

## CASO

### **ACCION DE AMPARO, PERSONA HUMANA. DERECHO A LA VIDA. SALUD REPRODUCTIVA.**

#### Descripción del caso:

Se presentan los actores, F.G.P. y M.S.B promoviendo acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, ley 13.928, decreto 1067/95, y los tratados internacionales que citan, contra O S.A. S DE S, solicitando se deje sin efecto la rescisión del contrato dispuesta por la accionada, condenándose a esta última a prestar la cobertura de salud correspondiente y otorgar la autorización para el tratamiento de fertilidad oportunamente solicitado.

Sumarios:

Que, corresponde inicialmente recordar que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Constitución Nacional y que, en tanto eje y centro de todo sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental. Los tratados internacionales con jerarquía constitucional contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25, inc. 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos,

de los arts. 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, del art. 24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del art., inc. 3º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla con acciones positivas. En este sentido, ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva.

En este sentido, ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva.

Se deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuenten con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora tuviese que aguardar al inicio de un nuevo procesos.

Que seguidamente, se debe tener en cuenta que la naturaleza de las medidas precautorias no exige el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, y que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su.

En este orden de ideas, la verosimilitud del derecho se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite.

P. F. G. Y OTRO/A C/ O. S. A. DE S. S/ AMPARO Reg. Sent. Int: 184 Folio Sent. Int: 298 Lomas de Zamora, 30 de Mayo de 2019.- AUTOS Y VISTOS: Arriban estas actuaciones al Tribunal a fin de resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 35/37, contra la decisión dictada a fs. 31/32, mediante la cual el Sr. juez A Quo rechazara 'in limine' la pretensión deducida por los amparistas; Y CONSIDERANDO: 1º) Que a fs. 21/30 se presentan los actores, F.G.P. y M.S.B promoviendo acción de amparo en los términos del artículo 43 de la Constitución Nacional, ley 13.928, decreto 1067/95, y los tratados internacionales que citan, contra O S.A. S DE S, solicitando se deje sin efecto la rescisión del contrato dispuesta por la accionada, condenándose a esta última a prestar la cobertura de salud correspondiente y otorgar la autorización para el tratamiento de fertilidad oportunamente solicitado. Alegan, en sustancia, que el 28 de mayo de 2018 se presentaron en la oficina de la demandada ubicada en el partido de Lomas de Zamora, con el objeto de realizar una solicitud de ingreso a la prepaga mediante la derivación de los aportes previsionales de uno de ellos (F.G.P.). Dicen que, en ese momento, firmaron una serie de formularios entre los cuales se encontraban las declaraciones juradas de enfermedades pre-existentes, destacando que dichos documentos fueron completados por el personal de la accionada (administrativa de ventas), quien sólo les requirió que los firmaran al pie de cada hoja, informándoles que según la normativa vigente debían transcurrir tres meses para poder gozar de la cobertura.

Sostienen que, de tal modo, en el mes de agosto de 2018 fueron citados a la misma delegación de la accionada a fin de formalizar la afiliación y hacerles entrega de los carnets, para poder recién a partir de ese momento hacer uso de los servicios. Agregan que en el mes de julio de 2017 la accionante M.S.B. sufrió una intervención quirúrgica por un embarazo ectópico con extirpación de la trompa de Falopio derecha, pero que nada sabían acerca de una baja probabilidad de lograr un embarazo de forma natural. Que luego de ello, y ante una larga búsqueda de paternidad, solicitaron una consulta ante "P", donde les diagnosticaran infertilidad, razón por la cual comenzarán con la realización de una batería de estudios médicos ante la posibilidad de efectuar un tratamiento reproductivo. Aducen que el 14 de enero de 2019 presentaron ante la demandada una solicitud de autorización para un tratamiento de fertilidad de alta complejidad (F), que transcurrieron varias semanas sin que obtuvieran respuesta, y que ante los llamados telefónicos realizados a los efectos de averiguar sobre el resultado de autorización sólo recibieron evasivas, hasta que el 12 de marzo de 2019 recibieron la carta documento que transcriben, mediante la cual la accionada los notificara de la resolución del contrato de afiliación por haber omitido declarar los antecedentes médicos de M.S.B. Tal respuesta generó el intercambio postal que también se transcribe en la demanda, y que en apretada síntesis, alude a la supuesta falsedad existente en el formulario de declaración jurada de enfermedades preexistentes suscripto en fecha 11 de mayo de 2018. En lo que aquí interesa, la accionada adujo allí, entre otras consideraciones, que "...Le recordamos que usted respondió con un NO de puño y letra, y con total libertad, a las 18 (dieciocho) preguntas consignadas en la Declaración Jurada de Salud que completó y suscribió el día 11 de mayo de 2018, específicamente las preguntas 11 y 18 del formulario de la Declaración Jurada de Salud (en adelante

denominada "DJS"). Dicha pregunta refiere lo siguiente: Nº 11- Presenta o presentó alguna infección ginecológica, obstétrica o mamaria? Nº 18- Tiene pendientes internaciones programadas, operaciones programadas o estudios programados que deberán ser realizados dentro de los próximos 7 meses? Reitero, usted respondió con un NO, omitiendo de esta forma deliberadamente declarar antecedentes de salud que presentaba su cónyuge, el cual se evidencia en la prueba documental con que cuenta mi mandante, específicamente resúmenes de historia clínica suscripto por profesionales idóneos, de los cuales surge claramente que la Sra. [...] tuvo dos embarazos ectópicos uno hace 11 años y otro en el mes de julio de 2017. Continúan relatando los actores que, en función de todo ello, la accionada los hace responsables de una omisión dolosa que es totalmente falsa, actuando fuera de los marcos legales al tomar la drástica decisión de rescindir el contrato de afiliación, dejándolos consecuentemente a la deriva. Aluden a la existencia de una relación de consumo, y hacen otras consideraciones con relación al contrato - tales como el principio de buena fé- que también son tenidas en cuenta. Refieren que la señora M.S.B. jamás padeció una infección ginecológica, lo que ha sufrido fueron dos embarazos ectópicos, uno hace once años y otro en julio de 2017, este último llevando a la interrupción de la gestación. Explican el significado de un 'embarazo ectópico' y se interrogan acerca de si la accionada puede llamar 'infección' a un embarazo de esas características, destacando que es muy común en las mujeres padecer ese tipo de cuadro (embarazo fuera de lugar), pero que ello no implica que las mismas sean consideradas enfermas o con infecciones ginecológicas, ya que luego de haber padecido una pérdida de un embarazo de tales características la gran mayoría puede concebir naturalmente. Señalan que tampoco tenían programadas intervenciones, operaciones o estudios médicos, por lo

que entienden que la referencia a ellos para justificar la rescisión del contrato resulta un ejercicio abusivo de la accionada. Denuncian la violación de diversas normas contenidas en convenciones y tratados internacionales, como así también de la Constitución Nacional. Solicitan se dicte medida cautelar ordenando a la accionada incorporarlos nuevamente como afiliados, brindándoles las prestaciones necesarias en materia de salud y salud reproductiva. Fundan en derecho, ofrecen prueba, citan jurisprudencia y solicitan se admita la medida cautelar requerida. Que el Sr. juez de la anterior instancia desestimó 'in limine' la acción intentada. Para así decidir, sostuvo medularmente que la acción elegida por los actores constituye un remedio de carácter excepcional y urgente, siendo que su viabilidad requiere no sólo la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, sino también que la conducta achacada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías. En tal entendimiento, expresó que "La cuestión vinculada con el objeto, y los antecedentes volcados en la pieza liminar, muestra un debate que, tanto de los términos de la misma y de cuanto más valoro, se ubica en el análisis de los efectos de una situación de revista de la celebración de un contrato, en donde lo que parece discutirse, más que el derecho a la salud, es el contenido de la solicitud de afiliación..." concluyendo por ello que "...la ausencia de una conducta que se dice arbitraria o irrazonable cuanto manifiesta que, además, encuentra vías regulares de composición en el sistema adjetivo conforma un conjunto que basta para enervar la acción intentada, pues la trama versa, precisamente, en la génesis de un contrato y en las vicisitudes propias, no siendo ésta, reitero, la vía apta para dilucidarlas, advirtiendo que el caso queda notoriamente fuera de ese singular bisel en la forma en que fuera planteado". Contra esa decisión se alzaron los recurrentes,

alegando una incorrecta interpretación de la génesis que motivara la acción planteada. Se agravian de la decisión adoptada en la instancia de grado, manteniendo en lo sustancial los fundamentos que esbozaran al momento de interponer la demanda. Oído que fuera el Sr. Fiscal General Adjunto Departamental, las actuaciones se encuentran en condiciones de ser resueltas. 2º) Que, corresponde inicialmente recordar que la vida es el primer derecho de la persona humana reconocido y protegido por la Constitución Nacional y que, en tanto eje y centro de todo sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental. Los tratados internacionales con jerarquía constitucional contienen cláusulas específicas que resguardan la vida y la salud, según surge del art. VII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, del art. 25, inc. 2º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de los arts. 4º, inc. 1º y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, del art. 24, inc. 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del art., inc. 3º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Que, en correlato con ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado que la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla con acciones positivas (CSJN, Fallos: 310:112; 312:1953; 320:1294; 321:1684; 323:1339, 3229; 324:3569 y 326:4931). En este sentido, ha reconocido el carácter fundamental del derecho a la salud, íntimamente relacionado con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552; 333:690, entre otros) y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva. (CSJN, autos: "Y., M.V y otro c/IOSE s/amparo de salud", sent. 14/08/2018) 3º) Que sentado lo dicho, el Tribunal entiende que la solución propiciada en la instancia de grado no concilia de modo adecuado los delicados intereses en disputa, en tanto que -a nuestro modo de ver-



cualquiera sea la interpretación que se efectúe respecto del alcance de las cláusulas contractuales que vinculara a las partes, jamás puede esa elaboración jurídica menoscabar o prevalecer sobre el derecho que en definitiva se procura tutelar por esta vía. En efecto, se aprecia de lo sustancial del reclamo que los actores demandan el cumplimiento de las obligaciones contraídas por la accionada al momento de aceptar sus afiliaciones; exigiendo las prestaciones médicas que les fueran negadas pretéritamente por aquélla, al haber rescindido unilateralmente el contrato que los uniera. Que, no corresponde obviar aquí, que la cuestión que subyace a la controversia contractual radica en el tratamiento de fertilización asistida (F) cuya autorización por la demandada requirieran los actores, tratamiento que quedara trunco debido a la decisión de rescisión contractual adoptada por quien estaba hasta ese momento legalmente obligada a dispensarlo. Que, de tal forma, es claro que la prestadora omitió deliberadamente expedirse sobre la autorización solicitada, optando por la previa desvinculación contractual antes aludida. Que, en ese contexto fáctico, considera este Tribunal que la admisibilidad de la acción promovida luce sumamente atendible, en tanto que obligar a los amparistas -quienes cuentan con 37 años de edad al momento de este pronunciamiento- a discutir en un proceso pleno los términos de la obligación contractual para recién luego decidir respecto del tratamiento de fertilización de alta complejidad recomendado por la médica especialista que los tratara implicaría, en los hechos y por una cuestión básica de edad reproductiva, conculcar definitivamente su derecho a la procreación; lo que resulta claramente intolerable. (art. 43, Constitución Nacional; art. 20 inc. 2º, Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 8º, ley 13.928 [t.o. según ley 14.192]). Que, en similar sentido se ha expedido nuestro máximo Tribunal, al sostener que "...los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de



pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuenten con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si el reclamo de la actora tuviese que aguardar al inicio de un nuevo proceso [...] y en ese lapso quedaren desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere" (CSJN; Fallos: 324:122; 327:2127 y 329:2552). 4º) Que seguidamente, se debe tener en cuenta que la naturaleza de las medidas precautorias no exige a los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, y que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad (cfr. CSJN, Fallos: 306:2060; entre muchos otros). En este orden de ideas, la verosimilitud del derecho se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite. (cfr. Fenochietto-Arazi, "Código Procesal comentado", tomo 1, pág. 742) Se debe destacar, en este contexto, que el marco regulatorio de las empresas de medicina prepaga se encuentra establecido en la ley 26.682 (promulgada el 16 de mayo de 2011), cuyo artículo décimo expresamente dispone que "...Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión...". Asimismo, también se debe poner de manifiesto que el art. 14 -al referirse a la cobertura del grupo familiar- prescribe que "...Las prestaciones no serán limitadas en ningún caso por enfermedades preexistentes ni por períodos de carencia ni pueden dar lugar a cuotas diferenciadas". La norma es de orden público, y siguiendo el mismo criterio de la ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240), también establece que "...los usuarios tienen derecho, en

caso de duda, a recibir las prestaciones de emergencia, correspondiendo en forma posterior resolver si se encuentran cubiertas por el plan contratado..." (arts. 26 y 28, ley 26.682) Siguiendo la misma línea, el decreto reglamentario de dicha normativa (1993/2011) también dispone que "...Para que la entidad pueda resolver con justa causa el contrato celebrado, deberá acreditarse que el usuario no obró de buena fe en los términos del artículo 1198 del Código Civil". Por otra parte, y con arreglo a lo establecido en su primer artículo, la ley 26.862 tiene por objeto "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida". A tal efecto, según el art. 2 de la norma, "se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones ...". La ley pone a cargo de un vasto número de agentes de salud que brindan a sus afiliados servicios médicoasistenciales, independientemente de la figura jurídica que posean "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..." e incluye "en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, 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" Que de todo ello se deduce, por un lado, que la resolución contractual por parte de los prestadores - derivada de una supuesta falsedad en la declaración jurada de enfermedades preexistentes- debe ser acreditada por parte de quien alega tal circunstancia, y por otro, el amplio alcance que el legislador ha querido otorgar a la cobertura de las prestaciones que aseguren el pleno ejercicio del derecho a la salud reproductiva, derecho que -como afirmáramos en párrafos precedentes- se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida. Que debe considerarse, además, que de conformidad con lo previsto por la ley de defensa del consumidor -también de orden público y aplicable a la especie- en caso de duda sobre la interpretación de los principios que la misma establece prevalecerá la más favorable al consumidor; pauta legal que efectivamente utilizamos para arribar a la conclusión indicada en el párrafo precedente. (arts. 3 y 65 ley 24.240) No obstante que lo dicho hasta aquí resulta suficiente para decidir en el sentido en el que se lo hará, no puede el Tribunal dejar de señalar que los términos de la respuesta oportunamente brindada por la accionada a los recurrentes importaría 'prima facie' un acto de discriminación hacia la mujer, en los términos de las leyes que sobre la materia aprobara el Estado Argentino, en tanto no se explica en las misivas cursadas de qué modo los antecedentes médicos de la Sra. M.S.B. (embarazos ectópicos de los años 2008 y 2017) podrían llegar a ser considerados como "enfermedad" o importar de alguna manera una "infección ginecológica, obstétrica o mamaria" que, de ser conocidos con antelación, eventualmente hubiesen impedido su afiliación. Avalar tesis semejante, nos conduciría implícita y erróneamente a concluir que cualquier trastorno o complicación médica del embarazo pudiera ser considerado "enfermedad" preexistente, y que por ello las mujeres

que los hubiesen padecido no podrían en el futuro ser beneficiarias de una cobertura de salud; lo que resulta claramente un despropósito contrario a la ley. (Cfr. arts. 1, 11 y cdtes., Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, art. 75 inc. 22, Constitución Nacional; arts. 1/7, 16 y cdtes., ley 26.485) Que, de tal modo, y sobre la base de dicha plataforma jurídica, considera el Tribunal que aún en este estado liminar del proceso tanto la verosimilitud del derecho como el peligro en la demora -este último en función de la edad de los amparistas- se hallan sumariamente acreditados, razón por la cual, hasta tanto obre en autos sentencia definitiva y previa caución juratoria que deberán prestar en la instancia de grado, corresponde atender la medida cautelar solicitada disponiendo, por ende, el restablecimiento del vínculo contractual que los uniera a la accionada y, en su consecuencia, la obligación de aquélla de brindar la cobertura integral de salud requerida, la que naturalmente incluye el tratamiento de fertilización de alta complejidad recomendado por el médico tratante. (vr. Certificado de fs. 9; art. 9, ley 13.928; arts. 199, 232 y cdtos. del CPCC.) POR ELLO: el Tribunal, RESUELVE: 1.- Revocar el pronunciamiento de fs. 31/32 en cuanto fuera motivo de agravio, declarándose la admisibilidad de la acción. (art. 43, Constitución Nacional; art. 20 inc. 2º, Constitución de la Provincia de Buenos Aires; art. 8º, ley 13.928 [t.o. según ley 14.192]) 2.- Admitir la medida cautelar solicitada hasta tanto obre en autos sentencia definitiva, disponiéndose por ende el restablecimiento del vínculo contractual que uniera a los actores con la accionada y, en su consecuencia, la obligación de aquélla de brindar la cobertura integral de salud requerida, la que naturalmente incluye el tratamiento de fertilización de alta complejidad recomendado por el médico tratante. A tales efectos, líbrese en la instancia de grado la documentación pertinente, previa caución juratoria de los actores. (vr.

Certificado de fs. 9; art. 9, ley 13.928; arts. 199, 232 y cdt. del C.P.C.C.) 3.- Imponer las costas en el orden causado, atento no haber mediado sustanciación. (art. 68 del CPCC). REGISTRESE. NOTIFIQUESE ELECTRONICAMENTE. Pasen a la Fiscalía de Cámaras Departamental, cumplido, devuélvanse al juzgado de origen. JAVIER ALEJANDRO RODIÑO CARLOS RICARDO IGOLDI JUEZ DE CÁMARA JUEZ DE CÁMARA GERMAN PEDRO DE CESARE SECRETARIO