

## Derecho A La Salud Obras Sociales Libre Eleccion Garantia De Igualdad Discriminacion Personas Mayores Afiliados Pasivos

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

### JURISPRUDENCIA

Derecho a la salud. Obras sociales. Libre elección. Garantía de igualdad. Discriminación. Personas mayores. Afiliados pasivos

Se confirma una sentencia por la cual se ordena a Obsta, a permitir el acceso al beneficio de opción de elección de la obra social a los afiliados pasivos. Ello, atento que lo contrario vulnera la garantía de igualdad y la proscripción de la discriminación.

Ciudad de Buenos Aires, 14 de noviembre de 2016. VISTOS: Estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto y fundado por la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires -en adelante, ObsBA- a fs. 130/137 vta. -cuyo traslado no fue contestado por la contraria- contra la resolución de fs. 114/122, en la que se admitió la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) e hizo lugar a la acción de amparo incoada por la parte actora. A fs. 144/145 vta. dictaminó la Sra. fiscal ante la Cámara. CONSIDERANDO: I. En estas actuaciones, la Sra. JORGELINA ROSARIO SANCHO inició la presente acción de amparo contra el GCBA y contra la ObsBA con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad del artículo 3º de la Ley Nº3021 y, en su consecuencia se condene a las demandadas a otorgarme el derecho a elección de la cobertura médico asistencial, disponiéndose la transferencia de las retenciones efectuadas por la obra social (ObsBA) en mi beneficio previsional de pensión, a la empresa de medicina prepaga OSDE, a la que, en la actualidad, me encuentro asociada? (cfr. fs. 1/1 vta., lo destacado no corresponde al original). En su relato, la actora sostuvo que reviste la condición de pensionada (beneficio previsional nº15-5-3087179-0) y que se le descuenta mensualmente la suma de dos mil trescientos cincuenta y tres pesos con cinco centavos (53,05) con destino a la ObsBA. Señaló que nunca utilizó las prestaciones de la obra social mencionada, ya que se asoció al servicio de medicina prepaga OSDE Binario y, que en el mes de abril de 2015, abonó la suma de tres mil ochocientos cincuenta pesos (50) a dicha empresa. Adujo que, por su condición de pensionada, se encuentra privada de ejercer el derecho de opción de obra social y que, como consecuencia de ello, se veda su posibilidad de acceder a un servicio de salud de su elección; ello, sin que le implique una doble imposición económica (cfr. fs. 1 vta./2). Manifestó que la ObsBA se rige por el artículo 2º de la ley Nº472, por la Ley Básica de Salud (ley Nº153) y con carácter supletorio por la ley Nº23.660 (de Obras Sociales) y ley Nº23.661 (de creación del Sistema Nacional de Salud), entre otras normas. Agrega que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37 de la ley Nº472, la ObsBA debía adherir al Sistema Integrado Nacional hasta el 1º de enero de 2003, recién por imperio de la ley Nº3021 (y su decreto reglamentario Nº377/09) se fijó que a partir del 1º de abril de 2009 todos los afiliados activos comprendidos en la ley Nº472 tenían asegurada la opción de elegir su obra social (cfr. fs. 2/2 vta.). Sostuvo que como afiliada a la ObsBA, y en su condición de pensionada, le fue expresamente vedado el ejercicio del derecho de opción, lo que resulta violatorio de los derechos previstos en los artículos 20 y 41 de la Constitución de la CABA (cfr. fs. 3 vta.). Indicó que por su edad y condición, forma parte de un grupo de personas vulnerables, a quienes las dolencias de salud, con el paso de los años, se les agudizan, y que resulta necesario disponer de una cobertura médica que la atienda de manera integral, expedita y satisfactoria, sin someterse a engorrosos trámites, autorizaciones y/o turnos diferidos que no se pueden realizar y/o acompañar (cfr. fs. 4). En virtud de ello, solicitó que se declare la inconstitucionalidad del artículo 3º de la ley Nº3021, que se ordene que el descuento que mensualmente se le efectúa en sus haberes de pensión con destino a la ObsBA, sea transferido a OSDE, aplicándose al pago de la cuota mensual que como socia directa abona, y que se le notifique lo anterior al ANSES, para su conocimiento y efectos, y a fin de que actúe en todo cuanto sea de su competencia (cfr. fs. 5). II. A fs. 36/43 vta. se presentó el GCBA y opuso la defensa de falta de legitimación pasiva y contestó la demanda. Al respecto, sostuvo que la acción debió ser dirigida sólo contra la ObsBA, por ser la actora afiliada a dicha institución. Señaló que la obra social es una persona jurídica distinta del GCBA y, como tal, no sólo tiene aptitud jurídica para estar en juicio sino que, además, tiene la obligación de atender exclusivamente el reclamo de la amparista. A fs. 48/56 vta. se presentó la ObsBA y contestó demanda. III. En ese marco, el magistrado de primera instancia admitió la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el GCBA e hizo lugar a la acción de amparo incoada por la parte actora (fs. 114/122). Para así decidir, el a quo analizó, en primer término, la procedencia de la acción contra el GCBA y concluyó en que existe una vinculación jurídica entre la actora y la ObsBA en tanto ella se encuentra asociada a dicha entidad. En virtud de ello, admitió la defensa de legitimación pasiva opuesta por el GCBA (cfr. fs. 118). En cuanto a la cuestión de fondo, el juez de grado analizó la diferente normativa y la jurisprudencia aplicable al caso y sostuvo que la codemandada ObsBA no ha introducido en su defensa razones que permitan sustentar la diferencia de tratamiento dada por el legislador por un lado al personal activo y por el otro a los jubilados y pensionados en tanto permite a los primeros y niega a los

segundos el derecho de elección de la obra social? (cfr. fs. 121). IV. La decisión fue apelada por la ObsBA a tenor de los argumentos vertidos en su memorial, lo que motiva la intervención de esta segunda instancia. En sus agravios, la ObsBA sostuvo que la sentencia apelada: (a) desconoce el plexo normativo aplicable, (b) vulnera los principios de orden público que rigen en materia de seguridad social (c) involucra a la ANSES sin ser parte en las presentes actuaciones, (d) privilegia el interés particular en oposición al bien común, (e) se produce una afectación de la autonomía local. V. Seguidamente, corresponde abocarse a la cuestión de fondo y, para ello, resulta oportuno detallar el cuadro normativo aplicable al caso sub examine. En el artículo 1° de la ley N°3021 (BOCABA 3021/09) se prescribe 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 N°472, a través de una decisión individual y escrita de quienes deseen 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 (60) 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". A su vez prescribió, en el artículo 3° -y en lo que interesa en estos autos- que "[l]a 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". A los fines de instrumentar el derecho de opción, en el artículo 5°, se estableció que "[e]l Poder Ejecutivo implementará un registro de entidades que, en el marco de la presente ley, incorpore beneficiarios provenientes de la ObsBA. Sólo podrán inscribirse en este registro los agentes del Sistema Nacional de Salud, los que quedarán obligados a recibir a los trabajadores que ejerzan la opción del artículo 1°, cualquiera fuere su nivel salarial o integración de su grupo familiar, brindándoseles a los mismos idénticas prestaciones de las que gozan los beneficiarios de origen". En ese marco, el Poder Ejecutivo reglamentó la ley N°3021 mediante el dictado del decreto N°377/GCABA/09 (BOCABA 3169/09), en cuyo artículo 1° se estableció que "[l]a libre opción de obra social prevista en el artículo 1° de la ley 3021 podrá ser ejercida por todos los afiliados activos de la Obra Social de la Ciudad (ObsBA) desde el inicio de su relación de empleo, conforme a la nómina de entidades inscriptas en el Registro de Obras Sociales para convenios de Reciprocidad con la ObsBA creado por la Disposición N° 1- ObsBA/09 que hubieran suscripto convenio con dicha entidad". En el artículo 3° se dispuso 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 472 y b) los beneficiarios una vez terminada la relación de empleo". Además, en el artículo 4° se delimitó el ámbito del derecho de opción, al prever que "será 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 presente decreto". Es decir que aquellos afiliados que se encuentren en las excepciones previstas en la norma, no podrán ejercer el derecho de opción de obra social. De acuerdo al caso planteado, la aplicación a la Sra. Sancho sería la correspondiente al inciso a) del artículo 3° del decreto N°377/GCABA/09, relativo a los jubilados y pensionados. VI. Ahora bien, la Sala II ha tenido oportunidad de expedirse en una situación similar a la de autos, y respecto de la aplicación de las normas en cuestión manifestó: "...la coexistencia entre ambas leyes podría indicar que la ley 3021 es sencillamente un hito en el camino hacia la desregulación definitiva que diseñó la ley 472 y que aún, no se ha logrado...". Asimismo, destacó "...Respecto de los sujetos alcanzados, también la ley 3021 limita su alcance a todos los agentes activos, excluyendo a los agentes pasivos, cuya opción sí estaba contemplada en la ley 472...". Para resolver la cuestión, luego de un profundo estudio del derecho a la igualdad, la no discriminación y las garantías constitucionales que resguardan los derechos de las personas mayores, resolvió que, frente a la expresa exclusión de los jubilados de poder elegir la obra social dispuesta también en el artículo 3° de la ley N°3021 y teniendo en cuenta además, que la demandada no intentó justificar de manera alguna la exclusión de los agentes pasivos de la posibilidad de optar y simplemente se había limitado a repetir el texto legal, "...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: "Tourrián Norma Susana y otros c/GCBA s/Amparo", Expte. 29510/0, sentencia de fecha 10.6.2010). Dicha causa, con motivo del recurso de inconstitucionalidad planteado por la demandada se elevó al TSJCABA en donde se confirmó la decisión apelada. Sostuvo el Superior que "...la disposición aludida 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 que "...los actores son jubilados y gozan de especial tutela constitucional. El artículo 41 de la CCBA corrobora la hermenéutica que sostengo. Su consistencia y claridad aconsejan la reproducción de sus términos: "La Ciudad garantiza a las personas mayores la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. Vela por su protección y por su integración económica y sociocultural (...). 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 su adecuado apoyo al grupo familiar para su cuidado, protección, seguridad y subsistencia...´ (el subrayado me pertenece)...Asimismo, rigen en la CABA todos los derechos y garantías de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen (artículo 10 de la CCBA)...?. Y por ello concluyó en que ?la Sala II no vulneró la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, como pretende la impugnante. Por el contrario, priorizó adecuadamente normas de la constitución local (artículos 20 y 41 de la CCBA) frente a una disposición que no posee tal jerarquía (artículo 3° de la ley n° 3021)? (conf. Voto de la Dra. Ruiz en ?Tourrián Norma Susana y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA s/ recurso de inconstitucionalidad concedido?, Expte. 7889/11, sentencia de fecha 9.5.2012). Por su parte esta Sala se pronunció en una causa similar y expresamente sostuvo que ?...el derecho de opción de obra social no es de fuente constitucional, sino legal (leyes 472 y 3021). Pero sí 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 la 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...Parece obvio mencionar que la cobertura en materia de salud constituye una de las necesidades específicas del sector pasivo a las que se refiere el art. 41, CCBA; tal como lo prueba, por lo demás, el art. 21, inc. 6, CCBA, al reconocer expresamente la tercera edad el derecho a una asistencia particularizada...?. 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...?. Y en el mismo sentido se sostuvo que ?...Ha quedado acreditado, también que la regulación impugnada se halla en clara oposición a otros mandatos constitucionales. Así, el diseño de políticas sociales que atienda 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...?. Asimismo, respecto de la conducta de la demandada, 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 (...) En efecto, las accionadas no han aportado al expediente fundamentación alguna tendiente a cumplir la carga de demostrar la finalidad perseguida mediante la regulación impugnada, la necesidad ineludible de excluir del derecho de elección de obra social al sector pasivo...?. Por ello, se resolvió admitir los agravios vertidos por la parte actora y revocar la sentencia apelada, haciendo lugar al amparo, declarando la inconstitucionalidad de la ley N°3021 en lo concerniente al ámbito subjetivo del derecho de elección que admite (afiliados activos); debiendo entenderse, por tanto, que el derecho es reconocido a favor de todos los afiliados a la obra social codemandada (conf. esta Sala in re ?Melito Héctor Julio c/GCBA y otros s/Amparo [art. 14 CCABA]?, expte. 35353/0, sentencia del 17.12.2010). VII. En el mismo sentido cabe agregar que por medio de la ley N°3021 se instituyó un sistema que permite a los beneficiarios -afiliados activos- optar por alguna de las obras sociales inscriptas en el registro de entidades (art. 2, decreto N°377/09) que hubiesen celebrado convenio con la ObsBA. En efecto, mediante la sanción de la ley N°3021, la Legislatura resolvió implementar un registro para que, los agentes del Sistema Nacional de Salud que lo integren, incorporen a los beneficiarios de la ObsBA que así lo requieran (art. 5). De ese modo, la legislación vigente delineó el sistema a partir del cual se propuso dejar ?asegurada la libre opción de obra social para todos los afiliados? de la ObsBA (art. 1). La interpretación armónica de las previsiones legales aplicables indica que se podrá optar entre cualquiera de los agentes del seguro nacional de salud que figure en el registro local ya aludido. En consecuencia, y teniendo en cuenta además los fundamentos expuestos, no se advierte el motivo por el cual los afiliados pasivos no podrían acceder al beneficio de opción de elección de la obra social. Así las cosas, corresponde rechazar los planteos formulados por la ObsBA. VIII. En lo que se refiere a la discusión en torno al alcance de la condena, ellos es, la orden dirigida a la ANSES respecto del cumplimiento de la sentencia, el TSJCABA sostuvo, en la mencionada causa ?Tourrián?, que ?lo disfuncional que la condena dispuesta resultaría en el marco del ?Sistema Integrado Nacional? (...) no tiene relación con interés alguno que legitime a la Ob.S.B.A a plantear la impugnación que pretende, de modo que, cualquiera fuere la razón que le asista, no le incumbe requerir solución judicial al respecto. En todo caso, es cuestión que podrán levantar y apaciguar los verdaderos interesados. (...) la recepción

que provoque en el nuevo prestador que elijan los accionantes o las dificultades conjeturadas en torno al temperamento que pudiera adoptar la ANSES en relación con los descuentos para el sector pasivo al que pertenecen los actores, la Ob.S.B.A no ha demostrado cuál es el gravamen particular y directo que tales eventos le provocarían. Las hipótesis desplegadas por la recurrente en todo caso comprometen intereses de quien deberá aportar recursos o de quien no crea poder ser obligado a dar la prestación exigida. Todas esas cuestiones no han quedado planteadas a esta altura ni por quien estaría legitimado para hacerlo, ni frente a impedimentos concretos ya ocurridos. En todo caso, incumbirá a las entidades receptoras de afiliados jubilados requerir el plus que estimen corresponder, si ése fuera el caso, y de los interesados integrarlo, insisto, si ése fuera el caso. Todo ello, dando por supuesto que cada jubilado aporta menos que quien está en actividad o que necesitará más, supuestos todos inadecuados, y que constituyen una típica falacia de composición? (conf. voto del Dr. Lozano en ?Touriñan Norma Susana y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA s/ recurso de inconstitucionalidad concedido?, sentencia de fecha 9.5.2012). Establecido ello, el planteo efectuado por la ObSBA sobre este punto resulta ajeno a la litis por lo que tampoco tendrá favorable acogida. IX. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que mediante la sanción de la referida ley N°3021, la Legislatura resolvió implementar un registro para que, los agentes del Sistema Nacional de Salud que lo integren, incorporen a los beneficiarios de la ObSBA que así lo requieran (art. 5). A su vez, en el decreto N°377/GCABA/09 -reglamentario de la ley N°3021- se estableció que la libre opción de obra social prevista en el artículo 1°, ley N°3021, podrá ser ejercida conforme la nómina de entidades inscriptas en el Registro de Obras Sociales para Convenios de Reciprocidad (creado por Disposición N°1-ObSBA/09, art. 1). De este modo, como se adelantara, el alcance que corresponde al derecho de opción, según el sistema actual, no necesariamente abarca a todos los agentes del seguro de salud nacional sino aquellos prestadores incorporados al registro local. En este contexto, de lo informado a fs. 150 del expediente homónimo (expte. A8969-2015/0), que se tiene a la vista y que se encuentra en trámite ante esta Sala, se desprende que la ObSBA ha celebrado un convenio con OSDE (empresa de medicina prepaga elegida por la actora) para que sus afiliados puedan ejercer el derecho de opción de conformidad con la normativa reseñada. X. Por las razones precedentemente descriptas, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por la ObSBA y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada, con costas a la codemandada ObSBA (cfr. arts. 28 de la ley 2145 y 62 del CCAyT). En mérito a las consideraciones vertidas, disposiciones normativas citadas y de conformidad con el Ministerio Público Fiscal; el tribunal RESUELVE: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la ObSBA y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada, con costas a la codemandada ObSBA (cfr. arts. 28 de la ley 2145 y 62 del CCAyT). Regístrese, notifíquese a la parte actora por Secretaría y a la Sra. fiscal ante la Cámara en su público despacho y -oportunamente- devuélvase. Mariana Díaz Jueza de Cámara Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires Fabiana H. Schafrik de Nuñez Jueza de Cámara Contencioso Administrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires Fernando E. Juan Lima Juez de Cámara Contencioso, Administrativo y Tributario Ciudad Autónoma de Buenos Aires Correlaciones: A. y otro c/Obra Social de la Unión Personal Civil de la Nación s/amparo de salud - Cám. Nac. Civ. y Com. Fed. Sala II - 22/12/2015.

012738E