

Doctrina

Salarios durante la cuarentena: Idas y vueltas



Ricardo A. Foglia

Abogado (UCA) y magister en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Rey Juan Carlos, Madrid.

SUMARIO: I. Estructura de análisis.— II. Primer período. Cuarentena limitada (12/03/2020 a 19/03/2020).— III. Segundo período. Exclusividad territorial del ASPO (20/03/2020 a 29/11/2020).— IV. Segundo período. La coexistencia territorial del ASPO con el DISPO (07/06/2020 a 20/12/2020).— V. Tercer período. La prevalencia territorial del DISPO (desde el 21/12/2020).— VI. Comentario final.

I. Estructura de análisis

Cabe señalar que para considerar los períodos normativos hemos adoptado el criterio territorial y temporal de vigencia de las restricciones normativas derivadas de la cuarentena.

En sus orígenes, en el mes de marzo de 2020, el “aislamiento social preventivo y obligatorio” (ASPO) regía en todo el territorio del país e implicaba la restricción de los desplazamientos de todos los habitantes excepto el de aquellas personas afectadas a las denominadas “actividades esenciales”. Luego, en junio de 2020, cuando empezó a ceder la ola de contagios, en algunas zonas se comenzó a declarar el “distanciamiento social preventivo obligatorio” (DISPO) que, entre otras cuestiones, imponía un alejamiento de dos metros entre las personas. De ahí la denominación. De esta manera comenzaron a convivir las dos modalidades, ASPO y DISPO, que rigió hasta el mes de diciembre de 2020, cuando el DISPO se extendió a todo el país.

Sin embargo, algunas normas del ASPO, referidas a las actividades y servicios esenciales y al uso del transporte público, continúan vigentes.

Por ello, y cuando efectuamos este comentario, nos referimos a la clasificación temporal con base al criterio territorial.

II. Primer período. Cuarentena limitada (12/03/2020 a 19/03/2020)

El DNU 206/2020 (1) dispuso el aislamiento obligatorio por el plazo de 14 días de las personas que presentaban signos de COVID (denominados “casos sospechosos”), los que hubieran contraído la enfermedad, y de aquellos que arribaren o hubieran arribado en los últimos 14 días de “zonas afectadas” (art. 7º), conforme la enumeración del art. 4º (2).

El 14 de marzo de 2020 se publica la resolución del Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Nación (MTEYSSN) 202/2020 que, en su art. 2º, dispuso la sus-

pensión del deber de concurrencia al trabajo, de los trabajadores enumerados en el art. 7º antes citado, con goce íntegro de las remuneraciones.

El 17 de marzo de 2020 el mismo Ministerio emite la res. 207/2020 (3) que, ampliando el alcance subjetivo de la norma precedente, suspende por el plazo de 14 días, con goce íntegro de los salarios, la concurrencia al trabajo de los mayores de sesenta [60] años de edad (4), las trabajadoras embarazadas y aquellos incluidos en los “grupos de riesgo”, según la definición de la autoridad sanitaria nacional (5).

Dicha norma, en el art. 2º, introduce el criterio de que esos trabajadores debían cumplir con sus tareas habituales u otras análo-

gas, desde el lugar de aislamiento, para lo cual debían acordar con el empleador, y de buena fe, las condiciones de realización de las labores. Fue el inicio de la expansión del teletrabajo (6).

También dispuso que era justificada la inasistencia al trabajo del progenitor, persona adulta responsable a cargo, cuya presencia en el hogar resulte indispensable para el cuidado del niño, niña o adolescente, los días en que no concurren a clases presenciales o los que concurren con jornada presencial reducida y no pueda cumplirse la jornada escolar normal y habitual.

Cabe señalar que, recientemente, la resolución conjunta de los Ministerios de Salud

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) BO 12/03/2020.

(2) Estados miembros de la Unión Europea, miembros del Espacio Schengen, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Estados Unidos de América, República de Corea, Estado del Japón, República Popular China y República Islámica de Irán.

(3) BO 17/03/2020.

(4) Excepto los que sean considerados “personal esencial para el adecuado funcionamiento del establecimiento” entendiéndose por tales a los trabajadores del sector salud.

(5) En ese entonces, eran los que padecían enfermedades respiratorias crónicas (enfermedad pulmonar

obstructiva crónica [EPOC], enfisema congénito, displasia broncopulmonar, bronquiectasias, fibrosis quística y asma moderado o severo), dolencias cardíacas: (insuficiencia cardíaca, enfermedad coronaria, valvulopatías y cardiopatías congénitas), Inmunodeficiencias, diabéticos, personas con insuficiencia renal crónica en diálisis o con expectativas de ingresar a diálisis en los siguientes seis meses. Dicho listado fue luego actualizado por resolución del Ministerio de Salud 1541/2020 publicada en el Boletín Oficial el 23/09/2020.

(6) FOGLIA, Ricardo A., “Algunas consideraciones sobre los aspectos más relevantes de la Ley de Teletrabajo”, en La Ley, *Régimen Legal del contrato de teletrabajo — parte 2—*, nro. del 04/09/2020, ps. 1-4.

Columna de opinión

¿Debe y puede el Poder Judicial de la Nación ordenar al Estado la vacunación contra el COVID-19 a favor de personas con discapacidad?



Nicolás E. del Hoyo

Abogado consejero en Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen, miembro de Asociación Argentina de Padres de Autistas (APAdA) y coordinador de la Comisión de Trabajo Pro Bono del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires.

Véase el texto completo en p. 3

Nota a fallo

Responsabilidad de las concesionarias viales

Niña de 13 años que sufre el impacto de piedras arrojadas por personas en las inmediaciones de una autopista. Obligación de seguridad. Secuelas antiestéticas y funcionales. Incremento de la indemnización.

CNCiv., sala L, 08/03/2021. - M. J. S. y S. A. B. c. Autopistas Urbanas S.A. s/ daños y perjuicios. **5**

La responsabilidad civil de los concesionarios viales

A propósito de la obligación de seguridad en el marco de las relaciones de consumo

Ezequiel N. Mendieta **6**

Jurisprudencia

Derecho a la salud

Paciente con obesidad mórbida. Cobertura integral de la internación en un establecimiento adecuado para bajar de peso y de la operación de *bypass* gástrico. Acción de amparo.

CNFed. Civ. y Com., sala I, 31/03/2021. - R., L. E. c. Obra Social Luis Pasteur s/ AMPARO DE SALUD. **8**

Clave Única de Identificación Tributaria

Inclusión en la base de contribuyentes no confiables. Acción de amparo. Falta de acreditación de la arbitrariedad o la ilegalidad manifiesta. Derecho de trabajar y comerciar. Empresa habilitada para facturar.

CNFed. Contenciosoadministrativo, sala I, 15/04/2021. - Resinas y Termoplásticos SA c. EN-AFIP-DGI s/ Amparo Ley 16.986. **10**

Obligaciones expresadas en moneda extranjera

Brecha entre la cotización del dólar en el mercado oficial y otros datos económicos. Impuesto PAÍS. Disidencia.

CNCom., sala D, 13/04/2021. - Gorzelany, Alejandro c. Fontana, Guillermo Esteban s/ Ejecutivo. **11**

Cuestión de competencia

Interdicto de retener. Sustrato laboral del vínculo.

CNCiv., Secretaría General 1, 20/04/2021. - Giménez, Ana Victoria c. Asociación Misericordia Asistencia de Menores en Riesgo s/ Otros reclamos. **12**

hibido el Estado, tal como se expresa en la resolución MTEYSSN 27/2020, el empleador no está obligado a abonar salarios, ya que no se configura la condición de devengamiento que es la puesta a disposición de la fuerza de trabajo conforme surge del art. 103, LCT y el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo 95 (37).

Adviértase que la situación tiene dos aristas: una fáctica, que es la pandemia derivada propagación del virus COVID-19 y cuya causalidad responde a las ciencias naturales; y otra jurídica, que son las consecuencias de las decisiones estatales que corresponden a las reglas de las ciencias sociales como es el derecho.

De esta manera la consecuencia de las decisiones normativas y que constituyen un supuesto de caso fortuito para los afectados,

en el caso los empleadores, deben ser asumidos por el Estado que es el que tomó la decisión dañosa, que en este caso consiste la imposibilidad del trabajador de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo, lo que conlleva la pérdida del salario. Y ello no muta, si la decisión se adopta en aras del interés general, ya que en este supuesto el Estado, como responsable de su gestión, debe hacerse cargo de las consecuencias de sus actos.

Ello plantea una cuestión relevante que se relaciona con la constitucionalidad de la manda Estatal que dispone pagar salarios o prestaciones no salariales, cuando no hay contraoperación (puesta a disposición de la fuerza de trabajo) por una norma, esto es, si hay una afectación al derecho de propiedad e incluso de igualdad, cuando

se debe pagar el mismo concepto a aquellos que trabajan que a los que no lo hacen; y en segundo lugar, la naturaleza de esos pagos que no surgen del plexo normativo, esto es, si es una prestación de la seguridad social (38) o una carga en situación de emergencia. Lo que no debe perderse de vista es que, en todo caso, la prohibición dirigida a los trabajadores para que no concurren a prestar su fuerza laboral ha sido impuesta por el Estado.

De todos modos, esos mecanismos evidencian la precariedad de los sistemas normativos ideados para las crisis económicas de las empresas. Nos referimos al Fondo de Desempleo y las suspensiones y despidos por fuerza mayor o falta o disminución de trabajo no imputable al empleador.

(37) Ver a RITA, Maira C. - FOGLIA, Ricardo A., en "Requisitos y procedimiento para la homologación de los acuerdos

celebrados en el marco del art. 223 bis, LCT", LA LEY envío especial *Derecho del Trabajo* y COVID-19, 11/06/2020, DT, julio

2020.

(38) GNECCO, Lorenzo, "Suspensión y despido en la emergencia", Rubinzal Cul-

zoni. En igual sentido MADDALONI, Osvaldo, "El art. 223 bis de la LCT en tiempo de coronavirus", Rubinzal Culzoni.

Columna de opinión continuación

¿Debe y puede el Poder Judicial de la Nación ordenar al Estado la vacunación contra el COVID-19 a favor de personas con discapacidad?

Nicolás E. del Hoyo

I. Introducción

El título de este breve ensayo es una pregunta que en la actualidad no tiene una única respuesta. Durante el año 2020 la pandemia de la COVID-19 (la "Pandemia") generó serias crisis en todos los órdenes, lo que fue acentuado por la incertidumbre sobre la aparición de una vacuna contra la COVID-19 que pudiera volver las cosas a algo parecido a la "normalidad".

Desde el punto de vista de la Pandemia, el 2021 podría catalogarse como el año de la vacunación contra la COVID-19. Sin embargo y como es de público conocimiento, las vacunas llegan a la Argentina desde diferentes países y en muy pocas cantidades. Es decir, nos encontramos con un bien necesario a grandes escalas y a la vez escaso.

La situación de escasez de las vacunas ha obligado al Estado Nacional, principal y único actor (hasta el momento) de la adquisición de las vacunas, a rediseñar un esquema para la distribución en todas las provincias y según los sectores prioritarios.

Este esquema, sumado a las demoras en obtener mayores inoculantes, generó recelos de diferentes sectores y más aún desde el colectivo de las *personas con discapacidad*, dando génesis a la promoción de acciones judiciales para obtener la inmunización prioritaria.

La pregunta de este trabajo se enmarca entonces, en este estado de situación tan

particular en el que se encuentra en juego el derecho a la salud de personas con diversas discapacidades que requieren de una atención urgente, pero a la vez también la salud pública en general materializada a través de decisiones netamente discrecionales del Estado Nacional que, producto de una intervención judicial, podrían verse alteradas.

II. El Plan Estratégico de Vacunación

Frente a la escasez de inoculante para toda la población, el Estado Nacional, a través del Ministerio de Salud de la Nación, creó el denominado "Plan Estratégico para la vacunación contra la COVID-19 en la República Argentina" de fecha 23 de diciembre de 2020 (1) (el "Plan Estratégico"), a los fines de ordenar y administrar las vacunas disponibles a distintos sectores de la sociedad (2).

En lo que aquí interesa, del Plan Estratégico surge que la población objetivo para las campañas de vacunación se define por criterios epidemiológicos; y que su implementación se organiza de acuerdo con diferentes aspectos como ser logísticos, disponibilidad de los insumos y recursos, y otros componentes. Asimismo, se previó considerar criterios epidemiológicos tales como carga de la enfermedad, tasa de mortalidad por grupos de edad, tasa de incidencia de la enfermedad por sitio geográfico y, en general una variable fundamental dada por la disponibilidad de dosis.

allí surge que: "Debido a la disponibilidad gradual de dosis de vacunas es necesario establecer el orden de prioridad de los grupos de población a vacunar en cada una de las etapas establecidas. Para ello, se ha considerado un marco bioético fundado en los principios de

A partir de esos criterios se estableció el esquema de priorización para la organización de la vacunación de la población.

Según se lee en el Plan Estratégico, el esquema fue el siguiente: (i) personal de salud; (ii) adultos de 70 años y más, y personas mayores residentes en hogares de larga estancia; (iii) adultos de 60 a 69 años; (iv) fuerzas armadas, de seguridad, y personal de servicios penitenciarios; (v) adultos de 18 a 59 años de grupos de riesgo; (vi) personal docente y no docente; (vii) otras poblaciones estratégicas definidas por las jurisdicciones y la disponibilidad de dosis.

Dado que en ese listado se omitió considerar a las personas con discapacidad, ello fue subsanado por el Ministerio de Salud el 26 de marzo de 2021 a través del denominado "Actualización de los Lineamientos Técnicos - Campaña Nacional de Vacunación contra la COVID-19", en virtud del cual se incluyó a las personas con discapacidad residentes en hogares, residencias y pequeños hogares.

III. Acciones judiciales reclamando la inmunización contra la COVID-19

No obstante, la actualización del Plan Estratégico, no hubo una definición ni un anuncio concreto por parte de la Agencia Nacional de Discapacidad ni del Ministerio de Salud de la Nación para implementar la inmunización de las personas con discapacidad, lo que generó hasta el momento el inicio de ciertos procesos judiciales, a saber:

III.1. Pedido del Sr. Defensor del Pueblo de la Nación

Este realizó un planteo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a los fines de que el Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Ministerio de Salud de la Nación indiquen la adopción de medidas para impulsar lo antes posible la inmunización a las personas

igualdad y dignidad de derechos, equidad, beneficio social y reciprocidad. A fin de constituir la priorización de las poblaciones a vacunar en las distintas etapas se contemplan también criterios establecidos en función del riesgo de desarrollar la enfermedad grave y compli-

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1310/2021

Más información

[Foglia, Ricardo A.](#), "El DNU 792/2020 sobre la dispensa de cumplir tareas y la prestación dineraria a los incluidos en ella", LA LEY, 2020-F, 703, DT 2021 (marzo), 7, AR/DOC/3543/2020

[De Diego, Julián A.](#), "El subsidio no remunerativo de la suspensión del art. 223 bis y las medidas cautelares", DT 2021 (enero), 85, AR/DOC/3721/2020

Libro recomendado

[Régimen Jurídico del Teletrabajo en la República Argentina. La ley 27.555 y su decreto reglamentario Nro. 27/2021](#)

Autor: Foglia, Ricardo

Edición: 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

internadas involuntariamente por motivos de salud mental en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sea en la órbita del sector público como en el privado, lo que así fue ordenado en una resolución del 31 de marzo de 2021.

III.2. "Del Amo, Sonia E. c. Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo", 30/03/2021, Juzgado Civil y Comercial N° 13 de la Plata (AR/JUR/7725/2021)

A través de esta acción de amparo, el Juzgado hizo lugar a la medida cautelar a favor de la actora ordenando al Poder Ejecutivo de la Provincia de Buenos Aires a que en el plazo de tres días arbitre los medios necesarios para la provisión y aplicación a la amparista, en forma prioritaria, de la vacuna contra la COVID-19 en el marco del Plan Provincial "Buenos Aires vacunate".

De la resolución no surge qué tipo de discapacidad tenía la actora. La decisión se basó en el art. 14 bis de la CN, los arts. 10, 12, 36 inc. 8° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y en la orden médica otorgada a favor de la accionante.

III.3. "D. H. M. S. s/ determinación de la capacidad", en trámite ante el Juzgado Nacional de 1° Instancia en lo Civil N° 23 (AR/JUR/8235/2021)

En el marco de este proceso, un familiar de una mujer con autismo que reside en una institución especial solicitó una medida cautelar genérica a los fines de que se ordenara su urgente inmunización. Ello a raíz de las patologías de la persona y de que, en virtud de ello, se encontraba imposibilitada de manifestar la concurrencia de cualquiera de los síntomas asociados al COVID-19.

En la resolución de fecha 14 de abril de 2021, la jueza hizo lugar al pedido con base en que la persona con discapacidad padecía autismo, no pudiendo comunicar, en una eventualidad, los síntomas

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) <https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/coronavirus-vacuna-plan-estrategico-vacunacion-covid-19-diciembre-2020.pdf>.

(2) Sin detenernos de plano en el Plan Estratégico,

caciones por COVID-19, la probabilidad de una mayor exposición al virus, la necesidad de mitigar el impacto de la COVID-19 en la realización de actividades socioeconómicas y la posibilidad de incidir en la cadena de transmisión".

asociados al COVID-19. Asimismo, se encontraba residiendo en una institución especial. Por otro lado, el familiar de la causante había requerido a la Agencia Nacional de Discapacidad información sobre la vacunación, no recibiendo una respuesta orientativa.

Entre otros fundamentos, la jueza entendió que:

(i) el art. 75, inc. 23 de la CN establece que corresponde al Congreso de la Nación legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y el pleno goce de los derechos reconocidos en la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos, mujeres, y personas mayores.

(ii) el Estado debe brindar respuestas especiales y diferenciadas a los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos, citando ciertos precedentes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de los que surge que el envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes determinantes de la vulnerabilidad, circunstancia que obliga a los concernidos a contar con mayores recursos para no ver comprometida seriamente su existencia y/o calidad de vida (3).

(iii) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 26.378) establece que los estados adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto a los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar su seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situación de riesgo, incluidas hipótesis de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.

(iv) las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condiciones de Vulnerabilidad", que forman parte del derecho interno por medio de la Acordada de la Corte Suprema 5/2009, en virtud de la cual, según la magistrada, el Poder Judicial se debe configurar como un instrumento para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Resalto que en este punto la magistrada haya puntualizado qué poca utilidad tiene el reconocimiento de un derecho, si el titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener su tutela.

También debe enfatizarse que la sentenciante sostuvo que el sistema de justicia debe tener un rol más intenso para vencer, eliminar o mitigar las limitaciones a que se enfrentan las personas con discapacidad; y que el Poder Judicial puede contribuir de forma importante a la reducción de las desigualdades sociales.

(v) según ciertos informes citados en la resolución, las personas con discapacidad tienen mayores necesidades sanitarias y las consecuencias para su salud son peores, como ser, mayor vulnerabilidad a patologías secundarias y comorbilidad, problemas pulmonares, diabetes, enfermedades cardíacas y obesidad, que pueden empeo-

rar las consecuencias de las infecciones por COVID-19. A su vez, añadió que de esos informes se desprende que las personas con discapacidad que viven en instituciones tienen más probabilidades de contraer el virus y tienen tasas de mortalidad más elevadas.

(vi) el familiar de la mujer con autismo y la orden médica acompañada daban cuenta del consentimiento y recomendación para el otorgamiento de la vacuna contra la COVID-19 en procura de la protección de su salud, debiendo ello ocurrir en forma prioritaria y urgente.

Esa medida judicial no fue recurrida, mas fue acatada por el Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad. La resolución parece no tener margen de discusión, por cuanto la beneficiaria es una persona con discapacidad que no puede darse a entender de ninguna forma y, por lo tanto, imposibilitada de manifestar síntomas vinculados con la COVID-19, encuadrando dentro de la actualización del Plan Estratégico.

III.4. "K. A. M. c. GCBA s/ amparo - salud - medicamentos y tratamientos", Expte. 106704/2021, Juzgado de 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 15, Secretaría Nº 29 (AR/JUR/11104/2021)

El actor se presentó como una persona con discapacidad, concretamente mencionando tener 55 años de edad, y que se lo ha calificado como "emergencia COVID en seguimiento por la especialidad por enfermedad de Chron moderado con requerimiento quirúrgico y ahora en remisión bajo tratamiento inmunodepresor con azatioprina. Tiene antecedentes, además, de ser monorreno, hipertenso y sufrir epoc". En su reclamo sostuvo que la Ciudad de Buenos Aires no habilitó la vacunación para personas en su misma condición.

El juez de primera instancia rechazó la demanda *in limine* por medio de los siguientes argumentos:

(i) el actor no explicó cuáles serían los impedimentos en que se sustenta el amparo más allá de mencionar que sería una persona con discapacidad, sino limitarse a formular una crítica con relación a que se había inmunizado, en primer lugar, al personal docente.

(ii) la vacunación es una cuestión de política pública sanitaria en el marco de excepción organizada a nivel federal, por lo que cualquier alteración y desagregación en la planificación pueden provocar consecuencias perjudiciales para todo el colectivo de personas. A este respecto, se citó el Plan Estratégico.

(iii) el actor no cuestionó la normativa dictada por las autoridades nacionales y locales destinadas a definir cómo se aplica la vacunación de acuerdo con sectores, por lo que no hay ninguna ilegalidad ni arbitrariedad manifiesta.

(iv) que "si cada persona decidiera definir cómo debe aplicarse la vacuna de acuerdo con su situación y preferencias particulares, dejaría de existir una política pública en materia sanitaria en este senti-

do. Estaríamos frente a una atomización en la entrega de vacunas según las preferencias y capacidad de cada uno, para reclamar ante la justicia que se le otorgue una vacuna" (*sic*).

(v) no corresponde al Poder Judicial alterar una política de Estado definida en un marco extraordinario por órganos y personas elegidas democráticamente cuando el pretensor no da los más mínimos argumentos para avanzar en contra de esas premisas, en especial cuando no se advierte un riesgo por encima de la que ofrecen otras personas en igualdad o más crítica situación para su condición de salud o laboral.

Esta resolución parece marcar la diferencia con los otros casos antes mencionados, pues resalta la inexistencia de cumplimientos formales de la Ley de Amparo, como así también enfatiza en el carácter "no justiciable" de las políticas sanitarias del Estado Nacional.

La solución del juez parece un poco excesiva, máxime cuando la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho en forma reiterada que el amparo es la vía más idónea para reclamar la preservación de la salud y la integridad psicofísica (4). Esto no es casual, porque si el máximo tribunal pone el foco de atención en las personas con discapacidad, también debe facilitar la vía procesal para entender en los casos concretos.

Cabe traer a colación otros precedentes de la Corte Suprema en los que sostuvo que el empleo de un trámite ordinario no satisfaría la exigencia de tutela judicial efectiva (5), haciendo énfasis que la existencia de otros mecanismos procesales alternativos no puede ponderarse en abstracto sino con relación a la situación puntual de cada caso (6). También agregó que incumbe a los jueces la búsqueda de soluciones congruentes con la urgencia ínsita en los temas de asistencia integral de la discapacidad, para lo cual deben encauzar los trámites por carriles expeditivos y evitar que el rigor de las formas conduzca a la frustración de los derechos que cuentan con garantía constitucional.

Al margen de este punto netamente procesal, pienso que ante la acreditación de la discapacidad del accionante podría haberse arribado a una solución distinta, como ser el libramiento de un oficio al Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires a los fines de consultar si podía inocularse al actor teniendo en cuenta su condición y enfermedades de base acreditadas.

III.5. "González Gómez, María Candela c. EN-M. Salud de la Nación - res. 2883/2020 s/ amparo ley 16.986", expediente 4564/2021 en trámite ante el Juzgado Nacional de 1º Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal Nº 2, Secretaría Nº 3

En este caso la actora solicita se ordene la inmediata vacunación de protección contra el virus COVID-19 y se incluya en el Plan Estratégico a la totalidad de las personas con discapacidad. El 22 de abril de 2021 se dictó una sentencia interlocutoria declarando la admisibilidad formal

de Queja y revocó la Sentencia del Tribunal *a quo* en el entendimiento que este extremó el formalismo en claro detrimento de los derechos fundamentales de una persona menor de edad con discapacidad, haciendo caso omiso a criterios trazados por la Corte Suprema en materia de acción de amparo, derecho a la salud y discapacidad.

(7) Creación del Sistema Nacional de Seguro de Salud.

(8) Constitución Nacional (arts. 16, 33, 75, incs. 22 y 23), de la Convención de los Derechos de las Perso-

del proceso como una acción colectiva en los términos del art. 3º del Reglamento Público de Procesos Colectivos (Acordada 32/2014) y la Acordada 12/2016 dictadas por la Corte Suprema. Ello así en tanto, según la resolución dictada por el tribunal, se encuentran comprometidos bienes de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos, todo ello a la luz del caso "Halabi" resuelto por la Corte Suprema el 24 de febrero de 2009.

Esta causa parecería ser similar a la ya iniciada por el Defensor del Pueblo de la Nación (punto III.1 de este artículo), aunque la diferencia estaría en que no se menciona el alcance territorial de los efectos de la eventual sentencia a dictarse, y la clase estaría conformada por todas las personas con discapacidad sin distinción de edad, patología y lugar de residencia (en el sentido de si es una institución de larga estancia o una vivienda particular).

IV. La intervención del Poder Judicial ante el escenario de escasez de vacunas contra la COVID-19

La intervención del Poder Judicial se ha visto como el único medio que las personas con discapacidad, sus familiares y las distintas asociaciones tienen frente a la demora del órgano descentralizado del Estado Nacional encargado, justamente, de brindar la información y atención necesaria para paliar esta situación. Me refiero a la Agencia Nacional de Discapacidad.

Ahora bien, al contrastar los casos antes citados vemos posiciones sumamente antagónicas por parte de los jueces. Por un lado, la justicia nacional en lo civil hizo lugar al pedido de vacunación urgente (caso III.3.) y por el otro la justicia en lo contencioso administrativo y tributario de la Ciudad de Buenos Aires desestimó *in limine* la acción (caso III.4.).

Si bien es cierto que en virtud de la escasez de vacunas se ha implementado un Plan Estratégico de Vacunación por etapas, grupos de riesgo y en función de los inoculantes disponibles, y que en este aspecto no resulta aplicable la ley 23.661 (7), no es posible soslayar a un sector de la población sumamente vulnerable y que merece una especial atención por parte del Estado.

No es objeto de este trabajo hacer un repaso exhaustivo de las normas aplicables a favor de las personas con discapacidad (8) ni tampoco formular una mera declamación de derechos, sino mencionar que las cuestiones sanitarias de oportunidad, mérito y conveniencia deben ceder en situaciones en las que se encuentran en riesgo derechos constitucionales como son la salud y la vida.

A la luz del principio de no regresividad establecido en los arts. 2º y 29 de la Convención Americana de Derechos Humanos no podría soslayarse la atención sanitaria urgente y prioritaria a favor del colectivo de las personas con discapacidad, que reconoce tanto la Constitución Nacional como los tratados internacionales aplicables (9).

(3) CS, 30/04/2020, "C. J. C. c. EN - M Defensa Ejercicio s/ daños y perjuicios", AR/JUR/14914/2020.

(4) CS, Fallos 332:1200.

(5) Prevista en el art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

(6) CS, 10/12/2012, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa L. S. R. y otra c. Instituto de Seguridad Social de la Provincia - subsidio de salud s/ amparo". La Corte Suprema de Justicia de Tucumán declaró inadmisibile el recurso de casación interpuesto por los padres de un menor de edad con discapacidad

contra la sentencia que había desestimado un amparo contra el Instituto de Previsión y Seguridad Social de la Provincia de Tucumán (Subsidio de salud), con el objeto de obtener la cobertura que regulan las leyes 22.314 y 24.901, y en particular ciertas prestaciones. El tribunal *a quo* había considerado que el amparo no era la vía procesal correspondiente para reclamar las prestaciones, debiendo acudir a un proceso ordinario. Contra dicha decisión la actora interpuso un Recurso de Queja, el cual fue admitido por la Corte Suprema. Con sano criterio la Corte Suprema admitió el Recurso

de Queja y revocó la Sentencia del Tribunal *a quo* en el entendimiento que este extremó el formalismo en claro detrimento de los derechos fundamentales de una persona menor de edad con discapacidad, haciendo caso omiso a criterios trazados por la Corte Suprema en materia de acción de amparo, derecho a la salud y discapacidad.

(7) Creación del Sistema Nacional de Seguro de Salud.

(8) Constitución Nacional (arts. 16, 33, 75, incs. 22 y 23), de la Convención de los Derechos de las Perso-

nas con Discapacidad (Ley 26.378), Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) (Ley 23.054), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Ley 23.313), las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad" (Acordada de la CS 5/2009), ley 22.431, 24.901 y art. 1710 del Cód. Civ. y Com.

(9) Recientemente se ha señalado sobre este punto que: "Tanto las normas constitucionales internas como la generalidad de las convenciones supranacionales re-

De hecho, y reiteramos, el Plan Estratégico fue modificado al no haber sido prevista como población de riesgo a las personas con discapacidad residentes en instituciones de larga estancia, razón por la cual las medidas judiciales que ordenaron la inmunización urgente en los casos antes señalados (puntos III.1 a III.3.) no parecen haber alterado el esquema de vacunación ni inferido en forma drástica o negativa.

Por esto es que la intervención del Poder Judicial, al igual que lo mencionado por la jueza en el caso III.3., se encuentra justificada en virtud del riesgo en sí mismo al que se encuentran expuestas las personas con discapacidad mental que por su condición se encuentran imposibilitadas de manifestar y/o expresar los síntomas asociados a cualquier tipo de enfermedad.

Recientemente se ha dicho, con sano criterio, que "(...) no puede tildarse a los tribunales que permiten las condenas contra los diversos operadores del sector de salud de "garantistas" o entrometidos en decisiones sobre políticas públicas que conciernen a los otros departamentos del Estado como, en ocasiones, suelen criticarse algunas sentencias que no son del agrado del poder político o del poder económico. Pero, además, dado que el derecho a la atención sanitaria se encuentra reconocido en los ya enunciados Tratados Internacionales de *status* constitucional, los jueces deben actuar como garantes cuando aquel no es satisfecho" (10).

Asimismo, se ha mencionado que "La Corte Suprema de Justicia determina que

el Estado Nacional siempre está obligado a garantizar el derecho a la salud, principalmente cuando los demás actores del sistema no pueden afrontarlos y en consonancia con la reforma de 1994 de la CN, determina que la forma de hacerlo es a través de las 'acciones positivas', imponiendo al Estado Nacional un rol activo (reclamando políticas concretas de acción positiva), no es de mero espectador" (11).

Si bien de la actualización del Plan Estratégico surge la inclusión de las personas con discapacidad residentes en hogares de larga estancia, no se ha visto la apertura de ningún registro tanto para ese colectivo involucrado ni para otras personas que, sin residir en instituciones, tienen un alto riesgo en su salud que impone una inmunización inmediata.

Estas acciones judiciales no importan, entonces, una incumbencia del Poder Judicial respecto a decisiones discrecionales del Poder Ejecutivo ni tampoco a una revisión de su legitimidad, sino de preservar de modo urgente derechos que no admiten demora. Nótese que incluso en el caso citado en el punto III.3. de este trabajo, el propio Ministerio de Salud de la Ciudad de Buenos Aires consintió la orden judicial, la cumplió, y, además, ordenó inmunizar a la totalidad de los residentes de la institución en la que se encuentra asistiendo la beneficiaria.

No está de más mencionar que las personas con discapacidad y sus familias ya se ven afectados con serias dificultades y barreras diarias de toda índole, ya sea en

materia de accesibilidad, sino también en lo que refiere a las prestaciones establecidas en la ley 24.901, debiendo afrontar trámites burocráticos, demoras y la continua espera para ser atendidos y reconocidos.

De ello se desprende entonces, que, ante la desesperación, la incertidumbre y la falta de respuestas concretas por parte del Estado, la judicialización se abre como el único camino para que las personas con discapacidad puedan acceder a las prestaciones sanitarias básicas, y en este caso a la vacunación contra la COVID-19.

V. Conclusiones

No puede negarse la situación de crisis que atraviesa el país, la poca cantidad de vacunas, los diferentes grupos de riesgo y las necesidades de miles de argentinos. También entendemos que en razón de ello se ha establecido un plan nacional de vacunación, el cual no deja de ser una cuestión política sanitaria que en principio podría ser ajena a la intervención del Poder Judicial.

Sin embargo, estas políticas sanitarias deben ceder en supuestos particulares como lo son las personas con discapacidad que, fundadamente, se encuentren en una situación de riesgo, no solo por su patología, sino por su imposibilidad de manifestar voluntariamente los síntomas asociados a un determinado virus, por lo que es necesaria una rápida respuesta del Estado. Si no la hay, por el motivo que fuese, la acción de amparo prevista en el art. 43 de la

CN aparece como el único remedio disponible que el particular tiene a los fines de obtener una respuesta. No lo dice el autor de esta nota, lo ha dicho la propia Corte Suprema.

El Plan Estratégico no es rígido, sino que debe y puede ser flexible para resguardar el derecho a la vida y a la salud de las personas con discapacidad que, muchas veces, no tienen voz ni voto sino el de las personas que están llamados a protegerlos.

Seguramente, y es esperable, estas acciones judiciales aceleren el cumplimiento del Plan de Vacunación para todo el colectivo de las personas con discapacidad, incluyendo aquellas personas que no se encuentran residiendo en instituciones de larga estancia.

Lo que sí no hay dudas es que, una vez más, la intervención del Poder Judicial en estos casos ha sido más que necesaria a la luz de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y las 100 Reglas de Brasilia antes citadas.

Al fin y al cabo, en palabras de la propia Corte Suprema, el hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico, debiéndose preservar el derecho a la salud de las personas con discapacidad y destacar la obligación imposterizable que tiene el Estado de garantizar ese derecho con acciones concretas (12).

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/1330/2021

flejan una grieta entre las prestaciones comprometidas y las efectivamente otorgadas en materia de derecho a la salud, que obligan a Argentina; es necesario evocar al art. 75, tanto en su inc. 22 —jerarquía de los Tratados Internacionales— como en el 23 —exigencia de adoptar medidas de acción afirmativa respecto de colectivos vulnerables. En especial, en materia de atención

sanitaria, el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales garantiza "el derecho de toda persona al más alto nivel posible de salud física y mental" (GUSMAN, Alfredo S., "Responsabilidad del Estado como garante del derecho a la atención sanitaria", LA LEY, 26/04/2021. Cita Online: AR/DOC/1063/2021).

(10) GUSMAN, Alfredo S., "Responsabilidad del Estado como garante del derecho a la atención sanitaria", LA LEY, 26/04/2021. Cita Online: AR/DOC/1063/2021.

(11) ROSALES, Pablo O., "La Corte Suprema y la obligación de la cobertura de la discapacidad (Análisis de la reciente jurisprudencia del alto tribunal y las obligacio-

nes del Estado Nacional, las obras sociales y las empresas de medicina privada", publicado en JA 2002-II-431. Citar Lexis 0003/008782.

(12) CS, "S. J. L. Comisión Nac. Asesora para la int. de personas discapacitada y otro s/ amparo", 05/12/2017, voto Dr. Rosatti.

Nota a fallo

Responsabilidad de las concesionarias viales

Niña de 13 años que sufre el impacto de piedras arrojadas por personas en las inmediaciones de una autopista. Obligación de seguridad. Secuelas antiestéticas y funcionales. Incremento de la indemnización.

1. - La demanda de daños contra la concesionaria vial debe admitirse, pues quedó probado el acto vandálico de personas que se hallaban en las inmediaciones de la autopista arrojando piedras, situación que pudo y debió haber sido evitada por el concesionario vial. La empresa debió garantizar la libre y segura circulación en todo el tramo concesionado y no lo hizo. Hechos vandálicos como el presente conforman desafortunadamente un tema más que trillado en la realidad social actual. Y contrariamente a lo sostenido por la demandada, resultan perfectamente previsibles y evitables.
2. - Más allá de la detallada enumeración de normas de seguridad que realiza la concesionaria vial demandada;

certificaciones de calidad, sistemas de cámaras de alta tecnología, distintos medios de comunicación (postes SOS) y constante recorrido de móviles de seguridad, nada de ello hubo. Claramente la quejosa carece de lo que se jacta. La lista está perfectamente confeccionada, pero en la práctica poco hay para enumerar en aras de demostrar el cumplimiento de los deberes y obligaciones que pesan sobre su cabeza.

3. - Hace a las obligaciones medulares de los concesionarios mantener el paso de forma que no implique riesgos para el usuario. Eso no solo es cortar el pasto o que no haya baches, sino proteger al usuario de la irrupción de vándalos o que personas arrojen piedras al paso de los vehículos. Estas personas no son terceros por quienes la empresa no deba responder, porque hace a la esencia de las obligaciones contraídas evitar estos incidentes. Hace al riesgo de empresa.
4. - Debe valorarse y cuantificar las características personales de la actora, que tenía 13 años al momento del hecho, la extrema gravedad de las lesiones y las consecuencias de orden físico y psíquico, y tratamientos recomenda-

dos. La propuesta de psicoterapia por el perito interviniente puede o no llevar a buen resultado, lo que depende de múltiples factores, ajenos incluso a la decisión o voluntad del paciente; y atendiendo especialmente a que la cuantificación resulta independiente de fórmulas, cálculos y porcentuales arrojados, que en definitiva constituyen datos orientativos y no estrictamente vinculantes, es insuficiente la suma otorgada en concepto de incapacidad sobreviniente y debe elevarse a \$1.200.000.

5. - Alguien que no puede hablar bien no está en plenitud para muchas tareas; una mujer que tiene secuelas antiestéticas en el rostro no es bien vista para una cantidad de ocupaciones. Es la realidad en esta sociedad. Y conforme las pruebas colectadas, y el informe detallado del perito odontólogo, el daño ha sido enorme. Pero tratándose en definitiva de rótulos o modos de analizar la cuenta resarcitoria, se seguirá la cuantificación del daño moral atendiendo a las secuelas inestéticas y funcionales que padece la víctima desde los 13 años. Es prudente elevar el rubro a \$900.000 por la magnitud del daño sufrido; y que sufrirá toda la vida, aun cuando acometa tratamientos reparatorios.

Cuantificación del daño

El hecho dañoso:
piedras arrojadas desde las inmediaciones de una autopista

Referencias de la víctima:

Sexo: femenino
Edad: 13

Componentes del daño:

Daño moral genérico:	\$900.000
Daño patrimonial	
Incapacidad sobreviniente:	\$1.200.000

CNCiv., sala L, 08/03/2021. - M. J. S. y S. A. B. c. Autopistas Urbanas S.A. s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/1466/2021]

Costas

A cargo de la demandada

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 30/03/2021, p. 11, Atención al Cliente, <http://informaciónlegal.com.ar> o en Proview]