

Ciudad de Buenos Aires, 10 de agosto de 2018.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. A fs. 1/15 se presenta A. P. e inicia acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que se condene a ésta última a dar cumplimiento a la Ley 26.862 (Ley de Reproducción Médicamente Asistida).

Asimismo, requiere el dictado de una medida cautelar que ordene a la demandada *“AUTORIZAR, RECONOCER Y CUBRIR en un 100% a su cargo, la totalidad de las prestaciones y de los tratamientos ordenados necesarios para llevar adelante la práctica de I.C.S.I. (Intra Cytoplasmic Sperm Injection) y FIV (Fecundación in Vitro) requeridos por la médica tratante Dra. Cintia Granados M.N. 94858, así como columnas de anexina, tratamiento a realizarse en CER (Centro Especializado en Reproducción), el cual es prestador de la demandada, incluyendo la extracción y fecundación de óvulos, y embriones y cualquier otro tratamiento y/o procedimiento que indique el profesional”*(v fs. 1 vta.).

II. Destaca que se encuentra afiliada a la referida obra social y que padece un cuadro de infertilidad que le impide lograr un embarazo sin acudir a las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad.

Relata que luego de realizarse diversos chequeos y de dos inseminaciones con resultado negativo, los médicos le indicaron realizarse tratamientos de alta complejidad, a los que se sometió en tres oportunidades, sin tener éxito.

Señala que con posterioridad llevó adelante un estudio denominado *“Cross-match matrimonial”* para evaluar la histocompatibilidad que tuvo resultado negativo, por lo que procedió a realizarse un tratamiento con vacunas durante los meses de enero, febrero y marzo de 2017.

Expresa que cuando logró estar en condiciones de acceder a un nuevo tratamiento de fertilidad se presentó en la ObSBA, y fue derivada al Centro Especializado en Reproducción, donde los profesionales le informaron que: *“Evaluando su caso clínico con los exámenes que adjunta y los estudios solicitados, en ateneo médico se sugiere el tratamiento de ICSI con óvulos donados para mejores chances de embarazo evolutivo. El 26/12/2017 en consulta médica se informa a los pacientes sobre lo charlado en ateneo médico. Se explica el tratamiento de ovo donación”* (v. fs. 2/2 vta.

Expone que al requerir a la demandada la cobertura del tratamiento referido, ésta se lo denegó. Refiere que procedió a solicitarla nuevamente mediante una carta documento cuya respuesta fue negativa con fundamento en que la obra social se rige por sus *”propios procedimientos de acceso a los diferentes programas de salud para su universo de afiliados, en esa inteligencia es que se ha dictado la Disposición 267/ObSBA/2015 dando origen al Programa de Fertilidad”*.

Manifiesta que la respuesta indicada constituye un rechazo infundado a sus derechos.

Enfatiza que, al ser imposible afrontar los costos y frente al incumplimiento por parte de la demandada que niega las prestaciones prescriptas por el art. 8 de la Ley 26.862 y su Decreto reglamentario N° 956/13, su proyecto familiar ha quedado desamparado e imposibilitado de realizarse.

Describe el marco normativo aplicable, en particular las previsiones del artículo 8° de la ley 26.862 y su decreto reglamentario 956/13, de donde surgiría con claridad —según expone— que la demandada debe hacerse cargo de los costos del tratamiento de alta complejidad que les fuera prescripto.

Considera que la negativa de la ObSBA ha sobrepasado la valla infranqueable de la legalidad, alterando, mutando y desvirtuando en la sustancia, la esencia del derecho a la salud, a la familia y la protección de la indemnidad.

Ofrece prueba, funda en derecho, cita jurisprudencia y hace reserva del caso federal.

III. A fs. 32 se requiere a la ObSBA —como medida previa a la resolución de la tutela anticipada requerida— la remisión de todas las actuaciones administrativas relacionadas con el reclamo formulado por la actora mediante carta documento N° 81081046 9, como así también, copia de la Disposición 267/ObSBA/2015 y toda otra documentación relacionada con dicho reclamo.

IV. A fs. 34/88 vta. la demandada contesta demanda y acompaña copias del expediente administrativo solicitado.

V. A fs. 89 pasan los autos a resolver.

VI. En primer término, corresponde precisar que el artículo 15 de la ley 2145, establece: “*En la acción de amparo, como accesorio al principal, con criterio excepcional son admisibles las medidas cautelares que resulten necesarias para asegurar los efectos prácticos de la sentencia definitiva*”, siendo requisitos necesarios para su otorgamiento “*la acreditación simultánea de los siguientes presupuestos: a) Verosimilitud del derecho; b) Peligro en la demora; c) No frustración del interés público; d) Contracautela (...)*”.

Conforme lo establece el artículo 177 del CCAyT —de aplicación supletoria en virtud del artículo 28 de la Ley de Amparo— las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, o del hecho o contrato implicado en este, aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida (conf. art. 177, segundo párrafo, del Código Contencioso Administrativo y Tributario). Expresamente la norma dispone que “*Quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiese sufrir un perjuicio inminente o*

irreparable puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia (2do. párr.)...aunque lo peticionado coincida con el objeto sustancial de la acción promovida (1er. Párr.)”

En el caso, la tutela requerida por la parte actora se encuentra entre las denominadas innovativas, .i.e, “...*una diligencia precautoria excepcional que tiende a modificar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado (...), ordenando -sin que concurra sentencia firme de mérito- que alguien haga o deje de hacer algo, en sentido contrario al representado por la situación existente*” (conf. Peyrano, Jorge W., “Compendio de Reglas Procesales en lo Civil y Comercial”, 3ª. ed. actualizada, Zeus, 1997, pág. 97).

La procedencia de este tipo de medidas ha sido reconocida doctrinaria y jurisprudencialmente “*para dar respuesta a las situaciones que plantea la urgencia*” (conf. Muñoz, Guillermo “Nuevas tendencias en medidas cautelares” Jornadas Patagónicas de Derecho Procesal; Rubinzal-Culzoni, p. 217 y ss).

VII. Con relación a las exigencias legales para el otorgamiento de la tutela precautoria cabe efectuar las siguientes consideraciones. Respecto del presupuesto de verosimilitud del derecho, el primero de los expresamente mencionados en el art. 15 de la Ley N° 2145, corresponde señalar que este recaudo es materia susceptible de grados, está influido por la índole del reclamo principal, del que no puede ser desvinculado, y supone la manifestación de conductas tendientes a crear convicción en el juzgador sobre la plausibilidad jurídica del planteo (arts. 178, 2do. párr. y 180 del CCAyT).

El segundo presupuesto contemplado en la Ley N° 2145 es el peligro en la demora, que consiste en la probabilidad de que la tutela jurídica definitiva que la actora aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del paso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (conf. Palacio Lino “Derecho Procesal Civil”, Tª IV-B, pág. 34 y ss.).

Finalmente, el último requisito enumerado en la Ley de Amparo (además de la contracautela), es la no frustración del interés público. En este sentido, el artículo 189 del Código Contencioso Administrativo y Tributario exige que el juez efectúe un balance entre las consecuencias que se seguirían de acceder a la medida reclamada y las que derivarían de denegarla, teniendo en cuenta tanto el interés de las partes como el interés público que pueda resultar comprometido.

VIII. Reseñado el marco que antecede, a fin de analizar la verosimilitud en el derecho invocado, es menester recordar que derecho a la salud encuentra reconocimiento explícito en la Constitución de la Nación con la jerarquización constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, C.N.); entre ellos: en el artículo 12, inciso c.- del Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el artículo 6, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En el orden local, el artículo 20 de la CCABA garantiza el derecho de los ciudadanos a la salud integral y establece que el gasto público en materia de salud constituye una inversión prioritaria. Además, asegura —a través del área estatal de salud— las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad.

Por otro lado, la ley N° 153 —ley básica de salud de la Ciudad de Buenos Aires— también garantiza el derecho a la salud integral (art. 1) y establece que esta garantía se sustenta —entre otros principios— en la solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema de salud y en la cobertura universal de la población (art. 3, inc. “d” y “e”).

En lo que específicamente se refiere a la entidad demandada, la ley 472 —de creación de la OSBA— establece que se rige por las previsiones de la ley, las disposiciones que adopten sus órganos de conducción, la ley 153 y, en forma supletoria y en lo que resultare pertinente, por las estipulaciones contenidas en las leyes nacionales 23.660 y 23.661, normas reglamentarias, complementarias y concordantes (conf. art. 2, incisos c y d).

Por su parte, el artículo 3 establece como su objeto “...*la prestación de servicios de salud que contengan acciones colectivas e individuales de promoción, prevención, atención, recuperación y rehabilitación*”.

Asimismo, el artículo 21 indica que la ObsBA “*planificará y organizará la prestación de sus servicios otorgando absoluta prioridad a las acciones orientadas a la prevención, atención y recuperación de la salud de sus afiliados, estando facultado el Directorio para aprobar todas las disposiciones necesarias para posibilitar tal objetivo*”.

Por su parte, el máximo Tribunal de la Nación ha dicho que el derecho a la salud reproductiva forma parte integrante del derecho a la salud (conf. “L.E.H. y otros c/ O.S.E.P s/ amparo, sentencia del 1° de septiembre de 2015) y ha reafirmado el deber impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar el derecho a la preservación de la salud con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 3211684; 323:1339 y 324:3569, entre otros).

IX. Dentro de ese marco cabe destacar que, el 5 de junio de 2013, se sancionó la ley 26.862, de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistencias de reproducción médicamente asistida, que tiene por objeto “...*garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida*” (art. 1°).

El artículo 2° de dicho cuerpo legal establece que “*se entiende por reproducción médicamente asistida a los procedimientos y técnicas realizados con asistencia médica para la consecución de un embarazo. **Quedan comprendidas las técnicas de baja y alta complejidad, que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones***” (el destacado es propio).

En cuanto a la cobertura, dispone que “(e)*l sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, incorporarán como prestaciones obligatorias y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. **Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad de aplicación, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios.***

También quedan comprendidos en la cobertura prevista en este artículo, los servicios de guarda de gametos o tejidos reproductivos, según la mejor tecnología disponible y habilitada a tal fin por la autoridad de aplicación...” (art. 8°, el énfasis me pertenece).

Por su parte, el decreto 956/2013, reglamentario de dicha norma, estipula que debe entenderse “*que la garantía establecida por la Ley N° 26.862 tiene por objeto el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, como la posibilidad de acceder a dichos procedimientos y técnicas cualquiera sea la cobertura que posea el titular del derecho. A esos fines, los Prestadores del Servicio de Salud de los ámbitos público, de la Seguridad Social y privado, deberán proveer sus prestaciones respectivas conforme la Ley N° 26.862, la presente reglamentación y demás normas complementarias que al efecto se dicten*” (art. 1°, el énfasis me pertenece).

Define como técnicas de alta complejidad “...a aquellas donde la unión entre óvulo y espermatozoide tiene lugar por fuera del sistema reproductor femenino, **incluyendo a la fecundación in vitro; la inyección intracitoplasmática de espermatozoide; la criopreservación de ovocitos y embriones; la donación de ovocitos y embriones y la vitrificación de tejidos reproductivos...**” (art. 2º, el énfasis me pertenece).

Además, la reglamentación del artículo 8º dispone que “**una persona podrá acceder a un máximo de cuatro (4) tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad, y hasta tres (3) tratamientos de reproducción médicamente asistida con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos...**” (el énfasis me pertenece).

Finalmente, establece en el último de los artículos que “*las respectivas autoridades sanitarias de las jurisdicciones provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deberán adoptar los recaudos tendientes a la efectiva implementación de la Ley en el ámbito de sus competencias, incluyendo las previsiones presupuestarias correspondientes*” (art. 10).

Por su parte, mediante la resolución 1709/14, emitida por la Superintendencia de Servicios de Salud, se incluye dentro del Sistema Único de Reintegros (SUR), creado para apoyar financieramente a los Agentes del Seguro — mediante el otorgamiento de préstamos, subvenciones y subsidios—, el ciclo completo de ICSI (Inyección Intracitoplasmática de Espermatozoides) y FIV (Fecundación in vitro) que abarca, según detalla el anexo I, la inducción, monitoreo, punción, fertilización y transferencia de embriones y, de ser requerida, la donación de gametos (art. 1º).

Así pues, una lectura pormenorizada de la normativa que se le aplica a la demandada con respecto a las prestaciones reconocidas en la ley 26.862 permite concluir —*prima facie*— el deber de proporcionar la cobertura total del tratamiento requerido por la accionante.

X. Sentado lo expuesto, corresponde señalar que de las constancias obrantes en autos en este estado del proceso —y sin perjuicio de lo que se pruebe y corresponda decidir durante su transcurso— se encuentra acreditado que la actora se encuentra afiliada a la ObsBA (v. fs. 19), así como que ha sido diagnosticada con esterilidad de 8 años de evolución, por lo que se solicitó derivación a un centro de fertilidad (v. fs. 20).

Asimismo, del informe emitido por CER -centro especializado en medicina reproductiva—, se desprende que la actora es una “[p]aciente de 43 años con diagnóstico de infertilidad de larga data. Presenta insuficiencia ovárica (baja reserva ovárica), factor ovacitario (edad) y factor masculino Terato astenozoospermia con TUNEL alterado. Se recomienda ovodonación con selección espermática por columnas

de Anexina y eventual congelación embrionaria en caso de excedentes en adecuada calidad embrionaria.” (v. fs. 21).

Dentro de esa línea, se puede observar también que en dicho centro se informó que la actora ha realizado tres tratamientos de FIV/ICSI sin lograr el embarazo evolutivo, por lo que, evaluando su caso clínico con los exámenes que adjuntara, se sugiere el tratamiento de ICSI con óvulos donados para mejores chances de embarazo evolutivo (v. fs. 22).

A fs. 23, 24 y 25 obran presupuestos del CER en los que consta que el tratamiento de columnas de anexina tiene un costo de trece mil ochocientos trece pesos (\$ 13.813), el de congelamiento de pre-embriones de diecisiete mil quinientos cuarenta y siete (\$ 17.547) y el de FIV/ICSI por ovodonación uno de cincuenta y cinco mil doscientos cincuenta pesos (\$ 55.250) y que esas prácticas no están cubiertas por la Obra Social.

Por otro lado, se encuentra la carta documento remitida por la actora el 7 de mayo del corriente, mediante la que requirió a la demandada —de acuerdo con la prescripción médica aludida—, la cobertura total del tratamiento referido (v. fs. 27).

Dicha misiva fue respondida por la demandada el 30 de mayo del corriente, rechazándola e informando que, con fundamento en potestades legales que le fueran conferidas por la Ley 472, “*ha dictado la Disposición N° 267/ObSBA/2015 dando origen al Programa de Fertilidad*” (v. fs. 28).

Sin embargo, no surge de autos cuáles son los términos y alcances de dicha disposición, ni que hayan sido puestos en conocimiento de la actora.

XI. Así las cosas, considero que —pese a la poca claridad de la respuesta emitida por la ObSBA—, de acuerdo con la normativa referida y los elementos hasta ahora aportados —sin que ello importe una juicio definitivo sobre la cuestión traída a consideración, dado el estrecho marco de debate que permiten las medidas cautelares—, corresponde tener por configurada la verosimilitud en el derecho invocado por la actora.

Ello así, por cuanto de la normativa reseñada en principio se desprendería que la prestación específica reclamada por la actora, esto es, el tratamiento de fertilización mediante el empleo de técnica ICSI y FIV con ovodonación y, eventual criopreservación, así como los estudios complementarios a éste, se encuentran incluidos dentro de los procedimientos enumerados por la ley como integrantes de la cobertura que los prestadores de servicios de salud deben proporcionar con carácter obligatorio (art. 2° y 8° de la ley 26.862 y artículos 2 y 8 del decreto 956/2013) y, de la negativa emitida por la demandada, no se advertiría —en este estado larval del proceso— que ésta hubiese proporcionado motivos fundados para decidir de la manera en que lo hizo.

En efecto, —más allá de la alusión a una disposición interna que diera origen a un programa de fertilidad— no se observarían razones que permitan conocer con precisión por qué la demandada ha entendido que correspondía desestimar el pedido de la actora.

Es aquí donde resulta oportuno recordar lo expuesto por la Sala I del fuero al resolver una medida cautelar en la que se planteaban cuestiones similares a las aquí debatidas en donde sostuvo: “*debe tenerse en cuenta que la imposibilidad de procrear es una deficiencia que puede afectar en forma real y efectiva la calidad de vida, siendo que la salud reproductiva involucra la salud psicofísica de las personas, además de su derecho a procrear*” (“O.M.J c/ ObSBA s/ amparo”, Expte.A37745/2015/0, del 30 de septiembre de 2015).

A ello cabe añadir que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que “*El derecho a la vida privada se relaciona con: i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho*” (cf. Artavia Murillo y Otros (fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, disponible en www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=235).

XII. En cuanto al peligro en la demora, cabe señalar, tal como lo ha puesto de relieve anteriormente la Cámara del fuero, que los requisitos de procedencia de las medidas cautelares se encuentran de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, menor es la exigencia del peligro del daño, e inversamente cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable el rigor del *fumus* se debe atemperar (Sala II *in re* "Tecno Sudamericana S.A. c/ GCBA s/ Impugnación de actos administrativos", resolución del 23/5/01 Sala I, *in re* "Ticketec Argentina S.A. c/ GCBA", sentencia del 17/7/01).

Las circunstancias apuntadas y los eventuales perjuicios que podrían ocasionar las dilaciones administrativas y judiciales en la salud reproductiva de actora —la que, de acuerdo con lo expuesto, ya se encuentra menguada—, conducen a tener por configurado dicho requisito legal.

Es que “*...no pareciera encontrarse en duda que la infertilidad impacta de modo negativo en la salud psíquica de las personas que padecen...*” (Sala I *in re* “O.M.J c/ ObSBA s/ amparo”, Expte.A37745/2015/0, del 30 de septiembre de 2015), de modo tal que es claro que ello configura la existencia del peligro en la demora en el caso.

Por lo demás, cabe poner de manifiesto que la médica tratante señaló como uno de los factores a los fines de recomendar el tratamiento, el factor ovacitario (edad) de la actora (v. fs. 21).

XIII. Finalmente, es claro que la concesión de la medida aquí adoptada –que no resulta concluyente ni reconoce definitivamente el derecho alegado– pueda ocasionar mayores perjuicios al interés público que los que irrogaría a la actora denegándosele.

En atención a lo expuesto, corresponde hacer lugar a la medida cautelar peticionada.

XIV. Por último, en atención a la entidad de los derechos involucrados en el caso, se entiende adecuada fijar como contracautela la caución juratoria ofrecida en el escrito de inicio, la que –dada la urgencia– corresponde tener por prestada con la firma de tal libelo.

Por lo expuesto, **RESUELVO:**

1) Hacer lugar a la medida cautelar peticionada y, en consecuencia, ordenar a la ObSBA que en el plazo de tres (3) días brinde a la actora la cobertura integral del tratamiento de fertilización médicamente asistida mediante la técnica de ICSI y FIV, con ovodonación con selección espermática por columnas de anexina y eventual criopreservación de embriones en el centro médico en el que se atiende, así como los estudios y tratamientos complementarios a éste, en la medida en que los médicos tratantes así lo prescriban o, hasta el dictado de la sentencia definitiva y dicho pronunciamiento quede firme, lo que ocurra primero.

2) Tener por cumplida la caución juratoria, de conformidad con lo manifestado en el punto VI de fs. 13 vta.

Regístrese, notifíquese a la parte actora por Secretaría. Cumplido ello, notifíquese a la ObSBA, con carácter urgente. La confección de dicha cédula se encuentra a cargo de la parte actora.