------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los 16 días del mes de junio del año dos mil veintiuno, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Günther Enrique Flass y Jorge Luis Früchtenicht, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"D., N. C. c/ INSTITUTO de SEGURIDAD SOCIAL y SEGUROS s/ Acción de Amparo"*** (Expte. N°: 105 – Año: 2021 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado el 14 de junio de 2021 el sorteo establecido por el art. 271 de C.P.C. y C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. PETRIS – FLASS - FRÜCHTENICHT.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada del 01 de junio de 2021? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS, dijo: ----------

------Estos autos a conocimiento del Tribunal con motivo de la apelación que la demandada Instituto de Seguridad Social y Seguros interpusiera contra la sentencia definitiva que puso fin a la acción de amparo articulada.----------

------El decisorio hizo lugar al amparo promovido por N. C. D. y condenó al Instituto de Seguridad Social y Seguros a cubrir a la amparista de manera integral (100%) la práctica médica relativa al tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad en el centro V. M. R. de la ciudad de Puerto Madryn y toda medicación, estudios diagnósticos y/o tratamientos complementarios destinados a su éxito y/o cualquier otro gasto que se deba realizarse de acuerdo a la indicación del médico tratante se requieran hasta lograr un embarazo y posterior nacimiento con vida del hijo. Impuso las costas a la demandada vencida y reguló honorarios profesionales.----------

------La demandada se agravia mediante pieza digital que leo del 5/06/2021 porque sostiene que no hubo ilegalidad y arbitrariedad manifiestas, acciones que se le atribuye al actuar de esa parte, y a partir de esa premisa intenta desarrollar la crítica de la sentencia afirmando que hay un déficit argumentativo en virtud que el único fundamento radica en que los valores

prestacionales fijados en el nomenclador (resolución 595/19) no son los que la C. V. ha considerado que deben serle retribuídos.----------

------Afirma que lo arbitrario es que se pretenda imponer a la obra social el pago de prestaciones médicas de una clínica privada ajena al sistema prestacional de la obra social por no ser prestadora, por fuera del sistema de arancelamiento y módulos instituidos legalmente con la sola alegación de que sino ello importaría una restricción a la cobertura integral.----------

------Luego se queja de la imposición de costas y honorarios profesionales.--

------La actora presenta su memorial el 10/06/2021 sosteniendo la sentencia objeto de apelación.----------

------Se llama autos para dictar sentencia el 11/06/2021, se practica el sorteo de ley y desinsaculado a votar en primer término, me expido.----------

------Las quejas no resultan atendibles. Al menos así lo he de proponer al Pleno que integro.----------

------Varias razones me llevan a eso.----------

------Por un lado se advierte lo contrario a lo que alude la demandada.-------

------Hay un obrar ilegítimo, contrario a la ley en aspectos sustanciales. Es que intenta pasar por alto que el valor de los módulos con los que se insiste tarifados por la resolución 595/19 y sus anexos que leo y la resolución 965/2015 donde el directorio del Instituto establece un programa de condiciones para acceder a la cobertura de las prácticas asistenciales de reproducción asistida, no se condicen y se topan con la integralidad del sistema que prescribe el art. 8 de la ley 26.862 a la que adhiere la Provincia del Chubut incorporando como prestaciones obligatorias a favor de los afiliados o beneficiarios la cobertura integral o interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos, las terapias de apoyo y los procedimientos y técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida.----------

------Dicha tutela de acceso integral viene a ser ratificada y acentuada por el Decreto reglamentario 956/2013 donde el art. 1° edicta que: “Entiéndase que la garantía establecida por la Ley 26.862 tiene por objeto el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida como la posibilidad de acceder a dichos procedimientos y técnicas cualquiera sea la cobertura que posea el titular del

derecho".----------

------A su turno el art. 2° entiende por técnicas de reproducción médicamente asistida a todos los tratamientos o procedimientos para la consecución de un embarazo entre los que incluye las de alta complejidad como la traída a conocimiento de esta jurisdicción.----------

------La manda legal prescribe que se incorporen al Programa Médico Obligatorio: 1) La cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo, y los procedimientos de la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen a la inducción 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. 2) Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a orientación sexual o el estado civil de los destinatarios (conf.: Garay, Oscar E., "Cobertura, Igualdad e Inclusión a la Ley de Fertilización Humana Asistida", LL 1/07/2013).----------

------Lo integral es total (100%). No hay nada que interpretar. La letra de la ley es clara y no puede una resolución de la obra social ir en contra de ello. Es una conducta contraria al derecho que justifica el accionar de la actora por la vía del amparo.----------

------Por otro, no es cierto lo que dice la accionada en torno a que el Centro V. M. R. de Puerto Madryn, no es prestadora de los servicios médicos en cuestión dado que la propia dirección de Seros, a través de la Lic. S. B. G. A/C Dirección de Obra Social Instituto Seguridad Social y Seguros reconoció contar con convenio con ese Centro especializado en la zona (V. Puerto Madryn), que es justamente al que accedió la actora, por lo que hay un obrar contradictorio en la propia conducta de la accionada que el derecho no pueda amparar.----------

------El art. 1067 del CCCN edicta justamente que: "…la interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente,

siendo inadmisible la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto".----------

------El caso no plantea extrema duda, tal como lo asevera la apelante en la pieza digital, a lo que se agrega que tampoco cuestionó el adelanto jurisdiccional que veo ocurrió en el mes de febrero de 2021 donde ya se resolvió que "…deberá el demandado Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia de Chubut (ISSYS), cubrir de manera integral (100%) la práctica médica relativa al tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad a realizarse el día 19 de febrero de 2021, cuyo vencimiento de pago opera al día siguiente (20/2/2021), en el centro M. V. de la ciudad de Puerto Madryn y toda medicación, estudios diagnósticos y/o tratamientos complementarios destinados a su éxito y/o cualquier otro gasto que se deba realizar al respecto, de acuerdo a la indicación del médico tratante se requieran hasta lograr un embarazo y posterior nacimiento con vida del hijo; todo ello hasta tanto se resuelva en definitiva". Con ello se resolvió parte del fondo del problema y guardó silencio la accionada al respecto.----------

------A lo que se agrega que el propio Centro V. M. R. en base a lo acompañado en documentos sostiene que el monto del pago para el tratamiento es de $48.250 (+ IVA $58.382,50) y la auditoría reconoció hasta $51.750 en base al código 494052 (Res. 595/19) no se especifica si es con o sin IVA por lo que tampoco se advierte agravio que reparar en este aspecto.-

------Tocante a los gastos que la condena establece se reintegren de todo lo abonado en concepto de tratamiento, medicamentos y estudios que se lleven a cabo durante el trámite del juicio, no se precisaron cuales fueron, no se detallaron ni por la reclamante ni por la Magistrada, al menos no los veo por lo que no hay un agravio actual que reparar, se trató de una condena declarativa hoy, por lo que una vez detallados y de llegar a corresponder, podría la accionada hacer valer el correspondiente derecho. Hoy no hay agravio que reparar por esta Alzada. Los agravios se rechazan. Así lo VOTO YO.----------

------Las costas fueron bien impuestas en virtud de lo expuesto a lo largo de este voto, el resultado habido en la acción de amparo y lo prescripto por los arts. 17 de la Ley V N° 84 y 69 del CPCC. No hay razones para su modificación. Los valores de los módulos con los que se insiste no se

corresponden con la integralidad prescripta por la ley y que fuera analizada a lo largo de este voto.----------

------La Ley XVIII N° 12 del D.J.P. con la que se intenta justificar la queja es de fecha mucho anterior a la integralidad del sistema que prescribe la Ley 26.862.----------

------Revisados que fueron los honorarios de la asistencia letrada de la parte actora por considerarlos elevados, debo decir que habiendo realizado los cálculos pertinentes a la luz de la Ley del Arancel, aquellos resultan ajustados a derecho y deben confirmarse.----------

------Así lo VOTO POR ULTIMO.----------

------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo: ----------

------El Dr. Petris ha reseñado ya con suficiente detalle los hechos, planteos y pretensiones esgrimidos en la causa y corresponde analizar los agravios expresados.----------

------La sentencia de grado hizo lugar al amparo y ordenó al ISSyS otorgar cobertura total para fertilización asistida en el Centro V. M. R. de Puerto Madryn, más los gastos necesarios.----------

------Para así decidir, la Sra. Jueza de la anterior instancia: 1) consideró que imponer un límite de cobertura por módulo ($51.750) que sea inferior a lo que se cobra en plaza y pretender que el asociado pague la diferencia es arbitrario y además viola el deber de cobertura total; 2) explicó que es la obra social la que debe demostrar la razonabilidad del límite mencionado; 3) entendió que dada la actual situación de pandemia, el asociado no puede realizar el tratamiento en un centro que queda a más de 1000 km de distancia tal como propone la demandada; 4) advirtió que deben ponderarse los inconvenientes de cambiar de equipo médico con la consecuente necesidad de realizar nuevos estudios; 6) adujo que, contrariamente a lo que sostiene el recurrente, el C. V. de M. R. sí es proveedor suyo.----------

------En su expresión de agravios la recurrente sostuvo que: 1) los valores impuestos como límite de cobertura a cada módulo no son discrecionales, sino verdaderas decisiones administrativas tomadas en base a evaluaciones técnicas y que por lo tanto no pueden considerarse manifiestamente arbitrarios. 2) insiste en que el C. V. de M. R. no es prestador del ISSyS. Seguidamente hace una serie de preguntas y concluye que la sentencia

adolece de argumentación insuficiente.----------
------Entrando a analizar el recurso surge, en forma clara, que el recurrente omitió rebatir los puntos de la sentencia que identifiqué bajo los números 2), 3) y 4). Esto sella negativamente la suerte del recurso.----------
------He dicho en numerosas ocasiones que cuando la sentencia se basa en varios postulados es carga del recurrente rebatirlos a todos, pues si solo lo hace con algunos, la sentencia llega igualmente firme en atención a los no opugnados.----------
------Sin perjuicio de ello encuentro que la insistencia en que el Centro V. no es prestador de ISSyS es una mera afirmación enfática que solo diverge con la sentencia pero no la rebate.----------
La sentencia sostuvo que el Centro V. es prestador de ISSyS en atención a que aparece como tal en el *"último informe del expediente administrativo"* y frente a ello el recurrente opone un nuda negativa.----------
------Si pretendía rebatir el argumento debió haber explicado a esta Cámara que el *"último informe del expediente administrativo"* no decía tal cosa o que había otra prueba rotundamente más certera contraria a esa afirmación. No lo hizo y por eso su queja no pasa de ser una simple disidencia tal como ya lo expliqué.----------
------En cuanto a si la limitación monetaria de cobertura es arbitraria o razonable ya he dicho en otra oportunidad (sentencia n°10/14) que es la prestadora quien debe probarlo.----------
------La Corte IDH, a través de varias sentencias ha elaborado un principio que algunos autores llaman *pro homine* y otros *pro persona* y la Corte Suprema de Justicia Argentina también lo incorporó en algunas oportunidades.----------
------En Atala Rifo, el más alto tribunal interamericano dijo que: *los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales... En este sentido, al interpretar la expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención, debe siempre elegirse la alternativa más favorable para la tutela de los derechos protegidos por dicho tratado, según el principio de la norma más favorable al ser humano ... Los criterios específicos en virtud de los cuales está prohibido discriminar, según el*

artículo 1.1 de la Convención Americana, no son un listado taxativo o limitativo sino meramente enunciativo. Por el contrario, la redacción de dicho artículo deja abiertos los criterios con la inclusión del término "otra condición social" para incorporar así a otras categorías que no hubiesen sido explícitamente indicadas. La expresión "cualquier otra condición social" del artículo 1.1. de la Convención debe ser interpretada por la Corte, en consecuencia, en la perspectiva de la opción más favorable a la persona y de la evolución de los derechos fundamentales en el derecho internacional contemporáneo.----------

------El principio puede ser enunciado de la siguiente manera: la naturaleza misma de los derechos humanos obliga a interpretar con criterio amplio las normas que reconocen derechos y con criterio estricto las normas que los restringen. Cuando dos normas reconozcan derechos ha de prevalecer la que mayor protección ofrezca.----------

------Por su parte, la Constitución Nacional en el artículo 75 inc. 22 declara que los tratados incorporados a ella no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos.----------

------Siguiendo el mencionado criterio cualquier norma que restrinja el acceso a un derecho humano, tal como el de reproducirse, ha de ser interpretado de manera estricta y toda norma que propenda a otorgarlo ha de entenderse en sentido amplio.----------

------No se trata de una cuestión novedosa en nuestro Derecho. La Corte IDH en *A. M. c/ C. R.* ha dicho que la negativa a otorgar cobertura para un tratamiento como el aquí pretendido implica una discriminación indirecta en razón de la discapacidad R. y de la posición económica. Es decir, se trata de una norma aparentemente neutra, pero que impacta negativamente en ciertos grupos caracterizados, en este caso, por una discapacidad física y por una situación económica que no les permitía acceder al tratamiento *(Caso A. M. y otros, fecundación in vitro, vs. Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012 Sec. "C" n 257).*----------

------Toda exclusión la cobertura para un tratamiento de fertilización asistida es contrario, a la Convención IDH, pues produce una discriminación

indirecta. Nada obsta a ello el hecho de que se ofrezca cubrir solo una parte del tratamiento lo cual, además de ser discriminatorio, conforme lo llevo dicho, es contrario a la Ley 26862, tal como expuso el Sr. Juez que me precedió.----------

------En cuanto a la prueba de la razonabilidad en el límite de cobertura, no cabe presumirla como pretende el recurrente sino lo contrario y ello no solo en atención al principio *pro homine* ya expuesto, sino además a un criterio largamente sentado por nuestra CSJN quien ha dicho que en casos de discriminación, cualquiera sea su tipo, se invierte la carga de la prueba y es el demandado el que debe probar la razonabilidad de la medida impugnada *(CSJN C, C V y otros c/ Provincia de Salta Ministerio de Educación de la Prov. de Salta s/ amparo. Fallo: 17000058 idem CSJN P, L. S. c/ Colegio Público de Abogados de la Capital Federal s/ amparo Nro.Fallo: 11000149 idem CSJN S MG y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo Nro. Fallo: 14000071).*----------

------Frente a una discriminación indirecta - y no cabe dudar de tal naturaleza conforme a lo dicho por la Corte IDH- es el autor del criterio aparentemente neutro, pero discriminatorio de facto, quien debe probar que el criterio de clasificación (límite de cobertura en este caso) tiene un fin legítimo, es adecuado a dicho fin y guarda proporcionalidad entre el esfuerzo pretendido y el resultado anhelado.----------

------Concretamente, era la demandada quien debía probar la razonabilidad y proporcionalidad del límite de cobertura. No lo hizo.----------

------A igual resultado llegaríamos mediante la teoría de la carga dinámica de las pruebas, pues no cabe duda que es la demandada quien en mejores condiciones se encontraba para demostrar que el límite de cobertura era razonable y adecuado mientras que lo pretendido por C. V. era excesivo.----------

------También es cierto que, tal como dijo el Sr. Juez que me precedió en el voto, la sentencia alude otros gastos cuyo monto no se especifica. No obstante, ello no causa agravio actual ni fue materia de recurso y nada obsta a una impugnación futura en caso de resultar excesivos.----------

------Por todo lo expuesto es que voy a coincidir con el Sr. Juez que me precedió en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el agravio bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------

------También se agravia el demandado respecto a la imposición de las costas en atención a que la decisión de la demandada se fundó en un texto legal y que la negativa no fue absoluta, sino solo en cuanto al valor de las prestaciones.----------

------No encuentro que lo expuesto sea motivo para apartarnos del principio objetivo de la derrota, pues en él se debe prescindir de analizar la conducta de las partes, sino solo el hecho de haber sido derrotada o no.----------

------Puesto en tal camino encuentro que la negativa de la demandada constriñó a la actora a accionar. Tal negativa no se encontraba justificada; no se trataba de una cuestión novedosa, pues esta Cámara ya se expidió en igual sentido, pero en otra oportunidad. Además, contando con una sentencia del más alto tribunal interamericano poca duda puede haber al respecto. Reitero, no encuentro motivos para apartarme del principio objetivo de la derrota, es por eso que voy a coincidir con el Sr. Juez que me precedió en el tratamiento de la cuestión en el sentido de que el agravio bajo análisis debe ser rechazado. Así lo voto.----------

------En cuanto a la queja respecto al monto de los honorarios regulados al letrado de la parte actora por considerarlos elevados, teniendo en cuenta las pautas establecidas en el Arancel, entiendo que los mismos resultan ajustados a derecho y deben confirmarse.----------

------Resta referirme a las costas de la presente instancia y en atención al sentido de mi voto ellas deben ser impuestas al recurrente vencido conforme principio objetivo de la derrota. Así lo voto.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. PETRIS, dijo: **----------**

------En atención a lo expuesto en ocasión de votar a la primera cuestión, propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada; **II.- IMPONER** las costas de Alzada al apelante vencido (arts. 69 CPCC y 17 Ley V N° 84); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. L. G. R. en la suma de DOCE (12) JUS y al Dr. M. I. M. en la de OCHO (8) Jus, ambas más el IVA pertinente de corresponder (arts. 5, 6, 7, 8, 13, 18 y ccdts. del Arancel) conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia, por lo actuado en esta instancia.----------

------A LA MISMA CUESTIÓN, el Dr. FLASS, dijo: ----------

------Conforme a lo manifestado en ocasión de votar a la primera cuestión,

propongo al Acuerdo: **I.- CONFIRMAR** la sentencia apelada; **II.- IMPONER** las costas de esta instancia al recurrente vencido (arts. 69 CPCC y 17 Ley V N° 84); y **III.- REGULAR** los emolumentos del Dr. L. G. R. en DOCE (12) JUS y al Dr. M. I. M. en OCHO (8) Jus, ambas más el IVA correspondiente (arts. 5, 6, 7, 8, 13, 18 y ccdts. del Arancel) conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia, por la labor desarrollada en esta Alzada.----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente: ----------

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

------Y VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:*** ----------

------I.- CONFIRMAR la sentencia apelada.----------

------II. IMPONER las costas de Alzada al apelante vencido (arts. 69 CPCC y 17 Ley V N° 84).----------

------III.- REGULAR los honorarios profesionales del Dr. L. G. R. en la suma de DOCE (12) JUS y al Dr. M. I. M. en la de OCHO (8) Jus, ambas más el IVA pertinente de corresponder (arts. 5, 6, 7, 8, 13, 18 y ccdts. del Arancel) conforme a los valores vigentes a la fecha de esta sentencia, por lo actuado en esta instancia.----------

------IV.- REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y no haber hecho uso el Dr. Jorge Luis Früchtenicht de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, último parte, del C.P.C. y C.----------

GÜNTHER E. FLASS **CLAUDIO A. PETRIS**

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2021. CONSTE.