



Poder Judicial de la Nación  
CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL  
FEDERAL – SALA II

Causa n° 10790/2021

C.M.C.A. c/ OSDE s/AMPARO DE SALUD

Buenos Aires, 19 de agosto de 2022.-

**VISTO:** el recurso de apelación interpuesto por la demandada el día 2.2.2022 -allí fundado y replicado por la accionante el día 16.2.2022 (Acordada de la CSJN N° 31/20, Anexo II, punto II, apartado 2)- contra la resolución dictada el 30.12.2021; y

**CONSIDERANDO:**

Los jueces Alfredo S. Gusman y Eduardo D. Gottardi dijeron:

I.- En el pronunciamiento recurrido el magistrado de la anterior instancia hizo lugar a la petición cautelar requerida por la señora M.C.A.C. y ordenó a OSDE - ORGANIZACIÓN DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS -de aquí en más, OSDE- cubrir de manera integral el tratamiento de fertilización de alta complejidad (ICSI) con semen de su pareja, con columnas de anexinas y eventual criopreservación de embriones, todo conforme lo prescripto por su médico tratante, mientras se dirime la cuestión sustancial.

Contra esta decisión se alza la entidad emplazada, quien en sus agravios cuestiona que en el caso se presenten los requisitos esenciales para el dictado de una medida cautelar innovativa. Invoca que no corresponde la cobertura del límite del tratamiento más allá de lo establecido por el Decreto N° 956/2013 del Poder Ejecutivo Nacional que no contempla renovaciones anuales de los tratamientos de reproducción médicamente asistida -en adelante, TRMA- de alta complejidad, los que resultan ser tres de por vida y no tres anuales. Manifiesta que el Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación, que es la autoridad de aplicación en la materia, así lo ha entendido y ha afirmado que ~~el límite de intentos se encuentra vinculado con~~ la salud de la paciente (conf.



informe n° 24226170/2017). Cita jurisprudencia que considera avala su postura. También se queja de que se haya reconocido a título precautorio la cobertura de columnas de anexina, al respecto considera que la autoridad de aplicación no ha incluido dicha práctica dentro de la nómina de técnicas de la Ley N° 26.862, lo que no obliga a OSDE a su cobertura. Agrega que la decisión del *a quo* contraría las manifestaciones vertidas por los expertos en el tema quienes afirman que no existen evidencias clínicas suficientes que demuestren la efectividad y el beneficio de utilizar la técnica aquí ordenada. Finalmente, controvierte la configuración del peligro en la demora como recaudo necesario para la procedencia de la medida cautelar y dedica algunas consideraciones al carácter innovativo de la medida dictada por el sentenciante.

Sustanciado el recurso, la parte actora pretende que se lo declare desierto de agravio y en subsidio, lo contesta de conformidad con los términos de la presentación detallada en el visto.

II.- Así planteada la cuestión a resolver, corresponde adelantar que los agravios de la emplazada vinculados a la cantidad de tratamientos de alta complejidad no pueden ser admitidos. Ello es así porque la cuestión traída a conocimiento de la Alzada ha quedado decidida por la doctrina plenaria del Fuero *in re*: “*Gayoso, Carolina y otro c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud*” del 28.8.18, cuyos términos resultan de aplicación obligatoria para la misma Cámara y los jueces de los tribunales inferiores a ella, al menos, hasta tanto se dicte un nuevo fallo plenario (conf. art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Allí se estableció que “*el límite a que alude el art. 8 del decreto N° 956/13 -reglamentario de la Ley N° 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*”.





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL  
FEDERAL – SALA II

Causa n° 10790/2021

Del mismo modo lo ha considerado la Corte Suprema de la Nación al pronunciarse *in re*: “S., A. M. Y OTRO c/ SWISS MEDICAL S.A. s/MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA (CSJ, causa n° 2262/2017 del 17.12.19) al hacer propios los argumentos expuestos por el señor Procurador General de la Nación y en el que reitera lo dicho en la causa: “Y., M. V. y otro c/ IOSE s/ amparo de salud”, sentencia del 14.8.2018 (conf. Fallos: 341:929), en los que entendió que la única interpretación admisible de la reglamentación del art. 8°, Anexo I, del Decreto N°956/2013, en consonancia con los objetivos trazados por la Ley N°26.862, es la que habilita a los interesados a acceder a tres tratamientos “*anuales*” de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad. Y en ese orden, cabe recordar que lo resuelto por el Alto Tribunal en toda cuestión regida por la Constitución Nacional o las normas federales, debe inspirar decisivamente los pronunciamientos del resto de los tribunales (conf. CSJN, Fallos: 25:364 212:51 y 160; 307:1094; 312:2007, entre muchos otros).

Por otra parte, cabe agregar que la interpretación la interpretación del art. 8 del Decreto N°956/2013 realizada por el Ministerio de Salud en el informe N° 24226170/2017 producido en expediente N° 23358708/2017 que transcribe la apelante (punto III.1. del memorial, pág. 5), es anterior al fallo plenario citado y no se condice con el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia mencionada en el párrafo precedente (confr. esta Sala, causa n° 268/22 del 10.8.22).

Sobre las bases apuntadas, corresponde desestimar los agravios expuestos por la entidad accionada con relación a que la cantidad de intentos a los que refiere la norma resultan ser de por vida.

III.- Con relación a la cobertura del tratamiento de columnas de anexina, esta Sala ha señalado que la negativa basada en la alegada falta de eficacia no puede prosperar. En ese sentido, debe repararse que tampoco la salud de la actora merecería quedar atrapada entre diferentes criterios acerca de



la ventaja o desventaja de utilizar un determinado medicamento, producto medicinal o tratamiento. Es claro, por otro lado, que el facultado directo para prescribir es el profesional médico de la cartilla de la propia demandada, quien atiende en el caso concreto con la convicción necesaria para que su paciente tome la decisión de recurrir ante esta sede judicial a hacer valer los derechos esenciales de “aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos” luego de “recibir la información sanitaria” sobre el diagnóstico, pronóstico o tratamiento relacionados con su estado de salud” -art. 2, incs. a) y g), de la Ley N° 26.529- (conf. esta Sala, causas n° 2849/20 del 6.8.20; 4023/2021 del 4.10.21; 9863/19 del 10.09.21 y sus citas, entre otras).

Asimismo, en cuanto a la cobertura legal de esa prestación el Tribunal se ha pronunciado (confr. causa n° 4243/16 del 21.2.17) que en su carácter de autoridad de aplicación, facultado para fijar los criterios relativos a las técnicas y tratamientos referidos en el artículo 8° de la citada Ley N° 26.862, el Ministerio de Salud dictó la Resolución N° 1 - E/2017 (B. O. 4.1.17) a través de la cual precisó el alcance de los tratamientos de alta complejidad referidos en el artículo 8°, párrafo tercero del Anexo I al Decreto Reglamentario N° 956/13.

En ese marco legal se definieron los tipos de tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de reproducción médicamente asistida de alta complejidad (TRHA/AC), las etapas, su finalización y los procedimientos médicos que los componen.

En lo específico al proceso de esperma a utilizarse, en el Anexo III de la mentada resolución, se lo precisa en estos términos: “iii. Procesamiento de esperma mediante Swim UP, Percoll u otro método; procedimiento médico a través del cual se miden parámetros como volumen, forma y números de los espermatozoides, además de su movimiento, consistencia y acidez (Ph) para determinar cuál es la calidad espermática y posterior lavado de semen y separación de los mejores espermatozoides.” (el subrayado ha sido agregado por el Tribunal).





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL  
FEDERAL – SALA II

Causa n° 10790/2021

Del citado texto surge con claridad que la enumeración de los métodos comprendidos no es taxativa sino meramente enunciativa, pues se utiliza la expresión “otros métodos”. Dicha expresión parece inclusiva de todos aquellos tratamientos que en la actualidad son de uso y práctica, sin que a esta altura del pleito el tribunal perciba algún elemento o valoración para excluir al de “columna de anexinas” (confr. esta Sala, causa n° 6650/18 del 21.8.19, entre otras), prescripto a la accionante por el doctor Diego Griessi Fortes, especialista en medicina reproductiva, (M. N. 111140), según la prescripción datada el 21.9.2021 (confr. constancia acompañada junto al escrito constitutivo de las presentes).

Así las cosas y teniendo en cuenta que el objetivo final de los métodos de procesamiento de espermatozoides es la separación de los mejores espermatozoides mediante una clasificación previa y posterior lavado (según texto del pto. iii, del Anexo III, cit.), a esta altura del proceso no se advierte razón alguna para que en el estado actual de la ciencia la técnica descrita (que separa a los mejores espermatozoides de los de baja calidad, por magnetismo) no pueda considerarse incluida como método para el tratamiento de la infertilidad masculina, más aún con la actual previsión legal de procesamiento “con otro método” a las técnicas Swim Up y Percoll, todas así admitidas por el Ministerio de Salud (confr. esta Sala, causas n° 1705/20 del 8.8.22; 88548/21 del 18.4.22; 9006/19 del 1.3.21; 5710/19 del 29.10.19; 1451/17 del 6.12.18; 2171/17 del 20.10.17 y sus citas, entre otras).

IV.- La ausencia del peligro en la demora alegado por OSDE basado en que no se ha demostrado que el estado de salud de la accionante se encontrase en peligro, no resulta atendible.

Lo expresado es así, desde el momento en que la empresa demandada negó la procedencia de la cobertura prestacional a pesar de que el tratamiento requerido por la accionante cuenta con previsión normativa y encuentra sustento en la jurisprudencia del Alto Tribunal y de esta Cámara.

Fecha de firma: 19/08/2022

Alta en sistema: 22/08/2022

Firmado por: EDUARDO DANIEL GOTTARDI, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: ALFREDO SILVERIO GUSMAN, JUEZ DE CAMARA

Firmado por: FLORENCIA NALLAR, JUEZ DE CAMARA



#35973668#337101733#20220818111924590

En este sentido, no es posible obviar la estrecha relación que existe entre las condiciones de admisibilidad de las medidas cautelares determina que a mayor verosimilitud en el derecho menor es la exigencia en cuanto a la gravedad e inminencia del daño (confr. Fassi-Yáñez, “Código Procesal Civil y Comercial, comentado, anotado y concordado”, t. II, págs. 47 y ss.; ver también esta Sala, causa n° 88458/21 del 18.4.22; Sala I, causa n° 2083/19 del 6.7.21 y sus citas, entre muchas otras).

Cabe recordar, por otra parte, que este Tribunal ha reconocido que la exigencia del peligro en la demora -en los casos en que se cuestionan decisiones relacionadas con la salud de las personas- se ve configurada con la incertidumbre y la preocupación que los distintos padecimientos generan en los pretenses, de modo que la medida precautoria solicitada resulte necesaria para disipar un temor de daño inminente, acreditado inicialmente o presunto (confr. esta Sala, causas n° 14662/21 del 15.6.22; 7792/21 del 21.2.22; 963/20 del 23.6.21, 6508/13 del 4.2.14 y sus citas). En este sentido, la imposibilidad de procrear es una limitación que puede afectar de manera real y efectiva la calidad de vida y la salud psíquica de la accionante (confr. esta Cámara, esta Sala, causas n° 14662/21, citada ut supra; 12.186/21 del 22.4.22; Sala I, causa n° 2083/19, antes referida y sus citas).

V.- Es necesario agregar que la identidad entre el objeto de la acción y la medida precautoria no se traduce en un obstáculo insalvable para admitir la procedencia de esta última.

Con frecuencia, esta Sala ha afirmado que, si bien es cierto que para la procedencia de las medidas cautelares innovativas deben observarse con mayor prudencia el cumplimiento de los recaudos que hacen a su admisión, no lo es menos que su objetivo es evitar la producción de perjuicios que podrían producirse en caso de inactividad del órgano jurisdiccional y tornarse de muy dificultosa o imposible reparación al tiempo de dictarse la sentencia definitiva (confr. CSJN, Fallos: 320:1633, esta Sala, causas n° 5949/18 del 8.7.20;





Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL  
FEDERAL – SALA II

Causa n° 10790/2021

5212/19 del 26.12.19; 5963/18 del 18.10.18; 5494/2014 del 26.02.16, entre muchas otras).

De acuerdo con ello, encontrándose reunidos los requisitos necesarios para el dictado de la una medida como la peticionada, es decir, verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, se colige que el agravio de la emplazada resulta inadmisibile.V.- Es necesario agregar que la identidad entre el objeto de la acción y la medida precautoria no se traduce en un obstáculo insalvable para admitir la procedencia de esta última.

Con frecuencia, esta Sala ha afirmado que, si bien es cierto que para la procedencia de las medidas cautelares innovativas deben observarse con mayor prudencia el cumplimiento de los recaudos que hacen a su admisión, no lo es menos que su objetivo es evitar la producción de perjuicios que podrían producirse en caso de inactividad del órgano jurisdiccional y tornarse de muy dificultosa o imposible reparación al tiempo de dictarse la sentencia definitiva (confr. CSJN, Fallos: 320:1633, esta Sala, causas n° 5949/18 del 8.7.20; 5212/19 del 26.12.19; 5963/18 del 18.10.18; 5494/2014 del 26.02.16, entre muchas otras).

De acuerdo con ello, encontrándose reunidos los requisitos necesarios para el dictado de la una medida como la peticionada, es decir, verosimilitud en el derecho y peligro en la demora, los vocales dicentes sostenemos que los agravios de la emplazada resultan inadmisibile.

La jueza Florencia Nallar dijo:

I.- Doy por reproducido el relato de antecedentes efectuados en el punto I del voto que antecede y comparto la solución propiciada por mis distinguidos colegas en cuanto a los reparos que opuso la empresa cautelada con relación al carácter innovativo de la medida precautoria, así como en la



resolución que propone en cuanto a la cantidad de tratamientos de alta complejidad que aquella debe brindar.

Sin embargo, discrepo con la decisión que se propone respecto del tratamiento denominado columna de anexinas (confr. prescripción médica del 21.9.2021).

Al respecto, considero que no se encuentra acreditada la verosimilitud en el derecho a fin de obligar a la demandada a cubrir el tratamiento antes aludido. En este sentido, entiendo que tal como señalara al fallar en la causa n° 5194/2021 del 31.3.2022 -radicada en la Sala I, que integro como vocal titular- no es posible incluir la técnica con “columnas de anexina” en la expresión “u otros métodos” del Anexo III de la Resolución N° 1-E/2017 cuando se refiere a los métodos de selección espermática, cuya enumeración de técnicas debe considerarse de forma taxativa, tal como lo ha informado la autoridad de aplicación en aquella causa (confr. esta Sala, causas n° 10878/2021 del 9.6.22; 1705/20 y 88548/21 *ut supra* mencionadas; Sala I, causa n° 7904/21 del 12.7.22; 474/21 del 9.6.22, entre otras).

Dentro de ese orden, no es posible soslayar la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto a la inadmisibilidad de que sean los jueces quienes determinen la incorporación de una práctica médica al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados, aspecto que con arreglo a lo dispuesto en los artículos 2° y 3° de la ley 26.862 incumbe al Ministerio de Salud de la Nación como autoridad de aplicación (confr. CSJ 3732/2014/RH1, “*L.E.H. y otros c/ O.S.E.P. s/ amparo*”, del 1.9.15, publicada en Fallos 338:779, Considerandos 8° y 9°; ver también, esta Cámara, Sala I, causa n° 5194/2021 del 31.3.2022 y sus citas).

Sobre las bases precedentes, estimo que corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por OSDE con relación a la técnica objeto de análisis, debiendo revocarse dicho aspecto del decisorio recurrido.







Poder Judicial de la Nación

CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL  
FEDERAL – SALA II

Causa n° 10790/2021

En virtud de lo expuesto, por mayoría, **SE RESUELVE:**  
desestimar el recurso de apelación interpuesto por la emplazada y confirmar la  
resolución cautelar dictada en autos, con costas a cargo de la vencida (art. 68  
del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Diferir la regulación de los honorarios para el momento en que  
se dicte la sentencia definitiva.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

