--- En la ciudad de Trelew, a los días de junio del año dos mil quince, se reúne la Sala "B" de la Cámara de Apelaciones, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia de los Sres. Jueces del Cuerpo Dres. Raúl Adrián Vergara y Sergio Rubén Lucero, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"C., A. C. y V., J. E.c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros s/ Amparo" (Expte. 208 - Año 2015 CAT)** venidos en apelación. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Es técnicamente suficiente la expresión de agravios de fs. 79/81 y vta.?; SEGUNDA: Caso afirmativo de la anterior. ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?, y TERCERA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? y expedirse en el orden resultante del
sorteo practicado a fs. 89.----------
---**A LA PRIMERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------
--1. Llegan a conocimiento de este Tribunal las presentes actuaciones como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la demandada al punto I del escrito de fs. 79/81 y vta., que fuera concedido en relación y con efecto devolutivo a fs. 82, contra la sentencia de la anterior instancia de fs. 66/72 que hizo lugar a la acción de amparo entablada por A. C .C. y J. E. V. y condenó al INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL Y SEGUROS DE LA PROVINCIA DEL CHUBUT a brindar a los amparistas la cobertura integral de los gastos de criopreservación anual, descongelamiento y transferencia de dos ovocitos bipronucleados vitrificados, incluyendo la totalidad de los gastos pre y post quirúrgicos, a realizarse en el Centro Integral de Ginecología Obstetricia y Reproducción (CIGOR) de la ciudad de Córdoba, con imposición de costas a la demandada vencida. ----------Los agravios lucen a fs. 79/81 y vta., el sostenimiento del fallo en crisis por la parte actora obra a fs. 84/87 y vta., y la apelante se agravia ya que el a quo pasó por alto el andamiaje normativo que rige el funcionamiento de la obra social provincial, limitándose a realizar una interpretación literal de la ley 26.862. Alude al alcance del art. 25 de la Ley XVIII N° 12 y entiende que en virtud de esa disposición legal es que la legislatura provincial habilitó al Directorio del ISSyS a reglamentar las prestaciones de Tratamientos de Fertilidad Asistida que se realizó a través de la Resolución N° 1120/13. Considera que para apartarse de lo que dispone la Resolución N° 1120/13 como lo ordena el Sr. Juez debe mediar una declaración de inconstitucionalidad de la parte de dicha resolución que el sentenciante considere contraria a la Constitución, lo que no ha ocurrido en su sentencia. Agrega que no podía ser de otra manera sin incurrir en una extralimitación de lo peticionado por la actora, y en consecuencia se agravia de que se le ordene a su parte cumplir una sentencia contrariando a la norma que rige su proceder (Res. N° 1120/13), sin mediar la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma. Estima que en ningún momento la actora solicitó la inconstitucionalidad de la norma ni el juez de grado la dictó, razón por la cual la misma continúa vigente. Estima que yerra el sentenciante al considerar que la

Resolución N° 1120/13 es una disposición antinatalidad y manifiesta que el progresismo de su mandante al otorgar prestaciones a sus afiliados y lo democrático del proceso de toma de decisiones de su órgano de conducción queda fuera de toda duda, y en el caso particular quedó demostrado que ya les ha brindado cobertura a los actores aún con anterioridad a la ley 26.862, por lo que calificar sus resoluciones como una medida de antinatalidad y pretender compararla con una ley de una de las dictaduras más duras que existen es ofensivo e injusto. Destaca que el dictado de la Resolución N° 1120/13 se debió básicamente a poder continuar con dicha política de prestaciones amplias y avanzadas en relación a otras obras sociales. Afirma que el ISSyS con esa resolución no pretende entrometerse en la planificación de los actores pero como organismo encargado de brindar la cobertura está dentro de sus facultades, que los actores lógicamente pueden tener los hijos que quieran pero la Resolución N° 1120/13 establece que brindará cobertura para la realización de tres tratamientos o hasta que uno de estos tratamientos sea exitoso, por lo que respecto al resto de los hijos que los actores deseen tener el ISSyS no establece ninguna limitación. Manifiesta que las limitaciones establecidas no son caprichosas sino que surgen de la normativa vigente, y si bien la misma no es suficientemente clara, una correcta interpretación, aquella que tenga en cuenta los derechos de los afiliados en su conjunto con la finitud de los recursos generados con sus propios aportes, permite su fácil integración. Reitera que yerra el a quo en su interpretación acerca de que la normativa no establece límites y esa convicción desvirtúa el razonamiento desarrollado en el fallo. Expresa que considerar que la normativa aplicable al caso no establece límites de ningún tipo, salvo en lo concerniente a la cantidad de tratamientos, pone el fallo en crisis con la misma normativa y con el elemental criterio de interpretación normativa que establece nuestra misma Constitución Nacional al instaurar el principio de razonabilidad. Señala que el primer límite lo establece el art. 2 de la ley 26.862 al definir a la reproducción medicamente asistida como “los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo”, y que así se ve que la ley se refiere a un embarazo, no a dos o tres o todos los que quieran los peticionantes. Sostiene que el razonamiento lógico es que si nace un bebe se ha cumplido con la prestación, y en sentido contrario si no resulta exitoso los afiliados pueden seguir con los tratamientos hasta que sean exitosos o hasta que se cumplan los tres tratamientos que brinda la ley, lo que ocurra primero. Agrega que la obra social no puede afrontar gastos para el cumplimiento de deseos personales de los afiliados, y si ya se cumplió con la finalidad de tener familia, esto es, tener un hijo, ya se cumplió con la finalidad de la ley. Estima que si se analizan las exposiciones efectuadas en la Cámara de Diputados de la Nación en la sesión del día 05/06/13 se podrá observar que la ley está dirigida a todas aquellas personas que poseen una imposibilidad de procrear por cuestiones médicas y que aún no han tenido su primer hijo, y que de todas las fundamentaciones surge que la finalidad de la ley está

basada en permitir el acceso a la formación de una familia a través de la procreación mediante estos mecanismos de fertilidad asistida para aquellas personas que no pueden procrear por cuestiones naturales y deseen poseer descendencia natural, por lo que de dicho análisis surge el objetivo de la ley que en el presente caso ya estaba cumplido. También entiende que yerra el juez de grado al soslayar el principio de solidaridad que regula la génesis misma de la obra social, y con razonamientos y fallos como el que está en crisis se pone en riesgo dicho andamiaje basado en la solidaridad y en la necesidad y facultad legislativa brindada a la obra social de poder llegar a la universalidad de sus afiliados con las más variadas prestaciones, por lo que si un afiliado ya logró el objetivo que ampara una normativa legal de avanzada no puede continuar exigiendo que se le den las prestaciones cuantas veces quiera en detrimento del resto de los afiliados. Expresa que la actora tampoco logró probar que carezca de recursos económicos para solventar este tratamiento, el que es más económico en comparación con el primer tratamiento que si fue afrontado por la obra social y que resulta ser el más caro de todos, y que al no probar la carencia de recursos no surge por qué razón deban recibir un tratamiento diverso al que reciben los restantes afiliados, configurándose un privilegio carente de fundamento. Manifiesta que si bien la cuestión de los recursos insuficientes con los que cuenta el ISSyS no fue receptada favorablemente por el a quo por no haberse probado dicho extremo, entiende que la cuestión es notoria y se encuentra difundida por los medios de comunicación, por lo que no requiere prueba. Agrega que es deber de los jueces obrar con la prudencia necesaria a fin de que sus resoluciones no generen perjuicios que afecten a la totalidad de la comunidad con inesperados resultados. Peticiona se revoque la sentencia en lo que es materia de agravios, efectuando un nuevo pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, modificando la condena en costas y con expresa imposición de las mismas a la contraparte.----------A su turno, la actora al presentar memorial y sostener la sentencia expresa que el fundamento en derredor del cual se apoya el primer agravio se sustenta en la Resolución N° 1120/2013, norma interna del ISSyS como exclusión de cobertura si alguno de los tratamientos diera como resultado un nacimiento, y también en el art. 25 de la Ley XVIII N° 12, y esas defensas ya habían sido explícitamente planteadas al contestar demanda, por lo que no se cumple con los requisitos establecidos por el art. 268 del C.P.C.C. Sostiene que el juez a quo al resolver hizo referencia al art. 1 de la ley 26.862 que establece los objetivos de la ley, y al art. 8 de su decreto reglamentario N° 956/2013 que indica los alcances de la cobertura, y transcribe una porción del fallo. Entiende que el bloque federal no se recluye en la constitución federal, sino que también debe respetar las leyes del congreso que se dictan en consecuencia y los tratados internacionales, y que la reglamentación interna viola el plexo normativo nacional e internacional, por lo que de acuerdo a las normas nacionales citadas y los tratados internacionales, ambos de jerarquía superior a la Resolución interna N° 1120/13, la demandada resulta obligada

a la cobertura exigida. Manifiesta que el segundo agravio se funda en el hecho de que no se declaró la inconstitucionalidad de la resolución aludida, y aclara que no se solicitó tal declaración sino que se decrete la ilegalidad, arbitrariedad e inconstitucionalidad de la denegatoria de la cobertura del tratamiento, cuyo fundamento se basó en el punto 7 de la Resolución interna, por lo que de acuerdo al razonamiento del juez de grado no resultó necesario tal declaración al efectuarse una interpretación armónica de las leyes XVIII N° 12 y la Resolución N° 1120/13, así como de las leyes 26.682, su decreto reglamentario, y la Ley I N° 503, en virtud de la cual los actos y omisiones de la demandada resultaron ilegales y arbitrarios, sin necesidad de recurrir a la declaración de inconstitucionalidad. Hace notar que la inconstitucionalidad se vincula con la antijuridicidad y la ilicitud, conceptos que se relacionan con la ilegalidad y arbitrariedad, presupuestos para la procedencia de la acción de amparo. Manifiesta que el tercer agravio se funda en el art. 3 (2 en realidad) de la ley 26.862 que alude a un embarazo, y entiende que se trata de una mera discrepancia de la interpretación judicial. Agrega que el último agravio como primera cuestión se centra en la carga de la prueba sobre la parte actora acerca de la falta de recursos para acceder a la cobertura, y considera indiferente analizar las condiciones económicas de los demandantes ya que la causa de la obligación cuyo cumplimiento se exige a la demandada no es la indigencia de los peticionantes sino su calidad de afiliados, para lo cual cita fallo. Expresa que asimismo se introduce la cuestión económica, dejando ver que el cumplimiento de la orden judicial pondría en riesgo la cobertura de prestaciones del resto de los afiliados, y esa insuficiencia económica ya fue desestimada por el juez a quo ya que el ISSyS no demostró ni ofreció ningún elemento hábil de convicción que demuestre que el costo de la cobertura del tratamiento solicitado importe limitación de cobertura a otros afiliados de la obra social. Cita en apoyo de su postura fallo del S.T.J. Efectúa consideraciones acerca del derecho a procrear y entiende que resulta preocupante que la obra social sostenga una concepción tan estrecha del derecho a la salud. Solicita el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la demandada y la confirmación de la sentencia de primera instancia.----------

----------2. Sostiene la apelante que el a quo pasó por alto el andamiaje normativo que rige el funcionamiento de la obra social provincial, limitándose a realizar una interpretación literal de la ley 26.862. Entiende que en virtud de lo dispuesto por el art. 25 de la Ley XVIII N° 12 la Legislatura de la Provincia del Chubut habilitó al Directorio del ISSyS a reglamentar las prestaciones de Tratamientos de Fertilidad Asistida, lo que se realizó a través de la Resolución N° 1120/13.----------

----------Tales manifestaciones sólo denotan el particular punto de vista de la recurrente al desarrollar en forma paralela un análisis propio para arribar a una personal conclusión sin hacerse cargo del razonamiento expuesto por el juzgador, por lo que no hay agravio que atender. Nótese que con ello desatiende el análisis efectuado por el

sentenciante a partir de fs. 67 vta./68 en cuanto al objeto y cobertura previsto por la ley 26.862 -a la que adhirió la Provincia del Chubut según Ley I N° 503- y al alcance del art. 8 del decreto reglamentario 956/2013, para así concluir que ***en ningún segmento de la ley o***

de su decreto reglamentario se estatuye el límite alegado por la obra social demandada como hecho impeditivo al progreso de la pretensión amparista.---------

---Desde esta perspectiva, si lo que ocurre es que se prescinde de la argumentación básica que respalda la sentencia, limitándose a insistir en su punto de vista, o si el recurrente no refuta las conclusiones del juez de grado, sino que desarrolla en forma paralela un análisis propio de la causa para arribar a una personal conclusión, distinta de la del fallo, sin detenerse a puntualizar la crítica del mismo, sino limitándose a manifestar su disidencia, corresponde declarar desierto el recurso interpuesto (Morello, Sosa, y Berizonce, “Códigos Procesales …”, Librería Editora Platense – Abeledo-Perrot, 1988, T. III, pág. 371, y cita de fallos). ----------

---Por otra parte, la interpretación que efectúa acerca de las facultades otorgadas al I.S.S.yS. por el art. 25 de la Ley XVIII N° 12 (ver fs. 79) es reiteración de los argumentos expuestos en primera instancia (ver contestación de demanda, p. IV b, fs. 57), y en consecuencia tampoco hay agravio que atender por incumplir la manda

impuesta por el art. 268 del C.P.C.C. ----------

---A todo evento señalo que si bien la Ley XVIII N° 12 en su art. 25 dispone que “El Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut deberá definir la oportunidad, el alcance y cobertura económica de las prestaciones enunciadas en el artículo anterior, como así también las modalidades de contratación de los mismos, a fin de asegurar el mejor nivel de atención médica con los recursos económicos y técnicos disponibles”, ello no impide considerar que a su vez la Ley I N° 503 por la cual la Provincia del Chubut adhiere a la ley 26.862 prescribe en su art. 2 que el I.S.S.yS. por medio de la obra social SEROS y el Sistema de salud Provincial deberán incorporar como prestación obligatoria la prevista en el art. 8 de la ley de fertilización asistida, motivo por el cual el análisis de la normativa nacional se impone de modo prioritario, tal como lo hiciera el juzgador.----------

----A continuación la recurrente estima que para apartarse de lo que dispone la Resolución N° 1120/13 como lo ordena el Sr. Juez debe mediar una declaración de inconstitucionalidad de la parte de dicha resolución que el sentenciante considere contraria a la Constitución, lo que no ha ocurrido en su sentencia. Agrega que no podía ser de otra manera sin incurrir en una extralimitación de lo peticionado por la actora, y en consecuencia se agravia de que se le ordene a su parte cumplir una sentencia contrariando a la norma que rige su proceder (Res. N° 1120/13), sin mediar la

declaración de inconstitucionalidad de dicha norma.----------

---Desde ya que tal declaración no resulta necesaria pues en la presente acción de

amparo el juez sólo debía verificar si el I.S.S.yS. incurrió en un acto que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos reconocidos por la Constitución, un tratado o una ley, conforme lo prescribe el art. 43 de la Constitución Nacional y el art. 54 de la Constitución de la Provincia del Chubut.----------

----Y en cuanto a la ilegalidad se expresa que algo es “legal” cuando está de acuerdo con la ley. Lo legal, por tanto, se confunde con lo “lícito”, y viceversa, lo ilegal es lo ilícito. La acción de amparo, por consiguiente, servirá para discutir los actos u omisiones de la autoridad pública manifiestamente opuestos a la ley, es decir, las conductas estatales notoriamente ilegales o ilícitas. Debe tratarse pues, de algo “descubierto, patente, claro”, según explicita el diccionario de la lengua. La doctrina y jurisprudencia nacionales, en el mismo sentido, han exigido que los vicios citados sean inequívocos, incontestables, ciertos, ostensibles, palmarios, notorios, indudables, etcétera. La turbación al derecho constitucional, en síntesis, debe ser grosera (Sagües, Néstor Pedro, “Derecho Procesal Constitucional. Acción de amparo”, Astrea, 1995, T. 3, par. 55 y 57, págs. 118 y 122/123, respectivamente). *Ilegalidad* supone algo que es contrario a la ley y, por tanto, ilícito. Para ser ilícito un acto o hecho jurídico requiere actividad y concreción; pero también puede surgir de la amenaza o ante la inminencia comprobada que manifiesta su posibilidad de agresión. A su vez, la ilegalidad del acto radica en la oposición que expone frente a normas de rango superior y, especialmente, a la Constitución Nacional (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “Derecho Procesal Constitucional. Amparo”, Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pág. 284 y 288, respectivamente). Y sobre la arbitrariedad se señala que la arbitrariedad concluye en el sentido de falta de justicia, es decir, en la exposición de que una conducta arbitraria es una conducta injusta. En la medida que “arbitrariedad” e “ilegitimidad” (esto es injusticia) se asemejen, la acción de amparo puede ser instrumentada para cuestionar un mayor número de actos u omisiones. (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, ob. cit., pág. 288). “En principio es necesario caracterizar el acto de arbitrariedad pero no siempre como acto de ilegalidad (ya que la ley puede ser arbitraria en concepto nuestro, como hemos explicado), sino como decisión *contraria al derecho fundamental* que está ínsito en los principios constitucionales sobre garantías individuales, en la declaración de los “derechos humanos”, en las reglas de lógica jurídica aplicable a esos derechos fundamentales”. “Pero es, sin duda, en la *arbitrariedad*, en el sentido de *falta de justicia* (y en eso está la violación constitucional) donde debe procurarse el remedio judicial” (Bielsa, Rafael, “El recurso de amparo”, Depalma, 1965, págs. 203/204 y 259, respectivamente). Es decir, *que conducta arbitraria es conducta injusta*, aunque no sea ilegal (Sagües, Néstor Pedro, obra y tomo citado, par. 55, págs. 120/121). Y si bien la gravedad manifiesta que torna admisible la acción de amparo se da siempre que aparezca con grado de evidencia la lesión o amenaza a un derecho de las personas; siempre dentro del marco de apreciación que permite la naturaleza sumaria

de la vía elegida (Gozaíni, Osvaldo Alfredo, ob. cit., pág. 291), como aplicación del criterio que postulamos la ley de amparo, al exigir que los actos que se impugnen ostenten manifiesta arbitrariedad o ilegalidad, no requiere “que sólo sea posible atacarlos cuando el vicio denunciado posea una entidad de tal magnitud que resulte posible reconocerlo sin el menor análisis.

Lo que exige la ley en este aspecto para abrir la competencia de los órganos judiciales, es, simplemente, que la restricción de los derechos constitucionales provocada por un acto u omisión de autoridad pública, sea claramente individualizada por el accionante, que se indique con precisión el o los derechos lesionados, resulte verosímil su existencia *y pueda evidenciarse con nitidez en el curso de un breve debate*” (Sagües, Néstor Pedro, obra y tomo citado, par. 57, pág. 124 y nota nº 49 con cita de fallo).----------De tal modo, no era necesario que los amparistas peticionaran la declaración de inconstitucionalidad de la Resolución N° 1120/2013 sino que bastó con que señalaran a su entender los derechos constitucionales vulnerados, la cobertura rechazada, la decisión lesiva (el rechazo del pedido de cobertura, con sustento en el acápite c, punto 7, del Anexo de la Resolución N° 1120/2013, mediante la nota de la Dirección de SEROS del 06/02/2015 que luce a fs. 52 del legajo agregado por cuerda y en copia a fs. 28 de estas actuaciones), su actualidad y la arbitrariedad e ilegalidad manifiesta (ver demanda, p. IV y V, fs. 33 vta./36). De tal modo, el sentenciante se pronunció dentro de los límites impuestos por la petición formulada en demanda.----------Desde otra perspectiva, se interpreta que en el juicio de amparo la declaración de inconstitucionalidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte, conforme lo establece el art. 43 de la Constitución Nacional (“En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”) y el art. 54 de la Constitución de la Provincia del Chubut (“En su caso el juez puede declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”). Así se precisa que la expresión “en el caso” lo que excluye es la acción directa de inconstitucionalidad, porque los casos o causas judiciales no pueden dar comienzo sino a partir de una acción iniciada por una parte con derecho a ello. El derecho a impugnar la legislación por vicios objetivos debe tener previsión expresa en el sistema jurídico. En cambio, existiendo ya un caso o causa judicial, queda habilitada su declaración de oficio, porque la supremacía de la Constitución lo impone -el principio *iura curia novit* también-, y no se advierte una limitación constitucional expresa al respecto. (Quiroga Lavié, Humberto, “Constitución de la Nación Argentina Comentada”, Zavalía Editor, 3ra. Ed. 2000, pág. 246). La redacción del art. 43 permite inferir que la declaración de inconstitucionalidad, puede ser hecha por el juez de la causa, de oficio o a pedido de parte (Ekmekdjian, Miguel Ángel, “Tratado de Derecho Constitucional”, Depalma, 2001, T. IV, pág. 63). La redacción de este artículo (con referencia al art. 54 de la Constitución Provincial), como puede observarse está hecha en términos optativos. Por lo tanto, entendemos que el juez podrá hacer tal

declaración oficiosa, es decir, aún sin petición expresa de parte (arg. art. 10 Const. Prov.) (Gerosa Lewis, Ricardo Tomás, “Análisis de la Constitución de la Provincia del Chubut: Artículos 1 a 123”, Ricardo Tomás Gerosa
Lewis Editor, 2002, pág. 206). ----------
---Por lo demás, aún prescindiendo del claro texto constitucional en el caso de la acción de amparo, en la actualidad tanto la doctrina como la jurisprudencia se inclinan por considerar procedentes las declaraciones de inconstitucionalidad de oficio, y a pesar de no participar de un modo absoluto y en abstracto de tales declaraciones, la Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó la declaración de inconstitucionalidad de oficio en el antecedente “Mil de Pereyra, Rita A. y otros v. Provincia de Corrientes” del 27/09/01 al señalar: “9. Que, en primer lugar y en cuanto al agravio referente a la declaración de oficio de la inconstitucionalidad corresponde remitirse al voto de los jueces Fayt y Belluscio en el caso de Fallos 306:303, donde se expresó que “no puede verse en la admisión de esa facultad la creación de un desequilibrio de poderes a favor del judicial y en mengua de los otros dos, ya que si la atribución en sí no es negada, carece de consistencia sostener que el avance sobre los otros poderes no se produce cuando media petición de parte y sí cuando no la hay. … Ni, por último, puede verse en ella menoscabo del derecho de defensa de las partes, pues si así fuese debería también descalificarse toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por ellas so pretexto de no haber podido los interesados expedirse sobre su aplicación en el caso” (consid. 5)” (Fallos 324:3219; J. A. 2002-I-741). Dicho criterio fue reiterado en los autos caratulados “Banco Comercial de Finanzas S.A. (en liquidación BCRA) s/quiebra” del 19/08/04 al expresar: “3. Que, asimismo, cabe recordar que si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuar la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente -trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*- incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos 306:303, consid. 4 del voto de los jueces Fayt y Belluscio)” (Fallos 327:3117; J.A. 2005-III-441).----------En ese contexto, en el supuesto que esta Alzada concluyera que el acápite c), punto 7, del Anexo de la Resolución N° 1120/2013 resulta de ilegalidad manifiesta por incurrir en un exceso de su facultad reglamentaria al apartarse del texto de la ley, no habría reparo alguno para declarar su inconstitucionalidad, pues se sostiene que el *exceso reglamentario* transgresor de la ley que se reglamenta es siempre *inconstitucional* (Bidart Campos, Germán J., “Tratado

Elemental de Derecho Constitucional Argentino", EDIAR, novena edición, 1993, T. II, pág. 308).

Sin embargo, en el presente caso una eventual declaración de inconstitucionalidad del citado acápite de la resolución en esta instancia importaría una consecuencia más gravosa para la apelante que la confirmación de un fallo que se circunscribe a declarar la ilegitimidad manifiesta de un acto emanando del I.S.S.yS. ante un pedido de un afiliado. ----------

---Y en tales condiciones, cabe señalar que se prohíbe modificar el fallo de la anterior instancia ya que irrogaría un perjuicio al propio recurrente y ello se encuentra vedado para el tribunal en virtud de la prohibición de la *reformatio in peius*. En tal sentido se expresa que el ámbito del recurso de apelación está enmarcado por los límites que el apelante le impuso; no puede el tribunal de apelación exceder de esos límites impuestos por el recurrente; y así como no puede favorecerlo en más de lo que ha pedido el apelante, no puede tampoco perjudicarlo quitándole lo que la resolución apelada le había reconocido. Pero la sentencia en grado tampoco puede ser modificada en perjuicio del apelante: no puede serle desconocido o impuesto nada que no le haya reconocido o no le haya impuesto la sentencia impugnada; esta prohibición de modificar la sentencia en perjuicio del único apelante es llamada prohibición de *reformatio in peius* o del *empeoramiento* de la posición del apelante. Esta prohibición de *reformatio in peius* es un principio negativo en cuanto contiene una prohibición: no es posible reformar la sentencia apelada en perjuicio del único apelante (Loutayf Ranea, Roberto G., "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", Astrea, 1989, T. 1, par. 46, págs. 143 y 145, respectivamente).----------

---Por tales razones, la argumentación vertida en el sentido que por no mediar una declaración de inconstitucionalidad no corresponde apartarse de lo dispuesto por Resolución N° 1120/13 resulta inaudible, al igual que la manifestación vertida acerca de que una declaración de inconstitucionalidad de oficio importa una extralimitación de lo peticionado por la actora.----------

--A continuación la recurrente estima que yerra el sentenciante al considerar a la Resolución N° 1120/13 como una disposición antinatalidad por entender que la misma resulta ser una intromisión ilegítima en el derecho de los afiliados, aclarando que el ISSyS no pretende entrometerse en la planificación familiar de los actores sino que como organismo encargado de brindar la cobertura está dentro de sus facultades establecidas por ley determinar cúal es su alcance, citando para ello el acápite c, punto 7 del Anexo de esa resolución. ----------

---Desde ya que tales expresiones resultan un mero disenso pues con ello no ataca el razonamiento que resultó esencial para dilucidar el caso, cual es que la normativa nacional a la que adhiriera por ley esta Provincia del Chubut no establece la limitación cuantitativa esbozada por la demandada, por lo que no hay agravio que atender. ---------

---La ley procesal requiere así, con la finalidad de mantener el debate en un plano intelectual antes que verbal, que la crítica dirigida a la sentencia sea concreta, lo cual significa que la parte debe seleccionar del discurso del magistrado aquel argumento que constituye estrictamente la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica (CNCom., sala “D”, abril 24-984, “Persiani e Hijos, José c. Productos Pulpa Moldeada S.A.”, L.L. 1985-A, 309).----------

---En lo que hace a las manifestaciones vertidas acerca del “progresismo” de la obra social y amplitud de coberturas, las mismas son meras generalidades, en todo caso una apreciación personal, por lo que tampoco hay agravio que atender. ----------

---No constituye así una verdadera expresión de agravios el escrito que sólo contiene afirmaciones dogmáticas sin una verdadera crítica de la sentencia en recurso; o las apreciaciones personales; o las afirmaciones enfáticas que no son más que simples generalizaciones son insuficientes por sí solas para sustentar el agravio. No existe, por lo tanto, una crítica razonada de los fundamentos que demuestren el error del fallo, si respecto de cada manifestación falta el necesario desarrollo argumental capaz de cerciorar sobre la pertinencia de lo aseverado (Morello, Sosa y Berizonce, obra y tomo citado, págs. 354/355 y cita de fallos). ----------

----Paso a ahora a considerar las argumentaciones de la recurrente al estimar que yerra el a quo al considerar que la ley 26.862, el decreto reglamentario N° 956/2013 y la Ley I N° 503, tienen como único límite a la cobertura la posibilidad de acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres tratamientos con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos.----------

---En realidad destaco que precisamente esas son las limitaciones dispuestas por el art. 8, tercer párrafo, del decreto reglamentario 956/13. ----------Y frente a estos únicos límites previstos legalmente la apelante sostiene que existe otro al que denomina “primer límite” que a su entender surge del art. 2 de la ley 26.862 al definir la reproducción médicamente asistida y aludir a aquellos procedimientos y técnicas tendientes a “la consecución de un embarazo”. En ese contexto considera que la ley se refiere a un embarazo y no a dos o tres y si ese embarazo resulta exitoso se cumplió con la prestación.----------Al respecto, la ley se refiere a “un” embarazo ya que se trata de “un” estado. Dicho de otro modo. No puede haber embarazos simultáneos ya que sólo puede haber “un” embarazo por vez. Por eso se lo define como el estado derivado del desarrollo de un embrión o feto en el cuerpo, generalmente en el útero, después de la fecundación del óvulo y hasta su expulsión por parto o aborto (Tullio, Ángel Antonio, “Diccionario médico-legal”, Abeledo Perrot, 1999, pág. 172). El embarazo es el particular estado fisiológico o patológico de la mujer en la que se desarrolla un óvulo fecundado (Bonnet, E. F. P., “Medicina Legal”,

López Libreros Editores, Buenos Aires, 1980, pág. 1105).--------Pero de allí no puede de ningún modo inferirse como lo hace la quejosa que si el embarazo resulta exitoso una interpretación razonable de la ley es que se ha cumplido con la prestación. Se trata de una conclusión errónea. Nótese que el propio apelante admite con total honestidad que "la ley no habla de que el embarazo debe ser exitoso" pero entiende que así debe ser. ----------En tal sentido, ni la ley 26.862 ni el decreto reglamentario establece la limitación cuantitativa alegada por la demandada sin fundamento alguno. ----------Y en forma reiterada en diversos precedentes señalé que la primera fuente de interpretación de la ley es su letra (C.S.J.N., Fallos 299:168, y 19/12/91, "Mansilla, Manuel A. c/ Hepner, Manuel y otro"). La primera fuente de interpretación de la ley es su letra, no siendo admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal (C.S.J.N., 16/6/93, "Banco Shaw S.A. c/Banco Central") (fallos citados por Caubet y Fernández Madrid, "La Constitución, su jurisprudencia y los tratados concordados", Errepar S.A., 1995, n° 2564 y 2599, págs. 370 y 372). Y si el texto es claro y expreso no cabe prescindir de sus términos, correspondiendo aplicarla estrictamente y en el sentido que resulta de su propio contenido (S.C.B.A., Ac. y Sent. 1970-I-391, 1970-II-135; D.J.B.A. 114-99, N° 154, 125-10; JUBA 7, sumarios Nos. 5.729, 14.017; D.J. 136-3491).

Por ello, en esta porción de la queja no hay agravio que atender, pues el agravio carece de contenido, cuando como en el caso …d) Simplemente disiente o discrepa de la interpretación judicial, sin dar fundamentos a la oposición o formula apreciaciones subjetivas … h) No ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Astrea, 1983, T. 1, págs. 838/839).----------Por lo demás, los argumentos expuestos al expresar agravios -facultad legal otorgada al ISSyS en virtud de lo dispuesto por el art. 25 de la Ley XVIII N° 12 (fs. 79), alcance del art. 2 de la ley 26.862 al referirse a "un" embarazo (fs. 80), prestación cumplida si el embarazo resultó exitoso (fs. 80 vta.), sistema solidario (fs. 81)- no son más que una reiteración de la postura asumida en la primera instancia al contestar demanda (ver escrito de fs. 56/61, acápite IV, p. b, c, y d, fs. 57/59), y esa reproducción no cumple con la crítica concreta y razonada del decisorio impuesta por el art. 268 del C.P.C.C., y por ende no hay agravio que analizar. ----------Así, se ha puesto de relieve de modo coincidente que si el agravio constituye una reproducción casi literal de una anterior presentación, ello no constituye la crítica requerida por el código procesal. Idéntica conclusión desestimatoria se ha declarado cuando la queja se insinúa con fundamento en lo expresado en presentaciones anteriores a la sentencia; o si se limita a reiterar argumentos esbozados en primera instancia (Morello, Sosa y Berizonce, obra y tomo citado, pág. 357 y cita de jurisprudencia).----------

----En tales condiciones, resulta con toda claridad que la quejosa al reiterar los argumentos vertidos en la anterior instancia evita hacerse cargo de los fundamentos expuestos por el Sr. Juez de primera instancia que sirvieron de sustento para la conclusión esencial del fallo. ----------

---En tal sentido, el sentenciante a fs. 67 vta./68 individualizó la normativa al expresar que "… debo recordar que la ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, a la que adhirió nuestra Provincia a través de la ley I N° 503, establece en su art. 1° que su objeto consiste en *"garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médicoasistenciales de reproducción médicamente asistida"*. Delimitando los alcances de la cobertura, el art. 8° enumera las prestaciones obligatorias que deben brindar los distintos agentes que proporcionen servicios médicos-asistenciales, entre los que se encuentra la parte demandada (art. 2º, ley I Nº 503), mencionado a ese efecto a *"la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación…"*. Por su parte, el art. 8° del decreto reglamentario 956/2013 impone el único límite a la cobertura, al prescribir que una persona podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres tratamientos con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos. Además, regula que se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad, cumpliéndose como mínimo tres intentos previos salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de las técnicas de mayor complejidad". Para así concluir categóricamente a fs. 68, segundo y tercer párrafo que: "Como puede verse, en ningún segmento de la ley o de su decreto reglamentario se estatuye el límite alegado por la obra social demandada como hecho impeditivo al progreso de la pretensión amparista. Y en verdad, ninguna disposición legal o reglamentaria podría contener semejante restricción, sin afectar gravemente los derechos fundamentales a la vida privada y familiar, a la integridad personal en relación con la autonomía personal, a la salud sexual y reproductiva, y a aprovechar los avances científicos". ----------

----A ello cabe agregar lo expuesto a fs. 68 vta./69 en lo que hace al derecho a procrear, al bloque de constitucionalidad federal en el plano de las determinaciones autónomas de una persona vinculadas con el ejercicio de los derechos reproductivos, y al caso "Artavia

Murillo" resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que: "Una de las mayores especialistas en Iberoamérica sobre los aspectos jurídicos de la reproducción humana asistida, Esther Farnós Amorós, explica que el contenido esencial de los derechos reproductivos es el derecho a procrear, que abarca la toma de decisiones sobre la propia reproducción de forma libre y consensuada entre los dos miembros de la pareja, sin injerencias externas y con la información y medios adecuados para su realización. El derecho a procrear es, por tanto, un derecho de contenido complejo, formado a partir del derecho a fundar una familia, el derecho a la vida privada y familiar, el derecho a la planificación familiar, el derecho a la salud y el derecho a gozar del progreso científico (Farnós Amorós, Esther, "Consentimiento a la reproducción asistida. Crisis de pareja y disposición de embriones", Atelier, Barcelona,
p. 48). En ese plano de las determinaciones autónomas de una persona vinculadas con el ejercicio de los derechos reproductivos, el bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22, Const. Nac.) reconoce claramente a través del art. 16, inc. "e", de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, que los Estados partes deberán asegurar *"en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres... los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el <u>número de sus hijos</u> y el intervalo entre sus nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos"* (El subrayado me pertenece). De ahí que se postule concretamente la existencia de un *derecho a intentar procrear*, sea como derecho autónomo inherente al derecho a la salud sexual y a la procreación responsable, sea como derecho derivado del ejercicio de la libertad de intimidad, del derecho a formar una familia o incluso del más laxo derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico, cuyo reconocimiento determina el deber del Estado de garantizar el acceso en igualdad de condiciones a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación (Famá, María Victoria, "Incidencia de la Ley 26.862 sobre acceso integral a las técnicas de Reproducción Asistida en el Derecho de Familia y de las Personas", DFyP 2013 [agosto], 104). Sobre estas premisas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el reconocido caso "Artavia Murillo", estimó que los derechos a la vida privada y a la integridad personal se hallan directa e inmediatamente vinculados con la atención de la salud, y que la falta de salvaguardas legales para tomar en consideración la salud reproductiva puede resultar en un menoscabo grave del derecho a la autonomía y la libertad reproductiva. Existe por tanto una conexión entre la autonomía personal, la libertad reproductiva y la integridad física y psicológica (Corte IDH, Caso Artavia Murillo c. Costa Rica, sentencia de 28 de Noviembre de 2012. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 146). En relación con el derecho a la integridad personal, se argumentó en el referido precedente trasnacional que la salud genésica significa que la mujer y el hombre están en libertad para decidir si desean reproducirse y en qué momento, y tienen el derecho

de estar informados y tener acceso a métodos de planificación familiar seguros, eficaces, asequibles y aceptables de su elección, así como el derecho de acceso a los pertinentes servicios de atención de la salud (Corte IDH, Caso Artavia Murillo c. Costa Rica, cit., párr. 147)". ----------Y si la apelante no efectúa una crítica concreta del razonamiento que resultó dirimente no hay agravio que atender. Dicho de otro modo. Cuando no hay una impugnación concreta de la conclusión esencial del fallo se carece de material crítico para analizar y por ende no hay agravio. ----------

----------En consecuencia, los agravios no pueden limitarse a señalar una mera discrepancia de criterios, o a manifestar simplemente una disconformidad con lo decidido por el *a quo*, sino que deben alcanzar suficiencia técnica. La meta de la actividad recursiva consiste en demostrar el desacierto de la sentencia que se recurre y los motivos que se tienen para considerarla errónea, de modo de producir convicción en el tribunal de alzada sobre la sinceridad y autenticidad de los agravios vertidos. En ausencia de fundamentos específicamente referidos a las consideraciones determinantes de la sentencia adversa a las pretensiones del recurrente, no hay agravio que atender en la alzada. Para tener por satisfechos los fines legales de la expresión de agravios, deben concretarse punto por punto, los errores fundamentales que se atribuyen en la aplicación del derecho, o en su caso en la apreciación de los hechos y su prueba, bajo riesgo de que se tenga por consentida toda decisión no objetada (Morello, Sosa, y Berizonce, obra y tomo citado, págs. 359, 360, punto e) y 370, y cita de pronunciamientos).----------

---Y sin perjuicio que la apelante no aporta material crítico alguno respecto de los fundamentos esenciales que sirvieron de sustento al decisorio que impugna pues se limita básicamente a reiterar los argumentos desarrollados al contestar demanda, destaco que comparto plenamente el criterio del Sr. Juez de la anterior instancia en cuanto a que la legislación nacional y provincial en materia de fertilización asistida no contiene la limitación cuantitativa que pretende sostener sin sustento la recurrente (un embarazo exitoso).----------

----La ley 26.862 es amplia en cuanto a la determinación de la obligatoriedad de cobertura tanto en el aspecto subjetivo como en el objetivo. … Volviendo al régimen legal nacional vigente y a las limitaciones impuestas en la reglamentación (como se dijo, referidas solo al número de tratamientos cuya cobertura se establece), estimo que las mismas están plenamente justificadas desde el plano bioético (Pelle, Walter D., "La Ley 26.862 y su reglamentación: reflexiones críticas de cara al futuro", en MJ-DOC-6862-AR/ MJD6862).----------

---Con ello pongo de relieve que sólo el art. 8 del decreto reglamentario 956/2013 establece limitaciones y ellas están referidas únicamente a la cantidad de tratamientos anuales con técnicas de baja y alta complejidad. Por eso, con referencia ese artículo, se expresa que <u>la norma sólo limita la obligación de cobertura anual</u>, lo que implica que al

año siguiente estas podrían ser repetidas (Medina, Graciela y González Magaña, Ignacio, “La reglamentación de la Ley Nacional de Fertilización Asistida”, en Revista de Derecho de Familia y de las Personas, año V, N° 7, agosto de 2013, p. 2.3., pág. 119) (el subrayado me pertenece). ----------

---Y respecto al debate parlamentario al que se alude a fs. 80 vta. (Reunión N° 6, 5ª Sesión Ordinaria celebrada el 5/06/2013 en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación sobre “Técnicas de Reproducción Asistida”), debo expresar que cualquiera sea el alcance que se le pretenda dar a las exposiciones habidas, lo cierto es que en definitiva en el texto legal no se plasmó la limitación cuantitativa sostenida por la demandada en el sentido de que un embarazo exitoso importa el cumplimiento de la prestación.----------

----Como puede observarse tal limitación no surge de la ley 26.862, ni de su decreto reglamentario N° 956/2013, en tanto que la Ley I N° 503 adhiere a la ley nacional (art. 1) y establece que el I.S.S.yS. y el sistema de salud provincial incorporarán como prestación obligatoria la prevista en el art. 8 de la ley 26.862 (art. 2). Ello sin perjuicio de considerar que cualquier restricción no prevista por la ley nacional que se establezca a nivel provincial afecta el piso de derechos de la norma federal. Nótese que la ley 26.862 es de orden público, por lo que se aplica en todo el territorio de la Nación (Basterra, Marcela I., “Las técnicas de fertilización asistida y la cuestión constitucional”, La Ley, 2013-D, 601). ----------

---En síntesis, resulta evidente que el Instituto de Seguridad Social y Seguros incurrió en un acto de arbitrariedad e ilegalidad manifiesta en los términos previstos por los arts. 43 de la Constitución Nacional y 54 de la Constitución de la Provincia del Chubut al rechazar el pedido de cobertura requerido por la parte actora según nota del 06/02/15 que corre agregada a fs. 52 del Legajo N° 3933/2012 que tengo a la vista, con sustento en el ilegal alcance del punto 7 del acápite c) Cobertura, del Anexo de la Resolución N° 1120/2013.----------

----Tocante a que la actora no probó que carezca de los recursos necesarios para solventar este tratamiento, cabe señalar que la queja resulta inaudible pues la parte actora reclamó una cobertura prevista por la ley nacional en su calidad de afiliado a la obra social. Agrego que SEROS cuenta en su inmensa mayoría con afiliados obligatorios y que por dicha circunstancia les está vedado elegir otra obra social que le brinde una cobertura mejor. Este aspecto de la cuestión fue puesto de relieve expresamente por el juzgador a fs. 70, segundo párrafo, al señalar que: “Cabe agregar que ambos amparistas son afiliados obligatorios al sistema estatal de salud provincial (arts. 3° y 12, ley XVIII N° 12), que no brinda ninguna posibilidad para sus adherentes compulsivos de elegir otra obra social que, a su criterio, brinde una respuesta más satisfactoria a sus requerimientos puntuales. Ese diseño legal trae como contrapartida la imposición de mayores obligaciones al Instituto prestador, acorde con la cautividad impuesta a sus afiliados,

pues de otro modo la Provincia se estaría marginando del carácter integral, necesario y totalizador que la seguridad social debe tener para asegurar a todos los adherentes obligados al sistema la asistencia médica acorde en caso de enfermedad (Sup. Trib. Just. Entre Ríos, 4/9/2008, LL Online,
AR/JUR/18485/2008)". ----------
---A continuación la recurrente sostiene que la cuestión de los recursos insuficientes con los que cuenta el I.S.S.yS. se encuentra profusamente difundida por los medios de comunicación, por lo que entiende que no requiere prueba.----------
---Desde ya que no se trata de un dato notorio por la sola circunstancia de su difusión en los medios de comunicación como pretende sostener la quejosa.----------
En efecto, si bien existen datos que están excluidos de prueba por tratarse de hechos notorios de acuerdo con la regla notoria *non egen probatione*, cuyo origen se remonta hasta el derecho canónico, debe precisarse que se entiende por hecho notorio aquel cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el momento en que la decisión se pronuncia. No pueden darse a su respecto reglas precisas pero su característica es el dominio público, es decir, que nadie lo pone en duda, de tal manera que la convicción que de ella surge es tan firme como la que emana de una prueba directa y por ello puede el juez tenerlo por cierto en su sentencia aun cuando las partes no lo hubieran invocado (Alsina, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", EDIAR, 2da. ed., 1958, T. III, págs. 247/249). "Hechos notorios" son aquellos conocidos y tenidos como ciertos por un determinado círculo de personas de cultura media, en un momento histórico determinado (Morello, Passi Lanza, Sosa y Berizonce, "Códigos Procesales …", Librería Editora Platense - Abeledo-Perrot, 1973, T. V, pág. 10).----------En ese contexto, la circunstancia de que los medios de difusión pongan de relieve dificultades económicas del I.S.S.yS. no resulta suficiente para poder arribar a una convicción firme acerca de la magnitud de tales dificultades pues se carece de
elementos financieros certeros acerca de tal situación. ----------
---Bien entonces expuso el sentenciante a fs. 69 vta./70 que "… el ente autárquico no ha ofrecido ni producido ningún elemento hábil de convicción que demuestre, siquiera sumariamente, que el costo de la cobertura del tratamiento pretendido por los amparistas involucre una limitación a iguales prestaciones de otros afiliados a la obra social (art. 381, CPCC)". Pero además agregó que: "En cualquier caso, las disposiciones de orden público de la ley 26.862 no autorizan que los agentes del sistema de salud que deben garantizar el acceso a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida, puedan invocar un desbalance económico para eludir el cumplimiento de tales obligaciones positivas. Y cierto es que Seros cuenta con aportes estatales, provenientes de las contribuciones especiales de la Provincia que se fijan en la Ley de Presupuesto Anual y que se destinan a la conformación del fondo para el

financiamiento las prestaciones que legalmente se encuentra obligada a suministrar, que incluye además los aportes de los afiliados y del Estado en su calidad de empleador, así como otros eventuales ingresos derivados de intereses, rentas, dividendos y utilidades provenientes de fondos disponibles y de inversiones y/o donaciones (art. 16, ley XVIII N° 12; art. 26, decreto 337/77)".----------En este último aspecto, ya en los autos "BAIGORRIA, Antonio c/ SEROS y otra s/acción de amparo", c. 20.070, S.D.C. 40/2004, tuve oportunidad de señalar que ".. si la subvención (en el caso la cobertura) que debe ser asumida por el Instituto de Seguridad Social y Seguros … coloca al sistema en crisis, es obligación de esa obra social en el caso concreto encarar con la debida diligencia las medidas necesarias a fin de evitar el colapso del régimen de prestaciones de salud y asistenciales que administra (art. 1 del dec. ley 1404) (hoy Ley XVIII N°12), entre las que se cuenta el hacer uso de la facultad prevista por el art. 2, inc. f, y proponer al Poder Ejecutivo las adecuaciones que estime necesarias respecto a los porcentajes de aportes de afiliados y prestadores, cuando las condiciones económicas financieras así lo aconsejen". Ello sin perjuicio que el I.S.S.yS. en materia de financiamiento de las prestaciones está facultado a requerir las contribuciones especiales de la Provincia que fije la Ley de Presupuesto anual, conforme lo dispuesto por el art. 14, inc. g), de la citada ley. ----------Y en dicha causa "Baigorria" acerca de la postulación de la demandada en cuanto a la insuficiencia de los recursos y posible colapso financiero el S.T.J. se pronunció en el Expte. N° 19.957-B-2005, S.R.E. N° 03/2005 del 23/03/2005. Y el Dr. Caneo al emitir su voto tuvo oportunidad de señalar que: "… 9.2.- El servicio de salud, presenta multiplicidad de regímenes, este aspecto es abordado adecuadamente por el Dr. Lucero al votar en la definitiva recurrida y dentro de ese régimen de salud es la codemanda una de las obligadas a prestar tal servicio porque así lo establece el art. 1 de la Ley Nº 1404 -agrego que este artículo debe compatibilizarse con el criterio que emerge del art. 27 del Dto. Reglamentario N° 377/77-; la afiliación es obligatoria y efectúa descuentos de la misma característica, este es un dato que no puedo dejar pasar a la hora de decidir si la Alzada se equivocó cuando comparando los valores económicos puestos en juego con el de la salud, priorizó este último. El conflicto estaría entre la atención del "costoso" resguardo de la salud del hijo del requiriente o la cobertura económica del servicio de salud genérico debido a la totalidad de los afiliados que S.E.R.O.S. dice que podría verse perjudicada, colapsada, lo que por cierto no probó porque dijo que "es de difícil comprobación". … 9.4.- En base a lo explicado en el punto anterior, estoy convencido de que la Sala "B" de la Cámara priorizó adecuadamente el derecho del reclamante y ello es así en principio porque existe aquí una afiliación compulsiva a una obra social (sistema institucionalizado y público de salud) y ello determina que la persona no pueda optar por otra de mejores beneficios y tal compulsividad genera derechos y deberes recíprocos (conf. Juzgado Crim. y Corr. Mar del Plata, Nº 3 (Dr. Hooft) causa "Navas, Leandro v. IOMA s/amparo" del 3/5/91. LL 1991-

D-79). … 9.5.- Es así que siguiendo las pautas doctrinarias que mencioné en el punto 9.3, observo que la Cámara identificó dos derechos, el de la salud de I. y el de propiedad de S.E.R.O.S. (como administradora de aportes compulsivos), que reitero, se dice afectado o de factible colapso, pero no se prueba; y los concilió porque observó que dentro del articulado del Dto. Ley de creación de la codemandada existían normas que daban alternativas para solucionar el denunciado y no probado colapso financiero. Por supuesto, la Alzada, atendió, como correspondía, al paradigma protectorio del pequeño hijo del reclamante. No hubo un exceso, no se afecta el interés público por lo decidido, por el contrario, se lo atiende. 9.6.- S.E.R.O.S. dice que no es el caso de autos en el que debiera, ante su imposibilidad, económica reclamar un subsidio a la Provincia. Esta afirmación es dogmática, no tiene ningún fundamento, se desconoce cuáles son las situaciones a criterio de la codemandada en que oportunidades debería obrar de conformidad a lo dispuesto en el art. 14 inc. g) del Dto. Ley Nº 1404 y por cierto no puede compartirse ni admitirse tal postura, cuando su obligación de asistir al afiliado emana claramente del art. 1 del citado Dto. Ley, y se ve claramente determinada al interpretar el art. 27 del Decreto Reglamentario Nº 337/77 cuando dice, “Si por circunstancias especiales, casos de huelga de las instituciones e insuficiencia prestadora, el S.E.R.O.S.-Chubut careciera de uno o varios servicios en cantidad y/o calidad necesaria, arbitrará los medios necesarios tendientes a asegurar el efectivo cumplimiento de las previsiones de los art. 21 y 22 de la Ley”, si tal proceder se especifica en caso de huelga, cuanto más aún es posible ante un colapso financiero y la obligación de atender la necesidad de los afiliados.” (considerandos 9.2., 9.4., 9.5., y 9.6., del voto del Dr. Caneo). A su vez el Dr. Royer expuso en los considerandos IX y X que: “… IX.- En cuanto al argumento referente al colapso financiero, el mismo fue rechazado por los Sres. Camaristas ya que interpretando la Ley de Creación del Instituto de Seguridad Social y Seguros concluyeron que en el caso de que el referido organismo no cuente con fondos en virtud de las normas que rigen su funcionamiento estaría en condiciones de arbitrar las medidas necesarias para lograr contribuciones especiales por parte de la Provincia. El Instituto insiste, sin una crítica eficaz, capaz de demostrar el error interpretativo de la Alzada cuando rechaza el referido argumento, en que si se diesen situaciones semejantes a la de la especie y se les diese curso favorable a los reclamos, S.E.R.O.S. no estaría en condiciones económicas de afrontarlas. X.- El Dr. Caneo analizó en su voto en detalle las causas por las que el argumento de la Cámara no resultaba arbitrario hizo referencia a la necesidad de sopesar los derechos en juego y concluyó que resultaba acertado lo decidido por el referido Cuerpo al priorizar el derecho a la salud del afiliado que en la actualidad reclama el resguardo de la asistencia médica de su hijo”.----------

---Por ello, esta porción de la queja resulta también inaudible. ----------

--Finalmente, la apelante sostiene que es deber de los jueces obrar con prudencia a fin

de que sus resoluciones no generen perjuicios que afecten a la totalidad de la comunidad. Tal afirmación es una mera generalización que no es crítica concreta y razonada del fallo, por lo que tampoco hay agravio que atender. ----------

---En tales condiciones, cabe señalar que la apertura del recurso lo es en la medida del agravio y para ello el quejoso debe formular su disconformidad con la decisión de primera instancia, motivo por el cual y en virtud del principio dispositivo, cuando no hay una impugnación concreta de las motivaciones básicas de la sentencia recurrida, deviene insuficiente la expresión de agravios (S.C.B.A., Ac. y Sent. 1957, v. II-39; 1963, v. I- 359), y la consecuencia más grave para el justiciable, está dada porque si la no atacada es la conclusión esencial del fallo, al resultar insuficiente el recurso, de esa manera queda firme y asegura así el sustento del decisorio (S.C.B.A., Ac. y Sent., 1974, v. II-694; esta Cámara en su composición de sala única, c. 11.268, S.D.L. N° 69/95; c. 12.201, S.D.L. N° 39/97; sala “A”, c. 13.653, S.D.L. N° 51/98; c. 13.595, S.D.L. N° 95/98; sala “B”, c. 15.275, S.D.L. N°149/99).----------3. En consecuencia, propicio al Acuerdo declarar desierto el recurso de apelación interpuesto al punto I del escrito de fs. 79/81 vta. por insuficiencia técnica de su expresión de agravios (arts. 268 y 269 del C.P.C.C.), que fuera concedido a fs. 82, con costas de Alzada a la demandada apelante vencida, conforme al criterio objetivo de la derrota (art. 17 de la Ley V N° 84).----------Atendiendo a la extensión, mérito, eficacia y resultado que arrojan los trabajos profesionales cumplidos en esta instancia, estimo prudente regular los honorarios de los Dres. A. C. Y. y M. M., en forma conjunta, en su carácter de letrados patrocinantes de la parte actora, en la suma porcentual equivalente al 30% de la cantidad fijada para los honorarios de primera instancia (arts. 5, 9, 13, 35 y 46, Ley XIII Nº 4), con más el I.V.A. correspondiente; y sin regular honorarios a los Dres. S. D.y M. J. R. C., en su calidad de letrados apoderados de la demandada, en atención a lo previsto por los arts. 2 y 3 de la ley del arancel por tratarse de profesionales con asignación fija mensual, y asimismo por la inoficiosidad de los trabajos cumplidos, en este último caso conforme al criterio sentado por esta Cámara, en su composición de sala única, S.D.L. N° 80/93, S.D.C. N° 07/97; sala “A”,
S.D.L. Nos. 41/98 y 02/99; sala “B”, S.D.L. N° 149/99, entre otros pronunciamientos.----------Finalizo el tratamiento y a la primera cuestión voto POR LA NEGATIVA.----------

---**A LA PRIMERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto manifestó:----------

--Dada la claridad con la cual el Sr. Magistrado antes sufragante reseñara la sentencia apelada de fs. 66/72, los agravios que contra la misma expresara la demandada a fs. 79/81 vta. y del memorial en sostenimiento del pronunciamiento que efectúa la actora a fs. 84/87 vta., me remito a dicha reseña en homenaje a la brevedad. En consecuencia me adentraré directamente en el análisis de los agravios. ----------

---I.- Dado que se ha planteado la insuficiencia técnica de la expresión de agravios de la demandada, habré de analizar los mismos bajo dicha perspectiva. ----------

1) En una primera queja la demandada sostiene que el “a quo” se limitó a realizar una interpretación literal de la ley 26862, sin considerar la ley provincial XVIII N° 12, en concreto su art. 25, que da sustento a la resolución N° 1120/13, y que en todo caso para apartarse de esta última normativa, debió haberse decretado su inconstitucionalidad, lo cual no hizo el juzgador ni fue requerido por la contraria (ver fs. 79/vta., primeros párrafos). ----------Al respecto he de señalar que efectivamente el juzgador tuvo en cuenta la ley 26862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, así como la adhesión provincial mediante la ley I N° 503, la que previó, en su art. 2, que la demandada incorporará como prestación obligatoria la prevista en el art. 8 de la ley nacional. A su vez especificó la cobertura de esta prestación con transcripción parcial de este último artículo. Asimismo hizo referencia a que el art. 8 del decreto reglamentario 956/2013 prevé ciertas limitaciones a la modalidad de otorgar la cobertura antedicha, haciendo referencia a que una persona podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos. Asimismo se indica que se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad, a cuyo fin deberán cumplirse, como mínimo, tres intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad (conf. art. 8 del decreto 956/2013, 3er. y 4to. párrafos) (ver sentencia a fs. 67 vta., tres últimos párrafos/68, 1er. párrafo). Continuó discurriendo el sentenciante de grado en cuanto a que ni la ley nacional ni su decreto reglamentario estatuyen el límite alegado por la obra social demandada (ver sentencia a fs. 68, 2do. párrafo), que se basa en su resolución N° 1120/2013, que aprueba el “Programa para la autorización de prácticas de reproducción asistida”, el que en su pto. c) referido a la Cobertura, inciso 7) dispone que *“Para el caso que durante el transcurso de la realización de los tres tratamientos mencionados, alguno diera como resultado un nacimiento, la obra social cesará la cobertura de futuros intentos y de las eventuales criopreservaciones, en razón de haberse cumplido el objeto perseguido por la ley”.* ----------Ahora bien, el juez de origen no evadió el análisis de esta última norma sino que expresamente hizo referencia a ella, destacando que importa un inadmisible límite a la reproducción humana asistida, que contradice la ley 26862, concluyendo que si el estado federal estableció una obligación positiva, reconociendo un derecho de contenido prestacional a cargo de los agentes que integran el sistema de salud, la restricción de la demandada representa una intromisión ilegítima en el derecho de los afiliados a la planificación familiar y a la libertad de procreación (ver sentencia a fs. 68, dos últimos párrafos). Y luego de citar jurisprudencia continental (ver sentencia a

fs. 68 vta. “in fine”/69 vta., 1er. párrafo), coligió que la demandada incurrió en un acto de ilegitimidad manifiesta al instaurar en perjuicio de los actores un límite a su fecundidad por razones presupuestarias de la obra social, que no se condice con el conjunto de reglas, principios y valores que emergen de la normativa constitucional y legal federal (ver sentencia a fs. 69 vta., 2do. párrafo).----------

---Es de recordar que el art. 3 de la ley V N° 84, dispone la procedencia de la acción de amparo *“…contra cualquier decisión, acto, hecho u omisión…que en forma actual o inminente restrinja, altere, amenace o lesione con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos o garantías reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, un Tratado o una ley…”.* A su vez el art. 10 de la misma ley establece en su parte final que *“El juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva”.* Es de señalar que los textos mentados receptan en la norma legal lo consagrado a nivel constitucional por cuanto, tanto el art. 43 de la Constitución Nacional, como el art. 54 de la Constitución Provincial, aluden a que el acto u omisión lesivos de derechos y garantías -tanto constitucionales, convencionales, como legales según la carta magna federal; y constitucionales según la local- deben hacerlo con arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, y también prevén la posibilidad de que el juez declare la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesivos. ----------

----Respecto de esta última posibilidad, fue incorporada por la reforma de 1994, básicamente para dar por tierra con la prohibición del art. 2, inc. d) de la ley nacional 16986 que impedía dicha declaración (conf. Bidart Campos, Germán J.: “Tratado de Derecho Constitucional Argentino”, Ed. Ediar, T° VI, 1995, pág. 314). Esta posibilidad ya había sido reconocida por la Corte Federal en el antecedente “Peralta”, y en ese sentido se ha concluido que el amparo es más que las comunes vías procesales; su tratamiento debe independizarse de las mismas; se desvirtúa la esencia de esa institución, si el art. 2, inc. d de la ley 16986 es interpretado como que, de modo absoluto, proscribe dentro de su limitado pero suficiente marco de cognición, dilucidar la constitucionalidad de una norma general, quedando derogada dicha norma por el art. 43 de la Constitución Nacional; es en el momento de sentenciar el amparo cuando se podrá establecer si las disposiciones impugnadas resultan manifiesta, palmaria o patentemente violatorias de las garantías constitucionales y que ese remedio tiende a proteger; a través del amparo, se cuenta en el derecho positivo federal y nacional argentino con una acción equiparada, en su virtualidad jurídica y para el control de constitucionalidad, a las acciones directas que a esos fines y en misión preventiva están legisladas en las constituciones y leyes procesales provinciales; el control de constitucionalidad no consiste sólo en descalificar una norma por reputársela en colisión con las de la Ley Fundamental, sino que, además, se extiende positivamente a la tarea de interpretar las leyes con fecundo y auténtico sentido constitucional, en tanto la letra o el espíritu de aquéllas lo permita (conf. Morello-

Vallefín: “El amparo. Régimen procesal”, Librería Editora Platense, 2004, págs. 207/222).----------Como se puede observar la normativa constitucional y legal permite al juez declarar la inconstitucionalidad de la norma en la que se asienta el acto u omisión lesivos, dado que en la ley federal de amparo existía una restricción al respecto, mas ello no implica que exista una obligación a hacerlo. Es que si el acto o u omisión lesionan derechos constitucionales y están fundamentados en alguna normativa que los autoriza, dado que afectan derechos constitucionales, siempre habría que declarar esta inconstitucionalidad. Sin embargo debe recordarse que los derechos y garantías afectados pueden ser constitucionales o legales, de hecho en la especie, el juez así lo consideró, porque además de su rango de constitucionales, los derechos lesionados se encuentran reconocidos en la ley 26862. Pero amén de ello, debe recordarse que el acto u omisión lesivos deben afectar al derecho o garantía con ilegalidad o arbitrariedad manifiestas. Y el juzgador así lo entendió cuando señaló que el acto de la demandada revestía “ilegitimidad manifiesta” (ver sentencia a fs. 69 vta., 2do. párrafo). Y es del caso considerar que, siguiendo a Sagüés (Derecho Procesal Constitucional, Acción de amparo, Tº 3, págs. 110/114), se ha interpretado que un acto es ilegal cuando es contrario a las normas del derecho positivo, ya sea ley formal -emanada del Poder Legislativo- o ley material -otra norma como una resolución ministerial, decreto u ordenanza- (op. cit., pág. 111). Expresa Sagüés que en materia de amparo, la doctrina y la jurisprudencia también utilizan el vocablo “ilegitimidad” para calificar a los actos susceptibles de ser atacados por esta vía, siendo esta voz de una significación más amplia que ilegalidad, en tanto no apunta a la conformidad del acto con la ley material sino que señala la justificación del acto, en definitiva la “justicia” del acto, concepto que está cubierto en la letra del texto constitucional -tanto nacional como provincial- con la voz “arbitrariedad” (aut. cit., págs. 112/113). La arbitrariedad en definitiva se hace presente en aquellos actos que aunque legales carecen de justicia, por ser contrarios al “derecho fundamental que está ínsito en los principios constitucionales sobre garantías individuales, en la declaración de los derechos humanos, en las reglas de la lógica jurídica aplicables a esos derechos fundamentales” (conf. cita de Bielsa en Sagüés, op. cit., pág. 113). En cuanto al requisito de evidencia de ilegalidad o arbitrariedad -el art. 54 de la Const. Provincial y el art. 3 de la ley 4572 exigen que ambas sean “manifiestas”-, ello no implica que el vicio deba ser de tal magnitud que pueda reconocerse sin el menor análisis, sino que la restricción de los derechos sea claramente individualizada por el accionante, se indique con precisión los derechos lesionados, resulte verosímil su existencia y pueda evidenciarse con nitidez en el curso de un breve debate (conf. cita jurisprudencial CN. Fed., Sala II, Cont.Adm., 13/7/76, ED, 69-293; en Sagüés, op. cit., pág. 117). ----------

----------En base a lo anterior, el razonamiento del juez resulta adecuado y completo a los fines de las normas constitucionales y legales que rigen la acción de

amparo, ya que comprobó que el acto lesivo de los derechos constitucionales y legales afectados revestía ilegalidad -habló de “ilegitimidad” lo que resulta equivalente- porque contradecía la ley nacional, y si bien no lo menciona expresamente también entendió que revestía arbitrariedad, dado que desconocía derechos sin justificación suficiente. Es así que devenía innecesaria la declaración de constitucionalidad que requiere la apelante, a lo que habré de añadir que la ilegalidad o ilegitimidad indicada en el decisorio no sólo resulta en función de contradecirse la ley nacional 26862 y su decreto reglamentario 956/2013, sino también la provincial adhesiva I N° 503, ya que no se previó una limitación del tipo de la establecida en la resolución N° 1120/13 ISSS Chubut.----------

----En consecuencia, el agravio deviene inaudible desde que señala que el pronunciamiento debía contener una declaración que resulta innecesaria a los fines de su decisión, por lo que no importa una crítica concreta y razonada a lo argumentado por el sentenciante, de allí que comparto la deserción del recurso postulada en este punto (conf. arts. 268 y 269 del CPCC). ----------

---2) La expresión de agravios sigue discurriendo en cuanto se considera un yerro del juez de origen que considere la resolución N° 1120/13 como una disposición antinatalista y que se trata de una intromisión en el derecho de los afiliados a la planificación familiar y a la libertad de procrear, considerando ofensiva la comparación con la política reproductiva implementada en la República Popular China. Destaca, la recurrente, el progresismo de su mandante al otorgar prestaciones a sus afiliados con una extensa cobertura, que en este caso particular se evidencia en que ha brindado la misma con anterioridad a la sanción de la ley 26862, de allí que considera desafortunada la comparación deslizada en la sentencia. Agrega que con la resolución cuestionada no pretende entrometerse en la planificación familiar de los actores, sino que sólo se limitó a fijar cuál es el alcance de la cobertura (ver fs. 79 vta., tres últimos párrafos/80, tres primeros párrafos). ----------Encuentro que este pasaje del memorial es retórico, hace una defensa de la política de cobertura de salud de la obra social accionada y se desliga de lo que considera una odiosa comparación con la política del país más poblado del mundo, mas no concreta ninguna crítica al razonamiento dirimente expuesto en la sentencia, esto es, que la limitación dispuesta normativamente por la demandada y la consiguiente negativa a cubrir la prestación requerida deviene una lesión ilegítima -ilegal y arbitraria de acuerdo a lo expuesto en el considerando precedente- a derechos reconocidos de manera constitucional, convencional y legal. Al respecto debe tenerse en cuenta que la expresión de agravios debe contener una crítica de los fundamentos de la sentencia, los agravios deben referirse concretamente a los fundamentos que movieron al sentenciante a decidir en la forma en que lo hizo (conf. CN. Civ., Sala F, 24/7/79, ED, 82-263), es decir, deben rebatirse los argumentos del juez de primer grado (conf. CN. Civ., Sala B, 28/12/78,

RepED, 13-754, nº 57). Es sabido que crítica concreta se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio; lo de razonada alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso, se debe trasuntar un razonamiento coherente que demuestre, a la vez, el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia que se impugna (conf. CN. Civ., Sala D, 12/9/79, ED, 86-442). La crítica razonada no se sustituye con una mera discrepancia, sino que debe implicar el estudio de los razonamientos del juzgador, demostrando a la Cámara las equivocadas deducciones, inducciones y conjeturas sobre las distintas cuestiones resueltas (conf. Fenochietto-Arazi: “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado”, Ed. Astrea, 1993, Tº 1, pág. 941). En el mismo sentido se ha sostenido que carece de contenido el escrito de expresión de agravios que no ataca concreta y frontalmente los verdaderos fundamentos del fallo (conf. C. 1era. Apel. San Nicolás, 29/4/71, LL, 143100). Es que criticar no es lo mismo que disentir, ya que lo primero importa un ataque directo y pertinente a la fundamentación del fallo apelado, tendiente a demostrar los errores fácticos y jurídicos que éste pueda contener, mientras que lo segundo consiste simplemente en exponer que se está en desacuerdo con la sentencia recurrida (conf. CN. Civ., Sala A, 19/8/91, LL, 1992-A-487, nº 42). La expresión de agravios no es una simple fórmula carente de sentido (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472) que ejercitada, traslada la competencia al tribunal de alzada (conf. C. 1era. Civ. y Com. Bahía Blanca 29/2/68, LL, 131-698), sino que, como lo señala el art. 265 del C. Procesal debe contener una crítica concreta y razonada (conf. CN. Civ., Sala M, 27/9/00, ED, 191-414) de las partes del fallo que el recurrente considere equivocadas (conf. CN. Civ., Sala F, 18/7/96, LL, 1997-D-827, 39.612-S), indicando los supuestos errores u omisiones que la misma contiene así como los fundamentos que le permitan sostener una opinión distinta (conf. CN. Com., Sala A, 21/2/96, ED, 172-92); es decir, debe señalar punto por punto los errores que se atribuyen a la sentencia en grado, por los cuales se considera que el pronunciamiento es injusto o contrario a derecho (conf. CN. Civ., Sala A, 16/12/99, ED, 186-539). En la expresión de agravios deben refutarse las conclusiones de hecho y derecho que motivan la decisión en grado, mediante la exposición de circunstancias jurídicas por las cuales se considera erróneo el pronunciamiento impugnado (conf. CN. Civ., Sala H, 20/6/03, ED, 204-472). Este es el criterio sostenido por esta Sala en numerosos antecedentes, entre ellos, CANE, Sala

“B”, SDL Nº 20/2010 del 10/05/10.----------

---En consecuencia de lo anterior también considero que estos argumentos incurren en deserción parcial por insuficiencia técnica (arts. 268 y 269 del CPCC). ----------

---La apelante aduce que el decisor se equivoca, asimismo, al entender que la normativa nacional -ley 26862 y decreto N° 956/2013- y la provincial -ley I N° 503- tienen como único límite el de acceder a determinada cantidad de tratamientos anuales, según fuere de baja o alta complejidad. Al respecto destaca que el art. 2 de la ley 26862 establece

un primer límite cuando define a la reproducción médicamente asistida como *"…los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo…",* de lo que deduce que la ley se refiere a un embarazo y no a dos o tres o más, lo que implica que si el embarazo ha devenido exitoso se entiende que se ha cumplido con la prestación, y que mientras ello no ocurra los afiliados pueden seguir requiriendo la misma (ver fs. 80, últimos párrafos/vta., primeros párrafos).----------

---Encuentro el razonamiento desplegado como carente de lógica. En primer lugar habré de compartir la sesuda argumentación que expusiera el colega preopinante con fundamento en doctrina médica, en cuanto a que la norma referida no puede referirse a más de un embarazo, ya que no pueden existir embarazos simultáneos, en todo caso habrá un embarazo múltiple. Pero por lo demás se trata de una norma que importa una definición médico-legal de lo que se entiende por reproducción médicamente asistida, y no se está refiriendo a "un" embarazo como pauta o límite cuantitativo de la obligación prestacional. Es de hacer notar que, desde la perspectiva que esgrime la recurrente, los procedimientos y técnicas con asistencia médica para conseguir un segundo o tercer embarazo no podría considerarse, desde el punto de vista médico-legal, como reproducción médicamente asistida, lo cual en sí es un "sinsentido". Amén de ello es claro el carácter conceptual del art. 2, ya que lleva como título *"Definición";* mientras que la norma relativa a la cobertura de las prestaciones es el art. 8 que se titula *"Cobertura",* y tanto el art. 8 de la ley 26862, como el del decreto 956/13, no contienen una limitación a la prestación que se restrinja a "un" embarazo exitoso.----------

---En suma, se renueva en esta argumentación la falta de crítica concreta al razonamiento desplegado en el decisorio, lo que conduce a la deserción ya postulada precedentemente. ----------

---3) Finalmente, se señala que la obra social debe distribuir eficientemente sus recursos económicos para reconocer todos los derechos de sus afiliados en pie de igualdad, y que si ya se cumplió con la finalidad de tener un hijo, lo que, según la apelante, implica tener una familia, se ha cumplido con la finalidad de la ley. Hace referencia a las exposiciones en la Cámara de Diputados de la Nación para dar fundamento a esta interpretación legal. Refiere al principio de solidaridad que debe primar en estas cuestiones a fin de poder llegar a la universalidad de los afiliados con las más variadas prestaciones. A ello añade que la actora no acreditó que carezca de recursos necesarios para solventar el tratamiento, y entiende que es notoria y profusamente difundida la cuestión de los recursos insuficientes con los que cuenta la demandada. Por último efectúa una afirmación referida a que los jueces deben obrar con prudencia a fin de que sus resoluciones no generen perjuicios que afecten a la totalidad de la comunidad con inesperados resultados (ver fs. 80 vta., últimos párrafos/81).----------

----En primer lugar destaco que el último argumento respecto a que debe primar en los jueces la virtud de la prudencia, no es más que una afirmación genérica que no importa crítica concreta y razonada al fundamento del decisorio (conf. CN. Civ., Sala A, 12/2/87, LL, 1987-B-123; entre muchos otros). Por lo demás destaco que ya que la recurrente hizo referencia a una de las cuatro virtudes cardinales -además de la prudencia, las otras tres son: justicia, templanza y fortaleza, que junto a las tres teologales: fe, esperanza y calidad, componen las siete virtudes fundamentales de la filosofía cristiana (conf. Pieper, Josef: “Las virtudes fundamentales”, Ed. Rialp, Madrid, 2da. edición, 1980)- , no se explica, dado que el juez ha considerado que con su decisorio hizo “justicia”, por qué la prudencia debería considerarse de manera prevalente. Con esto no quiero significar que en la actividad jurisdiccional no corresponda ser prudente, pero en un eventual conflicto entre la justicia y la prudencia, no tengo dudas, debe primar aquélla sobre ésta. Efectúo estas reflexiones a título *obiter dicta*, porque el argumento cae en deserción, y encuentro muy ineficaz y vago, por lo abstracto, brindar fundamentos jurídicos sólo en virtudes o valores que no se concreten en principios o
normas jurídicos.----------

----En cuanto a lo argüido con fundamento en las exposiciones en el debate en la Cámara de Diputados de la Nación cabe señalar que, como quedó indicado en los considerandos anteriores, del texto, tanto de la ley 26862, como del decreto 956/13, no se desprende una limitación cuantitativa en la cobertura de las prestaciones, como la esgrimida por la accionada. Asimismo resulta inaudible que la finalidad de la ley se ha cumplido con un embarazo exitoso, por cuanto los progenitores que pueden llegar a concebir un hijo han logrado formar una familia. En primer lugar, la interpretación resulta cuanto menos inusual, porque parecería que las parejas o matrimonios sin hijos no han logrado formar un grupo familiar, lo que desde ya carece de asidero. Pero además, esta argumentación en todo caso estaría dando la razón al razonamiento del juez acerca de que el estado, a través de su política de salud reproductiva, determina cuando se alcanza a formar una familia -según la interpretación expuesta, con un solo hijo ya se lograría dicha meta- lo que evidentemente importa una intromisión ilegítima en la autonomía personal y familiar (conf. art. 19 de la Const. Nacional), en cuanto a la autodeterminación en esta materia (ver sentencia a fs. 70, dos últimos párrafos/vta., dos primeros párrafos). ----------

----------Respecto a la escasez de recursos y al principio de solidaridad que debe primar en esta materia, se trata de argumentos que ya fueron expuestos al contestarse la demanda (ver fs. 57 vta./58 vta., pto. IV, c) y que fueron desechados por el juzgador. Nuevamente aquí cabe considerar que en la expresión de agravios no bastará remitirse a presentaciones anteriores (conf. CSJN, 2/5/89, LL, 1989-D-220; entre muchos otros), por ejemplo, transcribiendo pasajes de la demanda, contestación, mínimo esfuerzo que carece de fuerza impugnativa, pues se olvida que debe criticarse la sentencia, no replantear cuestiones ya examinadas ante

el juez de primera instancia. De allí que no reunirá el carácter de una demanda de agravios si se reduce a una simple reedición de los argumentos esgrimidos en primera instancia (conf. Fenochietto-Arazi, op. cit., ídem,
pág. 942).----------

----Por lo demás, reitero, el sentenciante de grado desechó tales argumentos, destacando que la obra social no ofreció ningún elemento hábil de convicción que demuestre, sumariamente, que el costo de la cobertura del tratamiento pretendido por los amparistas involucre una limitación a iguales prestaciones de otros afiliados a la misma; así como que las disposiciones de orden público de la ley 26862 no autorizan que los agentes del sistema de salud que deben garantizar el acceso a los procedimientos y técnicas médico-asistencias de reproducción asistida, puedan invocar un desbalance económico para eludir el cumplimiento de tales obligaciones positivas (ver sentencia a fs. 69 vta., antepenúltimo y anteúltimo párrafos). Y estos argumentos han quedado sin confutación en la expresión de agravios.----------A lo antedicho he de agregar, lo ya expuesto por el suscripto en el antecedente de esta Sala “B”, SDF N° 02/14, del 11/07/14. Allí, sobre este aspecto, hice referencia al precedente del STJCH del 23/03/05 (ver en LLPatagonia 2005 (junio), 1005-IMP 200513, 1893; cita online: AR/JUR/477/2005), con el que concuerda lo destacado por el juez en la sentencia ahora impugnada (ver sentencia a fs. 69 vta. “in fine”/70, 1er. párrafo). En el fallo del máximo tribunal local, el primer votante, Dr. Caneo, señaló que *“El servicio de salud, presenta multiplicidad de regímenes, este aspecto es abordado adecuadamente por el doctor Lucero al votar en la definitiva recurrida y dentro de ese régimen de salud es la codemandada una de las obligadas a prestar tal servicio porque así lo establece el art. 1 de la ley 1404...; la afiliación es obligatoria y efectúa descuentos de la misma característica, este es un dato que no puedo dejar pasar a la hora de decidir si la alzada se equivocó cuando comparando los valores económicos puestos en juego con el de la salud, priorizó este último. El conflicto estaría entre la atención del “costoso” resguardo de la salud del hijo del requirente o la cobertura económica del servicio de salud genérico debido a la totalidad de los afiliados que S.E.R.O.S. dice que podría verse perjudicada, colapsada, lo que por cierto no probó porque dijo que “es de difícil comprobación...S.E.R.O.S. dice que no es el caso de autos en el que debiera, ante su imposibilidad, económica reclamar un subsidio a la provincia. Esta afirmación es dogmática, no tiene ningún fundamento, se desconoce cuáles son las situaciones a criterio de la codemandada en qué oportunidades debería obrar de conformidad a lo dispuesto en el art. 14 inc. g) del dec.ley 1404 y por cierto no puede compartirse ni admitirse tal postura, cuando su obligación de asistir al afiliado emana claramente del art. 1 del citado Dto. Ley, y se ve claramente determinada al interpretar el art. 27 del dec. reglamentario 337/77 cuando dice, “Si por circunstancias especiales, casos de huelga de las instituciones e insuficiencia prestadora, el S.E.R.O.S.-Chubut careciera de uno o*

varios servicios en cantidad y/o calidad necesaria, arbitrará los medios necesarios tendientes a asegurar el efectivo cumplimiento de las previsiones de los arts. 21 y 22 de la Ley", si tal proceder se especifica en caso de huelga, cuanto más aún es posible ante un colapso financiero y la obligación de atender la necesidad de los afiliados" (ver considerandos 9.2 y 9.6 del voto del Dr. Caneo). Por su parte el segundo votante, Dr. Royer, sobre este mismo tema, razonó que *"En cuanto al argumento referente al colapso financiero, el mismo fue rechazado por los Sres. Camaristas ya que interpretando la Ley de Creación del Instituto de Seguridad Social y Seguros concluyeron que en el caso de que el referido organismo no cuente con fondos en virtud de las normas que rigen su funcionamiento estaría en condiciones de arbitrar las medidas necesarias para lograr contribuciones especiales por parte de la Provincia. El Instituto insiste, sin una crítica eficaz, capaz de demostrar el error interpretativo de la alzada cuando rechaza el referido argumento, en que si se diesen situaciones semejantes a la de la especie y se les diese curso favorable a los reclamos, S.E.R.O.S no estaría en condiciones económicas de afrontarlas"* (ver considerando IX del voto del
Dr. Royer).----------

----Del razonamiento expuesto en los párrafos transcriptos del antecedente citado, se extrae la conclusión de que, el argumento de la apelante en cuanto a un eventual colapso financiero en caso de que todos los afiliados solicitaren coberturas como la requerida por la actora, en todo caso debería ser acreditado por la quejosa, pero aun así la misma se encuentra legalmente obligada a arbitrar los medios necesarios para hacer frente a las prestaciones debidas. Por lo demás, siempre en el precedente aludido, deseché la argumentación por la cual la demandada sostuvo que su posicionamiento resulta amparado por lo dispuesto por el art. 21 de la Constitución Provincial. Sobre este punto aduje que esta norma establece, en su segundo párrafo, que es el pertinente en el "sub exámine", que *"Los derechos sociales y principios de políticas del Estado reconocidos y establecidos por esta Constitución informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los Poderes públicos. Sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción conforme las leyes que reglamenten su ejercicio y teniendo en cuenta prioridades del Estado y sus disponibilidades económicas".* Al respecto, un primer argumento radica en los párrafos inmediatamente anteriores, esto es, que la accionada no acreditó la insuficiencia de disponibilidades económicas, y que aun en ese caso, se encuentra obligada legalmente a arbitrar medios de financiamiento alternativos. Pero más allá de lo señalado, debe recordarse de acuerdo a lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional, que las normas constitucionales provinciales son jerárquicamente inferiores al bloque normativo federal. Es que dada la estructura federal de nuestro estado, la supremacía constitucional reviste un doble alcance: a) la constitución prevalece sobre todo el orden jurídicopolítico del estado; b) la constitución, en cuanto federal, prevalece también sobre todo el derecho provincial, y dentro de esta segunda supremacía,

prevalece juntamente con la constitución federal todo el derecho federal -leyes y tratados, etc.-: esto se verifica leyendo los arts. 5 y 31. La trinidad de derecho latamente llamado “federal” a que se refiere el art. 31 cuando en el término “ley suprema” engloba a la constitución federal, a las leyes del congreso (federales y de derecho común), y a los tratados internacionales, prevalece sobre todo el derecho provincial (incluida la constitución de cada provincia) (conf. Bidart Campos, Germán J.: “Tratado Elemental de Derecho Constitucional

Argentino”, Ed. Ediar, 1994, Tº I, págs. 138 y 242). ----------

---A ello añadí que es de recordar que el constitucionalismo provincial nunca puede disminuir derechos que surgen de la constitución federal, ni reducir el núcleo o contenido esencial de los mismos (conf. Bidart Campos, op. cit., Tº V, “El sistema de derechos y el constitucionalismo provincial”, pág. 37, pto. d). En sentido concordante se ha expuesto que cabe considerar que el bloque federal, por la relación de subordinación que deben acatar las provincias, no se recluye en la constitución federal, ya que es trinitario pues suma las leyes del congreso que se dictan en consecuencia y los tratados internacionales (conf. Bidart Campos, op. cit., ídem, pág. 61), dado lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución Nacional. Si los derechos se gozan “conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio”, de acuerdo al art. 14 de la Const. Nacional y tales derechos se sitúan en el plano de la constitución federal, las leyes que se sancionan para su goce, su ejercicio o reglamentación, son leyes que encuadran en la competencia del congreso, al menos como principio. Sin embargo ello no significa que la competencia sea exclusiva, por cuanto puede ser concurrente con la de las provincias, mas en base a lo dicho más arriba, la mentada competencia concurrente debe entenderse para mejorar el contenido del plexo federal de derechos o introducirle adiciones ampliatorias (conf. aut. cit., op. cit., ídem, págs. 62/63). Es que el plexo federal de derechos -donde cabe incluir a las leyes del congreso que reglamentan su ejercicio- es un mínimo respecto del cual la competencia provincial concurrente tiene el carácter de coadyuvancia, por lo que su ejercicio no se halla habilitado para alterar, vulnerar, hacer oposición o interferir de modo directa y absolutamente incompatible a la competencia federal delegada (conf. aut. cit., op. cit., ídem, pág. 169).- ----------Por último también consideraré desierto el recurso en lo que respecta al argumento relativo a que los actores no acreditaron que no tuvieran recursos para afrontar el tratamiento, por cuanto ello deviene intrascendente ante la condición de afiliados a la obra social y a la obligación de ésta de otorgar la cobertura. Y ello se refuerza frente al carácter de afiliados obligatorios que revisten los actores, como bien lo destacara el juez de grado (ver sentencia a fs. 70, 2do. párrafo). ----------En síntesis, de todo lo expuesto y razonado, concuerdo con el Dr. Vergara en declarar desierto el recurso de la demanda por insuficiencia técnica (conf. arts. 268 y

269 del CPCC).----------

----II.- En consecuencia de las razones expuestas, corresponde declarar desierto el recurso de apelación deducido por la demandada, con imposición de costas en esta sede a la recurrente vencida (conf. arts. 17 de la ley V Nº 84, y 69 del CPCC).----------Ante la deserción del recurso declarada, no corresponderá regular honorarios a los letrados apoderados de la demandada, por resultar inoficiosos sus trabajos realizados ante la Alzada; y atento la extensión y mérito de las tareas realizadas en esta sede, así como el resultado del pleito, encuentro ajustado a derecho regular a los letrados patrocinantes de los actores, Dres. A. C. Y. y M. M., en conjunto, en un 30% de la cantidad fijada a los letrados de la misma parte en primera instancia, con más el IVA pertinente (conf. arts. 2, 3, 5, 9, 13 y 46 de la ley XIII Nº 4; leyes 23349 y 23871). ----------

----A la luz de todo lo expuesto y razonado, a la primera cuestión voto POR LA NEGATIVA.----------

---**A LA SEGUNDA CUESTION** el Dr. Vergara dijo: ----------

--En atención a los términos vertidos al desarrollar la primera cuestión, no corresponde ingresar en el tratamiento de la presente por devenir cuestión abstracta. ------**A LA SEGUNDA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto dijo: ----------En atención a la respuesta brindada a la primera cuestión planteada, deviene abstracto pronunciarse respecto de la segunda pregunta presentada.----------**A LA TERCERA CUESTION** el Dr. Vergara dijo----------Visto el acuerdo alcanzado al votar la primera cuestión, corresponde: a) declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por la demandada al punto I del escrito de fs. 79/81 vta., que fuera concedido a fs. 82; b) imponer las costas de Alzada a la accionada apelante vencida; y c) regular los honorarios de los Dres. A. C. Y. y M. M., en forma conjunta, por las tareas profesionales cumplidas en esta segunda instancia, en su carácter de letrados patrocinantes de la parte actora, en la suma porcentual equivalente al 30% de la cantidad fijada para los honorarios de primera instancia, con más el I.V.A. correspondiente; y sin regular honorarios a los Dres. S. D. y M. J. R. C., en su calidad de letrados apoderados de la demandada, en atención a lo previsto por los arts. 2 y 3 de la ley del arancel por tratarse de profesionales con asignación fija mensual, y asimismo por la inoficiosidad de los trabajos cumplidos.----------Así lo voto. ----------**A LA TERCERA CUESTIÓN** el Dr. De Cunto expresó:----------El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Vergara, fiel expresión del acuerdo alcanzado.----------Así lo voto. ----------

----Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, por haberse logrado la mayoría (art. 8, Ley V –

Nº 17) pasándose a dictar: ----------

---------- **S E N T E N C I A**: ----------

-------- Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “B” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE**: ----------

---------- DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación interpuesto por la demandada al punto I del escrito de fs. 79/81 vta., que fuera concedido a fs. 82. ----------IMPONER las costas de Alzada a la accionada apelante vencida. ----------REGULAR los honorarios de los Dres. A. C.Y. y M. M., en forma conjunta, por las tareas profesionales cumplidas en esta segunda instancia, en su carácter de letrados patrocinantes de la parte actora, en la suma porcentual equivalente al 30% de la cantidad fijada para los honorarios de primera instancia, con más el I.V.A. correspondiente. ----------

----SIN REGULAR honorarios a los Dres. S. D. y M. J. R. C., en su calidad de letrados apoderados de la demandada, en atención a lo previsto por los arts. 2 y 3 de la ley del arancel por tratarse de profesionales con asignación fija mensual, y asimismo por la inoficiosidad de los trabajos cumplidos. ----------Regístrese, notifíquese y devuélvase.---------- --------

ALDO LUIS DE CUNTO
PRESIDENTE

RAUL ADRIAN VERGARA
JUEZ DE CAMARA

--- **REGISTRADA BAJO EL Nº DE 2015 – SDF.- CONSTE.-**

JOSE PABLO DESCALZI
SECRETARIIO