



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

C. 3230/2015/1/CA1 -I- “P. R. M. y otro c/ OSDE s/ amparo de salud”. Incidente de medida cautelar.

Juzgado N°: 11

Secretaría N°: 21

Buenos Aires, 29 de septiembre de 2015.

Y VISTOS:

El recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 39/45 –cuyo traslado fue contestado a fs. 72/74– contra la resolución de fs. 23, y

CONSIDERANDO:

1. La parte actora promovió acción de amparo contra OSDE para obtener la cobertura integral del tratamiento de fertilización *in vitro* (FIV), con ovodonación, incluyendo la medicación y todos los gastos que insuma. También solicitó que se ordenara cautelarmente a la demandada brindarle la cobertura total de un tratamiento en el instituto Fertilab.

A tal fin expuso que para fundar su negativa extrajudicial, OSDE adujo que no existen bancos de gametos debidamente inscriptos en el REFES en la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo con lo establecido en la ley 26.862 y el decreto 956/13, requisito que no cumple Fertilab, por lo cual ofreció la cobertura en la institución Gens, prestador en la localidad de Quilmes, registrado como banco de gametos. Manifestó que la concentración de los tratamientos de esta naturaleza en una clínica conduce al colapso de su capacidad operativa, ocasionando una postergación que conspira contra los resultados, teniendo en cuenta la edad de ambos, el impacto psíquico, además de las molestias de trasladarse para las revisiones, turnos, consultas, etc. Sostiene que esta situación implica un "autofinanciamiento encubierto" que evidencia la finalidad lucrativa con que la demandada afronta la solicitud de estas prestaciones.

La resolución apelada admitió la medida precautoria e intimó a OSDE a arbitrar los medios para asegurar a los actores la cobertura integral de la prestación reclamada en la institución Fertilab.

2. La demandada inicialmente invoca el carácter innovativo de la medida y la coincidencia con la petición de fondo a fin de sustentar la improcedencia de su dictado, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa y que no había sido oída.

Para cuestionar la verosimilitud del derecho señala que el centro en el cual se solicitó que fuera llevado a cabo el tratamiento no cuenta con la habilitación jurisdiccional como banco de gametos, ni está registrado en el REFES como tal, como surge de las páginas de internet del Ministerio de Salud y del SISA (Sistema Integrado de Información Sanitaria Argentina). Destaca que el magistrado no tuvo en cuenta las normas que regulan la materia y tampoco que su parte ofreció el prestador contratado que reúne las condiciones legalmente requeridas –Gens–, por lo cual no existió negativa a cubrirla. Añade que de la causa no se desprende que los actores deban imprescindiblemente llevar a cabo el tratamiento en Fertilab, ni que los prestadores ofrecidos no sean adecuados para ello.

Destaca el tiempo transcurrido entre la prescripción médica, la intimación por carta documento, el inicio del amparo, el dictado de la medida cautelar y su notificación a fin de controvertir el peligro en la demora. Agrega la orden médica nada indica respecto de la urgencia en realizar el tratamiento.

Finalmente, se agravia de la naturaleza de la caución por los motivos que expone.

3. La actora solicita la deserción del recurso y a tal efecto señala la inexistencia de gravamen irreparable para la demandada y reitera los argumentos del escrito inicial relativos a la finalidad dilatoria que atribuye a su actuar. Sobre esa base, pide que al dictar sentencia se le impongan las sanciones por temeridad y malicia previstas en el Código Procesal.

4. Ante todo, el Tribunal adelanta que, cualquiera sea la pertinencia sustancial de la apelación de la demandada, corresponde descartar la sanción de deserción del recurso solicitada por la actora pues el litigante ha individualizado con claridad sus agravios, por lo que se consideran satisfechos los recaudos formales impuestos por el artículo 267 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación –texto según la ley 26.939 Digesto Jurídico Argentino (DJA)-.

5. En segundo lugar, es apropiado recordar, de manera preliminar, que es jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que la innovativa es una medida precautoria excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (*cf.* **Fallos** 316:1833; 318: 2431; 319:1069 y 321:695).



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

En este orden de ideas, el análisis de la verosimilitud del derecho, aun con este alcance preliminar, también llamado “superficialidad del conocimiento judicial” (*cfr. Palacio, L.E., “Derecho Procesal Civil”, tomo VIII, pág. 47*), que configura una característica propia y exclusiva de los procesos cautelares, debe persuadir en términos suficientes de la razón que asistiría a quien peticiona el auxilio jurisdiccional. Es decir, del mismo modo que no es posible exigir certeza, tampoco es apropiado declarar su procedencia sin una demostración convincente respecto de su admisibilidad (*cfr. esta Cámara, Sala I, causa 998/2002, del 21/2/02*).

6. Desde esta perspectiva, cabe señalar que esta Sala ha destacado las complejas cuestiones relacionadas con las implicancias de la ovodonación (*cfr. causa 7723/10 del 12-7-13 y sus citas*). En concordancia, la ley 26.682 y el decreto 956/13 prevén esa posibilidad con restricciones fundamentales que hacen al equilibrio de los derechos involucrados (*cfr. esta Sala, causa 8311/11 del 17-9-13*).

En efecto, el artículo 4° de la ley 26.862 dispone el deber de inscripción en un registro único de los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones. En esa dirección, la reglamentación del art. 8° establece que "En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir **exclusivamente de los bancos de gametos o embriones** debidamente inscriptos en el REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD..." (*cfr. decreto 956/13, BO 23-7-13, el destacado no está en el original*), requisitos establecidos para el ejercicio adecuado del poder de policía del Estado en la materia, cuya importancia y trascendencia social no puede sin más soslayarse (*cfr. esta Sala, causas 111/2014 del 6-5-14 y 2738/14 del 26-8-14*). Sobre el punto, en este estado, la actora no ha impugnado la constitucionalidad de las disposiciones anteriormente mencionadas.

Ahora bien, no existe controversia con relación a la falta de habilitación e inscripción de la institución Fertilab en el REFES como banco de gametos, ni sobre la idoneidad del prestador ofrecido por la demandada –Gens– cuya inclusión con ese carácter en el mencionado registro tampoco ha sido cuestionada (*cfr. impresiones de la página de internet del SISA obrantes a fs. 35/38*).

En efecto, las manifestaciones formuladas por la actora relativas a las razones que atribuye a la recurrente para ofrecer la cobertura en esa institución, no son suficientes para apartarse de las disposiciones que regulan la materia precedentemente recordadas, habida cuenta de su carácter conjetural.

En consecuencia, en este estado, la verosimilitud del derecho invocado no se encuentra suficientemente acreditada.

7. En cuanto al peligro en la demora, se debe tener en cuenta que éste se refiere a la necesidad de disipar un temor de daño inminente —acreditado *prima facie*— o presunto (cfr. *Fassi-Yáñez*, *Código Procesal comentado*, t. 1, pág. 48 y sus citas de la nota n° 13: *Podetti*, *Tratado de las medidas cautelares*, pág. 77, n° 19; *esta Sala*, *causa 889/99 del 15-4-99*, entre otras; y *CNCiv.*, *Sala D*, del 26-2-85, LL 1985-C-398).

Dicho temor debe ser grave y estar fundado en la posibilidad de que el derecho que se va a reclamar se pierda, se deteriore o sufra un menoscabo durante la sustanciación del proceso (cfr. *esta Sala*, *causa 10.389/96 del 11-7-96*, entre otras; *Falcón, Enrique M.*, “*Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*”, t. II, pág. 235).

Desde esta perspectiva, cabe ponderar que la prestación que se solicita involucra la donación de óvulos, por lo que no se evidencian las implicancias de la falla ovárica de la amparista y de la edad de los actores (36 años la Sra. R.M.P. y 42 el Sr. P.E.M. —cfr. fs. 1/2—) en orden a acreditarlo. Tampoco de los términos de las prescripciones médicas se desprende la urgencia en la realización del tratamiento (cfr. fs. 3/4). En suma, los elementos obrantes en la causa no permiten tener por verificado el mencionado requisito.

En tales condiciones, corresponde revocar la resolución apelada, con costas por su orden en atención a la naturaleza de los derechos en juego (art. 71 del Código Procesal, texto según ley 26.939, Digesto Jurídico Argentino -DJA-, supletoriamente aplicable en virtud de la remisión del art. 17 de la ley 16.986; *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, *CSJ 3732/2014/RH1*, “*L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo*”, del 1-9-15) y ello torna inoficioso el tratamiento de restantes agravios de la demandada (cfr. *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, *doctrina de Fallos*: 224:548; 256:327 y 262:367).

ASÍ SE RESUELVE.

El Dr. Guarinoni no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).



Poder Judicial de la Nación
CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

María Susana Najurieta

Francisco de las Carreras