

Cobertura Integral A Menor

JURISPRUDENCIA

Cobertura integral a menor

Se resuelve hacer lugar a la

medida cautelar solicitada, pues se encuentran acreditados los recaudos sustanciales que comprende un sistema de protección integral de las personas con discapacidad tendiente a preservar su atención médica, conforme con la ley nacional 22.431. Ciudad de Buenos Aires, 15 de julio de 2015.- VISTOS Y CONSIDERANDO: I. Mediante el escrito de fojas 1/6 se presentaron la señora María Cristina GARCÍA y Guillermo Evaristo SAEZ, en representación de su hija menor de edad M.S., e interpusieron acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA), solicitando que se ordenara a la demandada otorgar la cobertura integral de las siguientes prestaciones: a) kinesiología en módulos de tres sesiones semanales; b) transporte especial entre su domicilio y la institución educativa y centros de tratamiento a los que asiste su hija; y c) tratamiento de terapia ocupacional en módulos de tres sesiones semanales. Asimismo, peticionaron que su contraparte efectuara el pago de las prestaciones ya autorizadas y adeudadas por los referidos conceptos. Señalaron que M.S. nació el 21/04/1998 y presenta un diagnóstico discapacitante de "Mielomeningocele con válvula vejiga neur. Paraparesia?", conforme surge del certificado de discapacidad expedido por el Ministerio de Salud del GCBA (v. fs. 9). Añadieron que, en virtud del cuadro que padece, su hija no puede movilizarse por sus propios medios, y dada la deformidad de su columna, no tolera las sillas de ruedas convencionales, sino que requiere una silla a medida y con prótesis largas para sus miembros inferiores, así como un transporte especial para sus traslados. Asimismo, se le ha prescrito la realización de un tratamiento de kinesiología y terapia ocupacional. Destacaron que la cobertura de las prestaciones reclamadas -indicadas por los profesionales médicos que atienden a su hija- fue solicitada a la demandada en el marco de las actuaciones identificadas como carpetas nros. 3622/14 (del 31/01/2014), 3387/15 y 120723/15 (del 15/01/2015), 120781 (del 22/01/2015), 12920 (del 18/02/2015), y 12130 (del 24/04/2015). Luego remarcaron que, si bien durante 2014 la ObSBA autorizó la cobertura de dichas prestaciones, fue presentando demoras en los pagos, circunstancia que dificultó su continuidad a partir del mes de septiembre de ese año. A raíz de ello, los actores enviaron una carta documento a la demandada, con fecha 13/02/2015. A su vez, señalaron que la ObSBA, en el marco de la carpeta N° 3387/15, emitió una resolución -con fecha 05/02/2015- autorizando la cobertura de transporte y kinesiología, y requiriendo la presentación de documentación respecto del tratamiento de psicología, elementos que -según señalaron- fueron oportunamente presentados por los amparistas. Asimismo, la demandada autorizó el tratamiento de terapia ocupacional para el año 2015, sin embargo, continuó sin cumplir con el pago de las prestaciones adeudadas desde septiembre de 2014. Ello motivó el envío de una nueva carta documento por parte de los actores, que -conforme indicaron- no fue contestada por la ObSBA. Pusieron de resalto que, dada la falta de regularidad en los pagos, y en virtud de la deuda acumulada durante el transcurso del presente año, los profesionales que asistían a su hija suspendieron los tratamientos de rehabilitación que le brindaban. Añadieron que también el transportista suspendió el servicio de traslados que otorgaba a M.S., circunstancia que le ocasionó la imposibilidad de concurrir a la escuela que asistía, con el consiguiente riesgo de la pérdida de la regularidad como alumna y, en definitiva, de su escolarización. Ello trajo aparejado, como perjuicio adicional, la necesidad de que los amparistas interrumpieran, en diversas ocasiones, las actividades laborales que desarrollaban en los horarios en que su hija asistía a la escuela, y que, consecuentemente, tuvieran que soportar descuentos salariales por inasistencias e, incluso, estar expuestos al riesgo de pérdida de sus empleos. En función de estas circunstancias, solicitaron -como medida cautelar- que se ordenara a la demandada la cobertura integral de las prestaciones previamente detalladas. Fundaron en derecho su pretensión, ofrecieron prueba, y peticionaron, en definitiva, que se hiciera lugar a la acción de amparo promovida, con costas a la demandada. II.- En forma previa a ingresar al tratamiento del planteo a resolver, es preciso destacar que -como directa manifestación de la garantía a una tutela judicial efectiva (conf. artículo 18 CN, 13 inc. 3 CCABA y los diversos tratados contemplados en el art. 75 inc. 22 CN)-, las medidas cautelares son remedios procesales que tienden a impedir que -durante el tiempo que insume la tramitación del proceso- se vea frustrada la posibilidad de dictar una sentencia útil, como consecuencia de alguna circunstancia sobreviniente que imposibilite o dificulte la ejecución de una eventual resolución favorable. Se trata, entonces, de decisiones provisionales que tienden a conjurar el peligro de que la tutela jurídica definitiva que derivará de la sentencia a pronunciarse no pueda, en los hechos, realizarse. Por su intermedio se pretende evitar que, a raíz del mero transcurso del tiempo, los efectos del fallo final pudieran resultar prácticamente inoperantes (PALACIO LINO E., "Derecho Procesal Civil", T. VIII, p. 34, Abeledo Perrot, 1992). De acuerdo con estas consideraciones, la tutela cautelar enfoca sus proyecciones -en tanto dure el litigio- sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas se encuentran enderezadas a evitar la producción de situaciones que podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en oportunidad del dictado de la sentencia definitiva

(CSJN, Fallos, 320:1633). En análogo sentido, la Cámara del fuero ha expresado que este tipo de medidas tienden a impedir que, durante el lapso que transcurre entre la iniciación del proceso y el pronunciamiento definitivo, sobrevenga cualquier circunstancia que haga imposible o dificulte la ejecución forzada o torne inoperante los efectos de la resolución (Sala II, in re "La Rueda Porteña SACIFIA c/GCBA s/otros procesos incidentales", Expte: EXP 4073/1, sentencia del 17/09/02). De acuerdo con lo establecido en el artículo 15 de la Ley N° 2145 de Amparo, los recaudos sustanciales para la procedencia de medidas como la aquí solicitada son los siguientes: (1) la verosimilitud del derecho; (2) el peligro en la demora; (3) la no frustración del interés público; y (4) la contracautela.

III.- Bajo estas premisas, corresponde establecer si en el sub lite se ha acreditado suficientemente la presencia de los requisitos que condicionan la procedencia de la medida cautelar requerida, dentro del acotado margen de conocimiento que admite esta etapa inicial del proceso. En lo que respecta al primero de estos recaudos, para que resulte procedente la tutela cautelar, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en sostener que el peticionante debe acreditar la presencia del *fumus bonis iuris*, para lo cual deberá producir convicción en el tribunal sobre la probabilidad de existencia del derecho en que basa su pretensión. Es decir, para que el derecho invocado resulte verosímil, no es necesario probar con certeza su existencia, sino tan sólo su apariencia. De acuerdo con estas consideraciones, se ha afirmado que "las medidas cautelares no exigen un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo en grado de aceptable verosimilitud como probabilidad de que éste exista y no como una incuestionable realidad que sólo se logrará al agotarse el trámite, si bien aquella debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetiva y prima facie lo demuestren" (KIELMANOVICH, JORGE L., *Medidas Cautelares*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pág. 51). A su vez, nuestro Máximo Tribunal ha destacado reiteradamente que "como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud. Es más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no exceda del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad" (CSJN, Fallos, 306:2060; 330:2610, entre muchos otros). En la misma línea, la Corte ha sostenido que exigir un juicio de certeza contradice la propia naturaleza del instituto cautelar, que se desenvuelve en el plano de lo hipotético o aparente (CSJN, Fallos, 330:5226, entre muchos otros). Por su parte, la Cámara del fuero ha reconocido expresamente que, para comprobar la verosimilitud del derecho, es suficiente con efectuar un juicio hipotético sobre la posible existencia del derecho invocado. En tal sentido, la Sala I tiene dicho que "a los efectos de determinar la procedencia de una medida cautelar, debe comprobarse la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por la actora, de modo tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal pueda declararse la certeza de ese derecho" (in re "Slipak Edgardo Daniel c/GCBA s/otros procesos incidentales", EXP. 19920/1, sentencia del 30/09/06). En sentido concordante, la Sala II ha señalado -también refiriéndose a las medidas cautelares- que "la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, y ello es lo que permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica" (in re "Gamondes María Rosa c/GCBA s/otros procesos incidentales", EXP. 28840/1, sentencia del 13/06/08); y que "no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de verosimilitud, desde que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otro que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético" (in re "Instituto Privado 9 de Julio Cooperativa de Enseñanza y Trabajo Limitada c/G.C.B.A. s/otros procesos cautelares", EXP. 316, sentencia 523 del 13/6/2001).

IV.- De acuerdo con estas consideraciones, es preciso determinar si el derecho invocado por la parte actora resulta suficientemente verosímil. A esos fines, es necesario efectuar una breve reseña de la normativa que rige el asunto traído a conocimiento del tribunal.

IV.1.- A partir de la reforma constitucional de 1994, el derecho a la salud ha sido reconocido en nuestra carta magna a través de diversos tratados internacionales que -conforme establece el artículo 75, inciso 22 CN-, gozan de jerarquía constitucional. De este modo, este derecho encuentra protección en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- (arts. 4 y 5) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 6, inc. 1). Así, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12) y, en particular, establece que se deberán adoptar medidas que aseguren "la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas" (inc. c) y "la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad" (inc. d). Asimismo, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece en su artículo XI que "[t]oda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad?". Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos prescribe que "[t]oda persona tiene derecho a un nivel

de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios? (art. 25 inc. 1°); y la Convención Americana sobre Derechos Humanos -Pacto de San José- prevé el ?derecho a que se respete su vida? (art. 4° inc. 1°) y el derecho de toda persona ?a que se respete su integridad física, psíquica y moral? (art. 5° inc. 1°).

IV.2.-También nuestra Constitución Nacional en su parte orgánica prevé una tutela especial para los grupos vulnerables, entre ellos, las personas con discapacidad. En este sentido, estipula la obligación del Congreso de ?legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto a los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad? (art. 75, inc 23). A su vez, la Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 23 ?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 la participación activa del niño en la comunidad?, y reconoce su derecho a recibir los cuidados especiales que necesite. Asimismo, en sus artículos 24, 25, 26, 27 y 28 reconoce, en forma amplia, el derecho de todo niño al cuidado de su salud y a recibir una educación adecuada. Recientemente, la Ley N°27.044 confirió la jerarquía prevista en el artículo 75 inciso 22 de nuestra carta magna a la ?Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad? que había sido aprobada por la Ley N° 25.280. Allí define a la discriminación contra las personas con discapacidad como ?toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales? (art. 1°, inc. 2 ?a?). A su vez, establece que para lograr los objetivos de la Convención, los Estados Parte se comprometen, entre otras medidas, a trabajar prioritariamente en la detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad (art. 3°, inc. 2 ?b?). Asimismo, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley N°26.378) incluye entre sus principios al respeto de la dignidad y la igualdad de oportunidades (art. 3°). Cabe referir, adicionalmente, a la Ley nacional N°22.431, que instituye un sistema de protección integral de las personas con discapacidad tendiente a preservar - entre otros bienes- su atención médica (artículo 1°, inciso e). En sentido concordante, el artículo 28 de la Ley N° 23.661 dispone que los agentes del seguro de salud deberán incluir obligatoriamente entre sus prestaciones a todas aquellas necesarias para la rehabilitación de las personas discapacitadas, debiendo asegurar también la cobertura de medicamentos que estas prestaciones exijan. Asimismo, la Ley N° 24.901 establece un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad de gran amplitud, disponiendo que las obras sociales tienen a su cargo -con carácter obligatorio- la cobertura total de las prestaciones básicas enunciadas en la ley respecto de sus afiliados con discapacidad (art. 2°), así como también deben afrontar el costo total de los tratamientos prolongados, ya sean farmacológicos o de otras formas terapéuticas (art. 37).

IV.3.- En el ámbito específico de la Ciudad de Buenos Aires, el derecho a la salud integral también ha sido reconocido por la CCABA en su artículo 20, en el cual, a su vez, se determina que el Estado local debe asegurar -a través del área estatal de salud- ?las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación, gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad?. Asimismo, su artículo 21 establece los lineamientos que debe poseer la Ley Básica de Salud, entre los cuales se encuentra la prevención de la discapacidad y la atención integral de las personas con necesidades especiales (inc. 7°). Por otra parte, cabe recordar que en la Ciudad de Buenos Aires ?[r]igen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos? (conf. art. 10 CCABA).

IV.4.- Por otro lado, corresponde efectuar una somera remisión a la normativa local que protege en forma especial a las personas con discapacidad, respecto de las cuales la CCABA garantiza ?el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades. Ejecuta políticas de promoción y protección integral, tendientes a la prevención, rehabilitación, capacitación, educación e inserción social y laboral. Prevé el desarrollo de un hábitat libre de barreras naturales, culturales, lingüísticas, comunicacionales, sociales, educacionales, arquitectónicas, urbanísticas, del transporte y de cualquier otro tipo, y la eliminación de las existentes? (art. 42). Esta protección es concordante con las garantías contempladas en las previsiones de la Constitución Nacional, que la Ciudad expresamente asumió a partir del dictado de la Ley N°4036, conjuntamente con las establecidas en Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley nacional N° 22.431, y la Ley local N°447. En efecto, la Ley N°4036 ?[prioriza] el acceso de aquellos en estado de vulnerabilidad social y/o emergencia a las prestaciones de las políticas sociales que brinde el Gobierno de la Ciudad de acuerdo con los principios establecidos en los artículos 17 y 18 de la Constitución

de la Ciudad de Buenos Aires.? En su artículo 13, la norma dispone que ?[e]l Gobierno de la Ciudad garantiza mediante sus acciones el pleno goce de los derechos de niños, niñas y adolescentes de conformidad a lo establecido en la Constitución Nacional, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales en los que el Estado Argentino sea parte, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley 114 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.? En cuanto a la protección de la discapacidad, la ley estipula que ?[e]l Gobierno de la Ciudad garantiza mediante sus acciones el pleno goce de los derechos las personas con discapacidad de conformidad a lo establecido en la Constitución Nacional, la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, la Ley Nacional N° 22.431, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y la Ley 447? (art. 22). Dicho cuerpo legal, a su vez, ?entiende por personas con discapacidad en condición de vulnerabilidad social aquellas que padeciendo alteración, total o parcial, y/o limitación funcional, permanente o transitoria, física, mental o sensorial, se hallen bajo la línea de pobreza o indigencia, y/o en estado de abandono, y/o expuestas a situaciones de violencia o maltrato, y/o a cualquier otro factor que implique su marginación y/o exclusión? (art. 23) y pone a cargo del GCBA ?la implementación de políticas sociales para garantizar el desarrollo progresivo integral de las personas con discapacidad, su cuidado y rehabilitación? (art. 24). Asimismo, la norma pone en cabeza del Gobierno de la Ciudad, entre otras acciones, a aquellas ?que garanticen el acceso al cuidado integral de la salud, su integración social, su capacitación y su inserción laboral. Para ello deberá: 1. Implementar acciones de gobierno que garanticen la seguridad alimentaria, la promoción y el acceso a la salud. 2. Proveer elementos ortopédicos y ayuda técnica en carácter de préstamo y/o donación. 3. Brindar alojamiento para aquellas personas con discapacidad que se hallen en situación de vulnerabilidad social [...]?. IV.5. Siguiendo los lineamientos supranacionales y constitucionales antes desarrollados, a través de la Ley N° 23.661, se creó el Sistema Nacional de Salud, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (art. 1°). El objetivo fundamental de este seguro es proveer el 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 (art. 2°). Dicho sistema considera como agentes del seguro de salud -además de las obras sociales nacionales reguladas en la Ley N° 23.660- a las obras sociales de otras jurisdicciones que adhieran a dicho sistema, para lo cual deberán adecuar sus prestaciones de salud a las normas legales y reglamentarias correspondientes (artículo 2°) y cumplir las demás condiciones previstas en el Capítulo VIII (De la participación de las provincias). En cuanto a las prescripciones de la ley vinculadas con la situación de hecho planteada en estos autos, cabe remitir a su artículo 28, en tanto dispone que los agentes del seguro de salud deberán incluir obligatoriamente entre sus prestaciones a todas aquellas necesarias para la rehabilitación de las personas discapacitadas, debiendo asegurar también la cobertura de medicamentos que estas prestaciones exijan. En palabras de nuestro Máximo Tribunal, la reseñada ley establece que son principios fundantes del Sistema Nacional del Seguro de Salud -en primer lugar- la búsqueda del pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación de ninguna clase y -en segundo término- la provisión 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 (CSJN, ?Obra Social para la Actividad Docente (OSPLAD) c/ Catamarca, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad?, sentencia del 20/05/2008, Fallos: 331:1262). La jurisprudencia ha receptado la proyección social de la actividad de las obras sociales, al señalar que en tanto se vinculan con derechos personalísimos de la persona humana, como son la salud y la vida, impondría apreciar sus deberes bajo el prisma de esta función social que titularizarían (Cám. CAyT, Sala II, in re ?Freire María Elena c/ ObSBA s/ amparo?, expediente N°42685/0, del 6/3/2012). Asimismo, corresponde recordar que en palabras de la Cámara del fuero, la finalidad de las normas que tutelan de modo integral la situación de las personas con discapacidad es, precisamente, neutralizar las desventajas que su incapacidad les provoca. De ahí que si bien el derecho a la salud comprendería la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente, con relación a las personas con discapacidad ese mandato se debería conjugar, en rigor, con adoptar medidas tendientes a garantizar la igualdad real de oportunidades (Sala II, en ?S., C. N. contra GCBA sobre incidente de apelación?, Expte. N° A71531-2013/1, sentencia del 12 de junio de 2014). IV.7.- En lo que respecta específicamente a la ObSBA, en virtud de lo dispuesto por el artículo 2° de la Ley N° 472 se rige, entre otras normas, por la Ley Básica de Salud -Ley N° 153- y, supletoriamente, por las Leyes N° 23.660 -Ley de Obras Sociales- y N° 23.661 -de creación del Sistema Nacional del Seguro de Salud-, demás normas complementarias y concordantes (conf. Ley N° 472, art. 2°, incs. c y d). De acuerdo con el artículo 3° de la Ley N° 472, la ObSBA tiene por objeto ?la prestación de los servicios de salud que contengan acciones colectivas e individuales de promoción, prevención, atención, recuperación y rehabilitación?. En su artículo 37, la norma expresamente estableció ?como plazo máximo la fecha del 1° de enero de 2003, para que la O.S.B.A. disponga su adhesión al régimen del Sistema

Nacional de Salud regido actualmente por las Leyes Nros. 23.660 y 23.661, sus normas complementarias y reglamentarias. A partir de esa fecha sus afiliados podrán ejercer la libertad de elección de su obra social y ésta quedará adherida a las normas legales antes citadas.? Dicho plazo fue prorrogado hasta el día 1 de abril de 2009 (Ley N°3021) únicamente en lo concerniente al ejercicio de la libre opción de la elección de la obra social por parte de los afiliados de ObSBA prevista en el citado artículo 37 de la Ley N°472. IV.8.- Descripto entonces el marco normativo en el que se inscribe la cuestión sometida al conocimiento del tribunal, corresponde a continuación determinar si - pese a no haber adherido expresamente al Sistema Nacional del Seguro de Salud- la obra social demandada se encuentra de todos modos obligada a cubrir las prestaciones establecidas en la Ley N°24.901. Al respecto, cabe destacar que el Máximo Tribunal ha desarrollado una vasta jurisprudencia en la materia, consolidando una vehemente protección del derecho de las personas con discapacidad a obtener una cobertura médica integral. Así, en un caso en el cual una obra social -el Instituto Obra Social del Ejército (IOSE)- alegaba que, al no hallarse comprendida en el régimen normativo establecido por las leyes 23.660 y 23.661 (por no haber formulado la adhesión prevista en el art. 1° inc ?g?de la ley 23.660), no le resultaba aplicable la Ley N° 24901, el máximo Tribunal estableció que ?la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901, no determina que le result[ara] ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos del discapacitado a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia? (CSJN, ?Segarra, Marcelo Fernando, c/ Instituto Obra Social del Ejército s/ sumarísimo?, dictamen de la Sra. Procuradora Fiscal que la CSJN hizo suyo, sentencia del 18/6/2008). El Alto Tribunal reiteró en otras oportunidades este criterio, afirmando a su vez que ?la vida es el primer derecho de la persona humana, reconocido y protegido por la ley fundamental? (CSJN, Fallos 310:112; 312:1953, entre otros) y que, ?en tanto eje y centro de todo el sistema jurídico, es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los demás tienen siempre carácter instrumental? (CSJN, Fallos 316:479, 324:3569). Por otro lado, también cabe destacar que la Corte Suprema ha establecido con certeza que las prestadoras de salud deben cubrir todas las prestaciones contempladas en la ley 24.901, toda vez que el inciso ?h? del art. 1° de la ley 23.660 incluye a ?toda otra entidad creada o a crearse que, no encuadrándose en la enumeración precedente, tenga como fin lo establecido en la presente ley?, a la vez que la ley 24.754 impone a las entidades de medicina prepaga cubrir las mismas prestaciones obligatorias que las obras sociales (CSJN, ?Cambiaso Péres de Nealón, Celia Ana María c/ Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas?, sentencia del 28/7/2007). Dentro de la misma línea jurisprudencia, la Cámara de Apelaciones del fuero ya se ha expedido en causas donde la obra social demandada en estas actuaciones - basándose en que no era un agente del Sistema Nacional de Seguro de Salud- denegaba prestaciones previstas en la ley 24.901 a afiliados discapacitados, señalando que ?si bien la ObSBA alega que no es Agente del Seguro Nacional de Salud, no cabe duda que sus beneficiarios deben recibir atención médica adecuada. La demandada invoca una serie de resoluciones y pretende no verse alcanzada por el deber de brindar asistencia integral a sus beneficiarios que padezcan discapacidades [...] En tales condiciones, resulta fundada la decisión cautelar adoptada por la a quo, habida cuenta de las responsabilidades que deben asumir prima facie los prestadores de la salud en la asistencia y atención de la niña discapacitada, de la que no pueden sustraerse en razón de demoras contingentes en la adhesión de la Ciudad de Buenos Aires al régimen nacional? (Sala II, in re ?Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (denuncia incumplimiento respecto a la afiliada Brenda Nicole Deghi) c/ GCBA s/ otros procesos incidentales?, Expte. 5348/8, sentencia del 10/2/2005). IV.9.- Así reseñado el bloque normativo y jurisprudencial aplicable en el sub lite, es necesario a continuación referirse a la situación de salud en que se encuentra la hija de los amparistas. De acuerdo con el certificado de Discapacidad expedido por el Ministerio de Salud del GCBA, que en copia obra a fs. 9, M.S. presenta un diagnóstico de ?Mielomeningocele con Válvula Vejiga Neur. Paraparesia?, que le ha ocasionado una discapacidad motriz. En este sentido, en la nota firmada por la Lic. Ayelén Lugren, Terapista Ocupacional -M.N. ... - M.P. ...- (v. fs. 17/18), con fecha 27/02/2015, se indicó que la hija de los amparistas ?presenta un diagnóstico de MMC con espasticidad por médula anclada [...] se observa debilidad muscular en ambos miembros superiores, disminución del trofismo de la musculatura intrínseca de ambas manos y dificultad para las pruebas de coordinación fina. Posee control de tronco limitado. Sus miembros inferiores presentan espasticidad. M. se traslada en silla de ruedas que autopropulsa por trayectos cortos. Fue operada de ambos pies en noviembre de 2013, le colocaron toxina botulínica en abril de 2014, en junio de 2014 le entreg[aron] las ortesis largas y com[enzó] a entrenar junto a la kinesióloga la bipedestación y marcha, aun presenta dificultad para dar pasos cortos con el andador. Debido a las intervenciones quirúrgicas y a su salud en general perdió su situación de alumna regular, este año 2015 com[enzó] el ciclo retomando el primer año de la escuela secundaria [...] tiene una dependencia parcial para la mayoría de las AVD, requiere asistencia para tareas de aseo personal, vestido de tren superior e inferior, transferencias, baño. La enfermera o la madre le realizan el cateterismo. Es independiente para la tarea de alimentación [...] se muestra entusiasta para iniciar el tratamiento, con deseos de aumentar independencia y autonomía?. Luego, en función de la situación reseñada, la licenciada indicó la necesidad de realización de tres sesiones semanales de tratamiento de terapia ocupacional,

y presentó su presupuesto. Luego, en la nota de fs. 20, la licenciada en kinesiología Nelly Pacheco - MN ...- expuso el plan de tratamiento en kinesiología requerido para la situación de M.S., e indicó también su presupuesto. Asimismo, en el certificado médico presentado en copia a fs. 16 se prescribe la realización de los tratamientos de kinesiología y terapia ocupacional cuya cobertura se reclama en estos autos. Por otra parte, a fs. 25 y 26 obran copias de actuaciones producidas por la ObsBA con fecha 0/02/2015 y 06/05/2015, en el marco de la Carpeta N° 3387/15, por cuyo conducto se autorizó la cobertura de prestaciones de terapia ocupacional, kinesiología y transporte requeridas en el sub lite.

IV.10.- Entonces, de acuerdo con el marco normativo y jurisprudencial reseñado y la situación de salud que presenta M.S., corresponde tener por acreditada en forma suficiente la verosimilitud del derecho de la parte actora a recibir la cobertura de las prestaciones reclamadas, derecho que -por lo demás- habría sido también reconocido por la demandada a través de las actuaciones agregadas a fs. 25 y 26.

V.- Por otro lado, la normativa antes reseñada también exige la presencia del requisito del peligro en la demora, cuya comprobación requiere evaluar el riesgo de que, sin el dictado de la medida solicitada, la tutela jurídica definitiva que se espera de la sentencia no logre, en los hechos, su cometido. En consecuencia, este presupuesto se configura cuando existe urgencia en evitar que la demora en la resolución del pleito principal pueda causar perjuicios apreciables al solicitante, de modo que el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión resulte tardío (GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO - FERNÁNDEZ TOMÁS R., Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, Madrid, Civitas, 1998, p. 628). Al analizar el mencionado recaudo, la Corte Suprema ha afirmado que "el examen de la concurrencia del recaudo aludido pide una apreciación atenta de la realidad comprometida con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia" (CSJN, Fallos 306:2060 y 319:1277, entre otros). En análogo sentido se ha pronunciado la Sala II del fuero en autos "Gamondes, María Rosa c/GCBA s/otros procesos incidentales", ya citado. Recientemente, la Sala I ha reiterado que identifica el peligro en la demora con "el riesgo probable de que la tutela jurídica efectiva que el actor aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (Palacio, Lino E. "Derecho Procesal Civil", AbeledoPerrot, Buenos Aires, 1992, t. VIII, págs. 32 y 34; esta Sala in re "Ortiz Célida y otros c/ GCBA s/ Amparo s/ Incidente de Apelación", expte n° 2779) (in re "Basta de Demoler y otros c/ GCBA s/ otros procesos incidentales, Expte. 43943/1, sentencia del 2/11/2012). A su vez nuestro Máximo Tribunal ha señalado el peligro en la demora "debe resultar en forma objetiva del examen sobre los distintos efectos que podría provocar la aplicación de las diversas disposiciones impugnadas" (Fallos: 318:30; 325:388). Pues bien, una vez aplicadas estas nociones al caso de autos es posible concluir que también el presupuesto en análisis se encuentra presente en estos autos. En efecto, de la documentación aportada hasta el momento en autos surge que la falta de cobertura de las prestaciones reclamadas por los amparistas pondría en riesgo la continuidad de los tratamientos de kinesiología y terapia ocupacional que recibe M.S. para aumentar su autonomía y mejorar así su calidad de vida. Asimismo, de acuerdo con lo indicado en el escrito de inicio, la interrupción de la cobertura del servicio de transporte requerido podría afectar la continuidad de su escolarización. En función de estas consideraciones, se advierte en autos un temor fundado de que, en caso de no otorgarse la tutela requerida, el estado de cosas actual derive en un daño irreparable para la parte actora. Ello permite concluir, entonces, que el requisito de peligro en la demora se encuentra claramente configurado.

VI.- Por otra parte, la normativa aplicable exige, como presupuesto para la viabilidad del tipo de tutela solicitada, a la contracautela. Se trata, de acuerdo con lo que señala la doctrina, de un medio legalmente implementado para garantizar al sujeto pasivo de la medida cautelar cualquier posible resarcimiento de los daños que pudiera acarrear la tutela preventiva concedida, si se verifica que el solicitante abusó o se excedió en el derecho que la ley le otorga para obtenerla (SABA PAULA A. y BARBARÁN JOSEFINA, Código Contencioso Administrativo y Tributario, comentado y anotado, (Dir.) CARLOS F. BALBÍN, Ed. AbeledoPerrot, Tercera Edición actualizada y ampliada, Tomo I, p. 587). Originalmente, al sancionar el CCAyT, la Legislatura de la Ciudad no había previsto este requisito para ninguna de las medidas cautelares allí previstas -capítulos I y II del Título V-. Sin embargo, la Cámara entendió -ya en sus primeras decisiones- que se trataba de un recaudo implícito, que podía derivarse de lo previsto en el artículo 6° de la Ley N° 7, en cuanto establece que "no pueden exigirse fianzas, cauciones o contracautelas que tornen ilusorio el derecho que se pretende hacer valer" (Sala I, in re "Casa Abe S.A. c/GCBA s/acción meramente declarativa- art. 277 CCAyT", Expte. 271, sentencia del 23/02/01). Con posterioridad, y en sentido concordante con el desarrollo jurisprudencial efectuado por la Cámara, la Ley N° 2145 de Amparo incorporó expresamente a la contracautela como uno de los presupuestos exigibles frente al pedido de dictado de una medida cautelar en este tipo de procesos (conf. artículo 15). La norma ha establecido expresamente que "[e]l/la Juez/a interviniente debe determinar la índole de la contracautela para cubrir los daños y perjuicios que pudieran derivarse de su otorgamiento, sin que esto pueda implicar un menoscabo a la tutela cautelar". De acuerdo con las pautas normativas antes referidas y en el marco de las circunstancias antes analizadas, queda claro que la contracautela exigible en autos a la actora no puede derivar en "un menoscabo a la tutela cautelar".

En similar orden de ideas, al momento de establecer el tipo de contracautela exigible en cada caso concreto, en diversas decisiones judiciales se advierte que se ha relacionado directamente a este recaudo con el del *fumus bonis iuris*, de modo que ante una mayor verosimilitud en el derecho, menor es la exigencia en cuanto a la clase y caudal de la caución (C. Nac. Civ., Sala M, *Ballare Claudia c/Romero María Lidia*?, sentencia del 13/09/07). Con igual criterio, la Sala II del fuero señaló que “[e]l monto de la caución se halla librada -en primer lugar- al criterio del juez de grado y, en el caso, a la luz de la verosimilitud del derecho invocado por la parte actora? (*Viajes Apolo S.R.L. c/G.C.B.A. s/Acción Meramente Declarativa (art. 277 CCAyT)*?, EXP 98.0, sentencia N° 487 del 30 de mayo de 2001). Entonces, en razón de los intereses comprometidos, la fuerte verosimilitud alcanzada por el planteo cautelar efectuado y la adecuada acreditación del peligro en la demora, corresponde concluir que, en el sub lite, resulta suficiente la caución juratoria ofrecida a fojas 5 de estos autos (en sentido concordante, ver el precedente de Sala I, in re *Pusso, Santiago contra GCBA sobre otros procesos incidentales*?, EXP 26089/1, sentencia del 26/09/07).

VII.- Finalmente, la normativa ya reseñada exige, para la procedencia de una medida como la aquí solicitada, la *no frustración del interés público* (conf. artículo 15 de la Ley N° 2145). A efectos de delinear los caracteres que definen a este presupuesto, se ha afirmado que su comprobación requiere ponderar si el perjuicio al interés general que supondría dictar una determinada medida cautelar es mayor o menor al derivado de no dictarla, de manera que a esos fines es necesario indagar, en cada caso, *la efectiva presencia de las razones de interés general que imponen la ejecución inmediata del acto administrativo*. Y ello es así, pues como hemos señalado, no cualquier interés invocado por la Administración Pública será suficiente para concluir en que la suspensión compromete, por sí misma y apriorísticamente, el cumplimiento de fines generales impostergables? (SIMÓN PADRÓS, RAMIRO, *La tutela cautelar en la jurisdicción contenciosa administrativa*, Buenos Aires, LexisNexis, 2005, p. 292). En términos análogos se sostiene que el interés público que podría obstar al reconocimiento de la tutela cautelar solicitada no puede ser aquel perseguido por una administración en particular, sino el de toda la comunidad (ESCOLA HÉCTOR J., *El interés público*, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 240 y ss.). A su vez, la Sala II del fuero ha precisado que debe tratarse no del interés público genérico que obviamente debe perseguir toda la actuación de la Administración, sino de un interés público específico, de singular trascendencia, cuya prevalencia exija la ejecución inmediata del acto cuestionado (in re *Boscolo Elsa c/ GCBA sobre empleo público*?, sentencia del 16/08/01, LL 2001 F-859). Por su parte, en lo que respecta a la vinculación de este recaudo con la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora se ha afirmado, con agudeza, que *el juez debe valorar el derecho individual y el peligro con sus correspondencias con el interés público y hacerlo según las circunstancias del caso*. Así, si el peligro es cierto y grave y el derecho claro, entonces, el interés colectivo -el derecho de los otros- es necesariamente menor? (BALBÍN, CARLOS F., *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, 2007, Tomo II, p. 778). En el mismo sentido, se ha dicho que *no existe razón de interés público que justifique apartarse de nuestra Ley Fundamental*, pues el primer interés público es asegurar el imperio del derecho? (LUQUI, ROBERTO ENRIQUE, *Las facultades de los organismos recaudadores en nuestro ordenamiento jurídico*?, LA LEY, 1/9/2009, p. 5 y sigs.). Pues bien, de acuerdo con estas pautas, no se advierte que la concesión de la tutela cautelar pretendida pudiera ocasionar una frustración del interés público, ni que resultara idónea para afectar la prestación de un servicio público o perjudicar una función esencial de la Administración. Al mismo tiempo, ya se ha explicado que existe un riesgo concreto de que, en caso de persistir el estado de cosas actual, se afecten los valores más esenciales del ser humano, por caso, el derecho de la salud y a una calidad de vida digna para una persona menor de edad que presenta una severa discapacidad motriz.

VIII. Cabe concluir entonces que, ante el proceder *prima facie* omisivo de la demandada, a fin de garantizar los efectos del proceso y hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, es necesario recurrir al instituto cautelar y asegurar, por ese medio, la tutela preventiva de los derechos invocados por los actores frente a los evidentes riesgos del acaecimiento de un perjuicio irreparable. Por lo expuesto, RESUELVO: 1) HACER LUGAR a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordenar a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires que en el plazo improrrogable de cinco (5) días acredite haber hecho efectivo el pago de las prestaciones ya autorizadas -y hasta el momento adeudadas- de kinesiología, terapia ocupacional y transporte respecto de la niña M.S. (afiliada N° ...) y que, asimismo, continúe la cobertura de tales prestaciones durante el trámite del presente proceso, hasta tanto recaiga sentencia definitiva y firme en estos autos. 2) TENER por prestada la caución juratoria con la suscripción del escrito de demanda. Regístrese y notifíquese por Secretaría con habilitación de días y horas inhábiles y con carácter URGENTE a la actora y a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires -conjuntamente con el traslado de la demanda ordenado a fs. 29-, a los fines del inmediato cumplimiento de la medida dispuesta precedentemente.- Nota:

(*) Nota de la Editorial: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación. 002869E