Poder Judicial de la Nación

JUZGADO FEDERAL DE RIO CUARTO

1724/2024

G, M. B. EN REP. DE SU HIJO B.B.R. Y OTRO c/ OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE LA INDUSTRIA FIDEERA s /AMPARO LEY 16.986

SENTENCIA DEFINITIVA

Río Cuarto, veintisiete de mayo de dos mil veinticuatro.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: **"G, M. B. EN REP. DE SU HIJO B.B.R. Y OTRO c/ OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE LA INDUSTRIA FIDEERA s/AMPARO LEY 16.986",** Expte. FCB 1724/2024, venidos a despacho para resolver en definitiva;

Y CONSIDERANDO:

I. Que el día 06/03/2024, comparece la Sra. M. B. G. (D.N.I. N°36.426.043), en nombre y representación de su hijo menor de edad B. B. R. (DNI N°58.312.066), e interpone acción de amparo en contra de la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE LA INDUSTRIA FIDEERA (OSPIF), con domicilio en calle Alejandro Roca N°320 de esta ciudad de Río Cuarto, solicitando se ordene a ésta la cobertura inmediata e integral (100%) en los términos prescriptos por la médica especialista en Neuropediatría tratante de su hijo, Dra. Faustinelli Valeria (M.P. Nº27113/4), las siguientes prestaciones: a) acompañante terapeútico: 20 horas semanales, periodo febrero a diciembre 2024; b) transporte con dependencia: traslado del domicilio a la escuela -de lunes a viernes- ida y vuelta, con dependencia. Traslado del domicilio a rehabilitación, ida y vuelta con dependencia, cinco veces por semana.

Dice la compareciente que su hijo es una persona con discapacidad producto de un parto prematuro. Que en los primeros meses fue diagnosticado con "*cuadriplejia espástica*", como consecuencia de lo cual tiene dificultades motrices, al punto de no poder caminar. Manifiesta que en la actualidad B. cuenta con tres años de edad y se encuentra inscripto en el ciclo lectivo 2024 en el Jardín de Infantes Damas Mendocinas. Explica que el progreso en el colegio se pudo lograr gracias a que el año pasado durante todo el ciclo lectivo, él estuvo acompañado por diferentes profesionales que le permitieron avanzar de año, logrando

#38700494#412790025#20240527122230780

aprender contenidos y obteniendo la mayor autonomía posible. Sin embargo, dice la actora, en la actualidad su hijo se ve imposibilitado de asistir a sus clases, debido a que la demandada no quiere cubrir su transporte con dependencia y su acompañante terapéutica, las que resultan indispensables para que su hijo pueda asistir al jardín. Agrega, que en el actual contexto económico resulta imposible que estos gastos sean cubiertos de manera privada por su familia, ya que no cuentan con los medios económicos para solventar estos gastos u otros, que requiere su hijo, como por ejemplo la consulta con su neuróloga, la cual no recibe su obra social, y al no conseguir otro profesional dada la alta demanda que tiene esta especialidad, deben optar por abonar la consulta que tiene un costo de $25.000. Reitera en ese sentido, que su hijo no puede caminar, por lo que es de vital importancia que lo acompañen en el transporte cada vez que tiene que trasladarse, ya que deben subirlo y bajarlo a upa. Explica también, que el problema de salud que su hijo padece hace que no pueda valerse por sí solo en los actos cotidianos que todo niño puede realizar dentro del aula, ya que sus movimientos son muy bruscos y pone en peligro su integridad física y la de sus compañeros, por lo que resulta de vital importancia que cuente con su acompañante terapéutica. Agrega, que el menor todavía usa pañales, de manera que si resultara necesario hacer algún cambio de pañales en el jardín, la única autorizada es su acompañante terapéutica.

Dice entonces la compareciente, que desde el mes de febrero, viene solicitando la cobertura de las prestaciones para el año en curso (febrero a diciembre de 2024), todo ello conforme con las formalidades solicitadas por la demandada. No obstante lo cual, sigue diciendo la actora, a pesar de cumplir con los requerimientos- adjuntando y presentando todos los documentos en las oficinas de la mutual- las respuestas que recibí de la demandada vía Whatsapp, siempre fueron respuestas negativas y evasivas de cumplir con las prestaciones solicitadas. Que ante su consulta el día 14/02/2024 para saber si ya estaban listas las autorizaciones, la secretaria de la obra social le respondió mediante audio de Whatsapp, que: "*Se autorizan todas las prestaciones, a excepción de Transporte con dependencia y Acompañante Terapeutico, que no se autoriza por la edad...*". Que debido a ello, informó a la accionada que B. no camina, que no puede manejarse sin su acompañamiento en el transporte y que sin la acompañante terapéutica no puede comenzar el jardín, a pesar de lo cual obtuvo otra respuesta negativa a través de una audio de Whatsapp, donde se le comunicaba que "el acompañante terapéutico no te lo van a aprobar,

#38700494#412790025#20240527122230780

vos querés hacerte asesorar por un abogado, eso corre por cuenta tuya…, pero yo desde ya te voy diciendo que no te lo van a aprobar, por que tengo a varios que no se lo han aprobado… este año está muy complicado el tema de la aprobación en discapacidad…". Posteriormente, el día 15/02/2024 volvió a preguntar, obteniendo respuesta favorable sobre el transporte con dependencia, pero no con el acompañante terapéutico, respecto a lo cual le informaron: "El transporte ya está autorizado… y lo del acompañante terapéutico no esta autorizado, por que el puntaje de la planilla FIM no da como para que él tenga ese tipo de asistencia". Manifiesta, que ante todas estas respuesta negativas y atento a que en pocos días comenzaba el ciclo lectivo 2024 y B. no iba a poder asistir, el día 21/02/2024 decidió enviar un Telegrama Ley Correo Argentino (CD N° 106092793) solicitando la cobertura pedida por el neurólogo, recibiendo por respuesta una carta documento Correo Argentino (CD 239477088) poniendo en su conocimiento que no le autorizaban el transporte con dependencia, a pesar de que anteriormente se lo habían autorizado y que en el certificado único de discapacidad indica que necesita transporte con dependencia. Respecto de la solicitud de acompañante terapeutica le manifestaron que el médico tratante de B. había solicitado 20 horas semanales pero no había especificado cuál sería la función a desempeñar por el profesional, y que debía cumplir con tal extremo a fines de revaluar su petición. Reitera, que sobre esta última prestación ya le habían comunicado por audios de WhatsApp que no le iban a cubrir acompañante terapéutico, por lo cual queda en evidencia la actitud maliciosa de burocratizar constantemente los pedidos a fines de desalentar su reclamo.

Destaca la madre del menor, que las prestaciones de acompañante terapéutico y transporte con dependencia cumplen un papel de vital importancia en la vida de B., puesto que, por un lado, el transporte facilita su traslado desde la casa al jardín y a sus terapias, y por otro lado, la acompañante terapéutica ayuda en todos sus procesos, desarrollos y relaciones, mencionando algunas de las tareas en las que interviene.

Por último, la amparista ofrece prueba y solicita se haga lugar a la acción, con costas a la demandada.

II. Que con fecha 06/03/2024 se ordena correr vista al Sr. Fiscal Federal, la que fue evacuada de manera favorable a la competencia de este Tribunal. Así, con fecha 07/03/2024 se rechazó la medida cautelar solicita y se requirió a la demandada para que presente el informe previsto en el artículo 8º de la ley 16.986.

III. Con fecha 19/03/2024 compareció el Sr. Defensor Oficial ejerciendo la representación complementaria del menor y proponiendo prueba de su parte.

IV. Posteriormente, con fecha 20/03/2024 comparece el Dr. Adolfo Eduardo MATARRESE en carácter de apoderado de la demandada OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE LA INDUSTRIA FIDEERA (OSPIF) a los efectos de responder al informe que le fuera requerido.

En primer lugar, formula una negativa general y particular sobre los hechos y el derecho invocados en la demanda, no obstante lo cual reconoce la calidad de afiliados del menor y su madre, como así también la patología que el hijo de la amparista padece.

En párrafo aparte, asegura la demandada que el menor se encuentra recibiendo todas las prestaciones, tal como fueran prescriptas por sus médicos tratantes. Aclara, que no hubo una negativa a cubrir las prestaciones objeto de la presente acción, lo que surge de la carta documento que se envió a la actora en respuesta a su misiva en fecha 27 de febrero del corriente año. En ese sentido, pone de manifiesto que se autorizó la prestación de transporte (sin dependencia) conforme a la normativa vigente. Y, con respecto al acompañante terapéutico, dice haber solicitado documentación faltante a los fines de justificar las horas solicitadas.

En relación al transporte con dependencia, agrega que luego de ser evaluada su solicitud por la auditoría de la obra social, se concluyó que no podía prosperar en tanto de acuerdo a lo dispuesto por la Superintendencia de Servicios de Salud el adicional de dependencia corresponde cuando la edad del afiliado con CUD sea mayor o igual a 6 años. En consecuencia, toda vez que B. tiene 3 años de edad, debe estar acompañado por madre, padre o tutor. Sostiene entonces que no se configura el supuesto de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que requiere la Ley Nº 16.986.

Así también, en lo que concierne a la prestación de acompañante terapéutico, reitera que nunca negó la prestación, sino que el médico tratante solicita 20 horas semanales, sin especificar cuál sería la función a desempeñar por el profesional, lo que motivara un pedido de la obra social en ese sentido a los fines de reevaluar la situación. Por lo que, tampoco en este caso se habría configurado el requisito ineludible de la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta previsto en la ley de amparo.

#38700494#412790025#20240527122230780

Finalmente, el representante de la demandada ofrece prueba, hace reserva de caso federal y solicita el rechazo de la demanda, con costas.

V. Que con fecha 20/03/2024 se abrió a prueba la causa y una vez incorporada ésta, con fecha 17/04/2024 pasaron los autos a despacho para resolver. Posteriormente, se dictó medida para mejor proveer el día 10/05/2024, requiriendo a la Municipalidad de Río Cuarto la realización de una encuesta socio-ambiental para que informe "*cómo está compuesto su grupo familiar conviviente, cuál es la actividad laboral de sus padres y el origen y monto aproximado de los ingresos económicos del grupo familiar*". Incorporado el informe con fecha 17/05/2024, quedaron las presentes actuaciones en condiciones de resolver.

Y CONSIDERANDO:

1.- Admisibilidad de la vía elegida:

Previo a todo, resulta necesario señalar a título de introito que es doctrina constante y reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que "…*el amparo es un proceso excepcional sólo utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva* …" (C.S.J.N., Fallo 299:185; 301:1061, entre muchos otros).

En este aspecto, al incorporarse la acción de amparo al articulado de la Constitución Nacional sancionada en 1994, gran parte de la doctrina sostuvo que dejó de ser una vía subsidiaria para convertirse por expresa disposición constitucional en una alternativa directa y principal ya que sólo se encuentra condicionada -en este aspecto- a que no exista otro medio judicial más idóneo (art. 43 de la Constitución Nacional).

2.- Requisitos formales:

En el caso de autos la admisibilidad formal de la acción de amparo resulta incuestionable, desde que el bien jurídico afectado -salud de un menor con discapacidad- y el grave peligro que puede suscitar su tardía atención integral, determina que la acción judicial entablada sea el recurso idóneo para la protección jurisdiccional de la preservación de la salud.

La salud y bienestar físico de las personas son bienes tutelados constitucionalmente, cuya protección y coordinación no admiten demoras, las formas no deben actuar como obstáculo para la obtención de la justicia en el caso concreto.

3.- Requisitos sustanciales:

En cuanto a los recaudos de admisibilidad sustancial del amparo se exige la existencia de vicios de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y que la lesión de los derechos o garantías constitucionales resulte del acto u omisión (en este caso de un particular) de manera clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos y de amplio debate o prueba (Fallos 306:1253; 307:747). El concepto de ilegalidad se circunscribe a "…*que se haya vulnerado un derecho o garantía constitucional, sea actuando de manera manifiestamente contraria a la ley o a un decreto, a una ordenanza, etc…*" (Sagues, Néstor Pedro "Ley de Amparo - comentada, anotada y concordada con las normas provinciales", Pág. 96, Ed. Astrea). La ilicitud puede provenir tanto de una acción como de una omisión que en forma notoria sea opuesta a la ley.

4.- La cuestión a resolver:

Ingresando al análisis de la pretensión de fondo, corresponde referir que se presenta a la instancia la Sra. M. B. G. (D.N.I. N°36.426.043), en nombre y representación de su hijo menor de edad B. B. R. (DNI N°58.312.066) promoviendo acción de amparo contra la OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE LA INDUSTRIA FIDEERA (OSPIF), a fin de que se le ordene brindar al menor la COBERTURA EN FORMA INMEDIATA e INTEGRAL de las prestaciones indicadas por su médica tratante, consistentes en: **(i) acompañante terapéutico:** 20 horas semanales, de febrero a diciembre del corriente año; y **(ii) transporte con dependencia:** de lunes a viernes (ida y vuelta) desde su domicilio a la escuela, y desde su domicilio a terapia de rehabilitación (ida y vuelta), cinco veces a la semana. En el relato de los hechos refiere que el niño B. se encuentra afiliado a OSPIF, padeciendo de "cuadriplejia espástica" por parte prematuro conforme surge del Certificado de Discapacidad -ley 22.341- expedido con fecha 27/04/2021, que acompaña.

Por su parte, al contestar la demanda OSPIF recalca que no rechazó la cobertura requerida, sino que, en el caso de la prestación de acompañante terapéutico, se le requirió a la afiliada que justifique el pedido describiendo las tareas que el acompañante debía realizar. Mientras que, en relación al transporte, el mismo fue reconocido sin dependencia en la

#38700494#412790025#20240527122230780

medida que por resolución de la Superintendencia de Servicios de Salud aquella corresponde a los menores a partir de los seis años, en tanto hasta esa edad deben ser acompañados por un familiar. En esa inteligencia, sostiene que no habiendo negativa al pedido de cobertura solicitado por la amparista, no existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en su accionar que justifique la demanda deducida en su contra.

En este cauce, se encuentra acreditada la condición de afiliadas a OSPIF de la Sra. M. B. G. (D.N.I. N°36.426.043), y de su hijo menor de edad B. B. R. (DNI N°58.312.066) con copia de las respectivas credenciales (incorporada al Sistema de Gestión Judicial Lex 100) así como la patología que el niño padece, a tenor del Certificado de Discapacidad emitido por el Gobierno de la Provincia de Córdoba a través de la junta Evaluadora de Río Cuarto con fecha 27/04/2021 con vencimiento el 27/04/2025, cuyo diagnóstico es " *Cuadriplejia espástica. Parto prematuro*", con orientación prestacional consistente en: Estimulación Temprana. Transporte. Asimismo obran como prueba documental: orden médica suscripta con fecha 13/12/2023 por la médica especialista en pediatría y neuropediatría Dra. Valeria FAUSTINELLI, requiriendo Acompañante Terapéutico por 20 horas semanales, de febrero a diciembre de 2024. Al mismo tiempo la profesional indicó " *traslado del domicilio a escuela, de lunes a viernes (ida y vuelta) con dependencia*", y " *traslado del domicilio a rehabilitación (ida y vuelta) con dependencia, cinco veces por semana*". Asimismo, se acompañaron informes terapéuticos de la Lic. en psicomotricidad Gisela Vanina RIECKMAN, de la Fonoaudióloga María Eugenia MAI, y de la Lic. en psicomotricidad y acompañante terapéutica del menor Noelia Rita MONTIEL. Así también, se acompañó Telegrama Ley Nº23.789, remitido a la demandada con fecha 21/02/2024, mediante el cual la actora reclamó por la cobertura de las prestaciones, conjuntamente con la respuesta de la accionada a través de carta documento remitida con fecha 28/02/2024. Con el mismo objeto se acompañó copia de pantalla de una conversación de Whatsapp entre la actora y un contacto agendado en el dispositivo bajo el nombre "*Ospif Whatsapp*", habiéndose incorporado también como archivos digitales los audios correspondientes. Por último, en lo que hace a la prueba incorporada por la amparista, se incorporó certificado escolar emitido por el Jardín de Infantes Damas Mendocinas.

Por otra parte, al producirse la prueba informativa, los profesionales tratantes de la menor, reconocieron la autenticidad de las respectivas firmas y contenido de la documentación adjuntada como prueba por la amparista y que fuera reseñada en el párrafo

que antecede. Cabe destacar en particular, el informe producido por la Dra. FAUTINELLI en respuesta al oficio remitido por el Defensor Oficial, donde la médica a cargo del tratamiento integral del menor, justifica las prestaciones indicadas. Concretamente, explica que el paciente "*no presenta independencia motora para ninguna actividad de la vida diaria* ", y agrega que "requiere traslado c/dependencia de terceros y acompañamiento terapéutico para la totalidad de las actividades escolares y de rehabilitación". Por otra parte, en lo que refiere específicamente a la prestación de acompañante terapéutico, la Licenciada en Psicomotricidad que acompaña al menor en su actividad escolar, manifiesta que atiende a B. por derivación de la Dra. FAUTINELLI y describe detalladamente las actividades que desarrolla en el ámbito escolar, facilitando la comunicación del paciente con su docente y sus compañeros, estimulando su capacidad motriz e incentivando el aprendizaje. Finalmente, el informe aclara que al momento de su presentación (10/04/2024) el menor no se encuentra escolarizado debido a que no puede asistir al jardín sin la asistencia de un acompañante.

Es así que, no encontrándose discutido que el hijo de la accionante cuenta con la cobertura de OSPIF y asimismo posee Certificado Único de Discapacidad, en este cauce vale señalar que el artículo 2º de la Ley N°24.901 dispone que: "*Las obras sociales, comprendiendo por tal concepto las entidades enunciadas en el artículo 1° de la ley 23.660, tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la presente ley, que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas*". Finalmente el art. 19 reza: "*Los servicios específicos desarrollados en el presente capítulo al sólo efecto enunciativo, integrarán las prestaciones básicas que deberán brindarse a favor de las personas con discapacidad…*".

Especialmente ha de tenerse en cuenta que la atención y asistencia integral de la discapacidad, constituye una política pública de nuestro país, habiéndose asumido compromisos internacionales a tenor de los cuales se encarece la tutela.

En efecto, la demandada resulta obligada a responder conforme la Ley Nº24.901, así como la Convención Interamericana para Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Cabe recordar que los menores y/o discapacitados a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial de su interés viene tanto a orientar como a condicionar la

#38700494#412790025#20240527122230780

decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos. Existe, respecto a los discapacitados la noción de otorgar un PLUS como mayor protección a sus niveles de salud y a los condicionamientos que su particular situación de vulnerabilidad les trae aparejados.

En este marco, la Ley Nº26.061 de Protección Integral de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes, define el interés superior de la niña, niño y adolescente como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en dicha norma, estableciendo que cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, deberán prevalecer los primeros. Asimismo consagra el derecho a la seguridad social a niñas, niños y adolescentes debiendo los Organismos del Estado establecer políticas y programas de inclusión para ellos que consideren los recursos, su situación y de las personas que sean responsables de su mantenimiento y consagra el principio de efectividad conforme al cual los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en dicha norma. Asimismo los tribunales de nuestro país han sostenido que "…*los niños, a más de la especial atención que requieren de quienes están obligados a su cuidado, de los jueces y la sociedad toda, no pueden sino ser sujeto y nunca objeto del derecho de terceros, debiendo asumirse el mandato de privilegiar, en todas las medidas a adoptar por tribunales y órganos públicos en general concernientes a éstos, el interés del menor, tal como lo consagra la Convención de los Derechos del Niño*. …" (Haro Altobelli, Alejandro Adrián vs. Instituto Provincial de Salud de Salta – Amparo – CSJ de Salta – 14/11/2011).

En tal sentido la jurisprudencia ha dispuesto que: "… *no hay duda que, conforme al texto constitucional, a las directrices internacionales en materia de derechos humanos de las personas discapacitadas y a la ley regulatoria, la propuesta de nuestro sistema normativo superior es, en este aspecto, propiciar un estándar de mayor protección, una discriminación inversa, que posibilite una necesaria equiparación de oportunidades de acceso a niveles adecuados de atención de la salud…*" (LLBA 2006,950, el destacado me pertenece).

Reforzando lo expuesto cabe mencionar que la República Argentina ha sancionado con fuerza de ley la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad –Ley Nº25.280-, comprometiéndose a

la intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y calidad de vida para las personas con discapacidad.

Asimismo, los Tratados Internacionales incorporados a nuestra Constitución Nacional (art. 75 inc. 22) garantizan el derecho de los menores al nivel más alto de salud, a la asistencia médica, protección social, servicios para el tratamiento de las enfermedades, al desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (arts VII y XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 8 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 12 inc. 1 y 2); art. 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 24 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; arts. 3, 6, 23, 24, 25 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, entre otros.

Para finalizar, no puede obviarse la finalidad que informa a toda la legislación protectora de la discapacidad y de la salud como pilar básico del derecho a la vida.

No cabe duda de la jerarquía constitucional como derecho humano esencial, que posee en nuestro ordenamiento jurídico el derecho a la salud. Por ello, y ante cualquier conflicto de intereses que pueda presentarse, corresponde anteponer en primer lugar el derecho inviolable de la dignidad de la persona. "*El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tan fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye el valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siembre carácter instrumental*" (Fallos 324:3570).

En este cauce, se impone destacar un fallo dictado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, in re: "FURLAN y FAMILIARES vs. ARGENTINA", con fecha 31 de agosto de 2012, el cual aborda la discapacidad desde la vulnerabilidad de las personas que la padecen, indicando que se deben adoptar medidas de inclusión social que los coloquen en igualdad de condiciones con los demás, gozando de una participación plena y efectiva en la sociedad. Al respecto, la Corte en su decisorio destacó que tanto la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, consideran que la discapacidad no se define exclusivamente con la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus

#38700494#412790025#20240527122230780

derechos de manera efectiva. En este sentido, la Corte Interamericana reiteró que toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial –el subrayado me pertenece-, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recordó que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. Expresando que es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones sean desmanteladas, adoptando medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras".

Por su parte la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos: "Martín, Sergio G." 08/06/2004, entendió que: "…*Los menores, máxime cuando se encuentra comprometida su salud y normal desarrollo, requieren la especial atención no sólo de quienes están obligados a su cuidado sino la de los jueces y de la sociedad toda, pues, la consideración primordial del interés del menor, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos que los conciernen, viene a orientar y condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de tales casos… no puede escapar a este examen que la protección y la asistencia integral a la discapacidad -como se ha explicitado con fundamento en las leyes 24.431 y 24.901 y en la jurisprudencia- que pone énfasis en los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en esta materia, constituye una política pública de nuestro país y, que lo decidido compromete el interés superior de un menor, cuya tutela posee jerarquía constitucional*…".

También el Máximo Tribunal de la Nación ha dejado claro la dimensión del derecho fundamental a la vida y a la salud (C.S.J.N., autos: "CAMPODONICO de BEVIACQUA, Ana C. v. Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", 24/10/2000, Fallos 323:3229; "Asociación Benghalensis y Otros v. Ministerio de salud y Acción Social - Estado Nacional s/Amparo Ley Nº16.986", del 01/06 /2000, Fallos 323:1339; "Hospital Británico de Buenos Aires v. Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)" del 13/03/2001, Fallos 324:754; entre otros.

#38700494#412790025#20240527122230780

A lo expuesto merece señalarse que en el marco del Código Civil y Comercial, en lo que hace a la discapacidad, se destaca en comentario al art. 41 que "…De modo tal que la regulación del nuevo Código Civil y Comercial es compatible con lo dispuesto por la CDPD – a la que se remite – al establecerse un modelo de capacidad jurídica que pone fin al modelo tutelar y de sustitución del Código de Vélez. Ambas se fundan en el modelo social de la discapacidad, que implica asumir valores intrínsecos de los derechos humanos al potenciarse la dignidad humana, la igualdad, la libertad personal y la inclusión social. Este Sistema que tutela los derechos humanos, como se dijo, que se basa en el "modelo de apoyo" (Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo I, arts. 1 a 256, Ricardo Luis LORENZETTI, Director, Editorial Rubinzal Culzoni Editores; Comentario al art. 41, Pág. 216).

Descripto el marco teórico normativo aplicable al caso, y corroborada la necesidad del menor de contar con la prestación de acompañante terapéutico, lo que ha sido suficientemente justificado a partir del informe de la Dra. FAUSTINELLI, resulta oportuno meritar la postura asumida por la demandada, quien afirma la inexistencia de negativa de su parte. Dice en ese sentido que, tal como se lo comunicara a la actora mediante carta documento en respuesta a la misiva remitida por esta reclamando la cobertura de la prestación, el requerimiento de acompañante terapéutico no se encontraba suficientemente justificado, lo que ameritó el requerimiento en ese sentido por parte de la obra social. Sobre el particular, cabe expresar en primer lugar, que la comunicación por whatsapp a la que refiere la actora (acreditada a través de capturas de pantalla y audios incorporados a la causa) y que dice haber mantenido con una operadora de la demandada, no ha sido desconocida. Adviértase, que al momento de producir el informe que le fuera requerido en los términos del artículo 8º de la Ley Nº16.986, la accionada expresó, que "*Las respuestas que recibió de la demandada vía Whatsapp, siempre fueron respuestas negativas y evasivas de cumplir con las prestaciones solicitadas*". La negativa, tal como ha sido formulada, debe ser interpretada como un reconocimiento de la comunicación que mantuvieran las partes, a la que reconoce distinto significado. Es decir que, si bien la accionada reconoce que la conversación acreditada por la actora mediante capturas de pantalla y audios de whatsapp existió, sostiene que las mismas no constituyen una negativa, ni pueden ser consideradas como respuestas evasivas. No obstante la posición asumida por la obra social, cabe poner de manifiesto que los audios incorporados como archivos digitales (cuya autenticidad no ha

#38700494#412790025#20240527122230780

sido cuestionada), no admiten otra interpretación que la de ser consideradas como una negativa expresa, en la medida que la operadora de la obra social le comunica por esa vía a la madre del menor que la prestación de acompañante terapéutico no va a ser aprobada, haciendo al mismo tiempo otras consideraciones en ese sentido, refiriendo inclusive a la posibilidad de que la actora acudiera a un abogado si lo considerara pertinente.

Por otra parte, en relación a la prestación de "*transporte con dependencia*", la demandada reconoció oportunamente el derecho del menor a recibir la cobertura de los gastos de transporte en razón de la discapacidad que padece, sin perjuicio de lo cual se opuso al reconocimiento de la "*dependencia*". En efecto, la accionada sostiene que el plus que significa la *"dependencia"* sobre el módulo de transporte previsto en el "*Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad*" se reconoce a los menores de edad a partir de los seis años, en tanto se prevé que hasta esa edad los niños deben estar acompañados por sus padres durante el traslado. Sobre el particular, cabe expresar que los distintos informes de las profesionales que asisten al menor dan cuenta de su dependencia permanente para las actividades de la vida diaria, sin que la edad aparezca en el supuesto de hecho que se analiza como una limitación razonable para el acceso a un nivel de cobertura que se manifiesta indispensable para B. en orden a la patología que padece.

Por último, corresponde precisar que al no encontrarse nomenclada la prestación de acompañante terapéutico, la obligación de cobertura a cargo de la demandada se limitará conforme a los valores establecidos en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para las Personas con Discapacidad en el módulo "*prestaciones de apoyo*" (Código 86). Mientras que, en el caso del transporte, la cobertura se hará conforme los valores previsto en el nomenclador (Código 96), con más el 35% en razón de la dependencia.

5.- Por todo lo expresado, corresponde acoger la presente acción de amparo impetrada por la Sra. M. B. G. (D.N.I. N°36.426.043), en nombre y representación de su hijo menor de edad B. B. R. (DNI N°58.312.066), ordenando a la demandada OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE LA INDUSTRIA FIDEERA (OSPIF) que arbitre los medios conducentes para otorgar, en favor del menor B. B. R. y sus padres cobertura de: **(i) acompañante terapéutico:** 20 horas semanales, de febrero a diciembre del corriente año; y **(ii) transporte con dependencia:** de lunes a viernes (ida y vuelta) desde su domicilio a la escuela, y desde su domicilio a terapia de rehabilitación (ida y vuelta), cinco veces a la semana. Todo ello de conformidad y con arreglo a la prescripción médica extendida por la

#38700494#412790025#20240527122230780

Dra. Valeria FAUSTINELLI, aplicando a las prestaciones reconocidas el tope previsto en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad aprobado por Resolución 428/99 del Ministerio de Salud, y sus modificatorias, sin ello que importe alterar en su sustancia los derechos aquí reconocidos, de conformidad a lo dispuesto en el considerando 4º último párrafo.

6.- En torno a las costas, las mismas se imponen a la demandada conforme al principio objetivo de la derrota contemplado por el art. 68 del C.P.C.C.N. y por no advertir razones que ameriten su desplazamiento.

7.- A fin de regular los honorarios correspondientes al letrado de la actora, Dr. Gabriel Andrés ARCE KAIRUZ se observa lo dispuesto en el art. 48 de la Ley Nº 27.423 que establece que la acción de amparo, y para el caso de procesos no susceptibles de apreciación pecuniaria, como el presente, se aplicarán las normas del art. 16 con un mínimo de 20 UMA. Por lo que, teniendo en cuenta la extensión y calidad jurídica de la labor desarrollada, la complejidad de la cuestión planteada, el resultado obtenido, la trascendencia económica y moral que reviste para la interesada la cuestión en debate y el valor de la UMA al día de la fecha ($49.075.), conforme Resolución Nº925/2023 de la Secretaría General de Administración de la CSJN, considero justo, razonable y equitativo fijarlos en la suma de PESOS NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS ($981.500.-) equivalentes a 20 UMA. Dichos honorarios deberán ser abonados dentro de los diez (10) días de quedar firme la presente regulación, conforme art. 54 de la Ley Nº 27.423.

Por lo supra mencionado y normas legales citadas;

RESUELVO:

I) Hacer lugar a la acción de amparo instaurada por la señora M. B. G. (D.N.I. N°36.426.043), en nombre y representación de su hijo menor de edad B. B. R. (DNI N°58.312.066), ordenando a la demandada OBRA SOCIAL DEL PERSONAL DE LA INDUSTRIA FIDEERA (OSPIF) que arbitre los medios conducentes para otorgar, en favor del menor B. B. R. y sus padres cobertura de: **(i) acompañante terapéutico:** 20 horas semanales, de febrero a diciembre del corriente año; y **(ii) transporte con dependencia:** de lunes a viernes (ida y vuelta) desde su domicilio a la escuela, y desde su domicilio a terapia de rehabilitación (ida y vuelta), cinco veces a la semana. Todo ello de conformidad y con arreglo a la prescripción médica extendida por la Dra. Valeria FAUSTINELLI, aplicando a

#38700494#412790025#20240527122230780

las prestaciones reconocidas el tope previsto en el Nomenclador de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad aprobado por Resolución 428/99 del Ministerio de Salud, y sus modificatorias, sin ello que importe alterar en su sustancia los derechos aquí reconocidos, de conformidad a lo dispuesto en el considerando 4º último párrafo. **II)** Regular los honorarios del letrado de la actora, Dr. Gabriel Andrés ARCE KAIRUZ, en la suma de PESOS NOVECIENTOS OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS ($981.500.-) equivalentes a 20 UMA, los que deberán ser abonados dentro de los diez (10) días de quedar firme la presente regulación. **III)** Protocolizar la presente y hacerla saber, personalmente o por cédula.

Signature Not Verified
Digitally signed by MARTIN FERNANDO ZEMMA
Date: 2024.05.27 12:23:34 ART

Signature Not Verified
Digitally signed by CARLOS ARTURO OCHOA
Date: 2024.05.27 12:26:00 ART