



Poder Judicial de la Nación
Juzgado Federal n° 2 de Mendoza

Mendoza, 03 de octubre de 2022.

Y VISTOS: Los presentes autos **FMZ 27950/2022**, caratulados “**M., G.A. y otro c/ OSPE s/ PRESTACIONES MEDICAS**”, y,

CONSIDERANDO:

I.- Que la Dra. C.C., en representación de los Sres. G.C.M. y R.A.G., con el patrocinio letrado del Dr. J.B., interpone acción de amparo contra OSPe (OBRA SOCIAL DE PETROLEROS), a fin de que se la condene a suministrar cobertura integral del tratamiento de fertilización in vitro con ovodonación más ICSI con vientre subrogado en la Clínica CREO con el Dr. Luciano Sabatini y/o con el/la médico/a que las partes escojan y la cobertura integral de los estudios y/o medicación que sean indicados tanto a las partes y/o a la gestante y/o a la donante.

Relata que los actores son pareja hace más de quince años, y hace varios años surgió en ellos el deseo de ser padres. Que al comunicar este deseo a sus familias, la hermana de G., les ofreció de forma altruista y desinteresada, gestar para ellos.

Agrega que al consultar al Dr. Luciano Sabatini en la Clínica CREO respecto de la práctica de gestación por sustitución o gestación solidaria, éste les recomendó iniciar un proceso judicial a fin de solicitar la autorización judicial para realizar la práctica y el tratamiento.

Expresa que iniciaron en la justicia de familia de Mendoza, los autos n° **319/2021** caratulados: “*M., E.E., M., G.C., G.B., R.A. p/ acciones derivadas de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A.)- Medida Autosatisfactiva*”, en los que en fecha 06/06/2022, se resolvió hacer lugar a la autorización judicial solicitada a fin de iniciar técnicas médicas de gestación por subrogación de vientre, aportando el material genético uno de los comitentes y el óvulo procederá de una ovodonación, siendo la gestante la Sra. E.E.M., ordenando la inscripción en el Registro Civil del niño/a que nazca mediante dicha técnica como hijo/a de los comitentes.

Alega que luego de lograr esta autorización, presentaron todas las órdenes, pedidos médicos y sentencia ante la Obra Social y el 28 de junio de 2022, la demandada remitió carta documento informando que no brindará la cobertura solicitada, atento a que no es el Sr. G.M. quien recibirá la prestación, sino su hermana, quien no se encuentra afiliada, y porque el pedido proviene de un profesional ajeno a la red contratada por su mandante.

Manifiesta que sí son los actores afiliados los que recibirán la prestación, ya que ellos poseen la voluntad procreacional; añadiendo “*que no lo harán directamente, por cuanto no poseen*



Poder Judicial de la Nación
Juzgado Federal n° 2 de Mendoza

capacidad para gestar, pero la recibirán, ya que el embrión que se implante y geste, y la persona que eventualmente nazca del vientre de la Sra. M., será su hijx.”

Destaca la actitud renuente y discriminatoria de la demandada ante su proyecto de vida, que lleva varios años de preparaciones y cambios por parte de los actores y la Sra. M..

Funda la procedencia de la acción interpuesta. Cita derecho y jurisprudencia. Ofrece pruebas.

Asimismo, impetra el dictado de una medida cautelar a fin de que se ordene a OSPe (OBRA SOCIAL DE PETROLEROS), suministrar la cobertura integral del tratamiento de fertilización *in vitro* con ovodonación más ICSI con vientre subrogado en la Clínica CREO con el Dr. Luciano Sabatini y/o con el/la médico/a que las partes escojan y la cobertura integral de los estudios y/o medicación que sean indicados tanto a las partes y/o a la gestante y/o a la donante.

Considera acreditados los requisitos de la medida incoada. Ofrece caución juratoria como contracautela.

II.- Conferida la vista de rigor, el Ministerio Público Fiscal dictamina a favor de la procedencia del fuero federal y la competencia de este Tribunal para entender en la presente causa.

A pedido del Tribunal, el día 6 de septiembre de 2022, el Juzgado de Familia y Violencia Familiar de la Justicia de la provincia de Mendoza (1GAF), informa que en los autos 13-05769956-0, caratulados “M., E. E., M., G.C., G.B., R. A. p/ ACC. DERIVADAS DE LA FILIACIÓN por TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA (T.R.H.A.)- MEDIDA AUTOSATISFACTIVA-“ la sentencia de fecha 06/06/2022, se notificó a los actores y a sus letrados patrocinantes, encontrándose con pase al receptor a fin de notificar a la Dirección de Derechos Humanos y Acceso a la Justicia.

Por ello, en fecha 8 de septiembre de 2022, estimé que resultaba prematuro el dictado de la medida cautelar solicitada, atento que la decisión judicial no se encontraba firme.

Contra éste último decreto, la parte actora interpuso recurso de reposición, el que fue rechazado en fecha 19 de septiembre de 2022, requiriéndose nuevo informe al Juzgado de Familia y Violencia Familiar de la Justicia de la provincia de Mendoza (1GAF), el que fue evacuado en fecha 03 de octubre de 2022, informando que la sentencia referida ahora se encontraba firme y que no se había interpuesto recurso alguno.

III.- Ahora bien, previo al examen de la medida requerida considero importante destacar que, el análisis del caso se limitará exclusivamente a evaluar la existencia de obligación de brindar



Poder Judicial de la Nación
Juzgado Federal n° 2 de Mendoza

cobertura médica, por parte del agente de salud, al costo del tratamiento de fertilización *in vitro* con ovodonación más ICSI con vientre subrogado que requieren los afiliados, autorizado el día 06 de junio de 2022, por la justicia de familia de Mendoza, en los autos n° **319/2021**, caratulados: “*M., E.E., M., G.C., G.B., R.A. p/ acciones derivadas de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A.) - Medida autosatisfactiva*”.

Dicho esto, entiendo que los peticionantes tienen legitimidad para obrar, en razón de la certificación de afiliación acompañada, emitida por OSPE.

VI.- Es finalidad de la medida precautoria impedir que, el derecho cuyo reconocimiento se pretende a través del proceso instaurado, pierda eficacia durante el tiempo que transcurre entre la iniciación del mismo y el dictado de la sentencia definitiva.

Es que, tales medidas no constituyen un fin en sí mismas, sino que están preordenadas a la emanación de una ulterior providencia definitiva asegurando así su resultado práctico. Se las ha definido como una anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma.

V.- Sentado lo precedentemente expuesto, corresponde ahora verificar si se dan en el caso los presupuestos para su procedencia, esto es la verosimilitud del derecho (“*fumus bonis iuris*”) y el peligro en la demora (“*periculum in mora*”).

A efectos de analizar el primero de los extremos apuntados, esto es, si se verifica el humo o aroma de buen derecho, en principio, de la documentación aportada por los actores, surge que se encontrarían autorizados judicialmente a iniciar técnicas médicas de gestación por subrogación de vientre, aportando material genético uno de los comitentes, con ovodonación y siendo la gestante la Sra. Estefanía Martín, de conformidad con las directivas médicas y supervisión del equipo médico respectivo que designen los interesados.

Es que, la sentencia suscripta el día 06 de junio de 2022, por el Dr. Marcos Krochik- Juez de Familia y Violencia Familiar, ordenó: “...1.- *Hacer lugar a la autorización judicial solicitada por los Sres. G.C.M. y R.A.G. a fin de iniciar técnicas médicas de gestación por subrogación de vientre, dentro del marco de las denominadas técnicas humanas de reproducción asistida, aportando el material genético uno de los comitentes, y el óvulo procederá de una ovodonación, siendo la gestante la Sra. E.E.M., y ordénese oportunamente la inscripción en el Registro Civil del niño/a que nazca mediante dicha técnica como hijo/a de los comitentes, mediante el consentimiento previo, informado y libre otorgado por los solicitantes y la gestante de conformidad con las directivas*



*Poder Judicial de la Nación
Juzgado Federal n° 2 de Mendoza*

médicas y supervisión del equipo médico respectivo que designen los interesados. 2.- Disponer la inaplicabilidad del art. 562 del CCyC para el caso y la determinación de la filiación del/los niños nacidos como consecuencia de la técnica de reproducción humana asistida. 3.- Oportunamente, deberá procederse a la inmediata inscripción del/los nacimientos como hijo/s de G.C.M. y R.A.G., debiendo el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas correspondiente expedir el certificado de nacimiento respectivo conforme lo dispuesto por el art. 559 CCyC....”.

Asimismo los actores acompañan resumen de historia clínica suscripta el día 08 de junio de 2022, por el Dr. Luciano Sabatini (ginecólogo), donde informa: “... *Paciente 36 años con deseo de paternidad, pareja igualitaria. La pareja va a realizar tratamiento de fertilización in vitro con vientre subrogado. Solicito orden autorizada para dicho tratamiento.*” y órdenes signadas por el mentado galeno de: 1) fertilización in vitro con ovodonación más ICSI, vientre subrogado, 2) medicación de la donante y 3) medicación de la gestante.

También adjuntan análisis de laboratorio y exámenes médicos correspondientes al Sr. G.M. y a la Sra. E.E.M..

Por su parte, acreditan la negativa de la demandada con la constancia de solicitud de autorizaciones, y la carta documento remitida por el C.P. Héctor Guida- Sub Gerente General de la Obra Social de Petroleros (OSPe) donde informa: “... *En primer lugar se deja expresamente aclarado que la OSPe brinda las prestaciones a las que se encuentra obligada en los términos de la legislación vigente. En relación al caso en particular, se le hace saber que según surge de la Ley 26.862 y su decreto reglamentario, la cobertura allí establecida se encuentra garantizada por todos aquellos titulares del derecho, motivo por el cual y atento que Ud. no recibirá la prestación, sino M., E.E., y siendo que no se encuentra afiliada a esta Obra Social, no corresponde lo solicitado. ... Sin perjuicio de lo expuesto se adiciona a que el pedido proviene de un profesional, Luciano Sabatini, ajeno a la red contratada por mi mandante por lo que, aún en el caso de que el pedido sea para un afiliado de la OSPe, se rechazaría el mismo por ser prestador fuera de la red. La OSPe cuenta con prestadores idóneos por lo que no correspondería la autorización con entidades distintas a las contratadas.*”.

Es decir, del relato de los hechos y la documentación acompañada surge que OSPe niega la cobertura solicitada por entender que su obligación se limita a brindar las prestaciones médicas solo a sus afiliados y mediante prestadores de la red contratada.



Poder Judicial de la Nación
Juzgado Federal n° 2 de Mendoza

Respecto al primer punto, cabe señalar que, resulta aplicable al caso la ley 26.862 (y su decreto reglamentario 956/2013), que tiene por objeto garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida, donde en su art. 8º, incorpora como prestación obligatoria y a brindar a los 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 que 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.

Establece dicha norma que 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.

Expresamente, su artículo 8º dispone 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*



*Poder Judicial de la Nación
Juzgado Federal n° 2 de Mendoza*

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.”.

A su vez, su decreto reglamentario 956/2013, en su artículo 8° establece que “Cobertura. 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. El sistema de Salud Público cubrirá a todo argentino y a todo habitante que tenga residencia definitiva otorgada por autoridad competente, y que no posea otra cobertura de salud. En 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....”

Así entonces, atento los elementos agregados a la causa y la normativa aplicable en el sub lite la cautelar peticionada resulta, en principio, procedente en razón de la trascendencia que posee el tratamiento autorizado y la implicancia que conlleva la preparación psicológica, física y económica por la que han atravesado las partes involucradas en este proyecto.

Por lo expuesto, habiendo acreditado los Sres. G.C.M. y R.A.G., su calidad de afiliados a la obra social demandada y estar expresamente autorizados judicialmente a realizar las técnicas médicas de gestación por subrogación de vientre, aportando el material genético uno de los comitentes, con ovodonación, siendo la gestante la Sra. E.E.M., de conformidad con las directivas médicas y supervisión del equipo médico respectivo que designen los interesados, considero que dicho tratamiento debe ser afrontado por la demandada OSPe.



Poder Judicial de la Nación
Juzgado Federal n° 2 de Mendoza

No conmueve esta interpretación, el segundo argumento vertido por la demandada al negar la cobertura, esto es que el pedido proviene de un profesional ajeno a la red contratada, ya que ella misma hace expresa referencia que en el caso de que el pedido sea para un afiliado de OSPe, la obra social cuenta con prestadores idóneos para efectuar el tratamiento, sin indiciar cuáles son esos prestadores ni aportar opciones a los actores para orientar a las partes a realizar el tratamiento con otro efector.

Es que, siempre en el acotado marco de conocimiento de una medida cautelar, considero que no otorgar la precautoria podría derivar un perjuicio grave en las condiciones de vida de los actores, que luego de obtener autorización judicial para efectuar el tratamiento anhelado, han atravesado un proceso con sus médicos tratantes en el Instituto CREO, ya que OSPe no ha ofrecido una alternativa válida y equivalente a los fines de llevar a cabo su voluntad procreacional.

Por lo expuesto, considero acreditado, al menos liminarmente, el requisito de verosimilitud en el derecho de la medida incoada.

Respecto al peligro en la demora, supone demostrar que existe peligro de que si se mantuviera o alterara la situación de hecho o derecho existente, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible.

En tal sentido, sostiene Rivas que: “.....la urgencia debe jugar como una condición prácticamente excluyente para que puede adoptarse una decisión anticipatoria. De tal manera, ha de existir una razón de necesidad impostergable, un plus decisivo acumulable a la simple e intrascendente indisponibilidad o pérdida del derecho”. (conf. Rev. de Derecho Procesal – Medidas Cautelares”, pág. 140/41 Ed. Rubinzal – Culzoni).

Al respecto cabe ponderar que el tiempo de preparación de las partes involucradas y la edad de la gestante (34 años), resulta ser un factor determinante para determinar el peligro en la demora.

Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar a la medida cautelar solicitada y en consecuencia, ordenar a OSPe OBRA SOCIAL DE PETROLEROS a brindar cobertura del tratamiento requerido por los Sres. G.C.M. y R.A.G., de fertilización in vitro, con ovodonación, más ICSI con vientre subrogado en la Clínica CREO; más los estudios y/o medicación indicados para las partes, gestante y/o donante, de conformidad con lo prescripto por su médico tratante, Dr. Luciano Sabatini y en los términos de la autorización otorgada por el Dr. Marcos Krochik - Juez de Familia y Violencia Familiar, en los autos n° 319/2021 caratulados: “M., E.E., M., G.C., G.B., R.A. p/ acciones



Poder Judicial de la Nación
Juzgado Federal n° 2 de Mendoza

derivadas de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A.) - Medida autosatisfactiva”.

Sobre este tema la jurisprudencia ha dicho: “...En torno a la obligación de la obra social de cubrir la TRHA requerida por los actores, ésta deberá asumir las obligaciones zanjadas en el orden nacional a través de la sanción de la ley nacional 26.862 (en adelante, LRMA) y su decreto reglamentario, específicamente.5.1. Aquella garantiza el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción para la concepción de un embarazo, incluidas las técnicas de baja y alta complejidad, que comprendan o no la donación de gametos o embriones (artículos 1 y 2). Este derecho le asiste a toda persona mayor de edad que -de conformidad con lo previsto en la ley n° 26.529 haya explicitado su consentimiento informado. Esta ley obliga claramente a todos los agentes que brinden servicios médicos asistenciales, independientemente de la figura jurídica que posean, a incorporar como prestaciones obligatorias la cobertura integral de los tratamientos de LRMA (artículo 8), los cuales, se hallan incluidos dentro del Programa Médico Obligatorio (PMO).5.2. A su vez, el decreto reglamentario n° 956/PEN/2013 prevé expresamente, en sus considerandos, que la cobertura de estos tratamientos de fertilidad DEBE SER BRINDADA por las obras sociales. Por su parte, mediante la resolución n° 1-E/2017 el Ministerio de Salud de la Nación -como autoridad de aplicación de dicha normativa- precisa los procedimientos y prácticas médicas que se encuentran incluidos en los tratamientos de RMA, entre ellos la ovodonación ... Así, los derechos reproductivos en juego merecen una solución urgente, puesto que el paso del tiempo sin tener acceso a las TRHA afecta la tasa de éxito de los mismos. Amén de implicar una degradación en el campo psicofísico de la pareja...”. (Juzg. Cont. Adm. y Tributario N° 6, Ciudad Autónoma de Buenos Aires; C., V. D. y otros vs. Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSBA) s. Amparo - Salud - Medicamentos y tratamientos24/06/2021; Rubinzal Online /// RC J 3579/21).

También que: “... es oportuno señalar que la obra social demandada insiste en la resistencia a la cobertura de la práctica entendiendo que el caso no tiene regulación legal específica, aludiendo -con acierto- a las discusiones que se generaron respecto al tema de la sustitución de vientre, pero no puede negar que aristas tales como la filiación exceden el marco de la pretensión de este amparo, dado que aquí no se discute el emplazamiento filial, sino si a la demandada le corresponde cubrir o no el tratamiento de fertilización in vitro, con material genético propio de los esposos y la criopreservación de los embriones, entendiendo que a hoy, la realidad es que la coactora no tiene



Poder Judicial de la Nación
Juzgado Federal n° 2 de Mendoza

útero y que la única forma de su evolución sería mediante su implantación en un vientre sustituto (gestación por sustitución)...” (CCC Sala III, Salta, Salta , T. C., E. M. y otro vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (IPS) s. Amparo; 06/11/2019; Rubinzal Online /// RC J 12441/19).

VI.- Por último y respecto a la contracautela, dado el contexto actual, deberán los actores rendir caución juratoria por escrito, la que deberá ser digitalizada por el profesional actuante en el sistema de gestión judicial con firma digital de éste último, bajo el compromiso de comparecer, oportunamente, en forma personal al Tribunal, efectos de suscribir la misma.

Por lo expuesto, **RESUELVO:**

1º) TENER PRESENTE el dictamen fiscal emitido y **DECLARAR** la procedencia del fuero federal y la competencia del juzgado para entender en las presentes actuaciones.

2º) TENER PRESENTE el informe remitido por el Sexto Juzgado de Familia/GEJUAF Capital, respecto a autos n° 319/2021/6F caratulados “M., E.E., M., G.C., G.B., R.A. p/ Acc. derivadas de la Filiación por Técnicas De Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A.) - Medida autosatisfactiva”.

3º) HACER LUGAR a la medida cautelar solicitada por GC.M. y R.A.G.B. y, en consecuencia, ordenar a OSPe (Obra Social de Petroleros) a brindar cobertura del tratamiento de fertilización *in vitro*, con ovodonación, más ICSI con vientre subrogado en la Clínica CREO; más los estudios y/o medicación indicados para las partes, gestante y/o donante, de conformidad con lo prescripto por su médico tratante, Dr. Luciano Sabatini y en los términos de la autorización otorgada por el juez de Familia y Violencia Familiar, Dr. Marcos Krochik, en el marco de los autos n° **319/2021**, rotulados: “M., E.E., M., G.C., G.B., R.A. p/ acciones derivadas de la filiación por Técnicas de Reproducción Humana Asistida (T.R.H.A.) - medida autosatisfactiva”.

4º) PREVIO al despacho de la medida, deben rendir la actora CAUCIÓN JURATORIA en la forma establecida en el considerando pertinente.

5º) IMPRIMIR a la acción el trámite del proceso sumarísimo, señalado por el arts. 498 del CPCCN, ordenándose conferir traslado de la demanda a OSPe (Obra Social de Petroleros) por el término de cinco (5) días, plazo en el cual deben comparecer, contestar, ofrecer prueba y constituir domicilio electrónico, bajo apercibimiento de ley.

Protocolícese. Notifíquese.

Dr. Pablo O. Quirós
Juez Federal