

VIEDMA, 21 de abril de 2021.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Adriana C. Zaratiegui, Enrique J. Mansilla, Sergio M. Barotto, Ricardo A. Apcarian y María Luján Ignazi, con la presencia de la señora Secretaria doctora Ana J. Buzzeo, para el tratamiento de los autos caratulados: "GAUNA, SANDRA ROSANA Y HANSEN, PABLO SEBASTIAN S/ AMPARO S/ APELACION" (Expte. N° K-1VI-7-F2020) elevados por la Unidad Procesal N° 7 Fuero de Familia de la Iª Circunscripción Judicial con asiento de funciones en la ciudad de Viedma, deliberaron sobre la temática del fallo a dictar de lo que da fe la Actuaría. Se transcriben a continuación los votos emitidos, conforme al orden del sorteo previamente practicado.

#### V O T A C I Ó N

La señora Jueza doctora Adriana C. Zaratiegui dijo:

##### 1. Antecedentes de la causa:

Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto el 18-02-2021 por el apoderado de la Provincia de Río Negro, contra la sentencia dictada el 20-10-2020 por la señora Jueza doctora María Laura Dumpé, que hizo lugar a la acción de amparo incoada por Sandra Rosana Gauna y Pablo Sebastián Hansen y ordenó a Ipross brindar a la afiliada cobertura integral -al 100%- del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (Ovodonación) y la criopreservación de los embriones con acceso a los tres tratamientos anuales de acuerdo a lo que dispone la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario, sin perjuicio de las acciones económicas que puedan entablar las obras sociales, en su caso, por las vías que correspondan.

Para decidir de ese modo, la magistrada consideró que la señora Gauna presenta un cuadro de esterilidad de larga data y que los accionantes han realizado tratamientos de reproducción asistida de baja y alta complejidad, sin resultados positivos.

Señaló que, por los antecedentes y el estado actual, la amparista requiere un nuevo tratamiento de alta complejidad (ovodonación) así como la criopreservación de los embriones como estrategia para intentar aumentar las chances de embarazo y que la obra social reconoció solo el 50%, incumpliendo lo dispuesto por la Ley Nacional en cuanto a la cobertura al 100%.

Entendió infundada y contraria a derecho la autorización concedida con el argumento de que la pareja de la señora Gauna se encuentra afiliada a Osecac, puesto que la cobertura

debe ser integral para el matrimonio, sin perjuicio del eventual derecho de repetición que pudiere asistirle a la obra social contra quien considere que también es responsable por la prestación médico asistencial.

Sostuvo que la Ley 26.862 y su reglamentación no pueden ser consideradas como un límite para el ejercicio de un derecho derivado del bloque de constitucionalidad y ante una interpretación restrictiva del alcance de la cobertura que no surge expresamente del artículo 8 del Decreto Reglamentario.

Agregó que las circunstancias por las cuales la accionante se ve impedida de procrear representan un desmedro en su salud y, por ende, se constituyen como un derecho enteramente pasible de protección.

Tuvo presente el artículo 59 de la Constitución Provincial que califica a la salud como un derecho esencial y un bien social que hace a la dignidad humana, y que tanto la salud reproductiva como el derecho a la procreación se encuentran contemplados en su artículo 31, además de la normativa internacional, en especial la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, y la Ley R 4557 que reconoce el derecho a la descendencia como parte de los derechos sexuales y reproductivos y, por lo tanto, como derecho personalísimo.

## 2. Agravios del recurso:

El apelante, al fundar el recurso (01-03-2021) solicita que se revoque la sentencia impugnada en los términos allí pretendidos al considerar que el amparo no es la vía adecuada para el tratamiento de la petición formulada, en tanto no se reúnen los requisitos de procedencia de la acción.

Alega que en el caso no se exhibe urgencia, daño, situación acuciante ni inexistencia de otras vías para obtener la reparación del derecho patrimonial que se dice conculcado y que Ipross no negó el tratamiento sino que solo hay una discrepancia respecto al porcentaje de cobertura.

Aduce falta de agotamiento de la vía administrativa en los términos del artículo 22 de la Ley K 2753 puesto que, según surge de las actuaciones, luego de la autorización del 50% otorgada por la Auditoría Médica de Ipross, los señores Gauna y Hansen directamente interpusieron la acción de amparo sin recorrer el procedimiento interno establecido en la norma señalada.

Cuestiona el porcentaje que la sentencia obliga a cubrir a Ipross cuando uno de los amparistas posee otra obra social. Al respecto, expresa que cuando ambos componentes de la pareja requieran someterse a un tratamiento de fertilización y cuenten con obras

sociales diferentes, es inequitativo que se obligue solo a una de ellas a la cobertura integral.

Concluye que si bien el fallo deja a resguardo la posibilidad de iniciar una acción de recuperación contra la obra social no condenada, va en contra del sistema público de Ipross y del carácter finito de los recursos estatales no distribuir las cargas económicas de estas costosas prácticas entre las obras sociales de quienes conforman la pareja.

### 3. Contestación del recurso:

Habiéndose corrido el traslado pertinente, al vencimiento del plazo los amparistas no efectuaron el responde.

### 4. Dictamen de la Procuración General:

El señor Procurador General, doctor Jorge Oscar Crespo, mediante Dictamen N° 33/21 opina que debe confirmarse la sentencia impugnada toda vez que los agravios planteados no logran demostrar el hipotético desacierto en que habría incurrido la magistrada al receptar la acción de amparo.

Advierte que la decisión judicial ha sido efectuada realizando un análisis integral de la cuestión fáctica del caso, con singular referencia a la protección constitucional y convencional relativa a la salud reproductiva y considerando la doctrina emergente del precedente "Barbieri" -entre otros- de este Tribunal (STJRNS4 Se. 24/19).

Considera que lo resuelto por la sentenciante posee la fundamentación suficiente para otorgar andamiaje a la acción -cf. art. 200 de la Constitución Provincial- por lo que estima que debe rechazarse la apelación deducida.

### 5. Análisis y solución del caso:

Ingresando al análisis del recurso incoado se anticipa que no puede prosperar, puesto que los argumentos allí vertidos carecen de entidad para rebatir los fundamentos de la sentencia que se impugna.

Este Cuerpo ha dicho que quien apela una sentencia tiene la carga de argumentar las razones y los motivos por los cuales la resolución que cuestiona contiene la errónea interpretación o aplicación del derecho o la apreciación equivocada de los hechos o la prueba que fundan la potestad del tribunal revisor de proceder a revocarla (STJRNS4 Se. 24/19 "Barbieri"), circunstancias que no se verifican en estas actuaciones.

En esa línea de razonamiento y en relación a la alegada improcedencia de la vía escogida -aspecto sobre el cual el recurrente centra su primer agravio- es dable remarcar que resulta insuficiente fundar el recurso con argumentos que se limitan a la mera transcripción de citas jurisprudenciales y a consignar su discrepancia con el criterio del

juzgador, no constituyendo la crítica concreta y razonada que exige el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial.

Expuesto lo anterior, se observa que la Jueza de amparo al decidir se basó en las garantías constitucionales y supranacionales, así como 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.

Además, tuvo en consideración la afección -esterilidad-, los tratamientos realizados por la amparista hasta el presente -tanto en el centro de fertilidad "Ameris" de Bahía Blanca como junto a su médico de cabecera doctor Taraborelli-, la Ley 26.862 y su Decreto Reglamentario N° 956/13, y las Leyes 25.673 y R 4557.

A ello se suma que, en autos ha sido acreditada -y no desvirtuada- la necesidad de lograr una protección de carácter urgente que preserve la salud reproductiva de la amparista ante su imposibilidad de procrear sin asistencia, quedando garantizado desde el bloque de legalidad constitucional el derecho a la salud, el que se encuentra intrínsecamente relacionado con el derecho a la vida.

Como complemento de lo señalado este Tribunal ha señalado que "negarse a reconocer que la infertilidad es un problema relacionado con la salud implica desconocer el avance científico existente en el tema, como así también que dichos reconocimientos se posterguen bajo un fundamento meramente economicista en perjuicio de necesidades de este tipo, que hacen básicamente a la dignidad y naturaleza humana" (STJRNS4 Se. 2/14 "Tortarolo").

En relación al agravio de la requerida según el cual resulta inequitativo obligar a Ipross a cubrir el 100% del tratamiento cuando ambos componentes de la pareja desean someterse a aquel y cuentan con obras sociales diferentes, éste debe ser desestimado puesto que la citada Ley 26.862 obliga a la cobertura integral de los procedimientos de fertilización asistida a toda persona que lo necesite para la obtención de embarazos, sin hacer distinciones de ninguna naturaleza.

En razón de lo expresado, que la pareja de la amparista posea cobertura médica no enerva las obligaciones de la aquí requerida, ante al reclamo que debe ser garantizado como dispone la ley, de manera integral. Sobre ese punto, este Tribunal ha precisado en los precedentes "Tortarolo" (STJRNS4 Se. 2/14) y "Barbieri" (ya citado) que "al ser un tratamiento de "pareja" la cobertura a la que está obligada no se limita al 50% respecto de la afiliada, puesto que ello no se condice con la clara letra y espíritu de la ley.

También allí se sostuvo que la cuestión sobre si su pareja tiene o no otra obra social, y en todo caso, si es ésta quien debe o no pagar el porcentaje restante de la cobertura integral del tratamiento de fertilización asistida, es ajena al reclamo de autos, en tanto conforme los términos de la ley no le resulta oponible. Todo así, sin perjuicio de las acciones de repetición que la demandada podrá ejercer contra quien considere que también es responsable por la prestación médico asistencial, cuestión que obviamente trata de un reclamo ajeno a la vía elegida (amparo)".

En cuanto al pretendido incumplimiento del artículo 22 de la Ley K 2753, de una interpretación exegética de la citada norma se advierte que el agotamiento de la instancia administrativa es exigible cuando se controvierta la "procedencia de una prestación", más no el porcentaje de una práctica que ya fue efectivamente autorizada por la obra social. Nótese que de las constancias agregadas al expediente surge copia del presupuesto personalizado efectuado por el Centro IVI Buenos Aires para la práctica "ciclo de ovodonación", donde consta la leyenda "Autorizado Cob. 50 % (?) 50 % restante a cargo de afiliada. Pareja otra obra social", suscripto por la Auditora Médica Legal doctora Patricia Sensini (cf. DOC (2).pdf, pág. 13, del 24-08-2020).

En función de todo lo expuesto, entiendo que la decisión recurrida ha sido motivada en los máximos postulados constitucionales que hacen al derecho a la salud reproductiva, siguiendo antecedentes que han marcado el criterio de este Superior Tribunal de Justicia y de las normas aplicables al caso, sin que los agravios invocados por el recurrente logren conmover la justicia del fallo, es por ello que el recurso de apelación deducido no puede prosperar.

#### 6. Decisión:

Por las razones dadas, corresponde rechazar el recurso de apelación incoado el 18-02-2021 por el apoderado de la Provincia de Río Negro y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fecha 20-10-2020. Con costas (art. 68 del CPCC). MI VOTO.

Los señores Jueces doctores Enrique J. Mansilla y Sergio M. Barotto dijeron:

Adherimos a los fundamentos expuestos en el voto de la doctora Adriana C. Zaratiegui y VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

El señor Juez doctor Ricardo A. Aparcian y la señora Jueza doctora María Luján Ignazi dijeron:

Atento la coincidencia manifestada entre los señores Jueces que nos preceden en el orden de votación NOS ABSTENEMOS de emitir opinión (art. 38 L.O.).

Por ello:

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA

**R E S U E L V E:**

Primero: Rechazar el recurso de apelación incoado el 18-02-2021 por el apoderado de la Provincia de Río Negro y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fecha 20-10-2020. Con costas (art. 68 del CPCC).

Segundo: Registrar, notificar y oportunamente, devolver al Tribunal de origen.

Fdo.: ADRIANA C. ZARATIEGUI -Jueza- ENRIQUE J. MANSILLA -Juez- SERGIO M. BAROTTO -Juez- RICARDO A. APCARIAN -Juez en abstención- MARIA LUJAN IGNAZI Jueza Subrogante en abstención-

En igual fecha ha sido firmado digitalmente el instrumento que antecede en los términos y alcances de la Ley Nac. 25506 y Ley A 3997, Res. 398/05 y Ac. 12/18-STJ. Conste.

Firmado: ANA J. BUZZEO-Secretaria- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA