



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 17 SECRETARÍA  
N°33

**B. , S. A. CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES SOBRE AMPARO - SALUD-  
MEDICAMENTOS Y TRATAMIENTOS**

Número: EXP 4448/2020-0

CUIJ: EXP J-01-00028050-6/2020-0

Actuación Nro: 435606/2021

**EXPEDIENTE N° A4448/2020-0  
“B., S. A. CONTRA OBRA SOCIAL  
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES  
SOBREAMPARO - SALUD  
-MEDICAMENTOS  
Y TRATAMIENTOS”**

Ciudad de Buenos Aires, 23 de marzo de 2021.

Vistos los autos citados en el epígrafe, de los que

Resulta:

I) Que la Sra. S. A. B. , por su propio derecho, se presenta a fs. 2/19 e interpone acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en lo sucesivo, la “OBSBA”), quien le niega infundadamente las prestaciones médico-asistenciales a las que debe someterse: el procedimiento de alta complejidad (FIV/ICSI), con semen de banco, que su médica tratante le prescribió, perteneciente al Centro CER-CENTRO ESPECIALIZADO EN REPRODUCCION, integrante de su cartilla médica, a fin de lograr su propósito deseado de tener un hijo/hija.

Refiere haber comenzado la búsqueda de su hijo desde el mes de marzo del año 2019, en el marco de un proyecto de familia monoparental y haber iniciado las consultas médicas respectivas en el prestador médico con el que cuenta la demandada para los

tratamientos de reproducción humanizada asistida: el Instituto Médico CER (Centro Especializado de Reproducción).

Relata que con fecha 17/04/19 realizó su primer Tratamiento de Reproducción Asistida de baja Complejidad -una Inseminación Artificial Intrauterina- para lo cual se contactó con OBSBA, vía correo electrónico, con fecha 14/03/19, para realizar las averiguaciones respectivas sobre la cobertura de la muestra de esperma del donante. Señala que la respuesta de la demandada fue la siguiente: “*En referencia a tu consulta... QUEDA EXCLUIDA LA DONACION DE SEMEN EN FAMILIAS MONOPARENTALES, DISP. 267/15 (OBSBA).*”

Sostiene que dicha respuesta deviene absolutamente inadmisibles e ilegales. Luego manifiesta que decidió obtener en forma particular la muestra de semen - DONANTE PIA (Programa de Identidad Abierta) en Reprofert SRL, acompañándose la factura respectiva, pero que el resultado de dicho tratamiento fue fallido.

Indica que su segundo intento (de Inseminación Artificial) fue realizado con fecha 10/06/19 y que también afrontó su costo en forma privada -acompañando factura en concepto de banco de semen, donante PIA-, pero que el resultado fue negativo.

Luego expresa que, con fecha 26/09/19 del año pasado y por indicación de su médico tratante, Dra. GRANADOS, realizó la transferencia embrionaria correspondiente a su Primer Tratamiento de Alta Complejidad (FIV/ICSI), en el Instituto Médico CER, prestador de la demandada y abonó la última muestra de semen (PIA), de su peculio, pero que el resultado también fue negativo.

Es por ello y sumada en una situación angustiante ante la eventualidad de tener que abonar y seguir abonando frente a la posibilidad de tratamientos de fertilidad fallidos, que refiere haberse asesorado legalmente y en consecuencia, remitió a OBSBA la Carta Documento Nro. 029779450, con fecha 5/11/19.

Asevera que la OBSBA mantuvo su postura que califica como ilegítima y arbitraria por lo que, promovió acción judicial de reintegro de gastos, proceso que continúa su trámite al día de la fecha.

Manifiesta que a los fines de proseguir el camino en busca de su hijo/hija, concurrió al consultorio de su médica tratante, quien con fecha 24/04/20, le extendió un resumen de historia clínica y le indicó avanzar con un nuevo intento de Alta Complejidad y semen de donante y congelación de embriones. Asimismo, agrega que allí se consignó su edad reproductiva avanzada (38 años en ese entonces) y diagnóstico médico: baja reserva ovárica y baja respondedora.

Expone que la demandada, en virtud de la disposición interna Nro. 267/15,

Programa propio de Cobertura de Fertilidad, establece limitaciones y restricciones a derechos que están reconocidos por la Ley de Fertilidad Nro. 26.862 y su Decreto Reglamentario Nro. 956/13, como el caso de la cobertura “con banco de semen” y “criopreservación de embriones”.

Entiende que la OBSBA funda tal rechazo en consideraciones parciales, antojadizas y arbitrarias, toda vez que pretende respaldar su posición en una disposición interna que está por debajo de la Ley Nacional de Reproducción Humanamente Asistida, Ley Federal y de orden público que prevalece, situándose por encima de intereses individuales, o de algún sector interesado, o frente a cualquier norma local.

Sostiene que, que como afiliada a la cobertura de la accionada, no puede ser privada del goce al derecho a la cobertura integral en el tratamiento de fertilización médicamente asistida, lo que implica cobertura del 100%, de la totalidad de la medicación y el procedimiento con la técnica que corresponda aplicarse según indicación médica de la facultativa tratante, en este caso: Alta Complejidad y Semen de Donante.

A raíz de ello, manifiesta encontrarse sumida, junto a sus familiares y afectos, en un estado de preocupación angustiante por semejante postura de la demandada que rechaza indebidamente -según sostiene-, una práctica perentoria, garantizada por la Ley vigente, máxime su situación de edad reproductiva avanzada, baja reserva ovárica y baja respondedora, por lo que ante el temperamento de la OBSBA, acciona judicialmente para hacer valer sus derechos.

Por las razones que expone, solicita se declare la inconstitucionalidad de la disposición n° 267/15 de la OBSBA, por ser contraria a la normativa vigente, en particular por denegar expresamente la donación de semen en familias monoparentales.

Luego de fundar respecto de los requisitos de la acción de amparo, solicita se dicte una medida cautelar a fin de que se ordene a la OBSBA cumplir con la cobertura inmediata e integral, en forma precautoria, de:

A) La totalidad de la medicación prescrita por el médico tratante, en virtud de las Técnicas de Reproducción Asistida de Alta Complejidad, con arreglo a las previsiones legales de orden público aplicables al caso de marras;

B) El procedimiento médico adecuado y previsto al efecto, de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, (FIV/ICSI), con SEMEN DE BANCO, conforme lo prescribe el tratamiento indicado por el Dra. GRANADOS y en la o las OPORTUNIDADES que éste y el Instituto CER- CENTRO ESPECIALIZADO EN REPRODUCCION- especialmente determinen, para lograr en el más breve plazo

posible, el objetivo de la reproducción deseada (la concepción de una nueva vida) derivado del particular diagnóstico médico, aludido ut supra; y

C) La eventual congelación (criopreservación) de embriones.

Funda en derecho su pretensión, ofrece la prueba de la que intenta valerse, formula las reservas de rigor y solicita se haga lugar a la demanda.

II) Que a fs. 58/60 se dispone dar trámite a las presentes actuaciones y conferir traslado de la demanda.

III) Que a fs. 61/81 se resuelve hacer lugar a la medida cautelar solicitada, ordenándole a la OBSBA cubrir el 100% del tratamiento de reproducción asistida, a saber: el procedimiento médico adecuado y previsto al efecto, de reproducción médicamente asistida de alta complejidad, (FIV/ICSI) en el Instituto Médico CER, con semen de banco, según indicación de los médicos tratantes, la totalidad de la medicación prescrita para tal fin y la eventual congelación (criopreservación) de embriones y observando las recomendaciones mencionadas en el punto 4.6°) y las restantes disposiciones emanadas de autoridades nacionales y locales en el contexto de la pandemia imperante.

Todo ello, hasta que exista sentencia definitiva y firme en estos autos.

IV) Que, pese a encontrarse notificada, la demandada no recurre la medida cautelar ni tampoco procede a contestar demanda.

V) Que a fs. 166/167 se dispone la producción de una medida para mejor proveer.

VI) Luego, dictamina el Ministerio Público Fiscal (fs. 198/216) y, finalmente, pasan los autos a sentencia (fs. 217/218).

### **CONSIDERANDO:**

1°) En primer término, se deja constancia que de conformidad con lo normado por el art. 43 de la Constitución Nacional, el art. 14 de la norma suprema de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -reglado por la ley local n° 2.145-, la cuantiosa jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto (*fallos 306:1253 y 307:747, entre otros*), y la falta de cuestionamiento de la parte demandada, solo cabe señalar que el derecho a la salud tiene rango constitucional y que su privación o restricción manifiestamente ilegítima abre la vía de amparo. Por ello, no cabe efectuar mayor análisis sobre la idoneidad de la vía de protección judicial elegida.

2º) Que se recuerda que en autos se persigue la cobertura del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad (FIV/ICSI) con semen de banco y la eventual congelación embrionaria. Asimismo, en ciertos pasajes de la demanda, requiere se cubra la totalidad de la medicación (fs. 5, segundo párrafo) y, por otra parte, argumenta que, en cuanto a la cantidad de tratamientos de alta complejidad, se trata de tres por año y no de tres por vida (fs. 7, segundo párrafo).

Todo ello a la fecha ha sido negado alegándose la disposición n° 267/15 de la OBSBA que excluye la donación de semen en caso de familias monoparentales y, por eso, se requiere una declaración de inconstitucionalidad de esa normativa y su ampliación (ver adjuntos de la actuación n° 16904087/2020 y asimismo escrito de fs. 176/178).

Se destaca que al no contestar demanda, la condición médica de la amparista (infertilidad por edad reproductiva avanzada, baja respondedora y baja reserva ovárica) y el tratamiento prescripto (fertilización asistida de alta complejidad FIV/ICSI con semen de banco y eventual criopreservación embrionaria), su afiliación a la OBSBA y la negativa de esta última en autorizar el tratamiento requerido no han sido controvertidas en la causa (ver, asimismo, documental de fs. 21/23 y 55/56).

Luego, cabe comenzar el estudio del tema señalando que del fallo de la CSJN "Campodónico de Beviacqua" (*Fallos: 323:3229*), dictado con fecha 24 de octubre de 2000, se desprende en su considerando 15 -del voto de la mayoría- que *"el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la CN, y que el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental."*

En el mismo precedente la Corte remarcó que, a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN), se reafirmó en "recientes pronunciamientos" (refiriéndose a "Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A." y a "Asociación Benghalensis") *"el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho 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 (considerando 16).

En misma línea, el Sr. Procurador Fiscal en los casos “Tartaroglu de Neto” (Fallos: 324:3074) e “Imbrogno” (Fallos: 324:3076), puso de relieve la importancia de la acción de amparo para la protección del derecho a la salud, la gran relevancia de éste como derecho social de principal rango y reconocimiento, y la inconveniencia de desnaturalizar una garantía consagrada constitucionalmente a partir de una interpretación excesivamente rígida y formal; razón por la cual, con el objeto de garantizar de un modo expeditivo y eficaz su plena vigencia y protección, opina que procede exigir de los órganos judiciales una interpretación extensiva y no restrictiva sobre su procedencia, a fin no tornar utópica su aplicación (ap. III, párrafo 4°).

En “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud –Estado Nacional s/ Acción de Amparo –Medida Cautelar” (Fallos: 326:4931) la Corte Suprema reiteró que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, que resulta garantizado por la CN, y que la vida de los individuos y su protección –*en especial el derecho a la salud*– constituyen un bien fundamental en sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (ap. VII, párrafo 2°).

En sentido coincidente, la Convención Americana de Derechos y Deberes del Hombre instituye que toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas -entre otros aspectos- a asistencia médica (art. 11).

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure -entre otros beneficios- la salud, el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (art. 25.1).

Por su parte el Pacto Internacional Derechos Económicos, Sociales y Culturales, reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental y, entre las medidas que deben adoptar los Estados parte a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, enuncia la prevención y el tratamiento de las enfermedades (art. 12 incs. 1 y 2, ap. a); (cfr. la Cámara del fuero, Sala I en el Expte. N° 13930/1, del 22/12/04).

Sentado ello, es del caso señalar que el derecho a la salud integral ha sido

reconocido por la Constitución de la Ciudad (CCABA, art. 20) y por los tratados internacionales con rango constitucional (C.N., art. 75, inc. 22); entre ellos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12, inc. c)], la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (arts. 4º y 5º) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6º, inc. 1º).

También, cabe agregar, ha sido consagrado por la ley local N° 153 (ley Básica de Salud), que garantiza el ejercicio de los derechos reproductivos, incluyendo el acceso a la información, educación, métodos y prestaciones que los garanticen (inciso “n” del art. 4º, t.c. por ley n° 6.347).

Se ha dictado asimismo la ley n° 418 (t.c. por ley n° 6.347), por cuyo conducto la Ciudad de Buenos Aires garantiza las políticas orientadas a la promoción y desarrollo de la Salud Reproductiva y la Procreación Responsable, y regula por la presente Ley las acciones destinadas a tal fin (art 1º).

En ese contexto normativo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha reafirmado el derecho a la preservación de la salud y ha destacado el deber impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho 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 (conf. Fallos: 321:1684, 323:1339, 324:3569).

Ello así, debido a que “la preservación de la salud integra el derecho a la vida, por lo que existe una obligación impostergable de las autoridades públicas de garantizarla mediante la realización de acciones positivas” (C.S., Fallos: 321:1684; 323:1339; 323:3229 y 331:2135, entre otros).

3º) Por otra parte, es dable poner de resalto que por medio de la Ley N° 26.862 se estableció un régimen de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

El artículo 8º de dicha norma indicó 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”.*

Por su parte, por medio del artículo 10 se estableció que las disposiciones de la presente ley eran de orden público y de aplicación en todo el territorio de la República y se invitó a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de sus exclusivas competencias, las normas correspondientes.

3.1°) Luego, el Decreto N° 956/2013 -reglamentario de la norma-estipuló, en lo que aquí interesa, que “*quedan obligados a brindar cobertura en los términos de la presente reglamentación y sus normas complementarias los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud enmarcados en las Leyes N° 23.660 y N° 23.661, las Entidades de Medicina Prepaga (Ley N° 26.682), el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (Ley N° 19.032), la Obra Social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas, las Obras Sociales Universitarias (Ley N° 24.741), y todos aquellos agentes que brinden servicios médico*



*asistenciales independientemente de la forma jurídica que posean...*” (conf. art. 10).

Por otra parte, se indicó que serían incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8° de la Ley N° 26.862.

Ese extenso artículo señala además que “[e]n los términos que marca la Ley N° 26.862, 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. Se deberá comenzar con técnicas de baja complejidad como requisito previo al uso de las técnicas de mayor complejidad. A efectos de realizar las técnicas de mayor complejidad deberán cumplirse como mínimo TRES (3) intentos previos con técnicas de baja complejidad, salvo que causas médicas debidamente documentadas justifiquen la utilización directa de técnicas de mayor complejidad. Quedan incluidos en el PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO (PMO), los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida reguladas en el artículo 8° de la Ley N° 26.862 (...). En caso que en la técnica de reproducción médicamente asistida se requieran gametos o embriones donados, estos deberán provenir exclusivamente de los bancos de gametos o embriones debidamente inscriptos en el REGISTRO FEDERAL DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD (ReFES) de la DIRECCION NACIONAL DE REGULACION SANITARIA Y CALIDAD EN SERVICIOS DE SALUD, dependiente del MINISTERIO DE SALUD. Si la donación se ha efectuado en un establecimiento diferente al de realización del tratamiento, el titular del derecho deberá presentar una declaración jurada original del establecimiento receptor del gameto o embrión en la cual conste el consentimiento debidamente prestado por el donante. La donación de gametos y/o embriones deberá estar incluida en cada procedimiento. La donación nunca tendrá carácter lucrativo o comercial. La autoridad de aplicación podrá elaborar una norma de diagnóstico e indicaciones terapéuticas de medicamentos, procedimientos y técnicas de reproducción asistida para la cobertura por el Programa Médico Obligatorio, sin que ello implique demora en la

*aplicación inmediata de las garantías que establece la Ley N° 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida. La ausencia del dictado de tal norma no implicará dilación alguna en la aplicación inmediata de las mencionadas garantías.”*

En ese sentido, se orientó a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a “*adoptar los recaudos tendientes a la efectiva implementación de la Ley en el ámbito de sus competencias, incluyendo las previsiones presupuestarias correspondientes*” (conf. art. 10).

3.2°) Que, según resolución n° 1-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación, se entiende que “*para cada uno del total de TRES (3) TRATAMIENTOS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA CON TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA DE ALTA COMPLEJIDAD (TRHA/AC) a los cuales cada paciente tiene derecho, quedarán incluidos los procedimientos médicos y etapas contemplados en el ANEXO I (GDE IF-2017-00032620-APN-DD#MS), con el alcance fijado en el ANEXO II (GDE IF-2017-00033241-APN-DD#MS) y en el ANEXO III (GDE IF-2017-00033713-APN-DD#MS) los que forman parte integrante de la presente, a los efectos de lo dispuesto por el artículo 8°, tercer párrafo del Anexo al Decreto Reglamentario N° 956/13*” (art. 1°).

En ese Anexo I, inciso b) se trata el caso del “*TRATAMIENTO DE ALTA COMPLEJIDAD CON TÉCNICA DE INYECCIÓN INTRACITROPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDEOS (ICSI) CON OVOCITOS PROPIOS. UN (1) TRATAMIENTO DE ALTA COMPLEJIDAD consistente en o con técnica de INYECCIÓN INTRACITROPLASMÁTICA DE ESPERMATOZOIDEOS CON OVOCITOS PROPIOS comprenderá los siguientes procedimientos médicos/etapas: (I) UNA (1) estimulación ovárica —también denominada estimulación ovárica controlada—; (II) UNA (1) aspiración ovocitaria bajo control ecográfico; (III) UN (1) procesamiento de esperma mediante Percoll y otros métodos especiales para la recuperación de espermatozoides; (IV) UNA (1) microinseminación; (V) UN (1) cultivo in Vitro hasta blastocito; y (VI) hasta TRES (3) transferencias de embriones (en fresco o criopreservados)*”.

Entre otras cuestiones terminológicas, en el Anexo III se aclara que se entiende: “*iii. Procesamiento de esperma mediante Swim Up, Percoll u otro método: procedimiento médico a través del cual se miden parámetros como volumen, forma y*

*números de los espermatozoides, además de su movimiento, consistencia y acidez (Ph) para determinar cuál es la calidad espermática y posterior lavado de semen y separación de los mejores espermatozoides” y “ix. Criopreservación: procedimiento médico de congelamiento o vitrificación y almacenamiento de embriones, gametos o tejido gonadal”.*

Asimismo, el art. 1º de la resolución nº 1045/18 del mismo Ministerio estableció que *“que todo medicamento aplicado a cualquier tratamiento de reproducción médicamente asistida, previsto por la Ley Nº 26.862, deberá ser brindado con cobertura al CIENTO POR CIENTO (100%) por los agentes obligados enunciados en el Artículo 8º de dicha Ley”.*

3.3º) A su vez, el artículo 8º de la Ley Nacional Nº 23.360 (Ley de Obras Sociales), aplicable supletoriamente a la ObSBA en virtud de lo establecido por el artículo 2º, inciso d) de la Ley Nº 472, dispone que *“[q]uedan obligatoriamente incluidos como beneficiarios de las obras sociales: a) los trabajadores que presten servicios en relación de dependencia, sea en el ámbito privado o en el sector público del Poder Ejecutivo o en sus organismos autárquicos y descentralizados; en empresas y sociedades del Estado, en la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y en el Territorio Nacional de la Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur; b) los jubilados y pensionados nacionales y los de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires; y c) los beneficiarios de prestaciones no contributivas nacionales”.*

3.4º) En esa coyuntura, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que *“mediante la sanción de la ley 26.862, el legislador ha procurado `garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida´ (art. 10) comprendidas las `técnicas de baja y alta complejidad que incluyan o no la donación de gametos y/o embriones´ (art. 2º, primer párrafo). La cobertura debe ser brindada por "el sector público de la 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 médicoasistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean" (art. 8º). Tales entidades de servicios de salud deben incorporar "como prestaciones obligatorias"*

*para 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'" (v. Fallos 338:779 consid. 6°).*

En tal sentido, el Máximo Tribunal Federal concluyó que las disposiciones de la Ley N° 26.862 resultaban de orden público y que en la norma reglamentaria se imponía la necesidad de adoptar medidas para la efectiva implementación de sus previsiones (conf. Fallos 337:654 y 338:779).

Más tarde, en referencia a la normativa antes señalada, ese Tribunal señaló que *"las expresiones transcriptas son suficientemente elocuentes acerca del amplio alcance que el legislador ha querido otorgar a la cobertura de las prestaciones que aseguren el pleno ejercicio del derecho a la salud reproductiva al que esta Corte ha reconocido carácter fundamental por su íntima vinculación con el derecho a la vida (Fallos: 329:2552; 333:690; 338:779, entre otros). El único límite que la ley impone al respecto se vincula con aquellos procedimientos o técnicas no especificados en el propio texto normativo (conf. doctrina de Fallos: 338:779) o con aquellos que no hubieran sido aprobados por la autoridad de aplicación (art. 2°, último párrafo de la ley)" (Fallos 341:929).*

3.5°) Por último, no resulta posible soslayar la grave situación sanitaria desatada en virtud de la pandemia ocasionada por el COVID-19 que ha llevado tanto a las autoridades nacionales como locales a dictar conjunta y coordinadamente la normativa necesaria tanto para enfrentarla como para propender al resguardo de la población y la protección del derecho a la salud, tanto a nivel individual como a nivel colectivo.

En esta senda, debe comenzarse señalando que por conducto del decreto n° 260/PEN/2020 se amplió la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley n° 27.541 en virtud de la Pandemia declarada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en relación con el coronavirus COVID-19, por el plazo de un año a partir de la entrada en vigencia del mentado decreto (art. 1°).

Inicialmente, se tomaron medidas relacionadas con la difusión de las medidas sanitarias adoptadas, la entrega de productos farmacéuticos y sanitizantes, se recomendó la restricción de viajes desde y hacia las zonas afectadas (inc. 2° y sus incisos), la recomendación de cuarentena preventiva en ciertos casos (inc. 7°), la obligación de reportar síntomas compatibles con COVID-19 (art. 8°) y la suspensión de vuelos internacionales provenientes de las “zonas afectadas” por treinta días (art. 9°), solo por mencionar algunas de ellas.

Luego, tal línea de acción fue profundizándose, debiendo destacarse de entre el vasto universo de medidas adoptadas, el dictado del decreto 297/PEN/2020, que dispuso el denominado “aislamiento social, preventivo y obligatorio” (art. 2°) según los términos del mencionado Decreto (art. 2°, ver también arts. 3° a 5°) y estableciendo también una serie de supuestos exceptuados de aquél (art. 6°) que han sido posteriormente ampliados (ver, entre muchas otras, decisiones administrativas n° 429, 450, 524 y 703 del 2020 y resolución n° 179/20 del Ministerio de Desarrollo Industrial).

Ese aislamiento instaurado por ese Decreto de Necesidad y Urgencia, fue sucesivamente prorrogado por sus pares n° 325, 355, 408, 459, 493, 520, 576, 605, 641, 677, 714, 754, 792 y 814/2020, en este último caso hasta el 8 de noviembre de 2020 inclusive respecto de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Luego, por decreto n° 875/2020, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -entre otros lugares y en lo que ahora interesa- se dispuso establecer el denominado “distanciamiento social, preventivo y obligatorio” entre los días 9 a 29 de noviembre del 2020 inclusive, que materializa una tendencia de flexibilización de las medidas de restricción considerablemente, pero aún manteniendo ciertas restricciones y cumpliendo con determinados protocolos (arts. 2° a 8°) y sin perjuicio de la posibilidad de volver a la etapa de “aislamiento social, preventivo y obligatorio” a requerimiento de las autoridades locales para el caso de detectarse alarmas epidemiológicas o incumplimiento de los parámetros epidemiológicos y sanitarios (arts. 20 y 21).

Tal medida fue prorrogada por decretos n° 956/2020, 985/2020, 1033/2020, 67, 125 y 168/2021 hasta el 9 de abril de 2021 inclusive en cuanto al ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires concierne.

Asimismo, en el marco de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se han tomado medidas, en el marco de su respectiva jurisdicción, en sintonía con las dispuestas a nivel nacional.

Por último, el Ministerio de Salud de la Nación emitió el 14 de mayo de 2020 una serie de recomendaciones para la reproducción médicamente asistida en el contexto de la pandemia (<http://www.msal.gob.ar/images/stories/bes/graficos/0000001957cnt-20200515-reproduccion-medicamente-asistida-pandemia.pdf>).

Más tarde, publicó un documento similar en el mes de diciembre del 2020 (<https://bancos.salud.gob.ar/sites/default/files/2020-12/recomendaciones-para-la-reproduccion-medicamente-asistida-contexto-pandemia-covid19.pdf>) que, en líneas generales, remite a las anteriores.

En el primero de los textos mencionados, se explica que a través de esas recomendaciones, se decidió mantener únicamente la garantía de la atención de personas que se encontraran en situación de “en ciclo” o requiriesen estimulación ovárica o criopreservación urgentes (por ejemplo, pacientes para oncopreservación), en lo que refiere a prácticas médicas relativas a reproducción asistida.

El documento luego señala que, dado el dinamismo que presenta la situación diaria de la evolución de la circulación del virus en Argentina y el mundo, se dictó una medida de inclusión de nuevas excepciones a dicha medida base de aislamiento social, preventivo y obligatorio, a través de la Decisión Administrativa 524/20, dentro de las cuales fueron incorporadas en lo que refiere al cuidado de la salud a la “atención médica y odontológica programada, de carácter preventivo y seguimiento de enfermedades crónicas”, como estudios de “laboratorios de análisis clínicos y de diagnóstico por imágenes”, todos “con sistema de turno previo”.

En base a esa nueva medida y existiendo un sector de la población con problemas de fertilidad sin respuesta temporal a los mismos, y siendo la atención médica en muchos de estos casos, de carácter preventivo o crónico se acordaron nuevas “RECOMENDACIONES PARA LA REPRODUCCIÓN MÉDICAMENTE ASISTIDA EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA COVID-19”, en atención a la necesaria

respuesta que requieren y puede otorgarse actualmente a aquellas personas con problemas de fertilidad que sean asistidas exclusivamente en establecimientos de reproducción asistida que garanticen las medidas de prevención de COVID-19 recomendadas por este Ministerio para disminuir al máximo los riesgos de circulación viral que se detallan a continuación:

“ *Garantizar la disponibilidad de elementos de protección personal (EPP) (consulta en: <https://www.argentina.gob.ar/salud/coronavirus-COVID-19/recomendaciones-uso-epp>).*

*Garantizar entrenamiento del personal en el uso de EPP.*

*Garantizar la provisión de agua y jabón y/o soluciones a base de alcohol para el lavado de manos.*

*Difundir la normativa entre los trabajadores para la rápida notificación ante la presencia de síntomas respiratorios o fiebre. El personal sanitario deberá evaluar en cada caso la aptitud para concurrir al trabajo o de lo contrario deberá licenciarse a la persona hasta o confirmarse o descartarse COVID-19. El periodo de licencia debe estar cubierto por el empleador.*

*Adecuar las diferentes tareas fundamentales del establecimiento en base a turnos rotativos de trabajo y, disposición de descansos, de manera tal de garantizar, durante toda la jornada de trabajo, la distancia entre personas de 2 metros, garantizando la mínima convivencia simultánea de personas en un mismo espacio físico, entre otros.*

*Notificar a la autoridad competente con precisión las medidas de seguridad e higiene implementadas en cada lugar de trabajo.*

*Implementar las presentes recomendaciones en el marco de la Resolución N° 207/2020 del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, del Poder Ejecutivo Nacional.”*

Luego, el documento continúa del siguiente modo:

*“El conocimiento disponible con relación al impacto de la COVID-19 en embarazadas y en recién nacidos es aún limitado en general, más limitado en particular durante los primeros meses del embarazo. Sin embargo, permite plantear diversos escenarios que contemplan:*

*-Los riesgos y los beneficios conocidos, tanto para la persona gestante como*

*para el embrión, el feto y el RN.*

*-La elección informada, como un derecho de la persona que requiere atención de reproducción asistida, luego de ser asesoradas en forma fehaciente y comprensible por los equipos de salud específicamente entrenados en este tema.*

*-El análisis individual de cada caso.*

*Considerando este marco, se recomienda incluir en la atención médica en materia de reproducción asistida para aquellos establecimientos antes mencionados, únicamente las siguientes actividades y procedimientos:*

- *Atención médica a través de telemedicina en aquellos casos que sea posible.*
- *Programación de turnos suficientemente espaciados para la atención en los centros médicos de reproducción para la realización de consultas médicas, estudios de laboratorio e imágenes a fin de cumplir con las normativas de aislamiento preventivo.*
- *Criopreservación de ovocitos y congelamiento de semen en casos de personas menores o mayores de 18 años que puedan ver comprometida su capacidad reproductiva en el futuro, ello es, de modo previo al inicio de sus tratamientos quimioterápicos, radiantes o quirúrgicos.*
- ***Inicio de tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad (TRHA/AC) que resulte impostergable, ello es, para pacientes en condiciones crónicas que puedan comprometer su futuro reproductivo (reserva ovárica baja, falla ovárica precoz o edad reproductiva avanzada).***
- *Evaluación, en el marco de la relación médico paciente, de la opción de realizar o diferir la transferencia embrionaria. En caso de realizar la transferencia embrionaria debe explicarse en el consentimiento informado los riesgos y beneficios que dicha práctica conlleva en la situación sanitaria y epidemiológica actual.*

*En cumplimiento de lo previsto por la ley de derechos del paciente (ley 26.529) y en el contexto de la Pandemia COVID-19, los establecimientos de reproducción asistida que realicen alguna/s de la/s actividad/es y/o procedimiento/s antes señalados deberán informar a sus pacientes, de manera clara y precisa, sobre los riesgos relacionados a la enfermedad COVID-19. Los profesionales de dichos establecimientos deberán informar sobre las normativas y recomendaciones respecto a las medidas preventivas, independientemente de un embarazo. En este sentido, deberán ofrecer la opción de proceder o posponer el tratamiento de reproducción asistida a dichos*



*pacientes, habiendo brindado la información suficiente sobre los riesgos de contraer el virus durante el embarazo, basándose en la evidencia científica que hasta el momento no es concluyente con respecto a las consecuencias del virus en el primer trimestre de embarazo y de esa forma expresar su voluntad en el correspondiente CONSENTIMIENTO INFORMADO.*

*Las presentes recomendaciones se enmarcan en las medidas antes citadas, dados los fundamentos reseñados, en resguardo de la garantía al acceso integral a los procedimientos y técnicas médico asistenciales de reproducción médicamente asistida reconocida por la ley 26.862 correspondiendo su cumplimiento por parte de los obligados por el art. 8 de la citada ley, y con el alcance previsto por al ANEXO II de la Resolución 1-E/2017 de este Ministerio de Salud de la Nación, a efectos de garantizar la plena cobertura de las prestaciones incluidas a través de estas recomendaciones.*

*Dada la situación dinámica de la pandemia, este documento podrá ser modificado conforme se obtenga mayor evidencia científica y el momento epidemiológico” (la negrita no pertenece al original).*

En cuanto al texto al segundo documento que mencionara, se recomienda incluir en la atención médica en materia de reproducción asistida, todas las actividades y los procedimientos teniendo en cuenta:

*“□ Atención médica a través de telemedicina para aquellas consultas donde no exista la necesidad de exanimación Título del documento 6 directa o para personas que no puedan asistir debido a condiciones que impliquen riesgo.*

*□ En caso de consulta presencial, programar turnos suficientemente espaciados para evitar la conglomeración de personas en un espacio cerrado para la consulta médica, estudios de imágenes, laboratorio, etc.*

*□ **Realizar todos procedimientos de medicina reproductiva (tratamientos de baja complejidad, alta complejidad, transferencia embrionaria, entre otros) en aquellas personas que así lo requieran informando adecuadamente a las personas de los riesgos y con la firma del consentimiento informado.***

*En caso que los efectores de los Servicios de Reproducción Asistida no cuenten con disponibilidad suficiente de personal requerido o impedimentos de otra índole que impidan cumplimentar las recomendaciones arriba expuestas, se mantendrán en vigencia las RECOMENDACIONES dictadas en Mayo 2020 (Primeras*

*RECOMENDACIONES PARA LA REPRODUCCIÓN MEDICAMENTE ASISTIDA EN EL CONTEXTO DE LA PANDEMIA COVID-19.*” (el destacado me pertenece).

4º) Así las cosas, la vida de los individuos y su protección -en especial el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental en sí mismo que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la CN, es un derecho implícito, dado que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal; además de que, desde el punto de vista normativo, el derecho a la salud está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75 inc. 22), y es extensivo no solo a la salud individual sino también a la salud colectiva.

5º) Que, como se dijo, toda vez que la OBSBA no contestó demanda, ha quedado reconocida la documental acompañada en el escrito de inicio, lo cual incluye también el intercambio epistolar habido entre las partes (por carta documento y correo electrónico) y la respuesta que se obtuvo.

Del carnet obrante a fs. 21/22 surge la afiliación de la actora a la Obra Social demandada y, asimismo, según el documento glosado a fs. 20, que se trata de una mujer de 39 años de edad.

Luego, en la constancia médica obrante a fs. 23 se consigna que se trata de una paciente de 38 años (en ese entonces) con deseos de embarazarse sin pareja y que consultó por primera vez en agosto de 2018, indicándose “*Baja reserva ovárica/ Baja respondeodra*” y agregándose que realizó 2 ciclos de inseminaciones con semen de banco sin logro de embarazo. Se señala también que en noviembre de 2019 realizó ciclo de FIV con semen de banco, no lográndose embarazo. Por último, se recomendó “*(...) nuevo ciclo de Alta Complejidad con semen de donante y eventual congelación embrionaria*”.

Surge un intercambio epistolar y de correos de los cuales se desprende que se invocó la resolución n° 267/15 que deniega la donación de semen en el caso de familias monoparentales, a la vez que se alegó que la criopreservación de embriones no se encuentra en cobertura (fs. 55/56).

Dicho todo ello, razono que la negativa de la demandada no se ajustaría al derecho aplicable y que ha sido reseñado en los considerandos que anteceden.

Nótese que la prestación que se requiere encuadra en lo previsto por el art. 8° de la ley n° 26.862 y del decreto reglamentario n° 956/13, el art. 1° de la resolución n° 1-E/2017 del Ministerio de Salud de la Nación) y su Anexo I (inciso “b”), normándose lo respectivo a los tratamientos de fertilización de alta complejidad con técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides, como aquí se pide. Lo propio es extensible a la donación de semen y la eventual criopreservación, prestación última que también se encuentra contemplada en dichas normas (ver, además, el Anexo III de la Resolución del Ministerio de Salud antes mencionada, en particular apartado “ix”).

De este modo, no podrían invocarse normas reglamentarias de carácter inferior emanadas de la OBSBA con el fin de tornar frustránea la efectivización de los derechos aquí discutidos, a lo cual debe sumarse el amplio criterio interpretativo en pos de consagrar y proteger la salud reproductiva que la CSJN ha venido postulando, de conformidad con los pronunciamientos que antes se citaron.

Por otro lado, la reglamentación simplemente excluye, sin más y sin ninguna explicación, la donación de semen en casos de familias monoparentales, pero no explica por qué realiza tal distinción y sí la acepta para casos de familias que no son monoparentales. Ni la normativa nacional y su reglamentación imponen semejante distinción, ni deniega prestaciones como la estudiada a una u otra familia por su composición.

Parece asemejarse a una categorización sospechosa respecto de la cual pesa una presunción de inconstitucionalidad que le corresponde a la demandada destruir (del voto de los Dres. Petracchi y Argibay en Fallos 330:3853, v. además Fallos 327:5118 y 329:2986).

Recuérdese que la garantía de igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que concede a otros en iguales circunstancias (Fallos 16:118, 101:401, 124:122; 126:280; 127:167; 137:105; 151:359; 157:28 y 312:826) y que la verdadera igualdad consiste en aplicar en los casos ocurrentes la ley según las diferencias constitutivas de ellos, y que cualquier otra inteligencia o acepción de ese derecho es contraria a su propia naturaleza e interés social (Fallos 16:118; 101: 401; 124:122 y 126:280); análisis que la demandada no parece

haber efectuado a la hora de dictar la reglamentación ahora atacada, en la que se priva de ciertas prestaciones a un afiliado con proyecto de familia monoparental, cuando no lo hace respecto de un tipo de familia diferente. Dicho de otra manera, no se conoce qué motivación o factores ponderó la demandada para excluir la prestación de marras a familias monoparentales y, en virtud de los motivos antes expuestos, esa reglamentación debe considerarse inconstitucional.

Por último, no se encuentra demostrada la improcedencia del tratamiento médico que la profesional tratante le prescribió a la actora, puesto que solo se opuso al pedido de la accionante la existencia de la reglamentación de la OBSBA, la cual se hubo rechazado por los motivos antes expuestos.

Entonces, razono que la denegatoria de la OBSBA, en los términos en que fue formulada, resulta manifiestamente arbitraria e ilegítima, lesionando los derechos a la salud reproductiva de la amparista, y permite hacer lugar al amparo interpuesto.

Por ello, tal como se pide en la demanda, deberá otorgarse cobertura del 100% del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, con donación de semen, eventual criopreservación embrionaria, sin límite de extensión de cobertura y hasta tres veces por año, con más la medicación que se le prescriba y los gastos.

Ello, a realizarse en el Centro Especializado en Reproducción CER, según se denuncia en la demanda, según las prácticas y técnicas que prescriban sus médicos tratantes y observando las recomendaciones mencionadas en el punto 3.5°) y las restantes disposiciones emanadas de autoridades nacionales y locales en el contexto de la pandemia imperante.

Por las consideraciones expuestas y oído el Ministerio Público Fiscal,

**FALLO:**

1°) Haciendo lugar a la acción de amparo promovida por S. A. B. contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, ordenándole otorgar cobertura del 100% del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad, con donación de semen de banco, eventual criopreservación embrionaria, sin límite de extensión de cobertura y hasta tres veces por año, con más la medicación que se le prescriba y los gastos.

Ello, a realizarse en el Centro Especializado en Reproducción CER, según se denuncia en la demanda, según las prácticas y técnicas que prescriban sus médicos

tratantes y observando las recomendaciones mencionadas en el punto 3.5°) y las restantes disposiciones emanadas de autoridades nacionales y locales en el contexto de la pandemia imperante.

2°) Declarar la inconstitucionalidad para el caso de la resolución n° 267/OBSBA/15 y sus modificatorias en tanto deniegan la donación de semen a familias monoparentales.

3°) Imponiendo las costas a la vencida, en atención al principio objetivo de la derrota (art. 62 del CCAyT, conf. art. 26 de la ley n° 2.145, t.c. ley n° 6.347);

4°) Firme la presente, se regularán los honorarios de los profesionales intervinientes en autos.

**Regístrese, notifíquese por Secretaría a la actora, a la OBSBA y al Ministerio Público Fiscal mediante cédulas electrónicas.**

**Oportunamente, archívense.**



**Poder Judicial**  
Ciudad de Buenos Aires

JUZGADO N°17|EXP:4448/2020-0 CUIJ J-01-00028050-6/2020-0|ACT 435606/2021

Protocolo N° 12/2021

FIRMADO DIGITALMENTE 23/03/2021 10:21



**Marcelo Juan Segon**  
JUEZ/A  
JUZGADO DE 1RA  
INSTANCIA EN LO  
CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVO Y  
TRIBUTARIO N° 17