

General Roca, 29 de marzo de 2022.

AUTOS Y VISTOS: Para dictar sentencia en las presentes actuaciones caratuladas "COSTA ROMINA SILVANA Y OTRA C/ SWISS MEDICAL S.A. Y OTRA S/ COBRO DE PESOS (Ordinario)" (A-2RO-3-C9-13), de los que

RESULTA: A fs. 44/50 se presentan Romina Silvana Costa y Oscar Gabriel Cayetano de Piano, con patrocinio letrado y adjuntando la documental de fs. 3/43, promoviendo demanda ordinaria por cobro de la suma de \$ 54.510,76, sus intereses, costos y costas, contra Swiss Medical S.A.

Relatan que se constituyeron una pareja desde el año 2007 y luego en el año 2010 formalizaron el concubinato en el Registro Civil de esta ciudad.

Describen que el sr. Oscar de Piano no posee trabajo fijo y se desempeña como cuidador de una casa en una chacra ubicada en el barrio La Rivera, que no se trata de un trabajo fijo remunerado, sino de una retribución por el uso de la casa que habitan, ya que el propietario tiene temor que tomen las tierras, y Romina Costa se desempeña como administrativa en el Sanatorio Juan XXIII S.R.L.

Afirman que habitan un inmueble sito en el barrio La Rivera, en calle Julio Armada n° 3353, que se trata de una casa ubicada en una chacra atrás del autódromo, pero su domicilio real figura en calle Kennedy n° 1570, domicilio particular de la madre de Oscar de Piano, puesto que en el lugar donde viven no llega la correspondencia.

Sostienen que concertaron contratos de asistencia de salud con la firma demandada, que brinda servicios de medicina pre-paga, siendo una de las líderes en el sector, ostentando la sra. Costa la credencial que la indentifica como socia con el n° 0-11127 y dentro del plan sb04-py-1001, y el sr. de Piano es también socio con el n° 0-1112 del plan sb-04-py-1001, cobertura que adquirieron mediante derivación de aportes que la sra. Costa efectúa por su trabajo en relación de dependencia, abonando todos los meses la diferencia entre el descuento legal y el costo de cobertura.

Alegan que no poseen contrato formal, puesto que al momento de contratar solo les solicitaron suscribir un formulario de adhesión, no informándole la demandada los alcances y/o limitaciones de cobertura que esgrimió la demandada al solicitarle oportunamente cobertura.

Explican que como cualquier pareja normal, la formación de una familia se completa con la descendencia, relatando que con el paso del tiempo no pudieron concretar el embarazo, siendo un objetivo que estaban dispuestos a consagrar todo su tiempo, ahorros y dedicación.

Sostienen que la sra. Costa se sometió a diversos tratamientos de fertilización, habiendo transitando durante más de un año a diversos tratamientos de fertilización asistida de baja complejidad sin obtener éxito en los mismos, debiendo sumarse la edad de la sra. Costa.

Describen que desde el inicio de los tratamientos han pasado dos años sin tener éxito, por lo que el 25/04/2012 el dr. José Luis Antelo indicó el tratamiento FIV/ICSI, y con el diagnóstico y la prescripción concurrieron ante las oficinas de Swiss Medical S.A., a fin de requerir la cobertura de la práctica indicada por el médico.

Alegan que la demandada se negó a recibir el requerimiento en forma escrita, por lo que debieron intimar fehacientemente a la empresa demandada a cubrir los gastos necesarios para el tratamiento, la cual se concretó mediante carta documento n° 260392826, enviada el 22/05/2012, cuyo texto transcribe.

Atribuyen a la demandada actitud obstructiva y trato discriminatorio, el cual se concretó con la carta documento n° 273396334/5 del 28/05/2012, donde la firma ratifica su negativa a financiar el tratamiento, dando razones de estricto derecho quirritario, transcribiendo sentencias de los años 2007/8.

Sostienen que el estado psicológico de la sra. Costa, afectada por el largo proceso, no les dejó otra salida que el afrontar el costo del tratamiento, con el sacrificio de sus ahorros, algún préstamo y la ayuda de familiares que les permitió juntar la suma necesaria, llevándose a cabo el tratamiento en la ciudad de Buenos Aires entre los días 8 y 13 del mes de julio del año 2013, con resultado exitoso.

Entienden que la negativa de la institución de medicina pre-paga configura un incumplimiento contractual y de las reglamentaciones vigentes en la materia, tal y cual han definido el contenido de las prestaciones a que se ven obligadas este tipo de instituciones, detallando que la demandada incumplió su deber jurídico al negarse a financiar el tratamiento, correspondiendo la restitución de los dineros que se vieron obligados a invertir.

Asimismo, atribuyen a dicha conducta un incumplimiento contractual malicioso, lo que justifica una reparación del daño moral.

Refieren al derecho aplicables, invocando la necesaria intervención del estado en la regulación del sector, para definir los límites dentro de los cuales el contrato se debe regir, así como la cobertura del tratamiento de fertilización asistida por parte las pre-pagas, las cuales no pueden excluirlos de sus programas de atención a los adherentes.

Cita jurisprudencia local donde se condenó a la demandada a dar cobertura al

tratamiento que solicitan, e invocan la ley de defensa del consumidor.

Reclaman los honorarios y gastos por el tratamiento de fertilización asistida, que detallan, totalizando la suma de \$ 34.510,76.

Asimismo, consideran la inejecución del contrato como voluntaria y maliciosa, encuadrable dentro de los límites del dolo, alegando que la demandada especula con la ignorancia del cliente, o con su cansancio y desistimiento, o la falta de asesoramiento adecuado, dado que la prestadora no puede alegar ignorancia de la jurisprudencia que se le aplicó a ella misma en casos idénticos.

Alegan sobre la afectación psicológica de la sra. Costa causada por el incumplimiento y solicitan por el daño moral la suma de \$ 20.000.

Ofrece prueba y peticiona.

A fs. 68/88 se presenta Swiss Medical S.A., mediante apoderado y con patrocinio letrado, adjuntando la documental de fs. 53/67.

Deduca incompetencia, alegando que se trata de una cuestión de competencia exclusivamente federal, con extensa cita de jurisprudencia.

Contesta demanda, solicitando su rechazo, y niega todos y cada uno de los hechos invocados en la demanda que no sean materia de un expreso y puntual reconocimiento de su parte.

Niega también la autenticidad de la documental agregada por la actora, en cuanto no fueran de especial y expreso reconocimiento de su parte.

Efectúa una negativa particular de cada uno de los hechos invocados en la demanda.

Realiza un relato de los antecedentes de la causa y alega la improcedencia del reclamo, por ausencia de recaudos para repetir.

Sostiene que para obtener la repetición del pago, deberán acreditar dos presupuestos esenciales: haber hecho el pago y acreditarlos con los elementos idóneos a tal fin, y existencia de causa que genere el derecho de repetirlo.

Respecto del primero de los requisitos, alega que la actora no ha acreditado haber efectuado el desembolso dinerario que pretende, pues las facturas que acompañó (n° 3186 por \$11.000 y n° 386 \$ 5.000) no constituyen en sí mismo prueba suficiente de que los actores hayan hecho algún tipo de pago.

Argumenta que por tales documentos, el emisor presupuesta el servicio o prestación, que luego debe ser cancelada emitiéndose el correspondiente recibo.

Refiere que los documentos titulados recibos n° 12764 por \$ 9.000 y 22616 por \$ 11.000 tampoco constituyen en sí un documento receptivo de importe dinerario alguno,

pues no cumplen con los recaudos impositivos correspondientes y porque no se indica la frase "se ha recibido el importe dinerario", ni se especifica como ha sido realizado (en efectivo, por cheque, transferencia, etc.), lo cual resta credibilidad y certeza a dichos elementos.

Alega que las facturas son inidóneas a los fines de acreditar el pago, porque en ellas no se documenta la recepción de algún valor, sólo se presupuesta un servicio o prestación. Por otro lado, sostiene la inexistencia de causa para repetir, dado que en el año 2012 no existía ninguna ley nacional, reglamentación o resolución a nivel nacional, habilitantes del pedido de los actores, por lo que la demanda resulta manifiestamente improcedente, toda vez que la misma se basa en la pretensión de cobertura de una práctica ajena a las obligaciones asumidas y no se encuentra prevista en la normativa vigente en la materia. Destaca que la práctica solicitada se encuentra fuera de las obligaciones impuestas por la normativa vigente en dicho momento; las sucesivas modificaciones a la legislación en materia de salud no habían incorporado a la fecha de la realización de la práctica, en el Programa Médico Obligatorio (PMO); la fertilización asistida se encuentra expresamente excluida del plan médico contratado por los actores, la cual fue consentida por los mismos al momento de perfeccionar el contrato de medicina prepaga y al realizar tratamientos de baja complejidad.

Describe el plan contratado por los actores, indicando que se trataba del denominado SB04, de características cerrado, por lo que presta servicios médicos asistenciales a los mismos, única y exclusivamente respecto de las prestaciones incorporadas al POM.

Reitera que la práctica requerida se encontraba expresamente excluida del programa médico obligatorio a la fecha de los pretensos pagos, como así también del contrato del que los accionantes resultan beneficiarios.

Sostiene que se trata de una empresa privada de salud y no una obra social, explicando las funciones estatales respecto a la salud de los habitantes, argumentando que al delegar en terceros tales funciones, ha dispuesto del dictado de normas que determinaron los términos y alcances de la delegación de funciones, y aquello que no ha sido delegado, sigue siendo una obligación del propio Estado.

Afirma que las prestaciones vertidas en la legislación constituyen un *numerus clausus*, no surgiendo de la letra de la ley, ni se desprende de su espíritu, la cobertura de la práctica de fertilización asistida.

Describe las funciones de PMO y sostiene que a pesar de las modificaciones que se han efectuado al mismo, en ningún momento se incorporó método de fertilización asistida

alguno, por lo que la misma excede las obligaciones que le fueran impuestas por el Estado y el marco contractual.

Refiere a legislación de la ciudad de Buenos Aires y jurisprudencia que considera aplicable al caso, y describe el reglamento general de contratación de Swiss Medical S.A.

Sostiene que desde el punto de vista contractual tampoco surge la obligación a su cargo de brindar la práctica descripta por los actores.

Afirma que los actores se encontraban en pleno conocimiento del Reglamento General de Contratación de Swiss Medical S.A.

Invoca la improcedencia del daño moral, alegando que la parte actora busca que se la indemnice por la suma total de \$ 20.000, aludiendo a los recaudos para la configuración del menoscabo moral en una hipótesis contractual, reiterando que no existe incumplimiento contractual de su parte, ni dolo en su conducta.

Peticiona la citación de un tercero, la obra social OSPOCE, ente al cual se encuentran afiliados los actores, ofrece prueba, funda en derecho, efectúa reserva del caso federal y peticiona.

A fs. 89 se da traslado de la excepción de incompetencia, la cual es contestada a fs. 90/5 por la parte actora, obrando resolución de fs. 105/110 que hizo lugar a la excepción.

A fs. 127/32 obra resolución de la alzada que revocara la decisión de primera instancia, y a fs. 137 se fija audiencia preliminar, la cual se celebra según acta de fs. 144 la cual se suspende, a los fines de resolver el pedido de citación de terceros. A fs. 147/9 se resuelve hacer lugar al pedido de intervención coactiva del tercero OSPOCE.

A fs. 167/78 se presenta la Obra Social de Personal del Organismo de Control Externo (OSPOCE), mediante apoderado y con patrocinio letrado, contestando el traslado.

Plantea excepción de incompetencia y niega todos y cada uno de los hechos expuestos en la demanda, a excepción de los que sean motivo de expreso reconocimiento.

Niega la autenticidad de toda la documentación agregada por la actora, en cuanto no fuere reconocida, y niega y desconoce todos los rubros reclamados.

Efectúa una negativa particular de cada uno de los hechos alegados.

Sostiene que en su carácter de Agentes del Seguro de Salud, se encuentra obligada a brindar las prestaciones incluidas en el PMO, destacando que no ha existido ni denegatoria, ni reticencia, ni ningún otro supuesto de acto lesivo de los derechos de los actores, ya que en todo momento han recibido todas las prestaciones que hacen a su derecho.

Alega que el tratamiento de fertilización asistida, in Vitro, tratamiento de de fertilización de Inseminación Asistida (FIV) por técnica ICSI, no se encontraban incluidas en el Nomenclador Médico Asistencial, no existiendo fundamento médico o legal alguno que haya justificado dichas prácticas y en consecuencia no procede el reclamo.

Afirma que en ningún momento los actores solicitaron ni la prestación ni el reintegro, sosteniendo que de la propia demanda surge que la actora reconoce el dictado de la ley 26.682 promulgada con posterioridad, lo que da cuenta de la no obligatoriedad con antelación al dictado de dicha ley.

Efectúa un recuento respecto del funcionamiento del Sistema Nacional del Seguro de Salud y de las obras sociales, concluyendo que estas últimas están obligadas a dar un cierto conjunto de prestaciones, fuera del cual, el beneficiario se encuentra en libertad de exigir las por ante el sistema privado de su elección, o bien por el sistema público nacional, provincial o municipal.

Explica que como administrador de fondos de terceros, no puede aplicar dichos fondos a financiar prestaciones que no se encuentren a su cargo, dado que las obras sociales tienen prestaciones obligatorias listadas en el PMO, contenido en la Resolución 1991/05.

Reitera que el reclamo es improcedente dado la cobertura solicitada no esta en el PMO, lo cual no es una decisión pretenciosa, sino que se encuentra regulado, por lo que no se ha apartado en modo alguno de sus obligaciones.

Transcribe referencias de la Superintendencia de Seguros de Salud, anteriores a la ley, donde se expide sobre el tema, concluyendo que debe tomarse un decisión social y desarrollarse una normativa nacional acorde, antes de avanzar en la extensión de dichas prácticas de fertilización en forma masiva.

Considera que no existe un incumplimiento de su parte que afecte derechos del demandante, y argumenta acerca de la aplicación de la ley n° 14.208 de la provincia de Buenos Aires.

Impugnan los rubros que integran el reclamo, rechazando el reintegro de los gastos del tratamiento, por los fundamentos ya dados.

Asimismo rechaza el daño moral, alegando acerca del rubro en el marco de una relación contractual y argumentando textualmente "La parte actora demanda en este aspecto de forma genérica la suma de \$ 15.000, sin justificativo alguno ya que, reitero, la PRESTACIÓN QUE RECLAMA NO SE ENCONTRABA DENTRO DEL PMO".

Efectúa reserva del caso federal, funda en derecho, ofrece prueba y peticiona.

A fs. 184 se fija audiencia preliminar, la que fuera celebrada según acta de fs. 198/9.

Se produjo la siguiente prueba: a) Documental: fs. 3/43 de la actora; fs. 53/62 de la demandada Swiss Medical S.A.; b) Testimonial: fs. 300 declaración de Horacio Ulloa; fs. 324 declaración de Bernardo Bossero; c) Informativa: fs. 206/8 Registro Civil y Capacidad de las Personas; fs. 333/6 Dr. José L. Antelo; fs. 225 Instituto de Fertilidad S.A.; fs. 240/9 Correo Argentino; fs. 233/4 Farmacia Franco Suiza; fs. 209/24 Anses; fs. 228/32 Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires; fs. 250/62 y 327/42 Superintendencia de Servicio de Salud; fs. 311/23 Adea; fs. 289 Iron Mountain; d) Documental en poder del tercero citado: intimado en la audiencia preliminar; e) Pericial psicológica: fs. 342/44.

En fecha 11/12/2020 se clausura el término probatorio, poniéndose a alegar el 22/02/2021.

El 09/03/2021 presenta alegatos la parte actora y el 07/12/2021 pasan autos para sentencia.

CONSIDERANDO: I) Como previo y antes de entrar a tratar las cuestiones sometidas a la decisión judicial, cabe precisar que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015 aprobado por la ley 26.994, en su art. 7 ha traído una expresa disposición respecto a la temporalidad de la ley. Conforme esta disposición cabe dejar aclarado que en los presentes autos, la situación de que se trata, ha quedado constituida, con sus consecuencias devengadas, conforme a la ley anterior, por ende corresponde analizar la cuestión a la luz de la legislación anterior, así como la doctrina y jurisprudencia a ella aplicable.

Aclarado el tema respecto al derecho aplicable continuaré con el análisis de las cuestiones sometidas a juicio.

II) El reclamo de la parte actora se encuentra dirigido a obtener el reintegro de la suma de dinero que debieron abonar para solventar el tratamiento FIV/ICSI indicado por el médico José Luis Antelo, cuya cobertura habría sido rechazada por la demandada Swiss Medical S.A., como así también la reparación del daño moral.

Por su lado, la demandada y el tercero citado, fundaron su negativa a brindar cobertura médica a los actores en que la práctica requerida por los actores se encontraba expresamente excluida del Programa Médico Obligatorio, como así también del contrato que celebraron con los accionantes, al momento de ser solicitada la prestación.

III) Tal como ha quedado planteada la litis, tengo por cierto que los actores contrataron

con la demandada Swiss Medical S.A. el servicio de medicina prepaga, que solicitaron la cobertura del tratamiento de fertilización asistida y gastos farmacéuticos y que la firma demandada negó la prestación argumentando que el tratamiento solicitado no era, al momento de ser solicitada, una práctica prevista en el PMO, ni en el contrato suscripto por los actores.

En primer lugar, en función de como ha quedado conformada la relación procesal, deberé expedirme sobre los alcances del plan de cobertura contratado y si existía obligación por parte de Swiss Medical S.A. de brindar la cobertura solicitada.

De acuerdo a las cartas documentos obrantes a fs. 34/6 y el informe del Correo Oficial de la República Argentina (fs. 240/9), el 22/05/2012 Romina Silvana Costa remitió carta documento n° CD260392826AR, a Swiss Medical S.A., la cual fue entregada el 24/05/2012, donde intimaba por el plazo de 15 días, para que manifieste de forma fehaciente si prestará y dará cobertura total al tratamiento FIV/ICSI en concepto de fertilización asistida y el monto de gastos farmacéuticos.

Dicha carta documento fue respondida por Swiss Medical S.A., (CD273396353AR y CD273396340) remitidas el 28/05/2012 y recibidas el 30/05/2012, rechazando el tratamiento solicitado.

Según los informes de la Superintendencia de Servicios de Salud (fs. 327/42 y 250/62), la Resolución n° 1991/05 MS aprobó el Programa Médico Obligatorio, habiéndose incorporado a la misma la Resolución n° 201/02 MS.

Informó también dicho organismo, que la Ley n° 26682 sancionada el 04/05/2011 establece que las empresas de medicina prepaga deberán cubrir como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el PMO vigente según resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la Ley 24901 y sus modificatorias.

Con respecto a la cobertura de fertilización asistida, informó la Superintendencia de Servicios de Salud, que al año 2012, en el PMO estaba prevista solamente las prácticas de diagnóstico a efectos de determinar las causas de la esterilidad, si las hubiere, no así las técnicas de la fertilización asistida.

Informó que, sin perjuicio del PMO, las empresas de medicina prepaga podrán ampliar los límites de cobertura, teniendo en cuenta las necesidades de sus afiliados.

También se deja asentado en dicho informe, que previo a la sanción de la Ley n° 26862, se aplicaban las disposiciones contenidas en el POM (Resolución N° 1991/05 MS - 201/02 MS).

Cabe aclarar que la Ley Nacional n° 26862 de Reproducción Medicamento Asistida, fue sancionada el 05/06/2013 y promulgada de hecho el 25/06/2013.

Sin embargo, al momento de la petición efectuada por los actores mediante carta documento existía jurisprudencia emanada del Superior Tribunal de Justicia, según la cual, mediante acción de amparo, se ordenaba a las empresas de medicina prepaga (incluso Swiss Medical S.A.) otorgar cobertura por los tratamientos de fertilización asistida como los requeridos por los hoy actores.

En el expediente "ARVIGO, CAROLINA Y OTRO S/ AMPARO S/ APELACIÓN" (25172/11), sentencia n° 56 del 27/06/2011, el STJ rechazó el recurso de apelación incoado por Swiss Medical S.A., ratificando la sentencia de la Cámara del Trabajo de Bariloche que había condenado a aquella a cubrir íntegramente los gastos de tratamiento de fertilidad asistida por el Método ICSI reclamado por los peticionantes.

Entre sus argumentos, destaco: "Expuesto lo anterior, se tiene presente que las actuaciones ´MELENDEZ, VIVIANA ALEJANDRA E IBARRA, GUSTAVO S/AMPARO S/APELACIÓN´, Se. 133/08, se dijo que: ´el art. 59 de la Constitución Provincial establece: La salud es un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana. Los habitantes de la Provincia tienen derecho a un completo bienestar psicofísico y espiritual, debiendo cuidar su salud y asistirse en caso de enfermedad. El sistema de salud se basa en la universalidad de la cobertura, con acciones integrales de promoción, prevención, recuperación y rehabilitación. Incluye el control de los riesgos biológicos y socioambientales de todas las personas desde su concepción, para prevenir la posibilidad de enfermedad o muerte por causa que se pueda evitar. Mediante unidad de conducción, el Estado Provincial garantiza la salud a través de un sistema integrador establecido por la ley con participación de los sectores interesados en la solución de la problemática de la salud. Organiza y fiscaliza a los prestadores de la salud, asegurando el acceso, en todo el territorio provincial, al uso igualitario, solidario y oportuno de los más adecuados métodos y recursos de prevención, diagnóstico y terapéutica. La ley organiza consejos hospitalarios con participación de la comunidad. Los medicamentos son considerados como bien social básico y fundamental. La autoridad pública implementa un vademecum y las medidas que aseguren su acceso a todos los habitantes. Este artículo debe ser interpretado en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 16: Se reconoce el derecho a la vida y dignidad humana. Nadie puede ser sometido a tortura ni a tratos crueles, degradantes o inhumanos. Los agentes públicos que los ordenen, induzcan, permitan, consientan o no los denuncien, son exonerados si se demuestra la

culpabilidad administrativa, sin perjuicio de las penas que por ley correspondan”.

"Este razonamiento se condice con amplia jurisprudencia de la CSJN en tanto lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art.75 inc. 22CN) reafirma el derecho a la preservación de la salud ¿comprendido dentro del derecho a la vida. Y destaca la obligación impostergable de la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deben asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales. Las obras sociales o las entidades de la medicina pre-paga (doctrina de Fallos 321:1684; 323:1339, 3229, entre otros; C. Cont. Adm. Y Trib. Ciudad Bs. As., Sala 2, del 26/05/08 ¿AMR y otro v. Obra Social de la C. de Bs. As.; N° especial ¿Bioética? X Aniversario, Lexis Nexis)”.

"El Tribunal de amparo, para fundar su decisión, se ha basado en las garantías constitucionales y supranacionales, la doctrina y en los antecedentes jurisprudenciales que han reconocido el derecho a acceder a los tratamientos de fertilidad asistida y la obligación de las Obras Sociales de dar tal prestación a sus afiliados, como asimismo tuvo en consideración las particulares circunstancias por la que ha atravesado la afiliada junto a su esposo, atento las patologías acreditadas con el informe médico obrante a fs. 21, cuyos diagnósticos confluyen en el cuadro de esterilidad primaria, sumado a que no han logrado embarazo por vías naturales ni métodos de reproducción asistida de baja complejidad; indicando para los amparistas la realización de una reproducción asistida de alta complejidad, con la técnica del ICSI asociada a técnica de columnas de anexina”.

"(?) A partir de 1994, los derechos a la vida y a la salud se encuentran consagrados en la Constitución Nacional a través de los instrumentos internacionales de derechos humanos jerarquizados en el art. 75, inc.CN. Así, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sus arts. 25, inc. 1 y 30; la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en su art. 11; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ‘Protocolo de San Salvador’, en su art. 10; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, en el art. 12. Por su parte la CN en su art. 14 bis establece ‘...la protección integral de la familia’? La ley 25673 crea el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable y establece en su art. 2 que uno de los objetivos de la misma es ‘alcanzar para la población el nivel más elevado de salud sexual y procreación responsable con el fin de que pueda adoptar decisiones libres de discriminación, coacciones o violencia’, reforzado con la afirmación del art. 3

respecto de que la ley está destinada a la población en general 'sin discriminación alguna'."

"El hecho de que el tratamiento de fertilización asistida ICSI no figure como prestación reconocida para su cobertura por la obra social en el Plan Médico Obligatorio de Emergencia no resulta óbice para la cobertura de dicho tratamiento, puesto que tal situación contraviene normativas constitucionales de rango superior (cf. A., M. R. y L., M. v. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires -ObSBA-; ya citado)".

"Por último, cabe tener presente que mediante la ley N° 4557, Boletín Oficial: 09/08/2010 - Número: 4853, en la Provincia de Río se reconoce el derecho a la descendencia como parte de los derechos sexuales y reproductivos y por lo tanto, reconocidos como derechos personalísimos. (cf. art. 1)".

En el mismo sentido, y fundándose en la sentencia del STJ referida con anterioridad, la Cámara Segunda del Trabajo de Bariloche resolvió mediante sentencia definitiva del 20/09/2011, condenar a Swiss Medical S.A. a cubrir íntegramente los gastos de tratamiento de fertilidad asistida, decisión que no fue cuestionada ni apelada por la condenada Swiss Medical S.A. ("TOMICHI, KARINA C/ SWISS MEDICAL GROUP S/ AMPARO", sentencia n° 248 del 20/09/2011).

Si bien tales precedentes emanaron de una acción de amparo, donde se ordenaba a brindar la cobertura de fertilización asistida a los peticionantes, lo cual difiere del objeto de autos, de tinte netamente patrimonial, debo tener en cuenta que la propia demandada ha negado la prestación, la cual debía cubrir de acuerdo los precedentes antes referidos, que puso a los actores en la necesidad de abonar el tratamiento de su propio peculio, siendo aplicable entonces los conceptos vertidos en tales precedentes.

En virtud de fundamentos basados en principios de rango constitucional y supralegal, y siendo doctrina del STJ que el PMO establece un régimen mínimo de prestaciones que las prestadoras de servicios de salud deben garantizar y que la circunstancia de que la prestación no se encuentre contemplada en el Programa Médico Obligatorio no basta para eximir a la accionada de su obligación de prestar un adecuado servicio de salud (fallos "ALTAMIRANO, PEDRO S/ AMPARO S/ APELACIÓN" 24314/10, sentencia n° 25 - 26/04/2010; "ROSENKJAER, MARCOS S/ AMPARO S/ APELACION" 25197/11, sentencia n° 58 del 30/06/2011), concluyo que la demandada Swiss Medical S.A. debió brindar la cobertura solicitada por los actores.

En dicho contexto, existió una negativa por parte de la prestadora, que colocó a los actores en la posición decidir la realización del tratamiento prescripto por el médico,

optando por solventar los gastos de su propio peculio, a los fines de lograr la concreción del embarazo deseado.

Tal decisión puede ser entendida desde el punto de vista que el transcurso del tiempo perjudica la posibilidad de procreación de las personas.

Con el documento de fs. 37 emitido el 05/07/2012, el cual fuera confirmado en su autenticidad por el dr. José Luis Antelo (fs. 335), se acredita que los actores presentaban una esterilidad primaria de dos años de evolución, habiendo realizado distintos tratamientos de baja complejidad, sin lograr un embarazo, por lo que teniendo en cuenta los antecedentes del caso y los resultados de los tratamientos, dicho profesional indicó un tratamiento de alta complejidad, en el caso la fertilización in vitro.

Teniendo en consideración las particulares circunstancias por la que han atravesado los actores, atento las patologías acreditadas con el informe médico antes referido, cuyos diagnósticos confluyen en el cuadro de esterilidad primaria, sumado a que no han logrado embarazo por vías naturales ni métodos de reproducción asistida de baja complejidad, considero que la negativa manifestada por la prestadora de medicina prepaga, obligó a los actores a efectuar los gastos cuya restitución pretenden, los cuales debieron ser solventados por la demandada.

En autos, los actores reclaman los honorarios y gastos efectuados para el tratamiento de fertilización asistida, quedando en claro que en autos no se procuran prestaciones establecidas en el PMO, sino el reconocimiento de derechos supraleales, que se encuentran vinculados a la salud y a la dignidad humana.

IV) En virtud de lo resuelto precedentemente, corresponde entonces determinar el monto a restituir por la demandada en concepto del tratamiento de fertilización asistida no cubierto oportunamente.

La parte actora detalló que solicita: \$ 5.000 por los honorarios del dr. José Luis Antelo; \$ 9.000 honorarios del dr. Edgardo Young; \$ 11.000 gastos en el Instituto de Ginecología y Fertilidad; y gastos de farmacia por la suma total de \$ 9.510,76.

Respecto a los gastos de honorarios del dr. Antelo, de acuerdo a la Factura B n° 0001-00000386 del 26/07/2012 (fs. 40), la cual fuera reconocida por el mismo a fs. 334, en la misma se detallan dos conceptos: uno por la suma de \$ 3.000 referidos al tratamiento de baja complejidad de fechas 07/10/2011, 07/12/2011 y 16/03/2012; y el otro de \$ 2.000 referido a la fertilización in vitro de alta complejidad.

De acuerdo a lo reclamado en autos por la parte actora y tal como lo intimara a la demandada mediante carta documento, pretendían la cobertura total al tratamiento

FIV/ICSI, en concepto de tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, corresponde reconocer entonces la suma de \$ 2.000 correspondiente al reclamo de autos.

Adjuntaron a fs. 41 recibo (n° 0002-00012764) emitido por Edgardo Young de fecha 27/07/2012, donde consta que la sra. Costa abonó en efectivo la suma de \$ 9.000 en concepto de honorarios médicos por fertilización asistida, cuya autenticidad fue reconocida en el informe de fs. 225, por lo que considero que debe ser reconocido.

Por último, consta a fs. 43 factura original n° 0003-00003186 emitida el 23/07/2012, por el Instituto de Ginecología y Fertilidad, por la suma de \$ 11.000, comprensiva de estudios de fertilidad asistida, monitoreo, internación, estudios de laboratorio biológico, profesional intervinientes para la realización del procedimiento HC n° 35117 de fecha 10/07/2012.

Dicho documento fue reconocido en su autenticidad por el emisor (fs. 225), afirmándose en dicho informe que los pacientes fueron atendidos en forma privada, por lo que tanto los honorarios profesionales del Dr. Edgardo Young, cuanto los gastos correspondientes al instituto, fueron cancelados por los actores.

Por último, respecto a los gastos de farmacia, si bien los actores acompañaron los tickets de fs. 27/32, cuya autenticidad fue reconocida por su emisor (fs. 234), no ha sido producido prueba por parte de la actora que permita acreditar que tales gastos tienen relación con el tratamiento efectuado. No existe en autos orden médica que los requiriera para la realización del procedimiento, ni informe que así lo disponga, así como tampoco los tickets en cuestión se encuentran emitidos a nombre de alguno de los actores.

No habiéndose acreditado que tales gastos hayan sido efectuados como consecuencia del tratamiento de fertilización asistida, corresponde no reconocerlos.

En consecuencia, corresponde que la demandada restituya a los actores la suma de \$ 22.000,00 (PESOS VEINTIDOS MIL) a la que deberán adicionarse y aplicarse los intereses legales correspondientes, desde la fecha en que se efectuó cada pago, hasta la efectiva restitución por parte de la demandada, siguiendo los lineamientos establecidos por nuestro Superior Tribunal de Justicia en el pronunciamiento dictado en los autos: ?Loza Longo?, ?Jerez?, ?Guichaqueo? y "Fleitas" o la que establezca el STJ como doctrina legal al momento del cumplimiento de sentencia.

V) Daño moral.

Reclaman los actores la suma de \$ 20.000, argumentando que la inexecución contractual

por parte de la demandada debe ser considerada voluntaria y maliciosa, encuadrable dentro de los límites del dolo, por lo que se justifica la aplicación del art. 522 del Código Civil.

Por su lado la demandada, niega la procedencia del rubro, afirmando que en materia contractual es de aplicación restrictiva y en el caso de autos no se ha producido ningún incumplimiento de su parte, ni menos aún un incumplimiento doloso.

Si bien es cierto el carácter restrictivo del reconocimiento del rubro daño moral en el marco de las relaciones contractuales, lo cierto es que en autos se ha acreditado la existencia de un incumplimiento contractual y legal por parte de la demandada, al no otorgar cobertura al tratamiento reclamado a pesar de conocer (por haber sido condenada anteriormente por fallos emanados por tribunales de esta provincia) su obligación en tal sentido, considero que ha existido cierta desatención y falta de cumplimiento por parte de Swiss Medical S.A. encuadrable en una actitud voluntaria y al menos con una intención culposa grave, en perjuicio de los derechos de los actores.

Por otro lado, la pericial psicológica de autos fue realizada únicamente respecto de la actora Romina Silvana Costa, dejando constancia la perito que el sr. De Piano eligió no presentarse al examen pericial.

Informó la perito que del análisis de la entrevista, surge claramente que la situación a la que se vieron expuestos ante la respuesta de Swiss Medical agravó la situación y el malestar propios del momento que estaban atravesando.

Sin perjuicio de ello, concluye la síntesis diagnóstica que Romina Silvana Costa es un sujeto de estructura neurótica que no cumple actualmente con los criterios de la clasificación internacional de la American Psychiatric Association para el diagnóstico, según el manual DSM V para el diagnóstico de ningún cuadro psicopatológico.

Aclara la perito, que lo dicho no implica que el sujeto no haya sufrido impacto negativo en su psique, sino que lo observado y detallado en el informe no constituye un cuadro psicopatológico según los lineamientos de del DSM V, dado que las contingencias derivadas de la interacción con Swiss Medical S.A. por la cuestión de autos, sumaron sufrimiento psíquico a una situación que es sabidamente delicada, en referencia a la imposibilidad de procrear.

Es de destacar que este informe pericial no mereció objeciones de ninguna de las parte, quedando consentido.

La declaración de los testigos también contribuye a entender lo vivenciado en aquel momento por los actores.

Horacio Ariel Ulloa declaró que conoce a los actores por ser amigos y recuerda que el ánimo de los actores era malo, describiendo que Romina lloraba, andaba triste, por no poder tener hijos. Sostuvo que le cambió el ánimo cuando tuvieron el hijo.

El testigo Bernardo Daniel Bossero, quien también tiene relación con los actores, reconociendo una amistad, y con la sra. Costa posee una SRL.

Recordó que el proceso de embarazo de los actores fue de ansiedad y un poco de tristeza y que debieron realizar un procedimiento que no era natural, por no poder concebir de manera natural.

Declaró que los actores debieron desembolsar una suma de dinero y que el padre del sr. De Piano les dio una fuerte suma, ya que el tratamiento era muy costoso.

Afirmó que en ocasiones llegaba a la casa de los actores y encontraba llorando a la sra. Costa y también el sr. De Piano le contaba cosas, que no se veían muy bien en ese momento.

A los fines de evaluar la procedencia de esta pretensión, y aunque resulte concepto bien conocido, encuentro de toda utilidad recordar que en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual el daño moral siempre procede frente a la comisión del ilícito -daño "in re ipsa" (art. 1.078 C.Civil)-, es decir que la víctima se encuentra relevada de toda prueba destinada a acreditar los padecimientos en sus afecciones legítimas.

Tampoco resulta discutible que la indemnización del daño moral, de naturaleza esencialmente resarcitoria (conf. C.S.J.N., a partir del precedente "Santa Coloma"), comprende aquellos supuestos en que se ha afectado la integridad psico-física de la persona, en cuanto ello incide sobre su esfera extrapatrimonial (conf. Trigo Represas-Compagnucci de Caso, Responsabilidad Civil por Accidentes de Automotores, op. cit., T. 2-b, pág. 560).

Entiendo al daño moral como el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales provocados por el evento dañoso. Comprende los padecimientos y angustias que lesionan las afecciones legítimas de las personas.

En el caso bajo examen, cuento con una prueba pericial psicológica de la actora Costa, la declaración de los testigos y los padecimientos que se pueden inferir de la imposibilidad de procrear de manera natural, lo cual se ve agravado por la negativa de la demandada de cubrir el tratamiento indicado de fertilización asistida, debiendo los actores afrontar los gastos del tratamiento.

Ante tal circunstancia, deviene natural que tales padecimientos merecen ser debidamente indemnizados por los responsables del acto lesivo, en una suma que

importe reparación integral del daño.

A fin de dar concreción plena a este principio de la reparación integral - o justa -, la teoría del derecho de daños ha evolucionado desde la idea tradicional de indemnizar el dolor o sufrimiento de los damnificados, hasta alcanzar concepto de mucha mayor abarcación, tales como el de "daño a la persona" o "daño al proyecto de vida", procurando así dar respuesta indemnizatoria a toda "alteración del bienestar psicofísico", que se integra con la capacidad para proyectar, para relacionarse, para gozar de las aptitudes o virtualidades del ser humano, entre las cuales se encuentra una mente sana, una armonía estética, etc. (Mosset Iturraspe, Jorge, Daño moral. Noción. Crítica a la denominación. Daño Extrapatrimonial. Daño a la persona.; Fernández Sessarego, Carlos, Daño moral y daño al proyecto de vida; ambos en Revista de Derecho de Daños, T.6, Daño Moral, págs. 7 y 25).

Cabe citar a continuación la siguiente jurisprudencia que comparto:

"Con respecto al daño moral debo decir que la indemnización por daño moral no se reduce al precio del dolor o a la pérdida de afecciones, sino que se apunta a toda modificación disvaliosa del espíritu, sea en la capacidad de sentir, de querer, y de entender. A partir del carácter resarcitorio de tal rubro, éste desempeña la función de satisfacer perjuicios que no sean mensurables con exactitud, teniendo en cuenta las condiciones personales de la víctima y la gravedad objetiva del perjuicio, como así también el resto de las circunstancias del caso". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala E, 1197/02/27, ?Giménez, Pablo M. y otros c/ Schuartz, Eduardo?, L. L., 1997-C, 262 ? DJ, 1997-2-656).

"El principio de individualización del daño requiere que la valoración de la indemnización del daño moral compute atentamente todas las circunstancias del caso, tanto las de naturaleza objetiva -la índole del hecho lesivo y de sus repercusiones-, como las personales o subjetivas de la propia víctima." (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, 2000/03/07, ?De Agostino, Nélide I y otros c/ Transportes 9 de Julio?, L. L., 2000-D, 882- DJ, 2001-2-72).

"La fijación de sumas indemnizatorias en concepto de daño moral no está sujeta a reglas fijas: su reconocimiento y cuantía depende del arbitrio judicial para lo cual basta la certeza de que ha existido, sin que sea necesaria otra precisión. (art. 90 inc. 7° del CPC). Sobre esta cuestión, se ha advertido que: ?en la fijación del monto por resarcimiento del daño moral debe actuarse con suma prudencia, toda vez que son obvias las dificultades que existen para mensurar en dinero un detrimento de naturaleza no patrimonial, razón

por la cual ha de tratarse de una suma que atienda apropiadamente a la magnitud del menoscabo espiritual y procure mitigar el dolor causado por la conducta antijurídica?. (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III, 1984/11/21, ?Díaz de Paratian, Inocencia y otros c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos?, L. L., 1985-A, 408 ? DJ, 1985-1-799).

"El daño a la persona, en lo que hace a su aspecto moral, tiene alcances mucho más profundos y amplios que un sentimiento, un dolor o sufrimiento; significa el agravio o lesión a un derecho a un bien o un interés de la persona en cuanto a tal, comprendiéndose dentro de él hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana". (Segunda Cámara de Apelaciones en lo Civil, Expte 36941 CHAVES PAULA BEATRIZ C/ DIAZ PALMERO SERGIO HERNAN OTROS P/ DAÑOS Y PERJUICIOS. Fecha: 03/09/2013).

Que desde el punto de vista de la mensuración económica del daño moral, en concreto, y habida cuenta de las dificultades insolubles que implica medir el dolor, o aún cuando ello fuere posible, de traducir la medida del sufrimiento a una suma de dinero ("pretium doloris"), se ha dicho también que el árido tránsito desde la extrapatrimonialidad del daño a la patrimonialidad de la indemnización debe efectuarse a través del precio del consuelo ("pretium consolationis") o de los placeres compensatorios. Es decir, otorgando a los damnificados un importe indemnizatorio que les permita procurarse bienes - materiales e inmateriales - cuyo goce permita a su vez considerar que sus penurias han sido razonablemente resarcidas o mitigadas (conf. Mosset Iturraspe, Jorge, Diez reglas sobre cuantificación del daño moral, L.L. 1994-A, 728; Zavala de Gonzalez, Matilde, op. cit., L.L. 1998-E, 1063; Iribarne, Héctor Pedro, La cuantificación del daño moral, en Revista de Derecho de Daños, T.6, Daño Moral, pág. 185).

Que a los fines de cuantificar este rubro he de seguir el criterio de nuestra Exma. Cámara de Apelaciones en los autos: "VIVES MAICOL A. Y RETAMAL CAROLINA Y. C/ PIRIS MARCOS A., INFANTE ALEXIS Y OTRA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS (Ordinario)" (Expte. n° 33973-J5-10). He de tener en consideración la circunstancias particulares de los actores a la época de solicitar la cobertura, como así también el hecho que han podido concretar la procreación.

Por todo lo expuesto al tratar este rubro, y teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde el inicio del presente reclamo, estimo el monto de indemnización por daño Moral en la suma de \$ 100.000 (PESOS CIEN MIL).

A dicho importe se deberá aplicar el intereses del 8% anual desde la interposición de la

demanda (13/03/2013) hasta la fecha de la presente sentencia, y partir de la sentencia, - en caso de incurrir en mora en el pago de la misma- la suma resultante con la aplicación del 8% anual, llevará intereses hasta su efectivo pago conforme los lineamientos fijados por nuestro Superior Tribunal de Justicia en: "Loza Longo", "Jerez", "Guichaqueo" y "Fleitas" o la que en el futuro establezca el STJ como doctrina legal.

VI) Respecto a la tercera citada OSPOCE, la misma no se opuso a su citación como tercero en estos autos, ni tampoco rebatió ninguno de los argumentos efectuados por Swiss Medical S.A., limitándose a contestar la pretensión efectuada por la actora.

Si bien la citación se efectuó en base a la existencia de un convenio prestacional entre Swiss Medical S.A. y OSPOCE, no se ha acreditado en autos el alcance de dicho convenio, con relación a lo peticionado en autos.

Sin perjuicio de ello, atento a lo dispuesto en la resolución de fs. 147/9, corresponde dar a la presente sentencia los alcances establecidos en los arts. 94 y 96 del CPCCRN, respecto a OSPOCE.

VII) Las costas deberán ser soportadas por la vencida y por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.C.).

VIII) Por todo lo expuesto y normas citadas del C.Civil, Constitución Nacional y Provincial, Leyes nacionales y provinciales, normas citadas y pertinentes del ordenamiento procesal civil y comercial,

SENTENCIA:

1. Haciendo lugar a la demanda promovida por Romina Silvana Costa y Oscar Gabriel Cayetano De Piano y en consecuencia condenando a Swiss Medical S.A. a abonar la suma de \$ 122.000 (PESOS CIENTO VEINTIDOS MIL), con más los intereses establecidos en los considerandos, dentro del término de DIEZ días de notificados y bajo apercibimiento de ejecución.

2. Imponiendo las costas al demandado vencido (art. 68 del C.P.C.C.)

3. Difiriendo la regulación de honorarios hasta tanto se cuente en autos con planilla de liquidación firme a tal efecto, acorde los considerandos, a fin de realizar una regulación íntegra que incluya los honorarios complementarios (art. 19 L.A. - ver Bonacchi R. y Otro c/ Embotelladora Comahue S.A. y Otra s/Ejec. Hon. \\\\"con cita de fallo S.T.J. in re \\\\"Paparatto A, c/López G.y Otros\\\", publicado en J.C. de Cámara, T. 13, págs. 23/24).

4. Notifíquese y regístrese

VERÓNICA I. HERNANDEZ

JUEZ