

Tratamiento De Fertilizacion Asistida Con Ovodonacion Cobertura Integral

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Tratamiento de fertilización asistida con ovodonación. Cobertura integral En el marco de un juicio de amparo de salud, se confirma la sentencia que ordenó a la demandada brindar cobertura integral de tres tratamientos de fertilización in vitro (FIV), con ovodonación, incluyendo la medicación y todos los gastos que insuma, en cierta institución. Buenos Aires, 9 de marzo de 2017. Y VISTOS: El recurso de apelación interpuesto a fs. 201 y fundado a fs. 209/212 -cuyo traslado no fue contestado- y el deducido a fs. 204, cuyo memorial obra a fs. 206/207 y su contestación a fs. 214/215, contra la resolución de fs. 196/199, y CONSIDERANDO: 1. La parte actora promovió acción de amparo contra OSDE para obtener la cobertura integral de tres tratamientos de fertilización in vitro (FIV), con ovodonación, incluyendo la medicación y todos los gastos que insuma, en la institución Fertilab. También solicitó que se ordenara cautelarmente a la demandada brindarle la cobertura total de un tratamiento. Expuso que para fundar su negativa extrajudicial, OSDE adujo que no existían bancos de gametos debidamente inscriptos en el REFES en la Ciudad de Buenos Aires, de acuerdo con lo establecido en la ley 26.862 y el decreto 956/13, requisito que no cumplía Fertilab, por lo cual ofreció la cobertura en la institución Gens, prestador en la localidad de Quilmes, registrado como banco de gametos. Manifestó que la concentración de los tratamientos de esta naturaleza en una clínica conduce al colapso de su capacidad operativa, ocasionando una postergación que conspira contra los resultados, teniendo en cuenta la edad de ambos, el impacto psíquico, además de las molestias que ocasiona tener que trasladarse para las revisiones, turnos, consultas, etc. Sostuvo que esta situación implica un "autofinanciamiento encubierto" que evidencia la finalidad lucrativa con que la demandada afronta la solicitud de estas prestaciones. A fs. 23/24 la medida precautoria fue admitida y se intimó a OSDE a arbitrar los medios para asegurar a los actores la cobertura integra de la prestación reclamada en la institución Fertilab, decisión que fue revocada por la Sala a fs. 83/85 del incidente de apelación -3230/2015/1- que se tiene a la vista. Osde contestó demanda a fs. 64/71 y, en lo sustancial, adujo que no existió negativa de su parte a brindar el tratamiento reclamado, pero que debía ser llevado a cabo por prestadores propios o contratados que cumplieran con el requisito de inscripción en el REFES dispuesto por el decreto 956/13. Expuso que en la CABA no había ningún centro de fertilización médicamente asistida habilitado que contara con banco de gametos y que, por esa razón, ofreció a su prestador contratado Gens, en la localidad de Quilmes. A fs. 90 se desestimó la solicitud de la actora de declaración de la causa como de puro derecho (fs. 78/79) y se proveyó la prueba ofrecida. Posteriormente, la actora informó la existencia de embriones criopreservados en Fertilab y solicitó la autorización para su transferencia, con sustento en que la controversia sobre la procedencia de los gametos se había tornado abstracta (cfr. fs. 112). Al contestar el traslado conferido a fs. 114, Osde reiteró que Fertilab no se encontraba entre sus prestadores para el caso en que se requiriera una ovodonación (cfr. fs. 117/118). A fs. 158 la accionante denunció como hecho nuevo la inscripción en el REFES de la mencionada institución como banco de gametos e invocó lo decidido por la Sala en la causa 7503/2015, el 2932016, cuya copia acompañó. Osde mantuvo su postura y adujo que la circunstancia denunciada no la obligaba a contratar con esa institución los servicios de ese banco, si bien es uno de los prestadores contratados para brindar a sus beneficiarios la cobertura de tratamientos de reproducción médicamente asistida (cfr. fs. 160/163). 2. La resolución apelada hizo lugar a la demanda y condenó a Osde a suministrar a los actores la cobertura integral de la prestación de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación en el Centro Médico Fertilab, con la medicación necesaria y los honorarios médicos, con el límite y los alcances establecidos en el decreto 956/13, sin perjuicio de los tratamientos que realizaron. Asimismo, desestimó el pedido de aplicación de sanciones formulado por la actora y distribuyó las costas en el orden causado. 3. Osde aduce que la decisión soslaya su derecho a la libre contratación. Destaca que la obligación de los agentes del seguro de salud es brindar las prestaciones establecidas en el PMO a través de su prestadores propios o contratados, condición que no cumple Fertilab para los tratamientos con donación de gametos. Aduce que puso a disposición de los actores un prestador contratado, cuya idoneidad no fue cuestionada, aspecto valorado por la Sala al revocar la medida cautelar. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura. El coactor P.E.M. se agravia de la distribución de costas, también solicita que se califique la conducta de la demandada como temeraria y maliciosa y que se le imponga una multa. A tales fines, invoca el principio objetivo de la derrota y alega que Osde generó un dispendio jurisdiccional, sin esgrimir el perjuicio que la pretensión de su parte le ocasionaba, habiendo reconocido su derecho y su patología. 4. En los términos en los que ha quedado planteada la cuestión en esta instancia, resulta conveniente precisar que no está controvertido que Fertilab es prestador de la demandada para la realización de tratamientos de fertilización asistida, mas no para los que requieran donación de gametos y que tampoco se encontraba inscripto como banco de gametos en el REFES al momento de interponer la demanda. La negativa inicial de la demandada se fundó en esas circunstancias, motivo por el cual ofreció un prestador

localizado en la provincia de Buenos Aires. Al revocar la medida cautelar, esta Sala ponderó la complejidad de las cuestiones relacionadas con las implicancias de la ovodonación y que los requisitos establecidos en la ley 26.682 y el decreto 956/13, estaban ordenados al equilibrio de los derechos involucrados. Sobre esa base, la falta de habilitación e inscripción de la institución Fertilab en el REFES como banco de gametos y la ausencia de un cuestionamiento concreto sobre la idoneidad del prestador ofrecido por la demandada -Gens- y sobre su inclusión con ese carácter en el mencionado registro, determinaron que la verosimilitud del derecho invocado no se considerara acreditada (cfr. fs. 83/85 del incidente mencionado). Sin embargo, la falta de registro inicial de la institución donde se atienden los actores como banco de gametos ha sido superada, como se desprende de los listados de fs. 154 y, 170 ambos del 1132016y de lo informado por el Ministerio de Salud a fs. 169, tal como se señaló en la resolución apelada. Además, de las constancias precedentemente citadas surge que hay otros establecimientos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires inscriptos en ese carácter, información también accesible en www.msal.gob.ar en la pestaña REFES Ley Nacional 26.862 de Fertilización Asistida. Tampoco se puede soslayar que la apelante se ha limitado a invocar el ofrecimiento originario de un prestador en la provincia d Buenos Aires, sin proponer alguno en esta ciudad, del que cabe suponer que dispone o debería disponer a esta altura de las circunstancias para brindar atención a sus afiliados e esta capital. En tales condiciones, la insistencia de la demandada en negar la cobertura en la institución donde se atienden los actores -cuyo carácter de prestador está fuera de discusión-, con el único argumento de que no ha sido contratada para los tratamientos que requieran donación de gametos, no resulta razonable y justifica apartarse del principio general establecido en en el Anexo II de la Resolución 201/02 -B.O. 19402- en cuanto a que ¿los Agentes del Seguro de Salud garantizarán a través de sus prestadores propios o contratados la cobertura y acceso a todas la prestaciones incluidas en el presente catálogo?, entre las que se encuentra la fertilización asistida (cfr. art. 8° de la ley 26.862). Las particularidades señaladas, que determinan una solución de especie, implican que la jurisprudencia que cita la accionada resulte inaplicable en el caso (cfr. Sala III, causa 4746/14 del 17516., CSJN 851/2013 (49S) RH "S., D. c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno s/ sumarísimo", del 15316).

5. Con relación a las costas, se debe tener en cuenta que la postura inicial de Osde, que dio lugar a la promoción de la demanda, encontró justificación en el cumplimiento de los recaudos previstos en las normas que rigen la materia, en el que se fundó la revocación de la medida cautelar (cfr. asimismo Sala III, doctrina de las causas 3264/15 y 7727/15, ambas del 15416), por lo que corresponde confirmar su distribución en el orden causado.

6. El Tribunal ha sostenido reiteradamente que la temeridad y malicia son conceptos que deben ser interpretados en forma restrictiva (cfr. esta Sala, causas 5137 del 9.11.76, 7649 del 28.2.79, 5864 del 26.8.80, 3678 del 31.5.88, 1742 del 20.8.91, 50.996 del 16.11.85, 45.604 del 21.3.96 y 24.468/94 del 24.11.98, entre muchas otras), toda vez que ellos han de ser confrontados con el adecuado ejercicio de defensa que atañe a las partes y que ostenta raigambre constitucional (cfr. esta Sala, causas 29.747 del 17.10.95 y 2571 del 24.10.95; Sala III, causas 2584 del 9.2.88 y 33.973/95 del 28.8.96). De tal manera, los preceptos que sancionan la conducta incorrecta están destinados exclusivamente a casos de real gravedad, y aun en ocasión de duda razonable corresponde estar a la amplitud de la defensa (cfr. Sala III, causa 4733 del 13.2.97; esta Sala, causas 21.054/96 del 25.6.98 y 2717/97 del 9.3.99). Tal gravedad se configura cuando se ha actuado obstruyendo maliciosamente el trámite procesal o haciendo una utilización arbitraria del proceso, con la intención de causar un perjuicio de índole material (cfr. FenochiettoArazi, ¿Código Procesal Civil y Comercial?, tomo 1, pág. 147), o con una actitud mañosa o maniobra desleal, articulada de mala fe y sin apoyo jurídico o fáctico alguno, de modo que nadie pueda tener duda de que no obedecen a un simple error o distintas posibilidades que brinda la jurisprudencia divergente sobre el punto, sino que trasuntan claramente dolo procesal (cfr. Falcón, E.M., ¿Código Procesal Civil y Comercial de la Nación?, tomo I, pág. 342; esta Sala, causas 53.134/95 del 2498 y 9888/93 del 28112000).

En este orden de ideas, de las circunstancias del caso reseñadas en este pronunciamiento no se advierte en la conducta de la demandada un propósito reaccionado con el dolo procesal, o dirigido a provocar un perjuicio de índole material y ello determina la confirmación también de este aspecto de la decisión. Por los fundamentos expuestos, el Tribunal RESUELVE: confirmar la resolución apelada, con costas de alzada por su orden en atención a los recíprocos vencimientos (art. 73 del Código Procesal, DJA).

La Dra. Najurieta no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Ricardo Guarinoni Francisco de las Carreras

020646E