



NEUQUEN, 10 de mayo de 2012

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: **"B. M. A. C/ I.S.S.N. S/ ACCIÓN DE AMPARO"**, (Expte. N° 461840/11), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERIA NRO. 5 a esta **Sala II** integrada por los Dres. Federico **GIGENA BASOMBRIO** y Patricia **CLERICI**, con la presencia del Secretario actuante Dr. Miguel E. **BUTELER** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, dijo:**

I.- La sentencia de fs. 77/80 hace lugar al amparo deducido y en consecuencia ordena al ISSN a cubrir a la amparista un tratamiento de fertilización asistida en un 80%, con costas.

La decisión es apelada por la demandada en los términos que resultan del escrito de fs. 87/90 y cuyo traslado es respondido a fs. 92/95.

II.- En primer lugar y luego de señalar que el ISSN debe evaluar según los recursos disponibles y las necesidades de los restantes afiliados para el otorgamiento de subsidios, expresa que ello motivó el otorgamiento de la suma de \$20.000 para la actora y que se tuvo en cuenta lo que cobraban otros centros especializados.

Afirma que el vínculo que une a las partes no lo obliga a darle una cobertura médica no prevista y que no desplegó ninguna conducta ilegítima o arbitraria y por lo tanto no se encuentra obligado a cumplir con dicha prestación.

Expresa que el ISSN reconoce la obligación de atender los reclamos de los afiliados y de brindarles cobertura médica y ello es la razón del subsidio por un 80% del tratamiento.

En segundo lugar cuestiona la imposición de costas.



Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada entiendo asiste razón al quejoso.

Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada advierto que la accionada, pese a algunas afirmaciones contradictorias, no cuestiona el marco jurídico invocado por la parte ni el expuesto por el sentenciante, sea al contestar la demanda como al expresar agravios.

Así lo puso de manifiesto la actora cuando, en su presentación de fs. 53, señala que los hechos no se encuentran controvertidos, en lo que tiene razón, y limita la cuestión litigiosa al importe de la cobertura, destacando que el monto otorgado por el subsidio es insuficiente.

Ahora bien, conforme los términos expuestos por las partes en aquello en que media desacuerdo, el tema a dilucidar consiste en determinar si la demandada debe solventar el 80% del tratamiento o bien la suma otorgada vía subsidio es una adecuada respuesta a la solicitud y, fundamentalmente, si dicha cuestión puede dilucidarse por la vía elegida, ya que el amparo exige que la medida adoptada por la administración, en el caso el Instituto, sea arbitraria o ilegal.

Al respecto cabe señalar que dichos recaudos, a los que la Sala siempre ha dado relevancia, han sido reconocidos por el propio peticionante conforme resulta de los términos de la pretensión.

En tal sentido advierto que al haber otorgado el subsidio, conforme resulta de la resolución que obra a fs. 38/39, se ha cumplido adecuadamente con la previsión constitucional y legal, y dicho importe no se advierte que sea irrazonable o arbitrario.

En efecto, si bien, el presupuesto adjuntado por la actora es superior al monto otorgado, en realidad dicha parte se limitó a adjuntar un solo presupuesto sin aportar



elementos suficientes como para llegar a la conclusión que la suma de \$20.000 fuera notoriamente insuficiente.

Es que debe tenerse en cuenta tal como lo ha señalado parte de la jurisprudencia (CNACCF, Sala I, del 19/11/2009, en LL-30-3-2010, cita on line AR/JUR/57857/2009):

"Ello es así pues la ley no ha avanzado a la par que el desarrollo de la ciencia médica y no contempla en ninguna de sus normas legales o infralegales la cobertura de los tratamientos de fecundación in Vitro".

"Este defecto no puede ser suplido con ligereza, pues a diferencia de lo que sucede con otras situaciones que ponen en riesgo la vida de las personas y que no admiten dilación ninguna en la respuesta de autoridades públicas, la incorporación de técnicas de reproducción asistida de alta complejidad en las políticas de salud requiere previsiones de financiación y consensos comunitarios sobre las opciones bioéticas involucradas. Esta Sala ha tenido ocasión de afirmar que "solamente un marco legislativo es idóneo para contemplar todos los aspectos -jurídicos y éticos- que hacen a la salud reproductiva y a la fertilidad de los seres humanos" (cfr. esta Sala, causa 7957/08 del 30/10/08)".

"Sobre el punto, cabe precisar que no resulta aplicable al "sub exámine" lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa C. 595. XLI. "Cambiaso Péres de Nealón, Cecilia María Ana y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas" -fallada el 2-8-07- que la recurrente cita, puesto que allí se trataba de establecer si la actualización de las prestaciones obligatorias para las obras sociales, posteriores a la sanción de la ley 24.754, alcanza a las entidades de medicina prepaga así como también la procedencia de extender las obligaciones legales contempladas en la ley 24.901, para incluirlas entre las prestaciones que deben asegurar las empresas de medicina prepaga a sus beneficiarios".



"8. En este estado, se debe señalar que desde la visión integral que brindan los numerosos casos que el Tribunal ha examinado (cfr. causas 621/08 del 16-12-08, 10.002/08, 9859/08, 7955/08 del 23-12-08, 10.088/08 del 10-2-09, 3044/09 del 16-4-09, 9645/08 del 26-5-09, 10.458/08 del 22-9-09 y 5062/08 del 13-10-09), se advierte la necesidad de un debate profundo sobre el conjunto de aristas que el problema presenta y de una ley que prevea el financiamiento de los tratamientos de alto impacto, como el que aquí se solicita."

"En efecto, la normativa constitucional sobre la que basan esencialmente su reclamo los actores, debe compatibilizarse necesariamente, en atención a la naturaleza del tratamiento pretendido, con las previsiones legales complementarias de nuestra Ley Suprema (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, causa 25.497/07 "T.M.F. y otro c. Organización de Servicios Directos Empresarios (O.S.D.E.)", del 10-3-09)."

"En este sentido, se ha dicho que incluir tratamientos de altísimo costo como los de la reproducción humana asistida en el paquete de prestaciones básicas para todos los ciudadanos, exige tener en cuenta la progresividad del principio de igualdad de derechos y la equidad en el acceso a la biotecnología en general, tanto como la capacidad del sistema para generar ingresos y soportar los costos adicionales que ello impone (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, causa 25.497/97 cit.). No puede ignorarse que, en un sistema basado en la distribución solidaria y equitativa de recursos escasos -como es el de las obras sociales- la inclusión por orden judicial de situaciones no legisladas que no ponen en riesgo la vida de las personas, puede impactar negativamente en la disponibilidad de medios para afrontar la cobertura de emergencias vitales tampoco legisladas (cfr. esta Sala, causa 5062/08 del 13-10-09)."



En tales condiciones y toda vez que el Instituto otorgó un subsidio por un monto que pareciera importante frente, incluso, al presupuesto presentado por la actora, no se advierte que dicha decisión sea arbitraria o ilegal que justifique la promoción de un amparo, con lo cual, la pretensión en los términos en que fuera deducida debe ser desestimada.

En relación a las costas, entiendo que las mismas deben ser impuestas en el orden causado, toda vez que si bien la actora tenía derecho a demandar, la resolución a que se hace referencia fue dictada con posterioridad al inicio del amparo y fue dicha decisión la que justifica el rechazo de la pretensión.

III.- Por las razones expuestas propongo se haga lugar al recurso por las razones expuestas, rechazándose el amparo promovido en virtud de lo resuelto por el ISSN al otorgar un subsidio por \$20.000, con costas de ambas instancias en el orden causado. Los honorarios serán dejados sin efecto, procediéndose a una nueva determinación arancelaria.

La Dra. Patricia M. CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **SALA II**

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia dictada a fs. 77/80 y, en consecuencia, rechazar el amparo promovido en virtud de lo resuelto por el ISSN al otorgar un subsidio por \$20.000, de conformidad a lo establecido en los Considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

II.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado. (art. 68 2º apartado del C.P.C.C.).

III.- Dejar sin efecto los honorarios regulados, (art. 279 C.P.C.C.), los que adecuados al nuevo



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

pronunciamiento se fijan en las siguientes sumas: ..., (arts. 6, 7, 10 y 36 L.A.).

IV.- Regular los honorarios de esta Instancia, (Art. 15 L.A.).

V.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia Clerici

Dr. Miguel E. Buteler - SECRETARIO

REGISTRADO AL N° 73 - T° II - F° 368 / 371

Protocolo de **SENTENCIAS** -S A L A II- Año 2012