

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 08 de enero de 2021

### **AUTOS Y VISTOS**

I.- Mediante escrito del 15/12/2020 (AD N°16660169) se presenta E.M.C. por derecho propio, solicitando una medida cautelar mediante la cual se ordene a la

Obsba que autorice, reconozca y cubra en un 100% a su cargo la intervención de la

totalidad de las prestaciones y tratamientos prescritos por la médica tratante Dra.

Cintia Granados M.N. 94858, esto es prácticas de I.C.S.I. (Intra cytoplasmic sperm

injection), F.I.V. (fecundación in vitro) con ovodonación y eventual criopreservación a

realizarse en el Centro Especializado en Reproducción CER y todos los estudios

complementarios.

Relata que es afiliada a la Obsba, actualmente tiene 46 años de edad y se encuentra casada con A. P, junto a quien comenzó a intentar concebir, y al

transcurrir varios años sin poder lograrlo realizaron consultas profesionales.

Continua expresando que luego de una serie de análisis clínicos

-que ambos se realizaron desde el año 2018- la médica tratante determinó que la Sra.

C. padece un cuadro determinado por Factor Femenino, edad reproductiva avanzada,

baja reserva ovárica, que le impide la concepción de un embarazo sin acudir a las

técnicas de reproducción asistida de alta complejidad. En cuanto al Sr. P., Factor

Masculino, teratozoospermia leve.

Realiza un detalle de los estudios médicos que se han efectuado, en el plan de acceder al tratamiento de fertilidad, que se adjuntaron como documental a su

presentación del 15/12/2020.

Explica que con dicha documentación asistió junto a su esposo al Centro Especializado en Reproducción CER (**que es prestador de la obra social**) donde la

médica tratante evaluó el caso y confirmó la capacidad reproductiva de la Sra. C. y el

Sr. P., por lo cual prescribió el tratamiento de **“ovodonación con congelación previa**

**de muestra de semen, congelación embrionaria total y transferencia diferida”.**

Indica que ambos se apersonaron a la obra social demandada para solicitar la cobertura indicada por la médica tratante y les fue denegado de manera infundada.

Es así que durante el año 2018 ambos comenzaron a realizarse todos los análisis y procedimientos médicos a fin de obtener la apertura de Carpeta de Fertilidad,

la cual corrió bajo el N° 8794/18, y por la cual se los derivó al Centro Especializado en

Reproducción (CER) donde tuvieron la primera consulta el día 14/02/2019.

En dicho centro de salud la amparista fue atendida por la Dra. Cintia Granados quien previo a realizar evaluaciones y debido a que la misma posee baja

reserva ovárica por razones de edad, recomendó tratamiento de alta complejidad con

óvulos donados por ERA.

No obstante, y previo al tratamiento de ovodonación realizó tratamiento de tres ciclos de alta complejidad con punción ovárica bajo anestesia y transferencia

embrionaria. El día 26/03/2019 y 22/07/2019 se realizaron el primer y segundo ciclo no

logrando embarazo.

El día 13/11/2019 se realiza el tercer ciclo con recuperación ovocitaria adecuada pero no se puede realizar tratamiento de ICSI.

Es destacar que desde la primera consulta el día 14/02/2019 y luego del tratamiento de cada ciclo de alta complejidad con punción ovárica bajo anestesia, **se**

**recomendó en fechas 26/04/2019, 16/10/2019, 18/05/2020 y 24/08/2020, debido a la**

**edad reproductiva avanzada y baja reserva ovárica tratamiento de Ovodonación**

**con congelación embrionaria y congelación de semen previa al tratamiento.**

Ante ello la amparista solicitó en el mes de octubre de 2020 a la obra social OBSBA la cobertura del 100 % del tratamiento recomendado por la especialista

que la atiende en el Centro Especializado en Reproducción (CER), presentación que

dio origen a la formación de la Carpeta N° 968/20, la cual quedó en estudio de la

auditoría de la Obra Social.

El día 26/11/2020 se expide la obra social denegando atento q que **"... la solicitud presentada que corre por Carpeta N° 968/20, se cumple en notificar a**

**Ud. lo manifestado por la Auditoría Médica que a continuación se transcribe, en virtud de lo requerido por la Coord. Prestacional de Obra Social... S/ carpeta 8794/18 y que ha completado los tres (3) tratamientos de alta complejidad correspondientes al programa de fertilización asistida s/ Disp. 267/15, encontrándose lo solicitado: Ovodonación, Columnas de Anexia y Criopreservación de embriones + Mantenimiento. Fuera de la cobertura de la obra social según misma disposición".**

Tal surge de la documentación acompañada que la actora actualmente es una paciente de 46 años de edad, presenta insuficiencia ovárica (baja reserva ovárica), factor ovacitario (edad avanzada) y factor masculino teratozoospermia leve, "se recomienda tratamiento de alta complejidad con ovulos donados (ovodonación) por era".

De continuar con la negativa y el rechazo de la OB.SBA a otorgar el tratamiento indicado podría verse frustrado en forma definitiva la planificación familiar elegida, ya que el simple paso del tiempo impediría la concreción del proyecto de vida planeado, el que dejaría de concretarse en forma definitiva solo porque algunas personas opinan que no corresponde, sin fundamentos médicos ni de ningún tipo según la denegatoria.

Para acreditar sus dichos, acompañaron la prescripción médica, el resumen de procedimientos realizados (epicrisis), el detalle del estudio de alta complejidad junto con el valor del mismo, la recomendación y prescripción realizados por la médica tratante, la solicitud de autorización del tratamiento dirigida a la Obsba y su respuesta "S/Carpeta 8794/18

Esta denegatoria que es el acto administrativo lesivo a los derechos de la amparista expresa que 1) por haber completado los tres (3) tratamientos de alta complejidad correspondientes al Programa de Fertilización Asistida S/Disp.267/15, y 2) encontrándose lo solicitado: ovodonación, columnas de anexina y criopreservación de embriones + mantenimiento, fuera de la cobertura de la obra social según misma

*disposición*” Firmado por Rosana V. Damiani (ver adjuntos de la AD N°16660169).

Se fundamenta extensamente en derecho lo cual en aras a la brevedad doy por reproducidos aquí.

II.- Mediante auto del 06/01/2021 (AD N°3529), la suscripta tuvo por habilitada la feria judicial.

III.- Mediante dictamen del 07/01/2021 (AD N°5578/2021) se notifica el Fiscal y toma intervención. En tales condiciones, el 07/01/2021 (AD N°5722/2021) pasa

los autos a resolver la medida cautelar solicitada.

IV.- Que, sentado lo anterior, corresponde precisar que 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

pedido coincida con el objeto sustancial de la acción promovida (conf. art. 177,

segundo párrafo, del Código Contencioso Administrativo y Tributario). Los supuestos

de admisibilidad (aparición de derecho, perjuicio inminente o irreparable y contracautela) deben hallarse siempre reunidos, sin perjuicio de que en su ponderación – por el órgano jurisdiccional jueguen cierta relación entre sí y, por lo

tanto, cuanto mayor sea la verosimilitud del derecho invocado, menos rigor debe

observarse en la valoración del perjuicio inminente o irreparable; la verosimilitud del

derecho puede valorarse con menor estrictez cuando es palmario y evidente el peligro

en la demora, como ocurre claramente en el presente caso.

V.- Ahora bien, en el presente caso la verosimilitud del derecho surge, con la intensidad suficiente de las normas constitucionales locales (art. 20) y nacionales (art. 33) que garantizan el derecho a la salud de modo integral.

Además, debe destacarse lo dispuesto en el art. 37 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que establece “Se reconocen los derechos reproductivos y

sexuales [...] como **derechos humanos básicos**”.

Por su parte, la **Ley 153, “Ley básica de salud de la Ciudad de Buenos Aires”** prevé: **Art. 3 Definición** “La garantía del derecho a la salud integral se

sustenta en los siguientes principios: a) la concepción integral de la salud, vinculada

con la satisfacción de necesidades de

alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente; b) El desarrollo de una cultura de la salud así como el aprendizaje social necesario para mejorar la calidad de vida de la comunidad; c) La participación de la población en los niveles de decisión, acción y control, como medio para promover, potenciar y fortalecer las capacidades de la comunidad con respecto a su vida y su desarrollo. d) La solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema de salud. [...] “

En la misma línea de análisis la ley 26.862 dispuso en su **artículo 8 Cobertura** que “El sector público de salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médico-asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, *incorporarán como prestaciones **obligatorias** y a brindar a sus afiliados o beneficiarios, la cobertura integral e interdisciplinaria del abordaje, el diagnóstico, los medicamentos y las terapias de apoyo y los procedimientos y las técnicas que la*

**Organización Mundial de la Salud define como de reproducción médicamente asistida**, los cuales incluyen: a la inducción de ovulación; la estimulación ovárica controlada; el desencadenamiento de la ovulación; las técnicas de reproducción asistida (TRA); y la inseminación intrauterina, intracervical o intravaginal, con gametos del cónyuge, pareja conviviente o no, o de un donante, según los criterios que establezca la autoridad de aplicación. **Quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO) estos procedimientos, así como los de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo, con los criterios y modalidades de cobertura que establezca la autoridad**

**de aplicación**, la cual no podrá introducir requisitos o limitaciones que impliquen la exclusión debido a la orientación sexual o el estado civil de los destinatarios. 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, para aquellas personas, incluso menores de dieciocho (18) años que, aun no queriendo llevar adelante la inmediata consecución de un embarazo, por problemas de salud o por tratamientos médicos o intervenciones quirúrgicas puedan ver comprometidas su capacidad de procrear en el futuro.”

Ahora bien, de la sucinta transcripción normativa efectuada nada indica que haya una distinción con relación a la amplitud de la cobertura. Dicho de otro modo, no surge que ciertos tratamientos están tutelados y otros, por caso, los solicitados por la amparista, según prescripción médica y no por su antojo, en octubre 2020, estén excluidos.

De ello cabe inferir que cabe a este caso lo establecido por el principio jurídico de interpretación de la ley que dice que donde el Legislador no distingue, no debe hacerlo quienes están a cargo de su aplicación. Eso es lo que surge, por lo menos, en esta etapa primordial del proceso.

Por otra parte, el acto denegatorio no cumple con los requisitos del D. 1510/97 de Procedimientos Administrativos. En efecto, según el art. 22, inciso F, apartado 3, la amparista tiene derecho a una decisión fundada.

Esto es una decisión en donde se expliquen los fundamentos de hecho y de derecho ya que como dicha norma establece, estamos ante el Debido Proceso Adjetivo.

Tampoco se han cumplido los recaudos del art. 60 de esa norma de procedimiento administrativo, en cuanto a que al tratarse de un rechazo y citar una norma como base, debería haberse transcripto la parte pertinente de la misma.

Por cierto, hemos de tener presente que dicha norma establece que esta omisión, no debe perjudicar a la amparista ni habilitará a dársele por decaído el

derecho con relación a lo denegado.

Pues bien.

No es menor que con respecto al único fundamento normativo citado en el acto denegatorio, la Disposición 267/2015 de la ObSBA, que la misma no resulta de fácil acceso.

A modo de ejemplo de ello, y aún en las circunstancias que impone al tribunal trabajar en feria, en particular, no contar con el total de una planta normal del

juzgado, se realizó una exhaustiva búsqueda de la Disposición 267/ObSBA/2015 por

todas las fuentes habituales de información incluyendo: Servicio de Información

Normativa del Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires

(<https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/normativa>), **sin resultados**; Búsqueda

Avanzada del Boletín Oficial de la Ciudad de Buenos Aires

(<https://boletinoficial.buenosaires.gob.ar/buscador>), **sin resultados**; Página Oficial de

la ObSBA (<https://www.obsba.org.ar/>), **sin resultados**, no hay un buscador de

disposiciones y entre las enumeraciones de coberturas, solo hay una mención al Plan

Materno Infantil; e incluso se realizó una búsqueda en la consulta pública del Poder

Judicial de la Ciudad ([consultapublica.jusbaires.gob.ar](http://consultapublica.jusbaires.gob.ar)) a fin de encontrar dicha

Disposición como anexo documental de expedientes similares en cuestión de objeto.

**En ningún caso se pudo hallar una copia de la Disposición 267/ObSBA/2015.**

No obstante, este importante escollo, válidamente puede inferirse que, al ser el sustento de un rechazo a la petición de la amparista, es más que probable que

esa norma de rango normativo inferior, esté cercenando las normas sustanciales antes citadas.

Y, en consecuencia, violando lo dispuesto por el artículo 10 de la Constitución de la Ciudad de Bs.As. que establece que los derechos y garantías “no

puede ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y

**ésta no puede cercenarlos”.**

Por lo expuesto, y aún dentro del limitado marco de conocimiento de este

tipo de medidas, advierto que la medida cautelar aquí solicitada aparece como la única posibilidad de evitar el daño actual por el cual se resulte que, tanto a la amparista como a su esposo, se les impida intentar tener un hijo ya que la ciencia médica lo permite y a tal efecto, les ha sido indicado.

Desde luego, que en ello no se advierte la afectación de un interés público al que deba darse prevalencia. Más bien al contrario, porque la familia es un valor social y cultural especialmente tutelado por las normas.

A su vez, resulta oportuno poner de relieve que corresponde la concesión de la tutela anticipada ante situaciones donde el transcurso del tiempo que insume el proceso podría frustrar casi por completo el cumplimiento de una eventual sentencia favorable.

Esta circunstancia, permite verificar el peligro en la demora existente, dado que, si la presente medida no es concedida de manera oportuna, las consecuencias para la vida de los amparistas podrían ser irreparables, en particular en el presente caso donde la edad reproductiva de la Sra. C. constituye un elemento determinante en el tratamiento indicado por los profesionales intervinientes, más aún cuando de su DNI advierto que el próximo 27 de febrero cumplirá 47 años. Por otra parte, no puede dejarse de lado en este momento que el pedido cautelar que aquí se formula ha sido efectuado previamente a la propia ObSBA, en abril y octubre de 2019 y en mayo y agosto de 2020.

¿Cuánto tiempo más se puede esperar cuando se trata del reloj biológico?  
VI.-Por último, debo especialmente tener en cuenta, que la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, incorpora la perspectiva de género en el artículo 38,

como principio rector de las políticas públicas de la Ciudad y, por ende, la correlativa

obligación de tutela por parte de quienes nos hallamos a cargo de responsabilidades

de Estado con mandatos constitucionales y convencionales en torno a la eficacia de

los derechos fundamentales, como en el presente caso, en que el derecho humano de

reproducción ha sido definido como un derecho básico.

Por todo lo expuesto, haré lugar a la pretensión cautelar a fin de que se proceda a autorizar y a cubrir el tratamiento de la amparista tal y como lo ha indicado



su médica tratante,

VII.- En cuanto a la exigencia de la caución, corresponde teniendo en cuenta la índole de la cuestión debatida y la urgencia provocada por la situación de la actora, tenerla por cumplida a tenor de lo manifestado en el punto XII de la demanda.

Por todo lo expuesto, **RESUELVO** :

1.- HACER LUGAR A LA MEDIDA SOLICITADA y en consecuencia ordenar a la ObSBA a fin de que de manera inmediata proceda a garantizar de manera efectiva la prestación médica indicada a la actora y que le fuera denegada, lo que deberá ser informado al Tribunal en el término de 2 (dos) días hábiles administrativos.

2.- Tener por cumplida la caución juratoria.

3.- Regístrese y notifíquese a las partes mediante cédula electrónica. Asimismo, córrase vista al Ministerio Público Fiscal.

Elena Amanda Liberatori