

VIEDMA, 22 de marzo de 2022.

Reunidos en Acuerdo los señores Jueces del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, doctores Liliana L. Piccinini, Cecilia Criado, Sergio G. Ceci, Ricardo A. Apcarian y Sergio M. Barotto, con la presencia de la señora Secretaria doctora Rosana Calvetti, para el tratamiento de las actuaciones caratuladas: "F.J. S C/ OBRA SOCIAL S/ AMPARO S/ APELACION" (Expte. N° Z-2RO-2333-AM2021), elevadas por el Juzgado Civil, Comercial, Minería y Sucesiones N° 3 de la IIª Circunscripción Judicial con asiento de funciones en la ciudad de General Roca, 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 Liliana L. Piccinini dijo:

1. Antecedentes de la causa:

Llegan las presentes actuaciones a este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto el 10-01-2022 y fundado el 17-01-2022 por la apoderada de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Río Negro, doctora Daiana S. Reynoso, contra la sentencia dictada el 30-12-2021 por la señora Jueza Andrea V. de la Iglesia, que declaró procedente la acción de amparo deducida por la señora J. S. F contra la obra social y requirió que en forma inmediata sea instrumentada por la vía correspondiente la cobertura del cien por ciento (100%) del gasto que insume el tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con banco de semen, más todos los gastos necesarios y vinculados a este.

Asimismo, ordenó que se acredite el cumplimiento de lo resuelto en el término de dos días, bajo apercibimiento de aplicar astreintes a razón de \$ 30.000 por cada día de retraso y a favor de la reclamante.

Al decidir de ese modo, la magistrada consideró que quedó acreditada la sugerencia médica del tratamiento y el antecedente referente a que en el año 2018 fue autorizado por la obra social el ingreso de la amparista al Programa de Fertilización Asistida en Ameris -Bahía Blanca-.

Entendió que la vía excepcional del amparo se presenta en el caso como la más idónea a los fines de garantizar los derechos que la accionante sostiene conculcados, por cuanto comprometen el goce de su salud, la vida privada y familiar, la integridad personal en relación con la autonomía personal, entre otros. Precisó que en el presente caso se erige la decisión de ser madre en el sentido genético o biológico, la cual posee protección convencional, constitucional y legal.

En definitiva, consideró que la limitación impuesta por la requerida a la accionante establece una barrera económica/contractual relacionada con su pareja, -ajena al vínculo que posee con su afiliada-, que constituye un acto arbitrario y discriminatorio por cuanto la condiciona al exigirle trámites que debiera realizar aquel, quitando relevancia a su pedido y con ello subordinándola en su decisión como mujer y titular plena de derechos frente a la obra social.

2. Agravios del recurso:

La apoderada de la Fiscalía de Estado, al fundar el recurso (17-01-2022) solicita que se revoque la sentencia, por entender que la vía intentada no resulta idónea y que el pronunciamiento carece de fundamentación, dado que no ha quedado demostrado -en su visión- que la obra social haya obrado u omitido actuar por fuera de los límites de la Ley K 2753.

Plantea que el fallo es arbitrario en tanto desconoce las facultades de auditoría -art. 21 de la Ley citada- y el desenvolvimiento administrativo de la obra social. Arguye violación al principio de división de poderes, al decidir sobre la modalidad de cobertura de un ente autárquico que no está bajo su órbita.

Afirma que no se constata en autos un obrar arbitrario o manifiestamente ilegítimo de la

requerida, quien no rechazó el tratamiento, sino que se limitó a aplicar la normativa que regula su funcionamiento y a solicitar a la amparista que siga los procedimientos administrativos y médicos de rigor, como la presentación de estudios necesarios que se encuentran vencidos por el tiempo transcurrido entre la primera intervención y la solicitada - tres años-.

Cuestiona que la sentencia establece un plazo para la obra social cuando en realidad el incumplimiento está en cabeza de la accionante, a la vez que fija un monto excesivo de astreintes cuando, al no configurarse un incumplimiento por parte de la obra social, el apercibimiento y su eventual aplicación resultan improcedentes.

Finalmente, alega que el objeto de la condena es tan amplio que vulnera el derecho de defensa de su mandante y que el plazo otorgado resulta de imposible cumplimiento, habida cuenta del procedimiento administrativo que conlleva la autorización de un tratamiento.

3. Contestación del recurso:

La amparista, con el patrocinio letrado del doctor Adrián F. Ambroggio, al contestar en fecha 28-01-2022 el recurso presentado por la Fiscalía de Estado, solicita que se rechacen los agravios.

Apunta que la recurrente se limita a expresar una mera discrepancia subjetiva con lo resuelto, sin efectuar una crítica concreta y razonada de la sentencia que considera equivocada.

Sostiene que en autos se encuentra acreditado que la obra social no ha dado cumplimiento a sus obligaciones legales, en tanto la falta de cobertura de los tratamientos de fertilización lesionan sus derechos constitucionales a la salud y -particularmente- a la salud reproductiva.

Destaca la eficacia de la vía elegida en atención a que la amenaza de tales derechos es notoria, considerando especialmente la edad de la amparista y la urgencia constatada por el médico tratante, ya que de no hacerse lugar expeditamente a la cobertura solicitada, se pondría en grave riesgo su posibilidad de ser madre.

Agrega que se cumplieron todos los pasos legales y administrativos ante la obra social sin obtener respuesta; en particular, lo dispuesto por el art. 22 de la Ley K 2753, al haber transcurrido más de 72 horas desde la presentación de su reclamo el 10-12-2021.

Puntualiza que uno de los actos ilegales de la requerida se materializó al solicitar mediante Nota N° 85/21 que la obra social de su pareja (Obra Social) se expida por nota manifestando que cubrirá el 50% del tratamiento de su afiliado, para luego "proseguir la evaluación del caso".

Por último, expresa que el plazo de cumplimiento de la sentencia y la hipotética imposición de astreintes resultan razonables y acordes al tipo de proceso y los derechos en juego.

4. Dictamen de la Procuración General:

El señor Procurador General doctor Jorge O. Crespo, mediante Dictamen N° 21/22 opina que debe rechazarse el recurso, por considerar que no consigue demostrar el hipotético desacierto en que habría incurrido la magistrada al dictar la decisión en crisis, formulando -en sumas- meras discrepancias subjetivas con el fallo que ataca.

Hace notar que desde un primer momento la requerida le exigió a la amparista para el ingreso al Plan de Fertilización Asistida la presentación de "una nota de autorización de la obra social del cónyuge (...) que acredite la cobertura del 50% del tratamiento correspondiente a su afiliado" (cf. Nota N° 85/21 DAM acompañada a la demanda) y que al evacuar el informe de ley, la Asesora Legal de la obra social sostuvo que dicho Instituto solo brinda cobertura a sus afiliados, reiterando que la pareja de la señora Fernández debía realizar el trámite pertinente ante su obra social.

Remarca que existe doctrina legal del Superior Tribunal de Justicia que ha zanjado cuestiones como las aquí valoradas, sin que se aprecie -desde su óptica- que los argumentos vertidos por

la recurrente justifiquen apartarse del criterio imperante.

Precisa que a la luz de los precedentes "Tortarolo" (STJRNS4 Se. 02/14), "Barbieri" (STJRNS4 Se. 24/19) y "Gauna" (STJRNS4 Se. 36/21) de este Cuerpo y encontrándose acreditada la imposibilidad de los actores de procrear sin un tratamiento de asistencia, resulta arbitraria la decisión de la obra social de no cubrir de forma integral el tratamiento solicitado, fundada en que uno de los integrantes de la pareja cuenta con otra obra social.

Advierte que si bien al momento de formular agravios la recurrente ha cambiado por completo el fundamento del rechazo de la pretensión de la accionante -por cuanto afirma que solamente le solicitó que siga los procedimientos administrativos y médicos de rigor-, no se encuentra acreditado que la señora Fernández o su pareja se hayan rehusado a presentar los estudios actualizados al momento de solicitar el nuevo procedimiento de fertilidad. Además, señala que en la nota de fecha 10-12-2021 la amparista manifestó que el 15-10-2021 acompañó los respectivos resúmenes de historia clínica acreditando la condición irreversible de infertilidad, el pedido médico y la solicitud de medicamentos, lo cual no fue controvertido por la obra social.

Por otra parte, manifiesta que debe desestimarse el agravio que versa sobre la advertencia de aplicación de astreintes efectuada en la sentencia, en tanto no surge la existencia de un pronunciamiento judicial que haya resuelto efectivizar dicho apercibimiento.

Concluye que igual temperamento se debe adoptar con relación a la presunta imposibilidad de cumplir con la condena impuesta, toda vez que en fecha 01-02-2022 la obra social informó que el tratamiento de fertilidad y los medicamentos que se requieren para llevarlo a cabo se encuentran autorizados con cobertura 100% para los peticionantes.

5. Análisis y solución del caso:

Pasando a considerar el recurso intentado, adelanto que los agravios allí vertidos carecen de entidad suficiente para rebatir los fundamentos de la sentencia en crisis, dado que no constituyen una crítica concreta y razonada que permita evidenciar el supuesto desacierto en que habría incurrido la magistrada al receptar el amparo.

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. 36/21 "Gauna"), circunstancias que no se verifican en estas actuaciones.

Contrariamente a lo alegado por la recurrente, encuentro que la sentenciante ha meritado los hechos acreditados en la causa y fundado su decisión con base en el marco normativo convencional, constitucional y legal que regula los derechos reproductivos de las personas y el acceso integral a los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, como así también en antecedentes jurisprudenciales que han reconocido el derecho a acceder a tales tratamientos y la obligación de las obras sociales de dar tal prestación a sus afiliados. De la lectura del fallo impugnado se advierte que no asiste razón a la apelante al afirmar que la magistrada soslayó considerar los informes adjuntados al proceso por la requerida, cuando surge precisamente de la sentencia que al momento de decidir se valoró la respuesta brindada por la obra social, además de la indicación médica del tratamiento solicitado por la amparista y los antecedentes que indican que en el año 2018 la obra social autorizó el ingreso al Programa de Fertilización Asistida en el Centro Ameris de la ciudad de Bahía Blanca; extremos corroborados con la documental acompañada por la accionante, que la requerida no desconoció (cf. Nota N°102/18-P.F.A. e informes médicos suscriptos por el doctor Guillermo P. Ponce el 14-10-2021 y el 20-12-2021).

Cabe destacar que la sentencia refiere a la cobertura integral e interdisciplinaria que

corresponde a lpross respecto del abordaje, diagnóstico, medicamentos, terapias de apoyo, procedimientos y técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida incluidas en el Programa Médico Obligatorio (PMO), cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho, conforme se desprende de la Ley 26.862, su Decreto reglamentario 956/13 y la Ley Provincial R 4557, habiendo considerado la magistrada que tal marco normativo no da margen a una interpretación distinta a la que reclama la afiliada en cuanto peticiona acceder al tratamiento indicado con cobertura del 100%.

Ciertamente, frente a la postura exteriorizada por la requerida en cuanto supeditó la evaluación del pedido de la amparista a la presentación de una nota de la obra social de su pareja que acredite la cobertura del 50% del costo del tratamiento correspondiente a su afiliado (cf. Nota N° 85/21-DAM de fecha 21-10-2021 e informe suscripto por la asesora legal el 28-12-2021), es dable enfatizar que la Ley 26.862 obliga a la cobertura integral de los procedimientos de fertilización asistida a toda persona y en el caso de autos, la accionante -afiliada a obra social- demanda para sí, en forma exclusiva y en los términos del art. 8 de dicha ley, la cobertura reclamada, conforme se desprende de la documental referenciada en la sentencia.

Como bien señala la Procuración General, existe doctrina legal vigente de este Superior Tribunal de Justicia que ha zanjado la cuestión traída en autos, estableciendo que la citada ley 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, ya que concede ese derecho a toda persona mayor de edad y aclarando de manera enfática que la inclusión de estos procedimientos dentro del Programa Médico Obligatorio lo será sin que se puedan introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a su orientación sexual o el estado civil de los destinatarios -art(s). 7 y 8-.

Al respecto, se ha puntualizado que el hecho de que la pareja conviviente de la amparista cuente con cobertura médica no enerva las obligaciones de la aquí requerida frente al reclamo de aquella, que debe ser garantizado como dispone la ley, de manera integral (cf. STJRNS4 Se. 24/19 "Barbieri").

Es así que frente a derechos de jerarquía constitucional, tales como la vida, la salud, la dignidad de la persona y los que derivan de la protección integral de la mujer, reconocidos por los tratados internacionales y adoptados como derechos fundamentales en el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, el motivo alegado se encuentra desprovisto de fundamento jurídico alguno (cf. STJRNS4 "Barbieri" ya citado).

A modo de complemento argumentativo, este Tribunal ha precisado que al ser un tratamiento de "pareja" la cobertura a la que está obligada la obra social no se limita al 50% respecto de su afiliada, puesto que ello no se condice con la clara letra y espíritu de la ley (cf. STJRNS4 "Gauna" y "Barbieri" ya citados).

En función de lo expuesto, luce acertado el criterio adoptado por la sentenciante al evaluar que la limitación impuesta por la obra social lesiona los derechos de la accionante, al supeditar el otorgamiento de la cobertura a la cual se encuentra legalmente obligada a una cuestión ajena al vínculo que mantiene con su afiliada, que no le resulta oponible en los términos de la ley citada, sin que ello obste la eventual promoción de las acciones de repetición que la requerida podrá ejercer contra quien considere que también es responsable por la prestación médico asistencial, asunto que obviamente trata de un reclamo ajeno a la vía del amparo (cf. STJRNS4 "Barbieri" ya citado).

Por otro lado, no es posible soslayar que en relación a la introducción de los nuevos argumentos en el recurso -conforme advirtiera el señor Procurador- en autos no se suscita una

discusión sobre la necesidad de actualizar la documentación y/o estudios médicos de la amparista ni se cuestiona la facultad de auditoría de la obra social provincial, aspectos sobre los cuales no indagó la sentenciante ni fueron oportunamente planteados por la requerida, circunstancias que tornan innecesario un pronunciamiento al respecto; por tales motivos corresponde rechazar el agravio referido a la omisión de fundamentación del fallo recurrido. De igual modo, las alegaciones formuladas en torno a la supuesta improcedencia del amparo no tienen chances de prosperar, por cuanto -como se anticipara- la magistrada ha expresado motivos suficientes para considerar que, estando acreditada la imposibilidad de la accionante de procrear sin un tratamiento de asistencia, la decisión de la obra social de no cubrirlo de forma integral fundado en que su pareja cuenta con otra obra social resulta arbitraria y conculcatoria de derechos constitucionales de la amparista; decisión que concuerda con el criterio sentado en la doctrina legal de este Cuerpo, antes referida.

A ello se suma que, previo a la interposición del amparo, la accionante transitó la vía administrativa ante a la obra social y procuró obtener por ese medio -aunque sin éxito- la protección que aquí reclama. Además, repárese que el tratamiento peticionado fue indicado por el médico tratante con carácter urgente atento a la edad reproductiva avanzada y los antecedentes de la amparista, quien cursó previamente un embarazo -producto del anterior tratamiento de fertilización cubierto por la obra social- que no pudo llegar a su fin dado que le fue diagnosticada una patología genética, en función de la cual requiere el procedimiento específico solicitado en estas actuaciones -cf. informe suscripto por el doctor Ponce el 20-12-2021, ya citado-.

En mérito de tales circunstancias, no luce irrazonable la manda dispuesta en la sentencia en cuanto ordenó garantizar la cobertura en forma inmediata, máxime si se tiene en cuenta que la prescripción médica data del 14-10-2021 y que debió ser reiterada mediante nota presentada en la obra social el 10-12-2021, a la cual Ipross no dio respuesta, según consta en estas actuaciones.

Tampoco merecen ser receptadas las alegaciones vertidas por la recurrente en cuanto sostuvo la imposibilidad de cumplir los procedimientos administrativos pertinentes en el plazo fijado por la magistrada, cuando la cobertura del tratamiento y los medicamentos en los términos que ordenó la sentencia fue autorizada por la obra social el 19-01-2022, conforme acreditó la obra social el 01-02-2022.

Igualmente, corresponde desestimar el cuestionamiento que versa sobre la advertencia de aplicación de astreintes, el cual deviene extemporáneo por prematuro en atención a que al momento de la interposición del recurso de apelación en análisis dicho apercibimiento no ha sido efectivizado, sumado a que tiene dicho este Tribunal como principio general que en el marco del proceso de amparo son inapelables las cuestiones accesorias a la decisión de fondo (cf. STJRNS4 Se. 146/19 "Merlo").

En definitiva, el remedio deducido no puede prosperar, en tanto los agravios invocados por la recurrente no logran conmover la justicia del fallo, que ha sido motivado en los máximos postulados constitucionales que hacen al derecho a la salud reproductiva, siguiendo las normas aplicables al caso y los antecedentes que han definido el criterio de este Superior Tribunal de Justicia en la materia.

Finalmente, resulta conveniente señalar el desgaste jurisdiccional innecesario que ocasiona la actividad recursiva dirigida a cuestionar decisiones que se evidencian en clara concordancia con la solución adoptada en casos de sustancial analogía, cuando existe -como acontece en autos- consolidada doctrina legal de este Superior Tribunal referida a la materia que se debate.

6. Decisión:

Por las razones dadas, se propone al Cuerpo rechazar el recurso de apelación interpuesto por

la apoderada de la Fiscalía de Estado contra la sentencia de fecha 30-12-2021. Con costas (art. 68 del CPCC). MI VOTO.

La señora Jueza doctora Cecilia Criado y el señor Juez doctor Sergio G. Ceci dijeron:
Adherimos a los fundamentos expuestos en el voto de la doctora Liliana L. Piccinini y
VOTAMOS EN IGUAL SENTIDO.

Los señores Jueces doctores Ricardo A. Apcarian y Sergio M. Barotto 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 interpuesto por la apoderada de la Fiscalía de
Estado contra la sentencia de fecha 30-12-2021. Con costas (art. 68 del CPCC).

Segundo: Regular los honorarios profesionales del doctor Adrián F. Ambroggio en el 30 %,
porcentaje a calcular sobre los emolumentos regulados en primera instancia (art(s). 15 y 37
Ley G 2212).

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

Fdo.: LILIANA L. PICCININI -Jueza- CECILIA CRIADO -Jueza- SERGIO G. CECI -Juez- RICARDO A.
APCARIAN -Juez en abstención- SERGIO M. BAROTTO -Juez 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: ROSANA CALVETTI-Secretaria- SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA