

Tratamiento De Fertilizacion Asistida

JURISPRUDENCIA

Tratamiento de fertilización asistida

Se revoca la sentencia y

se condena a la demandada a reintegrar a la actora el costo integral de las prestaciones de ovodonación, porque la obra social autorizó los tratamientos requeridos, pero no los pagó, aunque la Superintendencia de Servicios de Salud la había intimado a hacerlo.

Buenos Aires, 6 de febrero de 2018. VISTO: el recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 81 -fundado a fs. 83/86, el que no recibió respuesta-, contra la sentencia de fs. 75/77, y la medida para mejor proveer de fs. 95, que dio lugar al informe de fs. 96 cuyo traslado fue contestado a fs. 102/103 Y CONSIDERANDO: I. El 7 de Julio del 2015 la señora A. F. P. inició la presente acción de amparo con medida cautelar, a fin de que la Obra Social Unión Personal de la Unión del Personal Civil de la Nación le brinde la cobertura integral del tratamiento de fertilización médicamente asistida de alta complejidad mediante ovodonación, indicado por su médico tratante como único recurso para procrear debido a su edad y que le reintegre la suma gastada para la realización de un tratamiento de ovodonación llevado a cabo en el mes de noviembre del año 2014, cuyo costo Unión Personal se negara a pagar, no obstante haber sido intimada por la Superintendencia de Servicio de Salud para hacerlo. Expuso, que realizó cuatro tratamientos de fertilidad de baja complejidad con resultado negativo y que, pese a ello realizó dos tratamientos de alta complejidad, siendo también de resultado ineficaz. Relató además, que ante los resultados infructuosos, a comienzos de 2014 solicitó a la entidad demandada la cobertura de un tratamiento de fertilización medicamente asistida de alta complejidad mediante ovodonación, como último recurso para lograr la procreación, el cual no fue cubierto íntegramente por Unión Personal no obstante haber sido intimada a hacerlo por la Superintendencia de Servicio de Salud. Manifestó que, como no obtuvo resultados positivos, en el primer tratamiento con ovodonación decidió someterse nuevamente a la misma técnica, pero ante la negativa de la Obra social a pagar los gastos para su realización, inició el presente reclamo para obtener su cobertura total. El juez de la instancia anterior, previo a dar cualquier trámite a la causa, intimó a la demandada para que informara si brindaría a la actora las prestaciones requeridas (fs. 25). Ante este requerimiento a Obra Social de la Unión del personal Civil de la Nación expresó que la accionante realizó el tratamiento de ovodonación requerido el 7 de septiembre de 2015. Asimismo, sostuvo que no pagaría el costo de realización por no haberse cumplido el plazo de tres meses que establece el decreto reglamentario de la ley 26.862, no obstante que el tratamiento anterior había sido realizado en noviembre del año 2014. También manifestó su negativa a pagar el primer tratamiento de ovodonación efectuado por la actora. A fs. 38, conociendo el juzgado que el tratamiento requerido por la actora había sido realizado, se imprime a las presentes actuaciones el trámite de juicio sumarísimo, y se ordena correr traslado de la demanda. Al contestar el traslado la accionada niega tener ninguna obligación de pagar los tratamientos de ovodonación realizados por la actora. Y no ofrece prueba. A fs. 66/68vta. la accionante informó que realizó el tratamiento de fertilización asistida con resultado positivo, pero con pérdida posterior del embarazo. Acompaña también, la factura por \$35.000 del pago que hizo para llevarlo a cabo. Sostuvo que la demandada autorizó la prestación pero nunca lo abonó, tal como había pasado en noviembre del 2014 cuando se sometió al mismo tratamiento que le costó \$27.000. Por tal motivo, solicitó que se le reintegrara el costo de los dos tratamientos, es decir las sumas de \$ 27000 más la de \$ 35.000. II. En el fallo de fs.75/77, el Magistrado declaró agotado el objeto de la acción respecto de la obtención de la cobertura del tratamiento realizado y rechazó la pretensión de reintegro por tratarse de un proceso de amparo que se encuentra reservado para aquellas situaciones extremas en la que la carencia de otras vías legales aptas para zanjarlas pueden afectar derechos constitucionales. El rechazo de la pretensión de reintegro originó el recurso de apelación de la actora. III. La recurrente manifiesta que el señor Juez incurrió en dos errores al fallar: a) no advertir que al procedimiento se le había dado trámite de proceso de conocimiento sumarísimo y no de amparo; y b) considerar que el objeto del proceso estaba agotado porque el tratamiento de fertilización asistida se había realizado antes del dictado de la sentencia. La accionante sostiene que el reintegro de lo pagado por su parte para realizar los dos tratamientos de fertilización asistida, que debió abonar la demandada y no lo hizo, constituye el objeto del proceso y como hasta el momento la obra social no cumple con su obligación legal de pagar los tratamientos de fertilización asistida no se puede dar por agotado el objeto del proceso. Expresa que el presente proceso se inició con dos objetos claramente diferenciados (1) el reintegro del costo del procedimiento realizado en noviembre del 2014, que ascendió a \$ 27000 y (2) la cobertura integral de un nuevo procedimiento, que a la postre tuvo lugar en setiembre del 2015 con un costo de \$ 35000 que el demandado autorizó, pero se negó a abonar. Insiste entonces en que el objeto del proceso no se encuentra agotado porque no basta que la obra social autorice la realización del tratamiento si no que es necesario que además pague lo correspondiente para hacerlo efectivo. Destaca que al ser un proceso sumarísimo y no un amparo, ha permitido un debate más amplio, como así también mayor producción de prueba y por lo tanto, el reclamo del reintegro es perfectamente viable. IV. El Tribunal ordenó

como medida de mejor proveer, ¿intimar a la parte demandada por el plazo de cinco días a fin de que informe y adjunte la documentación correspondiente respecto de si ha cubierto algún tratamiento de fertilización asistida a la afiliada Sra. A. F. P., detallando fecha, tipo de cobertura, costo y cualquier otra información de interés para la causa? (fs. 95). La demandada UNION PERSONAL CIVIL DE LA NACIÓN, informó a fs. 96 que su prestador GESTAR ¿realizó en Noviembre del año 2015 un tratamiento de ovodonación con resultado beta negativo?. En este escueto escrito la Obra Social omitió informar tanto el costo del procedimiento realizado, como si había pagado el tratamiento y consecuentemente no acompañó ninguna documentación. Corrido traslado a la reclamante de lo informado por la Obra Social esta destaca que el informe es incompleto ya que la prestadora de salud guardó silencio sobre el costo de las técnicas y sobre el pago de los tratamientos de fertilización asistida. Insiste en que los tratamientos fueron pagados por su parte y reitera la necesidad de que se le reintegre tanto los \$ 27.000 correspondientes al tratamiento efectuado en noviembre del 2014 como los \$35.000 del efectivizado en setiembre del año 2015. Por lo que la cuestión a decidir radica en determinar a quién le corresponde el pago de los tratamientos de fertilización asistida realizado por una afiliada de una obra social, y si probado que el pago fuera realizado por quien no era la obligada, el reintegro de lo abonado puede ser ordenado en un proceso de características sumarísimas. V. Esta fuera de discusión que la actora siendo afiliada de la Obra Social de la Unión Personal Civil de la Unión del Personal Civil de la Nación realizó dos tratamientos de ovodonación uno en noviembre del 2014 y otro en septiembre del 2015, cuyo costo la prestataria del servicio de salud se negó a cubrir. La negativa expresa a abonar los tratamientos, fue manifestada por la obra social en varias oportunidades a lo largo de este proceso. Así cuando el Señor Juez de la instancia anterior, previo a correr traslado de la demanda le solicitó se expidiera sobre su voluntad de cubrir los tratamientos pretendidos, la requerida afirmó que ambos tratamientos habían sido realizados y se negó a pagar su costo. Igual negativa formuló al contestar demanda, cuando ya el segundo de los tratamientos estaba realizado y finalmente cuando este Tribunal mediante medida de mejor proveer la intimó a manifestar si había pagado los tratamientos y acompañar los comprobantes, la obra social solo dijo que sabía que el tratamiento había sido realizado, por un prestador de su parte y no dijo haberlos pagado, ni acompañó ninguna documentación. De las constancias de la causa surge claro que la Obra Social de la actora no abonó los tratamientos de ovodonación realizados por su afiliada, cuya efectivización autorizó y cuya realización no cuestiona. Las excusas dadas para no efectuar el pago son inatendibles, ya que la manifestación que no debe hacerse cargo del segundo tratamiento por no haber transcurrido el plazo de tres meses que exige la ley entre una y otra práctica es insostenible cuando un tratamiento se realizó en noviembre del 2014 y el amparo se inició en Julio del 2015; y la autorización dada para las prácticas demuestra que ellas se adecuaban a la normativa vigente, ya que de lo contrario no las hubiese autorizado. Por su parte, la actora, en una actitud más coherente con la carga dinámica de la prueba que la que asume la demandada, acompañó las facturas de pago de ambas técnicas. Una de ellas obra a 67 y da cuenta del pago de \$ 35.000 por la realización de un tratamiento de fertilización asistida mediante ovodonación a Gestar Asistencia SRL de fecha 12 /09/2015 y la otra de fs. 8 por \$ 27000 de fecha 8 de noviembre del 2014. Obrar también en la causa intimaciones de la Superintendencia de Seguros de Salud dirigidos a la Obra Social de la Unión Personal Civil de la Nación, para que realice la práctica de ovodonación requerida por la actora bajo apercibimiento de sustanciar el procedimiento sancionatorio establecido en la normativa y recordándole a Unión Personal el plexo jurídico que la obliga a realizar el tratamiento en especial que la cobertura de la Donación de Gametos es una práctica obligada por los agentes del seguro y Medicina Prepaga por encontrarse incluido en el artículo 8 de la ley 23.862. De lo expuesto surge claro que la Obra Social se limitaba a autorizar los tratamientos requeridos pero que no pagaba su costo, no obstante que entre uno y otro medio más de tres meses, como se comprueba de la simple lectura de las fechas en que se realizaron. Probado este extremo se debe analizar quien debe pagar las técnicas de fecundación asistida realizadas por una afiliada a una obra social en la legislación vigente. VI. Cabe recordar que en el ámbito nacional, rige la ley 26.862 que tiene por objeto -según declara en su art.º 1º- "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida". Esta última designación es definida en la propia ley, mediante una referencia "... a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo...", dejando expresamente comprendidas en ese concepto "... las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones...". En concordancia con ello, el nuevo régimen legal establece que "... todos aquellos agentes que brinden servicios médicos-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., los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina., intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante" (art.8 de la ley 26682). De la normativa expuesta surge clara la obligación de la Obra Social de cubrir íntegramente los tratamientos solicitados

por la accionante, tal como se lo señalara la Superintendencia de Servicios de Salud en el año 2014. Mientras que de las constancias del expediente se desprende que la prestadora de salud no ha pagado los tratamientos que autorizó a que efectuara la actora, no obstante la intimación administrativa y la realización del presente proceso. Ello así resta determinar si en este juicio que ha durado dos años y medio, se puede condenar a la obra social a pagar lo que la obliga la ley y que en el presente caso pagó la actora o si por el contrario se debe condenar a la accionante a que transite un nuevo proceso para poder cobrar lo que abonó en lugar de la demandada.

VII. Así propuesta la cuestión, es importante indicar que la omisión por parte de la entidad demandada en autorizar en tiempo hábil el tratamiento de fertilización por ovodonación requerido por una afiliada de 45 años restringió con arbitrariedad manifiesta su acceso al derecho a la reproducción y a la constitución de una familia. A esas omisiones del sistema de salud no puede hoy sumársele una denegatoria injustificada al reintegro del pago del tratamiento que fue abonado por la mujer por la omisión reiterada y recurrente de la OBRA SOCIAL DE LA UNIÓN PERSONAL CIVIL DE LA UNIÓN DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACIÓN.

VIII. En cuanto al reintegro de los gastos soportados para la realización del tratamiento si bien es doctrina de este Tribunal que estos no corresponden en el proceso abreviado del amparo ya que este se encuentra reservado para aquellas situaciones extremas en las que la carencia de otras vías legales aptas para zanjarlas pueda afectar derechos constitucionales. (conf. esta Cámara, Sala I causas 3676/97 del 14.10.97, 892/01 del 1/3/01, 797/01, 27.3.01; 9250/09 del 12.4.12, 1096/11 del 27.6.13, 5541/11 del 28.5.15 entre muchas otras). En este caso tal doctrina jurisprudencial debe ser dejada de lado porque iría contra todo principio de economía procesal obligar a la actora a realizar otro proceso de conocimiento y recorrer dos instancias para obtener el pago de su acreencia, cuando en este juicio se ha demostrado claramente: que comporta una obligación legal de las obras sociales el pagar los tratamientos de fertilización asistida que se realicen sus afiliadas con los alcances legales; que medió una disposición de la Superintendencia de servicios de Salud intimando a la Obra Social Personal de la Nación a solventar la totalidad del tratamiento que fuera realizado en noviembre del 2014; que la demandada no pagó los tratamientos de fertilización asistida por ovodonación que requería su afiliada; que solamente autorizó su realización pero no abonó su costo; que los tratamientos fueron íntegramente pagados por la reclamante quien sumió una obligación que legalmente le corresponde a la Obra Social autorizante. Motivos por los cuales tiene derecho a su reintegro, de manera inmediata, ya que obligar a la realización de otro proceso judicial para demostrar lo que aquí se encuentra probado comportaría un exceso de rigor manifiesto, y atentaría contra todo sentido de eficacia y celeridad en la impartición de justicia, lo que en definitiva conllevaría a una denegatoria de justicia. En definitiva si bien, por la vía del amparo, el reintegro de gastos no resulta procedente, si lo es en este caso especial porque al amparo se le dio trámite de proceso de conocimiento sumarísimo, donde el demandado pudo ofrecer prueba, y no lo hizo. Además con la medida de mejor proveer se le dio una nueva oportunidad a la Obra Social de demostrar el pago de su obligación legal, pago que no demostró, ni afirmó haber hecho. Por otra parte se encuentra absolutamente acreditado que la demandada debió pagar las técnicas de fecundación asistida realizadas y hasta el momento no ha logrado el reintegro de lo pagado. Cabe señalar que en un caso similar a este la Corte de la Provincia de Salta condenó a una obra social dar cobertura total del tratamiento de fecundación asistida y señaló que ¿si bien, por la vía del amparo, el reintegro de gastos no resulta procedente, si lo es cuando se ordena la cobertura de un problema de salud y el reconocimiento guarda relación directa e inmediata con la protección de la salud del amparado? (Corte de Justicia de la Provincia de Salta ?, M. L.; D., A. A. c. Instituto Provincial de Salud de Salta s/ amparo - recurso de apelación. 18/03/2016 Publicado en: LLNOA 2016 (julio), 393. DJ 17/08/2016, 39. LLNOA 2016 (octubre), 493. LLNOA 2016 (diciembre), 537 con nota de Rodrigo Monasterio Cita online: AR/JUR/11484/2016). Hay que tener en cuenta además, que en procesos donde se discuten cuestiones atinentes a la salud deben reforzarse los deberes de cooperación y buena fe a cargo de las partes, al mismo tiempo que debe acentuarse la celeridad y economía procesal (art. 34. Inc. 5 punto 5 del CPCCN), a fin de lograr el dictado de una sentencia justa sustentada en la realidad litigiosa que haga efectiva la tutela jurisdiccional de los derechos, en el marco, naturalmente, de la observancia de las garantías del proceso.

IX. En definitiva la Obra Social de la Unión Personal Civil de la Unión del Personal Civil de la Nación debe reintegrar a la actora el costo integral de las prestaciones de ovodonación y en tal sentido deberá pagar la suma de \$27000 y \$ 35000 con más los intereses moratorios desde que cada pago se efectivizó. La tasa será la activa vencida que en descuentos a treinta días aplica el Banco de la Nación Argentina.

X. Finalmente, cabe decir que los gastos causídicos de ambas instancias corresponde imponerlos a la demandada (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal). Por ello, SE RESUELVE: revocar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de agravios y condenar a la OBRA SOCIAL DE LA UNIÓN PERSONAL CIVIL DE LA UNIÓN DEL PERSONAL CIVIL DE LA NACIÓN a que pague a la actora la suma de pesos VEINTISIETE MIL (\$27000) y de pesos TREINTA Y CINCOMIL (\$35000) con más los intereses desde que cada pago se efectivizó. La tasa será la activa vencida que en descuentos a treinta días aplica el Banco de la Nación Argentina. Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada vencida (art. 68, segundo párrafo del CPCCN). De conformidad con el artículo 279 del Código Procesal, teniendo en cuenta la naturaleza de la presente causa y el mérito, extensión y eficacia de los trabajos, se fijan

los honorarios del letrado patrocinante de la actora, Dr. Maximiliano Antonio Rodríguez en la sumas de pesos veintitrés mil (\$23.000) (artículos 6, 7 y 39 de la ley 21.839 modificada por la 24.432). Por los trabajos de Alzada, ponderando el mérito de los escritos presentados y el resultado del recurso, se establecen los emolumentos del Dr. Rodríguez, en pesos ocho mil (\$8.000) (artículo 14 y cit. del arancel). Regístrese, notifíquese, oportunamente publíquese y devuélvase. Ricardo Gustavo Recondo Graciela Medina Guillermo Alberto Antelo 025455E