos y que dos de ellos ya habían sido reintegrados, el monto solicitado el 29 de abril de 2016 sería el último que cubriría (fs. 271).

En respuesta, los accionantes argumentaron que el reintegro en cuestión no agotaba lo resuelto en el juicio de amparo en noviembre de 2015 — deber de cubrir tres tratamientos— puesto que corresponde a los gastos de la "última fase de la 2da. in vitro", restando la realización de un tercer y último tratamiento de FIV (fs. 276, en particular 276 vta.).

Dada la especificidad de la materia en discusión, el juez de primera instancia solicitó la colaboración del Instituto Médico Forense del Poder

Judicial (IMF), a fin de que informe si la TE por la que se solicita reintegro de gastos (TE del 24 de febrero de 2016) es parte de la última etapa del segundo ciclo de FIV, como sostienen los accionantes, o si corresponde a un nuevo tratamiento, como sostiene la demandada (fs. 277).

El IMF concluyó que a los actores “se le han practicado cuatro (4) procedimientos FIV/ICSI distintos o “nuevos”, o bien cuatro (4) intentos diferentes de reproducción asistida con el procedimiento FIV/ICSI” (fs. 282). Esos cuatro intentos, según dicho organismo, son las dos TE obtenidos en octubre 2012 (realizadas en febrero y septiembre de 2013) y las dos TE obtenidos en octubre de 2014 (realizadas en octubre de 2014 y en febrero de 2016).

–III–

En ese marco, corresponde precisar que en el *sub lite*, la Sala Primera Civil, Comercial y Laboral del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chaco, el 27 de julio de 2017, desestimó el recurso de inconstitucionalidad deducido por los accionantes contra la decisión de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial provincial que había rechazado la impugnación de la pericia y había confirmado la sentencia del juez de primera instancia, dejando establecido que, con el reintegro de la suma de dinero solicitada a fojas 260 por los demandantes (\$ 22.054,71, correspondiente a la cuarta TE que se practicaron), quedaría cumplido el objeto de la medida cautelar y también el de la acción principal que corre por cuerda (fs. 284/286, 325/338 y 408/414).

El superior tribunal local entendió que la sentencia de la cámara se encuentra apoyada en fundamentos jurídicos, fácticos y probatorios suficientes para sostenerla como acto jurisdiccional válido, no observándose una valoración arbitraria de los hechos y/o de las pruebas, sino una discrepancia de la recurrente con el criterio adoptado, adverso a su pretensión.

Descartó el vicio invocado por la recurrente en orden a que se adulteró la cosa juzgada recaída en la acción de amparo, puesto que la cámara

había puntualizado que, al tiempo de dictarse la sentencia de origen, el juez de grado tuvo por concretados dos tratamientos —cuyo reintegro fue ordenado— y dejó aclarado que quedaba pendiente uno, extremo que quedó firme y consentido por la propia recurrente, en tanto desistió del recurso de apelación (fs. 411).

Desestimó los agravios vinculados con el valor probatorio que se otorgó a las conclusiones del informe requerido por el juez de primera instancia al Instituto Médico Forense del Poder Judicial, con sustento en que la especificidad de la materia, propia del quehacer médico, exigía el conocimiento especializado de expertos imparciales e idóneos, que arribaron a una conclusión prudente y razonable, sobre cuya base se apoya la sentencia.

Contra ese pronunciamiento, los accionantes interpusieron recurso extraordinario, que contestado, fue concedido (fs. 419/438, 441/444 y 447/449).

–IV–

Los recurrentes afirman que el principal efecto de la sentencia apelada es que “deja cercenada toda posibilidad de realizar el último intento de ciclo completo de FIV, siendo que la sentencia dictada en el principal reconoció el derecho de efectuar tres ciclos completos”.

Fundan el recurso en la doctrina de la arbitrariedad, interpretando que se alteraron los efectos de la cosa juzgada puesto que la sentencia dictada en el juicio de amparo ordenaba la cobertura de tres tratamientos, mientras que el fallo del tribunal superior provincial —al desestimar el recurso contra la decisión de la cámara de confirmar la sentencia de primera instancia— implica que solamente sean cubiertos dos. Afirman que cada ciclo o tratamiento FIV consta de una etapa de obtención de óvulos y generación de embriones y otra etapa compuesta por una o más TE. En ese sentido, rechazan la interpretación de la contraparte que considera a cada TE como un procedimiento o intento completo.

Para avalar su postura, citan y acompañan la resolución 1-E-2017, dictada por el Ministerio de Salud de la Nación el 2 de enero de 2017 (fs. 390/391), que complementa el decreto 956/13, reglamentario de la Ley de Reproducción Médicamente Asistida 26.862, especificando que cada uno de los tres tratamientos de alta complejidad a los que cada paciente tiene derecho según dicha normativa, comprende hasta tres TE.

Alegan que la sentencia importa la renuncia consciente a la verdad jurídica objetiva, traduciéndose en una violación al derecho a la salud, vulnerando normas constitucionales. Manifiestan que se incurrió en una interpretación inadecuada e inarmónica de la prueba, con claro apartamiento a las constancias de la causa.

–V–

En ese contexto, cabe señalar que el recurso es formalmente admisible, pues, si bien las resoluciones que se refieren a medidas cautelares, como regla, no revisten el carácter de definitivas para la procedencia del recurso extraordinario, dicho principio admite excepciones si —como sucede en el caso— la decisión recurrida, al definir el alcance de la cobertura integral de las prestaciones de fertilización asistida por técnica FIV a cargo de la demandada de acuerdo a la sentencia dictada en la causa principal, causa un agravio de insuficiente, imposible o dificultosa reparación ulterior (Fallos: 321:2278, “Díaz Chaves”; 330:4930, “Transportes Automotores Plaza S.A.”).

Asimismo, se encuentra en tela de juicio el alcance y la aplicación de disposiciones federales —ley 26.862 y sus normas reglamentarias— y la decisión ha sido contraria al derecho que en ellas fundó el apelante, lo cual habilita la instancia extraordinaria (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 324:2620, “Diamelio”; CAF 30330/2012/CS1, “Caja de Crédito Cuenca Coop. Ltda. y otros c/ BCRA – Resol. 209/12 (Ex 11276/04 sum fin 1163)”, sentencia del 10 de julio de

2018; CCF 4612/2014/CS1, "Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud", sentencia del 14 de agosto de 2018).

Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que, en la tarea de esclarecer la hermenéutica de este tipo de normas, no se encuentra limitada por las posiciones de los magistrados actuantes, ni de las partes sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre los puntos en debate (CSJN, en autos CCF 4612/2014/CS1 citado), y que, al ser invocadas también causales de arbitrariedad que se encuentran inescindiblemente vinculadas con los temas federales en discusión, procede que tales planteos sean examinados en forma conjunta (Fallos: 334:13, "Banco Hipotecario S.A."; 340:614, "Ryser").

-VI-

El principal problema jurídico del caso radica en determinar los alcances de la cobertura económica que le corresponde afrontar a S M S.A. en relación con los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad por técnica de FIV, intentados por los accionantes.

Al respecto, se discute si cada uno de los tres tratamientos de FIV que, de acuerdo con lo establecido por la ley 26.862 (B.O. 26/06/13) y su decreto reglamentario 956/13 (B.O. 23/07/13), debe cubrir la empresa de medicina prepaga, consta de una etapa de obtención de óvulos y generación de embriones y otra etapa compuesta por una o más implantaciones o transferencias de esos embriones o si cada una de esas implantaciones o transferencias debe considerarse un procedimiento o intento completo. La primera opción corresponde a la postura planteada por la señora S y el señor R ; la segunda, a la sostenida por S M S.A.

Cabe recordar que la referida ley 26.862 tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida (art. 1º).

Esos procedimientos y técnicas son definidos como aquéllos que se realizan con asistencia médica para la consecución del embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, con o sin donación de gametos y/o embriones, y los nuevos procedimientos y técnicas, desarrollados mediante avances técnico-científicos, que decida autorizar e incluir el Ministerio de Salud de la Nación, en su carácter de autoridad de aplicación de la ley (arts. 2° y 3°).

En lo que respecta a la cobertura de tales procedimientos y técnicas, ese cuerpo legal dispone que el sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados, independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Asimismo, establece que estos procedimientos quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que

impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios (art. 8°).

Por su parte, el decreto 956/13, reglamentario de la ley 26.862, aclara los alcances de los derechos y obligaciones contenidos en las disposiciones reglamentadas. En relación con el objeto de las presentes actuaciones, la reglamentación determina qué debe entenderse por técnicas de baja y de alta complejidad, y a cuantos tratamientos de cada tipo tiene derecho a acceder la persona beneficiaria (arts. 2° y 8° del Anexo I).

En efecto, el mencionado decreto define a las técnicas de baja complejidad como aquéllas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino, lograda a través de la inducción de ovulación, estimulación ovárica controlada, desencadenamiento de la ovulación e inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con semen de la pareja o donante; y a las de alta complejidad como aquéllas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo: FIV; ICSI; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos (art. 2° del Anexo I).

En cuanto a la cantidad de tratamientos, en lo pertinente, dispone que "una persona podrá acceder a un máximo de CUATRO (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de TRES (3) meses entre cada uno de ellos" (art. 8° del Anexo I).

Finalmente, resta señalar que el 2 de enero de 2017 el Ministerio de Salud de la Nación dictó la resolución 1-E-2017, especificando que cada uno de los tratamientos de alta complejidad a los que cada paciente tiene

derecho, según lo dispuesto en el decreto 956/13, comprende hasta tres TE (en fresco o criopreservados) —v. Anexo I de esa resolución—.

En el *sub judice*, los accionantes generaron embriones por FIV en 2012 y los implantaron en dos oportunidades: en febrero y en septiembre de 2013. Los embarazos no prosperaron. Luego generaron nuevamente embriones por FIV en octubre de 2014 y los transfirieron también en dos ocasiones: en octubre de 2014 (en fresco) y en febrero de 2016 (criopreservados). De ello se desprende que, hasta esta última fecha, hubo dos tratamientos con generaciones de embriones por FIV, que incluyeron, cada uno de ellos, dos TE.

En tales condiciones, corresponde agregar que, recientemente, el 14 de agosto de 2018, la Corte Suprema pronunció sentencia en un caso con aristas muy similares al presente, *in re* “Y., M. V. y otro c/ IOSE s/amparo de salud” (CCF 4612/2014/CS1). Allí el Tribunal señaló que el legislador quiso otorgar a la cobertura de este tipo de prestaciones un amplio alcance, que asegure el pleno ejercicio del derecho a la salud reproductiva, al que le reconoce carácter fundamental por su íntima vinculación con el derecho a la vida (considerando 4º). De tal forma, concluyó que la única interpretación admisible de la reglamentación del decreto 956/13, en consonancia con los objetivos trazados por la ley 26.862, es que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos “anuales” de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad.

A mi entender, la doctrina sentada por la Corte en el precedente citado brinda las pautas necesarias para resolver el conflicto que se plantea en las presentes actuaciones. En efecto, la interpretación de la ley 26.862 y del decreto reglamentario 956/13 efectuada por la Corte clarificó la cantidad de tratamientos de reproducción médicamente asistida de alta complejidad que deben cubrir los sujetos obligados por dicha normativa: tres tratamientos por año.

En este sentido, independientemente de lo dispuesto en la resolución 1-E-2017 del Ministerio de Salud y de los alcances de la sentencia

dictada en los autos principales, que se encuentra firme, los accionantes nunca llegaron a practicarse los tres tratamientos anuales a los que tienen derecho. Recuérdese que se sometieron a dos TE, cuyos embriones fueron obtenidos en octubre 2012 (implantados en febrero de 2013 y en septiembre de 2013) y a dos TE, cuyos embriones fueron obtenidos en octubre de 2014 (implantados en octubre de 2014 y en febrero de 2016). De ello se desprende que, incluso desde el punto de vista restrictivo sostenido por S M S.A., según el cual cada TE equivale a un "tratamiento", en ninguna ocasión los demandantes se sometieron a tres TE anuales.

En definitiva, a la luz de la referida doctrina de la Corte Suprema, opino que asiste razón a los accionantes en cuanto a que la demandada se halla legalmente obligada a reintegrar la totalidad de los gastos originados en el tratamiento de FIV iniciado en 2012, cuyos embriones fueron transferidos en 2013, y en el tratamiento de FIV iniciado en 2014, cuyos embriones fueron transferidos en 2014 y 2016. Además, deberá cubrir el tercer tratamiento reclamado por los demandantes en las presentes actuaciones, con los alcances que aclara la resolución Ministerio de Salud 1-E-2017 (Anexo I).

Todo ello, sin perjuicio del deber legal que recae sobre la accionada conforme a los fundamentos expuestos por la Corte Suprema en el precedente "Y., M. V.", y de acuerdo con los requisitos exigidos por la reglamentación.

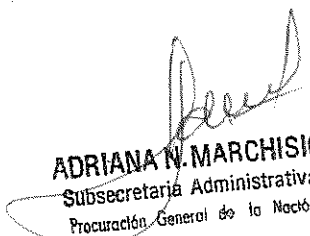
-VII-

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar procedente el recurso extraordinario y dejar sin efecto la sentencia apelada con el alcance indicado.

Buenos Aires, 6 de marzo de 2019.

ES COPIA

VÍCTOR ABRAMOVICH


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaría Administrativa
Procuración General de la Nación