

Fertilizacion Asistida Ovodonacion Derecho A La Salud Coseguro

JURISPRUDENCIA

Fertilización Asistida. Ovodonación. Derecho a la salud. Coseguro

Se hace lugar al amparo solicitado por la pareja actora en tanto la codemandada se encuentra obligada, conforme a su Reglamento de Funcionamiento, a otorgar la cobertura complementaria establecida en el Programa Médico Obligatorio (PMO), y a proveer la cobertura integral de los tratamientos de fertilización ?in vitro? y de la ovodonación. Salta, 10 de enero de 2017. Y VISTOS: Estos autos caratulados ?S., M. D. L. R. Y N., R. A. VS. I. P. S. D. S. I.P.S. - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN? (Expte. N° CJS 38.366/16), y CONSIDERANDO: 1°) Que el Dr. José Luis Criado, en su carácter de apoderado de la Asociación de Trabajadores de la Sanidad (ATSA) filial Salta, interpone a fs. 184 recurso de apelación contra la sentencia de fs. 178/181, que hizo lugar a la acción de amparo y en consecuencia condenó a su representada a otorgar, en forma inmediata, a los actores la cobertura del coseguro de todas las prácticas médicas objeto de la litis que el Instituto Provincial de Salud de Salta preste a aquéllos, con costas. Para así decidir, la jueza en grado consideró que en virtud de la normativa vigente, la operatoria de prestación de servicio de salud por parte del I.P.S.S. importa la existencia de varios contratos vinculados, que este sistema de conexidad contractual regulado en los arts. 1073 y 1074 del C.C. y C. requiere la concurrencia de varios contratos unidos en un mismo negocio y conlleva que las distintas relaciones contractuales no pueden ser examinadas en forma descoordinada pues cada una de ellas funciona transversalmente sobre las demás, y que en el caso, esos vínculos contractuales conexos están dados, por un lado, por la contratación del servicio de prestación de salud entre afiliado e I.P.S.S. y, por otro, el contrato de coseguro entre afiliado y Asociación de Trabajadores de la Sanidad - filial Salta. A su vez, la magistrada ponderó que según el propio reglamento interno acompañado a fs. 167/168 vta., aprobado por la Comisión Directiva de A.T.S.A. y publicado en el Boletín Oficial de Salta N° 18682 el día 03/10/2011, la asociación demandada brindará una cobertura complementaria al I.P.S.S. de las prestaciones reconocidas por éste según nomenclador nacional - PMO. En ese marco legal, la ?a quo? entendió que no encuentra obstáculos para que el coseguro demandado cumpla con la cobertura reconocida por el I.P.S.S. en el acuerdo de fs. 124, a valores nombrados. En su memorial de agravios de fs. 187/190 la apelante reedita su disconformidad con el trámite dispuesto en autos, el que califica de irregular y violatorio de su derecho de defensa y del debido proceso. Por otra parte, plantea que el acuerdo homologado por la jueza interviniente en este amparo no se ajusta a lo ordenado por el art. 8 de la Ley 26862, de orden público y por tanto indisponible para las partes conforme art. 10 de esa norma. En esas condiciones, sostiene que tanto la sentencia homologatoria como la ampliación de la demanda decretada con posterioridad a la conclusión del proceso, resultan nulas, y para el supuesto de que se estime equivocada su pretensión nulificante, afirma que el acuerdo celebrado entre la parte actora y el I.P.S.S. le es inoponible, y que en todo caso es la propia parte que renunció a que el Instituto le cubra el 100 % de la prestación como garantiza la ley, quien debe asumir el costo del 20 % que quedó fuera del acuerdo. Adicionalmente señala que el I.P.S.S. y el coseguro de A.T.S.A. no comparten una finalidad económica previamente establecida, como se sostiene en la sentencia recurrida, en tanto el primero no despliega actividad lucrativa y brinda prestaciones médicas; en cambio, el segundo tiene fines de lucro y cubre el costo de contingencias vinculadas a la salud, sobre porcentuales no reconocidos por la obra social. Por último, se agravia de la solución impugnada por cuanto afecta la ecuación económica realizada a efectos de determinar la cuota, podría llevar a la quiebra financiera a la coaseguradora y torna inmanejable, impredecible e injusto al sistema. A fs. 194/195 vta. contesta memorial de agravios la parte actora. Aduce que al haber quedado incluidos en el P.M.O. los tratamientos como el requerido en este amparo, por impacto de lo establecido en la legislación nacional, el coseguro queda obligado a la cobertura del 20 % en los términos del propio reglamento interno acompañado a fs. 167/168 vta. En segundo lugar, desconoce que se hubiese vulnerado el debido proceso y la defensa en juicio de la recurrente. En tercer orden, entiende que los planteos articulados en el recurso en relación con la interpretación dada por la ?a quo? al plexo normativo, sólo traslucen meras discrepancias con lo resuelto en la instancia de grado. Por último, asevera que la argumentación brindada en el memorial a fin de descartar la aplicación de las normas civiles sobre contratación conexa, se construye sobre una premisa falsa, por una parte, y suponen el reconocimiento de la petición amparista, por otra. A fs. 200/201 contesta el traslado el I.P.S.S., donde expresa que el agravio relativo a la vulneración de garantías constitucionales como la defensa en juicio o el debido proceso es mendaz ya que surge de forma ostensible el resguardo de las mismas durante la tramitación del proceso. Asimismo rechaza el agravio tendiente a deslindar la responsabilidad que a la coaseguradora le corresponde en virtud de las disposiciones contenidas en la Ley 7127 y su Decreto Reglamentario N° 3402/07, así como del Reglamento interno del coseguro, aprobado por la Comisión Directiva de A.T.S.A., tenidas debidamente en cuenta por la sentenciante al resolver. Corrida la respectiva vista (fs. 203), la señora Fiscal ante esta Corte N° 2 se pronuncia por el rechazo del recurso articulado por el coseguro (fs.

207/208 vta.). A fs. 209 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme. 2º) Que a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita e implícitamente allí consagrados. La viabilidad de este remedio requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (cfr. esta Corte, Tomo 64:137; 65:629; 127, 315; 69:917, entre otros). Así el amparo constituye un proceso excepcional que exige, para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño grave sólo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de la vulneración de garantías constitucionales pues la razón de ser de la acción de amparo es la de proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (cfr. CSJN, Fallos, 305:2237; 306:788, entre otros). De modo que el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos humanos esenciales acogidos por la Carta Magna frente a una transgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (D. J. Tomo 1985 - II, pág. 452; esta Corte, Tomo 112:451, entre otros). 3º) Que el reconocimiento y protección de la salud como un derecho fundamental surgen de varias disposiciones de la Constitución Nacional, en particular, de los arts. 41, 42, 75 incs. 19 y 23. A su vez, la Constitución de la Provincia, en sus arts. 32, 33, 36, 38, 39, 41 y 42, contiene disposiciones concretas y claras referidas a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud. Por lo demás, la salud como valor y derecho humano elemental también se encuentra asegurada en diversos instrumentos comunitarios e internacionales, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el art. 75 ap. 22 de la C.N., entre los que cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3º y 25 inc. 2º; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 10 inc. 3º y 12; Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4º, 5º y 2º; Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 2.1; 3.1 y 2º; 4º, 1ª parte y 24 inc. 1º, entre otros.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que esa protección que merece en nuestro ordenamiento el derecho a la salud, lo convierte en un derecho que dista de ser teórico y debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, donde penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas (cfr. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio). 4º) Que en este proceso se encuentra comprometido no sólo el derecho a la salud de la pareja actora en su concepción general, sino concretamente la salud reproductiva, a más de otros derechos como el de acceder a los avances científicos, formar una familia y recibir protección dentro del ámbito de la vida privada y familiar. Cabe recordar que todos estos derechos han sido debidamente resguardados por esta Corte en situaciones similares a la que se plantea en este caso, con sustento en normas de la más alta jerarquía y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos (cfr. Tomo 192:331; 179:321, 349, entre otros). A su vez, el ejercicio efectivo de estos derechos fue regulado a través de la sanción de la Ley 26862 de ?Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida?, que define como personas beneficiarias a quienes hayan alcanzado la mayoría de edad y, de plena conformidad con lo previsto en la Ley 26529, de derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, hayan explicitado su consentimiento libre e informado (art. 7). A la par que incluye dentro de la cobertura que asegura al sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las Leyes 23660 y 23661, 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 (art. 8).

5º) Que en la especie se inicia demanda de amparo para que se obligue judicialmente al I.P.S.S. a proveer la cobertura integral del 100 % del costo de los tratamientos de fertilización ?in vitro? y de la ovodonación, lo que comprende -según se detalla a fs. 42 de la demanda- gastos de medicación propios y de la donante de óvulos, prácticas de criopreservación de resultar necesarias, honorarios e internación. En la audiencia convocada para el día 5 de octubre de 2015, las partes llegan a un acuerdo, mediante el cual el I.P.S.S. asume la obligación de cubrir el 80 % de los gastos que insuman las prácticas reguladas en la Ley 26862, que es homologado por la ?a quo? a fs. 124 de estos autos. A fs. 141/145 la parte actora amplía demanda contra el coseguro de A.T.S.A. filial Salta para que se le ordene cubrir el 20 % del costo de los tratamientos de fertilización ?in vitro?, en iguales términos en que fuera demandado el I.P.S.S. A fs. 148 se tiene por ampliada la acción y se corre traslado de la misma al coseguro, decreto cuya nulidad es requerida por éste a fs. 151/152 mediante los recursos de revocatoria y apelación en subsidio. Rechazados los recursos de nulidad y revocatoria y denegada la apelación planteada en subsidio (fs. 162/164), la sentenciante hace lugar al amparo contra A.T.S.A.,

ordenándole asuma la cobertura del coseguro de todas aquellas prácticas que el I.P.S.S. preste a la pareja afiliada en relación con las prestaciones médicas objeto de demanda (fs. 178/181). 6º) Que si bien asiste razón al apelante cuando denuncia que la ampliación de demanda se interpone con posterioridad al fenecimiento de la causa dado que las partes que integraban la litis inicialmente habían arribado a un acuerdo y que fue homologado, no logra demostrar que tal irregularidad le provoca un agravio que deba ser subsanado en esta instancia. Ello en tanto ha tenido la oportunidad de ejercer acabadamente su derecho de defensa en juicio, como se desprende de sus presentaciones de fs. 151/152, 169/170, así como de su participación en la audiencia (cfr. acta agregada a fs. 171). Máxime, cuando lo que se encuentra en juego en estos autos son derechos fundamentales, que exigen morigerar las exigencias formales, y cuando según el texto de la Carta Magna de nuestra Provincia todas las contingencias procesales deben ser resueltas por el juez del amparo, de acuerdo con una recta interpretación constitucional. En ese sentido, según la jurisprudencia del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la obligación estatal de proteger el derecho a la salud incluye una dimensión que tiene que ver con asegurar el acceso en tiempo oportuno a la asistencia médica de calidad, exige -entre otros aspectos- velar porque la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud (cfr. Opinión Consultiva N° 14, ¿El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)?, 22º Período de Sesiones, abril/mayo 2000). 7º) Que en otro orden de ideas, los agravios dirigidos a cuestionar el contenido y alcance del convenio homologado a fs. 124 tampoco pueden tener asidero. El art. 4, último párrafo, de la Ley 7127 de creación del I.P.S.S., lo habilita a ¿organizar y administrar un sistema de coseguro para los afiliados y beneficiarios, cubriendo contingencias sociales diversas?. El Decreto N° 3402/07, reglamentario de la ley, iguala al copago con el coseguro cuando en su art. 4.10.III señala que se denomina copago o coseguro al porcentaje determinado del costo económico de las prestaciones médico asistenciales establecidas por la normativa vigente, que se encuentran a cargo del afiliado o beneficiario del servicio de salud. Dice también la normativa que para cubrir ese copago o coseguro el afiliado o beneficiario puede contratar con una empresa de cosegueros, y establece las condiciones, particularidades técnicas, financieras, económicas y/o jurídicas que regulan la relación de dichas empresas con el I.P.S.S. y con los afiliados, adherentes y/o beneficiarios del sistema. Por su parte, en el art. 4.10.III.e.2 se impone a la empresa de cosegueros el deber de exponer y acreditar ante el I.P.S.S. el plan de cobertura para sus afiliados. De acuerdo con el Reglamento de Funcionamiento de Coseguro de Salud, aprobado por Resolución de Comisión Directiva de A.T.S.A., (ver copia del Boletín Oficial de la Provincia de Salta N° 18.682 agregada a fs. 167/168 vta.), la asociación brindará una cobertura complementaria al I.P.S.S. de las prestaciones reconocidas por aquél, según nomenclador nacional - PMO. 8º) Que por imperio de lo estatuido mediante Ley 26862, referida en el considerando 4º de este voto, quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) los procedimientos regulados en esa norma, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo (cfr. art. 8). De modo que, la interpretación de la normativa interna que rige la actividad de la co-aseguradora debe armonizar con el catálogo de derechos reconocidos en la Carta Magna Provincial, la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales con igual rango, citados anteriormente. Tal ha sido el criterio hermenéutico suscripto por esta Corte en el caso ¿Giménez?, sentencia registrada en el Tomo 165:41. En ese precedente, este Tribunal además recordó que, al referirse a los prestadores de los servicios de salud, Bidart Campos expresa que ¿... en la relación con quienes contratan esos servicios, lo primero es la persona humana, no la empresa de medicina prepaga ni la obra social; y con la persona humana, lo primero es también la vida y la salud, con cuanto una y otra exigen en cada situación de necesidad. Todo porque si bien la propiedad es también un derecho al que la Constitución declara inviolable, más inviolable es la dignidad de la persona, aunque la ¿letra? del texto no lo tenga escrito ...? (Bidart Campos, Germán, ¿Los contratos de adhesión a planes médicos. El derecho a la salud y a la vida, más algunas aperturas y estrecheces judiciales?, La Ley, 2002-C, pág. 628; esta Corte, Tomo 108:273). Por lo demás cabe decir que el presente caso difiere sustancialmente del precedente de este Tribunal registrado en Tomo 204:865. Ello así toda vez que, como quedara explicitado en el considerando anterior, la codemandada A.T.S.A. se encuentra obligada, conforme su Reglamento de Funcionamiento, a otorgar la cobertura complementaria establecida en el Programa Médico Obligatorio (PMO). 9º) Que finalmente corresponde tratar el agravio relativo al alegado desequilibrio que la decisión atacada provocaría en la ecuación económica del contrato, y a los hipotéticos peligros financieros que genera. Al respecto, esta Corte tiene dicho que debe rechazarse este tipo de argumento cuando no surge más que de meras afirmaciones, que no se fundan ni prueban adecuada y convincentemente (Tomo 99:185, entre muchos otros), como ocurre en este caso. 10) Que dada la forma en que se resuelve, corresponde aplicar el principio general en materia de costas (art. 67, C.P.C.C.). Por ello, LA CORTE DE JUSTICIA EN FERIA, RESUELVE: I. RECHAZAR el recurso de apelación deducido a fs. 184 y, en su mérito, confirmar la sentencia de fs. 178/181. Con costas. II. MANDAR que se registre y notifique. (Fdo.: Dres. Guillermo Alberto Catalano -Presidente-, Ernesto R. Samsón, Guillermo Alberto Posadas y Abel Cornejo -Jueces de Corte-. Ante mí: Dr. Gerardo J. H. Sosa -Secretario de Corte de Actuación-). Se deja constancia que no suscriben la presente resolución los señores Jueces de Corte

Dres. Sergio Fabián Vittar, Guillermo Félix Díaz y Susana Graciela Kauffman, quienes emitieron su voto en su oportunidad, por no integrar el Tribunal en la Presente FERIA Judicial. Fdo. Dr. Gerardo Sosa -Secretario de Corte de Actuación-.

Correlaciones: Ley 26862 - BO: 26/06/2013 A. M. G. y o. c/OSDE s/sumarísimo de salud - Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. - SALA III - 11/09/2014 U., S. C. c/Medicus SA y otro s/amparo de salud - Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. - SALA III - 28/06/2016 012932E