

Poder Judicial de la Nación

Causa Nº 12.317/2008 “F C M c/ Obra Social Docentes
Particulares s/ incidente de apelación de medida
cautelar”

Buenos Aires, 18 de febrero de 2009.

Y VISTOS: El recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 123/127, concedido a fs. 128, contra la resolución de fs. 105/107 vta., que mereciera la réplica de la señora Defensora Oficial a fs. 133, y

CONSIDERANDO:

I.- El señor Juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada por los padres de la menor C M F y dispuso que la Obra Social Docentes Particulares (OSDOP) arbitrara los medios necesarios para garantizar la cobertura integral (100%) respecto de las prestaciones de escolaridad primaria común integrada –jornada simple- en el Instituto Cultural del Encuentro, kinesiología 12 sesiones por mes, terapia ocupacional 12 sesiones por mes y psicoterapia individual 4 sesiones por mes, conforme lo prescripto por su médico tratante y hasta que se dicte sentencia definitiva (v. fs. 105/107 vta.).

En su recurso la demandada solicita la modificación del procedimiento fijado con arreglo a la ley 16.986 por el de trámite sumarísimo (v. pto. III a fs. 123). Seguidamente, y por las razones dadas a fs. 124/124, cuestiona la competencia del fuero Civil y Comercial Federal afirmando la del que atañe a Seguridad Social.

Por último se queja de la medida cautelar decretada aduciendo –en lo sustancial- que las prestaciones que actualmente se le brindan a la menor son de kinesiología y terapia ocupacional con frecuencia semanal, de modo que cualquier cambio en el tratamiento debería –a criterio de la recurrente- tener fundamento en la prescripción médica, por lo que requiere vista al Cuerpo Médico Forense. Finalmente, afirma que la Obra Social se encuentra impedida de otorgar la prestación toda vez que el Instituto Cultural del Encuentro no cuenta con ningún tipo de habilitación ni de inscripción en la Superintendencia de Servicios de Salud, en cuyo Registro de Prestadores de Discapacidad debería hallarse anotado, ello a fin de que se pueda solicitar el reintegro de la pertinente erogación a la Administración de Programas Especiales (v. fs. 126 in fine).

II. A fin de dar adecuada respuesta a los planteos realizados por la recurrente, el Tribunal advierte que aquellos relativos al trámite del juicio como también a la competencia, sólo conciernen a la intervención del Juez de primera instancia, sin que ello impida al Tribunal de Alzada tratar el recurso de apelación interpuesto contra la medida cautelar decretada a fs. 105/107 vta. (art. 204 del CPCC).

III. Expuesto lo que antecede, 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 C M F –afiliada a la obra social demandada- padece de encefalopatía crónica no evolutiva (E desmielinizante), parapsia espástica que ha determinado el otorgamiento del correspondiente certificado de discapacidad (fs. 4), lo que determina la aplicabilidad al caso de la ley 24.901.

Pues bien, analizando los agravios a la luz de dicho texto legal – y en concordancia con lo manifestado por el a-quo- se observa que la ley 24.901 instituye un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad.

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 los afiliados con discapacidad (art. 2).

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*).

Entre estas prestaciones se encuentra la de Educación General Básica. El art. 22 del texto legal citado contempla expresamente la posibilidad de integración en escuela común en todos aquellos casos en que el tipo y grado de discapacidad así lo permita.

En ese contexto normativo, como así también ponderando la naturaleza de las medidas precautorias en cuanto a que no exige 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). El Tribunal estima razonable, dado el liminar estado de las actuaciones, hacer prevalecer el derecho invocado por el demandante, a los fines de evitar los perjuicios que se pudieran producir en el caso de que no se dicte la medida, máxime se observa que los extremos invocados por la demandada en su memorial de agravios requieren de la sustanciación de la prueba a aportarse en el momento procesal oportuno.

En tales condiciones, y haciendo mérito del peligro en la demora que involucra lo atinente a la continuidad de la educación de la menor C M, entiende el Tribunal que la apelante no ha logrado rebatir los sólidos argumentos brindados por el magistrado de la anterior instancia (art. 265 del Cód. Procesal). Por otro lado, se advierte que no resulta posible, en el estado liminar del juicio, y dentro del ámbito cautelar en el que se circunscribe el planteo, avanzar sobre la cuestión relativa a la incidencia que proyectaría para la solución del caso la falta de inscripción del Instituto Cultural del Encuentro en el Registro Nacional de Prestadores de Servicios de Atención a las Personas con Discapacidad.

Por lo demás, 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 (*cf.* *Fenochietto-Arazi, Código Procesal comentado, t. 1, pág. 742; Sala I, 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*).

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: 302:1284*)—, 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; cf. Sala I 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 se ajusta a las características de la actividad de las obras sociales, en la cuales se proyectan los principios de la seguridad social, a los que el art. 14 bis de la Constitución Nacional les confiere carácter integral (*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; Sala I, doct. causas 4339 del 16-7-2002, 1265/02 del 1-10-02 y 12.107/02 del 19-11-02*).

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*).

Por último, no se advierte fundamentos suficientes en el memorial de agravios que justifique la vista al Cuerpo Médico Forense toda vez que en este estado liminar del proceso

Poder Judicial de la Nación

no se advierte contradicción entre lo manifestado por los progenitores de la niña y lo prescripto por el médico tratante (v. fs. 10/10vta.)

Por lo expuesto, el Tribunal RESUELVE: confirmar la resolución apelada en cuanto fue materia de agravios, con costas.

Difiérese la pertinente regulación de honorarios hasta tanto recaiga en autos sentencia definitiva.

El Dr. Guillermo Alberto Antelo no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RPJN).

Regístrese, notifíquese -a la Sra. Defensora Oficial en su despacho- y devuélvase.

Ricardo Gustavo recondo – Graciela Medina.

USO OFICIAL