



Salud

Cartilla de la Obra Social. Ausencia de profesionales contratados en la especialidad requerida.

"B. G. c/ OSDE s/ amparo"

Buenos Aires, 18 de noviembre de 2004.//-

Y VISTO:

El recurso de apelación interpuesto y fundado por la actora a fs. 115 -fundado a fs. 160/165vta.-
contra la resolución dictada a fs. 113, y

CONSIDERANDO:

Los Dres. de las Carreras y Najurieta dicen:

1.- El señor Juez a quo denegó la medida precautoria solicitada por la parte actora, con base en que no se encuentra acreditado que los prestadores de OSDE no pueden brindar las prestaciones que constituyen el objeto de la cautelar impetrada.-

Contra dicha decisión se agravia la parte demandante. Sostiene -en lo sustancial- que la resolución apelada no ha hecho mérito de las pruebas presentadas en autos. En cambio, el pronunciamiento impone al actor -según aduce- "la prueba de un hecho negativo en el actor" (inexistencia de prestadores en la especialidad requerida para la patología del menor)).-

2.- En principio, se deben destacar ciertos presupuestos de hecho que presenta la cuestión a decidirse, a fin de enmarcarla adecuadamente y determinar el régimen legal aplicable. En tal sentido, es importante puntualizar que G. B. -afiliado de la obra social demandada (fs. 73)- padece de patologías que han determinado el otorgamiento del correspondiente certificado de discapacidad (fs. 66), lo que determina la aplicabilidad al caso de la ley 24.901.-



3.- Corresponde, pues, analizar los agravios vertidos a la luz de dicho texto legal.-

La ley 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, y que contempla acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos (art. 1).-

En lo concerniente a las obras sociales, dispone que tendrán a su cargo, con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley que necesiten las afiliadas con discapacidad (art. 2). Entre estas prestaciones se encuentran las de: transporte especial para asistir al establecimiento educacional o de rehabilitación (art. 13); rehabilitación (art. 15); terapéuticas educativas (arts. 16 y 17); asistenciales, que tienen la finalidad de cubrir requerimientos básicos esenciales de la persona con discapacidad (art. 18).-

Además, contempla la prestación de servicios específicos, enumeradas al sólo efecto enunciativo en el capítulo V, que integrarán las prestaciones básicas que deben brindarse a las personas con discapacidad, en concordancia con criterios de patología (tipo y grado), edad y situación socio-familiar, pudiendo ser ampliados y modificados por la reglamentación (art. 19).-

También establece prestaciones complementarias (cap. VII) de: cobertura económica (arts. 33 y 34); apoyo para facilitar o permitir la adquisición de elementos y/o instrumentos para acceder a la rehabilitación, educación, capacitación o inserción social, inherente a las necesidades de las personas con discapacidad (art. 35); atención psiquiátrica y tratamientos psicofarmacológicos (art. 37); cobertura total por los medicamentos indicados en el art. 38; atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y que deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología (art. 39, inc. a); estudios de diagnóstico y de control que no estén contemplados dentro de los servicios que brinden los entes obligados por esta ley (art. 39, inc. b).-

La amplitud de las prestaciones previstas en la ley 24.901 resulta ajustada a su finalidad, que es la de lograr la integración/social de las personas con discapacidad (ver arg. arts. 11, 15, 23 y 33; esta Sala, causa 7841/99 del 7-2-2000).-



4.- En ese contexto normativo, cabe concluir que la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora se encuentran acreditados en el caso, sin que resulte apropiado ni posible, en el estado liminar del juicio y en el ámbito cautelar en el que se circunscribe el planteo, avanzar sobre la cuestión relativa a si los prestadores contratados por la obra social que integran la cartilla, garantizan en forma suficiente la especial atención que la menor requiere en virtud de su discapacidad, tal como lo hace el magistrado en el decisorio apelado.-

5. A tales efectos se valora que le fue prescripto al menor tratamiento de psicomotricidad y psicopatología con atención interdisciplinaria e integral (fs. 75 y 79), y no se advierte de la lectura de la cartilla de la obra social (que el Tribunal tiene a la vista) la existencia de profesionales contratados por la demandada en la especialidad requerida.-

Por otro lado la obra social, en las contestaciones a las intimaciones que le fueran cursadas por la actora, se limitó a indicar que puede ofrecer idénticos servicios a los prestados por el Lic. L., sin brindar precisión alguna en orden al nombre de sus prestadores contratados y respectivas especialidades médicas.-

La índole de tales respuestas, en el examen propio del limitado marco cognitivo de una medida cautelar, no lucen como adecuadas y suficientes, puesto que tal como dispone en el art. 12 de la ley 24.901, cuando un beneficiario presente evidentes signos de detención o estancamiento en su cuadro general evolutivo, en los aspectos terapéuticos, educativos o rehabilitatorios, y se encuentre en una situación de cronicidad, el equipo interdisciplinario deberá orientarlo invariablemente hacia otro tipo de servicio acorde con sus actuales posibilidades.-

Asimismo, cuando la persona con discapacidad presente signos de evolución favorable, deberá orientarse a un servicio que contemple su superación (conf. en tal sentido informe de fs. 77). A su vez, como ya se precisó precedentemente, el art. 39, inc. a, de la ley establece que será obligación de los entes que presten cobertura social, la atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y que deban intervenir imprescindiblemente por las características



específicas de la patología, conforme así lo determine las acciones de evaluación y orientación estipuladas en el art. 11 de ese cuerpo legal.-

Estas cuestiones, sólo podrán ser decididas en la sentencia definitiva y una vez que se produzca la prueba necesaria para determinar acerca de la suficiencia o no de los prestadores de OSDE para atender la patología que presenta el menor.-

En esas condiciones, no se puede descartar que la omisión de los tratamientos requeridos por los accionantes, pudieran repercutir negativamente en el estado de salud de la menor (cfr. Cfed, La Plata, Sala 3, doct. de la causa "M., G. A. y otra en representación de M.B. c. OSECAC s. acción de amparo, del 8-5-2000, ED del 5-9-2000), lo cual basta por sí sólo para acreditar el peligro en la demora en obtener la cautela solicitada (confr. esta Sala, causa 6962/00 del 5-10-00).-

6.- A efectos de tener por configurada en el sub lite la verosimilitud del derecho invocado, no debe olvidarse, asimismo, que este requisito esencial para la procedencia de la medida cautelar, se refiere a la posibilidad de que el derecho exista y no a una incontestable realidad, la cual sólo se logrará al agotarse el trámite (cfr. Fenochietto-Arazi, Código Procesal comentado, t. 1, pág. 742; esta Sala, causas 14.152 del 27-10-94. 44.800 del 21-3-96, 35.653/95 del 29-4-97, 21.106/96 del 17-7-97. 1251/97 del 18-12-97. 7208/98 del 11-3-99, 889/99 del 15-4- 99. 436/99 del 8-6-99. 7208/98 del 4-11-99, 1830/99 del 2-12-99 y 7841/99 del 7-2- 2000).-

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, teniendo en cuenta la naturaleza de las medidas cautelares, señaló que no exigen a los magistrados el examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud, y que 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 (Fallos: 306:2060; esta Sala, causas 39.380/95 del 19-3-96. 21.106/96. 1251/97. 436/99 y 7208/98. cit.).-

7.- Esta solución es la que mejor se corresponde con la naturaleza del derecho cuya protección cautelar se pretende -que compromete la salud e integridad física de las personas (Corte Suprema, Fallos: 3.02:1284)-, reconocido por los pactos internacionales (arts. 23 y 24 de la Convención sobre



los Derechos del Niño, aprobada por ley 23.849; art. 25, inc. 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 12, inc. 2, ap. d, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales,) de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional; cfr. esta Sala causas 22.354/95 del 2-6-95, 53.078/95 del 18-4-96, 1251/97, 436/99, 7208/98, 1830/99 y 1056/99, citadas; en igual sentido, ver CSMendoza, Sala I, del 1-3-93, voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, E.D. 153- 163; Cfed. La Plata, Sala 3, del 8-5-2000, ED del 5-9-2000). Es también la que mejor consulta las características de la actividad de las obras sociales, en la cual ha de verse una proyección de los principios de la seguridad social, a la que el art. 14 bis de la Constitución Nacional confiere carácter integral, que obliga a apreciar los conflictos originados por su funcionamiento con un criterio que no desatienda sus fines propios (confr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, doct. Fallos: 306:178; 308:344 y 324:3988).-

Tales fines, que hacen a la existencia y trascendencia de las obras sociales como la aquí demandada, están enunciados en la ley 23.661, de creación del Sistema Nacional de Seguro de Salud, que integran aquéllas en calidad de agentes y que rige todo lo atinente a su funcionamiento (arts. 2º, segundo párrafo, y 15). Ellos son proveer al otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva (conf. art 2º, primer párrafo), todo ello en el marco del Sistema aludido, cuyo propósito es procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (art. 1º;; esta Sala, doct. causas 4339 del 16-7-2002, 1265/02 del 1-10-02 y 12.107/02 del 19-11-02).-

8.- Asimismo, no es ocioso recordar, en este orden de ideas, que el Alto Tribunal ha tenido oportunidad de señalar que los menores y los 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 del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos" (confr. in re "Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/Estado Nacional" del 15-6-04).-



Disidencia del Dr. Farrell:

El profesional que atiende al menor no se encuentra entre los prestadores de la obra social demandada. Ello determina la improcedencia de los agravios deducidos. En consecuencia, se debe confirmar la resolución apelada.-

Por lo expuesto, y por mayoría de votos, el Tribunal RESUELVE: revocar la resolución apelada en cuanto fue materia de agravios.-

Regístrese y devuélvase a primera instancia, donde se deberá notificar a las partes y a la Sra. Defensora Oficial en su despacho.//-

FDO.: Francisco de las Carreras - Martín D. Farrell - María Susana Najurieta