

**Causa n° 7683/2010 – "M. G. M. y otro c/Union Personal Accord Salud s/amparo"
– CNCIV Y COMFED – SALA II – 26/09/2013**

Buenos Aires, 26 de septiembre de 2013.-

VISTO: el recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 107/10vta., cuyo traslado contestó la contraria a fs. 114/16vta., contra la sentencia de fs. 96/99vta., y

CONSIDERANDO:

Los doctores Graciela Medina y Ricardo Víctor Guarinoni dijeron:

1) Que la jueza a-quo, acogió parcialmente el amparo promovido por los cónyuges G. M. M. y P. L. L. -vecinos de la CABA- y condenó a la Unión Personal (Accord Salud Plan Privado), a brindarles la cobertura de dos tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad mediante la técnica de fecundación in Vitro (FIV), inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides (ICSI), Diagnóstico Genético Preimplantatorio (PGD), en el Instituto de Medicina Reproductiva -UBA- Fecunditas, incluyendo procedimientos, medicación y gastos. Las costas las impuso a la vencida.- Para así decidir, sostuvo que la rebeldía de la demandada constituía presunción de verdad de los hechos pertinentes y lícitos afirmados por los interesados. Y que habiéndose acreditado el carácter de afiliados de los accionantes, en orden a lo dispuesto por el art.28 de la ley 23.661, en cuanto a que los agentes del seguro de salud desarrollarán un programa de prestaciones que la autoridad de aplicación actualizará periódicamente con respecto a las que se consideran obligatorias; la inexistencia de norma expresa que la contemple la cobertura reclamada no era obstáculo para su otorgamiento.-

Por último, ponderando que el señor L. es portador de una mutación genética con posibilidad de ser transmitida en un 50% a la descendencia, interpretó que a pesar de que la practica solicitada no se encontraba regulada en forma expresa en las Resoluciones N° 201/02 (PMO) y 1991/05; sin embargo, no era razonable que las obligaciones de la entidad demandada se redujeran únicamente a la lista contemplada en dichas normas.-

2) Que contra la mencionada decisión, a fs. 107/vta., se presentó y apeló la Obra Social UNION PERSONAL DE LA UNION DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACION. El traslado fue contestado por la contraria a fs. 114/16vta; y el Fiscal General emitió su opinión a fs. 128/vta.-

La recurrente se agravia, porque la sentenciante la condenó al cumplimiento de un prestación que no está legislada; y más aún, existiendo jurisprudencia de esta Cámara en sentido contrario a lo resuelto. A lo que añade una serie de consideraciones acerca de los inconvenientes y riesgos que puede acarrear el sometimiento a un tratamiento como el que aquí se solicita.-

3) Que las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el sólo hecho de estar consagradas en la Constitución Nacional, e independientemente de las leyes reglamentarias (Fallos 239:459). Y la Constitución Nacional tiene la virtualidad necesaria de poder gobernar las relaciones jurídicas nacidas en circunstancias sociales diferentes a las que existen en tiempos de su sanción. Este avance de los principios constitucionales es la obra de los intérpretes, en especial de los jueces, quienes deben consagrar la inteligencia que mejor asegure los grandes objetivos para los que fue dictada la Constitución (Fallos 241:291).-

4) Que la Corte Suprema de Justicia, en los Fallos "Siri" y "Kot", que citamos en el párrafo precedente, reivindica el rol de la judicatura al interpretar que en ausencia de reglamentación la labor de los jueces constituye un deber, antes que una facultad, pues las garantías individuales existen y protegen a los individuos aun sin ley que las reglamente; y con palabras de Joaquín V. Gonzalez, reafirma la fuerza obligatoria de los derechos, declaraciones y garantías, cuya operatividad no es posible soslayar a la sombra de vagas interpretaciones que los cercenen, al sostener que no se trata como puede creerse de simples fórmulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que las contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlas en la plenitud de su sentido, sin alterar o debilitar la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace a cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina (Manual de la Constitución Argentina, en Obras Completas, Vol. III, Bs. As., 1935, n° 82).-

5) Que en ejercicio de tan alta misión hemos venido resolviendo procesos de la naturaleza del presente (confr., esta Sala, in re: "Adorno"; "Blanchard"; "Claiman"; "Dord"; "Gaeta"; "Irastorza"; "Lago"; "Martínez"; "Martinez Villanueva"; "Misto"; "Morillo"; "Peralta"; "Picasso"; "Taboada"; entre otras), con una postura que finalmente fue ratificada por el Congreso de la Nación.- En efecto, pese a la falta de un marco legal que amparara a aquellos reclamos, esta Sala sin hesitación -primeramente en minoría (del voto del doctor Guarinoni, en las causas 9288/08 del 28.02.11; 1461/12 del 03.10.12 y 3613/11 del 09.10.12); y después por decisión mayoritaria- advirtió que ante el postulado hoy holgadamente superado de que la salud es la ausencia de enfermedad, la infertilidad no estaba prevista entre las prestaciones cuya cobertura reconoce el Programa Médico Obligatorio, porque no era considerada una enfermedad. Mientras que entendida como el funcionamiento anormal del sistema reproductivo que priva a las personas de la legítima expectativa de procrear, es claro que se trata de una enfermedad psicofísica. De lo que se deriva que negar ese derecho importa una discriminación, y que no otorgar la cobertura del tratamiento, resulta discriminatorio.- Además, dada su trascendencia, hicimos nuestros los fundamentos del fallo que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dictó en el caso "Artavia Murillo", el 28.11.12, declarando a Costa Rica responsable de haber vulnerado los derechos a la vida privada y familiar; a la integridad personal y a la salud sexual; al tachar de inconstitucional el decreto que regulaba la técnica de Fecundación In Vitro (FIV). Ello así, por invocación del concepto de infertilidad que desarrolla la OMS, como una enfermedad del sistema reproductivo; y en mérito de lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.-

6) Que ahora bien, teniendo en cuenta que las sentencias deben atender a las circunstancias actuales (Fallos 216:147; 243:146; 244:298; 259:76; 267:499; 308:1087; 318:1084; entre otros), no es posible soslayar en estos casos, que el H. Congreso de la Nación, sancionó la Ley de Fertilización Asistida, N° 26.862 (B.O. del 26.06.13); reglamentada por Decreto 956/13 (B.O. del 23.07.13).- Así pues, en el presente caso, el coactor P. L. L., padece Azoospermia Secretora, esto es ausencia de espermatozoides en el eyaculado a expensas de una falla progresiva en sus testículos. Y además es portador de una mutación en el exón 19 del gen RB1, con un riesgo de 50% de tener hijos afectados con Retinoblastoma bilateral al realizar un TESE, frente a lo cual se les indicó la realización de un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, mediante la técnica de fecundación in vitro (FIV), con la

posibilidad de descartar el embrión que contenga la anomalía hereditaria (ver esp. fs. 34/36).-

Y, la mencionada norma y su reglamentación disponen en cuanto aquí interesa que "se entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo. Que se consideran técnicas de baja complejidad a aquellas que tienen por objeto la unión entre óvulo y espermatozoide en el interior del sistema reproductor femenino. Y se entiende por técnicas de alta complejidad a aquellas donde la unión entre el óvulo y el espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, incluyendo a la fecundación in vitro, la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la crioconservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la verificación de tejidos reproductivos" (confr. los arts. 2 y 8 de la ley 26.862 y del decreto 956/13).- En consecuencia, en nuestra opinión, a la luz de lo expresado, no existen motivos que justifiquen no otorgar la cobertura de la técnica que aquí se solicita, en función de lo cual proponemos que se confirme la decisión apelada, en los límites y con los alcances de la ley 26.862 y del decreto 956/13).-

Que el doctor Alfredo Silverio Gusman dijo:

Que según establece el art. 163, inc. 6, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial, en cuanto aquí interesa, "la sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos".-

Lo dispuesto, tal como se ha sostenido doctrinariamente, atiende al denominado ius superveniens, es decir a los hechos ocurridos durante la tramitación del proceso; y ello con el propósito de asegurar que en todos los casos se falle con arreglo a la situación fáctica y jurídica existente a la fecha de la sentencia, teniendo en cuenta no sólo los factores iniciales sino también los sobrevinientes (confr. Fassi, Santiago C., y Yáñez, César D., "Código Procesal Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado", Tomo I, págs. 764 y ss., esp. & 60, Editorial Astrea, tercera edición actualizada y ampliada, 1988).-

Por lo demás, así lo ha interpretado la Corte Suprema de Justicia, en reiteradas oportunidades en que expresó que las sentencias deben atender a la situación existente al momento de la decisión (Fallos: 216:147; 243:146; 244:298; 259:76; 267:499; 308:1087; 318:1084; entre muchos otros). Y que se torna inoficioso el tratamiento de una cuestión, cuyo planteo carece de objeto actual (arg. Fallos: 231:288; 253:346; 307:2061; entre otros).-

Frente a la sanción por el H. Congreso de la Nación de la Ley de Fertilización Asistida, N° 26.862, (B.O. del 26.06.13), reglamentada por decreto 956/13 (B.O. del 23.07.13), el infrascripto considera que las cuestiones que se controvierten en el recurso sub-examine, han devenido abstractas, tornando inoficioso su tratamiento por esta Alzada.-

Por ello, y oído el Fiscal General, esta Sala por mayoría RESUELVE: confirmar la decisión apelada en los límites y con los alcances de la ley 26.862 y del decreto reglamentario 956/13, con costas a la vencida (art. 68 del Código Procesal).-

Regístrese, notifíquese -y al señor Fiscal General- y devuélvase.-

Fdo.: RICARDO VÍCTOR GUARINONI - ALFREDO SILVERIO GUSMAN - GRACIELA MEDINA