

**SALA ELECTORAL y de COMP.ORIGINARIA -  
TRIBUNAL SUPERIOR**

Protocolo de Sentencias

Nº Resolución: 2

Año: 2018 Tomo: 1 Folio: 14-21

EXPEDIENTE: 5862982 -  - FLORES VIOLINO NICOLÁS C/ APROSS - AMPARO - CUERPO DE COPIA

**SENTENCIA NUMERO: 2.**

En la ciudad de Córdoba, a los siete días del mes de junio de dos mil dieciocho, siendo las doce horas, se reúnen en Acuerdo público los señores Vocales integrantes del Tribunal Superior de Justicia, doctores Aída Lucía Teresa Tarditti, Domingo Juan Sesin, Luis Enrique Rubio, M. de las Mercedes Blanc G. de Arabel, María Marta Cáceres de Bollati, Sebastián Cruz López Peña y Humberto Sánchez Gavier bajo la presidencia de la primera, con el fin de dictar sentencia en estos autos caratulados **“FLORES VIOLINO, NICOLÁS C/ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL DE SEGURO DE LA SALUD (APROOS) - AMPARO – CUERPO DE COPIA - RECURSO DE CASACIÓN”** (expte. SAC n.º 5862982), con motivo del recurso de casación interpuesto por la parte actora (fs. 166/174vta.) en contra del Auto número Trescientos quince dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Novena Nominación de esta ciudad con fecha diecisiete de septiembre de dos mil catorce, que en su parte resolutive dispuso: *“I) Acoger parcialmente el recurso de la demandada y en consecuencia modificar la resolución cuestionada –decreto del nueve de abril de dos mil catorce- en cuanto pone el cien por ciento de la prestación a cargo de la demandada. En consecuencia, se dispone que la demandada afronte los costos del servicio requerido aunque limitándose su alcance al costo que le correspondería asumir según arancelamiento y nomenclador propio a la fecha en que fue ordenada”*(fs. 123/128vta.).

Seguidamente, se determinan las cuestiones por resolver:

**PRIMERA CUESTIÓN:**¿Es procedente el recurso de casación interpuesto?

**SEGUNDA CUESTIÓN:** ¿Qué pronunciamiento corresponde?

**A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA LOS SEÑORES VOCALES DOCTORES AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, DOMINGO JUAN SESIN, LUIS ENRIQUE RUBIO, M. DE LAS**

**MERCEDES BLANC G. DE ARABEL, MARÍA MARTA CÁCERES DE BOLLATI,  
SEBASTIÁN CRUZ LÓPEZ PEÑA Y HUMBERTO SANCHEZ GAVIER, EN FORMA  
CONJUNTA, DIJERON:**

1.La parte actora luego de afirmar que corresponde la procedencia formal del recurso de casación presentado en contra de la resolución anteriormente referida (fs. 166/174vta.) y desarrollar los antecedentes de la causa, fijó los fundamentos de su presentación en los siguientes términos:

***1.a. Violación del principio de fundamentación lógica y legal (art. 383, inc. 1.º, CPCC)***

El decisorio cuestionado ha violado el principio de fundamentación lógica y legal, en particular los principios lógicos de no contradicción y razón suficiente, tornándose como consecuencia de todo ello en una resolución arbitraria.

Quebranta el principio de congruencia al contradecir lo prescripto por el facultativo tratante de la parte actora que ha expresado el carácter urgente de la intervención.

La verosimilitud del derecho y el peligro en la demora con el grado de certeza exigible para el despacho cautelar, han quedado acreditados desde la primera petición administrativa de cobertura, llegándose a la instancia judicial frente al silencio absoluto de la accionada, pese al requerimiento previo con solicitud expresa de resolución en los términos del artículo 15 de la Ley n.º 9277 y pronto despacho articulados.

El reproche referido a la exigüidad de los plazos acordados por su parte, cae por su propio peso, desde que el ofrecimiento efectuado por la APROSS, realizado con fecha 8 de abril de 2014 se limitó a proponer una interconsulta con la Unidad Sanatorial Ferreyra, Clínica del Sol o Clínica Vélez Sarsfield, y luce como producto de una reflexión tardía de la demandada, que de manera alguna importa resolución a su solicitud, menos en los términos del artículo 15 de la Ley n.º 9277. Frente a ello, señala que su proceder no puede tildarse de apresurado, sino que fue la propia negligencia y actuar de la demandada los que motivaron instar la jurisdicción con fecha 9 de abril de 2014.

La atribución de responsabilidad de su parte y del especialista tratante, al igual que la pretendida priorización de los propios prestadores de la demandada, en las especiales circunstancias dadas,

impone su categórico rechazo e impugnación, ya que la prescripción médica lo ha sido con sustento en los conocimientos médicos científicos del facultativo tratante y conforme lo dispone la *lex artis*.

Circunscripto al cuestionamiento de la prótesis solicitada, señala que se desprende del informe fechado el 11 de abril de 2014 (fs. 41) que se encuentra dentro del nomenclador del APROSS.

El fallo recurrido ha vulnerado el principio de no contradicción y razón suficiente, lo que lo convierte en un pronunciamiento arbitrario, más aún en las especiales circunstancias de la causa (amparo de salud de un menor discapacitado), al relevar documentación recién incorporada con motivo y en sustento de la instancia recursiva, desconocida por su parte al momento de instar la jurisdicción.

El principio de congruencia impide al Tribunal ingresar al análisis de los argumentos defensivos esgrimidos al tiempo de apelar y que no fueron sometidos a consideración del *a quo*, tal circunstancia conlleva un pronunciamiento nulo.

***1.b. Interpretación contraria a la efectuada por otro tribunal de apelaciones de la Provincia y del Tribunal Superior de Justicia (art. 383, inc. 3.º, CPCC)***

Trae a colación un decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera Nominación (expte. SAC n.º 2234278/36), en el cual se efectuó una interpretación de la ley diametralmente opuesta a la sustentada por la Cámara en esta causa, frente a una misma situación fáctica. En tal supuesto, de modo contrario al de autos, se rechazó la apelación interpuesta por la demandada en orden a la cobertura de prestadores no incluidos en la cartilla.

La causal mencionada se encuentra justificada también en lo resuelto por este Alto Cuerpo mediante Auto n.º 381 del 15/8/2014 *in re* “Rubiolo” y Auto n.º 469 del 18/9/2014 *in re* “C., J.C.”, resoluciones en las que se determinaron los alcances de la cobertura integral de la discapacidad, con resultados favorables respecto a la admisibilidad del amparo, a los alcances dados a dicha cobertura, a la obligación de la demandada de pronunciarse en términos razonables y a los efectos del artículo 15 de la Ley n.º 9277, todo ello en contraposición a lo resuelto por el *a quo*.

En una causa similar, la análoga situación fáctica, ha tenido una interpretación jurídica disímil, lo que debe permitir la apertura del recurso de casación para que sea el Máximo Tribunal provincial quien

determine la correcta interpretación jurídica.

Insiste que la disparidad entre los precedentes indicados es evidente, por lo que el recurso intentado deviene procedente.

Realiza reserva de caso federal.

**2.** Corrido traslado del recurso interpuesto (decreto del 7 de noviembre de 2014), el mismo resulta evacuado por la parte contraria solicitando su rechazo (fs. 231/242).

Detalla que la resolución recaída en autos no es susceptible de ser atacada por la vía recursiva intentada, por ende, no resulta procedente ni admisible el recurso interpuesto. Recuerda que las resoluciones que recaen sobre medidas cautelares, en principio, no acceden a los recursos extraordinarios salvo que causen un gravamen irreparable, lo que no sucede en autos.

Subsidiariamente, contesta los agravios de la casación presentada, en los siguientes términos:

#### ***2.a. Principio de congruencia***

Desarrolla el marco conceptual del principio de congruencia y alega que el casacionista no pudo acreditar en autos que la prestación que solicitaba en un centro no prestador sea distinta a la brindada a través de sus centros de prestadores, o que el elemento protésico ofrecido y cubierto por APROSS no satisfacía las necesidades del menor.

No se ha negado cobertura al amparista, por el contrario, reconoce y otorga la cobertura bajo la órbita de la Ley n.º 9277 y resoluciones internas, las que establecen que de acudir a no prestadores, la cobertura debe ser de acuerdo a los valores de APROSS.

#### ***2.b. Principio de fundamentación lógica y legal***

El recurrente se limita a citar jurisprudencia sin invocar conexión fáctica o jurídica alguna entre ellas y la resolución que tacha de injusta.

Lo alegado por el recurrente no es más que una pretensión de revisión –como si tratara de una tercera instancia- de lo ya decidido por el *a quo*, que en modo alguno se compadece con los requisitos y condiciones de admisibilidad del recurso deducido, lo que demuestra que los deméritos lógicos invocados apuntan indiscutiblemente a la tarea interpretativa en que se asentó la decisión de la

Cámara, sin descubrir ni demostrar en forma idónea cuál es el vicio de actividad en que ella incide, que se identifique con el concepto de violación de formas procesales y lógicas.

#### ***2.c. Arbitrariedad de la sentencia***

La arbitrariedad alegada, carece de todo sustento por lo que resulta inocua para propiciar la revisión del juicio en sede extraordinaria.

El decisorio fue justo, ajustado a derecho y equitativo en el sentido que no desprotegió al amparista, a quien se le practicó la cirugía y se le colocó la prótesis en el centro médico que éste eligió y, no condenó a la APROSS a afrontar el 100 % de la cirugía, sino a valores nombrados, en consideración que tanto la práctica quirúrgica como la prótesis se encontraban cubiertas en centros prestadores y proveedores del APROSS.

#### ***2.d. Principio de no contradicción***

No hay una lesión a un derecho humano, sólo hay un resultado justo y equitativo a las partes, que no puede ser tachado de arbitrario, máxime cuando ya no se está hablando de una cuestión puramente de salud o de la integridad a la vida humana sino de valores prestacionales.

La cautelar librada por el Juzgado de Primera Instancia se basó en la necesidad del menor, que no resulta desconocido en segunda instancia, lo que no obsta a que el procedimiento asumido por la actora a los fines de la satisfacción de sus pretensiones haya sido el acertado.

No existió por parte de la actora una espera prudencial y el sometimiento a la evaluación de otros prestadores pertenecientes a APROSS para la consideración del Directorio en los términos del artículo 15 de la Ley n.º 9277.

#### ***2.e. Contradicción con la interpretación hecha por otro tribunal de apelaciones de la Provincia y por el TSJ***

Tal agravio presentado por la actora merece su rechazo habida cuenta que es indispensable que la ley interpretada en forma diversa constituya el fundamento de ambos fallos, no siendo procedente cuando la contradicción emana de distintas situaciones de hecho. Menciona diversos pronunciamientos que respaldan lo sostenido en el fallo recurrido.

Hace reserva de caso federal.

**3.** La Asesora Letrada interviniente adhiere, en general, al recurso interpuesto por la parte actora y comparte sus fundamentos (fs. 244/246).

**4.** Mediante Auto número Cuarenta y dos de fecha veintiséis de marzo de dos mil quince (fs. 253/255vta.) se resolvió conceder el recurso de casación por el motivo previsto en el inciso 1 del artículo 383 del CPCC, y no admitirlo por la causal del inciso 3 del citado artículo.

**5.** Recibidas las actuaciones en esta Sede (f. 260), se corrió traslado al Ministerio Público Fiscal, notificándose el señor Fiscal General de la Provincia mediante diligencia de fecha 27 de abril de 2016 (f. 262).

**6.** Firme el decreto de autos (fs. 263/266), la causa se encuentra en estado de ser resuelta.

## **7. EL RECURSO DE CASACIÓN**

El recurso se dedujo en tiempo propio y por quien se encuentra legitimado procesalmente para ello (arts. 385 y cc. del CPCC, aplicable por remisión del artículo 17 de la Ley n.º 4915), razón por la cual corresponde considerar si la vía intentada satisface las demás exigencias legales atinentes a su admisibilidad formal.

De modo preliminar, cabe precisar que fue concedido por el *a quo* –y consentido por la parte recurrente– por el motivo casatorio previsto en el inciso 1 del artículo 383 del CPCC, por lo cual compete sólo referirnos a los agravios introducidos por dicha vía.

Ingresados en aquella tarea atañe señalar que conforme la categoría excepcional del recurso de casación, sólo resultan impugnables por esta vía las resoluciones que componen el litigio pronunciándose sobre el fondo de la cuestión sustancial en debate o concluyen el pleito impidiendo que dicha cuestión pueda renovarse en otra oportunidad procesal o en otro juicio.

No obstante ello, y de manera excepcional, se considera procedente, en este caso particular, la revisión de un pronunciamiento jurisdiccional que no reviste el carácter de definitivo en la medida que el mismo ocasione o sea susceptible de causar al impugnante un gravamen irreparable o de dificultosa reparación ulterior<sup>[1]</sup>.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al juzgar sobre las condiciones de admisibilidad formal del recurso extraordinario federal, tiene dicho que si bien las decisiones vinculadas con medidas cautelares, sea que las ordene, modifique o concluya, en principio resultan ajenas a la vía del recurso extraordinario por no ser definitivas, cabe hacer una excepción cuando lo decidido fuera susceptible de ocasionar un perjuicio que, por las circunstancias de hecho, pudiera ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior<sup>[2]</sup>.

En el caso de autos, los alcances de la medida cautelar cuestionada se confunden con la pretensión sustancial del amparo seguido ante el tribunal actuante, en tanto ambas persiguen la cobertura integral de las prestaciones de salud requeridas por el accionante, frente a lo cual la limitación de aquella resultaría susceptible de causar un agravio de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior en tanto su objeto no es otro que la preservación de la salud del accionante de los eventuales menoscabos que podrían derivarse por la demora en llevar a cabo la intervención médica prescripta por sus médicos tratantes.

Asimismo, el principio *pro homine* impone que la condición de sentencia definitiva exigida por la ley de rito para acceder a la vía extraordinaria intentada resulte soslayada en aquellos casos excepcionales en los que, como en el de autos, se encuentra comprometido el interés superior de un niño, cuya tutela resulta encarecida no sólo por la Convención sobre los Derechos del Niño, sino por la especial situación de vulnerabilidad que representa la discapacidad que transita. Es tarea de los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y características de las pretensiones en juego, evitando así que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tan particular tutela constitucional<sup>[3]</sup>.

## **8. EL CASO**

La cuestión a decidir gira en torno a determinar, dentro del marco de cognición que supone el proceso cautelar, si la modificación de la medida resuelta por el *a quo*, en cuanto limitó la cobertura integral (100%) a cargo de la demandada dispuesta en su momento por el tribunal de juicio, ha sido decidida ponderando el marco de protección con el que cabe resolver los casos en los que se encuentre de por

medio la salud de un niño con discapacidad.

En este contexto es preciso recordar que cualquier causa que registre de por medio la salud, y con ella el derecho a la vida de las personas, debe partir de un análisis detallado de las condiciones individuales evidenciadas por quien acciona, en aras de dotar de equidad a la solución que se procure.

Este Tribunal Superior de Justicia tiene dicho que en materia de amparo, más que en ninguna otra, debe destacarse la importancia del caso concreto, lo que determina que las pautas primarias de procedencia de esta vía deben adaptarse a las particulares realidades de cada asunto, las que pueden ser condicionantes de una variada gama de soluciones<sup>[4]</sup>.

## **9. DERECHOS A LA SALUD Y LA PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS CON DISCAPACIDAD**

El derecho a la salud es un derecho personalísimo de rango constitucional y un derecho humano fundamental consagrado a nivel internacional en numerosas normas convencionales (arts. VII y XI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 3, 8 y 25, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 12, incs. 1 y 2, ap. “d”, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 24, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y arts. 4, inc. 1; 5, inc. 1; 19 y 26, Convención Americana de Derechos Humanos) que ostentan jerarquía constitucional, conforme lo dispuesto por el inciso 22 del artículo 75 de la Constitución Nacional.

Corresponde señalar también, que la protección constitucional y convencional de tal derecho, asume notable preeminencia cuando su titularidad es ejercida por una persona que se encuentra en condiciones de vulnerabilidad, como ocurre en el presente caso en donde se discute la tutela estatal que corresponde reconocer a un niño con discapacidad.

En esta línea cabe señalar que desde los inicios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, se han reivindicado los derechos de las personas con discapacidad<sup>[5]</sup> consagrando “*Un derecho internacional de los derechos humanos mucho más actualizado (...) [que] propone la primacía del ‘mejor derecho’, en el sentido de hacer prevalecer la regla más favorable al individuo (principio pro persona), sea esa norma doméstica o internacional. Este postulado es una directriz tanto de preferencia de normas como de preferencia de*



interpretaciones”<sup>[6]</sup>.

Asimismo, corresponde también ponderar lo establecido por el artículo 27 de la Constitución de la Provincia de Córdoba, en cuanto dispone que “*Los discapacitados tienen derecho a obtener una protección integral del Estado que abarque la prevención, asistencia, rehabilitación, educación, capacitación, inserción en la vida social, y a la promoción de políticas tendientes a la toma de conciencia de la sociedad respecto de los deberes de solidaridad*”, proporcionando una guía hermenéutica clara y certera a los efectos de dar contenido al concepto de cobertura integral que requiere una persona discapacitada.

En similares términos se pronuncia la Ley n.º 24901 denominada “Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad”, cuando establece que con el objeto de prestar una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos deben contemplarse prestaciones preventivas (art. 14), de rehabilitación (art. 15), terapéuticas educativas (art. 16), educativas (art. 17) y asistenciales (art. 18), además de los servicios específicos que enuncia la ley a partir del artículo 19 y siguientes.

A su vez, la Provincia de Córdoba aprobó el “Convenio de Adhesión al Sistema Único de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad” y con ello el “Programa Marco para la implementación en colaboración con las jurisdicciones provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”<sup>[7]</sup>.

Todo este plexo tuitivo de las personas que padecen discapacidad se encuentra reforzado, en los casos en que se trate de niños, en función de la Convención de los Derechos del Niño incorporada con jerarquía constitucional en el artículo 75, inciso 22 de la CN.

En efecto, los artículos 23, 24 y 26 de la misma obligan a la adopción de medidas especiales de protección en materia de salud y seguridad social, en tanto que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten su activa participación en la comunidad. Del mismo modo, contempla que los estados partes deben reconocer a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social y adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho,

determinando que las prestaciones deben ser concedidas teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables de su mantenimiento.

En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño dictó la Observación General n.º 9 relativa a los Derechos de los Niños con Discapacidad, poniendo un marcado énfasis en las obligaciones de los estados en cuanto a sus obligaciones respecto a los niños con discapacidad.

Con esta misma orientación, la jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal nacional ha hecho especial hincapié en que la protección y la asistencia universal de la infancia discapacitada constituye una política pública, en cuanto a que la niñez, además de la especial atención por parte de quienes están directamente encargados de su cuidado, requiere también la de los jueces y de la sociedad toda, con lo cual, la consideración primordial de aquel interés orienta y condiciona la decisión jurisdiccional, con singular énfasis en aquellos menores aquejados por impedimentos físicos o mentales, debiendo ser custodiado con acciones positivas por todos los departamentos gubernamentales<sup>[8]</sup>.

#### **10. LA MEDIDA CAUTELAR Y LAS NECESIDADES VITALES DEL ACTOR**

Sentado ello corresponde señalar que el *a quo*, si bien ha expuesto con suficiente claridad el marco convencional y constitucional bajo el cual valoró la razonabilidad de las leyes que reglamentan el cauce administrativo requerido por la APROSS en las presentes actuaciones, ha relegado analizar - dentro de aquel contexto y a la luz de los derechos invocados- los extremos excepcionalmente habilitantes de la medida solicitada, debiendo despojarnos de criterios que repercutan negativamente en la salud de un niño que convive con una discapacidad.

En tal marco, cabe recordar que las medidas cautelares constituyen medios o arbitrios que permiten evitar los perjuicios o riesgos que podrían sobrevenir durante la sustanciación del proceso si su conclusión definitiva se retardara. Es la calificación jurídico procesal de tales medidas la que otorga el marco adecuado para advertir sobre su procedencia, en tanto su carácter instrumental y accesorio permite al juez adoptar una decisión anticipada y provisoria sin que sea menester un examen exhaustivo y minucioso de la cuestión de fondo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reflexionado que, su dictado no exige de los

magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud, pues el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo agota su virtualidad<sup>[9]</sup>.

Los antecedentes de la causa, en la que se discute el alcance de la cobertura que la obra social debe reconocer a un niño discapacitado diagnosticado con altísimo riesgo cierto y concreto de complicaciones globales en su salud (cfr. certificado médico de f. 5), evidencian la necesidad de evaluar las pautas de procedencia de la medida solicitada sin perder de vista las necesidades vitales que subyacen al planteo; en tanto lo justo judicial es lo que, acorde a derecho, resulta prudente y razonable en cada caso en particular.

En el *sub examine*, los precedentes médicos acompañados con la demanda -en cuanto no resultaron refutados por la accionada con elementos de juicios suficiente que invaliden sus términos- constituyen un elemento fundamental para evaluar la necesidad, o no, de llevar a cabo la operación solicitada con la imperiosidad requerida por el accionante.

En tal sentido, el informe obrante a fojas 3/5 en cuanto señala que *“La compleja cirugía multinivel programada tiene carácter de URGENTE debido a que por su cuadro funcional, su déficit motor, su hipertono, el progreso de las deformidades y las marcadas limitaciones para deambular son cada vez mayores, lo que puede llegar a provocar la pérdida de marcha del niño”* (f. 5), resulta suficientemente categórico respecto a las consecuencias dañosas que podría aparejar en la salud del niño la demora en realizar la operación.

Es que, cuando se cuestionan excepcionales decisiones relacionadas con la salud de determinadas personas, resulta suficiente, para tener por acreditado el peligro en la demora, la incertidumbre y preocupación que la dilación del proceso genera en la evolución de la salud del paciente, y el riesgo concreto, efectivo e inminente de un daño mayor, lo que aparece expresamente indicado en el informe mencionado.

Por su parte, en la medida que la Cámara consideró -para descartar la arbitrariedad e la ilegalidad

manifiesta del accionar de la demandada- que la cuestión debatida trataría sobre la omisión en cumplir con los trámites administrativos específicamente regulados para brindar la cobertura solicitada en tanto “*la cirugía requerida no es ajena a las prestaciones que acuerda la demandada*”(cfr. f. 127), corresponde referirnos al fundamento legal que supone dicho argumento (Ley n.º 9722, art. 14, inc. “k”) en cuanto el mismo, lejos de suponer una regla absoluta, establece con justeza una pauta general sujeta a excepciones.

Este Tribunal tiene dicho que, desde una perspectiva teleológica y acorde al plafón normativo descripto en los considerandos precedentes, la excepción prevista en aquella norma –en cuanto prevé la posibilidad que el Directorio reglamente supuestos excepcionales de reconocimiento parcial o total de gastos originado en prestaciones y/o servicios realizados por profesionales y/o instituciones no contratados por APROSS- será de aplicación en tanto y en cuanto mediante su implementación en el caso concreto que se suscite respecto de un afiliado, permita lograr una efectiva y oportuna tutela del derecho a la salud.

Con dicha proyección, la entidad del problema que sufre el accionante -que lo lleva a la necesidad de someterse a una cirugía multinivel, a nivel de partes blandas, osteotomías desrtrotadoras subtrocanterica y extensora de rodilla, mas retensado del aparato extensor de la rodilla, y la infiltración intraquirúrgica de toxina botulínica en miembro superior derecho y tibial posterior derecho, todo ello a los fines de disminuir su espasticidad y el progreso de las deformidades-, interpretada a la luz del interés superior de los niños con discapacidad, impone conceder a quienes se encuentran en esas condiciones, franquicias y estímulos que le permitan, en lo posible, neutralizar la desventaja que esa afección les provoca, y el contexto cautelar dentro del cual corresponde resolver, conduce a concluir la particular razonabilidad de la cobertura integral requerida por el accionante.

## **11. LA DIALÉCTICA ENTRE EL BIEN PROPIO Y EL DE LOS AFILIADOS**

Por último, la pretendida contradicción en la que habría incurrido la resolución cuestionada al ponderar la protección convencional y constitucional de los derechos a la vida y a la salud del actor y, no obstante ello, limitar la prestación a cargo de la APROSS de acuerdo a los valores de su respectiva

cartilla, no encuentra razones plausibles de ser consideradas por este Tribunal, pues no debemos olvidar la necesaria dialéctica que existe entre el bien propio de la parte actora y los demás bienes propios del resto de los afiliados a la APROSS, que se verían afectados consecuentemente si cada uno de ellos optare por la cobertura médica y asistencial particular y por fuera del nomenclador, mediante el alegato de situaciones excepcionales.

Quien ejecuta la facultad decisoria en cuestiones relativas al derecho a la salud debe, necesariamente, conciliar y ponderar acciones entre el derecho a la salud de algunos frente a otras acciones que igualmente procuran la defensa del mismo derecho, pues muchas veces proveer a la pretensión total de algunos, posiblemente sólo conduzca a denegar ese mismo derecho u otro beneficios a otros.

Sentado ello, la resolución recurrida, lejos de contradecirse en sus postulados, plantea un justo equilibrio entre los valores que se encontrarían en pugna, en tanto garantizó la cobertura de las prestaciones prescriptas por los profesionales para tratar las necesidades médicas del actor sin dejar de lado el régimen jurídico que regula las coberturas de la APROSS.

No obstante ello, a los fines de lograr una resolución que en términos de equidad otorgue mayor eficacia a los derechos en conflicto, en el particular y especial contexto cautelar descripto y aquí ponderado, cabe disponer una excepcional cobertura, a cargo de la demandada, del setenta por ciento (70 %) de la operación y prótesis requeridas por el niño, siempre que dicho monto no resulte inferior a lo que correspondiere abonar a la obra social si el accionante hubiese elegido la concreción de las prestaciones reclamadas a través de un efector contratado por la APROSS, en cuyo caso el porcentaje de la cobertura será este último.

En mérito de ello, corresponde hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora y revocar el decisorio cuestionado sólo en lo relativo al porcentaje que la obra social demandada deba cubrir.

## **12. COSTAS**

En función de la naturaleza de la cuestión debatida y la solución a la que se ha arribado en la presente resolución, se estima equitativo imponer las costas por su orden en la presente instancia (art. 130

CPCC, por remisión del art. 17 de la Ley n.º 4915).

Así votamos.

**A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA LOS SEÑORES VOCALES DOCTORES**  
**AÍDA LUCÍA TERESA TARDITTI, DOMINGO JUAN SESIN, LUIS ENRIQUE**  
**RUBIO, M. DE LAS MERCEDES BLANC G. DE ARABEL, MARÍA MARTA**  
**CÁCERES DE BOLLATI, SEBASTIÁN CRUZ LÓPEZ PEÑA Y HUMBERTO**  
**SANCHEZ GAVIER, EN FORMA CONJUNTA, DIJERON:**

**CORRESPONDE: I.** Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora y revocar el decisorio cuestionado sólo en lo relativo al porcentaje que la obra social demandada se encuentra obligada a cubrir.

**II.** Disponer la cobertura, a cargo de la demandada, del setenta por ciento (70%) de la operación y prótesis requeridas por el accionante, siempre que dicho monto no resulte inferior a lo que correspondiere abonar a la obra social si se hubiese elegido la concreción de las mismas a través de efectores contratados por la APROSS, en cuyo caso el porcentaje de la cobertura será este último.

**III.** Imponer las costas por su orden en la presente instancia (art. 130, CPCC).

Así nos expedimos.

Por el resultado de los votos emitidos, el Tribunal Superior de Justicia, en pleno,

**RESUELVE:**

**I.** Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la parte actora y revocar el decisorio cuestionado sólo en lo relativo al porcentaje que la obra social demandada deba cubrir.

**II.** Disponer la cobertura, a cargo de la demandada, del setenta por ciento (70%) de la operación y prótesis requeridas por el accionante, siempre que dicho monto no resulte inferior a lo que correspondiere abonar a la obra social si se hubiese elegido la concreción de las mismas a través de efectores contratados por la APROSS, en cuyo caso el porcentaje de la cobertura será este último.

**III.** Imponer las costas por su orden en la presente instancia (art. 130, CPCC).

Protocolizar, dar copia y bajar.

---

[1] Cfr. TSJ, Sala Civil y Comercial, Auto n.º 261 del 20/08/98 *in re* “Maidana”; Secretaría Electoral y de Competencia Originaria, Auto n.º 25 del 26/03/2003 *in re* “Pavone”.

[2] Cfr. CSJN Fallos 319:2325; 321:2325; 321:1187 y 326:2906, entre otros.

[3] Cfr. CSJN, Fallos 324:122 y 325:292, entre muchos otros.

[4] Cfr. TSJ, en pleno, Secretaria Electoral y de Competencia Originaria, Auto n.º 161 de fecha 26/07/2016 “S. M. D.”.

[5] Cfr. Corte IDH, “Furlán”, Sentencia del 31/8/2012, párrafo 128 con cita del art. XVI de la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre.

[6] Sagüés, Néstor Pedro; “De la Constitución Nacional a la Constitución ‘convencionalizada’”; JA 2013-IV; SJA 2013/10/09-53; cita on line AP/DOC/2001/2013.

[7] Decreto n.º 1297/99 (BOP 22/07/1999) y Ley n.º 8811 (BOP 6/12/1999). Cfr. art. 8 del Dec. Regl. de la Ley n.º 24901.

[8] Cfr. CSJN, Fallos 329:5139 y 332:1394, entre muchos otros.

[9] Cfr. CSJN Fallos 306:206.

TARDITTI, Aida Lucia Teresa  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SESIN, Domingo Juan  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

RUBIO, Luis Enrique  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

BLANC GERZICICH de ARABEL, María de las Mercedes  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

CACERES de BOLLATI, María Marta  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

LOPEZ PEÑA, Sebastián Cruz  
VOCAL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SANCHEZ GAVIER, Humberto Rodolfo  
VOCAL DE CAMARA

LOPEZ SOLER, Francisco Ricardo  
SECRETARIO/A T.S.J.