

## Accion De Repeticion Salud Reproductiva Dano Moral

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Acción de repetición. Salud reproductiva. Daño moral Se resuelve hacer lugar a la demanda de repetición y condenar a la prepaga por no cumplir con la cobertura pertinente de la Ley 26862, correspondiente a las cuestiones relativas a la fertilización. Rosario, Y VISTOS: Los caratulados "DEL RIO MARIA DE LOS ANGELES C/ SWISS MEDICAL SA S/ ORDINARIO", expte. N° 21-01606160-0, Nro. 850/2014, de los que resultó: A fs. 50/58 se presentó MARIA DE LOS ANGELES DEL RIO (DNI. 25.328.789) con patrocinio, promoviendo demanda ordinaria de cobro de pesos contra SWISS MEDICAL S.A., con domicilio en calle San Lorenzo 1141 de Rosario, persiguiendo el cobro en concepto de reintegro del costo por el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad "ICSI", de treinta y nueve mil cincuenta y dos pesos con veintiséis centavos (\$ 39.052,26).- Fijó su pretensión en la obligación legal de cobertura médica mediante la modalidad de reintegro de todo lo abonado por su parte para la realización de la última intervención de fertilización asistida mediante método "ICSI", efectuada la misma cuando la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/2013 ya habían sido publicados en el Boletín Oficial (23/07/2013), siendo su carácter de orden público y su aplicación obligatoria, que garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción medicamente asistidas. Relató que convive en pareja hace varios años con Ricardo Gabriel Nemirovsky, D.N.I. 12.522.263, con quien proyectaron formar una familia. Que luego de dos años de intentar por medios naturales y ante la visible imposibilidad de lograrlo consultaron a médicos especialistas y se les diagnosticó a ella menarca tardía, infecciones vaginales, antecedentes vasculares maternos y perfiles endocrinos de hipofunción ovulatoria, confirmados por valores límites inferiores de HAM, bloqueo de pasajes tubarios, imágenes intra-uterinas sospechosas. Por su parte a su pareja le diagnosticaron tuberculosis renal, edad cuadro de respuesta inflamatoria reproductiva, epididimitis bilateral que fue tratada con baja respuesta y oligoteratospermia. Que ante ello se concluyó que por tratarse de cuadros mixtos combinados, sin respuesta con tratamientos médicos se indica fertilidad asistida de alta complejidad (ICSI). Así las cosas se sometieron a dos tratamientos del indicado, en los meses de junio de 2012 y diciembre de 2012 y atento a que los mismos no dieron el resultado esperado realizaron un tercer intento a mediados de 2013. En dicha oportunidad solicitaron cobertura a Swiss Medical y le respondieron que no estaba comprendido en el contrato. Que debido a la premura de su situación decidieron practicarse el tercer tratamiento por el método ICSI en agosto de 2013, cuyo costo desembolsaron en fecha 21 de agosto de 2013, con más los gastos de farmacia y demás conceptos. En fecha 20 de septiembre de 2013 se solicitó en forma administrativa el reintegro mediante nota dirigida a la demandada, a la cual se adjuntó documental médica respaldatoria y comprobantes de pago de gastos. Tuvieron respuesta mediante C. 403274605 negando su obligación en virtud de lo prescripto por el art. 10 de la ley 26.862 por cuanto la provincia de Santa Fe no dio cumplimiento a lo dispuesto por dicha norma. En dicho momento, tuvieron noticias de que el tratamiento dio resultados positivos, lo que la obligó a realizar reposo absoluto, genrándole la negativa de su obra social intranquilidad debido a la necesidad de contar con dicho dinero, lo que afectaba su espiritualidad y su estado anímico. Todo ello sumado a un accidente cerebro vascular que sufre su pareja en el mes de octubre de ese año. Agregó respecto a su diagnóstico médico que el mismo refiere a una esterilidad primaria de dos años de evolución, diagnóstico de factor tubario, ovulatorio y masculino, debiéndose realizar un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad. Que la premura se basó a que su salud reproductiva se iba desmejorando rápidamente. Reclamó los siguientes rubros: Tratamiento FAAC 21/08/2013 por \$.27.375.-, Criop. De PRE-EMB. UNI 26/08/2013 por \$.4.477.-, Gastos de farmacia por \$.7.200,26.-. También reclamó daño moral y daño punitivo. Fundó el daño moral en el rechazo de la cobertura, que generó angustia desde el primer momento, agravándose ante la negativa de la demandada aún en mediación extrajudicial en ocasión de estar haciendo reposo absoluto pero obligada por su situación personal ya que su pareja sufrió una hemiplejía a partir de un accidente cerebro vascular en el mes de octubre de 2013. Deja a criterio del suscripto la estimación del mismo. Respecto al daño punitivo solicitó la aplicación de la ley de Defensa del Consumidor Nro. 24.240 que en su art. 52 bis regula dicho instituto y requirió la aplicación de una multa civil a favor del consumidor que sea de una cuantía pecuniaria que resulte disuasiva para el demandado. Fundó su derecho a la salud reproductiva como garantía constitucional y convencional, en la ley 26.682 reguladora de medicina prepaga, Ley 26.862 de reproducción medicamente asistida y su decreto reglamentario 956/13, destacando que es la primer cobertura que reclama, que el tratamiento de alta complejidad fue el aconsejando por los profesionales que la asistieron, conforme la historia clínica que se acompaña y que PROAR - el centro de asistencia médica donde se realizó la práctica - se encuentra habilitada para realizar procedimientos y técnicas de reproducción medicamente asistida por la autoridad de aplicación "Registro Federal de Establecimientos de Salud" (ReFES). Sostuvo que se trata de un derecho operativo, destacando la recepción constitucional y en

Tratados Internacionales de los derechos que la respaldan. Que asimismo resulta de aplicación la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y sus modificaciones, en virtud de ser la relación contractual que la une a la demandada un contrato de consumo. Acompañó documental. Dictado el primer decreto de trámite, y no habiendo comparecido el demandado, a fs. 64 se decretó su rebeldía, la que cesó por su comparendo obrante mediante apoderado (fs.68). Corrido traslado de demanda, a fs. 86/96 el demandado contestó el mismo. Solicitó el rechazo de la demanda con expresa imposición de costas. Negó en forma general los dichos y hechos invocados por la actora. Manifestó que el reclamo deviene improcedente por falta de requisitos propios del instituto de pago por repetición. Adujo en primer lugar que no se ha presentado comprobante alguno que acredite el efectivo pago de lo que se pretende repetir, resultando las facturas inidóneas a tal fin, ya que en ellas no se documenta la recepción de algún valor, sino que sólo se presupuesta un servicio o prestación. En segundo lugar no existe causa para repetir ya que al momento del supuesto pago (año 2013) no existía ninguna ley provincial que cumpliera con lo establecido por el art. 10 de la ley 26.862. Que recién el 19 de septiembre de 2013, a través de la ley 13.357 la provincia de Santa Fe cumplió con la adhesión a la ley 26.862. Que asimismo a la fecha de los pretensos pagos la práctica requerida se encontraba expresamente excluida del Programa Médico Obligatorio y por tanto expresamente excluida del contrato del que la accionante resulta beneficiaria. Destacó que su representada no es obra social sino que es una empresa privada de salud. Sostuvo que a la fecha no existe modificación alguna en ese sentido al PMO, lo que resulta del ?numerus clausus? prestacional que solo puede ser modificado por la vía legislativa y/o reglamentaria, no pudiendo ser extralimitado por vía interpretativa. Calificó como llamativa la actitud asumida por la actora quien contrató con la demandada aún a sabiendas de la exclusión de este tipo de tratamientos cualquiera sea su indicación, consintiendo así la no cobertura de los mismos. Que asimismo la actora ha realizado con anterioridad distintos tratamientos de fertilización, de alta complejidad, a su costa. Por ello - sostuvo - que no puede contradecir sus actos eficaces pretendiendo la cobertura de un tratamiento de fertilización in vitro. Solicitó el rechazo del daño moral invocado por cuanto no hubo en el caso incumplimiento, resultando el mismo improcedente en el caso de autos como así también la aplicación de la sanción dispuesta por el art. 52 bis de la ley 24.240. Sostuvo que por la naturaleza punitiva de las sanciones le es aplicable el principio de irretroactividad de la ley penal. Que el art. 52 bis resulta claramente inconstitucional pues no se respeta ninguno de los principios que dimanen del art. 18 CN, y los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional, al ser de tipo abierto. Por su parte - manifestó - no se advierte en el caso de autos la existencia de elementos sobre los cuales pueda sancionarse a su representada, toda vez que no hubo incumplimiento. Ofreció prueba y hace reserva federal. A fs. 98 la actora manifestó desinterés en la producción de la pericial contable ofrecida por la demandada. Abierta la causa a prueba (fs. 99), a fs. 104/105 ofrece la actora. Proveídas (fs. 109) y producidas las mismas conforme constancias de autos, a fs. 147 se clausura el período de prueba, alegando la parte actora a fs. 148 que se agrega en este acto y la demandada a fs. 150/155. Dictado el decreto de autos (fs. 157) y firme el mismo (fs. 157/158), cumplimentado con el art. 52 de la ley 24.240 con la vista fiscal de fs. 162, quedan los presentes en estado de ser resueltos. Y CONSIDERANDO: Que, cabe recordar que conforme el art. 243 del CPCC., "Los hechos constitutivos de la litis son los que proceden jurídicamente de la demanda y su contestación y de las peticiones formuladas en ellas sea cual fuere la calificación que se les hubiere dado", significando ello que en principio la litis queda trabada con los escritos de demanda y contestación y/o reconvencción en su caso. Que, la pretensión venida puede resumirse en la petición de la actora de cobertura por parte del SWISS MEDICAL al tratamiento de Fertilización Asistida de alta complejidad por medio del método ICSI, recomendado en su caso de acuerdo a sus antecedentes clínicos, por vía de repetición. Que, la legitimación activa y pasiva no se encuentran controvertida, por lo que a los fines de resolver el caso se deberá partir del enfoque de las ciencias médicas del concepto de esterilidad, conociéndose como la incapacidad de una pareja para la concepción después de un año de relaciones sexuales sin emplear métodos anticonceptivos. Que, en EUA afecta aproximadamente a una de cada cinco parejas. Los factores etiológicos son los trastornos espermáticos (35%), la disfunción ovulatoria (20%), disfunción tubaria (30%), las alteraciones del moco cervical (5%), correspondiendo al 10% los factores no identificados. Que, el diagnóstico y tratamiento implica la evaluación amplia de ambos cónyuges, con adaptación para cada caso en cuanto a la duración y evolución del tratamiento, debiendo acelerarse en mujeres mayores de 35 años, debido a la disminución progresiva de expectativa para sobrellevar el estado gestacional hasta el fin deseado. Que, la incapacidad para la concepción cuando se torna en objetivo deseado en una pareja de relación emocionalmente saludable y estable, puede generar frustración, estrés emocional, y sentimientos de incapacidad, ira, culpa y resentimiento. Que, vale la pena el esfuerzo en la búsqueda por concebir, cuando la capacidad de dar de una pareja en lo afectivo y en lo material puede plasmarse en la concreción de una anhelada familia, que ofrecerá personas íntegras a la comunidad, fortaleciendo el tejido social dañado. Que, las técnicas de reproducción asistida (fertilización in Vitro, transferencia intratubárica de gametos, combinación de ambos, transferencia intratubaria de cigoto, el uso de ovocitos de donante y la transferencia de embriones congelados a madre portadora, la inyección intracitoplasmática de esperma) ofrecen una oportunidad de concretar el objetivo loable de perpetuarse en un hijo. Que, asiste a las personas el Derecho Personalísimo de la Libertad. Libertad moral de elegir y realizar todo aquello que no está prohibido por la ley,

la moral pública o las buenas costumbres. La Libertad, como atributo natural de la persona, imprescindible para un adecuado desarrollo de la inteligencia y de la voluntad, con miras al cumplimiento de los fines propios de su condición biológica y de su vida de relación, se concreta en la capacidad de elección. Su desconocimiento o privación causa a quienes lo sufren un desmedro o menoscabo de su personalidad. La Sra. María de los Angeles Del Río (junta a su pareja) decidieron intentar la maternidad para conformar una familia, SU familia. Que, otros preceptos fundamentales como la Constitución Nacional en su art. 19 dejan sentado que nadie deberá ser privado de lo que ella no prohíbe. El Código Civil en su artículo 53 refrenda en el mismo sentido. La Carta del Atlántico, la Declaración de Filadelfia, la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) se expresan en idéntico sentido -estos últimos gozando de rango Constitucional por imperio del art. 77 inc. 22). Que, nuestra legislación civil protege y preconiza la igualdad de oportunidades, requiriendo del Estado una acción positiva o afirmativa, consistente en el otorgamiento de beneficios especiales a determinadas categorías de individuos para remover los obstáculos de tipo social o económico que de hecho limitan tal igualdad. Que, concebir un hijo fortalece y consolida la condición de mujer, retroalimentando su influencia en el entorno inmediato, con repercusiones mediatas impredecibles. La frustración de esa satisfacción legítima y la defraudación en sus esperanzas aparecen como resultado de ver negada la factibilidad de esa demanda, dada por la obstaculización del camino impuesta por las dificultades externas provenientes del medio. Así las cosas, aparece como reacción normal la agresividad dirigida al obstáculo, un sustituto del mismo o incluso contra el propio sujeto que la sufre. Que, la infertilidad y la reacción emocional a la frustración se traducen en un estado patológico que reconoce esa doble etiología. Hacer lugar a canalizar su tratamiento es atender al derecho de la persona que padece este estado de enfermedad, a restituir la salud psicofísica dañada. Que, el derecho a fundar una familia a través de la búsqueda de la concepción por métodos alternativos a los naturales, cuando estos no permitieran concretar tal anhelo, se corresponde con el derecho natural que se plasma en el cumplimiento de los fines propios de la condición biológica y de la vida de relación. Que, no arbitrar los medios conducentes a propiciar el tratamiento tendiente a la concepción por métodos alternativos, implica no reconocer el derecho a la igualdad de oportunidades en la concreción de la maternidad y la constitución de la familia. Que, entrando específicamente en el caso merece destacarse la respuesta dada en contestación a la carta que fuera remitida por la hoy actora, por la letrada apoderada de Swiss Medical SA en fecha 23 de septiembre de 2013 en cuanto expresó "...En tal sentido rechazo que mi representada esté obligada a brindarle reintegro del supuesto costo de tratamiento de fertilización asistida de Alta Complejidad (ICSI) en el instituto médico PROAR de Rosario. Así como también rechazo que mi conferente esté obligada a reintegrar suma alguna en concepto de crío conservación y gastos de farmacia, y/o en concepto de honorarios extrajudiciales correspondientes a su letrada... De conformidad con lo expuesto, cumplo en informarle que en virtud de lo prescripto por el art. 10 de la ley 26862, mi mandante no se encuentra obligada a brindar la cobertura por Ud. requerida, toda vez que la Provincia de Santa Fe no ha dado cumplimiento a la fecha con lo dispuesto en dicha norma...?, cotejado con el devenir normativo, especialmente todos los acontecimientos de público y notorio conocimiento ocurridos en materia de fertilización -sin olvidar los avances en el campo de la medicina-, teniendo en cuenta el derecho que asiste al ser humano de realizarse plenamente como tal -salud reproductiva-, a saber: -Dictado de la Ley Nacional Nro. 26.862 de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida donde se estableció que los tratamientos de fertilización deben ser incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO), debiendo ser cubiertos por el sistema público, las prepagas y las obras sociales, yendo más allá del tratamiento y abarcando los diagnósticos previos, los que también deberán ser cubiertos. La ley fue reglamentada el 22 de julio, y su decreto (956) establece que se deberá garantizar "la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas de reproducción médicamente asistida?". -El día 19 de Septiembre de 2013 la Cámara de Diputados de la Provincia de Santa Fe sancionó por unanimidad la ley que adhirió a la ley supra señalada. Que, conforme los antecedentes reseñados y con especial atención a que la infertilidad como tal es una "enfermedad", implicando que la misma debe ser tratada y cubierta "gratuitamente", habiéndose asumido como política de estado. Que, además deben sumarse a lo desbrozado la mirada que sobre ello da el Código Civil y Comercial al establecer que la vida comienza con la concepción (art. 19), al hablar del "concebido o implantado" (art. 21) y al regular en su art. 562 la voluntad procreacional respecto a los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida y en su art. 453 el derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida. Que, el derecho a la salud reproductiva, así caracterizado como corolario del derecho a la vida, y de orden natural inviolable, que surgiría de la invocación a la "protección de Dios" en el Preámbulo de la Constitución -que "no tiene ... un mero significado sentimental ni piadoso", sino que "...traduce la primacía del derecho natural sobre el positivo" (N. Sagües (Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?, Ed. A., 1996, p. 42), pero que además se hallaba implícito dentro de los derechos y garantías innominados del art. 33 de la Constitución (L.L. 1961- D,77), tiene hoy, tras la reforma de 1994, un reconocimiento expreso a través de los Pactos Internacionales

(Declaración Universal de los Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de jerarquía constitucional (Art. 75 inc. 22 C.N.). Que, dentro de las finalidades del dictado de la Ley de Fertilización, teleológicamente encontramos que a través de la misma se trata de erradicar la discriminación en materia de procreación. Que, de las constancias de autos surge que se encuentra acreditado el diagnóstico clínico de la actora y su pareja (estudios médicos de fs. 21/37 y 40/47), la necesidad de hacer el tratamiento ICSI (diagnóstico de fs. 38 reconocido a fs. 135), su efectiva realización en PROAR (constancia de fs. 39 y 12 que registran la transferencia embrionaria en fecha 22 de agosto de 2013, reconocido a fs. 135), su pago (facturas de fs. 10/11 en fechas 21 y 26 de agosto reconocidas en su contenido y en su pago a fs. 135 si bien no tiene registrada la forma de cancelación), y hasta el éxito del mismo con el nacimiento de la niña Yasmín Rocío Nemirovsky en fecha 01 de mayo de 2014 (partida de nacimiento de fs. 103). Que, tal como surge de las constancias de autos, la transferencia embrionaria se efectuó en fecha 22 de agosto de 2013. La ley 26.862 fue publicada en el boletín oficial en fecha 26/6/2013 (pag. 953) y su decreto reglamentario Nro. 956/2013 publicado en el boletín oficial de fecha 23/7/2013 se encontraban vigentes a dicha fecha. Que, no puede alegar el demandado que no se encontraba obligado por lo dispuesto en el art. 10 de la ley 26.862 por cuanto la normativa refiere en ese aspecto a la adhesión de las provincias en cuanto obligados y no respecto a las Obras Sociales y entidades privadas de medicina prepaga que como tales tienen carácter nacional. Nótese al respecto que el mismo demandado denuncia como domicilio real el de Avenida del Libertador 498 de Capital Federal. No puede entonces argumentar que necesita la adhesión de la provincia para ser alcanzado por la ley nacional dictada y en vigencia a la hora de la realización del tratamiento cuyo costo se pretende repetir en el presente. Que, en cuanto a la obligación, establece la ley y su decreto reglamentario que tiene por objeto "el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, como la posibilidad de acceder a dichos procedimientos y técnicas cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho. A esos fines, los Prestadores del Servicio de Salud de los ámbitos público, de la Seguridad Social y privado, deberán proveer sus prestaciones respectivas conforme la Ley N° 26.862, la presente reglamentación y demás normas complementarias que al efecto se dicten". Que, la técnica y procedimientos utilizados se encuentran previstos dentro del art. 2° del decreto reglamentario. Que, por lo dispuesto en el art. 8 del decreto reglamentario la institución demandada se encuentra obligada a brindar cobertura en los términos de la reglamentación y sus normas complementarias atento ser sujeto obligado y encontrarse incluida la prestación en el PMO. Que, con el certificado obrante a fs. 39 se acredita el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 8 in fine que justifica la realización de la técnica de alta complejidad. Que, la presente acción se vio precedida de diversos estudios y tratamientos cuyos costos fueron asumidos por la actora, resultando entendible que sus recursos se hayan agotado, siendo público el elevado costo de los mismos, justificando que el tratamiento deba ser cubierto por la prepaga a la que la actora pertenece, máxime cuando un tratamiento por infertilidad, en términos de la propia ley debe incluirse del PMO. En este punto me permito poner de resalto el hecho de aquellas personas que no tienen obra social en la Provincia de Santa Fe, a las cuales por el solo hecho de articular el pedido ante los efectores públicos, se les proporcionan tratamientos de fertilización de manera gratuita -hecho plausible y que ponen a nuestra provincia a la vanguardia en el tópico al cual asigna partidas al efecto-, mientras que para casos como el presente, por pertenecer la peticionante a una empresa de medicina prepaga -Swiss Medical SA-, tal tratamiento le resulta vedado por no estar incluido, lo que torna a esta situación manifiestamente arbitraria, justificando su otorgamiento. Que, sostiene la demandada no estar obligada a repetir lo abonado en concepto de técnica de reproducción asistida por cuanto no se encuentra en el programa médico obligatorio y se encuentra excluido expresamente en el contrato suscripto entre las partes. Que, si bien la cláusula 10.5 del contrato de prestación médico asistencial establece que "Swiss Medical SA no reconocerá ni reintegrará a sus asociados pagos realizados a otras instituciones o profesionales que no pertenezcan a su listado actualizado, aún cuando correspondieren a prestaciones que no se pudieren efectuar a través de prestadores de su listado, con la sola excepción de los casos expresamente previstos en el plan suscripto por el afiliado vigente al momento de la prestación". Y en la cláusula 13 inc. 1) prevé dentro de las exclusiones a la "investigación, tratamiento y/o intervenciones quirúrgicas para la infertilidad, tales como inseminación artificial o asistida, fertilización in vitro, monitoreo de la ovulación, etc., cualquiera sea su indicación", ello no puede ser oponible a la actora por aplicación de la ley de Defensa del Consumidor Nro. 24.240 - art. 37, Ley Nro. 26.862 y decreto reglamentario 956. Que, por lo demás y realizada consulta informática en el portal [www.msak.gov.ar](http://www.msak.gov.ar) correspondiente al SISTEMA INTEGRADO DE INFORMACIÓN SANITARIA ARGENTINA (SIISA: creado para "establecer un ámbito único donde se encuentren registrados todos los establecimientos públicos y privados, con y sin internación del país. A partir de esta iniciativa, que fue acordada con las Provincias, se unificarán todos los códigos de servicios o establecimientos de salud."), dependiente del Ministerio de Salud, encontramos el Registro Federal de Establecimientos de Salud, donde se hallan los prestadores inscriptos, estando entre los cincuenta y tres de la nómina existentes -al momento de la consulta en el número de orden 48: "48 50820842386674 PROAR CENTRO MEDICO Santa Fe Privado ESSIDT Rosario ITALIA N° 1225 0341-4476600", coincidiendo con el establecimiento donde la actora procedió a realizar estudios y

tratamiento que acompañó. Que por tanto se encuentra acreditado el cumplimiento de lo dispuesto por el art. 4 del Decreto Reglamentario. Que, la negativa de la demandada de haber cubierto el tratamiento tanto en la etapa prejudicial como la judicial, hacen aparecer a la misma como una conducta contraria a la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956. Que, si bien la jurisprudencia no era unánime, peticiones como la de autos tuvieron acogida favorable en numerosos tribunales de nuestro país. Que, con la reforma constitucional del año 1994 nuestro estado a través del art. 75 inc. 22 incorporó la Convención Americana sobre Derechos Humanos al bloque constitucional, ratificando la República Argentina la competencia de la Corte Interamericana a los efectos de su interpretación. Que, sentado ello resulta de especial atención en la especie el decisorio de la CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS en el CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (?FECUNDACION IN VITRO?) VS. COSTA RICA por SENTENCIA DE 28 DE NOVIEMBRE DE 2012, donde dijo: "... La Corte ha señalado que la decisión de tener hijos biológicos a través del acceso a técnicas de reproducción asistida forma parte del ámbito de los derechos a la integridad personal, libertad personal y a la vida privada y familiar. Además, la forma como se construye dicha decisión es parte de la autonomía y de la identidad de una persona tanto en su dimensión individual como de pareja ... 1. Esta Sentencia constituye per se una forma de reparación. 2. El Estado debe adoptar, con la mayor celeridad posible, las medidas apropiadas para que quede sin efecto la prohibición de practicar la FIV y para que las personas que deseen hacer uso de dicha técnica de reproducción asistida puedan hacerlo sin encontrar impedimentos al ejercicio de los derechos que fueron encontrados vulnerados en la presente Sentencia. El Estado debiera informar en seis meses sobre las medidas adoptadas al respecto, de conformidad con el párrafo 336 de la presente Sentencia. 3. El Estado debe regular, a la brevedad, los aspectos que considere necesarios para la implementación de la FIV, teniendo en cuenta los principios establecidos en la presente Sentencia, y debe establecer sistemas de inspección y control de calidad de las instituciones o profesionales calificados que desarrollen este tipo de técnica de reproducción asistida. El Estado deberá informar anualmente sobre la puesta en vigencia gradual de estos sistemas, de conformidad con el párrafo 337 de la presente Sentencia. 4. El Estado debe incluir la disponibilidad de la FIV dentro de sus programas y tratamientos de infertilidad en su atención de salud, de conformidad con el deber de garantía respecto al principio de no discriminación. El Estado deberá informar cada seis meses sobre las medidas adoptadas para poner gradualmente estos servicios a disposición de quienes lo requieran y de los planes diseñados para este efecto, de conformidad con el párrafo 338 de la presente Sentencia. (CIDH, ARTAVIA MURILLO Y OTROS (?FECUNDACION IN VITRO?) VS. COSTA RICA). Que, por las razones expuestas habré de hacer lugar a la acción de repetición por las sumas acreditadas de \$.31.852.- en concepto de tratamiento y criopreservación de embriones, conforme facturas de fs. 10 y 11 y reconocimiento mediante oficio de fs. 135; y \$.7.131,43 en concepto de gastos de farmacia, conforme tickets obrantes a fs. 13/20 y reconocidos a fs. 139 por la Farmacia Parque España. Que, analizando el daño moral solicitado, lo funda la actora en el sufrimiento que debió padecer no solo por el rechazo de cobertura, la circunstancia de haber sido mal informada, intentos prejudiciales fallidos y la necesidad de iniciar las presentes actuaciones. Que, al respecto cabe recordar la distinción que debe ser efectuada entre daño moral y daño psíquico, el primero concierne a una lesión a las afecciones legítimas -entre otras, la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, el honor, la integridad física y los afectos familiares- que produce un sufrimiento espiritual o en los sentimientos personales; el daño psíquico, en cambio, presupone una alteración patológica de la personalidad, es decir, se presenta como una perturbación del equilibrio emocional que afecta el área del comportamiento y se traduce en una disminución de las aptitudes para el trabajo y la vida social de relación, lo cual justifica su ponderación individual y diferenciada (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala C, en "Vittori Silvio Ariel c/ Banco de la Provincia de Buenos Aires y otro s/ ordinario", del 30.7.13; íd. "Garac, José y otro c/ Ford Argentina S.A. y otro" del 4.6.12, y la jurisprudencia allí citada). Que, mientras que el daño moral se encuentra dirigido a compensar los aludidos padecimientos, molestias y angustias sufridas por la víctima, el daño psicológico, como se dijo, apunta a efectivas disfunciones y trastornos de orden psíquico que alteran la personalidad integral de la víctima y su vida en relación (CNCom., Sala A, "Gómez, Beatriz c/ Giovannoni, Carlos s/ sumario", del 16/12/92; íd. Sala E, "Alucen, Marcelo c/ Segurado, Eduardo s/ sum." y "Murua, Norma c/ Segurado, Eduardo s/ sum.", del 16/02/96). Que, para que este rubro resulte procedente, no se requiere la producción de prueba directa, sino que puede tenérselo por configurado ante la razonable presunción de que el hecho que motiva el juicio generó el referido padecimiento espiritual susceptible de justificar la indemnización reclamada. Que, por tanto estimo prudente hacer lugar al mismo y teniendo en consideración los hechos invocados en la demanda, las probanzas de autos y la convicción de que la negativa expresa de la demandada a brindar cobertura, mediante C.D.403274605 de fecha 23 de septiembre de 2013, cuando la actora ya se encontraba embarazada (conforme partida de nacimiento de fs. 103) debió producir un daño que debe ser resarcido, fijo el mismo en concepto de daño moral en la suma de \$.10.000.-. Que, sobre la aplicación del daño punitivo y sus requisitos, tiene dicho la doctrina que "la primera constatación que surge del análisis del art. 52 bis de la Ley 24240 es que las condiciones de procedencia de los "daños punitivos" quedan reducidas en él al hecho de que el proveedor incumpla sus obligaciones para con el consumidor. De acuerdo al texto en análisis, bastaría con el incumplimiento,

cualquiera sea la obligación violada, medie o no dolo o culpa del proveedor (y cualquiera sea la gravedad de esta), haya o no un daño realmente causado al consumidor, y con independencia de que el proveedor se haya o no enriquecido como consecuencia del hecho. La "gravedad del hecho" es tenida en cuenta por la norma únicamente para graduar la cuantía de la sanción, mas no como condición de su procedencia. En cualquier caso, el juez (a quien la expresión "podrá", empleada por la ley, parece otorgarle plena discrecionalidad al respecto) no se encuentra constreñido más que por su buen sentido, puesto que el artículo solo exige el incumplimiento del proveedor para que proceda la condena a pagar "daños punitivos"? (Picasso - Vázquez Ferreyra, ?Ley de Defensa al Consumidor?, T.I pág. 620, ed. La Ley). Que, conforme se ha acreditado en autos, el presente no sería el único caso de negativa de cobertura de este tipo de asistencia médica. Por lo contrario, conforme surge de la contestación de oficio por parte de la Defensoría del Pueblo de fs. 125 se registran solicitudes de mediación de particulares contra Swiss Medical por presuntos incumplimientos a las prestaciones de salud y a fs. 128/129 la Superintendencia de Salud informa que existen numerosos reclamos y expedientes realizados por beneficiarios, en contra de la prepaga Swiss Medical, referidos a incumplimientos y falta de cobertura de diversas prestaciones, entre las que se encuentran la falta de cobertura de tratamientos de fertilización, incluidos en la ley 26.862. Que, de ello se puede desprender que existe una conducta reiterada de la demandada de incumplimiento de las disposiciones de la ley 26.862. Ello se encuentra reconocido por la propia demandada cuando a la posición 2da, ?para que jure y confiese como es cierto que en los primeros momentos de vigencia de la ley de salud reproductiva rechazaban de forma sistemática los reclamos de cobertura de los afiliados?, respondió que ?sí, es cierto, aclaro que Swiss Medical actúa siempre conforme ordenanza vigente? (fs. 120/121). Que, por tanto considero prudente fijar en concepto de daño punitivo conforme lo dispuesto por el art. 52 bis de la ley 24.240 de Defensa de Consumidor, en la suma de \$.40.000.- (cuarenta mil pesos). Que, los importes supra otorgados devengarán un interés equivalente la tasa activa sumada que percibe el Nuevo Banco de Santa Fe S.A. en sus operaciones de descuento de documentos en pesos a treinta (30) días, desde la fecha en que fueron reclamados extrajudicialmente conforme probanzas de autos y que acreditan su intimación en fecha 20 de septiembre de 2013 (fs. 6/8) y hasta su efectivo pago. Que, en lo que respecta a las costas se impondrán a la parte vencida, en concordancia a lo dispuesto por el art. 251 del CPCC.. Por lo expuesto, disposiciones citadas y demás constancias de autos, RESUELVO: 1) Hacer lugar a la demanda de repetición y condenar a SWISS MEDICAL S.A. a abonar a la actora en el plazo de quince días de notificada la presente, la suma de \$.31.852.- (treinta y un mil ochocientos cincuenta y dos pesos) en concepto de tratamiento y crioconservación, \$.7.131,43 (siete mil ciento treinta y un pesos c/ 43/100) en concepto de gastos de farmacia; \$10.000.- (diez mil pesos) en concepto de daño moral y \$.40.000.- (cuarenta mil pesos) en concepto de daño punitivo. Todo ello con más los intereses establecidos en los considerandos precedentes. 2) Costas a la demandada (Art. 251 del CPCC). 3) Honorarios, oportunamente. Insértese y hágase saber.- (Autos: ?DEL RIO, MARIA DE LOS ANGELES c/ SWISS MEDICAL S.A. S/ ORDINARIO? Expte. Nro. 850/2014) DRA. MA. EUGENIA SAPEI DR. CARLOS E. CADIerno

Nota:

(\*) Sumarios elaborados por Juris online

023473E