

## Reintegro Por Gastos De Tratamiento De Fertilizacion Asistida Centros De Donacion De Gametos Falta De Habilitacion Legal

### JURISPRUDENCIA

Reintegro por gastos de tratamiento de fertilización asistida. Centros de donación de gametos. Falta de habilitación legal

En el marco de un juicio por cobro de sumas de dinero, se resuelve hacer lugar al recurso interpuesto por la demandada y revocar la sentencia que había hecho lugar a la demanda de reintegro de gastos por un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación.

En Buenos Aires, a los 7 días del mes de diciembre de 2017, se reúnen en Acuerdo los jueces de la Sala I de la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal para dictar sentencia en los autos mencionados en el epígrafe y, de conformidad con el orden del sorteo efectuado, la doctora María Susana Najurieta dijo:

1. La sentencia de fs.138/142 hizo lugar a la demanda promovida por los señores G. R. y J. I. G. C. y condenó a la demandada, Organización de Servicios Directos Empresarios a abonar a los actores la suma de pesos cincuenta y siete mil ochocientos cincuenta y cinco, con cincuenta centavos (\$ 57.855,50) en concepto de reintegro de gastos por un tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación, que fue indicado por la médica tratante del C.E.G.Y.R., prestador de la demandada, y que los actores realizaron en forma privada en enero de 2014, ante la falta de cobertura por parte de O.S.D.E. Para así resolver, el señor juez a-quo estimó que se hallaban en vigencia tanto la ley 26.862 como el decreto reglamentario 956/2013, que garantizaban el acceso integral a procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, de alta y baja complejidad, ya sea que incluyan o no donación de gametos y/o embriones. En consecuencia, dio operatividad al derecho a la salud y entendió que O.S.D.E. no podía ampararse en la falta de habilitación legal de centros de donación de gametos al comienzo del año 2014. El magistrado destacó que la demandada no había indicado otro establecimiento que cumpliera los recaudos legales y, por tanto, estaba obligada a satisfacer derechos que merecían amparo en virtud de normas de superior jerarquía, incluso ante la omisión de la reglamentación. En suma, la sentencia condenó a la parte demandada a cubrir la suma reclamada, con intereses y las costas del litigio.

2. Esta sentencia fue apelada por O.S.D.E. a fs. 144, recurso que fue concedido a fs. 145. El memorial de agravios corre a fs. 156 y recibió la contestación de la actora de fs. 160, donde reclama la deserción de la apelación. También se ha deducido apelación en materia de honorarios a fs. 146, recurso concedido a fs. 148.

3. Mi primera afirmación es que la solicitud de deserción de la apelación debe ser desestimada pues la parte demandada desarrolla con claridad y precisión un único agravio, por el que pretende la revocación de la sentencia, cumpliendo con ello los recaudos formales exigidos por el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. El argumento consiste en que a fines del año 2013 y comienzos del año 2014 no había ningún banco de gametos que cumpliera con las exigencias contenidas en los artículos 4 y 8 del decreto 956/2013, que son normas de orden público y que, por tanto, su parte se enfrentaba a un obstáculo legal para dar operatividad a los derechos invocados por los actores frente a la clara imposición de la autoridad sanitaria que exigía que los gametos y/o embriones donados provinieran exclusivamente de bancos habilitados y registrados en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (ReFES).

4. Las constancias de la causa revelan que la señora G. R. y el señor J. I. G. C. son afiliados a O.S.D.E. y que la Dra. Sandra Miasnik, médica especialista en fertilidad del centro C.E.G.Y.R., prestador de la cartilla de la demandada, les indicó el 18 de noviembre de 2013 tratamiento de fertilización asistida FIV/ICSI por ovodonación (fs. 1). Por nota del 26/11/2013 (fs. 11) los actores intimaron a la demandada a responder en 48 hs. si se haría cargo de la cobertura en el centro asistencial donde se atendían, el Centro de Estudios en Ginecología y Reproducción -C.E.G.Y.R.-, que también disponía de programas de ovodonación y de laboratorio de embriología. Poco después, por nota del 27/2/2014 (fs. 16) manifestaron haber realizado la práctica de alta complejidad ante el silencio de O.S.D.E. y reclamaron el reintegro de diversas facturas de honorarios profesionales, prácticas y medicamentos. Todos estos gastos fueron reconocidos como auténticos en el curso del procedimiento (conf. fs. 83 y fs. 96). Consta en autos la respuesta al oficio cursado al Ministerio de Salud, que acompaña la planilla del 15 de julio de 2015, donde se hace saber: a) que las autoridades sanitarias jurisdiccionales son las responsables de registrar (habilitar y categorizar) los establecimientos sanitarios para procedimientos de RMA, como así también los bancos de gametos y/o de embriones; y b) que al 3/7/2015 el C.E.G.Y.R. no aparece registrado como banco de gametos. El litigio no versa, pues, sobre la resistencia de la demandada a cubrir los gastos, honorarios médicos y medicación correspondientes a procedimientos de fertilización asistida de alta complejidad que incluyen donación de gametos, sino de establecer la obligación de la demandada de otorgar esa cobertura en el sub-lite, en que la actora ha recurrido a un banco de gametos no habilitado ni registrado según la normativa vigente.

5. Este Tribunal ha sostenido en numerosos precedentes que la imposibilidad de procrear es una limitación que puede afectar de manera real y efectiva la calidad de vida y la salud psíquica de una pareja. La infertilidad impacta de modo negativo en la salud psíquica de las personas que la padecen (conf. Suprema Corte de

Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala 1ª, in re "R.M.M. c/Obra Social de Empleados Públicos" del 28/8/2007), es una situación que afecta el "estado de bienestar físico, mental y social" que se corresponde con el concepto amplio de salud ([www.who.int/about/definition/es/](http://www.who.int/about/definition/es/)) y, en palabras del Comité de Derechos Humanos, la posibilidad de procrear es parte del derecho a fundar una familia (Observación general n° 19, "Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos", artículo 23; HRI/GEN/1/Rev.7,171,1990, párr..150). Por lo demás, la República Argentina está obligada a dar efectividad a los derechos sociales y económicos -entre los que se encuentra el derecho a la salud- en los términos del artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos?". Destaco que la Constitución Nacional atribuye al Congreso de la Nación la promoción de medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Ley Fundamental y los tratados de derechos humanos (art. 75, inciso 23, Constitución Nacional). Esta intervención del Poder Legislativo de la Nación -donde están presentes los representantes del pueblo y de las Provincias- es especialmente pertinente cuando se trata de materias -como las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad- que impactan políticas públicas de salud y que presentan diversas aristas de discusión. Ello es así, puesto que requieren consensos comunitarios sobre las opciones bioéticas involucradas y la toma de decisión sobre provisiones de financiación (esta Sala, causa 7957/08 del 30/10/2008; causa 5062/08 del 13/10/09; causa 6618/2009 del 6/5/2014). En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que el legislador ha designado al Ministerio de Salud de la Nación en calidad de autoridad de aplicación de la ley 26.862 (artículo 3° de tal cuerpo legal) y ha conferido a ese departamento de Estado la responsabilidad de fijar los requisitos para la habilitación de los establecimientos asistenciales que brinden servicios en orden a la reproducción médicamente asistida (art. 5 de la ley 26.862). El fundamento es la especificidad de las facultades, competencias técnicas y responsabilidades en materia de salud que despliega la cartera ministerial mencionada de las que carecen, en principio, las estructuras correspondientes a otros departamentos del Estado, entre ellas, las del Poder Judicial (Corte Suprema de Justicia de la Nación, "L.E.H.y otros c/O.S.E.P. s/amparo" del 1/9/2015). Por lo demás, esta Sala ha destacado las complejas cuestiones relacionadas con las implicancias de la ovodonación (conf. causa n° 7723/10 del 12/7/2013) y la trascendencia de las cuestiones que atañen tanto a la ovodonación como a la selección de embriones, las que exigen un debate social, plural, independiente e interdisciplinario en atención a los conflictos legales, éticos, morales y jurídicos que están comprometidos (Sala 1, causa n° 7723/2010 ya citada; Sala III, causa n° 9896/09 del 10/6/2011; causa n° 11.175/08 del 23/4/2013; Bergel Salvador D., "La elaboración de leyes sobre bioética", La Ley 2011-E-1366).

6. En este contexto, el artículo 4 de la ley 26.862 dispone el deber de inscripción en un registro único de los establecimientos médicos donde funcionen bancos receptores de gametos y/o embriones. El artículo 8 del decreto reglamentario 956/13, en el párrafo séptimo, establece que: "En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES) de la DIRECCIÓN NACIONAL DE REGULACIÓN SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIO DE SALUD, dependiente del MINISTERIO DE SALUD. Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante?". Es evidente que estos requisitos han sido establecidos para el ejercicio adecuado del poder de policía del Estado en la materia, cuya importancia y trascendencia social no puede sin más soslayarse (conf. esta Sala, causas 111/2014 del 6/5/2014; causa 2738/14 del 26/8/2014; causa 3989/2015 del 4 de noviembre de 2016). La parte actora no ha impugnado la constitucionalidad de estas disposiciones sino que las considera inaplicables. Sin embargo, las limitaciones y requisitos que aparecen en el artículo 8 del decreto 956/13, como así también en la Resolución 1035/15 del 25/8/2015 -posterior a los hechos que son materia de este litigio- son plenamente coincidentes con lo dispuesto en los artículos 563 y 564 del Código Civil y Comercial de la Nación. No se trata, pues, de aspectos de los que los jueces puedan prescindir, pues hacen al equilibrio de los delicados intereses en juego y a la política pública de tutela sanitaria de la comunidad.

7. De ello concluyo que la negativa de O.S.D.E. a hacerse cargo de la prestación de ovodonación en el C.E.G.Y.R., que no era un centro habilitado específicamente para ello, no puede ser considerado un acto teñido de arbitrariedad ante normas que expresamente imponían tal recaudo, por razones de orden público. Señalo finalmente que el último párrafo del artículo 8 del decreto 956/2013 -que autoriza a sustituir la falta de diligencia de la autoridad de aplicación- no es de utilidad para la cuestión que se dirime en este litigio, habida cuenta que sólo se refiere a la elaboración de una "norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas" que no es pertinente a los fines de suplir la falta de habilitación y de registro como banco de gametos. Por ello, expreso mi voto en el sentido de hacer lugar al recurso de la parte demandada y revocar la sentencia apelada,

rechazando la demanda de reintegro. Por las dificultades de interpretación del plexo normativo en juego y las distintas soluciones jurisprudenciales que el conflicto ha recibido, considero que se encuentra justificado el supuesto excepcional del art. 68, segundo párrafo del Código Procesal, que habilita a la distribución de las costas en el orden causado en ambas instancias. Los doctores Francisco de las Carreras y Fernando A. Uriarte adhieren al voto que antecede. En mérito a lo deliberado y a los términos del Acuerdo precedentemente transcrito, el Tribunal RESUELVE: hacer lugar al recurso de la parte demandada y revocar la sentencia apelada. Consecuentemente, se rechaza la demanda de reintegro de sumas de dinero. Con costas de ambas instancias en el orden causado (art. 68, segundo párrafo, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Se dejan sin efecto los honorarios regulados a fs. 142 vta. (conf. artículo 279 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). En atención al monto de la condena con más los intereses apreciados prudencialmente hasta el presente (conf. esta Cámara en pleno, ?Ford Motors S.A. C/ Gobierno Nacional? del 7/9/76 y causa 21.961/96, ?La Territorial de Seguros SA c/ Staf s/ incidente? del 11/9/97) y valorando el mérito, la extensión, la eficacia de la labor desarrollada y las etapas cumplidas, se fijan los honorarios de la dirección letrada y representación de la demandada, Dr. Francisco Adolfo Clucellas, en la suma de dieciséis mil trescientos pesos (\$ 16.300), y los de la Dra. Rosana Silvia Rodríguez -por su actuación de fs. 70-, en la suma de ochocientos pesos (\$800). Por otro lado, se establecen los emolumentos del patrocinio letrado de la parte actora, Dr. Andrés Gitter, en la suma de cinco mil trescientos pesos (\$ 5.300), y los de la Dra. Mariana Nadia Pérez, en la suma de doscientos setenta pesos (\$270) -por su actuación de fs. 70-; conforme a los arts. 6, 9, 36 y 37 del Arancel de Honorarios de Abogados y Procuradores. Asimismo, se fijan los emolumentos de la mediadora Dra. Viviana Graciela Ocampo, de conformidad al Decreto 1467/11, Anexo III, art. 1º, inciso g), teniendo en cuenta, además, la fecha de celebración de la audiencia (25/3/14 cfr. fs. 23), así como la irretroactividad de los aranceles, en la suma de dos mil doscientos ochenta pesos (\$ 2.280). Por la labor realizada en la Alzada, se regulan los honorarios de la dirección letrada y representación de la demandada, Dr. Clucellas, en la suma de cinco mil setecientos pesos (\$ 5.700), y los del letrado patrocinante de la actora, Dr. Gitter, en la suma de cuatro mil pesos (\$ 4.000) -art. 14 y cit. del Arancel-. Regístrese, notifíquese y devuélvanse los autos. María Susana Najurieta Francisco de las Carreras Fernando A. Uriarte 023692E