

OBRA SOCIAL DEBERÁ CONTINUAR CON LA AFILIACIÓN DE UN JUBILADO Y SU GRUPO FAMILIAR AL QUE HABÍA DADO DE BAJA.

Se confirma la resolución que hizo lugar a la acción de amparo y, en consecuencia, ordenó a la obra social mantener al actor y a su grupo familiar como afiliados, cobertura que se encontraba vigente durante la existencia del vínculo laboral del amparista y que la demandada diera de baja al momento de su jubilación, pese a habersele comunicado de manera fehaciente la intención de permanecer en iguales condiciones de afiliado. PAMI no obliga a que se transfiera a la persona que se jubile a ese Instituto sin una expresa voluntad. A ello se agrega que las Leyes 23.660 y 23.661, confirman esa situación al consagrar que los jubilados y pensionados pueden permanecer como beneficiarios de las otras obras sociales integrantes del sistema de salud.

Fallo completo:

AUTOS Y VISTOS: este expediente N° FLP 7197/2020, caratulado: "MORBIDELLI, César Augusto c/ OBRA SOCIAL DE PETROLEROS (OSPE) s/ AMPARO LEY 16.986", proveniente del Juzgado Federal N° 2 de La Plata;

Y CONSIDERANDO QUE:

EL JUEZ ÁLVAREZ DIJO:

I. Llega este expediente a la Alzada en virtud del recurso de apelación interpuesto por la demandada, a fs. 102/108, contra la sentencia de primera instancia de fs. 98/101.

Asimismo, a fs. 109 el letrado apoderado de la parte actora cuestionó su regulación de honorarios por considerarlos bajos.

Cabe señalar que la decisión apelada hizo lugar a la acción de amparo interpuesta por el actor contra la demandada, transformando en definitivo lo resuelto por medida cautelar con fecha 13/03/2020, en los términos de la resolución confirmatoria de este tribunal de fecha 07/05/2020 y, en consecuencia, ordenó a la obra social mantener al actor y su grupo familiar como afiliados.

Además, impuso las costas a la demandada vencida y reguló los honorarios profesionales del letrado apoderado de la actora en la suma de \$ 63.840, con más el 10 % de aporte previsional y la alícuota de IVA en caso de corresponder. Con relación a los honorarios del letrado representante de la demandada, dispuso que deberá declarar no estar comprendido entre las causales de exclusión que prevé el art. 2 de la Ley 27423, con relación a la modalidad del vínculo jurídico que mantiene o mantenía con su representada.

II. Previo a analizar los agravios, señalaré la pretensión del actor César Augusto Morbidelli contra la Obra Social de Petroleros (OSPE), como ya lo expusiera en la decisión anterior de esta Sala, con relación a la medida cautelar concedida.

La demanda tiene por objeto que se ordene a la accionada mantener la misma cobertura médica en la que el actor (DNI 17.446.991) se encontraba durante la vigencia de su vínculo laboral, tanto respecto de él, cómo de su grupo familiar a cargo (su esposa Claudia Edith GONZÁLEZ, DNI 22.203.971, y sus hijos Augusto MORBIDELLI, DNI 42.047.350 y Santiago MORBIDELLI, DNI 47.385.952).

En su presentación señala que fue empleado de La Plata Remolques S.A., desde el 13/11/1984 y que, como consecuencia de esa relación laboral, resultó ser afiliado a la Obra Social de Petroleros (OSPE).

También expone que el vínculo con la demandada abarcó a él y a su grupo familiar compuesto por su esposa e hijos.

Manifiesta que, al obtener su jubilación, concurrió a las oficinas de la obra social demandada para manifestar su intención de mantenerse bajo su cobertura de salud, pero la empresa le manifestó verbalmente que con motivo de su nueva condición de jubilado se daba por concluido el vínculo.

En tales circunstancias refiere que, a través de carta documento, le manifestó su intención de permanecer en iguales condiciones de afiliado (en los términos del art. 16 de la ley 19.032), tanto él como su grupo familiar, misiva que fuera rechazada por OSPE.

Asimismo, como ya dijimos, también solicitó una medida cautelar que fue concedida por el juez a quo y confirmada por esta Sala el pasado 7 de mayo.

III. A fs. 68 y 69 la demandada acompañó certificación de cobertura para el actor y su grupo familiar (si bien surge que su vigencia posee 30 días) y a fs. 80/90 presenta su informe circunstanciado.

IV. Ahora bien, la Obra Social demandada impugnó la decisión definitiva de primera instancia a través de los siguientes agravios.

En primer lugar, señala que el actor reconoce su condición de jubilado, que tiene como efecto su baja por cumplimiento de órdenes de la Superintendencia de Servicios de Salud. En tal sentido, afirma que lo solicitado por el actor es de imposible cumplimiento por disposiciones legales.

Expresa, entonces, que la discusión se centra en la interpretación errónea que el amparista da a las normas referidas al tema.

Expone que su parte no obliga al actor a traspasarse directamente al INSSJP, porque puede optar por otra Obra Social, pero esto siempre debe ser dentro de aquellas inscriptas en un registro creado para los agentes del seguro nacional de salud que voluntariamente se incorporasen a éste.

Expresa que su parte no se encuentra habilitada para incorporar dentro de su población beneficiaria a los jubilados y pensionados, dado que no se encuentra inscripta en los registros respectivos.

Con esta perspectiva, afirma que para el caso de jubilados y pensionados sólo se prevé que la obligación asistencial pasa a ser del INSSJP (PAMI) o de las obras sociales que aceptan personal pasivo, según opción del interesado.

Indica, también, que el accionante al jubilarse continuó su cobertura como adherente, por acuerdo que se efectuó entre el beneficiario y su empleador, con baja programada para el 18/06/2020. Explica asimismo que, conforme ese acuerdo podía seguir con la cobertura únicamente como adherente directo y a su costo.

Afirma que el actor, a partir de la obtención del beneficio jubilatorio, posee un nuevo status que le impide su permanencia dentro de su obra social OSPE por estricto imperio del decreto 292/95 y sus modificatorias decreto 492/95 del PEN y normas concordantes.

Entre otros argumentos que también agrega, se encuentran los de doble afiliación y la ausencia de aportes a su parte desde la condición de jubilado. En tal sentido, manifiesta que OSPE no cuenta con el aporte jubilatorio del actor, ya que debe ser derivado por el ANSES, que por ley lo recibe el INSSJP.

Se agravia, asimismo, de la imposición de costas a su parte.

Por último, impugna los honorarios del doctor Alaniz, letrado de la parte actora, por altos.

V. 1. Ahora bien, es preciso señalar que el derecho a la vida ha sido reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación como el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 321:1684).

Conforme lo tiene dicho el más Alto Tribunal, en autos "Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social. Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas", (Fallos 323:3229; C 823 XXXV; -10-2000) "... a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, de la Ley Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud - comprendido dentro del derecho a la vida - y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública en garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de las llamada medicina prepaga...".

Los tratados internacionales que integran el llamado bloque de constitucionalidad federal a tenor del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional (conf. arts. 25 inc. 1 de la Declaración Universal de derechos Humanos, 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y 12 incs. 1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y la propia derivación del art. 33 de la Constitución no tolera que no se protejan derechos fundamentales como el derecho a la salud. Asimismo, resulta evidente que según lo dispuesto en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional el derecho a la preservación de la salud resulta una obligación impostergable de la autoridad pública, garantizando ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir para su cumplimiento las obras sociales y la medicina prepaga (ver fallos: 323:3229).

2. Corresponde precisar que la acción de amparo se erige como una vía adecuada para la satisfacción de los intereses en juego pues, como ha sido resuelto -en criterio que cabe compartir- cuando se trata de salvaguardar el derecho fundamental a la salud (comprendido en el derecho a la vida), la vía del amparo se justifica ampliamente por la naturaleza de los valores que se intentan proteger de modo expedito y eficaz (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones Civil Sala B, 04/04/2005, D. de R., S.E. c/ Medicus S.A.).

3. Ahora bien, de las constancias de la causa surge que el amparista y su grupo familiar se encontraban afiliados a OSPE con el n° 20-1744699--00 (fs. 5, 7 y 9).

A fs. 12 consta la notificación que efectúa el actor a la demandada manifestando su voluntad de permanecer afiliado a la misma. Asimismo, se observa que la Obra Social de Petroleros ratificó su negativa y le informó que fue dado de baja con fecha 27/01/2020 en virtud de contar con el beneficio previsional y la cobertura asistencial del PAMI (fs. 13).

4. En este marco, corresponde indicar que el art. 16 de la Ley 19032 de creación del PAMI no obliga a que se transfiera a la persona que se jubile a ese Instituto sin una expresa voluntad. A mayor abundamiento, las leyes 23660 y 23661 confirman esa situación al consagrar que los jubilados y pensionados pueden permanecer como beneficiarios de las otras obras sociales integrantes del sistema de salud. Esta es la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa A.354.XXXIV "Albónico, Guillermo Rodolfo y otro c/ Instituto Obra Social", del 08/05/2001, con relación a las normas invocadas en autos.

En este fallo, el Alto Tribunal también expresa "Que el principio consagrado en el art. 16 de la Ley 19032 aparece corroborado,

además, con el dictado de sucesivas normas legales y reglamentarias destinadas a ampliar y garantizar paulatinamente la libertad de elección de los prestadores médicos por parte de los beneficiarios, lo que enfatiza la necesidad de evitar soluciones que puedan desvirtuar el ejercicio de ese derecho al entrar en pasividad. En tal sentido, cabe mencionar la posibilidad que se ha reconocido a los jubilados y pensionados de optar por la atención sanitaria de entidades que se inscriban en un registro especial previsto para esa finalidad, sin que ello altere la facultad de conservar las prestaciones que ya estaban a cargo de otros agentes del seguro de salud con relación a ese sector (conf. art. 25, ley 23.661; decretos 9/93, 292 y 492/95 -en especial, arts. 14 y 13, respectivamente- y 446/2000; resolución ANSSAL n°3203/95, entre otras)".

En esa inteligencia, considero que las normativas citadas le permiten al beneficiario escoger un agente diferente al INSSJP, sin que se realice una automática desafiliación y una obligatoria afiliación a este último.

Asimismo, como hemos señalado en anteriores precedentes, esta interpretación de las normas en análisis, impiden oponer al actor algún posible acuerdo que fuera celebrado con su ex empleadora YPF.

5. Cabe también observar que el argumento de la demandada acerca de que no se encuentra capacitada para atender Jubilados y Pensionados, porque requieren un tipo especial de atención y determinadas prestaciones que no posee, resulta incongruente cuando le ofrece mantener la misma cobertura en calidad de adherente.

Por lo demás, el supuesto enriquecimiento sin causa del PAMI, con relación a los aportes y contribuciones que se le destinarían desde que el actor es jubilado, tampoco es oponible al amparista en esta causa.

6. Con estos argumentos, a la luz de la normativa reseñada y a lo que esta Sala II ya ha expresado con relación al derecho a la salud, que "implica el deber de la judicatura de procurar que la declaración de derechos efectuada en nuestra Constitución no quede en mera retórica, sino que a través de su función se permita la efectiva y eficaz realización del derecho", estimo que los agravios deben ser rechazados.

7. Con relación a las costas, no encuentro motivos para apartarme del art. 14 de la Ley 16986 que establece igual fundamento para la imposición de costas que el art. 68 del CPCC., que es el criterio objetivo del vencimiento.

El apuntado criterio objetivo de la derrota no implica una suerte de penalidad para el litigante vencido sino que tiene por objeto resarcir al adversario los gastos en que su conducta lo obligó a incurrir para obtener el reconocimiento de sus derechos. En esta causa, el amparista debió transitar por dos instancias al sostener la demandada su criterio en el recurso en trámite, por lo que estimo deben ser confirmadas y con igual criterio imponer las de alzada, ante la contestación actora al recurso de OSPE, de fs. 112/116.

VI. Finalmente, cabe analizar la impugnación a los honorarios de primera instancia regulados a favor del apoderado de la parte actora, doctor Franco Ramiro Alaniz.

Teniendo en cuenta que las actuaciones llevadas a cabo por el profesional beneficiario de los honorarios se efectuaron bajo la vigencia de la Ley 27423 corresponde valorar los estipendios regulados en autos en los términos de lo dispuesto por dicha ley.

Asimismo, se debe tener presente que se trata de una demanda sin contenido patrimonial expresable numéricamente.

Así, a fin de considerar el recurso interpuesto habrá de tenerse en cuenta las pautas de ponderación de la tarea en función de las prescripciones de los incisos b) a f) del art. 16 y el mínimo de regulación para este tipo de acciones, conforme el art. 48 de la ley citada.

Sentado ello, teniendo en cuenta el mérito, extensión y eficacia de la labor desarrollada por el doctor Franco Ramiro Alaniz, quien actuó como apoderado de la parte actora, la naturaleza de la acción y el resultado obtenido, estimo que los honorarios fijados a favor del profesional son adecuados, por lo que cabe confirmarlos en la suma de pesos sesenta y tres mil ochocientos cuarenta (\$ 63.840), equivalentes a 20 (veinte) UMA (\$ 3.192, Ac. 2/2020), con más el 10 % en concepto de aportes previsionales de ley y el importe correspondiente al Impuesto al Valor Agregado (IVA) si ello fuera procedente conforme a la situación impositiva del interesado. Respecto de los honorarios de Alzada, atento la imposición de costas, lo desarrollado en el párrafo anterior, la presentación del recurso, la contestación de agravios, el resultado obtenido y teniendo en cuenta el último párrafo del art. 16 de la ley aplicable, corresponde establecerlos en un porcentual de lo regulado en primera instancia, según el art. 30 de la citada norma.

De esta forma, corresponde regular al doctor Franco Ramiro Alaniz la suma de \$ 19.152, correspondiente al 30 % (6 UMA) de las regulaciones de origen, con más los porcentajes correspondientes al IVA en caso de corresponder y el 10 % establecido por la Ley 23987.

VII. Por las consideraciones efectuadas, propongo al Acuerdo: 1) confirmar la sentencia de primera instancia en todas sus partes, con costas de alzada a cargo de la demandada vencida (art. 68 CPCC.).

2) Confirmar los honorarios de primera instancia y establecer los de alzada a favor del apoderado de la actora, doctor Franco Ramiro Alaniz en la suma de pesos diecinueve mil ciento cincuenta y dos (\$ 19.152), equivalentes a 6 UMA con más los porcentajes correspondientes al IVA en caso de corresponder y el 10 % establecido por la Ley 23987. Todas las sumas según valor vigente al

momento del pago (arts. 30 y 51 de la Ley 27423 y Acordada 2/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Así lo voto.

EL JUEZ LEMOS ARIAS DIJO:

Comparto los aspectos sustanciales expuestos por mi colega y me adhiero a la solución que propone en su voto.

Por ello, **SE RESUELVE:**

- 1) Confirmar la sentencia de primera instancia en todas sus partes, con costas de alzada a cargo de la demandada vencida (art. 68 CPCC).
- 2) Confirmar los honorarios de primera instancia y establecer los de alzada a favor del apoderado de la actora, doctor Franco Ramiro Alaniz en la suma de pesos diecinueve mil ciento cincuenta y dos (\$ 19.152), equivalentes a 6 UMA con más los porcentajes correspondientes al IVA en caso de corresponder y el 10 % establecido por la Ley 23987. Todas las sumas según valor vigente al momento del pago (arts. 30 y 51 de la Ley 27423 y Acordada 2/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación).

Regístrese, notifíquese, ofíciase electrónicamente al juzgado, y remítase a primera instancia a través del Sistema Lex100.

CESAR ALVAREZ - ROBERTO AGUSTÍN LEMOS ARIAS.