



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

**CAUSA N° 7468/2015/CA2: “OSDE c/ Superintendencia de Servicios de Salud y otro s/ Proceso de Conocimiento”.**

En Buenos Aires, a 4 de febrero de 2020, reunidos en Acuerdo los señores jueces de la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, a los efectos de conocer el recurso interpuesto, en los autos caratulados “**OSDE c/ Superintendencia de Servicios de Salud y otro s/ Proceso de Conocimiento**”, el Tribunal estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El señor juez de Cámara Jorge Eduardo Morán dijo:

1º) Que, por sentencia de fs. 399/404, el señor juez de la anterior instancia rechazó la demanda tendiente a que se declarara la nulidad de: i) la disposición 508/14 y resolución 1733/14 de la Superintendencia de Servicios de Salud y ii) de la resolución 981/15 del Ministerio de Salud de la Nación.

Impuso las costas a la actora vencida.

Para así decidir, relató, en primer lugar, que el origen de la demanda tenía como antecedente un reclamo presentado ante la Superintendencia de Servicios de Salud por el que una afiliada de la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) solicitaba que se intimase a esta empresa a cubrir el 100% del tratamiento de fertilización médicamente asistida de alta complejidad, mediante “ICSI” con columnas de anexina y criopreservación de gametos, que había sido prescripta por su médico tratante.

Señaló que, mediante la disposición 508/14, el Gerente de Atención y Servicios al Usuario de Sistema de Salud, de la Superintendencia de Servicios de Salud, intimó a la actora a abonar el 100% del tratamiento teniendo en cuenta que:

i) la cobertura del tratamiento de fertilización médicamente asistida es de carácter obligatorio, de baja o alta complejidad,



sea necesario o no la donación de gametos, y de la criopreservación de óvulos;

ii) la ley 26.862 garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida, e incluye técnicas de diagnóstico, dentro de las prácticas que deben ser cubiertas por los Agentes del Seguro de Salud y las Entidades de Medicina Prepaga;

iii) la falta de reglamentación o adecuación del Programa Médico Obligatorio (PMO) no es obstáculo para incumplir con este derecho que encuentra protección en la Constitución Nacional y

v) que para su efectiva prestación se autorizó, a través de la resolución MS 185/14, un aumento del 5,5% del valor de las cuotas mensuales que los usuarios abonan a las entidades de medicina prepaga.

Dicha medida provocó que la accionante interpusiera recurso de reconsideración con apelación en subsidio, que fue rechazado por la resolución SSS 1733/14 y, posteriormente, por la resolución MS 981/14.

Sobre la base reseñada, el *a quo* sostuvo que no bastaba, para desvirtuar las conclusiones expuestas por el Estado Nacional en sede administrativa, las afirmaciones efectuadas por la actora relativas a que los actos administrativos no encontraban sustento en los hechos y el derecho aplicable. Máxime, teniendo en cuenta la presunción de legitimidad con la que gozan las manifestaciones de voluntad de la Administración.

Refirió que para lograr un pronunciamiento favorable resultaba esencial desvirtuar la validez de los actos impugnados alegando y probando su nulidad.

Aclaró que, a los efectos de fundamentar su pretensión, la actora se limitó a reiterar los argumentos invocados en sede administrativa y expresar alegaciones genéricas respecto a la supuesta invalidez de dicho acto, pero sin explicar en forma concreta y





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

**CAUSA N° 7468/2015/CA2: “OSDE c/ Superintendencia de Servicios de Salud y otro s/ Proceso de Conocimiento”.**

circunstanciada ni acreditar con el rigor necesario, cuáles serían sus defectos.

Asimismo, recordó que, tal como lo estableció el Máximo Tribunal en numerosos precedentes, las exigencias derivadas del art. 377 CPCC deben ser armonizadas con la presunción de legitimidad con el fin de que el Estado no termine obligado a demostrar, en cada caso, la veracidad de los hechos en los que apoye sus decisiones, cuando, por el contrario, es el interesado el que debe alegar y probar su nulidad en juicio (cfr. Fallos 218:312, entre muchos otros).

Finalmente, concluyó que *“el actor no planteó en momento alguno en sede judicial los concretos argumentos jurídicos o medidas de prueba que podrían haber llevado al Estado Nacional – Ministerio de Salud a variar el criterio que interpretó que correspondía rechazar el recurso de alzada”*.

2º) Que, contra ese pronunciamiento, OSDE interpuso recurso de apelación a fs. 405, que fue libremente concedido a fs. 406. A fs. 414/419vta. expresó sus agravios, que fueron replicados por su contraria a fs. 421/433.

3º) Que, en sustancial síntesis, la actora se agravia de dos cuestiones centrales: i) que no se encuentra obligada a brindar una técnica de fertilización asistida que no ha sido aprobada por la Autoridad de Aplicación ii) ni a prestar ese servicio por medio un prestador ajeno a la obra social, más aún cuando *“cuenta con prestadores propios para brindar la cobertura”*.

Con relación al primero de los argumentos, aduce que no objeta prestarle el servicio de fertilización asistida a sus afiliados, sino que discute la técnica de “columnas de anexina”, dado que, para que sea obligatoria su prestación, aquella debe estar previamente contemplada en el Plan Médico Obligatorio, conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable. En ese sentido, considera que la posibilidad de incluir en la nómina de prestaciones nuevos procedimientos y técnicas



desarrolladas mediante avances técnico-científicos con el fin de posibilitar la concepción, es viable, únicamente, cuando son autorizadas por la Autoridad de Aplicación, conforme lo establece el art. 2 del dto. reglamentario 956/13. Por ello, afirma que “*la incorporación de nuevas técnicas, no resulta ser meramente enunciativa, sino que deben ser incorporadas en forma taxativa*”.

Añade, que en el precedente “*L. E. H. y otro c/ OSEP s/ Amparo*” (Fallos: 338:779), la Corte Suprema de Justicia de la Nación manifestó que es “*inadmisible que sean los jueces o tribunales (...) quienes determinen la incorporación al catálogo de procedimientos y técnicas de reproducción humana autorizados una práctica médica cuya ejecución ha sido resistida*”. Sobre este punto, alega que al comprender dentro de “*otros métodos*” a las “*columnas de anexina*” el *a quo* soslayó el criterio jurisprudencial del Máximo Tribunal.

Asimismo, sostiene que, según diversos estudios médico-científicos, no existe evidencia sobre el beneficio del uso de esta técnica de reproducción asistida, todo lo cual evidencia la nulidad de los actos administrativos impugnados.

En lo atinente al segundo planteo, se agravia que no existe norma alguna que obligue a OSDE a brindar el tratamiento en un centro que no está incluido dentro de su nómina de prestadores.

Arguye que los actos impugnados ponen en crisis lo establecido en el Anexo II del PMO, en lo atinente a que los Agentes del Seguro de Salud deben garantizar los servicios a través de prestadores propios o contratados, teniendo en cuenta la cobertura y el acceso a todas las prestaciones incluidas en el catálogo.

Aduce que cuenta con prestadores “*propios y/o contratados*” llamados GENS y Procearte, que brindan los servicios que la afiliada requería, y que en ningún momento se fundamentó la razón por la cual aquélla no estaba en condiciones de realizar los tratamientos en estos establecimientos.

Por último, manifiesta que, en su carácter de obra social, sus ganancias son reinvertidas en prestaciones de salud, por lo





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

**CAUSA N° 7468/2015/CA2: “OSDE c/ Superintendencia de Servicios de Salud y otro s/ Proceso de Conocimiento”.**

que las pérdidas –como la que le provocaría una sentencia desfavorable– deben ser afrontadas por el resto de los afiliados.

3º) Que, de manera preliminar, cabe señalar que la demanda tiene como antecedente el reclamo que la señora L. G. presentó ante la Superintendencia de Servicios de Salud, del Ministerio de Salud, por el cual solicitó que intimara a OSDE a que cubriese el tratamiento “columna de anexina”, el 100% de la medicación y la criopreservación de gametos, que la Obra Social se negaba a cumplir (fs. 2/45 del expte. adm. SSS 244319/13).

4º) Que, en lo atinente al tratamiento “columna de anexina”, es menester recordar que por ley 26.862, relativa al Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Medicamente Asistida, se garantizó el acceso integral a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo, quedando comprendidas las técnicas de baja y de alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones. Además, se previó la posibilidad de incorporar nuevos procedimientos y técnicas desarrolladas mediante avances técnico-científicos, cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación (art. 2 de la ley citada, el subrayado me pertenece), designándose como tal al Ministerio de Salud de la Nación (art. 3 de la ley citada).

A tal efecto, se estableció que *“El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, 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. Quedan incluidos 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” (art. 8 de la ley cit.).*

Por su parte, el decreto 956/13, que reglamentó la ley 26.862, en su Anexo I, previó “Cobertura (...) El sistema de Salud Público cubrirá a todo argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente, y que no posea otra cobertura” (art. 8 del dto. cit.).

Por último, por medio de la resolución MS 1–E/17 (publicada en el Boletín Oficial el 04/01/17) se incorporaron en su Anexo III procedimientos médicos y etapas complementarias de otros procedimientos tales como: “la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de gametos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos; aquellos relativos al abordaje interdisciplinario previsto en el art. 8º de la ley 26.862; y todo otro procedimiento o técnica a incluirse como **TRATAMIENTO DE REPRODUCCION MEDICAMENTE ASISTIDA CON TECNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA DE ALTA COMPLEJIDAD**” (art. 3). En lo que aquí interesa, en el anexo mencionado se agregaron los siguientes tratamientos “Procesamiento de espermatozoides 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





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

**CAUSA N° 7468/2015/CA2: “OSDE c/ Superintendencia de Servicios de Salud y otro s/ Proceso de Conocimiento”.**

*semen y separación de los mejores espermatozoides”* (punto iii de la res. cit.).

5º) Que, la Corte Suprema de Justicia de la Nación manifestó que el derecho a la salud reproductiva está íntimamente vinculado al derecho a la salud y a la vida, siendo la norma transcrita lo suficientemente amplia como para asegurar la cobertura de las prestaciones que aseguren el pleno ejercicio de estos derechos (Fallos 329:2552; 333:690; 338:779; 341:929, entre otros). Empero, de conformidad con nuestro ordenamiento descripto, se establece un límite con relación a aquellos procedimientos o técnicas no especificados en el propio texto normativo o con aquellos que no hubieran sido aprobados por la autoridad de aplicación (art. 2º, último párrafo de la ley 26.862 y Fallos 338:779 y 341:929).

6º) Que, en un caso sustancialmente análogo, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, afirmó que “las columnas de anexina” es una técnica que permite separar los espermatozoides vivos de aquellos otros que están muertos o son considerados de baja calidad por tener su ADN muy fragmentado, lo que afecta negativamente a su movilidad. Agrega que parece ser un método seguro y eficiente para seleccionar espermatozoides funcionales con resultados consistentes buenos que pueden mejorar la tasa de embarazo cuando se utiliza para complementar los métodos estándar de selección de espermatozoides (cfr. expte. n° 4243/2016, “M.Y.S y otro c/ Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación s/Amparo de salud”, sentencia del 21 de febrero de 2017 y sus citas <http://reproducciónasistida.sanitas.es/z/tecnicas-seleccion-espermatologica> y Mónica Gil, Valerie Sar-Shalom, Yosid Meléndez Sivira, Ramón Carreras y Miguel Ángel Checa Sperm, Selection using magnetic activated cell sorting (MACS) in assisted reproduction: A Systematic Review and Meta-Analysis”, pub. en Journal of Assisted Reproduction and Genetics, 2013 Apr; 30 (4): 479 - 485. Publicado en línea Marzo 2013 7. doi:



10.1007/s10815-013-99628;

<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3644127/>).

7º) Que, no puede soslayarse que en el expediente administrativo 244319/13, es la Autoridad de Aplicación, quien a través del Informe 1289/13, comunicó a OSDE *“En cuanto a las columnas de anexina, más allá de lo opinado por la Auditoría Médica de la O.S. de la referencia, esta práctica es una indicación médica, que además se halla cubierta por la Ley en vigencia, por lo que debe cubrirse”* (fs. 51 del expte. adm. cit.).

En esta misma línea, cabe destacar que conforme a lo previsto por la norma en cuestión, el legislador le confirió al Ministerio de Salud la responsabilidad de autorizar los nuevos procedimientos y técnicas reproductivas que sean producto de los avances tecnológicos y que, por ende, no han sido definidos en la ley. Ello reconoce su fundamento en la especificidad de las facultades, competencias, técnicas y responsabilidades en materia de salud que despliega la cartera ministerial mencionada de las que carecen, en principio, las estructuras correspondientes a otros departamentos del Estado, entre ellas las del Poder Judicial (Fallos: 341:929).

En ese contexto, no puede obviarse que el avance normativo va por detrás del tecnológico y para lograr los fines relativos a la integralidad de los procedimientos de reproducción asistida y así dar una adecuada protección al derecho de salud, la norma estableció que la autoridad especializada en la materia sea quien reconozca la procedencia de los tratamientos que deben ser cubiertos por los agentes que brinden servicios médico-asistenciales. Máxime, en una cuestión tan delicada como lo es la reproducción médicamente asistida en la que una solución a una determinada dificultad no puede quedar dilatada en el tiempo.

Por otro lado, resulta inconducente para no brindar el tratamiento en cuestión, la única prueba documental producida por la actora relativa a una copia de un estudio de “Fragmentación de ADN







Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

**CAUSA N° 7468/2015/CA2: “OSDE c/ Superintendencia de Servicios de Salud y otro s/ Proceso de Conocimiento”.**

en espermatozoides y uso de columnas de anexina en tratamientos de reproducción asistida” del Instituto de Efectividad Clínica Sanitaria.

Por ello, teniendo en cuenta los lineamientos trazados en la ley 26.862, lo informado por la Autoridad de Aplicación, respecto a que la obra social debe cubrir el tratamiento “columna de anexina”, y que no constan ningún elemento probatorio que permita desvirtuar lo manifestado por la Administración, corresponde rechazar el planteo vinculado a la no cobertura del procedimiento en cuestión.

8º) Que, con relación al agravio respecto a que el prestador –Fertilab– resulta ser ajeno a la obra social, cabe señalar que en el expediente administrativo SSS 244319/13, citado anteriormente, consta una carta documento por la que OSDE responde el reclamo de la señora G. y le comunica que para realizar el tratamiento de reproducción medicamente asistida, aquella *“podrá acceder a los prestadores contratados por OSDE a tal fin (...) la reclamante podrá acceder a la cobertura prevista en las normas citadas a través de los prestadores Gens, Fertilab u Htal. De Clínicas Gral. San Martín, debiendo acercarse a cualquiera de nuestros Centros de Atención Personalizada a fin de gestionar las autorizaciones correspondientes”* (fs. 46 del expte. adm. cit.).

Posteriormente de que se notificara la disposición 508/14 –por medio de la cual se intimó a la empresa a brindar la cobertura total del tratamiento de fertilización medicamente asistida (fs. 71/74 del expte. adm. cit.)– la actora interpuso recurso de reconsideración con apelación en subsidio, manifestando que no existía ningún establecimiento que estuviese inscripto ante el ReFES (Registro Federal de Establecimientos de Salud de la Dirección Nacional de Regulación Sanitaria y Calidad en Servicios de Salud) como banco de gametos, razón por la cual, según la ley y normativa aplicables, no podía brindar dicha cobertura (fs. 81/84 del expte. adm. cit.).

Seguidamente, por medio de las resolución SSS 1733/14, se confirmó la disposición precedente y, en lo que a este punto interesa, señaló *“Que de la consulta efectuada de datos de*



*Establecimientos de Salud, surge que el establecimiento elegido por los beneficiarios, Fertilab, se encuentra inscripto en el Registro Federal de Establecimientos de Salud, con el fin de realizar tratamientos de fertilización medicamente asistida, incluso con ovodonación, para los cuales sólo basta su autorización para llevarlos a cabo” (fs. 97, último párrafo, del expte. adm. cit.).*

Por su parte, en la demanda presentada ante esta instancia judicial, OSDE reiteró que no existía ninguna institución inscripta en el banco de gametos del ReFES y, agregó, que no podía obligársele a cubrir un tratamiento en una institución con la cual no tiene convenio o es ajena a la obra social (v. ptos. IV.1 y IV.2 de fs. 207vta./211).

Por último, ante esta alzada, la accionante reiteró su negativa de brindar el servicio por medio un prestador ajeno a la institución, más aun contando con prestadores “*propios y/o contratados*”, llamados GENS y Procearte (pto. IV.2 de fs. 417vta./418).

Sobre esa base, de la transcripción de los hechos realizada anteriormente se advierte que la conducta de la parte es contradictoria, dado que, en un primer momento, sugirió a su afilada la opción de realizar el tratamiento en Fertilab, posteriormente, sostuvo que no había ninguna institución apta para llevarlo a cabo y, finalmente –ante esta alzada– propuso cumplir el procedimiento en establecimientos que no habían sido puestos en consideración anteriormente.

En virtud de ello, teniendo en cuenta que fue la actora quien propuso realizar el tratamiento en la institución Fertilab y que no se vislumbra afectación a derecho o violación a precepto legal alguno, corresponde también desestimar el agravio tratado en este punto.

9º) Que, respecto a las costas, no encontrándose circunstancias excepcionales que justifiquen apartarse del principio objetivo de la derrota, corresponde imponerlas a la actora vencida (art. 68, primera parte, del CPCCN).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV

**CAUSA N° 7468/2015/CA2: “OSDE c/ Superintendencia de Servicios de Salud y otro s/ Proceso de Conocimiento”.**

Por tales motivos, **VOTO** por: Rechazar el recurso intentado por la actora, con costas (art. 68, primer párrafo, del CPCCN).

Los señores jueces de Cámara Marcelo Daniel Duffy y Rogelio W. Vincenti adhieren al voto precedente.

En virtud del resultado que instruye el acuerdo que antecede, el Tribunal **RESUELVE**: rechazar el recurso intentado por la actora, con costas (art. 68, primer párrafo, del CPCCN).

Regístrese, notifíquese y devuélvanse.

MARCELO DANIEL DUFFY

JORGE EDUARDO MORÁN

ROGELIO W. VINCENTI

