

Empresa De Medicina Prepaga Accion De Amparo Fertilizacion Asistida Ovodonacion

JURISPRUDENCIA

Empresa de medicina prepaga. Acción de amparo. Fertilización

asistida. Ovodonación Se revoca la sentencia apelada y se ordena a Swiss Medical otorgar a una pareja la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación, al concluirse que la ubicación geográfica del centro especializado propuesto desnaturalizaba el derecho que presumía reconocer, impidiendo en los hechos que pueda ser ejercido en condiciones de accesibilidad e igualdad.

VISTO: El expediente nro. FBB 18870/2017/CA1, caratulado: ?M., E. C. y otro c/ Swiss Medical S.A. s/ leyes especiales (diabetes, cáncer, fertilidad)?, originario del Juzgado Federal nro. 2 de la sede, puesto al acuerdo en virtud del recurso de apelación deducido a fs. 135/138 vta., contra la sentencia de fs. 127/134 vta. El señor Juez de Cámara, doctor Pablo A. Candisano Mera, dijo:

1ro.) La jueza de grado hizo lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta, y en consecuencia ordenó a Swiss Medical S.A. otorgar a los actores la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (técnica ICIS) con ovodonación, en Centro de Reproducción y Genética Humana ?Crecer?, con asiento en la localidad de Mar del Plata, con el límite de dos intentos (hasta seis transferencias embrionarias), y el suministro de la medicación pertinente que indiquen los profesionales tratantes, y -en caso de ser necesario- ordenó brindar la cobertura del procedimiento de criopreservación de embriones que pudiera indicarse con su mantenimiento anual. Impuso las costas a la accionada vencida.

2do.) Contra la sentencia de grado, los actores interpusieron recurso de apelación únicamente respecto del lugar donde debe llevarse a cabo el tratamiento de fertilización (Instituto Crecer, de la ciudad de Mar del Plata). En términos aproximados, los recurrentes sostuvieron que el decisorio no cumple con el deber constitucional de motivar adecuadamente las sentencias, pues ésta no es una derivación razonada del derecho vigente, toda vez que resulta violatoria del derecho de igualdad ante la ley, conforme art. 16 CN. Fundaron dicha afirmación en que el hecho de tener que llevar a cabo el tratamiento en una localidad que se encuentra a 500 km. del lugar de su residencia implica cargar con gastos de traslado, hospedaje, licencias de trabajo, etc. al menos en cuatro oportunidades. Además se quejan que la jueza haya afirmado la idoneidad del Centro Crecer, sin obrar prueba alguna, y sostenido que su parte no acreditó un supuesto de excepción que demuestre la falta de idoneidad de crecer. Así, destacaron que su médico de confianza, G. P., no resulta prestador de dicho instituto y que desconocen los profesionales que van a llevar a cabo el servicio. Por los motivos expuestos, solicitaron se revoque la sentencia en lo que respecta al lugar donde llevar a cabo el tratamiento, y se condene a la demandada a cubrir los costos en el Instituto Ameris de nuestra ciudad.

3ro.) A fs. 143/145 dictaminó el señor Fiscal General subrogante, propiciando se haga lugar al recurso de apelación interpuesto.

4to.) El presente sub iudice refiere a una pareja con esterilidad primaria de varios años de evolución, por lo que solicitaron la cobertura integral del tratamiento de reproducción asistida de alta complejidad con ovodonación (dado que la mujer padece disminución de la reserva ovárica en edad reproductiva avanzada) en el Centro de fertilidad, Ginecología y Urología Ameris S.R.L., de nuestra ciudad. La jueza de grado reconoció el derecho a los tratamientos solicitados -cuyo alcance se encuentra firme y consentido-, disponiendo que los mismos deban ser llevados a cabo en el Centro de Fertilidad Crecer, con asiento en la ciudad de Mar del Plata (clínica prestadora de Swiss Medical). Para así decidir, luego de analizar la normativa legal y contractual aplicable, entendió que ?una correcta interpretación del sinalagma contractual [entre los actores y la prepaga] impone (.) no alterar obligaciones recíprocas en el sistema cerrado (.) y que la pretensión del tratamiento con prestador ajeno fuera de la cartilla, conduciría a que cada afiliado (.) exija el 100% de los honorarios de los profesionales que considere a su libre arbitrio (.) lo que implicaría desvirtuar el sistema (.) [por lo que] no existiría posibilidad alguna de establecer una ecuación económica viable para la continuidad del sistema, lo que redundaría en forma mediata en consecuencias disvaliosas para el universo de beneficiarios del mismo?. Asimismo, valoró que no se acreditó un supuesto de excepción que imponga considerar que el instituto ofrecido por la demandada (Crecer) no cuente con la idoneidad que el tratamiento requiere, y por lo tanto ?amerite habilitar un prestador sin convenio con la accionada?.

5to.) En cuanto al agravio relativo a la nulidad por falta de aplicación del derecho vigente, advierto que dicha causal como defecto configurativo de arbitrariedad no se verifica. Cabe recordar que la CSJN define como sentencia arbitraria aquella que no cumple con los recaudos de validez exigidos por la Constitución Nacional, al no hallarse debidamente fundada ni ser una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a las circunstancias probadas de la causa (cfr. Fallos 321:89; 339:635 ; 308:1075; 330:230; K. 92. XLVIII. REX del 20/08/2015, entre muchos otros); es decir, se exige la exteriorización por parte del juez o del tribunal de las razones que justifican la decisión en un sentido u otro, de modo que sea controlable el ?iter lógico? seguido para arribar a la conclusión jurídica.

Bajo este prisma, toda vez que de la lectura del decisorio recurrido es posible extraer las valoraciones fácticas y jurídicas que tuvo

en cuenta la a quo para concluir en los puntos resolutiveos, apoyándose para ello en las pruebas y circunstancias comprobadas en la causa, a mi juicio ?y por más opinable que pueda resultar a la parte cuyo interés afecta y poder incluso agregarse eventualmente otros justificativos? el resolutorio satisface el deber impuesto por el art.163 del CPCCN, lo que descarta de plano el vicio invocado.

6to.) Ahora bien, dado que la sentencia de grado ha reconocido el derecho a dos tratamientos de fertilización asistida disponiendo que los mismos deban ser llevados a cabo en el Centro de Fertilidad Crecer, con asiento en la ciudad de Mar del Plata -único hecho controvertido-, conforme lo había ofrecido - tardíamente- la demandada, corresponde analizar si el derecho reconocido puede ser efectivamente ejercido conforme los términos y condiciones en los que ha sido concedido. La ley 26.862, estatuyó el marco regulatorio de medicina prepaga, y en su artículo segundo definió el objeto de éstas, consistente en brindar a sus afiliados las prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud ?ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto?. Así pues, conforme prescribe el art. 2 de la ley 26.862, las obligaciones que las empresas de medicina prepaga asumen, deben estar orientadas efectivamente a brindar a sus afiliados las prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud, y, a contrario sensu, la entidad no cumple con el mandato prescripto si las condiciones que ésta impone para la práctica del derecho que dice reconocer constituyen -en los hechos- obstáculos que impiden el pleno ejercicio de las prestaciones, pues ello importaría la interrupción del servicio en perjuicio del afiliado, o un incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato suscripto entre las partes, afectando claramente la buena fe que tuvieron al contratar con la prepaga. Por ello, a fin de no ver desnaturalizadas las obligaciones que dicha entidad asume, corresponde a la judicatura evaluar si las condiciones que esta impone para el acceso a las prestaciones que reconoce -en el caso, realizar el tratamiento en ciudad ajena a la residencia de los beneficiarios-, pueden ser plenamente ejercidas, ofreciendo la oportunidad real de acceso a los servicios médicos. Ello en tanto, si bien es cierto que no es dable a los beneficiarios de plan cerrado -como el caso de autos- exigir a su respectiva empresa de medicina prepaga incluir prestadores ajenos al plantel que éstas ofrecen, tampoco es dable esperar que las prepagas pretendan exonerarse de su deber de brindar la correspondiente prestación de salud, ofreciendo una lista de colaboradores cuyas particularidades -al caso, distancia- tornen inasequible el efectivo acceso al tratamiento que su patología requiere. Ahora bien, dicho análisis no puede desvincularse de las circunstancias fácticas que implicaría a los actores la realización del tratamiento en una localidad a 500 km. de distancia de su lugar de residencia. Conforme surge acreditado, el tratamiento que la pareja debe seguir debe realizarse con donación de óvulos, atento la patología de la actora (disminución de reserva ovárica en edad reproductiva avanzada, que ante estímulo durante 8 días, hubo falta de respuesta ovárica, f.3). Dicho tratamiento implica que la actora debe hacerse presente en la clínica Crecer para que le sea realizada la transferencia embrionaria, la cual consiste ?en un procedimiento sencillo? (conforme informe de la Superintendencia de Servicio de Salud, específicamente a f. 59 vta.), mediante el cual, los embriones son depositados con catéter en la cavidad uterina. Dicho procedimiento no implica el sometimiento a anestesia, ni quirófano, ni necesidad de guardar reposo, pudiendo continuar con su rutina de forma habitual. En efecto, dado que la técnica no será realizada con ovocitos propios -sino que se requiere ovodonación-, la actora evita el shock hormonal para estimular la ovulación, y a su vez, no debe someterse a la recuperación de ovocitos - un procedimiento anestésico para aspirar los óvulos-. Así entonces, basta con que la amparista se presente el día de la transferencia embrionaria para llevarla a cabo, no siendo necesario que ésta realice más procedimientos que el descripto, y por lo tanto -a los fines de evaluar la accesibilidad al derecho reconocido- su presencia en la clínica únicamente se requiere para ese momento, procedimiento que -por cierto- es de corta duración. A ello se suma que, sin perjuicio de que no ha sido traído a conocimiento de este Tribunal si los espermatozoides a utilizar pertenecen al actor C. -de quien no se acredita disfunción-, o se realice con donación, lo cierto es que de darse el primer caso, el actor debiera entregar una muestra que puede ser utilizada en las sucesivas inseminaciones, por lo que solo se requeriría su presencia por una única vez. Y en caso de que deba utilizarse gametos masculinos donados, no resulta necesario -a los fines procedimentales del tratamiento- que el actor se haga presente en el instituto. Así pues, por las circunstancias fácticas analizadas -en especial por el tipo de tratamiento que debe seguirse- entiendo que no se encuentra desnaturalizado el derecho de acceso a las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad; por lo que corresponde a la demandada la cobertura de los gastos derivados del tratamiento en análisis. Por todas las circunstancias fácticas descriptas, corresponde rechazar el recurso de apelación, sin perjuicio de imponer las costas de esta instancia por su orden, atento como se resuelve. Por ello, propicio y voto:1) No hacer lugar al recurso de apelación de 135/138 vta., y en consecuencia confirmar la sentencia de grado, con los alcances previstos en el consid. 6, anteúltimo parra. 2) Diferir la regulación de honorarios para la vez que se estimen los del juicio principal (art. 30, ley 27.423). La señora Jueza de Cámara, doctora Silvia Mónica Fariña, dijo: 1ro.) Como fuera considerado en el voto que me precede, la jueza de grado hizo lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta, y en consecuencia ordenó a Swiss Medical S.A. a otorgar a los actores la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (técnica ICIS) con ovodonación, en el Centro de Reproducción y Genética Humana ?Crecer?, con asiento en la localidad de Mar del Plata, con el límite de dos intentos (hasta seis transferencias

embrionarias) y el suministro de la medicación pertinente que indiquen los profesionales tratantes, y -en caso de ser necesario- ordenó brindar la cobertura del procedimiento de criopreservación de embriones que pudiera indicarse con su mantenimiento anual.

2do.) Los agravios sobre los que se sostiene el recurso en examen fueron debidamente reseñados por mi colega preopinante por lo cual considero innecesarios reproducirlos por razones de brevedad. 3ro.) Ello sentado, voy a disentir con la solución adoptada en su voto por los motivos que seguidamente expondré. La ley 26.862, estatuyó el marco regulatorio de medicina prepaga, y en su artículo segundo definió el objeto de éstas, consistente en brindar a sus afiliados las prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud ?ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto?. Esto implica analizar si la forma y extensión en que se reconoció el derecho de los amparistas, implica su pleno goce. Dicho análisis no puede desvincularse de las circunstancias fácticas que implicaría para los nombrados la realización del tratamiento con condicionantes, esto es, en otro lugar de intervención, lejano al domicilio habitual de los mismos -casi 500 km. entre Mar del Plata y Bahía Blanca-. Entiendo que la decisión de primera instancia, en lo que es materia de recurso, no configura un respeto del derecho en forma adecuada. Y en ello ha de tomarse en cuenta que el derecho a la salud (en este caso reproductiva), así como los demás que de él se derivan, implican por parte de la judicatura un deber de procurar que la declaración de derechos efectuada en nuestra Constitución no quede en mera retórica, sino que a través de su función se permita la efectiva y eficaz realización de los mismos. En el caso, los accionantes presumiblemente deberían permanecer en la ciudad de Mar del Plata para la concreción del tratamiento. Para evaluar esto, tomo en consideración que el actor debe entregar la respectiva muestra espermica para realizar en el laboratorio el proceso de análisis, separación del plasma seminal de los espermatozoides, y selección de aquéllos con mayor movilidad, para luego proceder a la inseminación con los ovocitos donados ?[a]si se forman los embriones, que se mantienen en cultivo en el laboratorio entre 2 y 5 días y luego son transferidos a la cavidad uterina por medio de un delgado catéter, mediante un procedimiento sencillo? (v. informe de la Superintendencia de Servicios de Salud, específicamente a f. 59 vta.). Por su parte, en atención a la patología de la actora, el tratamiento debe configurarse con donación de óvulos, por lo que previo al implante del embrión en la cavidad uterina, ?la receptora es tratada con una medicación que prepara el útero para recibir los embriones y permitir su desarrollo? (informe mencionado; f.62 vta.). En síntesis, se desprende del informe emitido por la Superintendencia de Servicios de Salud que, en primer término, el actor debe hacerse presente en aquella ciudad para la entrega de la muestra espermica, la que a la postre será inseminada con ovocitos donados. Así, los embriones que resulten de aquella fecundación, deberán permanecer en el laboratorio ?entre 2 y 5 días?, para luego ser transferidos a la mujer -que previamente debe haber sido tratada con fármacos-. Si se toma en cuenta el tiempo que insumiría el desplazamiento desde nuestra ciudad a la de Mar del Plata, y los días necesarios que los actores deben hacerse presente en aquella localidad (imputándose un día de entrega de la muestra, dos días para mantener en cultivo el embrión formado -plazo mínimo informado- y un tercer día para llevar a cabo la transferencia embrionaria al seno uterino), más el tiempo para emprender la vuelta a la ciudad de Bahía Blanca, es dable inferir que la estadía mínima necesaria que la pareja requiere para realizar el proceso de fertilización asistida en la ciudad de Mar del Plata, abarcaría -al menos- 4 días (pernoctando, como mínimo 3 noches). Además, corresponde tener presente que la situación descrita podría llegar a repetirse -en caso de resultado negativo para la gestación- de forma sucesiva hasta lograr el embarazo o, agotar la totalidad de tratamientos que se le han reconocido, lo que suceda primero. Por otro lado, también considero pertinente valorar que ambos actores indefectiblemente deberían dejar sus labores durante el plazo estipulado, debiendo solicitar las respectivas licencias en sus trabajos.

A todo lo expuesto, resulta fundamental agregar que la prepaga demandada no ofreció hacerse cargo de los gastos que conlleva la realización del tratamiento en otra ciudad (traslados, alojamiento y comida). Por todas las circunstancias fácticas descriptas, entiendo que los términos en que fue concedido el derecho a la fertilización asistida, no implica el ejercicio en forma plena del derecho que se les reconoce, toda vez que las condiciones impuestas para su ejercicio no solamente generarían a los actores un evidente desgaste físico y emocional amen de los gastos colaterales descriptos para la prestación del servicio que les es debido. Lo meritado, en mi criterio se traduce en una desnaturalización del derecho que se pretende reconocer. 4to.) Por su parte, Swiss Medical sostuvo férreamente que el instituto Ameriss no reviste carácter de efector para el tipo de tratamiento que los actores requieren, por lo que, de concederse su pretensión se afectaría el equilibrio económico del contrato, asumiendo costos y riesgos empresaR no previstos por ésta, afirmando además, que ?[los actores] no pueden invocar el desconocimiento de los términos contractuales referidos, ello por cuanto el error de derecho es inexcusable y el reglamento lo ha suscripto de su puño y letra? (v. f. 76 vta. y reglamento general de contratación de fs. 43/46, en particular arts. 10.1 y 10.5). A fin de analizar este argumento, debe recordarse que nos hallamos ante un contrato tipificado por la entidad de medicina prepaga, en el que ésta diagrama unilateralmente su contenido y el adherente tiene tan sólo la posibilidad de aceptarlo o rechazarlo; por lo tanto, el alcance de las cláusulas genéricas debe interpretarse con prudencia, y en forma tal que no perjudique a la parte que no las predispuso, pues las condiciones generales de contratación son un recurso técnico que no puede transgredir el mandato de buena fe, y deben revisarse cuando, a través de ellas,

¿se genera una situación de desigualdad y desequilibrio en perjuicio del consumidor, facilitando la inclusión de cláusulas que afectan la relación de equivalencia del negocio, al desplazar sobre el contratante más débil gran parte del riesgo económico del contrato, permitiendo obtener grandes beneficios a expensas de los consumidores? (conf. Weingarten, Celia y Gherzi, Carlos A., ¿Medicina prepaga: cláusulas abusivas y traslado de riesgos al consumidor?, JA 1993-II-888). Si bien las empresas de medicina prepaga resultan verdaderos emprendedores económicos con legítimo fin de lucro, y que, como en toda organización empresarial, resulta lógico que se intenten racionalizar los costos, y se tienda a maximizar sus beneficios económicos, no debe perderse de vista que a toda relación contractual que vincula a éstas con sus beneficiarios, subyace una función social trascendental de garantizar una adecuada atención de la salud, extremo que no puede quedar subordinado a la cuestión comercial y que debe ser armonizado con el objetivo jurídico de satisfacer la buena fe de quienes celebraron el contrato con la razonable creencia de gozar oportunamente de los beneficios brindados por la relación contractual. Pues, si bien es cierto que -a priori- no es dable a los beneficiarios de un plan cerrado -como el caso de autos- exigir a su respectiva empresa de medicina prepaga incluir prestadores, profesionales o instituciones ajenas al plantel que éstas ofrecen, tampoco es posible admitir de la empresa demandada la pretensión de exonerarse de su deber de brindar la correspondiente prestación de salud, ofreciendo una lista de colaboradores cuyas particularidades -al caso, distancia- tornen dificultoso -sino imposible- el efectivo y pleno acceso al tratamiento que su patología requiere, y en el caso no se ha expuesto el alcance del perjuicio económico que le ocasionaría hacer frente a la prestación en el centro local, respecto del que ofrece en la ciudad de Mar del Plata, ello en el marco prescripto por el art. 2 de la ley 26.682. Por todo ello, y dadas las particularidades circunstancias delineadas supra, entiendo que las condiciones ofrecidas por la prepaga desnaturalizan el derecho que presume reconocer, impidiendo -en los hechos- que pueda ser ejercido en condiciones de accesibilidad e igualdad y, por tanto, corresponde hacer lugar al recurso impetrado. Por ello, propicio y voto: 1ro.) Hacer lugar al recurso de apelación de 135/138 vta.y, en consecuencia, revocar la sentencia de grado, ordenando a la demandada a otorgar la cobertura solicitada en el centro Ameriss S.R.L. de nuestra ciudad, sin costas en esta instancia por ausencia de contradicción (art. 68, segundo párrafo, CPCCN). 2do.) Diferir la regulación de honorarios para la vez en que se estimen los del juicio principal. El señor Juez de Cámara, doctor Roberto D. Amabile, dijo: Me adhiero al voto de la doctora Silvia Mónica Fariña. Por ello, y por mayoría de los votos que instruyen el presente, SE RESUELVE: 1ro.) Hacer lugar al recurso de apelación de 135/138 vta. y, en consecuencia, revocar la sentencia de grado, ordenando a la demandada a otorgar la cobertura solicitada en el centro Ameriss S.R.L. de nuestra ciudad, sin costas en esta instancia por ausencia de contradicción (art. 68, segundo párrafo, CPCCN). 2do.) Diferir la regulación de honoraR. para la vez en que se estimen los del juicio principal. Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN nros. 15/13 y 24/13) y devuélvase.

CANDISANO MERA PABLO A. Juez de Cámara MARÍA ALEJANDRA SANTANTONIN SECRETARIA
SILVIA MÓNICA FARIÑA JUEZA DE CÁMARA ROBERTO D. AMABILE JUEZ DE CÁMARA

035121E