Buenos Aires, 1 de agosto de 2024.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Vistos los autos: "P., A. R. y otro c/ Obra Social de Trabajadores, Socios de la Asociación Mutual del Personal Jerárquico de Bancos Oficiales Nacionales y/o la Asociación Mutual del Personal Jerárquico de Bancos Oficiales Nacionales s/ amparo ley 16.986".

Considerando:

Que el Tribunal comparte los fundamentos y conclusiones expuestos en el dictamen del señor Procurador Fiscal, a cuyos términos se remite por razones de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado, se declara procedente el recurso extraordinario promovido por la actora y se deja sin efecto la sentencia recurrida. Con costas. Dado el modo en que se resuelve, no corresponde expedirse sobre la apelación federal deducida por la demandada. Vuelva la causa al tribunal de origen para que se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

Firmado Digitalmente por ROSATTI Horacio Daniel

Firmado Digitalmente por ROSENKRANTZ Carlos Fernando

Firmado Digitalmente por MAQUEDA Juan Carlos

Firmado Digitalmente por LORENZETTI Ricardo Luis

Recursos extraordinarios interpuestos por **la actora, A. R. P. y C. A. P.,** con el patrocinio letrado de los **Dres. Claudio Ezequiel González Viescas y María Eugenia Mendieta; y por la demandada, Asociación Mutual del Personal Jerárquico de Bancos Oficiales Nacionales,** representada por la **Dra. Mariel Viviana Aranda.**

Traslados contestados por: **la demandada, Asociación Mutual del Personal Jerárquico de Bancos Oficiales Nacionales,** representada por la **Dra. Mariel Viviana Aranda; y por la actora, A. R. P. y C. A. P.,** con el patrocinio letrado de los **Dres. Claudio González Viescas y María Eugenia Mendieta.**

Tribunal de origen: **Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala B.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Federal n° 1 de Rosario.**

S u p r e m a C o r t e:

–I–

La Sala B de la Cámara Federal de Rosario confirmó la sentencia de la instancia anterior que hizo lugar parcialmente a la acción de amparo promovida contra la Obra Social de Trabajadores Socios de la Asociación Mutual del Personal Jerárquico de Bancos Oficiales Nacionales y/o la Asociación Mutual de Personal Jerárquico de Bancos Oficiales Nacionales –Jerárquico Salud–. En consecuencia, la condenó a cubrir el 100% del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (FIV-ICSI) requerida por los actores, incluidos estudios y medicación, hasta la consecución del embarazo y rechazó la pretensión de cobertura de transferencia embrionaria en el vientre de la gestante. Aclaró que el límite previsto en el artículo 8 del decreto 956/2013 es de hasta 3 tratamientos anuales conforme el precedente de Fallos: 341:929, "Y., M. V." (fs. 172 de expediente digital al que me referiré).

El vocal Toledo indicó que de las normas que regulan el caso –ley 26.862, de Reproducción Médicamente Asistida, dec. reg. 956/2013 y res. MS 1-E/2017– se desprende que la gestación por sustitución no se encuentra incluida. Explicó que la inclusión en la nómina de prestaciones de nuevos procedimientos y técnicas desarrollados mediante avances técnico-científicos solo es posible cuando sean autorizados por la autoridad de aplicación que es el Ministerio de Salud de la Nación (arts. 2 y 3, ley 26.862; 2, dec. reg. 956/2013; 3, res. MS 1-E/2017; Fallos: 338:779, "L.E.H.").

Concluyó que la negativa de Jerárquico Salud a cubrir la transferencia embrionaria en la persona gestante no es una omisión teñida de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, ya que no existe una norma específica que le imponga tal obligación.

Señaló que el precedente de la Corte Suprema publicado Fallos: 341:929, "Y., M. V." definió que el máximo de tres tratamientos de

fertilización asistida de alta complejidad a que refiere el artículo 8 del decreto reglamentario 956/2103 debe interpretarse como un tope anual.

La jueza Vidal adhirió al voto del doctor Toledo en cuanto al número de tratamientos y disintió en relación a la cobertura de la transferencia de los embriones en el vientre de la gestante, por lo que propuso revocar parcialmente la sentencia de primera instancia. Explicó que con la transferencia de embriones se consideran finalizados los tratamientos de alta complejidad y que la normativa no especifica que deba ser realizada en el útero de la afiliada (anexos I, II y III inc. viii, res. MS 1-E/2017). Añadió que el tratamiento de fertilización asistida es una unidad integral e inescindible y que un alto porcentaje de los procedimientos que lo conforman no se realizan en el cuerpo de los afiliados.

Consideró que la transferencia embrionaria se encuentra incluida en la ley 26.862 y que la figura de la gestación por sustitución, además de no estar prohibida, es uno de los procedimientos previstos por la Organización Mundial de la Salud a los que alude su artículo 8.

Puntualizó que la actora ha dejado expresamente aclarado que solicita la cobertura de la transferencia de los embriones obtenidos como consecuencia de las prácticas médicas realizadas previamente.

El juez Pineda adhirió al primer voto en relación a la confirmación de la sentencia recurrida pero aclaró que a tal fin había valorado que la señora N.P.R, que fue autorizada por el Tribunal Colegiado de Familia n° 2 de Santa Fe para llevar adelante la gestación por sustitución, no reviste la calidad de afiliada a la obra social ni se encuentra vinculada a ella de forma que obligue a la accionada a brindarle una cobertura de salud de ninguna especie.

–II–

Contra ese pronunciamiento, ambas partes dedujeron sendos recursos extraordinarios, que fueron sustanciados y concedidos por el tribunal en tanto se encuentra en debate la interpretación y aplicación de normas federales –

leyes 23.660, 23.661 y 26.862– y denegados por la causal de arbitrariedad de sentencia (fs. 172, 173/183, 184/192, 194/196, 198/201).

–III–

La demandada califica la sentencia de arbitraria porque resuelve de manera *extra petita* y más allá de lo que establece la ley al ordenar una cobertura hasta lograr el embarazo, es decir, como obligación de resultado.

Afirma que el objeto fue delimitado por la parte actora al sostener que para el caso que se requiriese un cuarto tratamiento este debería estar debidamente fundado.

Considera que al caso resulta aplicable la resolución MS 1-E/2017 y que, por lo tanto, solo debe cubrir tres tratamientos de alta complejidad en total. Sostiene que en el fallo "Y. M.V.", citado por la cámara, se explica que dicha resolución no fue invocada por las partes, en razón de la fecha de su emisión, a diferencia de lo que ocurre en este caso. Entiende que dicho fallo contradice la resolución MS 1-E/2017 y lo estipulado por la ley 26.862 en su artículo 3 que establece que la autoridad de aplicación será el Ministerio de Salud de la Nación (en igual sentido arts. 2, 3 y 8, dec. 956/2013).

–IV–

A su turno, la parte actora entiende que la sentencia es arbitraria por autocontradictoria, lo cual afecta el debido proceso y la defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional). Asimismo, sostiene que ninguno de los votos de la sentencia fueron coincidentes.

En cuanto al voto del doctor Toledo señala que reconoce y autoriza la cobertura de la fertilización *in vitro* pero rechaza la cobertura de una etapa del tratamiento –transferencia– con el fundamento de que no está prevista para la gestación por sustitución en el PMO. Con relación al voto del doctor Pineda, explica que rechaza la cobertura de la transferencia con fundamento en la ausencia

de relación jurídica entre la gestante y la demandada, introduciendo cuestiones contractuales no debatidas.

Aduce que la sentencia viola la seguridad jurídica al analizar cuestiones ya resueltas en otras instancias, en la medida que la gestación por sustitución ya había sido autorizada.

Asimismo, considera que existe cuestión federal en tanto la sentencia afecta el derecho a fundar una familia, a procrear, a gozar de los beneficios del progreso científico, el derecho a acceder a las técnicas de reproducción humana asistida –TRHA–, a la autonomía personal y el respeto de la vida privada (arts. 19 y 75 inc. 22, CN; 12 Declaración Universal de los Derechos Humanos; 17, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 17 y 23, PIDCP; 15, PIDESC; 1 y 2, ley 26.862).

Entiende que el voto de la doctora Vidal es el que resuelve correctamente el agravio constitucional planteado ya que la transferencia embrionaria integra el tratamiento de fertilización y es una práctica que debe ser cubierta conforme la ley 26.862 (art. 8) y la resolución MS 1-E/2017 (Anexos I, II y III). Todo ello en virtud de que su pretensión solo comprende la realización de dicha transferencia y no la cobertura del control del embarazo.

–V–

Cabe recordar que lo referente al modo en que emiten sus votos los jueces de los tribunales colegiados y lo atinente a las formalidades de las sentencias son, como regla, materias ajenas al recurso extraordinario federal. No obstante, corresponde hacer excepción a ese principio cuando no existe mayoría de opiniones sustancialmente coincidentes sobre la solución de la cuestión debatida, pues la validez de un fallo depende no solamente de que la mayoría convenga en la parte dispositiva, sino que también exhiba una sustancial coincidencia en los fundamentos (Fallos: 328:4739, “Fontana” y 332:826, “Fisco de la Provincia de

Corrientes", ambos por remisión al respectivo dictamen de esta Procuración General; entre muchos otros).

Asimismo, si bien las decisiones de la Corte Suprema están en principio limitadas a los planteos formulados por los litigantes, resulta insoslayable declarar la inexistencia de aquellas sentencias que carecen de los requisitos indispensables para ser consideradas un acto judicial válido (Fallos: 338:1335, "Bustamante", por remisión al dictamen de esta Procuración General de la Nación; dictamen de esta Procuración General de la Nación en la causa FMP 33889/2017/CS1, "C., J. M. c/ Swiss Medical s/ ley de discapacidad", del 14/7/2021)

Opino que en el caso concurre este supuesto de excepción. En ese marco, cabe precisar que la parte actora solicita el reconocimiento de la práctica de la transferencia embrionaria enumerada en el artículo 2 de la ley 26.862 en tanto el procedimiento en el cuerpo de la gestante ya se encontraba ordenado judicialmente.

Ahora bien, los dos votos que arriban a la conclusión propiciada en la parte resolutiva se fundan en argumentos que no guardan la debida concordancia entre sí. En efecto, mientras el juez Toledo consideró improcedente la cobertura de la transferencia por considerar que la gestación por sustitución no configura una práctica autorizada por la autoridad de aplicación (Ministerio de Salud de la Nación), el magistrado Pineda consideró que debía rechazarse la pretensión ya que la gestante no es afiliada de la obra social demandada. Por su parte, la vocal Vidal votó por la revocación en lo atinente a la transferencia embrionaria a la gestante.

La inconsistencia entre los fundamentos brindados por los tres camaristas impide considerar la sentencia como un acto jurisdiccional en sentido estricto. Ello es así, pues no reúne las formalidades sustanciales para ser considerado válido, lo que importa un quebrantamiento de las normas legales que

determinan el modo en que se deben emitir, con grave menoscabo de los derechos del debido proceso y de defensa en juicio (Fallos: 328:4739 *op. cit.* y su cita).

En ese aspecto, corresponde señalar que las sentencias de los tribunales colegiados no pueden concebirse como una colección o sumatoria de opiniones individuales o aisladas de sus integrantes, sino como el producto de un intercambio racional de ideas (Fallos: 332:826 *op. cit.* y sus citas). Asimismo, todo pronunciamiento constituye una unidad lógico-jurídica, cuya parte dispositiva es la conclusión necesaria del análisis de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en sus fundamentos. En ese orden, no es sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances de la resolución: estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base a la decisión (Fallos: 329:1661, "Crimer", por remisión al dictamen de esta Procuración General y sus citas).

En tales condiciones, estimo que debe dejarse sin efecto la sentencia apelada, en tanto los votos que en apariencia sustentan la decisión no guardan entre sí la concordancia lógica y argumental que requieren los fallos judiciales (Fallos 329:1661 *op. cit.* y sus citas).

–VI–

En función de lo anterior, corresponde dejar sin efecto la sentencia impugnada y restituir las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto.

Buenos Aires, 5 de diciembre de 2022.

ABRAMOVICH COSARIN Victor Ernesto

Firmado digitalmente por ABRAMOVICH COSARIN Victor Ernesto
Fecha: 2022.12.05 13:52:45 -03'00'