



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 SECRETARÍA
N°26

MESQUIDA, MIRTHA SUSANA CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE
AMPARO - SALUD-OPCION POR LA ELECCION DE OBRAS SOCIALES

Número: EXP 1187/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00005305-4/2018-0

Actuación Nro: 12714917/2019

Ciudad de Buenos Aires, de marzo de 2019.

VISTOS: Los autos de referencia para dictar sentencia y de los cuales,

RESULTA:

1. Que la presente acción de amparo fue promovida por MIRTHA SUSANA MESQUIDA contra la OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (en adelante, ObsBA) en los términos del art. 14 de la CCABA con el objeto de mantener “*la cobertura médico asistencial y social de la prestataria OSDE a través de la ObsBA, luego de haber obtenido el beneficio jubilatorio*”, en las mismas condiciones en que se le brindaba tal asistencia estando en actividad, todo ello sin limitaciones temporales ni presupuestarias “*debiendo efectuar los aportes a la emplazada telegráficamente y ésta derivarlos a OSDE, en las mismas condiciones contractuales que se encontraba en actividad remunerada ... y/o abonado las diferencias entre el plan 210 y lo que [le] descuentan en concepto de obra social, sin su intervención, sin abonar el IVA, siguiendo como afiliado por empresa*” (v. fs. 1).

Peticionó, en tal sentido, se le reconozca el derecho de ejercer la libre opción de la Obra Social, previsto en la ley 472, y se declare la inconstitucionalidad del artículo 3° de la ley 3021 y concordantes.

Asimismo, solicitó el dictado de una medida cautelar por la cual se ordenase a la demandada arbitrar en forma inmediata todos los medios necesarios para mantener y/o reintegrar a la actora y su grupo familiar “*en la afiliación al mismo plan que le correspondía como empleada en actividad, o sea al plan 210 del BINOMIO OSDE/OBSBA, SIN LIMITACIONES TEMPORALES NI PRESUPUESTARIAS Y ESTA PARTE ACTORA CUMPLIRÁ CON LAS OBLIGACIONES A SU CARGO, DEBIENDO EFECTUAR LOS APORTES A LA DEMANDADA DE CONFORMIDAD CON LA NORMATIVA APLICABLE y/o abonando las diferencias entre los aportes de obra social y el valor del plan 210 para los afiliados obligatorios, según ESTE SE OFRECE A LOS AFILIADOS DE OBSBA* y se ordene intimar al organismo a cargo de las liquidaciones de la jubilación de la actora, para que en el plazo de quince días disponga que los aportes jubilatorios y su norma reglamentaria, deducidos del haber jubilatorio del actor, sean transferidos a la OBSBA dentro de los quince días corridos posteriores a cada mes vencido [...] y ÉSTA LOS TRANSFIERA POSTERIORMENTE

EN LOS PORCENTAJES ESTABLECIDOS POR CONVENIO ENTRE AMBOS A LA PRESTADORA OSDE” (el destacado es del original, v. fs. 17 vta./18).

En cuanto a los antecedentes del caso, refirió que se desempeñó como empleada del GCBA y que, en ejercicio del derecho a libre opción de cobertura médica, se encontraba adherida a OSDE a través del convenio suscripto por ésta con ObsBA.

Advirtió que, sin embargo, cuando se concretó su pase a situación pasiva “*qued[ó] nuevamente incluid[a] en ObsBA, sin posibilidad de cambiar de obra social*”, por lo que el 2 de febrero de 2018 remitió carta documento a la demandada a fin de hacerle saber su firme voluntad de mantenerse como afiliada bajo la misma modalidad –adherida a OSDE plan 210– y en las mismas condiciones de servicios asistenciales y de salud en las que se encontraba cuando era empleada del GCBA, lo que fue rechazado por la ObsBA (v. fs. 4).

Postuló que el convenio existente entre la obra social demandada y OSDE excluye a los jubilados, pensionados y demás personas que no se encuentren en actividad, lo que resulta arbitrario, discriminatorio, ilegal e inconstitucional.

Puntualmente, esgrimió que tal circunstancia vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 16 de la Constitución Nacional y las disposiciones contenidas en el art. 41 de la carta constitucional local –en tanto garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y el pleno goce de sus derechos– y que “*el obstáculo legal singularizado en la prohibición de continuar libre y voluntariamente con la prestadora de salud escogida transgrede abiertamente el derecho a la libre opción de obra social, consagrado en la propia ley*” (fs. 4).

Formuló un extenso desarrollo al respecto y citó jurisprudencia que considera aplicable al caso. Fundó en derecho, hizo reserva del caso federal y ofreció prueba.

2. Que corrido el pertinente traslado, a fs. 50/60 la OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES contestó demanda. Allí cuestionó la vía procesal escogida y negó que el art. 3° de la ley 3021 se encuentre inmerso en el ámbito de la ilegalidad o inconstitucionalidad.

Sostuvo que, si bien el derecho a la salud tiene rango constitucional, el derecho de opción tiene jerarquía legal, tal como se manifiesta a través de la ley 3021 y del decreto 377/09.

Alegó que no existe ninguna forma de discriminación en lo estatuido con la ley 3021 y su decreto reglamentario, sino que, al contrario, esa normativa dispone una solución lícita y posible al derecho de opción, sin violentar ninguna pauta constitucional.

Agregó a ello que la ley 3021 y el decreto 377/09 no han evitado tratar el tema de los pasivos en materia de derecho de opción, y que la solución alcanzada es en definitiva un acto de representación política institucionalizada que tiene imperio y no se la puede desconocer, como tampoco su carácter constitucional.

Postuló que “*el art. 1° de la ley 3021 es claro y contundente al referirse en materia de derecho de opción, respecto únicamente a los afiliados activos,*



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 SECRETARÍA
N°26

MESQUIDA, MIRTHA SUSANA CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE
AMPARO - SALUD-OPCION POR LA ELECCION DE OBRAS SOCIALES

Número: EXP 1187/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00005305-4/2018-0

Actuación Nro: 12714917/2019

y no a los pasivos que encuadra en el art. 3° de la citada ley, y se reitera, su lógico correlato en la reglamentación, vía art. 3° del Decreto 337/09” (v. fs. 56 vta/57).

Citó jurisprudencia que considera aplicable al caso y adhirió a los argumentos vertidos por la Dra. CONDE en su voto en minoría en el precedente del TSJ “Toruriñan”.

En lo que atañe específicamente al caso de autos, resaltó que la propia actora reconoce que el Convenio suscripto entre ObsBA y OSDE no abarca en su alcance subjetivo a los jubilados, pensionados y demás personas que no se encuentren en actividad laboral, por lo que mal se la puede obligar respecto del mantenimiento del plan 210 cuando la prestataria OSDE no tiene contrato sobre tal situación y carece de toda relación jurídica en orden a prestaciones para beneficiarios previsionales.

Reiteró que no puede garantizar a la actora el plan OSDE 2010 porque su financiación depende de los aportes de su jubilación –por lo menos en una parte– y el agente de retención es la ANSES, por lo que en todo caso, quien debe derivar los fondos es la ANSES como agente de retención y no ObsBA.

Indicó que, a todo evento, en casos análogos al de autos se ha resuelto que sea la ANSES quien derive los fondos a OSDE y otras entidades similares, a cuyo fin citó los precedentes.

3. Que luego de una serie de medidas, el 7 de mayo de 2018 se hizo lugar a la pretensión cautelar y se ordenó a la OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES que arbitrarse los medios necesarios a fin de mantener la afiliación (o reincorporar, en caso de haber sido dada de baja) de la Sra. MIRTHA SUSANA MESQUIDA y su grupo familiar en el mismo plan asistencial de la obra social OSDE con que contaba mientras se encontraba en actividad, hasta que recayera sentencia definitiva y firme en autos (v. fs. 64/67). Dicha decisión no fue apelada y se encuentra firme.

En tal estado, el 24 de mayo de 2018 se abrió la causa a prueba y, una vez producida, se corrió vista al Ministerio Público Fiscal, a fin de que se expidiera con relación al planteo de inconstitucionalidad introducido en el escrito de demanda.

La Sra. Fiscal emitió su dictamen a fs. 262/264, donde refirió que las tres Salas de la Cámara de Apelaciones del fuero se expidieron en favor de la inconstitucionalidad de la norma cuestionada –criterio que fue ratificado por el Tribunal Superior de Justicia– y citó los precedentes respectivos.

A fs. 265 fueron llamados los autos a resolver.

CONSIDERANDO:

4. Que, sentado lo expuesto, toda vez que la demandada ha negado que la pretensión de la actora pueda ventilarse a través de un proceso de amparo, corresponde analizar el aspecto relativo a su admisibilidad formal.

Conviene recordar que el marco normativo de la acción de amparo ha sido establecido por el artículo 43 de la Constitución Nacional y el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad y reglado en sus aspectos procesales por la ley 2145.

De este modo la Constitución de la Ciudad establece que este remedio judicial, de carácter rápido y expedito, permite cuestionar “*todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte*”. Esta es la norma que fija los requisitos de procedencia de la acción de amparo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que la *arbitrariedad* o *ilegalidad manifiesta* requiere que la lesión de los derechos o garantías reconocidos resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos o de un amplio debate o prueba (*Fallos* 306: 1253; y 307: 747).

Luego, resulta procedente cuando la acción u omisión cuestionada reúna *prima facie* los caracteres de ilegitimidad o arbitrariedad y ocasione una lesión, restricción, alteración o amenaza de derechos o garantías constitucionales o legales. A su vez, es preciso que se presente una situación que dé mérito a la tramitación de esta vía sumarísima y libre de formalidades procesales, de modo tal que conforme a la prudente ponderación de las circunstancias del caso se advierta que remitir el examen de la cuestión a los procedimientos administrativos o judiciales ordinarios puede ocasionar un daño grave e irreparable al titular del derecho presuntamente lesionado. Precisamente por esta última consecuencia la acción de amparo ha sido erigida como garantía constitucional, prevista para tutelar de modo rápido y eficaz los derechos y las garantías y en ello consiste su específica idoneidad como vía procesal.

No se trata de una acción *excepcional* o *heroica*, sino que tal “*excepcionalidad*” sólo puede entenderse “*como una especificación del principio de que, en un Estado de Derecho, también son o deberían ser ‘excepcionales’ las amenazas, restricciones, alteraciones o lesiones de derechos y garantías constitucionales por actos emanados de las autoridades públicas. La calificación de vía excepcional no puede provocar, en cambio, restricciones injustificadas para la admisión de la acción*” (Voto de la Dra. ALICIA RUIZ, en autos “*Vera, Miguel Ángel*”, TSJ, resueltos el 4 de mayo de 2001).

La existencia de una actuación u omisión que se considera irregular, por afectar derechos de raigambre constitucional, hace admisible esta vía cuando lo hace en forma manifiesta.



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 SECRETARÍA
N°26

MESQUIDA, MIRTHA SUSANA CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE
AMPARO - SALUD-OPCION POR LA ELECCION DE OBRAS SOCIALES

Número: EXP 1187/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00005305-4/2018-0

Actuación Nro: 12714917/2019

En efecto, en el caso, la amparista considera se ve privada de protección en su derechos a la salud y al acceso a los beneficios de la seguridad social. La cuestión se vincula entonces con los derechos previstos en los artículos 14 bis de la Constitución Nacional y 20, 21, 41 y 44 –entre otros– de la Constitución de la Ciudad. De ese modo queda configurada una aparente lesión a derechos constitucionales, que permiten considerar presentes los recaudos constitucionales del amparo, al menos en su plano formal.

5. Que corresponde, en consecuencia, analizar a continuación el fondo de la cuestión planteada y determinar si resulta admisible la pretensión de la actora.

A tal fin, conviene recordar que la presente demanda tiene como objeto principal que se reconozca y garantice su derecho a ejercer la libre opción de obra social, de acuerdo a lo normado por la ley 472 y se declare la inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 3021 y concordantes, en razón de impedirle el derecho a elegir libremente (cfme. fs. 1).

Así pues, cabe recordar, en primer lugar, que el derecho a la salud tiene rango constitucional y que su privación o restricción manifiestamente ilegítima abre la vía del amparo (cfme. Cámara del fuero, sala II en autos “*Trigo, Manuel Alberto c/ GCBA y otros s/ medida cautelar*”, expte. 4582/1, del 13/5/2002; “*Ayuso, Marcelo Roberto y otros c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo [art. 14 CCABA]*”, expte. 20324/0, del 26/5/2008; CSJN, “*Asociación Benghalensis y otras c. Estado Nacional*”, del 22/2/1999).

En sentido coincidente, conforme la Convención Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas –entre otros aspectos– a asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y de la comunidad (art. 11).

En una misma línea, la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure –entre otros beneficios– la salud, el bienestar, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (art. 25.1). Por su parte, 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 y, entre las medidas que deben adoptar los Estados partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, enuncia la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y seguros médicos en

caso de enfermedad (art. 12, incs. 1 y 2, ap. d).

En el orden local, el art. 20 CCABA, garantiza el derecho de los ciudadanos a la salud integral, y establece que el gasto público en materia de salud constituye una inversión prioritaria (cfme. Cámara del fuero, sala I, “*Rodríguez, Miguel Orlando...*”, cit.; sala II, “*Ayuso, Marcelo Roberto y otros...*”, cit.). Además, asegura –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 (cfme. Cámara del fuero, sala I, “*Rodríguez, Miguel Orlando...*”, cit.).

Por otro lado, el artículo 41 de la Constitución de la Ciudad garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. Establece que la Ciudad vela por su protección y por su integración económica y sociocultural, y promueve la potencialidad de sus habilidades y experiencias. Para ello desarrolla políticas sociales que atienden sus necesidades específicas y elevan su calidad de vida; las ampara frente a situaciones de desprotección y brinda adecuado apoyo al grupo familiar para su cuidado, protección, seguridad y subsistencia; promueve alternativas a la institucionalización.

En sentido concordante, el art. 11 de dicho cuerpo normativo consagra el principio de igualdad ante la ley en los siguientes términos: “*Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo*”.

De este modo, la ley 153, Ley Básica de Salud de la Ciudad de Buenos Aires, en su artículo 3° enumera los principios que sustentan el derecho a la salud integral que garantiza y menciona, entre otros, la solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema de salud.

En orden a la materia específica de este litigio, tampoco puede soslayarse que el caso debe ser analizado a la luz del artículo 14 *bis* de la Constitución Nacional (derecho a la seguridad social) y, de conformidad con su artículo 75, inciso 22, también en consonancia con los arts. XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (“*Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad*”), 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (“*Toda persona [...] tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia*”) y 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“*Los Estados Partes [...] reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social*”), todo ello en estrecha combinación con el derecho a la vida.

6. Que en lo que hace específicamente al caso de autos, resulta necesario hacer una reseña de la normativa que rige la controversia y señalar que la ley 3021 estableció que “*a partir del 1° de abril de 2009 quedará asegurada la libre opción de obra social para todos los afiliados activos comprendidos en la ley 472 [ley de creación de la ObsBA], a través de una decisión individual y escrita de quienes deseen*



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 SECRETARÍA
N°26

MESQUIDA, MIRTHA SUSANA CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE
AMPARO - SALUD-OPCION POR LA ELECCION DE OBRAS SOCIALES

Número: EXP 1187/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00005305-4/2018-0

Actuación Nro: 12714917/2019

ejercerla a favor de cualquiera de los agentes del seguro nacional de salud, de acuerdo a las condiciones y pautas que fije la reglamentación que dictará el Poder Ejecutivo con sujeción a los principios de esta Ley, dentro de los sesenta días de su entrada en vigencia. La falta del dictado de las normas reglamentarias a las cuales hace referencia el párrafo precedente, no será obstáculo para el ejercicio de la opción de cambio de obra social por parte de los beneficiarios” (cfme. art. 1°).

En ese sentido, en el artículo 2° de dicha norma se previó que *“en el caso de ejercicio de la opción para recibir las prestaciones de otra obra social, el Poder Ejecutivo, deberá transferirle mensualmente los aportes y contribuciones correspondientes al afiliado y su grupo familiar, en los plazos y con las modalidades que establezca la reglamentación”*.

A fin de instrumentar este derecho a opción, en el artículo 5° se estableció la implementación de un registro de entidades –agentes del Sistema Nacional de Salud– que incorporen beneficiarios provenientes de la ObsBA y a los que deben brindarles idénticas prestaciones a las que gozan sus beneficiarios de origen.

Sin embargo, en el artículo 3° de la misma ley se determinó que *“la afiliación y cobertura de todos los jubilados y pensionados comprendidos en la ley 472 quedará a cargo de la ObsBA, la que percibirá a tal efecto los aportes y contribuciones previstos en los incisos b), d) y e) del artículo 17 de dicha ley”*.

En sentido concordante, el artículo 3° del decreto 377-GCABA-09 reglamentario de dicha ley (BOCABA 3169/09) estipula que *“[e]l afiliado que ejerza el derecho de opción debe hacerlo con todos los beneficiarios a su cargo, en un todo de acuerdo con el Régimen de Afiliaciones vigente en la ObsBA. No podrán ejercer la opción: a) los jubilados y pensionados comprendidos en la Ley N° 472 y b) los beneficiarios una vez terminada la relación de empleo”*. Además, el art. 4° determina que la libre opción debe ser ejercida por el afiliado titular, en forma personal, ante la ObsBA y sólo podrá formularse respecto a una obra social comprendida en el art 1° del decreto.

7. Que establecido ello, se procede a analizar los elementos de prueba existentes en el expediente, tendientes a acreditar la situación denunciada por la amparista y esclarecer los hechos del caso.

De la documentación agregada a la causa se constata que la actora, de 69 años de edad, resulta beneficiaria del beneficio jubilatorio –Beneficio 15 0 9843504 0– desde enero de 2018 (v. fs. 36/38, 128/136, 140/143, 208).

Por otro lado, se advierte que la amparista –en su etapa activa– trabajó en el GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES desde 1991 y hasta el 31 de diciembre de 2017 (v. fs. 103/104) y se encontraba afiliada a ObsBA desde el 20 de abril de 1989 (fs. 61 y 104).

Asimismo, de los elementos de prueba surge que si bien estaba afiliada a ObsBA –entidad a la que el GCBA derivaba los aportes descontados a la amparista– ésta recibía cobertura médica por parte de OSDE –plan 210– en virtud del convenio suscripto entre ambas entidades y por el cual ObsBA le transfería a OSDE los aportes mencionados (v. fs. 25, 28, 98, 117 y 175).

Con relación a esto, OSDE informó que *“no recibe aportes ni contribuciones del GCBA ni de la ObsBA sino que emite una factura por todos los afiliados de ObsBA comprendidos por el acuerdo, que es abonada a los 15 días de su presentación”* y que la amparista *“suscribió un nuevo contrato con OSDE por lo que es afiliada DIRECTA y/o ADHERENTE bajo el número de afiliado 62692723001 a es[a] organización desde el 1º de marzo de 2018, en un Plan Binario 210, mismo plan que detentaba con anterioridad cuando era asociada ADHERENTE/COMPLEMENTACION en virtud del convenio suscripto entre esta organización y la ObsBA. Las prestaciones médico asistenciales son de idénticas características ya que la única diferencia que existe entre la actual contratación y la anterior es el RESPONSABLE DEL PAGO del PLAN BINARIO que en la actualidad es la actora. A su vez la Sra. MESQUIDA MIRTHA SUSANA mantiene su número de afiliada y su antigüedad desde su ingreso a OSDE desde el año 2010”* (v. fs. 98).

A su vez, puede observarse que la solicitud efectuada por la amparista ante la ObsBA para que se la mantuviera –junto a su grupo familiar– como afiliada al Plan 210 de la Obra Social de Ejecutivos y del Personal de Dirección de Empresas (OSDE) y con las mismas prestaciones y beneficios que le correspondían como afiliada en actividad remunerada, fue rechazada por la demandada por cuanto *“no podrán incorporarse al régimen de ese acuerdo los titulares jubilados, pensionados y demás personas que no se encuentren en actividad laboral”* (v. fs. 21/23).

Desde otra perspectiva, debe destacarse que la propia demandada reconoció que el convenio suscripto entre la ObsBA y OSDE no abarca en su alcance subjetivo a los jubilados, pensionados y demás personas que no se encuentren en actividad laboral (v. fs. 59 vta), lo que luego también fue informado a fs. 175.

Se ha demostrado, también, que la actora solicitó ante la demandada su alta como Obra Social de origen y su baja de PAMI, al que, de todas formas, nunca se habría afiliado formalmente (v. fs. 39/40, 43 y 61).

En consonancia con ello, en el detalle de liquidación del beneficio jubilatorio correspondiente al mes de agosto de 2018 se consigna que se le practican descuentos por obra social ObsBA (v. fs. 141).

8. Que frente a tales circunstancias, y en atención al debate originado en las presentaciones efectuadas por las partes, se puede afirmar que ambas están contestes en la facultad con que cuenta la actora de permanecer en ObsBA en su condición de jubilada. De hecho, en la actualidad figura como afiliada a ésta, quien no presentó reparos a ello.

De este modo, la controversia se circunscribe a la negativa, por



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 SECRETARÍA
N°26

MESQUIDA, MIRTHA SUSANA CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE
AMPARO - SALUD-OPCION POR LA ELECCION DE OBRAS SOCIALES

Número: EXP 1187/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00005305-4/2018-0

Actuación Nro: 12714917/2019

parte de la accionada, de mantener a la actora como afiliada en las mismas condiciones en las que se encontraba en su etapa activa, es decir, incorporada al convenio ObsBA-OSDE, por el que recibía cobertura médica por parte de esta última. Ello, debido –únicamente– a su nueva condición de jubilada, y con sustento en lo dispuesto por el art. 3° de la ley 3021 y su decreto reglamentario.

Ahora bien, con relación a esta última norma conviene remarcar que la invalidez constitucional de la limitación señalada –la de reconocer el derecho de opción de obra social solo a los afiliados activos– ya ha sido declarada en diversos pronunciamientos, tanto por la Cámara de Apelaciones del fuero como por el TSJ.

En efecto, tal como se ha señalado al tratar la medida cautelar dictada en autos, la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero, tras referirse al derecho a la igualdad, la no discriminación y las garantías constitucionales que resguardan los derechos de las personas mayores, resolvió que “[...] *el artículo 3° de la ley 3021, en cuanto excluye a los afiliados pasivos de la posibilidad de opción resulta inconstitucional [...]*” (conf. Sala II *in re* “Tourriñan Norma Susana y otros c/GCBA s/Amparo”, sentencia del 10 de junio de 2010).

A su turno, en virtud del recurso de inconstitucionalidad planteado por la demandada, dicha causa llegó al TSJ, quien confirmó la decisión apelada. Sostuvo que la limitación contenida en el artículo 3° de la ley 3021 –en cuanto veda a la clase pasiva acceder a la libre afiliación– “*hace uso de un criterio de exclusión discriminatorio e irrazonable pues instituye una categoría de personas (los jubilados y pensionados) que se ven privadas del potencial ejercido del derecho de opción que consagra el artículo 37 de la ley 472, lo cual –en el caso- es violatorio de los derechos prescriptos por los artículos 20 y 41 de la CCBA y concordantes de la CN y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos (artículo 75 inciso 22 de la CN)[...]*”. En el mismo sentido, agregó “[...] *los actores son jubilados y gozan de especial tutela constitucional*” (conf. Voto de la Dra. Ruiz en “Tourriñan Norma Susana y otros c/GCBA y otros s/amparo [art. 14 CCABA] s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, sentencia del 9 de mayo de 2012).

En la causa mencionada, se sostuvo también que la ObsBA no pudo demostrar que la distinción efectuada entre afiliados activos y afiliados jubilados –en cuanto a la posibilidad de opción– encontrara apoyo en razones objetivas que permitieran “*privar a unos de lo que se otorga a otros sin lesionar la garantía de igualdad*”. Al respecto se señaló que “[n]o es dudoso que personas en actividad y jubilados son categorías conceptualmente discernibles. Pero, la circunstancia que permite distinguirlos no constituye por sí una razonable causa para limitar a unos

y abrir la posibilidad de elegir a otros. La mayor necesidad de servicio que podríamos presumir en quienes suponemos de mayor edad no parece un buen motivo para justificar que quienes más necesidad tienen menos reciban. Por cierto, es difícil suponer en el legislador la vocación de proteger por esta vía a los jubilados. En lo que hace a la mayor capacidad financiera de quienes están en actividad, si ésta fuera la situación, tampoco parece que sea un motivo para dejar a los pasivos en una obra social a la que se permite privar de los recursos de quienes más podrían aportar y resultan habilitados a abandonar la obra social por opción” (del voto del Dr. Lozano en la causa “Tourrián” ya citada).

En el mismo sentido, la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero ha destacado que “[e]l derecho de opción de obra social no es de fuente constitucional, sino legal (leyes 472 y 3021). Pero si tienen aquél rango las normas que reconocen el derecho a un nivel de vida adecuado, el establecimiento de políticas diferenciales para las personas mayores, la garantía de igualdad y la proscripción de la discriminación. A su vez, el derecho de elección es un derecho conexo o vinculado al derecho a la salud integral —también de rango constitucional (arts. 33, CN; y 20, CCBA)—, de forma tal que la lesión, restricción o menoscabo del primero puede comportar una afectación indirecta al segundo, particularmente en el caso de las personas que, dada su condición, más necesidad tienen de recurrir al sistema de salud, entre ellos las personas mayores [...]”.

Por tales consideraciones, y teniendo presente las garantías previstas en la Constitución de la Ciudad se afirmó que “[...] el examen del sistema normativo resulta, pues, suficiente para demostrar que el límite fijado en la ley al ejercicio del derecho de elección de obra social vulnera la norma general de igualdad contenido en los arts. 16, CN; y 11, CCBA, en la medida en que se opone a reglas que gozan de jerarquía constitucional y que no sólo prohíben dictar normas que establezcan distinciones discriminatorias, sino que imponen a los órganos estatales el deber de remover los obstáculos de cualquier orden que limiten la igualdad e impidan el desarrollo pleno de las personas[...]”. A mayor abundancia se sostuvo que “[h]a quedado acreditado, también que la regulación impugnada se halla en clara oposición a otros mandatos constitucionales. Así, el diseño de políticas sociales que atiendan las necesidades específicas de las personas mayores; la cobertura adecuada de la salud; la solidaridad social y la garantía de razonabilidad. Todo ello resulta suficiente para admitir, en los términos de los arts. 43, CN; y 14, CCBA, el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la parte actora[...]”. Por otra parte, se dijo que “[...] la parte demandada no podía contentarse con la sola alegación de que la exclusión de los afiliados pasivos del sistema de opción implementado por la ley 3021 es razonable o aún conveniente, y que resulta adecuada al fin perseguido. Por el contrario, debía acreditar que existían fines sustanciales que requerían que la opción solo pudiese ser efectuada por los afiliados activos. Debía, además disipar toda duda sobre si no existirían medidas alternativas que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para los afectados [...] por tanto, es indudable que la regulación legal del derecho de elección no puede vulnerar estos postulados constitucionales, y en consecuencia su legitimidad debe ser juzgada a la luz de éstos” (Sala I, causa “Melito Héctor Julio c/ GCBA y otros sobre Amparo (art. 14 CCABA)”, Exp. N° 35353. Sentencia de 17/12/2010).



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 SECRETARÍA
N°26

MESQUIDA, MIRTHA SUSANA CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE
AMPARO - SALUD-OPCION POR LA ELECCION DE OBRAS SOCIALES

Número: EXP 1187/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00005305-4/2018-0

Actuación Nro: 12714917/2019

Tales criterios han sido mantenidos, entre otros, en los precedentes “Balzano” del 4/7/2017 de Sala I, “Suppa”, del 23/2/2017 de Sala II, “Halperin” del 14/7/2015 de Sala III, y “Kitaigrodsky” del 8/8/2014 de Sala I.

En virtud de todo ello, no puede sino concluirse que la negativa de la ObsBA de mantener a la actora y su grupo familiar en el Plan Superador OSDE 210 constituye un obrar manifiestamente arbitrario, en tanto –para ello– se sustenta en lo dispuesto por el art. 3° de la ley 3021, cuya invalidez constitucional ya ha sido descripta.

En efecto, la exclusión del derecho de opción de obra social que la demandada ejerce con relación a la actora al negarle los beneficios acordados con OSDE para los afiliados activos, debido –únicamente– a su carácter de jubilada, se traduce en un obrar discriminatorio que vulnera la garantía de igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación en razón de la edad, así como aquellos que mandan a adoptar políticas sociales que atiendan las necesidades específicas de personas pertenecientes a grupos sociales en situación de vulnerabilidad, como las personas mayores y otras dependientes de la seguridad social.

Ciertamente, la accionada no ha brindado fundamento alguno que pudiera alcanzar un criterio de razonabilidad tal que tornara válida la distinción efectuada en la norma atacada. Es que, si bien sostiene que “*no existe ninguna forma de discriminación en lo estatuido por la ley*”, y que la pretensión de la actora importaría “*divorciarse vincularmente y contrario a derecho, con la seguridad social, y constituir una salida innominada aislada de los elementales principios de universalidad, integralidad y solidaridad de la seguridad social*” (v. fs. 54 vta.), no explica ni presenta las premisas que llevarían a tal conclusión, a cuyo fin solo alude a la constitucionalidad que la norma ostentaría por el único hecho de haber sido sancionada por el poder legislativo (cfme. fs. 56).

Asimismo, con relación al “*desvío de fondos con destino fijado por la ley*” planteado por la accionada (v. fs. 55vta. y 56 punto 4), debe aclararse que la ley también destina fondos para los afiliados en actividad, tal como reza el art. 17 de la ley 472 en su inc. a) “*una contribución del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires del seis por ciento (6%) sobre la nómina salarial de todos los agentes adheridos a la Obra Social que se desempeñen en relación de dependencia en la administración central, organismos descentralizados y autárquicos, para la cobertura de los trabajadores y su grupo familiar*”, a quienes, sin perjuicio de ello, se les permite ejercer su derecho a opción sin reparar en tal “*desvío*”.

Desde otra perspectiva, la circunstancia de que el derecho a la libre elección de la obra social no cuente con base constitucional sino meramente legal (v. fs. 57/58) no torna –por sí misma– válida constitucionalmente la distinción efectuada en la norma entre los afiliados activos y pasivos, la que, en cambio, responde a una discriminación en razón de la edad que, además, lesiona la obligación constitucional de “*garantizar a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato*” y desampara a los jubilados justamente cuando más precisan de la protección que la constitución les brinda (cfme. arts. 11 y 41 de la CCABA). En efecto, aun asumiendo que “*el legislador (nacional o local, según corresponda) puede decidir con qué alcances se permitirá su ejercicio*” al hacerlo no puede desconocer el bloque de constitucionalidad al que debe responder el sistema legislativo e incurrir en lesiones a los derechos y principios consagrados por dicho bloque constitucional.

En virtud de todo lo expuesto, no cabe más que hacer lugar a la acción de amparo intentada y declarar la inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 3021 y su reglamentación, en cuanto excluye a los jubilados del derecho de opción de obra social, de conformidad con lo previsto por la ley 472.

De este modo, y teniendo en cuenta que los aportes de la actora son derivados por la ANSES a la demandada, corresponde ordenar a la ObsBA que asegure a la amparista el derecho de libre opción con idéntico alcance al que le es reconocido a sus afiliados activos y, en tal sentido, mantenga a la amparista MIRTHA SUSANA MESQUIDA y su grupo familiar en el mismo plan asistencial de la obra social OSDE con el que contaba mientras se encontraba en actividad.

Por todo ello, y de conformidad con lo dictaminado por la SRA. FISCAL a fs. 262/264, **RESUELVO:**

I.- HACER LUGAR a la acción de amparo incoada por la actora y, en consecuencia, **DECLARAR** la inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 3021 y su reglamentación, en cuanto excluye a los jubilados del derecho de opción de obra social.

II.- ORDENAR a la ObsBA que asegure a la amparista el derecho de libre opción con idéntico alcance al que le es reconocido a sus afiliados activos y, en tal sentido, mantenga a la amparista MIRTHA SUSANA MESQUIDA y su grupo familiar en el mismo plan asistencial de la obra social OSDE con el que contaba mientras se encontraba en actividad.

III.- IMPONER las costas a la demandada vencida (arts. 62 del CCAT y 28 de la ley 2145).

Regístrese y notifíquese a las partes por Secretaría y a la SRA. FISCAL en la sala de su público despacho.



Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires
Fuero Contencioso Administrativo y Tributario

**JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 13 SECRETARÍA
N°26**

**MESQUIDA, MIRTHA SUSANA CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE
AMPARO - SALUD-OPCION POR LA ELECCION DE OBRAS SOCIALES**

Número: EXP 1187/2018-0

CUIJ: EXP J-01-00005305-4/2018-0

Actuación Nro: 12714917/2019