

UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21
CARRERA DE ABOGACIA
SEMINARIO FINAL



NOTA A FALLO

La perspectiva de discapacidad, como herramienta jurídica:
Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala I – Lomas de Zamora
"G. M. V. C/ OSDE (ORGANIZACION DE SERVICIOS DIRECTOS
EMPRESARIOS) S/ AMPARO"

Alumno: Matías Rodrigo Fernández Etcheto

Legajo: VABG78950

D.N.I.: 31.252.261

Tutor: Paula Gastaldi

Fecha de entrega: 30 de junio del 2024

Sumario: *I. Introducción de la nota a fallo. II. Reconstrucción de la premisa fáctica, historia procesal y descripción de la decisión del Tribunal. III. Análisis de la Ratio Decidendi en la sentencia. IV. Análisis conceptual de jurisprudencia y doctrina. V. Postura del autor. VI. Conclusión. VII. Referencias bibliográficas. VII. a. Legislación. VII. b. Jurisprudencia. VII. b. Doctrina. VIII. Anexo.*

I. Introducción

En esta ocasión nos remitiremos al análisis de la sentencia "G. M. V. C/ OSDE (ORGANIZACION DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS) S/ AMPARO", en la Provincia de Buenos Aires, dictada con fecha 11 del mes de julio del año 2022, con acuerdo de los jueces de la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, del Departamento Judicial Lomas de Zamora.

El fallo trata sobre el derecho a la salud de un niño con discapacidad (TEA) y, la obligación de O.S.D.E. de proporcionar las prestaciones requeridas por profesionales externos a su cartilla, a fines de garantizar el derecho a la salud de un niño en situación de discapacidad. Debido a ello, no solo ha de tenerse en especial consideración la situación de **vulnerabilidad** que implica la minoría de edad por su condición de persona en desarrollo, sino en el caso en particular, ha de sumarse su situación de discapacidad, lo que nos impone maximizar su protección (art. 23 CDN, 19 CADH).

Considero de importancia el fallo, dado que los magistrados no solo deberán analizar si la parte demandada actuó conforme al derecho y a las reglamentaciones vigentes, sino que además deberán tener especial consideración los principios establecidos en los tratados internacionales suscriptos por la República Argentina, los cuales maximizan la protección de los grupos de vulnerabilidad, específicamente tratándose de niños con discapacidades.

El problema jurídico más destacado parece ser el de **Problemas de relevancia**. Este problema se manifiesta en la necesidad de determinar la norma aplicable al caso, lo cual es crucial para resolver la disputa en cuestión. En tal caso, Moreso y Vilajosana (2004) advierten que se trata de situaciones en las que existen dificultades para determinar el encuadre apto para juzgar los hechos.

El problema se advierte en la confrontación de las posturas críticas adoptadas por las partes. Así, mientras por un lado el recurrente sostiene que podría considerarse que la cobertura prestada por O.S.D.E, se enmarca en lo normado por la Ley 24.901 y sus reglamentaciones, atento que la negativa por parte de la empresa de medicina prepaga de brindar los tratamientos solicitados por prestadores *ajenos* a la obra social no resultaría contraria a lo dispuesto por la ley mencionada anteriormente. Por otro lado, la amparista, a diferencia de lo sostenido por el apelante, sostiene que el artículo 39 de la ley de mención, establece expresamente que "Será obligación de los entes que prestan cobertura social, el reconocimiento de los siguientes servicios a favor de las personas con discapacidad: a) Atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, conforme así o determine las acciones de evaluación y orientación estipuladas en el artículo 11 de la presente ley."

Es decir, que la propia norma contempla la posibilidad de que la obra social o prestadora de medicina prepaga deba garantizar ciertas prestaciones mediante profesionales ajenos a su cartilla. Lo que se discute no es la posibilidad de atención por profesionales externos, sino la obligación de cubrir sus costos en su totalidad.

Por último, se valora la especial situación en la que se encontraba el menor, por lo que será función de la jurisdicción garantizar la efectividad del plus de derechos que la normativa internacional de derechos humanos le reconoce. (Art. 3, 23, 24 y ccchts. CDN, arts. 25 y 28 CDPD, art. 3 ley 26.061, art. 4 ley 13.298).

Esta discusión implica la interpretación y aplicación de normas jurídicas relevantes para el caso específico, lo que subraya la importancia del problema de relevancia jurídica.

II. Premisa fáctica, historia procesal y decisión del tribunal

En el relato de los hechos, la Organización de Servicios Directos Empresariales (OSDE), quien resultara como demandado vencido, mediante sentencia dictada por la Sra. Juez titular del Juzgado de Familia N°1 del Departamento Judicial de Avellaneda Lanús, con fecha 08/04/22, en la cual la magistratura hacía lugar a lo solicitado en la oportunidad por la actora Sra. M. V. G., en representación de su hijo menor de edad T.T.,

quien había reclamado mediante amparo que la prestadora de medicina prepaga otorgue la cobertura al 100 % de los tratamientos prescritos por los médicos tratantes, a través de profesionales ajenos a su cartilla, todo ello conforme el artículo 39 de la ley 24.901.

El recurrente centra su queja sosteniendo que de conformidad con la ley 24.901 y sus reglamentaciones no resulta obligación de la empresa la cobertura de las prestaciones solicitadas mediante profesionales ajenos a la misma, señalando que ha puesto a disposición de la reclamante la cobertura del 100% de los tratamientos prescritos a través de profesionales contratados por OSDE.

Por otra parte, la Sra. V. M. G., sostiene que, a diferencia de lo sostenido por el apelante, el artículo 39 de la ley 24.901 contempla la posibilidad de que la obra social o prestadora de medicina prepaga deba garantizar ciertas prestaciones mediante profesionales ajenos a su cartilla.

Contra dicha forma de resolver se alza el demandado mediante recurso de apelación, interpuesto en fecha 13/04/22, el que fuera concedido por auto del día 16/05/22. La parte demandada decide apelar la decisión del colegiado de primera instancia, asintiendo que los derechos del niño no habían sido vulnerados.

Luego de repasar los extremos facticos del caso, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Sala I – Lomas de Zamora, decide ratificar la decisión del juzgado de primera instancia.

III. La ratio decidendi en la sentencia

Los señores jueces que integran la Excma. Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, del Departamento Judicial Lomas de Zamora, doctores **Javier Alejandro Rodiño y Pablo Saúl Moreda**, con la presencia del secretario actuante, resolvieron no hacer lugar al reclamo de OSDE y confirmar la sentencia apelada en lo que ha sido materia de recurso y agravios. Costas de Alzada a la demandada quien continúa perdidosa.

Comenzó destacando que el objeto de la acción involucra el derecho a la salud de un niño en situación de discapacidad. Que, debido a ello, no solo ha de tenerse en especial consideración la situación de vulnerabilidad que implicaba la minoría de edad por su condición de persona en desarrollo, sino que en el caso en particular de T. ha de sumarse

su situación de discapacidad, lo que imponía maximizar la protección jurisdiccional. (art. 23 CDN, 19 CADH).

Mencionó que, en la especie, no sólo cobraba especial relevancia la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya normativa impone el deber de garantizar que en toda medida que se adopte y que afecte los derechos de este colectivo, sea el interés superior de estos la consideración primordial, sino que había de sumarse las directivas particulares consagradas por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (con jerarquía constitucional conf. Ley 27.044) que obligaba a los magistrados a intervenir y resolver con perspectiva de discapacidad.

Subrayó que, en atención a la especial situación en la que se encontraba el menor, era función de la jurisdicción garantizar la efectividad del plus de derechos que la normativa internacional de derechos humanos le reconoce. (Art. 3, 23, 24 y ccmts. CDN, arts. 25 y 28 CDPD, art. 3 ley 26.061, art. 4 ley 13.298). Recordó que, en cuanto al derecho a la salud involucrado en el caso de autos, el mismo se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales con rango constitucional, en los que se custodiaba el derecho a la salud de los niños, y en particular a quienes integran el grupo doblemente vulnerable de niños con discapacidad.

Seguidamente, afirmó que las vías ordinarias sugeridas por el quejoso se mostraban como inidóneas para una adecuada, rápida y eficaz protección de los derechos fundamentales implicados, los cuales en su instrumentación —por la naturaleza de este— no admite dilaciones.

En consecuencia, apreciando las circunstancias de caso en el cual se encontraba involucrado el derecho a la salud de un niño en situación de discapacidad, y el derecho de este a un adecuado desarrollo, el instrumento eficaz para concretar la protección reclamada resultaba ser el amparo, el cual procede, aun si existen otras vías alternativas utilizables, cuando estas por resultar lentas o dificultosas tornarían ilusoria la pretensión esgrimida. De manera que, a efectos de evitar que el rigor de las formas pudiera conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela en orden constitucional, rechazó el agravio sobre el punto.

En relación con el agravio referido a la cobertura de las prestaciones requeridas por la amparista, tampoco ha de prosperar. El recurrente centra su queja sosteniendo que

de conformidad con la ley 24.901 y sus reglamentaciones, no resulta obligación de la empresa la cobertura de las prestaciones solicitadas mediante profesionales ajenos a la misma, señalando que ha puesto a disposición de la reclamante la cobertura del 100% de los tratamientos prescritos a través de profesionales contratados por OSDE. En cuanto a ello, los magistrados destacaron que, a diferencia de lo sostenido por el apelante, el artículo 39 de la ley 24.901 contempla la posibilidad de que la obra social o prestadora de medicina prepaga debía garantizar ciertas prestaciones mediante profesionales ajenos a su cartilla.

A lo dicho agregó, que más allá de lo sostenido por el recurrente, de los propios elementos habidos en la causa podía inferirse la ineffectividad del servicio ofrecido por la demandada, lo que impuso a la usuaria la necesidad de realizar una actividad extra, obligándola a realizar gestiones burocráticas que atentaron contra el derecho a la salud, educación y buen desarrollo del menor.

Por último, añadió como consideración también trascendente a fin de ratificar la sentencia atacada, el hecho consistente en el vínculo que existía entre el niño y los profesionales que lo atienden en la actualidad, elemento que no puede ser analizado desde una óptica meramente prestacional, puesto que involucra el derecho de T. a su adecuado desarrollo.

Por lo expuesto, los magistrados de la Alzada coincidieron en que correspondía confirmar la sentencia de la instancia en cuanto había sido objeto de agravios (art. 33, 42 y 75, inc. 22 C.N; art. I y XI D.A.D.D.H.; art. 3 y 25 D.U.D.H.; Ley N.º 26.378 -aprueba Convención sobre Discapacidad- y 27.044; doct. arts. 36, 163 CPCC).

IV. Análisis conceptual, antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales

A lo largo de la historia, las sociedades le han otorgado al fenómeno de la discapacidad variadas acepciones, provocando así distintos abordajes sociales, médicos o jurídicos. Aquí me concentraré en las formas de definir de la *Organización Mundial de la Salud*. En 1980, la OMS publicó la “*Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías (CIDDM)*”, donde distinguía diferentes términos.

Discapacidad es “toda restricción o ausencia (como consecuencia de una deficiencia) para realizar una actividad dentro de un margen que se lo considera normal para una persona”. Al respecto, la *Organización Panamericana de la Salud* ha dicho que “Las personas con discapacidad son aquellas que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, en interacción con diversas barreras, pueden obstaculizar su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás”.

Actualmente, la concepción social de la discapacidad pone énfasis en la adaptación del medio social y la inclusión por encima de la integración de la persona con discapacidad, y traslada la responsabilidad de adaptarse a la sociedad, y no al sujeto.

El modelo social define la discapacidad como una "construcción social" impuesta, plantea una visión de la misma como un colectivo sometido y propone un cambio sociopolítico de pleno reconocimiento de derechos. La CDPD se asienta en los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que vigorizan la operatividad de la inclusión que impone el reconocimiento del ejercicio pleno de los derechos de las PCD. (Pérez Gallardo y Pagano, 2020, p. 4).

El 13 de diciembre de 2006 se sancionó en el marco de Naciones Unidas la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ya desde su artículo 1º introduce la idea de respeto a la dignidad inherente a la persona con discapacidad. La convención reafirma derechos reconocidos en otros instrumentos respecto de la no discriminación e igualdad, y reconoce de manera autónoma los derechos a la accesibilidad, la movilidad personal y la habilitación y rehabilitación.

En Argentina, la CDPD es aprobada por el congreso en mayo de 2008 junto con su protocolo facultativo. En el año 2014 el instrumento adquiere jerarquía constitucional en nuestro país mediante la ley N° 27.044.

Las personas con discapacidad (PcD) son entendidas en la actualidad, como el conjunto de sujetos en la sociedad que posee algún tipo de condición de discapacidad, que le impide desenvolverse de manera plena en su vida. Esta definición de discapacidad es la que actualmente adopta nuestro sistema jurídico, a partir de los cambios impulsados

por la CDPD. Este abordaje es el llamado *modelo social* de la discapacidad, ya que pone el énfasis en la modificación del medio y no del sujeto.

Si bien la CDPC significó un quiebre en la materia en nuestro país, encontramos un antecedente importante en la reforma constitucional de 1994, que facultó al congreso nacional a sancionar medidas de acción positiva que promovieran la igualdad real de oportunidades y de trato, en especial para niños, mujeres, ancianos y personas con discapacidad (art. 75 inc. 23, CN).

La ley de protección integral de las personas discapacitadas N°22.431 sancionada en el año 1981 y que aún se encuentra en vigencia, en su art. 2 plantea una definición de discapacidad que se relaciona directamente con el criterio de normalidad esperado para una persona de igual edad o medio social. Se establece una serie de servicios públicos que deben ser garantizados para las personas con discapacidad, algunas normas de accesibilidad edilicia, y el sistema de registración.

El ***Trastorno del Espectro Autista*** (TEA), es una condición de vida de algunas personas, es una *discapacidad neurológica* que requiere asistencia especial e interdisciplinaria por parte del sistema de salud, y su cobertura se encuentra garantizada en forma integral por las normas argentinas. Sin embargo, algunas obras sociales y empresas de medicina prepaga se niegan a cubrir las prestaciones correspondientes, en clara vulneración de los derechos fundamentales de las personas con TEA (Marrama, 2022)

El Trastorno del Espectro Autista, se encuentra incluido en el Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales (DSM-5), el cual al respecto versa:

El Trastorno del Espectro Autista se caracteriza por déficits persistentes en la comunicación social y la interacción social en múltiples contextos, incluidos los déficits de la reciprocidad social, los comportamientos comunicativos no verbales usados para la interacción social y las habilidades para desarrollar, mantener y entender las relaciones. (Asociación Americana de Psiquiatría, 2014, p. 81).

La reforma constitucional de 1994 estableció en su artículo 75 inciso 23 que le corresponde al Congreso:

Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

Constitución de la Nación Argentina [Const.] (22 de agosto de 1994) Artículo 75 inc. 23. (Segunda Parte. Capítulo Cuarto) 1º ed. Editorial legislativa.

La ley nacional 27.043/14, declara de interés nacional el abordaje integral e interdisciplinario de las personas que presentan TEA, estableciendo en su art. 4, a quiénes corresponde, con carácter obligatorio, las prestaciones necesarias para la pesquisa, detección temprana, diagnóstico y tratamiento de los Trastornos del Espectro Autista; a la vez, incorpora al Plan Médico Obligatorio (PMO) la cobertura de dichos procedimientos.

En efecto, la pesquisa, detección temprana, diagnóstico y tratamiento del TEA, además de quedar comprendidas en el PMO (cfr. art. 2 inc. c de la ley N° 27.043/2014), quedan incluidos en el Sistema de Prestaciones Básicas en habilitación y rehabilitación integral a favor de las personas con discapacidad (cfr. arts. 11, 12 y 26 de la ley N° 24.901/97).

De este modo, la cobertura por parte del sistema de salud de las prestaciones del Acompañante Terapéutico queda garantizada por el Plan Médico Obligatorio (cfr. art. 2 inc. e y 4 ley nacional N° 27.043/2014) y por la cobertura establecida por ley N° 24.901/1997.

Cabe destacar que el objeto de la acción traída a estudio involucra el derecho a la salud de un niño en situación de discapacidad, por lo que no solo cobra especial relevancia la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que ha de sumarse las directivas particulares consagradas por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (con jerarquía constitucional conf. Ley 27.044).

Así lo ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a instar al Estado Argentino a promover una estrategia amplia e integral para el logro de todos los derechos consagrados en la Convención “teniendo debidamente en cuenta el

modelo de Derechos Humanos de la Discapacidad” (Observación final del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRDP/C/ARG/CO/1, 27/09/2012).

Ahora bien, en cuanto al derecho a la salud involucrado en el caso, corresponde recordar que el mismo se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales con rango constitucional.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece expresamente el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (cfr. art. 12, ley 23.313, art. 75 inc. 22, CN).

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud” (cfr. art. 24, Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849; art. 75 inc. 22, CN).

Estándares resaltados por nuestro Máximo Tribunal Nacional al decir que el derecho a la preservación de la salud es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública, quien debe 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” (cfr. CSJN, Fallos 321:1684; 323).

Por su parte, en el caso particular de los niños con discapacidad, resulta importante señalar que el derecho a la salud se encuentra expresamente asegurado mediante los artículos 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En cuanto a ello, el Comité sobre los Derechos del Niño observo especialmente que “Los Estados Partes de la Convención reconocen el derecho del niño con discapacidad a recibir cuidados especiales y alentaran y asegurarán la prestación de asistencia necesaria (...) La asistencia debe ser adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él”, agregando que “Las medidas adoptadas para la aplicación de los derechos contenidos en la Convención con respecto a los niños con discapacidad, por ejemplo en los ámbitos de la educación y la salud, deben dirigirse explícitamente a la inclusión máxima de esos niños en la sociedad.”

(Observación General N°9 del Comité sobre los Derechos del Niño, “los derechos de los niños con discapacidad”, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007).

En similar sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo recientemente que “El Estado debe garantizar que las normas y actos estatales no afecten derechos de los niños y niñas a gozar el más alto nivel de salud y acceso a tratamiento de enfermedades, ni que este derecho se vea afectado por actos de terceros.” (CorteIDH, Caso “Vera Rojas y otros vs. Chile”, Sent. del 01/10/21).

Con relación al agravio referido a la cobertura de las prestaciones requeridas por la amparista, el recurrente centra su queja sosteniendo que de conformidad con la ley 24.901 y sus reglamentaciones, no resulta obligación de la empresa la cobertura de las prestaciones solicitadas mediante profesionales ajenos a la misma.

En cuanto a ello, no puede dejar de destacarse que a diferencia de lo sostenido por el apelante, el artículo 39 de la ley 24.901 establece expresamente que “Será obligación de los entes que presten cobertura social, el reconocimiento de los siguientes servicios a favor de las personas con discapacidad: a) Atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, conforme así lo determine las acciones de evaluación y orientación estipuladas en el artículo 11 de la presente ley.”.

Es decir, que la propia norma contempla la posibilidad de que la obra social o prestadora de medicina prepaga deba garantizar ciertas prestaciones mediante profesionales ajenos a su cartilla.

Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación -remitiendo al dictamen de la Procuradora Fiscal- al sostener que “(...) en casos donde se encuentran implicados el derecho a la salud, desarrollo pleno e integración de un niño con capacidades diferentes -en el particular contexto del estatuto de la discapacidad-, los padres del menor sólo deben acreditar la condición de su hijo, su carácter de afiliado y la prescripción profesional respectiva y la parte demandada debe ocuparse de probar -y poner a disposición- una alternativa entre sus prestadores, que proporcione un servicio análogo al que persigue en juicio y demostrarse la exorbitancia o sin razón de la elección paterna.” (CSJN, Fallos: 327:2413; 331:2135; y 332:1394; en ig., sent. CNApel. Civ. Com. Fed., Sala II, 3519/2004, L. R., M. V. c/OSDE s/ Amparo de Salud”, sent. 6/12/21).

Por su parte, el Máximo Tribunal Continental ha destacado la debida diligencia que cabe aún a los entes privados cuando se encuentran involucrados los derechos humanos. Así ha dicho que "Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación." agregando en lo que interesa para el presente que "La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresa: b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos." (CorteIDH, Caso "Vera Roja vs. Chile", Sent. del 01/10/21).

V. Postura del autor

La sentencia del tribunal en el caso "G. M. V. C/ OSDE (ORGANIZACION DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS) S/ AMPARO", reafirma la importancia de juzgar con perspectiva de discapacidad, lo cual se encuentra consagrado tanto en la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, como también en las *Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, donde se vislumbra la responsabilidad de los jueces de garantizar el modelo social de discapacidad, con el fin de proteger a los más débiles, garantizando el acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, debiendo otorgar los servidores y operadores del sistema de justicia, un trato adecuado a sus circunstancias singulares.

Atento al cumulo de jurisprudencia, doctrina y legislación correspondiente al caso de análisis, el tribunal puso fin a la controversia, dándole una solución al asunto, acorde tanto a la normativa local vigente, como así también a la legislación internacional a la cual se ha suscripto la República Argentina, a la cual se le ha otorgado en la oportunidad, jerarquía constitucional.

El tribunal, en su fallo, demostró un respeto consistente a los precedentes judiciales establecidos. En el caso "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de

Buenos Aires" (CSJN, Fallos 321:1684; 323), la Corte Suprema sostuvo que “El art. 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, garantiza el derecho a la salud integral y establece que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria.” y que “El derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional - art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional - extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva”.

Seguidamente el tribunal a quo, expuso que el recurrente a sostenido en su defensa el cumplimiento de lo establecido por la ley 24.901 y sus reglamentaciones, centrando en su defensa que no resulta obligación de la empresa la cobertura de las prestaciones solicitadas mediante profesionales ajenos a la misma, señalando que ha puesto a disposición de la reclamante la cobertura del 100 % de los tratamientos prescriptos a través de profesionales contratados por OSDE.

En cuanto a ello, no puede dejar de destacarse que a diferencia de lo sostenido por el apelante, el artículo 39 de la ley 24.901 establece expresamente que “Será obligación de los entes que prestan cobertura social, el reconocimiento de los siguientes servicios a favor de las personas con discapacidad: a) Atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, conforme así o determine las acciones de evaluación y orientación estipuladas en el artículo 11 de la presente ley”.

En consecuencia, entiendo que el fallo actual siguió esta línea, evaluando cuidadosamente lo expuesto por las partes, para posteriormente realizar una interpretación y aplicación de las normas jurídicas relevantes para el caso específico.

Por lo expuesto, cabe nuevamente subrayar la especial situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el niño menor de edad involucrado en autos, resultando una situación particularmente vulnerable, atento a la condición de niño menor de edad en proceso de desarrollo, como así también teniendo en cuenta la condición de discapacidad que presenta, diagnosticada por los profesionales médicos tratantes (TEA).

Culminando, los jueces han cumplido, a mi entender, con la función jurisdiccional en forma satisfactoria, resguardando el interés superior del niño, promoviendo el adecuado acceso a la justicia, tanto del menor como de su progenitora, quienes, luego de un arduo camino burocrático, donde solo sufrieron las consecuencias de medidas

dilatorias por parte de OSDE, se verán beneficiados por una resolución judicial acorde a la normas y principios jurídicos relevantes para el caso.

VI. Conclusión

Sobre la base de la resolución emitida por la Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, del Departamento Judicial Lomas de Zamora, en la causa "G. M. V. C/ OSDE (ORGANIZACION DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS) S/ AMPARO", en tanto la misma resuelve la *problemática de relevancia* con un encuadre fundado en el art. 39 de la ley 24.901; art. 33, 42 y 75, inc. 22 C.N; art. 1 y 11 D.A.D.D.H.; art. 3 y 25 D.U.D.H.; Ley 26.378 -aprueba Convención sobre Discapacidad- y 27.044; doct. arts. 36, 163 CPCC, se lleva a reflexionar que el fallo en cuestión aborda de manera exhaustiva la problemática relacionada con el *problema de relevancia*, el cual se manifiesta en la necesidad de determinar la norma aplicable al caso.

La nota a fallo centra su contenido en la necesidad de aplicar una herramienta jurídica denominada *perspectiva de discapacidad*, teniendo en especial consideración para el caso en concreto, la particular situación de *vulnerabilidad* de un niño en edad de desarrollo, diagnosticado con “Trastorno del Espectro Autista”.

Este elemento posee un valor trascendental, dado que frente a hechos de la índole que aquí recibieron juzgamiento, los jueces tienen el derecho (y el deber) de impartir una justicia acorde a las directivas particulares consagradas por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (con jerarquía constitucional conf. ley 27.044) que obliga a los magistrados a intervenir y resolver con perspectiva de discapacidad.

A lo largo de la nota se destacaron tres puntos clave:

1. La interpretación del tribunal sobre el alcance de los principios jurídicos relacionados a la necesidad de juzgar con perspectiva en discapacidad, colocando al grupo de personas en situación de vulnerabilidad, en situación de igualdad.
2. La valoración de las pruebas presentadas por ambas partes.
3. La relevancia del contexto social y económico en la decisión final.

Culminando, el fallo del tribunal puede considerarse correcto en su interpretación y aplicación de la ley, dado que promueve una visión inclusiva y equitativa del principio de igualdad, estableciendo un precedente importante para futuras interpretaciones judiciales en temas de inclusión y equidad.

VII. Referencias Bibliográficas.

Legislación

- Constitución de la Nación Argentina - 1994 (Arts. 5, 14, 16, 32, 75 inc. 22 e inc. 23).
- Constitución de la Provincia de Buenos Aires – 1994 (Art. 36 inc. 1, 5 e inc.8)
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - 1948 (Art. 12).
- Declaración Universal de Derechos Humanos - 1948 (Art. 26).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos – 1966 (Art. 13).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – 1976.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos - 1969 (Art. 19, 26).
- Convención sobre los Derechos del Niño - 1989 (Arts. 23, 28 y 29).
- Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad – 2008.
- Ley 23.313/86. Apruébense los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Civiles y Políticos y su Protocolo facultativo.
- Ley 23.054/84. Aprueba la Convención Americana sobre derechos Humanos.
- Ley 23.849/90. Aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño.
- Ley 26.378/2008. Aprueba la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo.

- Ley 27.044/2014. Otorgase jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.
- Ley 26.061/2005. Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.
- Ley 27.043/2014. Declaráse de Interés Nacional el abordaje integral e interdisciplinario de las personas que presentan Trastornos del Espectro Autista (TEA).
- Ley 22.431/81. Sistema de protección integral de los discapacitados (Arts. 2 y 4).
- Ley 23.660/88. Obras Sociales.
- Ley 23.661/88. Sistema Nacional del Seguro de la Salud.
- Ley 24.754/96. Medicina Prepaga.
- Ley 26.682/2011. Medicina Prepaga.
- Ley 24.901/97. Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad.
- Ley 13.298/05. Ley de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños.
- Resolución 428/99. Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad.
- Resolución 1328/06 del Ministerio de Salud de la Nación.
- Decreto 492/95. Programa Medico Obligatorio.
- Decreto 777/19. Reglamentación Ley 27.043.
- Acordada CSJN N°5 del 2009, el Tribunal adhirió a las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana

Jurisprudencia

- Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, del Departamento Judicial Lomas de Zamora “G. M. V. c/ OSDE (Organización de Servicios Directos Empresarios) s/ Amparo”, sent. del 11/07/2022.
- CSJN, Fallos: 327:2413; 331:2135; y 332:1394; en ig., sent. CNApel. Civ. Com. Fed., Sala II, 3519/2004, L. R., M. V. c/OSDE s/ Amparo de Salud”, sent. 6/12/21.
- Cámara Federal de San Martín – Sala II “Naranjo, Emiliano Pablo c/ Universidad Nacional de la Matanza (UNLAM) s/Amparo Ley 16.986”, sent. del 17/03/2014.
- Cámara Federal de La Plata – Sala II “B, M C c/ Obra Social del Personal del Automóvil Club Argentino s/ Prestaciones Médicas”, sent. del 02/03/2021.
- CorteIDH, Caso "Vera Roja vs. Chile", Sent. del 01/10/21.

Doctrina

- ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1ª reimpresión, 1987.
- MORESO, J. J., y VILAJOSANA, J. M., *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
- SEDA, Juan Antonio, *Discapacidad y Derechos: impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Jusbaire, 1ª edición, Libro Digital, 2017.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo y PAGANO, Luz María, *Discapacidad y Modelo Social*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Erreius, 1ª edición, 2020.
- MARRAMA, Silvia. (agosto de 2022). *Vulnerabilidad de la persona con trastorno del espectro autista y obligatoriedad de cobertura por parte del*

sistema de salud del acompañante terapéutico, Revista Temas de Derecho Civil, Persona y Patrimonio. Recuperado de <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/14591>.

- ASOCIACION AMERICANA DE PSIQUIATRIA, *DSM-5. Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales*, España, Panamericana, 5^a edición, Libro digital, 2014.

VIII. Anexo.

**G. M. V. C/ OSDE (ORGANIZACION DE SERVICIOS DIRECTOS
EMPRESARIOS) S/ AMPARO**

Exp: AV-4568-2018

Jz Flia. N°1 de Avellaneda Lanús

(a.s.)

*En la ciudad de Lomas de Zamora, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20 y 3975/20), reunidos en Acuerdo ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, del Departamento Judicial Lomas de Zamora, doctores **Javier Alejandro Rodiño y Pablo Saúl Moreda** con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho para dictar sentencia la causa **AV-4568-2018**, caratulada: "**G. M. V. C/ OSDE (ORGANIZACION DE SERVICIOS DIRECTOS EMPRESARIOS) S/ AMPARO**"; y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes:*

—CUESTIONES—

1º.- ¿Es justa la sentencia dictada? 2º.- ¿Qué corresponde decidir?

*Practicado el sorteo de ley (art. 263, última parte, Código Procesal), arrojó el siguiente orden de votación: doctores **Javier Alejandro Rodiño y Pablo Saúl Moreda.***

—V O T A C I O N—

*A la primera cuestión, el Dr. **Javier Alejandro Rodiño** dice:*

I. Que la Sra. Juez titular del Juzgado de Familia N°1 del Departamento Judicial de Avellaneda Lanús dictó sentencia en fecha 08/04/22 haciendo lugar al amparo peticionado por la Sra. M. V. G., ordenando en consecuencia a Organización de Servicios Directos Empresariales (OSDE) que arbitre los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud del niño T. T., debiendo cubrir el ciento por ciento del tratamiento cognitivo conductual, 20 horas semanales de acompañante externo en el ámbito escolar y 2 horas semanales de psicomotricidad en el centro especializado en autismo y trastorno generalizado del desarrollo, el cual podría ser desarrollado por las Lic. M. F.D. y/o quien indique la progenitora, conforme la situación actual del niño.

Dicha sentencia resultó objeto de aclaratoria por resolución del día 22/04/22 a través de la cual se dejó asentado que OSDE debía arbitrar los medios necesarios para garantizar el derecho a la salud de T. T. cubriendo el ciento por ciento del tratamiento indicado por el Dr. C., especialista en neurología fonoaudiología con orientación neurolingüística (2 hrs. semanales) y tratamiento psicológico con terapia cognitiva conductual (6 hrs.) con supervisión, terapia ocupacional con orientación sensorial 3 horas semanales. A su vez, debe garantizar el traslado con dependencia de lunes a viernes al colegio la llave del cielo

azul (½ jornada), acompañante terapéutico en ámbito escolar (20 horas semanales) y acompañante en domicilio (20 horas semanales), así como el tratamiento psiquiátrico que realiza desde el mes de septiembre del año 2021 con medicación psiquiátrica (rispiridona 1 mg y aripiprazol 1 mg.). Por último, se señaló que el profesional tratante debía informar a OSDE las evoluciones que vaya presentando el niño a los fines de adecuar el tratamiento conforme la evolución en el diagnóstico y pronóstico del niño.

Contra dicha forma de resolver se alza el demandado mediante recurso de apelación interpuesto en fecha 13/04/22, el que fuera concedido por auto del día 16/05/22.

Habiéndose fundado el recurso en la misma presentación del día 13/04/22, este fue contestado por la amparista a través del escrito de fecha 24/05/22 y por la Sra. Asesora de Incapaces interviniente por dictamen del 31/05/22.

Arribados los presentes a esta Alzada, se llamaron autos para sentencia en fecha 27/06/22, el que se encuentra firme y consentido, y autoriza el dictado de la presente.

II. DE LOS AGRAVIOS.

II. i. De la demandada:

En primer término, se agravia el recurrente con relación a la vía intentada por la actora a fin de solicitar la tutela judicial de los derechos del niño T. T.. Sostiene que la vía de amparo es improcedente para dar curso al reclamo puesto que no se encuentran acreditados los extremos previstos por el art.43 de la Constitución Nacional. Entiende que no surgen motivos por los cuales el reclamo no pudiera tramitar mediante un juicio de mayor amplitud probatoria como puede ser un proceso sumarísimo u ordinario.

Agrega que la vía elegida no es la procedente dado que la negativa de OSDE de brindar los tratamientos solicitados con prestadores ajenos a la obra social no resulta contraria a las normas que regula la materia

de la discapacidad (ley 24.901 y sus reglamentaciones). Indica que su parte siempre puso a disposición de la actora la cobertura integral de las prestaciones requeridas mediante prestadores contratados por la obra social, destacando que su empresa cuenta con prestadores propios que podrían brindar dichas prestaciones al 100%. Asimismo, considera que no se ha logrado acreditar en autos que las prestaciones debieran ser efectuadas imprescindiblemente por profesionales determinados.

Por otra parte, se queja de que la sentencia apelada es arbitraria por cuanto la sentenciante efectúa una valoración parcial de la prueba informativa producida en autos.

Por último, señala que de sostenerse la sentencia en el sentido en que se ha dictado dicha decisión produce perjuicio en los afiliados de OSDE, puesto que ellos son quienes deberán hacerse cargo de las consecuencias de la resolución. Así, solicita se deje sin efecto la sentencia en crisis, debiendo imponerse las costas a la actora.

III. ANTECEDENTES:

Se inician estos obrados a instancia de la Sra. M. V. G. en representación de su hijo T. T. de 8 años de edad, quien presenta diagnóstico de trastorno generalizado del desarrollo no especificado, trastorno del espectro autista (Certificado de Discapacidad N° ARG - 02 - 00054095318 - 20170824 - 20200824 - BS - 315).

Denuncia que promueve los presentes contra la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) en virtud que en el año 2017 y a pedido del Jardín de Infantes, se le sugirió la derivación a neurología, debido a que su hijo presentaba trastornos de conducta evidentes y problemas de relación con su entorno socio ambiental. Así, siendo T. atendido por el médico neurólogo de la cartilla de la demanda, Dr. R. A. C. (en Centro CINEU), este le prescribió al niño la realización de terapia cognitivo conductual con coordinación y supervisión en el domicilio a razón de 10 horas semanales, acompañante externo en el ámbito escolar

a razón de 20 horas semanales y Psicomotricidad a razón de 2 horas semanales.

Habiendo requerido la cobertura del tratamiento prescripto a la demandada, la empresa la habría derivado a la prestadora PROSAM, quien en primer lugar derivó al niño con la Lic. M. B., con quien no mostró avances, siendo la actora informada con posterioridad que dicha profesional no realizaba la terapia prescripta sino terapia de tipo emocional. Comunicándose nuevamente con la prestadora esta le hizo saber que no encontraban profesional que realizara dicha terapia, por lo que en consecuencia se le indicó que buscara por sus medios algún profesional que la realizara.

Dicha situación fue informada al Neurólogo del niño quien le sugirió concurrir ante un Centro especializado en autismo y trastornos generalizados del desarrollo, derivándolo con la Lic. M. F. D., quien se desempeña en la Fundación Ed.In.P.P.A.

Señala la actora que ha sido la propia empresa demandada quien le indicó que debía manejarse mediante el sistema de reintegro, sin haberle comunicado que dicho sistema tenía un límite de dinero. Así, al presentar los presupuestos del tratamiento ante OSDE se le informó que no se autorizaba el total de las prestaciones sino un monto parcial.

Ante la situación descripta los profesionales actuantes redujeron las horas de labor adaptándose al presupuesto aprobado, por lo cual T. no se encontraba realizando el tratamiento en la extensión prescripta por el médico neurólogo.

Promovidos los presentes obrados, a fs. 87/91 la magistrada de grado hizo lugar a la medida cautelar innovativa solicitada por la amparista, ordenando a OSDE a garantizar el derecho a la salud del niño, mediante la cobertura de las prestaciones requeridas.

Cumplido luego con el informe circunstanciado previsto por el art. 10 de la ley 13.928 (v. presentación del día 06/08/18), y producida la prueba ofrecida por las partes, en fecha 08/04/22 se dictó sentencia,

haciendo lugar a la acción promovida, la que siendo objeto de recurso de apelación arriba a esta Alzada a fin de su tratamiento.

III. CONSIDERACIONES DE LAS QUEJAS.

III.i. Ingresando en el estudio de la cuestión traída, cabe comenzar destacando que el objeto de la acción involucra el derecho a la salud de un niño en situación de discapacidad.

En razón de ello, no sólo ha de tenerse en especial consideración la situación de vulnerabilidad que implica la minoría de edad por su condición de persona en desarrollo, sino que en el caso particular de T. ha de sumarse su situación de discapacidad, lo que nos impone maximizar su protección. (art. 23 CDN, 19 CADH).

Por ello es que, en la especie, no sólo cobra especial relevancia la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya normativa impone el deber de garantizar que en toda medida que se adopte y que afecte los derechos de este colectivo, sea el interés superior de estos la consideración primordial, sino que ha de sumarse las directivas particulares consagradas por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (con jerarquía constitucional conf. ley 27.044) que nos obliga a los magistrados a intervenir y resolver con perspectiva de discapacidad.

Así lo ha señalado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad al instar al Estado Argentino a promover una estrategia amplia e integral para el logro de todos los derechos consagrados en la Convención "teniendo debidamente en cuenta el modelo de Derechos Humanos de la discapacidad" (Observación Final del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, CRDP/C/ARG/CO/1, 27/09/2012).

Es decir que, en atención a la especial situación en la que se encuentra T., es función de la jurisdicción garantizar la efectividad del plus de derechos que la normativa internacional de derechos humanos le

reconoce. (Art.3, 23, 24 y ccdts. CDN, arts.25 y 28 CDPD, art.3 ley 26.061, art.4 ley 13.298).

III.ii. Ahora bien, en cuanto al derecho a la salud involucrado en el caso de autos, corresponde recordar que el mismo se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales con rango constitucional.

Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece expresamente el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental (cfr. art. 12, ley 23.313, art. 75 inc. 22, CN).

A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud ” (cfr. art. 24, Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849; art. 75 inc. 22, CN).

Estándares resaltados por nuestro Máximo Tribunal Nacional al decir que el derecho a la preservación de la salud es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública, quien debe 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” (cfr. CSJN, Fallos 321:1684; 323)

Por su parte, en el caso particular de los niños con discapacidad, resulta importante señalar que el derecho a la salud se encuentra expresamente asegurado mediante los artículos 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño y art.25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

En cuanto a ello, el Comité sobre los Derechos del Niño observó especialmente que "Los Estados Partes en la Convención reconocen el derecho del niño con discapacidad a recibir cuidados especiales y

alentarán y asegurarán la prestación de asistencia necesaria (...) La asistencia debe ser adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él" agregando que "Las medidas adoptadas para la aplicación de los derechos contenidos en la Convención con respecto a los niños con discapacidad, por ejemplo en los ámbitos de la educación y la salud, deben dirigirse explícitamente a la inclusión máxima de esos niños en la sociedad." (Observación General N°9 del Comité sobre los Derechos del Niño, "los derechos de los niños con discapacidad", CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2007).

En similar sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo recientemente que "El Estado debe garantizar que las normas y actos estatales no afecten derechos de los niños y niñas a gozar el más alto nivel de salud y acceso a tratamiento de enfermedades, ni que este derecho se vea afectado por actos de terceros.". (CorteIDH, Caso "Vera Rojas y otros vs. Chile", Sent. del 01/10/21).

III. iii. En dicho contexto de análisis, he de ingresar en el estudio del agravio introducido por el recurrente respecto de la vía elegida por la actora para exigir la tutela del derecho.

Sobre el tópico, este tribunal —con distinta integración— tiene dicho que la Suprema Corte Provincial ha sentado como premisa que "(...)La procedencia del amparo se justifica en las razones de urgencia que presenta el caso, teniendo en consideración las particularidades del mismo, la naturaleza del bien protegido -protección a la salud- y el derecho que surge del carácter de afiliado a la entidad demandada (...)" (conf. SCBA, B-65493, S 9-12-2004, in re "G. A., Z. S. y o. s/ Amparo").

La tutela brindada por el amparo se extiende a los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, precepto que tiende a evitar cualquier tipo de hermenéutica cerrada o rigurosa (conf. Morello-Vallefin, "El Amparo - Régimen Procesal", pág. 27 y ssgt.).

El amparo procede aún si existen otras vías alternativas utilizables cuando éstas por resultar lentas o dificultosas tornarían ilusoria la pretensión esgrimida. La demora en el tiempo en la satisfacción de un verdadero derecho prestacional, de raigambre constitucional, se traduciría de facto en una omisión constitucional, en detrimento del derecho a la vida, que debe ser subsanada por el órgano judicial requerido, en este proceso constitucional de amparo, so pena de reducir el derecho a una mera abstracción y a la misma manda constitucional en mero catálogo de ilusiones (art. 36 inc. 8 de la Constitución Provincial).

-

En el ámbito del proceso de amparo se analiza si la conducta u omisión del accionado lesiona, restringe, altera o amenaza, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos al amparista por la Constitución Nacional, los tratados internacionales o las leyes. A tal efecto, se realiza un examen individual de la situación, sin tomar en consideración el trato que da el demandado a quienes se encuentran en igual situación que el reclamante, pues lo que interesa en el caso concreto es la preservación de los derechos de aquel que ha recurrido a la justicia.

Por los fundamentos expuestos, resulta adecuado afirmar que las vías ordinarias sugerida por el quejoso se muestran como inidóneas para una adecuada, rápida y eficaz protección de los derechos fundamentales implicados, los cuales en su instrumentación —por la naturaleza del mismo— no admite dilaciones.

En consecuencia, apreciando las circunstancias de caso en el cual se encuentra involucrado el derecho a la salud de un niño en situación de discapacidad, y el derecho del mismo a un adecuado desarrollo, el instrumento eficaz para concretar la protección reclamada resulta ser el amparo. En consecuencia, a efectos de evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela en orden constitucional, corresponde rechazar el agravio sobre el punto.

III. iv. Ahora, con relación al agravio referido a la cobertura de las prestaciones requeridas por la amparista, he de adelantar que el agravio tampoco ha de prosperar.

Como se ha dicho, el recurrente centra su queja sosteniendo que de conformidad con la ley 24.901 y sus reglamentaciones no resulta obligación de la empresa la cobertura de las prestaciones solicitadas mediante profesionales ajenos a la misma, señalando que ha puesto a disposición de la reclamante la cobertura del 100% de los tratamientos prescriptos a través de profesionales contratados por OSDE.

Como punto de partida, he de observar que no se encuentra controvertido en autos ni el diagnóstico ni el tratamiento prescripto al niño T., sino que la cuestión a decidir se centra en la cobertura integral del tratamiento prescripto.

En cuanto a ello, y dentro del marco evaluatorio señalado en los puntos anteriores, no puede dejar de destacarse que a diferencia de lo sostenido por el apelante, el artículo 39 de la ley 24.901 establece expresamente que "Será obligación de los entes que prestan cobertura social, el reconocimiento de los siguientes servicios a favor de las personas con discapacidad: a) Atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología, conforme así o determine las acciones de evaluación y orientación estipuladas en el artículo 11 de la presente ley."

Es decir, que la propia norma contempla la posibilidad de que la obra social o prestadora de medicina prepaga deba garantizar ciertas prestaciones mediante profesionales ajenos a su cartilla.

En el caso de autos, dicha circunstancia puede verificarse incluso en el hecho de que mediante el sistema de reintegros la propia demandada ha aceptado la posibilidad de atención del niño T. por personal ajeno a su contratación. Lo que discute entonces, no es la posibilidad de atención

por profesionales externos, sino la obligación de cubrir sus costos en su totalidad.

Y aquí cobra relevancia la particular situación de T. y los derechos involucrados (salud y educación), por cuanto estos requieren de su máxima satisfacción en tiempo adecuado.

Por ello, no puede dejar de observarse que, si bien la demandada sostiene que puso a disposición de la progenitora del niño sus propios prestadores a los fines de llevar a cabo los tratamientos, de la prueba informativa producida en autos surge que el Instituto del Niño no contaba con vacantes disponibles para la prestación (v. oficio del 08/04/21) y que APAdA no brindaba servicio de psicomotricidad (v. oficio del día 22/04/21).

Es decir, que más allá de lo sostenido por el recurrente, de los propios elementos habido en la causa puede inferirse la ineffectividad del servicio ofrecido por la demandada, lo que impuso a la usuaria la necesidad de realizar una actividad extra, obligándola a realizar gestiones burocráticas que atentan contra el derecho a la salud, educación y buen desarrollo de T..

Dichos elementos, me convencen que asiste razón a la accionante en cuanto a los hechos denunciados al promover el presente, circunstancias que, reitero, en virtud de los derechos en juego imponía a la demandada la obligación de garantizar las prestaciones que le fueran ordenadas en forma efectiva.

Así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación — remitiendo al dictamen de la Procuradora Fiscal— al sostener que "(...) en casos donde se encuentran implicados el derecho a la salud, desarrollo pleno e integración de un niño con capacidades diferentes -en el particular contexto del estatuto de la discapacidad-, los padres del menor sólo deben acreditar la condición de su hijo, su carácter de afiliado y la prescripción profesional respectiva y la parte demandada debe ocuparse de probar -y poner a disposición- una alternativa entre sus prestadores,

que proporcione un servicio análogo al que persigue en juicio y demostrarse la exorbitancia o sin razón de la elección paterna." (CSJN, Fallos: 327:2413; 331:2135; y 332:1394; en ig., sent. CNApel. Civ. Com. Fed., Sala II, 3519/2004, L. R., M. V. c/OSDE s/ Amparo de Salud", sent. 6/12/21).

Extremos, estos último, que no se han verificado en autos.

Por su parte, el Máximo Tribunal Continental ha destacado la debida diligencia que cabe aún a los entes privados cuando se encuentran involucrados los derechos humanos. Así ha dicho que "Las empresas deben respetar los derechos humanos. Eso significa que deben abstenerse de infringir los derechos humanos de terceros y hacer frente a las consecuencias negativas sobre los derechos humanos en las que tengan alguna participación." agregando en lo que interesa para el presente que "La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas:

b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos." (CorteIDH, Caso "Vera Roja vs. Chile", Sent. del 01/10/21).

Y todo lo dicho, ha de sumarse otra consideración también trascendente a fin de ratificar la sentencia atacada, y es el hecho consistente en el vínculo existente entre T. y los profesionales que lo atienden en la actualidad, elemento que no puede ser analizado desde una óptica meramente prestacional, puesto que involucra el derecho de T. a su adecuado desarrollo.

Así, de los informes obrantes a fs.13/14 y fs. 15/16 surgen las dificultades que ha tenido el niño a fin de adaptarse al tratamiento propuesto, circunstancia superada, que ha dado como resultado la formación de vínculos importantes para llevar adelante el tratamiento, lo

que amerita ser tenido en cuenta a los fines de no interferir en su evolución.

Este último elemento, concluye mi convencimiento de que hace al mejor interés de T. confirmar la sentencia traída, por cuanto garantiza la realización integral del tratamiento prescripto mediante los profesionales adecuados con los cuales mantiene un vínculo paciente-profesional satisfactorio; lo que así he de proponer al Acuerdo.

III. v. Por último, con relación a las costas corresponde decir que la calidad de vencido está dada por el enfoque global del resultado de la contienda, por lo que no se admite parcelar el litigio en relación a los reclamos (SCBA, 11/9/73, AyS, 1973-II-144).

A mayor abundamiento debemos señalar que el principio general en materia de costas en la ley procesal tiene indudable filiación objetiva; se atiende al resultado del proceso. (Morello y colab., "Códigos (...)", t II, pgs. 385, 387).

El presente tipo de proceso cuenta con un régimen especial en materia de imposición de costas, contenido en el artículo 19 de la ley 13.928 (según Ley 14192) que dicta que "Las costas del proceso se impondrán al vencido. El Juez, en los casos de amparo colectivo, podrá además aplicar supletoriamente en materia de costas lo normado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. No habrá condena en costas si antes del plazo fijado para la contestación de demanda, cesara el acto u omisión que motivó el amparo".

En base a lo que surge de la presente causa no existen méritos suficientes para apartarse del principio general señalado en los párrafos precedentes ni del aquel contenido en la normativa especial aplicable a la materia, ya que, en virtud de lo señalado precedentemente, las constancias de la causa dan cuenta de la necesidad que tuvo la parte actora de iniciar las presentes actuaciones a fin de obtener la cobertura médica requerida. (art. 19 Ley 13928 -según Ley 14192- y art. 68 CPCC).

III. vi. Por lo expuesto, corresponde confirmar la sentencia traída en cuanto ha sido objeto de agravios (art. 33, 42 y 75, inc. 22 C.N; art. I y XI D.A.D.D.H.; art. 3 y 25 D.U.D.H.; Ley 26.378 -aprueba Convención sobre Discapacidad- y 27.044; doct. arts. 36, 163 CPCC).

En base a estas consideraciones:

VOTO POR LA AFIRMATIVA.

*A la misma primera cuestión, el Dr. **Pablo Saúl Moreda**, por consideraciones análogas, adhiere y **TAMBIEN VOTA POR LA AFIRMATIVA.***

*A la segunda cuestión, el Dr. **Javier Alejandro Rodiño** dice:*

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde confirmar la sentencia apelada en lo que fuera materia de recurso y agravios. Las costas de Alzada habrán de ser soportadas por la demandada quien continúa perdidosa (art. 68 del CPCC). Los honorarios profesionales se regularán en su oportunidad (Leyes 8904 y 14967).

ASI LO VOTO.

*A la misma segunda cuestión, el Dr. **Pablo Saúl Moreda**, por compartir fundamentos, adhiere y **VOTA EN IGUAL SENTIDO.***

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente,

—S E N T E N C I A—

En el Acuerdo quedó establecido que la sentencia apelada debe ser confirmada.

POR ELLO, CONSIDERACIONES del Acuerdo que antecede y **CITAS LEGALES**, confirmase la sentencia apelada en lo que ha sido materia de recurso y agravios. Costas de Alzada a la demandada quien continúa perdidosa. Difiérese la regulación de los honorarios profesionales para su oportunidad. REGISTRESE. NOTIFIQUESE (art. 10 Ac. 4013 SCBA y modif.). Oportunamente, DEVUELVA (Ac. 3975/20 SCBA).

JAVIER ALEJANDRO RODIÑO
JUEZ DE CAMARA

PABLO SAUL MOREDA
JUEZ DE CAMARA

GERMAN PEDRO DE CESARE
SECRETARIO DE CAMARA

Domicilios electrónicos:

(domicilio - actora) 27924588719@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR
(domicilio - demandada)
20120455843@NOTIFICACIONES.SCBA.GOV.AR

REFERENCIAS:

Funcionario Firmante: 11/07/2022 14:58:47 - RODIÑO Javier Alejandro
- JUEZ

Funcionario Firmante: 11/07/2022 17:05:25 - MOREDA Pablo Saúl -
JUEZ

Funcionario Firmante: 11/07/2022 20:40:07 - DE CESARE German
Pedro - SECRETARIO DE CÁMARA

228400312030170075

***CAMARA DE APELACION EN LO CIVIL Y COMERCIAL SALA I -
LOMAS DE ZAMORA
NO CONTIENE ARCHIVOS ADJUNTOS***