



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

CCF XXXX/2021/CA1 "S., E. R. y otro c/ Dirección de Obra Social Servicio Penitenciario Federal s/ amparo de salud".

Juzgado Nº: 4

Secretaría Nº: 8

Buenos Aires, de marzo de 2022.

Y VISTO:

El recurso de apelación interpuesto y fundado el 13-12-2021 (fs. 116/119) por la demandada –cuyo traslado fue contestado el 14-12-2021 (fs. 121/123)– contra la resolución del 1-12-2021 (fs. 115), y

CONSIDERANDO:

1. Los actores promovieron acción de amparo contra la Dirección de Obra Social del Servicio Penitenciario Federal a fin de que se la condenara a proveer la cobertura económica integral de la técnica de reproducción médicamente asistida de alta complejidad FIV, con óvulos aportados por la Sra. D.S.O. o, en su caso, con ovodonación proveniente de Banco, y gametos masculinos aportados por el Sr. R. E. S., en el cuerpo de la gestante solidaria, N. V. , con estudios, medicación y técnicas complementarias hasta lograr el embarazo y nacimiento. Además solicitaron el reintegro de los gastos en medicamentos en los que incurrieran para el inicio del tratamiento que luego se viera frustrado por la negativa de cobertura de la demandada, con intereses. También pidieron que se dispusiera la cobertura cautelarmente (cfr. escrito inicial a fs. 2/24, puntos I y V).

Expusieron que la señora D.S.O. tuvo que someterse a una histerectomía por complicaciones derivadas del nacimiento de su primer hijo con una pareja anterior. Relataron que debido a ello y ante el deseo de ser padres, consultaron con la institución Halitus y posteriormente con Procreate para interiorizarse de la denominada "gestación solidaria", pero en ambos casos los presupuestos superaban sus posibilidades económicas. Como esta última es prestadora de la demandada, presentaron la solicitud de cobertura fundada en la orden médica de un profesional de esa institución, pero fue denegada mediante el acto administrativo que citaron. Añadieron que el reintegro de los gastos en medicación que habían afrontado también les fue rechazado. Fundaron su pretensión en la protección constitucional y convencional del derecho a la salud, en la ley 26.862 y sus normas complementarias. Explicaron que si bien el Código Civil y Comercial de la Nación no regula la gestación solidaria, establece las pautas para



determinar la filiación a través de las técnicas de reproducción humana asistida, siendo fundamental la voluntad procreacional. Invocaron el derecho a la planificación familiar y alegaron el carácter discriminatorio de la decisión de la obra social. En suma, sostuvieron que la negativa a cubrir el tratamiento de fertilización asistida que requieren resulta una conducta palmariamente arbitraria e ilegítima de la demandada, que colisiona manifiestamente con las normas que regulan la materia y lesiona en forma cierta y actual su derechos reproductivos y el derecho a la salud.

Al producir el informe previsto en el art. 8° de la ley 16.986, la demandada fundó su denegación en la falta de previsión normativa de la prestación solicitada. Alegó el alto costo y la posibilidad de tener que reiterar el tratamiento, por lo cual imponer la cobertura iría en desmedro de la atención médica del resto de los afiliados. Señaló la calidad de no afiliada de la "gestante solidaria" por lo que su parte debería gestionar un vínculo con ésta a efectos de otorgar la cobertura y el actor, realizar el aporte de ley correspondiente, asimilándola como parte de su grupo familiar primario. Añadió el desconocimiento de sus condiciones personales y del eventual vínculo contractual entre las partes. Destacó que "la capacidad gestacional no es un bien que esté en el comercio y pueda ponerse a la venta". Además invocó la falta de agotamiento de la vía administrativa (cfr. escrito del 17-3-2021 a fs. 63/70).

La resolución del 30-3-2021 rechazó la medida cautelar (fs. 68) y el recurso interpuesto por la actora (fs. 72/79) fue declarado extemporáneo (fs. 80).

2. La sentencia apelada hizo lugar parcialmente al amparo promovido y condenó a la demandada a otorgar a los actores la cobertura integral del tratamiento de reproducción asistida de alta complejidad FIV, con óvulos aportados por la actora o, en su caso, provenientes de banco, y gametos masculinos proporcionados por el actor, en el cuerpo de la gestante solidaria N. V. , todo ello con los alcances establecidos en el considerando IX. También resolvió que, con carácter previo, la gestante debería presentar en autos el consentimiento informado para formalizar el "Instrumento de Gestación Solidaria", acreditar que es mayor de edad y la manifestación expresa de la voluntad de someterse libremente al tratamiento ordenado, sin voluntad procreacional alguna. Además debería acompañar declaración jurada acerca de que el sometimiento es en forma totalmente solidaria, desinteresada de cualquier tipo de beneficio económico (cfr. considerando





CAMARA CIVIL Y COMERCIAL FEDERAL- SALA I

X). Empero, rechazó el reintegro de gastos (ver considerando VIII). Las costas fueron distribuidas en el orden causado.

3. La demandada se agravia de esta decisión. Manifiesta que la denegación de cobertura se sustentó en que el tratamiento solicitado no está contemplado en el plexo normativo que componen la ley 26.862, su decreto reglamentario 956/13 y la resolución 1-E/2017 del Ministerio de Salud. Señala que la resolución contradice el razonamiento para denegar la medida cautelar y la condena a otorgar la cobertura de una prestación no contemplada en la normativa vigente. Alega que la decisión se funda en una interpretación discrecional del art. 19 de la Constitución Nacional. Destaca la vulnerabilidad de su patrimonio, cuyo déficit presupuestario aumentaría la cobertura requerida y añade que no recibe aportes del Fondo de Solidario de Redistribución. Se queja de la discrecionalidad que atribuye al magistrado y de la afectación de la esfera de reserva del Poder Ejecutivo y del Legislativo. Pone énfasis en que el legislador tomó la decisión de no incluir esta práctica en la normativa.

4. Los actores sostienen que el planteo de la cuestión presupuestaria es tardío y que hallándose incluida la prestación de fertilización asistida en el PMO, la demandada debió prever el requerimiento por sus afiliados. Destacan que lo solicitado surge de las consultas con un centro de reproducción asistida con el que la demandada tiene convenio. Alegan que las prestaciones están incluidas en el PMO conforme el art. 8° del decreto 956/13 que transcriben.

5. La materia objeto del recurso encuentra adecuada respuesta en el dictamen del Señor Fiscal General de fs. 129/142, al que cabe remitir a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

En consecuencia, corresponde revocar la resolución apelada, con costas de ambas instancias en el orden causado, en atención a la novedad de la cuestión involucrada (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal y art. 17 de la ley 16.986 aplicable en función del trámite asignado a fs. 57).

ASÍ SE DECIDE.

En atención a lo dispuesto por el art. 279 del Código Procesal se dejan sin efecto los honorarios regulados a la letrada patrocinante de los actores, Dra. **F. J. M.** y, ponderando el mérito, la eficacia y extensión de los trabajos realizados y la naturaleza de la causa, se los fija en **11 UMA** -equivalentes a \$ 81.829- (arts. 16,29, 48 y 51 de la ley 27.423 y Ac. CSJN 4/22).

Por los trabajos de Alzada, considerando análogas razones y el



resultado del recurso, se regulan los honorarios de la Dra. **M.** en **3, 5 UMA**, equivalentes a la fecha a \$ \$ 26.036,50—; art. 30 y cit. de la ley 27.423 y Ac. CSJN 4/22.

La Dra. Florencia Nallar no interviene por hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese —también al Señor Fiscal General— y devuélvase.

Fernando A. Uriarte

Juan Perozziello Vizier

