En la ciudad de Puerto Madryn, a los días del mes de diciembre del año dos mil catorce, se reúne la Excma. Cámara de Apelaciones con la Presidencia a cargo del Dr. Mario Luis VIVAS y la asistencia de la Sra. Jueza de Cámara María Inés de VILLAFAÑE para celebrar acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"R., V. E. c/ Obra Social SEROS-Instituto de Seguridad Social y Seguros S/ Acción de Amparo" (Expte. 296 Año 2014),** venidos del Juzgado de Familia N°2 (Expte Nº 519/14), en apelación. Los magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es justa la sentencia apelada?; **SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Son justos los honorarios regulados a los letrados de la parte actora?; **TERCERA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden sorteado a fs. 269.

A LA PRIMERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo:

1.

La sentencia de primera instancia hizo lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta por la Sra. V. E. R. D.N.I. N° **.***.*** afiliada directa del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS), estableciendo que la condena abarcaba a la tercera citada O. S. de P. A. O..

Rechazó el planteo de inconstitucionalidad del inciso 9º) del punto c) del Anexo de la Resolución Administrativa Nº 1120 del Directorio del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut; declaró abstracto el planteo de inconstitucionalidad respecto a los inciso 3), 4) 5) y 8) del punto a), inciso 10) del punto c), los incisos 1), 2) y 3) del punto d), y del punto e) los incs. 2 y 3, del Anexo de la Resolución Administrativa Nº 1120

del Directorio del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut y declaró la inconstitucionalidad del inciso 4) del punto d) del Anexo de la Resolución Administrativa Nº 1120 del Directorio del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut.

En cuanto al fondo de la cuestión, condenó a la demandada Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS), y a la O. S. de P. A. O. a solventar en partes iguales, la cobertura del cien por ciento (100%) del tratamiento de alta complejidad de fertilización in vitro (FIV), así como la medicación, honorarios médicos y cualquier otro gasto que se requiera para el mismo, teniendo que comprender la cobertura hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistidas con técnicas de alta complejidad con intervalos de tres (3) meses entre cada uno de ellos, salvo prescripción médica en contrario, todo ello en el C. M. IVI B. A. S.A. con domicilio en Avda. del L. N° ****, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con más los gastos de traslado y estadía.

Por su lado, rechazó el pedido de cobertura por los gastos de crio preservación de gametos y/o embriones en el C. M. I. B. A. con domicilio en Av. del L. N° **** de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Se dispuso en el fallo que las condenadas deberán realizar todas las gestiones necesarias para que la actora Sra. R. y el Sr. R. puedan trasladarse y hospedarse en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dentro del plazo de diez (10) días corridos, y dar comienzo dentro de dicho plazo con el tratamiento de alta complejidad de fertilización in vitro (FIV), salvo que la médica tratante considere que el tratamiento debe ser llevado a cabo con posterioridad. Lo hizo bajo apercibimiento de aplicar una multa de pesos mil ($ 1.000) diarios, por cada día de demora en caso de incumplimiento de las condenadas, y hasta el momento de la efectiva disposición de los gastos para el traslado y la estadía, suma que será entregada a favor del amparista, y de proceder a trabar embargo sobre las sumas que se presupuesten, con

más un plus estimado para eventuales aumentos y mayores costos, para que la Sra. R. junto al Sr. R. puedan trasladarse y solventar los gastos por su cuenta, así como también de disponer eventualmente, el pase de las actuaciones a la Justicia Penal, por posible comisión del delito de desobediencia, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiera corresponder.

Señaló que en caso de fracasar el primer intento, para los futuros deberán las condenadas poner a disposición de la Sra. R. y del Sr. R. con cinco (5) días de anticipación las suma de dinero para el inicio del tratamiento y los gastos del traslado y estadía, una vez que la accionante de manera fehaciente acredite la fecha para la realización del nuevo intento.

Finalmente impuso las costas a cargo de las condenadas en partes iguales respecto a los honorarios de los abogados de la parte actora, y respecto a los honorarios de los abogados de la demandada y tercera citada, a cargo de sus representadas y reguló honorarios en la unidad de medida arancelaria.

Para así resolver, identificó los extremos que se encontraban acreditados entre ellos el carácter de afiliada directa -titular- a SEROS de la Sra. V. E. R.; el diagnóstico médico que le atribuye una desconexión tubaria bilateral por lesión tubaria -falla ovárica-; que se le aconsejó un nuevo procedimiento de fertilización in vitro, contemplándose además la posibilidad de una ovodonación como alternativa; la posibilidad de llevar a cabo tres intentos de fecundación; que la edad de la actora no sería impedimento para la realización del tratamiento si los médicos aconsejan la procedencia del mismo; que el Sr. C. A. R. convive con la Sra. R., y que es afiliado directo a la O. S. P. A. O., con estudios normales en cuanto a lo reproductivo; que la preservación de los gametos debe ser en un Banco que esté inscripto en el Registro Federal de Establecimientos de Salud (Re FES) y que el Banco de gametos y embriones de C. M. I. no se encuentra allí inscripto y que el C. M.

I. Bs. As. se encuentra inscripto en el Registro Federal de Establecimientos de Salud ReFES, como Establecimiento de Salud con Fertilización Asistida.

Señaló luego que las cuestiones controvertidas que debían resolverse en la sentencia eran: a) qué porcentaje de cobertura sobre el tratamiento de fertilidad asistida le corresponde solventar a SEROS; b) si además debe soportar los gastos de estadía y traslado que genere la realización del tratamiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; c) si a la tercera citada O. le abarcan los efectos de la sentencia; d) si eventualmente debe la tercera citada abonar un porcentaje de lo pretendido por la amparista, y e) si la demandada debe solventar la cobertura por la crio preservación de gametos y/o embriones en el C. M. I. de la ciudad autónoma de Buenos Aires.

Para la primera cuestión señaló que ni la Ley Nº 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida ni el Decreto Reglamentario N° 956/2013, ni la Ley Provincial I Nº 503, han contemplado las obligaciones de las obras sociales y/o de las empresas de medicina prepaga en caso de que ambos miembros de la pareja y/o los cónyuges tuviesen distintas coberturas.

La limitación estaría dada por la Resolución Nº 001120 dictada por el Directorio del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la provincia del Chubut y en el marco de la modalidad de los beneficios, así como los procedimientos para su implementación. Señala expresamente el ítem c) Cobertura inciso 9) de dicha Resolución que estableció que *"…En caso de que el afiliado o su pareja cuenten con otra cobertura de obra social o empresa de medicina prepaga, se brindará la cobertura al 50%, debiendo en este caso el afiliado o su pareja, realizar la solicitud por el resto de la cobertura a la otra obra social o empresa de medicina prepaga..."*.

Indica que la Resolución Nº 1120/13 le resulta inoponible a O. en tanto no existe relación jurídica alguna entre O. y el Instituto emisor de la

Resolución, por lo que SEROS no tiene facultades para obligar a terceros a cumplir con las prestaciones que le competen.

Ingresa allí a la constitucionalidad de la normativa (ítem c) inciso 9), para dirimiendo si una resolución administrativa pude recortar derechos fundamentales, y en su caso cual sería el límite pues advierte que existe una contraposición con las previsiones de la Ley 26.862, los incs. 22 y 23 del art. 75 de la Constitucional Nacional, art. 1º de la Constitución de la provincia del Chubut y la Ley I Nº 503, compartiendo los planteos efectuado en el punto por O. y la Sra. ..

Que ello también tiene correlato con la inconstitucionalidad planteada por la amparista respecto a los inciso 3), 4) 5) y 8) del punto a), inciso 10) del punto c), todos los incisos del punto d), y del punto e) los incs. 2 y 3. (fs. 49), lo que devino en abstracto, por cuanto en la audiencia de fs.168 las partes y la tercera citada acordaron respecto a las cuestiones controvertidas que deben resolverse en la presente, y es sobre qué porcentaje de la cobertura le corresponde abonar a SEROS (punto 9° inc. c) de la Resolución N° 1120).

Enfatiza que no existen dudas de que el Directorio del ISS y S resulta competente para establecer un programa de requisitos para acceder al trámite de una cobertura determinada, pero es más que necesario, que dichos parámetros deben ser congruentes a las normativas vigentes, y especialmente no deben ser contrarios a los derechos fundamentales reconocidos por la ley suprema, ni a los Tratados Internacionales, ni a los Derechos Económicos Sociales y Culturales en lo atinente al Derechos a la Salud.

Alude a las normas internacionales que deben aplicarse al caso y concluye que más allá del problema de infertilidad que padece la Sra. R., enfermedad del sistema reproductivo, (salud y procreación), la pretensión de poder acceder a un procedimiento de reproducción médicamente

asistida es una cuestión de pareja, no de uno solo de sus miembros, y sin distinción de las formas familiares, concubinos, casados, e incluidas las parejas del mismo sexo. Expresa que el derecho subjetivo a la procreación asistida, es una derivación del derecho a la salud que involucra a varios otros entre ellos el derecho a constituir una familia, y la negativa a brindar una cobertura, atenta contra el derecho a la vida familiar; el derecho a no ser discriminado, tanto por motivos económicos, de raza, color, sexo, idioma, etc.; el derecho a la salud, muy especialmente por el de la salud reproductiva y el derecho a beneficiarse del progreso científico, todos ellos cobijados en todo el plexo normativo, supranacional y local lo que servirá de suficiente fundamento para su resolución.

Agrega que resulta innegable que las técnicas y/o tratamientos de fertilización asistida, son previstos para promover el desarrollo familiar, genera la obligación de favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar, por lo cual sea cual fuera el tratamiento por el que se opte, implicará una satisfacción plena también en los derechos del Sr. R., pues guarda relación con la planificación de la familia.

Sigue diciendo que más allá que si el inc. 9) del punto c) de la Resolución Nº 001120, resulta ser inconstitucional o no, entiende que dicha exigencia no resulta ser desatinada y que inclusive si dicha condición - abonar solo el 50% en caso de que la pareja o el cónyuge contasen con otra obra social y/o empresa de medicina prepaga, quienes deberían abonar el otro 50%- no estuviese contemplada de manera administrativa, al momento de resolverse podría arrimarse a dicha solución.

Refiere que por los altos costos de los tratamientos cuya cobertura se pretende, el derecho de uno puede terminar significando la privación de coberturas para otros y que se trata en definitiva de una decisión distributiva de recursos escasos, como lo son los medios económicos con que cuenta una obra social o empresa de medicina prepaga para hacer

frente a las necesidades de todos sus afiliados, y ello más allá de que se haya probado o no, mediante un detalle contable el impacto que genera en la obra social cargar con los costos de estos tratamientos.

Concluye entonces que en razón de la realidad resulta prudente contemplar que tanto SEROS como O., resultarían obligados en partes iguales sobre la base de los principios de equidad y solidaridad por lo que se expide rechazando el planteo de inconstitucional del punto VI (fs. 41).

Refiere luego a "la tesis del esfuerzo compartido "aplicando la por analogía al caso en lo atinente al sentido del principio de equilibrio y equidad que configuró la doctrina, entendiendo como justo y adecuado proponer que tanto el ISS y S SEROS como la O. S. P. A. O.- afronten los gastos del tratamiento de alta complejidad de fertilización in vitro (FIV), que llevaran a cabo los Sres. V. E. R. y C. A. R., así como la medicación honorarios médicos y cualquier otro gasto que se requiera para el mismo. Dicha cobertura debe comprender hasta TRES (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos.

Luego se refiere al requerimiento de los gastos por la cobertura de crio preservación de gametos y/o embriones en el C. M. I. de la ciudad Autónoma de Buenos Aires, desestimándolos en tanto surge del informe de la actuaria de fs. 215 y del informe de fs. 225 que no se ha incorporado al Registro de Establecimiento de Salud (ReFES) el Banco de Gametos y Embriones de dicho Centro, hasta tanto no se encuentre aprobado la Resolución que reglamenta el funcionamiento de los mismos. Memora que en la audiencia de fs.168 el letrado hizo referencia a que sólo se daría curso al mismo en la medida que se tratara de un banco inscrito en el REFES, condición a la que no se opuso la parte actora y ello es congruente por cuanto resulta ser requisito indispensable que los Bancos de gametos y embriones se encuentren supervisados y/o fiscalizados por el área de Salud

del Ministerio de Nación, por lo que debe previamente estar inscripto en el ReFES y aún ello no sucede en el caso particular de autos.

Luego la magistrada de grado ingresa a la cuestión de si se deben además solventar los gastos de traslado y estadía que generaran los Sres. R. y R. para llevar a cabo el tratamiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Alude a la negativa de la parte demandada SEROS aduciendo que solo se otorgan los viáticos para traslado y estadía a las personas discapacitadas debidamente acreditada dicha circunstancia y a los enfermos oncológicos para los casos de intervención quirúrgica y radioterapia, encontrándose expresamente excluidos los tratamientos de fertilidad asistida a tenor de la exclusión expresamente establecido en el punto d) 4) de la Resolución Nº 1120/14.

Indica que la amparista planteó la inconstitucionalidad de esa norma.

Inicia el tratamiento de la cuestión sosteniendo que la infertilidad, es una enfermedad psicofísica, que puede ser atendida con modernas técnicas médicas capaces de revertirla, rayando con la línea de la posibilidad de ser declarada una persona discapacitada.

Alude a la Ley de Discapacidad N° 22.431 y sus actualizaciones que dispone en su artículo 2º, que "se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral" y a que resultan obligación de las autoridades públicas y de las obras sociales generar acciones positivas a favor del derecho a la salud y a la plenitud de la vida expresadas reiteradamente por la Corte Suprema, en particular en aquellos casos en los que se encontraban en juego los derechos de personas discapacitadas o con capacidades diferentes.

Sostiene que podría resultar innecesario, tener que ahondarse sobre si la infertilidad implica una discapacidad, pues la actividad de las obras

sociales, debe limitarse a la proyección de los principios de la seguridad social, cuya garantía resguarda en forma expresa el art. 14 bis de la Constitución Nacional, y arts. 18 y 19 de nuestra Constitución Provincial.

Agrega que los jueces deben tornar operativas las garantías dadas por el legislador y por las Constituciones Nacional y/o Provincial y deben asegurar mediante acciones positivas la protección de las personas enfermas, sin limitarse a la recitación de los derechos, sino que han de disponerse todas las medidas para el ejercicio efectivo del mismo.

Por otro lado indica que si sendas obras sociales deben soportar los gastos del tratamiento de los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida, el fallo sería ilusorio si los Sres. R. y R. no pudieran hacerse cargo de los viáticos por el traslado y la estadía para dar inicio el tratamiento.

Refirió a los ingresos de la Sra. R., sin que se hayan acreditado en autos los que percibe el Sr. R., aunque sostiene que resulta innecesario analizar las condiciones económicas de los nombrados, pues se habilitaría así una faz discriminatoria netamente económica, si la persona o la pareja cuentan con ingresos se podrá llevar a cabo el tratamiento, caso contrario verán frustrado sus derechos anhelados.

Reseña que SEROS no ha ofrecido la posibilidad que el tratamiento se realice en esta ciudad o en una ciudad cercana, sino que siempre ha considerado viable la posibilidad que el mismo se realice en el C. I. de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Recuerda que el derecho a la salud debe prestarse de manera integral y no de manera parcial y que sería un despropósito si se deshabilitara la concreción y la protección de algunas cuestiones. Refiere a la duplicación de los costos de traslado a la ciudad de Buenos Aires, que se autoriza la realización de tres tratamientos de reproducción médicamente asistida, en

caso de que fracase, sin olvidar los gastos que implicaría por hospedaje en un hotel en aquella ciudad.

Por su lado sostiene que en cuestiones de derecho a la salud, se tiene como premisa que en caso de duda o incertidumbre los gastos deben ser solventados en favor del paciente -nunca en su perjuicio- en tanto la materia se encuentra gobernada por el principio "pro homine".

Concluye en que existe una indubitada obligación por parte de SEROS y de O. de cumplir con lo pretendido con fundamento en la efectiva protección que debe tener el derecho a la salud de quienes se encuentran compelidos a tomar acciones positivas en resguardo de los beneficiarios, por lo que sostiene que la parte demandada y la citada como tercero, deberán cubrir además el costo total que emanen los gastos de traslado y estadía, resultando inconstitucional lo previsto en la Resolución N° 1120 ítem d) Exclusiones punto 4) y ello sobre la base de las previsiones del Art 10 in fine de la Ley V N° 84, pues reitera dicho ítem atenta contra el derecho subjetivo a la procreación asistida, siendo una derivación del derecho a la salud, lo que involucra a varios otros; el derecho a constituir una familia, el derecho a no ser discriminado, y el derecho a beneficiarse del progreso científico.

Finalmente ingresa a la condición de O. como tercera citada al proceso. Dice que Seros pidió la citación de la O. S. P. A. (O.) en los términos y efectos del art. 95 y 96 del CPCC., entendiendo que la controversia la alcanza, para que se le haga extensiva la prestación solicitada, y para el supuesto caso de que sea condenada el ISS y S a pagar la totalidad, ésta pueda repetir de la misma el pago por la mitad. La accionante no se opuso a la citación y se dictó el Auto Interlocutorio Nº 449/2014 disponiéndose la citación al proceso de la O. S. P. A. O.. Por su lado, ésta rechazó la pretensión incoada por SEROS con expresa imposición de costas a su cargo, señalando que es la propia actora la que se encuentra imposibilitada de fecundar, que es titular de SEROS Chubut y no de O. -no se optó por la unificación de aportes-, que

la Resolución Nº 1120/13 no es oponible a O., además por cuanto no fue publicada debidamente en el Boletín Oficial, no se encuentra alcanzada por la Ley XVIII Nº 12 de creación de SEROS, y concluyendo que el inc. c) del punto 9 del anexo de la resolución 1120/13 es inconstitucional.

Para resolver expuso las distintas corrientes respecto a los efectos que produce este tipo de intervención, adhiriendo a aquella para la cual la intervención coactiva u obligada prevista en la normativa opera sobre el presupuesto de que no sólo tiende a evitar una excepción de negligente defensa, lo que sería una interpretación extraordinariamente restringida por lo que en los términos del art. 97 in fine el demandado y el tercero pueden ser ejecutados, de otro modo no podría afectarle a este último la decisión si no se le extendieran a todos los efectos prácticos de la misma en un proceso en el que ha participado.

Así lo sostiene con independencia de lo puntualizado al momento de disponer su citación; que O. se presentó a juicio cuestionando la procedencia de la pretensión en su contra, ha ofrecido y producido prueba al respecto por lo que no visualiza una violación al debido proceso. A su turno, dice, la parte actora no se ha opuesto a la citación sino que la ha consentido por lo que desde esa perspectiva no hay violación al principio de congruencia.

Con cita de precedentes de la CSJN y de esta CAPM, estimó que es procedente condenar al "tercero" citado al proceso por la parte demandada pronunciándose en consecuencia sobre que la condena al citado lo alcanzará como al demandado principal, y en partes iguales por ausencia de prueba de otra forma de distribución.

La sentencia es apelada por el tercero citado a fs.246, agregándose el memorial a fs.248/256. A fs. 257/261 apela y expresa agravios el ISS y S.

Encontrándose los autos en esta sede, a fs. 265 presenta el memorial la parte actora.

2. <u>Los agravios.</u>

2.1. <u>Los agravios de O.</u>

La queja de la citada se sostiene en tres agravios:

En el primero cuestiona que se haya condenado a su parte a solventar en partes iguales con el ISS y S de la Provincia del Chubut, la cobertura del ciento por ciento del tratamiento de alta complejidad de fertilización in vitro (FIV), así como la medicación, honorarios médicos y cualquier otro gasto que se requiera para el mismo, teniendo que comprender la cobertura hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistidas con técnicas de alta complejidad con intervalos de tres (3) meses entre cada uno de ellos, salvo prescripción médica en contrario, todo ello en el C. M. I. B. A. S.A. con domicilio en Avda. del L. N° ****, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con fundamento en una errónea interpretación de norma, doctrina y jurisprudencia.

Reseña que su parte fue citado al proceso en los términos del auto interlocutorio, por la demandada SEROS y que sin perjuicio de lo allí resuelto, en la sentencia que apela se la condena al 50% de los gastos del tratamiento de fertilización, gastos de traslado y estadía y honorarios de la parte actora, cuando a lo sumo podía establecer si el accionado tenía derecho a repetir contra su poderdante los gastos referidos en qué medida o proporción más no así los honorarios de la parte actora.

En otro aspecto, dice que la sentencia se aparta y contradice en forma absoluta la normativa que regula el funcionamiento de las obras sociales y las prestaciones médicas debidas a sus beneficiarios (leyes 23.660, 23.661; Decs. PEN 576/93, 504/98, 1608/04; ley 26.862 y Ley Pcial I N° 503).

Señala que la ley 23.360 establece dos categorías centrales de beneficiarios de las obras sociales: los directos u obligatorios y los no titulares entre los que se encuentran los convivientes unidos en aparente matrimonio;

conforme el art. 9 Dec. 576/93 con las modificaciones del dec. 1608/04 se reglamentó la ley 23.660 estableciendo que la condición de beneficiario no titular se mantendrá en tanto no le corresponda ser titular, estableciéndose por otro lado la posibilidad que en el caso que ambos cónyuges resulten afiliados titulares puedan afiliarse a un único agente del seguro y que conforme el Dec Pen 292/95 se eliminaron las múltiples coberturas y se unificaron los aportes para las Obras sociales; en el mismo sentido se precisó en el Dec. 504/98.

Sobre esa base señala, que tal lo informado al contestar la demanda la Sra. R. nunca fue beneficiaria en ninguna de las categorías que contempla la legislación, reconociendo en su demanda que es afiliada directa y en forma obligatoria de Seros y que por ello dirigió su acción a esta Obra Social y no a O. porque nada tiene que reclamarle. De modo tal que es la obra social de la actora quien recibe los aportes y contribuciones la única obligada por la legislación para brindarle en forma plena y absoluta la cobertura de salud debida y en particular la emergente de la ley 26.682 y de la Ley I N°503. Dice que en esta norma por la que la provincia adhiere a la ley nacional se estableció que sería Seros y el Sistema de Salud Provincial quienes incorporarían la prestación obligatoria del art. 8 de la ley nacional.

Refiere que no obstante la claridad de las normas, la magistrada de grado condenó a su parte a solventar el 50% de las prestaciones incluidos los gastos de traslado y alojamiento en Buenos Aires, que para ello aludió en forma errónea a la teoría del esfuerzo compartido, citando un precedente que no es aplicable al caso, explicando sus diferencias.

Lo agravia también que se haya sostenido en la sentencia que su poderdante persigue fines especulativos o comerciales que se superponen o contraponen a sus obligaciones sociales lo que resulta un sinsentido, explicándose, fundamentalmente en que si hubiera resultado su afiliado el

imposibilitado a procrear, todos los gastos que ello generaría los hubiera solventado, por así haberlo previsto la ley nacional.

Dice que lo resuelto violenta la normativa aplicable, poniendo en riesgo las obras sociales sindicales y en particular las pequeñas como es del caso su mandante.

Cuestiona el criterio de la sentencia respecto de la afirmación que la procreación del niño es una cuestión familiar que justifican por sus altos costos sean soportados por la accionada y por la citada, incorporando una serie de interrogantes, para ejemplificar que aquél pondrá en crisis el conjunto de las obras sociales y el sistema sanitario todo.

Para el segundo agravio, señala que la sentencia realiza una interpretación arbitraria y sesgada sobre el problema de la oponibilidad respecto de la O. y en última instancia sobre la constitucionalidad del inc.9 punto c) de la Res. 1120/13 del ISS y S.

Dice que si bien se reconoce al Instituto la posibilidad de dictar normas que regulen las normas relativas a la fertilización asistida, en la sentencia se hacen severas advertencias sobre su constitucionalidad, refiriendo a las normas constitucionales que cita la magistrada, sin perjuicio de lo cual luego señala que más allá de si el inc.9 del punto c) de la Res.N°001120 resulta ser o no inconstitucional entiende que dicha exigencia no es desatinada. Por lo que por una lado reconoce la inoponibilidad de la mencionada resolución a su mandante, para luego considerar constitucional pese a todo lo dicho por su parte al fijar su posición sobre el tema, sin encontrar explicación para conciliar lógicamente la inoponibilidad de la resolución para luego hacerla de aplicación efectiva, contradiciendo claramente el requisito de razonabilidad que establece el art.28 de la CN, dando lugar a una decisión contradictoria, incongruente y arbitraria.

El tercer agravio tiene que ver con la imposición de las costas, procurando que al revocar el fallo, se impongan totalmente a Seros por cuanto la misma es la que resultó litisconsorte y su parte ha sido citada en calidad de tercero.
Dice que de no admitirse la queja, los honorarios deberán ser reducidos por resultar los mismos excesivos a mérito de las labores cumplidas.
Deja planteada la cuestión federal.

2.2. <u>Los agravios del Instituto de Seguridad Social- Obra Social Seros</u>.

El primer agravio refiere a la inconstitucionalidad del inc. 4 del punto d del Anexo de la Resolución Administrativa N° 1120 del Directorio del ISS y S de la Provincia.
Dice que tal declaración es la última ratio del ordenamiento jurídico y que se deben dar los fundamentos contundentes que demuestren claramente la contraposición de la norma tachada de inconstitucional con la constitución misma.
Le causa a agravio que como consecuencia de tal declaración su parte resulte condenada a abonar los gastos de traslado y estadía violentando directamente la normativa del Instituto dictada en consecuencia de la ley XVIII N° 12, lo que contribuirá a afectar el equilibrio presupuestario de la Obra Social.
Señala que los gastos de traslado y estadía solo están previstos para los caso de discapacitados y pacientes oncológicos, por lo que incluir esta cobertura para el caso de autos, desvirtúa la planificación estratégica de la obra social y autorizará a que cualquier afiliado que tenga una enfermedad los requiera utilizando el forzado criterio sostenido en el fallo.
Luego refiere a los términos de la ley 22.431 que establece quienes son los discapacitados tutelados por la norma y a los que deberá, previa evaluación, otorgarse el Certificado Único de Discapacidad con validez en todo el territorio nacional y que también tendrá esos efectos aquellos

certificados emitidos por las provincias adheridas previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que se establezcan. En similares términos se expresa la Ley provincial I N°296.

De modo tal que con su razonamiento, la magistrada de grado fuerza la interpretación de las normas para considerar discapacitada a la actora, sin fundamentar como encuadraría la actora en esa definición, enumerando una serie de derechos de raigambre constitucional que podrían aplicarse a cualquier dolencia y sin explicar cuál sería el argumento para apartarse del certificado que la misma norma exige para probar la discapacidad.

Agrega que ni la norma nacional ni la del Instituto incluyen la prestación de traslado y estadía, por lo que la solicitud de la concesión de la misma resulta improcedente y contraria a derecho; que no se afecta con ello el principio de integralidad del otorgamiento de la prestación provincial y que de haberse considerado una limitación arbitraria debió haberse explicado fundadamente.

Añade que la actora acreditó la solvencia necesaria para cubrir los costos de traslado y alojamiento y que el apartamiento de la sentencia afecta la organización del acceso a las prestaciones en forma igualitaria para la totalidad de las prestaciones.

En el segundo agravio refiere a la imposición de las costas. Señala que su parte puso a disposición de la parte el 50% de los gastos necesarios para brindarle la cobertura y que le indicó como proceder para obtener el 50% restante con resultado negativo por la actitud de la O.; que no dio motivo para que se inicien las actuaciones y que lo único que concedió la sentencia en contra de su mandante son los gastos de traslado y estadía. Alude que conforme lo resuelto, la magistrada de grado disfrazó el fallo de condena ya que la misma en definitiva es lo que puso a disposición de la afiliada. De esa manera se violentó el principio objetivo de la derrota y debe revocarse

la condena en costas e imponérselas a la actora por haber demandado a quien no tenía que demandar y a O. por tratar de evadir sus obligaciones.

3.

Tratamiento de los agravios

Por razones de lógica expositiva ingresaré en primer término a la queja de O., para luego abordar el agravio del Instituto de Seguridad Social y Seguros SEROS (en adelante ISS y S) para finalmente ocuparme de la cuestión de las costas respecto de las cuales se han agraviados demandada y tercera citada.

3.1. Tratamiento de los agravios de la tercera citada.

Los agravios de O. identificados en primero y segundo lugar pueden ser tratados conjuntamente en tanto se enlazan en la fundamentación.

En un primer aspecto se cuestiona que en la sentencia se han alterado los términos que fundaron la citación de O. a este pleito, pues de sostenerse que la condena no podría recaer sobre el tercero convocado al pleito por el demandado, se condenó a su parte apartándose de los fundamentos del interlocutorio que dispuso su citación.

En los términos en que ha sido planteada la queja, tengo presente que la Sra. Magistrada se hace cargo de la cuestión, dando fundamentos para ello, por lo cual queda ínsita en la materia medular del agravio.

Luego y dejando a salvo mi criterio respecto de la intervención de terceros en el juicio de amparo y que en mérito del art. 97 del CPCC, llega firme a esta instancia, abordaré la cuestión de la extensión de la condena al tercero citado, que resulta la base esencial de los argumentos recursivos.

La figura de la intervención de terceros contemplada en el art. 94 del CPCCN requiere, para su admisibilidad, que la controversia fuere común, interpretándose que tal expresión se refiere a los casos en que se tiende a

evitar nuevos juicios, especialmente cuando una de las partes, al ser vencida, se hallare habilitada para intentar una pretensión de regreso contra el tercero, y también cuando la relación o situación jurídica, sobre la que versa el proceso, guarda conexión con otra situación jurídica existente entre el tercero y cualquiera de los litigantes originarios, de manera que el tercero podría haber asumido inicialmente la posición de litisconsorte del actor o del demandado. "*La llamada intervención obligada de terceros, que tiene lugar cuando el juez, a pedido de las partes o de oficio, ordena la citación de un tercero, a fin de que la sentencia que vaya a dictarse produzca para él efecto de cosa juzgada. En principio procede en los casos en que está permitida la acumulación subjetiva impropia pasiva de acciones.* (STJCH SI N° 14/04).

Se ha dicho también *"Y, en tal sentido, habrá controversia común cuando se entienda que la eventual decisión judicial que resuelva sobre la relación o situación jurídica planteada en el proceso y que constituye la causa de la pretensión, pueda de alguna manera afectar, rozar, alterar, gravitar o comprometer la relación o situación jurídica extracontenciosa existente entre una de las partes y el tercero"* (cfr. Kenny, Héctor. "La intervención obligada de terceros en el proceso civil", ed. Depalma. 1983, Págs. 13 y cctes).

El ISS y S requirió la citación de O. en tanto consideró que existía una controversia común que la alcanzaba totalmente y con base a la imprescindible solidaridad de los obligados frente a los afiliados y subsidiariamente para la eventual acción de regreso, de condenársele a pagar el 100% de las prestaciones.

Por su lado la Sra. R., demandó exclusivamente a SEROS, por resultar afiliada directa y eso fue reiterado a fs. 88 cuando -respecto a la citación del tercero- dijo que no formuló reclamo a O. por no tener ninguna relación con la actora y que no está legitimada para demandarla, dejando librado al criterio de la magistrada su citación.

Por cierto, la pareja conviviente de la Sra. R. no ha sido parte en este amparo.

No se comparte que O., aceptó la citación. Por el contrario, al comparecer al juicio la resistió, solicitando el rechazo de la pretensión incoada por SEROS, fundamentando que la Sra. R. no es ni ha sido inscripta por el Sr. R. como beneficiaria de esa Obra Social y sosteniendo la inoponibilidad de la Res. 1120 del ISS y S.

Tal como se afirma en la sentencia ni la ley 26.862 ni su Decreto Reglamentario N°956/2013 ni la Ley Provincial I N° 503, han contemplado las obligaciones de las obras sociales y/o empresas de medicina prepaga en caso que ambos miembros de la pareja y/ o los cónyuges tuviesen distinta cobertura. Acierta también la magistrada de grado cuando señala que no existe relación jurídica alguna entre O. y el emisor de la Res.1120/13, por lo que SEROS no tiene facultades para obligar a terceros a cumplir con las funciones que le competen.

La participación de terceros en el proceso es procedente siempre que exista una relación sustancial entre el tercero y alguna de las partes del juicio en el cual participa, conexa, vinculada o común, con la debatida en el juicio; el tercero para poder ser ejecutado, tiene que haber tenido en el pleito, la posibilidad total y absoluta de defender el derecho que le asiste conforme la relación sustancial conexa o vinculada con la que se debate en el juicio principal.

No puede obviarse entonces el análisis de la causa sustentadora de la citación y, si ésta fue claramente la *litis denuntiatio*, el tercero no ha asumido la calidad de parte y por ende, la sentencia para él tiene el efecto de serle oponible como antecedente favorable a la fundabilidad -en terminología usada por Palacio- de la acción de regreso que eventualmente ejerza el demandado, pero no puede ejecutarse contra el tercero a quien no resulta viable condenar.

No es ese el supuesto de autos donde la primera opción de la demandada citante, lo ha sido para que O. sea condenada a cubrir el 50% de las prestaciones reclamadas por la Sra. R..

Como lo sostuvo la minoría en el plenario "Balebona" (CNCiv., en pleno, 04/03/1992, "Balebona, Manuel c. Storzi, Daniel", elDial.com - AN17C), *"...no se puede dar una contestación categórica al tema que plantea la convocatoria, en razón de distintos matices que se pueden presentar en el proceso una vez pedida y lograda la intervención del tercero, los que deberán ser tenidos en consideración en la sentencia. En efecto, tanto la relación jurídica sustancial como la forma en que quedó trabada la procesal, pueden determinar que en algunos casos el tercero pueda ser incluido en la condena... Es cierto que el art. 96 -del C.P.N.- dispone que la sentencia afectará al tercero como a los litigantes principales y ese término —"afectará"— se refiere a la cosa juzgada que en su momento producirá la sentencia. Pero ello en modo alguno impide que, en cada caso concreto y al dictar sentencia, el juez pueda interpretar no sólo la relación jurídica sustancial sino también las respectivas conductas procesales, para establecer de qué manera el tercero se encuentra involucrado en ellas, y allí dejar en claro el modo en que la futura cosa juzgada lo afectará..."*.

Resguardado el derecho de defensa del tercero, quien participó en el juicio desde la primera etapa procesal, resistiendo el pedido de citación y la demanda, ofreciendo prueba, debo concluir que la extensión de la condena a O. no resulta ajustada a derecho.

Antes de la reforma del art. 96 del CPCCN y aún aplicable frente a nuestro art. 97 del CPCC, existen tres posturas que polarizaron a la doctrina y a la jurisprudencia en torno a la posibilidad de condena del tercero citado a instancias del demandado: una tesis ampliamente positiva -v.gr. la minoría en el plenario Balebona citado; una tesis intermedia -que atiende la actitud defensiva concreta desplegada por el tercero- y una tesis negativa, que

entiende que el tercero no puede ser condenado por no integrar la relación principal que vincula al actor con el demandado.

Aún en la tesis negativa se admite la condena cuando el actor amplía su demanda contra el tercero, debiendo entenderse que ello ocurre cuando consiente la citación y requiere condena contra aquél.

Si el demandado pide la citación de quienes hubieran podido también ser demandados, el actor debe quedar facultado para ampliar su demanda, a fin de colocarse en igualdad de condiciones frente al tercero citado, quien puede por vía de una declaración negativa de certeza, obtener una verdadera sentencia absolutoria; se evita también la promoción de otro juicio con el solo propósito de transformar la declaración en otra condena.

La existencia de voluntad explícita de la actora, exteriorizada en el proceso, de obtener sentencia de condena contra el tercero, hace procedente la ejecutoriedad de la sentencia contra ese tipo de sujetos procesales, porque entonces no media violación del principio de congruencia.

En los casos en que el demandado pide la citación de un tercero que se encuentra legitimado para ser demandado, debe permitirse a la actora la posibilidad de ampliar su demanda incluyendo el pedido de condena contra el tercero citado, la cual si bien importa una modificación intempestiva de los términos de la litis, permite una solución más benéfica para los interesados, en cuanto asegura un tratamiento igualitario entre el actor y el tercero en cuanto a sus posibilidades procesales y se logra una simplificación procesal que reporta un evidente provecho para la economía procesal. En tales condiciones, la objeción a que la condena se extienda a la tercera citada importaría un excesivo rigorismo formal, aún desde el punto de miras de la tesis negativa.

Sea cual fuera la posición que se adopte, es claro que ni la actora amplió su demanda contra el citado ni existe vínculo contractual que autorizara a R. a demandar a O. para que asumiera el costo del tratamiento de fertilización

asistida con el alcance previsto en la sentencia y tampoco lo hay entre la demandada SEROS y la obra social citada coactivamente.

No existe relación sustancial en torno a la cual la litis entre la actora y la demandada, sea común al tercero (en cuyo caso el tercero habría podido o debido asumir la posición de litisconsorte necesario) y la solidaridad frente al pago de las prestaciones, no está prevista ni en la ley 26.862 ni su Dec Reglamentario N°956/2013 ni la Ley Provincial I N° 503.

De modo tal, que acreditado que O. no está legitimada pasivamente para ser demandada en autos, ningún derecho a favor de la actora podrá ser declarado. La falta de legitimación constituye un impedimento sustancial para que el juez pueda expedirse acerca de la existencia del derecho que se controvierte en el juicio, ya que representa un requisito de la pretensión contenida en la demanda, y no una excepción en sentido estricto ni un impedimento procesal. Así, la legitimación en la causa no es un presupuesto procesal, porque -lejos de referirse al procedimiento- contempla la relación que debe existir entre el sujeto demandante o demandado y el interés sustancial discutido en el proceso.

Es por todo lo expuesto, que voy a proponer se admita la apelación de la citada y se revoque la sentencia en tanto condenó a O. a solventar en partes iguales con SEROS, la cobertura del cien por ciento (100%) del tratamiento de alta complejidad de fertilización in vitro (FIV), así como la medicación, honorarios médicos y cualquier otro gasto que se requiera para el mismo, con más los gastos de traslado y estadía.

3.2.

La solución que propugno, amerita a ingresar a la constitucionalidad de la Res. N° 1120/13 dictada por el Directorio del ISS y S.

La magistrada de grado se expidió en la parte dispositiva por su constitucionalidad y entiendo que así lo hace por el modo en que da respuesta a la pretensión de la actora.

A poco que se lean sus argumentos da cuenta que sin perjuicio que el Directorio del ISS y S resulta competente para establecer un programa de requisitos para acceder al trámite de una cobertura determinada, es más que necesario que dichos parámetros deben ser congruentes a las normativas vigentes, y especialmente no deben ser contrarios a los derechos fundamentales reconocidos por la ley suprema, ni a los Tratados Internacionales, ni a los Derechos Económicos Sociales y Culturales en lo atinente al Derechos a la Salud. Aludió seguidamente a las normas aplicables, para finalmente señalar que más allá si el inc.9) del punto c) de la Res. N° 1120, resultaba constitucional o, entendía que la exigencia no resultaba desatinada y que aún de no estar prevista de manera administrativa, al tiempo de resolverse podría arrimarse a dicha solución.

De compartirse en el Acuerdo el sentido de mi voto y considerando que en nuestro sistema normativo conforme el art. 10 de la CP, toda ley, decreto u ordenanza que imponga al ejercicio de las libertades o derechos reconocidos por la Constitución otras restricciones que las que la misma permite o prive de las garantías que ella asegura, son nulos y no pueden ser aplicados por los jueces, estimo que la naturaleza de la cuestión que presupone una sentencia de condena, me permite ingresar a la constitucionalidad de la restricción que impone a la afiliada, la Res. 1120 /13 emanada del Directorio de SEROS.

En el orden constitucional, el derecho a la salud, se encuentra reconocido en el artículo 42 de la Constitución Nacional y en los Tratados internacionales incorporados al artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, entre ellos el artículo, 12 inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, arts. 4 y 5 inc. 1) de la Convención Americana sobre Derechos

Humanos; art. 6 inc.1°) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (C.S.J.N. Fallos 302-1284; 310-112; 323-1339). Del mismo modo ha sido reconocido en el inc. iv) del apartado e) del art. 5 de la Convención Internacional Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del art. 11) y 12 de la Convención Internacional Sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979; y en el art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989; la Carta Social Europea de 1961, la Comisión de Derechos Humanos, entre otros varios documentos internacionales y regionales.

Por su lado, nuestra Constitución en su art. 18 establece que todos los habitantes de la provincia gozan de los derechos y garantías reconocidos por la C.N. y en ella en especial a la protección de la salud (inc. 2do). Asimismo establece en su art. 21 que los derechos personales reconocidos y establecidos por la Constitución se consideran operativos salvo cuando resulte imprescindible su reglamentación, la que en todos los casos debe respetar sus contenidos esenciales, debiendo los jueces arbitrar los medios para hacerlos efectivos mediante procedimientos de carácter sumario.

Sancionada la Ley 26.862 y dictado su decreto reglamentario 956/13, la provincia del Chubut dictó la ley I N° 503 por la que se adhirió a la ley nacional de "Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Médicamente Asistida", estableciendo en su art. 2do que el Instituto de Seguridad y Seguros Chubut (ISS y S) por medio de la Obra Social SEROS, y el Sistema de Salud Provincial en los establecimientos sanitarios habilitados, incorporarán como prestación obligatoria la prevista en el Artículo 8ºde la Ley Nacional Nº 26.862.

No cabe dudas que el dictado de la ley y su posterior adhesión por la provincia fue dar respuesta normativa a una realidad que reflejaba la creciente demanda de cobertura integral de técnicas de reproducción humana asistida, principalmente aquellas de alta complejidad, por parte de los beneficiarios de los diversos sectores del servicio de salud ante los distintos tribunales provinciales y nacionales.

La ley estableció en su art. 1ero que su objeto era garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y lo reafirmó al reglamentarla indicando que se procuraba garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

En la adhesión provincial, Chubut se limitó a establecer que sería el ISS y S quien a través de SEROS, incorporaría como prestación obligatoria la prevista en el Artículo 8º que establece *"Cobertura. El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, 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: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, 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, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios."

Conforme la jurisprudencia de la CSJN el PMO no debe considerarse como un techo sino como un piso que contiene una enumeración no taxativa de prestaciones mínimas que resulta indispensable cubrir, ya que "la protección del derecho a la salud, según esta Corte, es una obligación impostergable del Estado Nacional de inversión prioritaria" (Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional, CSJN, Fallos 323:1339).

No se cuestiona que en los términos del art. 25 de la ley XVIII el ISS y S puede definir la oportunidad, el alcance y cobertura económica de las prestaciones que enuncia en el art. 24, a fin de asegurar el mejor nivel de atención médica con los recursos económicos y técnicos disponibles.

Sin perjuicio de ello, la reglamentación del Directorio y en los términos en que ha quedado planteada la cuestión en autos, no resulta congruente con la finalidad de la ley. La limitación que impone a quienes puedan contar con más de una obra social o plan de salud impone una restricción no prevista en la ley que procura la cobertura integral de los tratamientos indicados por los profesionales y atenta con la debida prestación a la que legalmente está obligada y que forma parte del objetivo tenido en miras en su constitución, por contrariar la finalidad tuitiva de la salud del afiliado.

Véase que le impone a la afiliada, la obligación de reclamar a una obra social de la que resulta extraña, la solicitud por el resto de la cobertura sin ningún fundamento legal, más que su propia discrecionalidad al reglamentar la ley que, insisto, no prevé aporte común o solidario alguno.

Por su lado, de los fundamentos de la reglamentación se infiere que la misma obedece a garantizar la mayor eficacia de los tratamientos,

maximizando los recursos con los que cuenta la Institución cuando la cuestión económica que de ello trasunta- ajena por cierto a la realidad de la afiliada-, conspira con los objetivos de protección integral de la salud que propugnan las normas constitucionales y supranacionales que ya he individualizado.

La posición del Instituto que por vía de reglamentación, prescinde de su obligación de procurar el 100% de las prestaciones que se individualizan en el art. 8 de la ley 26.862 , con fundamento en la existencia de cobertura de otra obra social para el otro miembro de la pareja, resulta a mi criterio violatoria de las normas constitucionales que garantizan el derecho a la salud y propiciaré que, revocando la sentencia de grado en el punto, se declare la inconstitucionalidad del apartado c)inc.9 del Anexo "Programa para la autorización de prácticas de reproducción asistida" que integra la Res. 001120 del 30 de septiembre de 2013, dictada por el Directorio del ISS y S.

Como consecuencia de lo expuesto y en los términos en que fue planteada esta acción de amparo, deberá SEROS, en tanto Obra Social de la que resulta titular la demandante, afrontar en su totalidad la cobertura del tratamiento de alta complejidad de fertilización in vitro del modo y con el alcance solicitado.

3.2. <u>Tratamiento de los agravios del ISS yS</u>

Cuestiona la demandada que la en la sentencia de grado se haya declarado la inconstitucionalidad del inc. 4to del punto d) del Anexo "Programa para la autorización de prácticas de reproducción asistida" de la Res. 001120 del Directorio del ISS y S.

Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 268 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente

armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional.

De allí entonces, que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto.

A partir de allí, soy del criterio que la demandada no acierta cuando discrepa con los argumentos de la sentencia para sostener la inconstitucionalidad del referido apartado de la resolución administrativa.

Señaló el STJCH *"En anterior pronunciamiento hice referencia al empleo del criterio de razonabilidad para establecer si una ley era constitucional -mi voto en SD Nº 06/SCA/2004- y sostuve que la misma debía ser demostrada por quien defiende su constitucionalidad. En el caso, como lo adelanté, se trata de determinar si el acto administrativo emitido por S.E.R.O.S. restringe, altera, amenaza o lesiona con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta el derecho a la salud (en esta faceta, al haberse producido una lesión a la salud, en realidad corresponde hablar de derecho a la atención o asistencia sanitaria) o garantía reconocido por las Constituciones Nacional, Provincial o por el Decreto Ley Nº 1404, y por lo que llevo dicho es al mencionado organismo público quien debía demostrar la legalidad, la razonabilidad de su acto. Era su función evidenciar que su proceder se ajustaba a lo dispuesto por el Dto. Ley Nº 1404 y que cuando interpretó esta normativa para resolver el reclamo de la especie lo hizo de manera sistemática y armonizándola con las normas constitucionales que rigen el caso y con los objetivos que emergen del art. 1ero. de dicho Decreto-Ley, cuando dice que se instituye un régimen de*

prestaciones de salud y asistencial (prestar asistencia, asistir, ayudar, socorrer) para el personal de la Administración pública y que se reglamenta específicamente, en cuanto al tema de asistencia, en el art. 27 del Decreto reglamentario N° 337/77." (in re"B.A. c/ SEROS y otra s/ Acción de Amparo". Expte. N° 19.957-B-2005 S.N°3/05 S.R.E.).

En numerosos fallos previos a la sanción de la ley 26.862 se aludió a la doctrina de la Corte Interamericana fijada en el Caso Artavia Murillo (A.M. y Otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica" – CIDH – 28/11/2012 Base elDial.com AA7C53) que elaboró una doctrina que tiene sustento principalmente en dos ejes. Por un lado, tomó nota del concepto de infertilidad que desarrolla la OMS, al decir que "es una enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas". Y, por el otro, citó a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, cuando establece que "las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". Sostuvo además que como la discapacidad resulta de la interacción entre las limitaciones funcionales de una persona y las barreras del entorno que impiden el ejercicio pleno de sus derechos y libertades, por tanto a partir del principio de derecho imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y no discriminación, los Estados debían abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos.

Por otro lado, tampoco logra refutar que en nuestro la Ley de Discapacidad N° 22431 y sus modificaciones dispone en su art. 2°, que *"se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o*

prolongada, física o mental que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral".

No logra rebatir que en mérito a ello y conforme el arraigado criterio de la CSJN, las autoridades públicas y de las obras sociales tienen obligación de generar acciones positivas a favor del derecho a la salud y a la plenitud de la vida, en particular en aquellos casos en los que se encontraban en juego los derechos de personas discapacitadas o con capacidades diferentes.

Como se advierte, no alcanza para refutar los argumentos de la sentencia señalar que es el certificado de discapacidad otorgado por la autoridad de aplicación el único elemento relevante para considerar a quien porta una infertilidad, por fuera del reconocimiento de una discapacidad que amerite su protección integral.

En cuanto a que la actora acreditó la solvencia necesaria para afrontar los gastos, comparto el criterio de la magistrada de grado que resulta innecesario tener que analizar las condiciones económicas de la requirente pues de esa manera se habilitaría una faz discriminatoria netamente económica, que atenta contra la regla de protección integral a todo afiliado que demande la prestación, impactando según quien lo requiera, sobre aquellas parejas que no cuentan con los recursos económicos para realizar de manera exitosa el tratamiento de la FIV.

Por otro lado debe necesariamente recordarse que en los términos en que ha quedado trabada esta litis, la Sra. V. R. resulta afiliada directa obligatoria, en tanto así lo determina el art. 1 de la Ley XVIII N° 12 que establece el régimen de prestaciones de salud y asistenciales para el personal de la Administración Pública Provincial, sin que sea posible para el empleado de la administración optar por otro prestador de salud.(art 12 *"La incorporación al régimen de los afiliados Directos e Indirectos Obligatorios se*

hará en forma automática y los aportes respectivos se descontaran mensualmente de los sueldos y haberes de los afiliados Directos….").

Al otorgar las prestaciones que consagra la ley 26.862 en la ciudad de Buenos Aires, así se lo ha solicitado y consentido por la demandada, implica para la prestadora asumir que no se cuenta en el ámbito de la provincia con instituciones médicas debidamente registradas en los términos del art 4 de la reglamentación. Allí se expresa: *"Art.4 Registro. El registro único de establecimientos sanitarios habilitados para realizar procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida y los bancos de gametos y/o embriones funcionará en el ámbito del REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES) en la DIRECCIÓN NACIONAL DE REGULACIÓN SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependiente de la SUBSECRETARIA DE POLÍTICAS, REGULACIÓN Y FISCALIZACIÓN de la SECRETARÍA DE POLÍTICAS, REGULACIÓN E INSTITUTOS del MINISTERIO DE SALUD. Las autoridades sanitarias de las provincias y de la CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES serán las responsables de registrar los establecimientos que hayan habilitado a tal fin, conforme a las normas de habilitación categorizante que se hubieran aprobado."*

Como consecuencia de ello e interpretado armónicamente con lo dispuesto en el art. 1 *"la garantía establecida por la Ley Nº 26.862 tiene por objeto el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, como la posibilidad de acceder a dichos procedimientos y técnicas cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho. A esos fines, los Prestadores del Servicio de Salud de los ámbitos público, de la Seguridad Social y privado, deberán proveer sus prestaciones respectivas conforme la Ley Nº 26.862, la presente reglamentación y demás normas complementarias que al efecto se dicten"*, es de toda evidencia para mí que el acceso integral a las prestaciones que otorga la ley, en un ámbito territorial distante de los centro urbanos que cuentan con los establecimientos asistenciales habilitados para

aquéllas, no puede verse limitada por una restricción reglamentaria que en definitiva termina desvirtuando en la práctica no sólo la ley de 26.862 y su reglamentación, sino fundamentalmente a las normas constitucionales que garantizan la protección a la salud y de manera más amplia el derecho de protección a la familia, donde la posibilidad de procrear, es parte del derecho a fundar una familia.

Acceder a los servicios de salud reproductiva y para ello al derecho a la tecnología médica necesaria para ejercerlo, significa que cualquier restricción que lo limite resulta arbitraria e ilegítima, que no puede consentirse.

El art. 24 de la Ley XVIII N°12 establece que la Obra Social asumirá toda otra prestación que directa o indirectamente contribuya al fomento, protección, recuperación de la salud, y rehabilitación del afiliado a la vida útil como así también a lograr su bienestar social.

Conforme vengo exponiendo soy del criterio que la magistrada de grado ha interpretado correctamente que, aceptado por SEROS que el/los tratamientos que deben afrontar la Sra. R. y el Sr. R., deben cumplirse en la ciudad de Buenos Aires, el traslado y la estadía forman parte de las prestaciones que permiten el acceso integral a los mismos.

En definitiva la magistrada de grado ha dado prioridad al derecho a acceder a la atención y asistencia integral para abordar la patología de la Sra. V. R. por sobre las cuestiones económicas de la prestadora que, solo ha señalado, la posible afectación del equilibrio presupuestario y eventual colapso financiero que se daría, si se accediera a asumir los costos que demanda el traslado y estadía de la Sra. R. y su pareja.

Desde la perspectiva expuesta, la declaración de inconstitucionalidad del ítem d) Exclusiones, punto 4 del Anexo de la Resolución Administrativa N° 1120 del Directorio del ISS y S dispuesta en la sentencia de grado porque *"el ítem atenta contra el derecho subjetivo a la procreación asistida, siendo una*

derivación del derecho a la salud, lo que involucra a varios otros: el derecho a constituir una familia, el derecho a no ser discriminado y el derecho a beneficiarse del progreso científico" , resulta ajustada a derecho , proponiendo al Acuerdo se confirme la sentencia en este aspecto.

3.3.

Conforme el resultado de los recursos que propicio, los agravios de la demandada y citada respecto de la imposición de las costas, devienen en abstracto debiendo pronunciarme sobre la cuestión en los términos del art. 282 del CPCC.

4.

Concluyo el tratamiento de sendas apelaciones expidiéndome por admitir la apelación de la citada O., revocando el fallo en todo aquello en que ha resultado condenada en la sentencia de grado, declarando la inconstitucionalidad del inc. 9 del punto c) del Anexo de la resolución Administrativa N° 1120 del ISS y S., desestimando los argumentos recursivos del ISS y S. SEROS y confirmándola en todo lo demás que decide y ha sido materia de agravios.

5. <u>Las costas.</u>

a) <u>Las costas de la primera instancia</u>.

El art. 282 del CPCC autoriza a reajustar las costas y honorarios establecidos en la sentencia de grado, al contenido de este pronunciamiento. En mérito a ello, será el Instituto de Seguridad Social y Seguros (SEROS), objetivamente vencido en este amparo quien deberá afrontar las costas de la primera instancia incluyendo las generadas por la intervención del tercero indebidamente citado. (art. 17 Ley V N° 84 y art.69 del CPCC).

En cuanto a los honorarios de los letrados, teniendo en cuenta las pautas mensurativas que me brinda la ley arancelaria, considerando la naturaleza de los intereses en juego, derechos de naturaleza extra-patrimonial referidos a la vida y a la salud, el mérito y resultado obtenido, voy a proponer al Acuerdo se establezcan para los abogados R. A. S. y L. G., de manera conjunta en la suma equivalente a cincuenta (50) JUS, los del abogado de la tercera citada O. S. P. (O.) F. A. L. y G. N. C. Q., de manera conjunta en la suma equivalente a treinta (35) JUS y los de los abogados S. D. y M. J. R. C. de manera conjunta, en la suma equivalente a treinta (30) JUS, en todos los casos con más IVA si correspondiere (arts. 5, 7,9,35 de la ley XIII N° 4).

b) **Las costas en esta instancia** serán soportadas por el Instituto de Seguridad Social y Seguros (SEROS) (art. 17 de la Ley V N°84 y art. 69 del CPCC). Los honorarios de los letrados y siguiendo las mismas pautas expuestas supra, propongo se fijen para el abogado de la tercera citada O. S. P. (O.) F. A. L. en el 35 % de los que resulten en la primera instancia para los letrados S. D. y M. J. R. C.de manera conjunta, en el 28 % de los que se determinen en la instancia de grado, en todos los casos con más IVA si correspondiere (art. 5 y 13 de la ley arancelaria).

VOTO a la primera cuestión, **PARCIALMENTE por la NEGATIVA.**

A LA PRIMERA CUESTIÓN, el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

1.

Mi colega de Sala se ha referido a los antecedentes fácticos que impregnan la presente causa, así como a las quejas de las partes apelantes, dando cumplimiento con ello a las exigencias formales establecidas en los arts. 165

y 166 del C.P.C.C. en lo pertinente, de manera que abordaré directamente las cuestiones traídas a decisión a esta Alzada.

2.

2.1.

Por una cuestión de orden, en sentido coincidente con lo expuesto por la Sra. Jueza de primer voto, abordaré en primer lugar el tratamiento de las quejas de la co- demandada O. de fs. 246/256.

2.2.

Asimismo, teniendo en cuenta la estrecha relación que vincula al primero y segundo agravio de esa parte apelante, haré un análisis único de tales cuestiones.

La queja de O. se centra en que la sentencia de grado condenó a su parte a solventar en partes iguales con el Instituto de Seguridad Social y Seguros provincial el 100% del tratamiento de alta complejidad de fertilización "in vitro" (FIV) de la actora, así como la medicación, honorarios médicos y cualquier otro gasto que se requiera para el mismo, teniendo que comprender la cobertura hasta tres tratamientos de reproducción médicamente asistidas con técnicas de alta complejidad con intervalos de tres meses entre cada uno de ellos, salvo prescripción médica en contrario. Todo ello, en el C. M. I. B. A. S.A.

Considera que la sentencia arriba a esta solución de condena con erróneo fundamento de interpretación de las normas legales, doctrina y jurisprudencia aplicables.

Señala en primer término que su mandante ha sido citado a intervenir en estas actuaciones en calidad de tercero, en virtud de lo dispuesto en estos autos mediante resolución interlocutoria cuyos fundamentos, en lo pertinente cita. No obstante tales argumentos, dispone en esta etapa

condenar a su parte al pago del 50% del tratamiento, gastos de traslado y viáticos de la actora, como así honorarios médicos, cuando en verdad, debió establecer si el accionado tenía o no derecho a repetir contra su poderdante los gastos antes mencionados; no así los honorarios de la parte actora y su medida o proporción. Deduce que la sentencia dictada en autos se contradice con los propios fundamentos por los que admitió la intervención del tercero, los que limitaban una eventual condena al simple antecedente favorable de fundabilidad de la pretensión de regreso frente al citado, mas no incluirlo en la condena.

Destaca que la decisión anterior tornó ilusorio el apercibimiento contenido en la parte resolutiva de la sentencia interlocutoria que admitió la citación, que señalaba que su incomparecencia a juicio implicaría quedar vinculado el tercero a los efectos de la sentencia que se dictara.

En segundo lugar, considera que el pronunciamiento de grado violó la normativa legal vigente en la materia, es decir las leyes 23.660, 23.661, los Decretos del PEN relacionados, la ley 26.682 y la provincial I, n° 503.

Tras dar razón de la transgresión de tales normas, afirma que la actora nunca fue beneficiaria de O., sino de SEROS, y justamente es contra esa entidad sobre la que dirige su acción, reconociendo que a su parte nada tiene que reclamarle.

Concluye señalando que la actora es afiliada de SEROS, que es esta obra social la que recibe sus aportes y contribuciones respectivos y por ende, es la única obligada por la legislación vigente a otorgarle cobertura de salud, entre la que se incluye la que se contempla en la ley 26.682, a la que adhirió la Provincia a través de la ley I, N° 503.

En tercer lugar considera que el fallo en crisis aplicó la "teoría de esfuerzo compartido" originada en nuestra Corte Nacional, y que en verdad fue elaborada para otro tipo de situaciones que ninguna relación guarda con el

presente caso, y que la sentencia que cita el fallo de la Cámara Federal de Córdoba tampoco es de aplicación a este caso.

En cuarto lugar, sostiene que errónea la decisión judicial anterior, con base en el fundamento de tratarse de una "cuestión familiar", los altos costos de los procedimientos de fertilización asistida y lo escaso de los recursos disponibles.

Finalmente, se queja por cuanto el decisorio ha considerado atinada la exigencia impuesta en el apartado c), ítem 9) del Anexo de la Resolución 1120/13 (ISSyS).

Conforme surge de las constancias de autos, la co-demadada SEROS, al contestar demanda, denunció que el concubino de la actora contaba con cobertura de la O. S. P. A. (O.), entidad esta que resulta incluida en el Plan Nacional de Seguro de Salud, y que en virtud de ello, al encontrarse incluidas en las leyes 23.660 y 23.661, estaba obligada a brindar la cobertura de la ley 26.862 y el decreto n° 956, requiriendo su citación obligada a juicio, por considerar que la controversia suscitada la alcanza en forma directa, total y absoluta. Señala esa co-demandada que el fundamento de la citación a juicio de O. radicaba en la Resolución 1120/13 (ISSyS) y en razones de justicia y equidad, dejando a salvo que en el caso que SEROS fuera condenada al pago de la totalidad de la cobertura solicitada, fuese factible la repetición contra dicha O. S. de P. por el 50%, que a su juicio, debería ésta afrontar.

Al contestar el traslado respectivo (fs. 88), la actora manifestó que no efectuó reclamo alguno contra O. por no tener relación alguna con la actora y por ende, no haber sido demandada.

Con fundamento en la falta de oposición de la actora y tratarse de una controversia común -sin perjuicio de su directa ejecutabilidad- la Sra. Jueza a quo dispuso la citación de O. a juicio a fs. 135/138.

A mi entender, la cuestión planteada por la recurrente se reduce a analizar si corresponde que el tercero citado por la demandada SEROS debe o no debe ser condenado a sufragar el 50% de la cobertura y gastos del tratamiento requerido por la actora. De su resultado dependerá el análisis de todas las demás cuestiones traídas por la quejosa. Si la solución final es negativa, lógicamente, esas cuestiones devendrán abstractas.

Para ello, considero central el análisis de la necesaria legitimación -en este caso pasiva- que *prima facie* debe encontrarse presente a la hora de hacer valer los efectos de la sentencia contra el tercero citado, más allá de cuáles sean sus alcances.

En efecto, es deber del juez verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales de las pretensiones de oficio, extremo que si bien no se encuentra expresamente contemplado en el art. 34, del CPCC, ha de verificar el cumplimiento de los presupuestos procesales indispensables e indisponibles, al momento de la demanda y eventualmente, en el del dictado de la sentencia.

Si no están ellos reunidos, si el accionante no tiene legitimación o si no la tiene el accionado (lo mismo sucede con el traído a juicio por una de las partes), el juez debe desestimar la pretensión, aun cuando ello no hubiese sido expresamente pedido.

Claro está, como adelantara, que a este análisis no escapa el tercero citado, pues el tercero no puede, una vez producida la citación, oponerse a la intervención decretada en el proceso por ninguna vía o recurso (cfr. Falcón, Enrique M, "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, T° I, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 451), lo que no obsta a que, por gozar de autonomía de gestión pueda oponer excepciones dilatorias y contestar la demanda, en pie de igualdad con los restantes litisconsortes (cfr. Albarenga, Emilio, "Habilitación del tercero para apelar", Revista de Derecho procesal, 2011-1, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 104). Tiene la chance de participar en una relación

procesal pendiente, en la medida del interés jurídico que ostente y a través del instituto técnico denominado “intervención de terceros” (cfr. Peyrano, Jorge W., “Procedimiento civil y comercial. Esquema descriptivo de la intervención de terceros en el Proceso civil”, Juris, Sta. Fe, 1992, t° 2, p. 63).

En tal sentido se ha decidido que la investigación acerca de la titularidad de la pretensión, además de constituir un tema de análisis previo, por versar sobre un presupuesto de la acción, configura materia cuyo examen debe ser abordado de oficio por la jurisdicción, dado que la calidad de sujeto de los derechos que se esgrimen, ya para demandar o para contradecir, es imprescindible para el dictado de un pronunciamiento válido (cfr. Cámara en lo Civil y Comercial 2ª, La Plata, Sala II, 11/05/2006, "Pedreira c. Baldini", Juba sum. B301473).

Los presupuestos procesales son los supuestos de hecho o de derecho sin los cuales el proceso no tiene existencia jurídica ni validez formal (cfr. Von Bulow, Oscar, "La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales", Buenos Aires, EJEA, 1964).

Dichos presupuestos son, esencialmente, de validez: los requisitos indispensables para que pueda constituirse o nacer una relación procesal válida. No son presupuestos de existencia: el proceso puede nacer igual sin ellos, claro que adolecería de un vicio de invalidez. De tal suerte, los presupuestos procesales son los requisitos o condiciones que deben concurrir a fin de que en una *litis* pueda dictarse un pronunciamiento válido, sea favorable o desfavorable. Los presupuestos procesales son, así, elementos condicionantes del ejercicio que el juez pueda hacer de su poder-deber de proveer sobre el mérito de la pretensión (Cfr. Cám. Apelaciones de Trelew, Sala A, 24/02/2009, in re "U. c. Ministro de Coordinación de Gabinete S /amparo"; en igual sentido, ídem, 28/04/2009, in re "B. s/acción de amparo" e ídem, 21/09/2011, "G. c. H.").

Por tal razón, lo relativo a la legitimación -tanto activa como pasiva- no es una cuestión que pueda quedar en manos de las partes (o de los terceros, como en este caso) ni deferida exclusivamente a las alegaciones que ellas puedan hacer o no hacer, sino que es el juez quien tiene el deber insoslayable de velar, antes de pronunciarse sobre el fondo del reclamo, porque la legitimación tanto activa como pasiva se encuentre debidamente determinada y presente en la *litis* (cfr. López Mesa, Marcelo J, "El juez en el proceso. Deberes y máximas de experiencia", LA LEY 12/06/2012, 1, LA LEY 2012-C, 1269, Cita Online: AR/DOC/2506/2012).

Por ende, la primera función relevante del juez en una causa es indagar si están reunidos los presupuestos procesales de admisibilidad de la acción, y si ello ha quedado supeditado a prueba posterior, hacerlo en el momento de la sentencia. De lo contrario, nos encontramos frente a un supuesto de improponibilidad subjetiva de la demanda que no sólo autoriza, sino que obliga al juez al rechazo de la pretensión.

Se ha señalado que la situación del tercero obligado a concurrir al proceso no se funda, esencialmente, en la necesidad procesal de tener en el juicio a todos contra quienes la sentencia puede alcanzar. En definitiva, la decisión constituye derechos que se ejecutan o cumplen de inmediato, de modo que si al ponerlos en práctica se altera el derecho de quienes no intervinieron, puede replantearse la cuestión por el afectado, sin resentir su derecho de defensa (Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tomo I, comentarios al art. 94, editorial La Ley, Buenos Aires, 2011 [3ª edición], p. 595.).

La pauta que señala si la convocatoria al tercero es factible, atiende el régimen obligacional que une al citante con el citado; se tendrá que ver si deviene de una relación contractual o extracontractual, y si el objeto de la obligación es divisible o no. De igual modo, se tiene que revisar la manera en que las partes intervinientes asumieron aquella obligación (virtualidad

del vínculo obligacional), etc. Recién después de ello se estudian en la admisión los efectos procesales que la citación ocasiona (v.gr.: respecto a la prescripción de la acción o a la ejecutabilidad de la sentencia) (Gozaíni, Osvaldo A, “Los terceros en el proceso. El caso de la citación en garantía”, Sup. Doctrina Judicial Procesal 2014 (septiembre) , 15, , La Ley, Cita Online: AR/DOC/2829/2014).

A partir de tal guisa, debe señalarse que, tanto desde el ámbito extracontractual, como desde el contractual, la obligación solutoria o de pago, es una obligación de segundo orden que se configura sólo ante el incumplimiento de un deber jurídico u obligación primaria preexistente a cargo de un sujeto que luego, es responsabilizado por ello.

De ello, se sigue que sin obligación preexistente o deber jurídico incumplido nunca puede configurarse ningún supuesto de obligación de pago a cargo de un demandado (o de un tercero, como en este caso). A un sujeto, a quien no puede reprocharsele el incumplimiento de ninguna obligación contractual o deber jurídico preexistente que se hallaba a su cargo, no puede imputársele responsabilidad alguna por una deuda, precisamente, porque carece de causa.

Desde este punto de vista, no advierto que se hubiese incumplido por parte de O. ningún deber impuesto por la ley, ni tampoco que exista vínculo obligacional que una a las obras sociales entre sí; menos aun, que lo haya entre la actora y la tercera citada.

Desde tal razonamiento, claro está, asevero que, frente a la inexistencia de relación, contractual o extracontractual, mal puede analizarse si el objeto de la obligación es divisible o no, o la forma en que las partes asumieron tales obligaciones, sencillamente porque no las hay.

De tal modo, para que quede comprometida la obligación de pago de un sujeto, se requiere que éste haya violado previamente un deber jurídico que se hallaba a su cargo o contrariado una obligación contractual que

contrajera, sea por acción u omisión imputable a él, conclusión que se arriba de un dato obvio: a tenor de lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución Nacional, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe (cfr. Cám. de Apelaciones de Trelew, Sala "A", en autos "B., M. P. c/ Municipalidad de Trelew s/ Ordinario" (Expte. Nº 22.813 - año: 2008).

Así las cosas, sin mandato legal incumplido no existe obligación de pago. De otro modo, se crea *ex nihilo* un deber jurídico u obligación que no encuentra fundamento en la legislación vigente.

Va de suyo que en tales términos, tampoco resulta aplicable al tercero - en razón de no guardar vínculo alguno con SEROS-, la Resolución Administrativa 1120/13 (ISSyS). Es decir, tratándose de una obra social distinta de SEROS, ninguna relación la ata a sus Resoluciones, por lo que mal podrían éstas alcanzarla.

Lo cierto es que ambas obras sociales son alcanzadas por la ley 26.862, la que en su art. 8° señala que "*..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 técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción medicamente asistida..*", sin cortapisas ni limitaciones de ninguna índole.

No puedo soslayar tampoco que la misma parte actora sostuvo en oportunidad de contestar el traslado de fs. 88 no haber realizado reclamo alguno a O., por no tener ninguna vinculación con ella, dando razón con ello del hecho de no haber promovido demanda contra ella.

Por tales motivos, considero que el citante no ha acreditado en autos que O. se encontrara procesalmente habilitada para intervenir en estas actuaciones y por ende, la sentencia dictada contra SEROS no ha de afectarlo en modo alguno (arg. art. 97, última parte, del CPCC). De allí que corresponde

admitir los agravios del tercero, debiendo revocarse la sentencia en análisis en este aspecto. Tal como lo adelantara, atento las consideraciones previas, el tratamiento del resto de las cuestiones traídas por el recurrente deviene abstracto.

2.3.

Hasta aquí, queda resuelto a mi criterio la situación jurídico procesal del tercero. No obstante ello, he de verme obligado a volver a analizar la cuestión de la inconstitucionalidad de la norma que se desprende del apartado c) "Cobertura", ítem 9) del Anexo de la Resolución 1120/13, planteada por la parte actora y que resultara en el sentido de su rechazo por la sentencia de grado.

Digo ello así, pues los tribunales nacionales no están impedidos de ejercer, de oficio, el control de constitucionalidad (dejando a salvo que en el caso de autos ha existido una petición expresa de la parte actora en tal sentido) , pues la Constitución Nacional, al incorporar al derecho interno las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, habilitó la aplicación de la regla interpretativa formulada por la Corte Interamericana que obliga a los órganos judiciales de los países que ratificaron a ejercer dicho examen (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios" 27/11/2012, La Ley, 30/11/2012 , 5, La Ley, 2012-F , 559, La Ley 11/12/2012 , 7, La ley, 19/12/2012 , 2 con notas de María Angélica Gelli, Néstor P. Sagüés, Andrés Gil Domínguez y Jorge Reinaldo Vanossi, La Ley, 2013-A , 26 con notas de María Angélica Gelli, Néstor P. Sagüés, Andrés Gil Domínguez y Jorge Reinaldo Vanossi, Sup. Adm. 2013 (febrero), 65 con nota de Juan Pablo Falcón, La Ley, 2013-B , 54 con nota de Juan Pablo Falcón, DJ 13/03/2013 , 17 con nota de Andrea F. Mac Donald, RCyS 2013-IV , 132 con notas de Carlos A. Ghersi y Marisa Gabriela López Bravo, Sup.

Const. 2013 (abril), 29 con nota de Luis Fernando Velasco, La Ley 2013-B , 426 con nota de Luis Fernando Velasco, JA 2013-II , 133, JA 24/04/2013 , 18, DJ 05/06/2013 , 9 con nota de Eduardo R. Olivero, AR/JUR/60694/2012).

Así, los jueces están facultados para ejercer de oficio el control de constitucionalidad , sin que ello atente contra el principio de división de poderes, pues siendo legítimo el control de constitucionalidad en sí mismo, carece de sentido sostener que no se produce un avance indebido del Poder Judicial cuando media petición de parte y sí cuando no la hay (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes", 27/09/2001, DJ 2001-3 , 807 , La Ley, 2001-F , 891, ED 28/12/2001 , 6, ED 195, JA 27/02/2002 , 51, JA 2002-I, La Ley, 2002-A , 34, La Ley 2003-A , 234 con nota de Claudio D. Gómez, Colección de Análisis Jurisprudencial Elems. de Derecho Administrativo - Julio Rodolfo Comadira , 613 , Colección de Análisis Jurisprudencial "Teoría del Estado" - Director: Mario Héctor Resnik - Editorial La Ley, 2004 , 386 , AR/JUR/615/200).

Soy consciente que la Corte Suprema ha destacado enfáticamente que la declaración de invalidez de una norma es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como la última *ratio* del orden jurídico y, en caso de duda, debe estarse por su constitucionalidad, debiendo sólo acudirse a aquélla cuando la repugnancia de la ley inferior con la norma calificada de suprema sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, "Lapadu, Oscar Eduardo c. Dirección Nacional de Gendarmería, 23/12/2004, La Ley Online, AR/JUR/13719/2004), pero el caso en análisis cae bajo la esfera del supuesto mencionado en último término.

No se da el supuesto de la *reformatio in pejus*, por la sencilla razón que esta figura afecta garantías constitucionales, y en el caso de autos tales garantías

han sido salvaguardadas con la contestación del traslado de SEROS de fs.77/84.

En tal sentido se ha señalado que la "*reformatio in peius*" afecta las garantías constitucionales de la defensa en juicio, toda vez que emanada de oficio por el tribunal superior ordinario de la causa, sin debate y decisión previos, desborda toda la posibilidad defensiva (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, " Coronel, Oscar V., 24/04/1980, La Ley, 1980-C , 227 con nota de Julio O. Chiappini, AR/JUR/1603/1980, circunstancia que en este caso no se configura. Las partes de autos tuvieron oportunidad de expedirse acerca de una y otra posición y la sentencia de grado resolvió finalmente rechazándola.

En definitiva, las instancias ordinarias tienen el deber de conformar sus decisiones a las sentencias de la Corte dictadas en casos similares, lo que encuentra sustento tanto en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia, como en razones de celeridad y economía procesal que hacen conveniente evitar todo dispendio de la actividad jurisdiccional (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, "González, Herminia c. ANSES", 21/03/2000, La Ley, 2000-C , 316 con nota de Walter F. Carnota, DT 2000-A , 1312 con nota de Amanda Lucía Pawlowski de Pose, DJ 2000-2 , 805, AR/JUR/4489/2000).

No puedo soslayar en tal sentido que es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella; constituyendo esa atribución moderadora uno de los fines supremos y fundamentales del Poder Judicial nacional y una de las mayores garantías con que se ha entendido asegurar los derechos consagrados en la Constitución contra los abusos posibles e

involuntarios de los poderes públicos (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Gabrielli, Mario C. c. Estado Nacional, 17/11/1992, La Ley, 1993-A , 505, DJ 1993-1 , 745, AR/JUR/1367/1992).

En tal inteligencia abordaré el análisis de la inconstitucionalidad del apartado c) "Cobertura", ítem 9) del Anexo de la Resolución 1120/13, adelantando mi opinión en sentido favorable a la petición del actor.

He señalado antes que el art. 8) de la ley 28.862, norma a la que adhirió la Provincia mediante ley I, N° 503, establece que las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661 (supuestos entre los que se encuentra SEROS) incorporarán entre sus prestaciones obligatorias la cobertura integral al abordaje, diagnóstico, medicamentos, terapia de apoyo, procedimientos y técnicas para la reproducción médicamente asistida, quedando incluidos en el PMO estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo.

Es decir, la norma no señala limitaciones y no corresponde distinguir, o limitar, donde la ley no lo hace.

No obstante ello, la Resolución 1120/13 y su correspondiente Anexo (ISSyS), tras considerar que "resulta necesario reglamentar la prestación a fin de garantizar la mayor eficacia de los tratamientos, maximizando los recursos con que cuenta la Institución, otorgando así la mejor cobertura a la mayor cantidad de afiliados posibles", limita la cobertura al 50% "cuando el afiliado o su pareja cuenten con otra cobertura de obra social o empresa de medicina prepaga , "debiendo en este caso el afiliado o su pareja, realizar la solicitud por el resto de la cobertura a la obra social o empresa de medicina prepaga".

En primer lugar he de señalar que dicha Resolución pone en cabeza del afiliado la obligación de reclamar ante una obra social ajena "por el resto de la cobertura", extremo éste que se contrapone abiertamente con el principio de legalidad del art. 19, CN.

Es decir, excediendo su esfera de aplicación (la cobertura de sus propios beneficiarios), exige que el afiliado reclame ante una entidad ajena a la misma, sin el correlato de la obligación respectiva de la entidad extraña a la relación, la que sólo puede emanar de una fuente obligacional.

En segundo lugar, establece un límite donde la ley 23.660, art. 3, última parte, no lo hace al señalar que "…*En lo referente a las prestaciones de salud formarán parte del Sistema Nacional del Seguro de Salud -en calidad de agentes naturales del mismo- sujetos a las disposiciones y normativas que lo regulan*", siendo que ninguna normativa de alcance general a las obras sociales lo fija. En tal sentido, el art. 2, ley 23.661 establece que "*el seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva*", quedando comprendidos en el sistema "*todos los beneficiarios comprendidos en la Ley de Obras Sociales*" (art. 5, le 23.661,), como es el caso de la actora de autos.

En tercer lugar, viola la norma de la Constitución provincial, la que en su art. 18 establece que "Todos los habitantes de la Provincia gozan de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional y la presente, con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio. En especial, gozan de los siguientes derechos: 1. A la vida desde su concepción y a la dignidad e integridad psicofísica y moral, las que son inviolables. Su respeto y protección es deber de los Poderes públicos y la comunidad y 2. A la protección de la salud…", en la medida que restringe esos derechos al 50% de la cobertura de salud en supuestos como el de autos "cuando el afiliado o su pareja cuenten con cobertura en otra obra social o empresa de medicina prepaga".

En cuarto lugar viola la norma del art. 14 bis de la Constitución nacional, en cuanto el Estado Nacional otorga la protección integral de la familia, a través de sus leyes, sin distinciones ni límites.

En quinto lugar, por imperio de lo dispuesto en el art. 75, inc. 22, CN, viola la Convención Americana sobre Derechos humanos, la que en su art 17, establece: 1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado y el "Protocolo Adicional a la Convención americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales" ("Protocolo de San Salvador") que en su art. 10 consagra el derecho a la salud, señalando que *toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social* (inc. 1), comprometiéndose los Estados parte a reconocer la salud como un bien público y particularmente a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho, a través -entre otros- de la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado. En tales supuestos, ninguna limitación le es impuesta al Estado, o a través de éste a sus obras sociales, para acceder a la salud que garantiza; menos aún, con el argumento de "*garantizar la mayor eficacia de los tratamientos, maximizando los recursos con que cuenta la institución*", pues, sin perjuicio de resultar contradictorio con el fin que deben inspirar a este tipo de entidades, reducen la cuestión de la cobertura "compartida" a una cuestión de mejor aprovechamiento de sus recursos económicos, materia ajena a la problemática del afiliado y los derechos que a través de la normativa citada, le asisten.

Por tales razones, participo de la idea de declarar la inconstitucionalidad del apartado c) "Cobertura", ítem 9) del Anexo de la Resolución 1120/13 (ISSyS) y consecuentemente, sorteado ese valladar, tal como fuera pedido en la demanda de este proceso, imponerle a SEROS la obligación de hacer

frente al 100% de la cobertura, en las condiciones que más abajo explicitaré, en la oportunidad de tratar sus agravios.

Por tal razón, considero que debe revocarse la sentencia de grado y declarar la inconstitucionalidad de la mencionada norma.

La cuestión de las costas, introducida como agravio por la quejosa tercera interviniente la trataré en la última parte de mis consideraciones.

3.

Corresponde en este acápite analizar los agravios de la demandada SEROS.

Se agravia por cuanto la sentencia de grado ha decretado la inconstitucionalidad del acápite d), inc. 4) de la Resolución 1120/13 (ISSyS).

En consecuencia, le causa agravio el decisorio anterior, pues ello contribuirá a afectar el equilibrio presupuestario de la Obra Social demandada, donde, según dice, los gastos son cada vez mayores en comparación con el aporte de sus afiliados.

Refiere que la reglamentación sólo prevé el gasto de traslado y estadía para el caso de discapacitados y pacientes oncológicos, de modo que, de incluirse este ítem ordenado por la sentencia en crisis, se desvirtuaría la planificación e ingeniería presupuestaria del Instituto, habilitando a cualquier afiliado, por cualquier enfermedad diversa a la contemplada en la reglamentación, a solicitar el pago de estadías y traslados.

Realiza un análisis de lo que, a su juicio, considera "discapacidad", término que acuñó la sentencia para calificar al estado de salud de la actora en lo referido a su infertilidad, señalando que el primer de los supuestos sólo se configura con el certificado respectivo, cosa que no se acreditó en autos.

Concluye que la ley 26.862 y su Decreto reglamentario no contemplan los gastos de pasajes y estadía.

Entiende que no se encuentra afectada la integralidad del otorgamiento de la cobertura, ya que se brinda en un 100% en cuanto a tratamiento y

medicamentos, dejando establecido que la sentencia no da razones de la arbitrariedad con la cual tacha a ese ítem de la Resolución 1120/13.

No soslaya la acreditada solvencia económica de la reclamante, disconformándose con el argumento sentencial de la discriminación.

No se encuentra en discusión que el derecho a la salud reproductiva es un derecho humano básico que se vincula directamente con el derecho a la vida, la integridad física y el bienestar de la familia, que por imperio del art. 75, inc. 22, CN, consagran sustancialmente, el art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el inc. 1, arts. 4 y 5 del Pacto de San José de Costa Rica; el inc. 1, del art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el art. 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, el art. 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y la organización Mundial de la salud, en su constitución de 1948.

A partir de tal guisa, es decir, de tratarse de un derecho humano básico, es que formularé el análisis de la cuestión traída, en orden a garantizar su tutela, para lo cual la interpretación del ordenamiento positivo debe informarse y conformarse con los principios jurídicos que marcan sus sustancia y su contenido.

El art. 1 de la ley 26.862 establece que tiene por objeto garantizar el "acceso integral" a los procedimientos y técnicas médico- asistenciales de la reproducción médicamente asistida, en tanto el art. 8 dispone que las Obras Sociales "incorporarán" como prestaciones obligatorias a brindar a sus afiliados "la cobertura integral e interdisciplinaria" del abordaje, diagnóstico, medicamentos terapias de apoyo, procedimientos y técnicas a los fines de dicha reproducción médicamente asistida.

Partiendo de ese punto, considero que no se debe distinguir donde la ley no lo hace. No obstante ello, el ítem cuestionado (apartado d, pto 4), excluye los gastos de traslado, estadía y viáticos para estos supuestos, en tanto las

Resoluciones 1149/2005, 1204/2005, 1204/2012 y 405/2013, según denuncia el recurrente, limitan la cuestión de los gastos de traslado y estadía a los discapacitados y enfermos oncológicos.

No se trata de que la entidad social se vea obligada con este razonamiento a afrontar los gastos de una gripe, como lo señala en su queja. Creo que comparar a la infertilidad con una gripe es, por lo menos, atentar contra la dignidad y el respeto que el reclamante merece.

La justicia es la del caso concreto y los jueces deben fallar con criterios de razonabilidad sin que ello implique generalizaciones.

De allí que la cuestión a dirimir pasa por el meridiano de esa razonabilidad y a mi entender esa razonabilidad se encuentra ausente en el ítem específico que se ataca de la Resolución 1120/13, pues establece, unilateralmente, sin detentar la categoría de una ley de alcance general, en forma arbitraria y sustentada en criterios puramente economicistas que los gastos cuestionados quedan excluidos en estas prácticas. Sólo los discapacitados y los enfermos oncológicos serán beneficiarios de los gastos de traslado y alojamiento, por virtud de otras Resoluciones de la entidad.

Digo ello así, pues ni las Constituciones nacional y provincial, ni la ley 26.862 y su Decreto reglamentario, ni los Tratados internacionales incorporados a nuestro ordenamiento jurídico formulan tales distinciones al consagrar el derecho a la salud, como tal, como uno de los derechos humanos fundamentales.

Sin perjuicio del análisis que al respecto formula la Sra. Jueza de voto anterior en orden a la "discapacidad" de la actora, que el recurrente objeta, entiendo que el análisis de la cuestión traída por el quejoso excede el marco de esa discusión y se focaliza en si la exclusión que la norma interna edicta es o no razonable. Y en ese sentido, debo señalar que la mentada Resolución por la cual se excluyen los gastos por traslados y estadía no supera el test de razonabilidad a la luz de los arts. 28 y 33 de la Constitución Nacional, pues,

mientras por un lado garantiza la mayor eficacia de los tratamientos, otorgando la mayor cobertura a la mayor cantidad de afiliados posibles, excluye luego los gastos de traslado y estadía indispensables para obtener el tratamiento, y ello implica que la restricción sea contraria a su fin.

Por ello, relacionado con la cuestión de la discriminación argumentado por decisorio anterior, considero que lo que la norma cuestionada fundamentalmente violenta es el art. 16 de la Constitución Nacional y su correlato de la Carta Magna provincial, establecido en su art. 6: la igualdad ante la ley.

Digo ello así, pues el parámetro de igualdad lo fijo entre los habitantes de las Provincias más alejadas en comparación con aquellos que residen en los lugares más próximos a los centros asistenciales especializados en estas prácticas de fertilización médicamente asistida.

No puede soslayarse que SEROS es una Obra Social que presta servicios a sus afiliados a una considerable distancia de los centros de alta complejidad médica o de alta especialización, a los que frecuentemente debe acudirse por no contarse con ellos en el ámbito provincial. La reglamentación de la especialidad en análisis, consecuentemente, debe ajustarse a tales necesidades de esa alta complejidad, conforme con los criterios de razonabilidad a los que vengo refiriendo.

Cuando me remito a la igualdad ante la ley, de consagración constitucional, tengo presente que se la transgrede cuando resulta ser que un habitante del conurbano bonaerense o de la Capital Federal no cuenta, en general, con ese escollo, pues se encuentra próximo a esos centros de atención. Un tratamiento diverso de la cuestión, haría caer, fatalmente, en la desigualdad que se observa para quien vive a más de 1.000 km del lugar donde debe realizar esa práctica médica, que por otra parte, demanda un cierto lapso de tiempo, sea en el abordaje, en el diagnóstico, en las terapias de apoyo y en los procedimientos y técnicas de la reproducción a aplicar.

Poco importa en el presente caso si la actora se encuentra o no en condiciones económicas de afrontar tales gastos.

Tal como lo sostuviera el Dr. Flass (Cámara de Apelaciones de Esquel, SD 10/2014), en un caso de similares connotaciones, la causa de la obligación cuyo cumplimiento se exige a la demandada no es la indigencia de los peticionantes sino su calidad de afiliada al servicio.

En cuanto a la afectación de la situación financiera de la entidad agraviada, debo señalar que ninguna prueba se ha aportado al respecto en el sentido de dicha afectación y en esa línea se ha expresado el Superior Tribunal de Justicia provincial, al señalar frente a un planteo similar que "*…los argumentos defensivos de contenido económico esgrimidos, como fueron el alto costo de estos tratamientos, o el impacto económico de ello en el resto de sus afiliados, han quedado en un plano meramente dogmático no sólo por la operatividad de los derechos conculcados sino por la orfandad probatoria al respecto…la accionada, como empresa de medicina prepaga no debe olvidar que -antes que nada- está llamada a cumplir una verdadera función social -que está por encima de toda cuestión comercial- como integrante de nuestro complejo sistema de salud. Su actividad debe encaminarse a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas por sobre sus fines especulativos o comerciales como ente social; (Conf.: v.gr. C.S.J.N., Fallos, 325:676; 324:754, entre otros) y desde ésta faceta, debiera evaluar con previsibilidad estos reclamos, su proyección y su impacto. La empresa de medicina prepaga desde su relación con el afiliado-paciente, ineludiblemente, está constreñida a cumplir su rol social...*" (cfr. STJCh, SD 03/2010).

Por los motivos expuestos, soy partidario de rechazar los agravios en este punto de las quejas y confirmar el decisorio de grado en cuanto ha declarado la inconstitucionalidad del apartado 4, inc. d), Resolución 1120/13 (ISSyS).

4.

En atención al resultado que emerge de las consideraciones anteriores, en los términos del art. 282, CPCC, las costas de la Instancia anterior deben ser readecuadas, imponiéndoselas en su totalidad a la demandada SEROS (art. 69, del CPCC), en virtud del principio objetivo de la derrota. Consecuentemente, conforme lo señalado por esa norma adjetiva, los honorarios de los profesionales intervinientes deben ser modificados y regulados en el modo que lo hace la Dra. de Villafañe en el voto anterior (arts. 5,6, 38 y cc, ley de aranceles profesionales).

5.

Las costas de esta Instancia serán soportadas por la demandada perdidosa (art. 69, del CPCC), y los honorarios profesionales deben ser fijados en el modo en que lo hace la Dra. de Villafañe en el voto anterior (art. 5,6, 13 y cc, ley de aranceles profesionales).

Por tales razones, voto **PARCIALMENTE** por la **NEGATIVA**

A LA SEGUNDA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe dijo.

No corresponde ingresar al tratamiento de la misma, en tanto la cuestión de los honorarios quedó ínsita en el tratamiento de la cuestión anterior.
Así lo voto.

A LA SEGUNDA CUESTIÓN el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

Habiendo sido materia de tratamiento anterior la cuestión de los honorarios, su análisis en esta cuestión deviene abstracto.

A LA TERCERA CUESTIÓN, la Sra. Jueza de Cámara María Inés de Villafañe, dijo:

De compartirse el sentido de mi voto, el pronunciamiento que correspondería dictar es el que sigue:

1. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia que hace lugar a la acción de amparo interpuesta por la Sra. V. E. R. D.N.I. N° **.***.*** afiliada directa del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS), en lo que ha sido materia de agravios.

2. DECLARAR la inconstitucionalidad del inciso 9º) del punto c) del Anexo de la Resolución Administrativa Nº 1120 del Directorio del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut.

3. EXCLUIR de la condena a la tercera citada Obra Social de Portuarios Argentinos OSPA y consecuentemente con ello **CONDENAR** a la demandada Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS), a solventar la cobertura del cien por ciento (100%) del tratamiento de alta complejidad de fertilización in vitro (FIV), así como la medicación, honorarios médicos y cualquier otro gasto que se requiera para el mismo, teniendo que comprender la cobertura hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistidas con técnicas de alta complejidad con intervalos de tres (3) meses entre cada uno de ellos, salvo prescripción médica en contrario, todo ello en el C. M. I. B. A. S.A. con domicilio en Avda. del L. N° ****, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con más los gastos de traslado y estadía.

4. DISPONER que Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS), será quien deba realizar todas las gestiones necesarias

dispuestas en el punto 8 de la sentencia de grado en el tiempo, forma y bajo el apercibimiento allí establecido. Para el caso de fracasar el primer intento, rigen las pautas establecidas en el mismo punto in fine.

5. DEJAR SIN EFECTO las costas y honorarios fijados en la sentencia de grado (art 282 del CPCC).

6. IMPONER las costas de la primera instancia al Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS). (art 17 Ley V N° 84 y art.69 del CPCC)

7. REGULAR los honorarios profesionales de los abogados R. A. S. y L. G., de manera conjunta en la suma equivalente a cincuenta (50) JUS, los de los abogados de la tercera citada O. S. P. (O.) F. A. L. y G. N. C. Q., de manera conjunta en la suma equivalente a treinta y cinco (35) JUS y los de los abogados del ISS y S S. D. y, M. J. R. C. de manera conjunta, en la suma equivalente a treinta (30) JUS, en todos los casos con más IVA si correspondiere. (arts. 5, 7, 9, 35 de la ley XIII N° 4).

8. IMPONER las costas en la Alzada al Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS). (art 17 Ley V N° 84 y art.69 del CPCC)

9. REGULAR los honorarios profesionales del Ab. F. A. L. en el 35 % de los que resulten en la primera instancia y para los letrados S. D. y M. J. R. C. de manera conjunta, en el 28 % de los que se determinen en la instancia de grado, en todos los casos con más IVA si correspondiere (art. 5 y 13 de la ley arancelaria).

10. DE FORMA

A LA TERCERA CUESTIÓN el Sr. Juez de Cámara Dr. Mario Luis Vivas, dijo:

Que en orden a lo expuesto precedentemente, corresponde que el pronunciamiento a dictarse sea el propuesto por mi colega de Cámara.
Así lo voto

Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos jueces de Cámara por haber alcanzado mayoría, encontrándose el Dr. Heraldo E. Fiordelisi en uso de licencia, pasándose a dictar sentencia.

Puerto Madryn, de diciembre de 2014.

1. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia que hace lugar a la acción de amparo interpuesta por la Sra. V. E. R. D.N.I. N° **.***.*** afiliada directa del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS), en lo que ha sido materia de agravios.

2. DECLARAR la inconstitucionalidad del inciso 9º) del punto c) del Anexo de la Resolución Administrativa Nº 1120 del Directorio del Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut.

3. EXCLUIR de la condena a la tercera citada Obra Social de Portuarios Argentinos OSPA y consecuentemente con ello **CONDENAR** a la demandada Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS), a solventar la cobertura del cien por ciento (100%) del tratamiento de alta complejidad de fertilización in vitro (FIV), así como la medicación, honorarios médicos y cualquier otro gasto que se requiera para el mismo, teniendo que comprender la cobertura hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistidas con técnicas de alta complejidad con intervalos de tres (3) meses entre cada uno de ellos, salvo prescripción médica en contrario, todo ello en el C. M. I. B. A. S.A. con domicilio en Avda. del L. N° ****, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con más los gastos de traslado y estadía.

4. DISPONER que Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS), será quien deba realizar todas las gestiones necesarias dispuestas en el punto 8 de la sentencia de grado en el tiempo, forma y bajo el apercibimiento allí establecido. Para el caso de fracasar el primer intento, rigen las pautas establecidas en el mismo punto in fine.

5. DEJAR SIN EFECTO las costas y honorarios fijados en la sentencia de grado (art 282 del CPCC).

6. IMPONER las costas de la primera instancia al Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS). (art 17 Ley V N° 84 y art.69 del CPCC)

7. REGULAR los honorarios profesionales de los abogados R. A. S. y L. G., de manera conjunta en la suma equivalente a cincuenta (50) JUS, los de los abogados de la tercera citada O. S. P. (O.) F. A. L. y G. N. C. Q., de manera conjunta en la suma equivalente a treinta y cinco (35) JUS y los de los abogados del ISS y S S. D. y, M. J. R. C. de manera conjunta, en la suma equivalente a treinta (30) JUS, en todos los casos con más IVA si correspondiere. (arts. 5, 7, 9, 35 de la ley XIII N° 4).

8. IMPONER las costas en la Alzada al Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut (SEROS). (art 17 Ley V N° 84 y art.69 del CPCC)

9. REGULAR los honorarios profesionales del Ab. F. A. L. en el 35 % de los que resulten en la primera instancia y para los letrados S. D. y M. J. R. C. de manera conjunta, en el 28 % de los que se determinen en la instancia de grado, en todos los casos con más IVA si correspondiere (art. 5 y 13 de la ley arancelaria).

10. REGISTRESE, NOTIFIQUESE Y DEVUELVASE.

REGISTRADA BAJO EL N° /14 SDF. CONSTE.