

(Tomo 235: 873/884)

\_\_\_\_\_ Salta, 30 de noviembre de 2020.

\_\_\_\_\_ Y VISTOS: Estos autos caratulados "**Y., M. H.; B., P. VS. INSTITUTO PROVINCIAL DE SALUD DE SALTA (I.P.S.); ASOCIACIÓN DE TRABAJADORES DE LA SANIDAD ARGENTINA (ATSA) - AMPARO - RECURSO DE APELACIÓN**" (Expte. N° CJS 40.534/19),

y \_\_\_\_\_

**CONSIDERANDO:**

\_\_\_\_\_ Los Dres. **Pablo López Viñals** y **Horacio José Aguilar**, dijeron:

\_\_\_\_\_ 1°) Que contra la sentencia obrante a fs. 174/180 que hizo lugar a la acción de amparo promovida por los actores y, en consecuencia, condenó a las accionadas a otorgar en forma inmediata la cobertura integral del 100 % del costo de los tratamientos de fertilización in vitro con ovodonación, en la cantidad dispuesta por la ley, incluyendo gastos de medicación propia y de la donante, prácticas, crio-preservación en caso de ser necesarias, honorarios e internación en el Centro de Medicina Reproductiva a elección de los actores, de acuerdo a la proporción establecida en los considerandos; con más el reintegro de la suma de \$ 2.087 (pesos dos mil ochenta y siete) por gastos efectuados para la iniciación del tratamiento, todo ello con costas; dedujo recurso de apelación el Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.S.) a fs. 185.

\_\_\_\_\_ En su memorial de agravios (fs. 190/193 vta.) el recurrente señala que la sentencia carece de la debida fundamentación y equidad al condenarlo a cubrir una prestación que ya había sido reconocida en un 90 %, porcentaje que resulta superior, según dice, a la cobertura del 80 % dispuesta por Resolución 29D/14 que incorpora la práctica a su nomenclador.

\_\_\_\_\_ En tal sentido, explica que ante el pedido de mayor reconocimiento efectuado por los beneficiarios, se procedió a incrementar la cobertura conforme el procedimiento establecido en el art. 2.4 del Decreto 3402 que reglamenta la Ley 7127. Por ello, sostiene que la cuestión debió declararse abstracta.

\_\_\_\_\_ Agrega que se confunde a su parte con el Estado provincial y, de este modo, se comprometen los recursos con los que cuenta el Instituto para hacer frente a su funcionamiento de acuerdo al principio de solidaridad contributiva que informa su régimen de aportes.

\_\_\_\_\_ A fs. 199 y vta., los actores contestan el traslado conferido y solicitan el rechazo de la apelación, con costas, por los fundamentos allí vertidos.

\_\_\_\_\_ A fs. 217/218 vta. dictamina el Sr. Fiscal ante la Corte N° 2 (i), pronunciándose por el rechazo de la impugnación y a fs. 219 se llaman autos para resolver, providencia que se encuentra firme.

\_\_\_\_\_ 2°) Que el caso bajo examen resulta semejante a otros precedentes ya decididos por esta Corte, donde la pretensión esgrimida en el amparo pone en evidencia que se encuentra comprometido, no sólo el derecho a la salud de la pareja actora en su concepción general, sino concretamente la salud reproductiva, a más de otros derechos como el de acceder a los avances científicos, formar una familia y recibir protección dentro del ámbito de la vida privada y familiar. Cabe recordar que todos estos derechos han sido debidamente resguardados en dichas situaciones, con sustento en normas de la más alta jerarquía y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Protección a los

Derechos Humanos (esta Corte, Tomo 179:321, 349; 192:331; 209:737, entre otros).

En tal tesitura, la normativa específica dictada para abordar esta problemática, tanto nacional como provincial, propende a garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida, sean éstos de baja o alta complejidad.

Y es que, como tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la protección que merece en nuestro ordenamiento el derecho a la salud, lo convierte en un derecho que dista de ser teórico y debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, donde penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas (cfr. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio).

3°) Que en este marco, los agravios traídos por el apelante no cumplen con la exigencia de constituir una crítica concreta y razonada del fallo, resultando ineficaces para desvirtuar los fundamentos dados para disponer la cobertura integral del tratamiento solicitado.

Los puntos señalados en el memorial exponen una mera disconformidad con lo decidido, y se encaminan a mostrar la omisión en la que habría incurrido el "a quo", a su modo de ver, con relación a la condena por el 90 % de la prestación. En tal sentido, postula que debió declararse abstracta la pretensión en su contra al haber extendido su reconocimiento con dicha amplitud anticipadamente a la deducción del amparo.

Sin embargo, a la luz de la solución propuesta por el fallo, quedan sin cuestionar los fundamentos esgrimidos para disponer la distribución de la condena por el 10 % restante, y extender la cobertura a cargo también del instituto. En efecto, carece el escrito impugnativo de una crítica concreta al análisis elaborado en la sentencia para sustentar la decisión a la que arriba con fundamento en la interpretación propuesta sobre las leyes aplicables al caso -Ley nacional 26862 y Ley provincial 7964-.

A todo evento, la mención efectuada con relación al procedimiento previsto en el art. 2.4 del Decreto 3402 que reglamenta la normativa provincial 7127, no constituye en sí agravio alguno, puesto que más bien se encuentra direccionado a explicar el mecanismo del reconocimiento efectuado en sede administrativa que a controvertir los términos de la condena.

Lo antes expuesto resulta suficiente para desestimar el carácter abstracto que señala en referencia a la pretensión deducida contra su parte, toda vez que la cobertura allí reconocida no satisfizo adecuadamente los requerimientos de la práctica solicitada por los actores ni tiene correspondencia con los términos en que se dispuso la condena.

4°) Que algo semejante ocurre con el argumento referido al principio de solidaridad contributiva tal como fue expuesto, en tanto no alcanza a erigir concretamente un agravio que conduzca a un análisis diferente del asunto en estudio.

5°) En definitiva, los cuestionamientos reeditan las defensas invocadas en la contestación de demanda, sin controvertir los fundamentos fácticos y jurídicos expresados en el fallo apelado, ni formular una oposición concreta o dar bases jurídicas a un punto de vista distinto con respecto de lo allí resuelto. Se trata más bien de una opinión escasamente fundada sobre cuestiones

varias, imprecisas e indefinidas, cuyo déficit conlleva inexorablemente a su rechazo.

6°) Que por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto. Con costas (art. 67, C.P.C.C.).

La Dra. **Teresa Ovejero Cornejo**, los Dres. **Ernesto R. Samsón**, **Sergio Fabián Vittar**, **Guillermo Alberto Catalano** y la Dra. **María Alejandra Gauffín**, dijeron:

1°) Que adherimos a los considerandos 1° y 2° del voto que abre el presente acuerdo y a la solución jurídica que se propicia en el considerando 6° por los siguientes fundamentos.

2°) Que la Ley 26862 -reglamentada mediante Decreto 956-, de orden público y de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional (cfr. art. 10), tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida, y señala quiénes se encuentran obligados a brindar la cobertura y cuáles son las prácticas que se encuentran incluidas, entre otras cuestiones (arts. 1°, 2° y 8°).

En su art. 8° dispone, en efecto, que "El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las Leyes 23660 y 23661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-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: 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, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación...".

Por su parte, la Provincia de Salta mediante Ley 7964 regula el uso de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) por parte de los efectores públicos, dependientes del Ministerio de Salud Pública, y de los prestadores del Instituto Provincial de Salud de Salta, para promover el desarrollo familiar y controlar la disponibilidad, la eficacia y la seguridad de dichas técnicas (art. 1°). En su art. 8° expresa que las TRHA quedan incluidas en la cobertura que realiza el I.P.S.S. para sus afiliados, sin perjuicio de las obligaciones que les corresponda asumir a las entidades de coseguro.

Bajo este marco, queda claro que por expresa disposición legal, la prestación de estos tratamientos de salud reproductiva debe ser integral y que el I.P.S.S. está obligado a brindar la cobertura con los alcances indicados a sus afiliados.

3°) Que sentado ello, se advierte que en el escrito de fs. 190/193 vta. el recurrente procura reeditar los cuestionamientos expuestos en la anterior instancia que han sido resueltos con

argumentos suficientes que no logra refutar con las críticas al pronunciamiento objetado.

En efecto, el fallo recurrido está sólidamente fundado sobre la base de la protección del derecho a la salud reproductiva y a la conformación de la familia, y en lo que disponen las leyes nacional y provincial específicas en la materia. Por su parte, los cuestionamientos del instituto de salud se centran -en lo sustancial- en insistir en que la cuestión debió declararse abstracta por cuanto afirma que, con carácter previo a la demanda de amparo, reconoció la cobertura del 90 % de los tratamientos solicitados.

Sin embargo, no desvirtuó la valoración del juez "a quo" en el sentido que la normativa referida establece el deber del instituto de salud de cubrir integralmente los tratamientos requeridos (en un 100 %) -a lo que efectivamente fue condenado el I.P.S.S., sin perjuicio de lo dispuesto en relación a A.T.S.A.- y que, en consecuencia, al reconocer un porcentaje menor -y por vía de excepción conforme surge de fs. 55 del expediente administrativo reservado en Secretaría- incumplió con el alcance de las prestaciones a las que se encontraba obligado. Tampoco se hizo cargo de la falta de reconocimiento de los gastos que con motivo del tratamiento reclamaron los amparistas y cuyo reintegro también fue ordenado en la sentencia.

En esas condiciones, la cobertura aprobada por el I.P.S.S. no resultó ajustada a los requerimientos de los actores ni guarda correspondencia con los términos en que se dispuso finalmente la condena, por lo que los agravios del apelante en el sentido expuesto deben desestimarse.

4°) Que en referencia al planteo consistente en la afectación del principio de solidaridad contributiva -en virtud del cual es necesario un uso proporcional y cuidadoso de los recursos con que cuenta la obra social para brindar el servicio de salud-, cabe señalar que el demandado no puede eludir ligeramente sus obligaciones constitucionales alegando dificultades financieras para cumplir con las prestaciones exigidas por los restantes afiliados y beneficiarios (esta Corte, Tomo 212:323; 232:647). En efecto, no basta con la simple y conjetural afirmación de que podrían existir limitaciones para atender esas demandas, pues el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido como el de la preservación de la salud no necesita justificación alguna sino que, por el contrario, es la restricción que de ellos se haga la que debe ser justificada (cfr. Tomo 114:603; 125:401, entre otros); de modo que es preciso fundar adecuada y convincentemente la carencia presupuestaria para que ésta pueda ser considerada un obstáculo insalvable a la procedencia de la acción (cfr. Tomo 99:185; 146:973).

5°) Que bajo estas circunstancias y en el marco de los agravios formulados, es posible concluir que en la especie el recurrente no logra cumplir con la carga de controvertir adecuadamente los fundamentos del pronunciamiento impugnado.

Al respecto, este Tribunal sostuvo que el escrito de expresión de agravios debe contener una crítica razonada y concreta de las argumentaciones efectuadas por el juez "a quo", no siendo suficiente la repetición de argumentos, el disenso con el juzgador, ni las afirmaciones genéricas sobre la procedencia de sus planteos sin concretar pormenorizadamente los errores, desaciertos, omisiones en que aquél habría incurrido respecto a

las valoraciones de los antecedentes y/o el derecho aplicado (Tomo 115:991).

\_\_\_\_\_ Ello impide tener por fundado adecuadamente el recurso, pues esta Corte ha sostenido invariablemente que disentir con el criterio del juez, sin fundamentar la oposición o sin dar bases a un distinto punto de vista, no es expresar agravios (cfr. Tomo 43:1184; 50:421; 52:783; 53:11; 55:205; 62:351; 144:1049).

\_\_\_\_\_ La Dra. **Sandra Bonari**, dijo:

\_\_\_\_\_ 1°) Que adhiero a la solución jurídica propuesta en el voto que me antecede, sin perjuicio de lo cual dejo a salvo mi criterio sobre el tema.

\_\_\_\_\_ 2°) Que en el precedente de esta Corte registrado en Tomo 220:363 manifesté que la Ley nacional 26862 (sancionada el 5/6/2013 y promulgada de hecho el 25/6/2013) de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida constituye una norma de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República (art. 10).

\_\_\_\_\_ Corresponde señalar que una cuestión es de orden público, cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las cuales sólo juega un interés particular. Como tal, la Ley 26862 resulta una norma irrenunciable, imperativa; que no confiere a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras. Toda ley imperativa es de orden público puesto que cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatoria y le veda a los interesados apartarse de sus disposiciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento; en otras palabras, porque se trata de una ley de orden público. En conclusión: leyes imperativas y leyes de orden público, son conceptos sinónimos (cfr. Borda, Guillermo Julio, "Concepto de ley de orden público", La Ley, 1950, Tomo 58, pág. 997).

\_\_\_\_\_ 3°) Que por expresa disposición legal (arts. 1° de la Ley 7964 y 8° de la Ley 26862) la cobertura por parte de los efectores públicos dependientes del Ministerio de Salud Pública y de los prestadores del I.P.S.S. debe ser "integral".

\_\_\_\_\_ En este aspecto, me remito a los fundamentos esgrimidos en el fallo antes citado, donde sostuve que la Ley provincial 7964 (publicada en el B.O. N° 19.927 del 22/12/2016) cuyo objeto es "regular el uso de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) por parte de los efectores públicos dependientes del Ministerio de Salud Pública y de los prestadores del Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.), para promover el desarrollo familiar y controlar la disponibilidad, la eficacia y la seguridad de dichas técnicas", vino a regular -en el ámbito local- la Ley 26862 (v. esta Corte, Tomo 210:495, considerando 6°, segundo párrafo) y por tanto, no puede interpretarse -sin riesgo de alterar sus claros términos de naturaleza imperativa- que su art. 8° al referir a "las obligaciones que les corresponda asumir a las entidades de coseguro en lo relativo al co-pago", menoscabe la prestación integral que incorpora la norma nacional como obligatoria de todos los agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean.

\_\_\_\_\_ En esa oportunidad también señalé que la finalidad del copago o coseguro está dirigida a complementar el valor de las prestaciones no alcanzadas por los porcentajes reconocidos por el I.P.S.S., supuesto ajeno al caso de autos donde, como ya quedó

expuesto, existe una obligación legal de cobertura por el 100 % en cabeza del referido instituto de salud.

Además recordé que esta Corte había ordenado de modo invariable la cobertura integral (100 %) por parte del I.P.S.S. de la patología en cuestión, motivo por el cual avalar a partir del presente caso una prestación circunscripta al 90 % a cargo del I.P.S.S. generaría un precedente injusto, que quiebra el principio de igualdad de los arts. 16 de la Constitución Nacional y 13 de la Provincial, además de violentar los claros términos de una ley nacional de orden público.

4°) Que no obstante lo expuesto, en atención a que en el presente la sentencia fue apelada solamente por el Instituto Provincial de Salud de Salta, encontrándose el Tribunal limitado a lo que es materia de agravios por aplicación del principio "tantum devolutum quantum appellatum", y una solución contraria conllevaría el riesgo de incurrir en una "reformatio in pejus", corresponde rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de fs. 174/180.

La Dra. **Adriana Rodríguez Faraldo**, dijo:

Que adhiero al voto mayoritario, haciendo mías además las observaciones formuladas por la Dra. Sandra Bonari.

Por lo que resulta de la votación que antecede,

**LA CORTE DE JUSTICIA,**

**RESUELVE:**

I. **RECHAZAR** al recurso de apelación interpuesto a fs. 185 y, en su mérito, **confirmar** la sentencia de fs. 174/180. Con costas.

II. MANDAR que se registre y notifique.

(Fdo.: Dr. Pablo López Viñals, Dras. Teresa Ovejero Cornejo, Adriana Rodríguez Faraldo, Dres. Ernesto R. Samsón, Sergio Fabián Vittar, Horacio José Aguilar, Dra. Sandra Bonari -firma digital- Dr. Guillermo Alberto Catalano -Presidente- y Dra. María Alejandra Gauffin y -Jueces y Juezas de Corte-. Ante mí: Dra. María Jimena Loutayf -Secretaria de Corte de Actuación-).