

San Carlos de Bariloche, 1 de diciembre de 2015.-

--- VISTOS: Los autos caratulados “CAVA, Lorena C/ OSDE S/ ACCION DE AMPARO (ART. 43 C. PCIAL)” Expte. N° 26636/15; y

---CONSIDERANDO:

--- 1) Que a fs. 01/25 se presenta Lorena Cava, con el patrocinio letrado de la Dra. Natacha Vázquez interponiendo acción de amparo contra la Obra Social OSDE a fin que proceda a dar cobertura total e integral del tratamiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad a realizarse en el Centro de Medicina Reproductiva Bariloche (Fertility Patagonia) con su médico tratante el Dr. Juan Manuel Bonina, en los términos de la Ley 26.862.-

---Manifiesta que hace más de 5 años con su pareja están intentando convertirse en padres, obteniendo resultados negativos hasta la fecha.-

---Que, fueron diagnosticados con un cuadro de esterilidad secundaria con deficiencia ovocitaria por falla ovárica y azoospermia, de modo tal que por prescripción médica de su profesional, la única forma posible de mejorar las posibilidades de poder engendrar a su hijo es a través de Técnicas de Fertilización Asistida de Alta Complejidad, con ovodonación y banco de semen, por lo que comenzaron a realizar los trámites necesarios para que la prepaga cubra el tratamiento requerido, logrando que en fecha 19 de mayo de 2015 la prepaga emita la autorización de la práctica médica en el Centro de Medicina Reproductiva Bariloche.-

---Expresa que con dicha autorización comenzó a realizar algunos estudios previos al tratamiento en el Centro médico y que resulta primordial hacer la preparación de los óvulos, instancia que comienza el primer día del período menstrual.-

---Que FERTILITY PATAGONIA realiza los tratamientos en cuatro oportunidades anuales, a fin de optimizar los recursos y armar grupos de trabajos y pacientes.-

---De ese modo, con la autorización otorgada a fines de mayo recién podía presentarse e iniciar el tratamiento en el GRUPO DEL MES DE AGOSTO DE 2015.-

---Manifiesta que al llegar la fecha necesaria, se hizo presente en el Centro Médico con la autorización conferida para comenzar con tratamiento y la medicación momento en el cual FERTILITY le notifico que OSDE había revocado la autorización conferida, y que no cubrirían la práctica médica.

----Que por tal motivo se presenta en las oficinas de OSDE donde le informaron verbalmente que ya no tenían convenio con dicha institución y que si quería, le otorgarían cobertura del tratamiento de fertilización asistida en la Ciudad de Buenos

Aires.-

---Ante ello presento en fecha 27 de julio de 2015, una nota solicitando se informe el motivo de la imposibilidad de realizar el tratamiento previsto para el mes de Agosto de 2015, recibiendo respuesta en fecha 3 de agosto donde le informaron que la autorización N° 30-00099703 había CADUCADO en fecha 18 de junio de 2015 y que el Centro de Medicina Reproductiva no estaba en la cartilla de prestadores de OSDE y que le brindarían la cobertura en los Centros Contratados GENS, IVI, IFER y FERTILAB, garantizando una cobertura del 100% del procedimiento; todos Centros con médicos y profesionales que desconoce y que se encuentran en la Ciudad de Buenos Aires.-

---Finalmente expresa que el Dr. Juan Manuel Bonina figuraba en la cartilla de OSDE como prestador médico, al cual acudió por ser un ginecólogo con especialidad en Fertilización Asistida, que genero un vínculo de confianza, donde realizó con él y todo su equipo todos los trámites previos al diagnóstico; que asimismo le autorizaron el pedido y cuando estaba por iniciar el tratamiento a sus 42 años de edad, le informan livianamente que tiene que hacerlo en otro Centro en la Ciudad de Buenos Aires.-

---2) Conferido el correspondiente traslado y pedido de informes en los términos del art. 43 de la Constitución Provincial comparece el Dr. Pablo Gonzalez en su carácter de apoderado de OSDE, contestando el informe y acompañando la documental requerida.-

---Manifiesta que en fecha 19/5/2015 autorizó la cobertura del 100% del tratamiento en el Centro de Medicina Reproductiva Bariloche (Fertility Patagonia) y que como fuera oportunamente informado mediante nota de fecha 03/08/2015 la autorización N° 30-00099703 caducó el día 18/6/2015 dado que la misma no fue utilizado, y como toda autorización tiene 30 días de validez.-

---Que, como también le informó a la amparista en la referida nota que el Centro de Medicina Reproductiva Bariloche (Fertility Patagonia) en la actualidad no se encuentra en la cartilla de prestadores de OSDE.-

---Expresa que se le confirmó y garantizó que se le brindará cobertura integral de fertilización asistida de alta complejidad en un 100% con prestadores contratados de la Ciudad de Buenos Aires, además de pasaje y estadía de los días necesarios que deba permanecer en la Ciudad de Buenos Aires para aspiración embriogenesis y transferencia.-

---Finalmente sostiene que debe rechazarse el amparo interpuesto dado que no existe arbitrariedad, ni ilegalidad en la actuación de OSDE sino completo cumplimiento a la ley

26.862 y al Programa Médico Obligatorio (PMO), y que además se está actuando de conformidad con los derechos y principios constitucionales reconocidos por los arts. 14 y 19 de la Carta Magna .-

---3) Se ha agregado en autos las pruebas documentales aportadas por las partes; estando los presentes autos en estado de dictar la presente resolución.

---4) DECISORIO:

---1- Procedencia de la acción: Sabido es que el amparo es una acción expedita y rápida que procede contra todo acto u omisión proveniente de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos amparados por la Constitución, un tratado o una ley.-

---Se ha sostenido, con criterio que compartimos que "el amparo es un proceso utilizable en las delicadas y extremas situaciones en la que, por carecer de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales; por esa razón su apertura exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, frente a las cuales los procedimientos ordinarios resultan ineficaces" (conf. CSJN, 15-7-97, "García Santillan c/ ANSES", cit. en Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal Culzoni, t. 4, pág. 387), agregándose que tanto "la arbitrariedad e ilegalidad tienen que resultar de manera visible, manifiesta: en forma clara, patente, indudable, inequívoca, notoria, ostensible" (SCJBA, 6-10-98, "Rodríguez Liliana", ob. y pág. cit.).-

---En el caso concreto de autos, ninguna duda cabe que la cuestión articulada debe ser decidida por esa vía excepcional, pues el ordenamiento jurídico rionegrino no cuenta con otro camino procesal que permita -sin desmedro del derecho de ambas partes- acceder a una solución justa, efectiva y rápida.-

---2- Corresponde entonces, dictaminar la procedencia de la acción de amparo impetrada sobre la pretensión planteada por la amparista, esto es, cobertura total e integral del tratamiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad a realizarse en el Centro de Medicina Reproductiva Bariloche (Fertility Patagonia) con su médico tratante el Dr. Juan Manuel Bonina, en los términos de la Ley 26.862.-

---3- Tal como han quedado planteadas las cuestiones en autos, cabe analizar si la posición asumida por OSDE es legítima y justificada y si ha respondido en debida forma a las obligaciones que le caben de conformidad a la normativa vigente y en tiempo oportuno.-

---4-Que, de las constancias de autos surge que la amparista con su pareja padecen de un cuadro de esterilidad secundaria con deficiencia ovocitaria por falla ovárica y azoospermia, de modo tal que requieren someterse a un tratamiento a través de Técnicas de Fertilización Asistida de Alta Complejidad.-

---Que, la Prepaga al contestar el informe requerido ha reconocido que en un primer momento autorizó la cobertura en un 100 % del tratamiento de Fertilización asistida de alta complejidad en el Centro de Medicina Reproductiva Bariloche (Fertility Patagonia), pero posteriormente la revocó por las razones que expuso en dicho informe, autorizando la cobertura integral de fertilización asistida de alta complejidad en un 100% con prestadores contratados en la Ciudad de Buenos Aires incluyendo pasajes y estadía de los días necesarios que deba permanecer en la Ciudad de Buenos Aires para aspiración embriogenesis y transferencia.-

---3-Que, en primer lugar el argumento esgrimido en cuanto a que la autorización otorgada tenía un plazo de validez de 30 días y como no fue utilizada por la amparista dentro de ese término caducó no debe prosperar toda vez siendo en su momento el centro médico Fertility Patagonia prestadora de la prepaga OSDE se entiende que entre ambas partes se estipuló las pautas y formas de trabajo, por lo que la prepaga estaba al tanto respecto a la mecánica de trabajo llevada a cabo y los tiempos estipulados para iniciar y llevar adelante un tratamiento de alta complejidad por lo que tenía conocimiento que FERTILITY PATAGONIA realizaba los tratamientos en cuatro oportunidades anuales, por lo que no pudo autorizar el tratamiento por 30 días.-

---Respecto al argumento referido a que el centro médico Fertility Patagonia ya no se encuentra en la cartilla de prestadores de OSDE tampoco debe prosperar toda vez que la desvinculación con el centro médico no puede oponérsele a la afiliada como fundamento de revocación de la autorización conferida, máxime si oportunamente le fue autorizado la cobertura en dicho centro médico.-

---Que, asimismo, cabe señalar que si bien la prepaga posteriormente autorizó una nueva cobertura en otros centros de medicina ubicados en la ciudad de Buenos Aires, esto implica que la amparista deba tratarse con un nuevo equipo de médicos que desconocen su historial clínico, realizar nuevamente los estudios correspondientes con la consecuente necesidad de tener que viajar en varias oportunidades a otra ciudad.

---En este orden de ideas, no resulta suficiente para considerar que la negativa a la cobertura en la forma solicitada resulte legítima.-

---Que, en este sentido revocar una autorización por haber pasado 30 días sin que se

haya iniciado el tratamiento, como así también por la desvinculación de la prepaga con el centro médico y requerirle a la afiliada que recurra a otro centro ubicado en la ciudad de Buenos Aires, deviene en una contradicción con la Ley N° 26.862 de Fertilización Asistida que tiene por objeto el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

---En este orden de ideas, la prepaga OSDE debe dar una cobertura total e integral al tratamiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad a realizarse en el Centro de Medicina Reproductiva Bariloche (Fertility Patagonia) con su médico tratante el Dr. Juan Manuel Bonina, conforme la normativa vigente.-

---"El cambio de prestadores por la obra social en el curso de la autorización de los exámenes pre quirúrgicos, no puede ir en contra del derecho a la salud de la paciente, sino deben ser asumidos por la obra social"(CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES DE SALTA, BOLETÍN DE JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA DE SALUD AÑOS 2009 - 2012 Navarro Gentile, Teresita –en representación de L. P. G.- c/ PAMI s/ amparo – medida cautelar”, sent. del 18/02/11).

---En este sentido la jurisprudencia ha dicho: "este Tribunal ha resuelto en numerosos precedentes que cuando se está ante esta particular clase de padecimientos en la salud, como lo es infertilidad, no resulta antojadiza la pretensión de los actores de requerir a la demandada la cobertura de su intervención en el establecimiento elegido, sino mas bien fundada en la relación de confianza médico-paciente" (M. R. M. J. y otro c/ Galeno Argentina S.A. s/ prestaciones médica -Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, Sala I; conf. ésta Sala en Expte. N° 17510/11 “ZECHNER, Sandra Neri y Otro c/ Austral Médica S.A. s/ Amparo”, fallo del 5 de julio de 2011, Expte. N° 17727/11 “PEDEMONTE, Sandra Mariel y Otro c/ O.S.U.T.H.G.R.A. s/ Amparo”, fallo del 8 de noviembre de 2011, Expte. N° 18064/12 “MARAÑÓN, Ana Macarena c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación -CSJN- Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación s/ Amparo Ley 16986”, fallo del 8 de mayo de 2012 y Expte. N° 18234/12 “DULAU DUMM, Agustina – Zavatti, Néstor Leandro c/ OSPJN – Ministerio de Salud y Ambiente de la Nación s/ Amparo Ley 16986”, fallo del 30 de agosto de 2012). El subrayado nos pertenece.-

---Nuestro Superior Tribunal de Justicia respecto al objeto del presente amparo ha dicho: “Precisamente en el precedente “LAPLANE”, antes referido, este Cuerpo señaló que la Ley N° 26.862 de “Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, sancionada el 5 de junio de 2013,

se reglamentó a través del Decreto 956/2013 del 19 de julio de 2013. De ese modo, la cobertura garantizada en la reglamentación se basa en los criterios establecidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con un enfoque integral e interdisciplinario del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y las técnicas de reproducción médicamente asistida de baja y de alta complejidad. ("FRESCO SILVINA BEATRIZ C/O.S.D.E. S/AMPARO (I) S/APELACION") (Expte. N° 27267/14 -STJ-).

---Asimismo la Procuración General de nuestra provincia mediante el dictamen N° 108 /14 expreso: "En el precedente "Arvigo" y en el reciente "Laplane" -Dictamen 104/13 PG- este Ministerio Público sostuvo que, en lo que respecta a la salud y la vida de las personas, las entidades de medicina prepaga no deben ampararse en interpretaciones restrictivas de las normas destinadas a reglamentar este derecho. Se advirtió que a las prestaciones que puede brindar la demandada, debe sumársele la posibilidad de contemplar aquellas situaciones que no han sido aún incluidas, ya por desidia del legislador o por la falta de políticas de Estado destinadas a contemplar que la infertilidad es una enfermedad, reconocida como tal a nivel mundial". (Expte. 27267/14 "F.; S.B. c/ O.S.D.E. S/ Amparo S/ Apelación" - dictamen procuradora general Dra.Silvia Baquero Lazcano).

---Que, el planteo del amparista debe ser admitido conforme el criterio sentado por nuestro Superior Tribunal de Justicia en autos "Arvigo Carolina y otro s/amparo s/apelación" (Expte. N° 25172/11-STJ-), con fecha 27.06.11; seguida por este Tribunal en otras causas.-

---En dichos autos, el Máximo Tribunal provincial hizo suyo el dictamen de la procuradora.

---De modo que, en honor a la brevedad, nos remitimos a lo allí expuesto, transcribiendo la parte pertinente: "En lo que referido a la cuestión de la cobertura de la infertilidad controvertida en autos, ratifica el criterio de la Procuración General expuesto en autos "Melendez" atento a la analogía sustancial con el presente caso.

---"Señala que surge de las constancias documentales que acompañan los accionantes que han agotado la reclamación previa; la urgencia está dada y acreditada con los informes médicos, la edad de la co-amparista y las condiciones de su sistema reproductivo de imposibilidad definitiva de lograr un embarazo por vía natural. De recurrir a otra vía, tales condiciones atentarían contra la posibilidad de un tratamiento exitoso. Indudablemente se encuentran comprometidas prerrogativas constitucionales

que hacen al derecho a la salud en su más amplio sentido, entendido como el equilibrio psicofísico y emocional de una persona, el derecho a la vida, a la libre determinación, a la intimidad, al desarrollo de la persona en la máxima medida posible y a la protección integral de la familia (arts. 14 bis, 16, 19 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional)".- ---

"Expuesto lo anterior, se tiene presente que las actuaciones "MELENDEZ, VIVIANA ALEJANDRA E IBARRA, GUSTAVO S/AMPARO S/APELACIÓN", Se. 133/08, se dijo que: "el art. 59 de la Constitución Provincial establece: La salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad. El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación. Incluye el control de los riesgos biológicos y socioambientales de todas las personas desde su concepción, para prevenir la posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se pueda evitar. Mediante unidad de conducción, el Estado Provincial garantiza la salud a través de un sistema integrador establecido por la ley con participación de los sectores interesados en la solución de la problemática de la salud. Organiza y fiscaliza a los prestadores de la salud, asegurando el acceso, en todo el territorio provincial, al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica. La ley organiza consejos hospitalarios con participación de la comunidad. Los medicamentos son considerados como bien social básico y fundamental. La autoridad pública implementa un vademecum y las medidas que aseguren su acceso a todos los habitantes. Este artículo debe ser interpretado en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 16: Se reconoce el derecho a la vida y dignidad humana. Nadie puede ser sometido a tortura ni a tratos crueles, degradantes o inhumanos. Los agentes públicos que los ordenen, induzcan, permitan, consientan o no los denuncien, son exonerados si se demuestra la culpabilidad administrativa, sin perjuicio de las penas que por ley correspondan".-

---Asimismo en los mismos autos se dijo: "----(...)Así, puntualmente en el precedente "A., M. R. y otro v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires -ObSBA-", Tribunal: C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., sala 2ª del 26 de mayo de 2008, citado por el a quo, se señaló 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 ambos cónyuges, además de su derecho a procrear. Esta consideración resulta acorde con la conceptualización de la salud promovida desde hace

décadas por la Organización Mundial de la Salud, según la cual ésta implica un estado de completo bienestar físico, mental y social. La enfermedad, por lo tanto, constituye una noción negativa, deducible y clasificable en relación a la imposibilidad de satisfacer esta definición general de salud, implicada en el pleno goce del derecho humano a la vida. Desde esta perspectiva, como fue anticipado, es indudable que las circunstancias por las cuales la accionante se ve impedida de procrear representan un desmedro en su salud y, por ende, se constituyen como un derecho enteramente pasible de protección” (cf. Lexis N° 70045051)”.-

---“(...)En el precedente “A., M. R. y L., M. v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires -ObSBA-“; Juzg. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., N. 6, del 20 de noviembre de 2007, Lexis N° 70041567; también mencionado por el a quo, se sostuvo que “la salud reproductiva involucrada en el presente caso, abarca la salud psicofísica de ambos peticionarios, dada la frustración que puede traer aparejada la búsqueda insatisfecha de progenie, así como su derecho a procrear. Por lo tanto, también integra su derecho a la salud entendida como un estado general de bienestar físico, mental y social, en los términos definidos por la Organización Mundial de la Salud...”.-

---Que, además la jurisprudencia tiene dicho: “...que la ley 24.754 representa un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que pondera los delicados intereses en juego, integridad psicofísica, salud y vida de las personas, así como también que más allá de su constitución como empresas, los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial (Fallos: 328:4747)”.-

---6-En consecuencia este Tribunal en consonancia con los argumentos expuestos por el Superior Tribunal de Justicia, lo dispuesto por la ley citada y las constancias de autos entiende que corresponde hacer lugar al amparo interpuesto y ordenarle a OSDE brindar una cobertura total e integral del tratamiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad a realizarse en el Centro de Medicina Reproductiva Bariloche (Fertility Patagonia) con su médico tratante el Dr. Juan Manuel Bonina, en los términos que marca la Ley N° 26.862.-

---Imponer las costas a la vencida conforme art. 68 del CPCCRN.

--- Regular los honorarios de la Dra. Natacha Vazquez, por la amparista, en la suma de \$9.600 (equivalente a 15 Jus); y los del Dr. Pablo Gonzalez, por la Prepaga, en la suma de \$6.400 (equivalente a 10 Jus), conforme lo normado por el art. 37 de la Ley 2.212.-

---Por todo lo expuesto, la Cámara del Trabajo de la IIIª Circunscripción

Judicial, RESUELVE:

---I) HACER LUGAR a la acción de amparo promovida, condenando a la Prepaga OSDE a autorizar y cubrir en forma total e integral el tratamiento de Fertilización Asistida de Alta Complejidad en el Centro de Medicina Reproductiva Bariloche (Fertility Patagonia) con su médico tratante el Dr. Juan Manuel Bonina, en los términos que marca la Ley N° 26.862, en el plazo de 10 días de notificada la presente bajo apercibimiento de ordenar el embargo de los fondos necesarios para el pago de la cobertura indicada, y de aplicar una multa diaria de \$ 300.- en concepto de astreintes, por cada día de retardo.

---II) IMPONER LAS COSTAS a la vencida conforme art. 68 del CPCCRN.

---III) REGULAR los honorarios de la Dra. Natacha Vazquez, por la amparista, en la suma de \$9.600 (equivalente a 15 Jus); y los del Dr. Pablo Gonzalez, por la Prepaga, en la suma de \$6.400 (equivalente a 10 Jus), conforme lo normado por el art. 37 de la Ley 2.212.-

---IV) DISPONER la notificación a las partes por Secretaría, registro y protocolización de la presente.-

JUAN A. LAGOMARSINO MARINA E. VENERANDI RUBEN MARIGO
Juez de Cámara Presidente Juez de Cámara

Ante Mi:

Maria Jose Di Blasi
Secretaria