



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 5 SECRETARÍA Nº 9

F., R. C. CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO - SALUD-OPCION
POR LA ELECCION DE OBRAS SOCIALES

Número: EXP 2189/2018-0 CUIJ: EXP J-01-00008494-4/2018-0 Actuación Nro: 11676413/2018

Ciudad de Buenos Aires, 18 de junio de 2018.

Y VISTOS; CONSIDERANDO:

I. Que se presentó la Sra. R. C. F., con el patrocinio letrado del Dr. Flavio Héctor Salice Zabala y, en el marco de la presente acción de amparo entablada contra la *Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires* (en adelante, ObsBA), peticionó que se ordene a la demandada que mantenga su afiliación y continúe prestándole los servicios que se le brindaban con anterioridad a haber accedido a un beneficio previsional (v. fs. 1/9 vta.).

Señaló que obtuvo la jubilación ordinaria a fines del año 2017 luego de haber trabajado para el *Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires* los últimos 11 años de su vida laboral.

Mencionó su delicado estado de salud y refirió que, de la constancia emitida por el *Sanatorio Dr. Julio Méndez* -datada el 2 de marzo de 2018-, se desprendía "*la patología por la cual fu[e] intervenida quirúrgicamente de la cual surge que [s]e encuentr[a] bajo control oncológico 'estricto'*" (v. fs. 4; se omitió el destacado para una mejor lectura).

Manifestó que, el 6 de diciembre de 2017, formalizó un reclamo ante la obra social demandada, solicitando la continuidad en su afiliación por haber sido intervenida quirúrgicamente de un cáncer de mama.

Acotó que la respuesta negativa que le brindó la accionada, el 2 de enero de 2018, se fundó en la disposición 3-ObSBA-2014 (v. fs. 1 vta.). A raíz de ello, el 21 de marzo de 2018, envió una carta documento con el objeto de notificar su intención de conservar la cobertura de ObsBA. Puntualizó que, esta solicitud, no recibió respuesta alguna por parte de la accionada.

Expresó que, a su entender, la disposición 3-ObSBA-2014 resultaba ilegítima e inoponible a su respecto. En esa inteligencia remarcó que, debido a su delicado estado de salud, merecía recibir determinados cuidados además de poder solventar la costosa medicación que le fuera prescripta para su tratamiento. Además, en el contexto relatado, sostuvo que era imperioso para ella poder contar con los mismos profesionales que la asistían. En otros términos, cambiar de prestador a esta altura, menoscabaría seriamente su derecho a la salud.

Peticionó el dictado de una medida cautelar en virtud de la cual se ordene a la aquí demandada, que "*garantice a esta parte actora, la continuidad de [su] afiliación a la demandada a través de la cobertura integral que le presta sin límites temporales arbitrando la obra social demandada todos los medios necesarios a fin de mantener la afiliación de la actora*" con miras a que le "*continúe prestando los servicios con los que contaba en su etapa activa*" (v. fs. 5).

Por último, ofreció prueba, fundó en derecho solicitando que se declare la nulidad de la resolución 3-ObSBA-2014 con costas e hizo reserva del caso federal.

II. Que, previo a resolver la medida cautelar solicitada, se requirió a la ObsBA que informara el trámite asignado a la solicitud cursada por la Sra. F. mediante la carta documento (...), del 21 de marzo de 2018 y, en su caso, que remitiera las actuaciones originadas con motivo de ésta y de la nota (...) presentada el 20 de diciembre de 2017. Asimismo, se le solicitó que acompañara copia certificada de la disposición 3-ObSBA-2014 y de la reglamentación vigente relativa al régimen de afiliaciones (cfr. fs. 43/43 vta. punto II.4.).

III. Que, el 11 de mayo de 2018, se concedió la medida cautelar requerida ordenándose a la demandada que arbitre los medios necesarios a fin de mantener la afiliación de la actora, brindándole las prestaciones médicas que se prescriban hasta tanto se dicte sentencia definitiva en el *sub lite* (v. fs. 81/83).

IV. Que, en otro orden, una vez corrido el traslado de la acción, se presentó la Dra. Liliana Marina Vaggelas, en su carácter de apoderada de la ObsBA, y procedió a contestar demanda (v. fs. 45/45 vta. y 84/97 vta.).

Con carácter previo, señaló que la vía elegida por la accionante era inadmisibile. Estimó que la Sra. F. no había podido acreditar los extremos que habilitan su ejercicio, en tanto no existía un nexo causal directo entre la pretensión y el derecho que entendía vulnerado.

Luego de efectuar las negativas de rigor, realizó una serie de manifestaciones respecto a la aplicación de la ley 3021, relativa al derecho de opción en materia de obras sociales, con miras a plantear la inviabilidad del planteo de la actora.

En ese contexto, destacó que el derecho a la salud es un derecho de rango constitucional, pero que el derecho de opción tiene jerarquía legal, tal como se manifiesta a través de la ley 3021 y el decreto 377/09 (v. fs. 92/92 vta.).

Indicó que el sistema de la seguridad social local donde se encuentra incluida la ObsBA, “...no puede sacrificarse en una variante *ad hoc* como lo pretende la parte actora, o en una suerte de derecho individual exaltado y desquiciado con el conjunto...”, y que “...la solución *sui generis* que pretende la actora, significa divorciarse vincularmente y contrario a derecho, con la seguridad social, y constituir una salida innominada, atípica e ilegítima, como una suerte de atajo, aislado de los elementales principios de universalidad, integralidad y solidaridad de la seguridad social, que hacen factible un derecho a la salud para todos y sin discriminación...” (v. fs. 92 vta.).

Por último, hizo reserva de recurrir ante el *Tribunal Superior de Justicia* de la ciudad y del caso federal, solicitando el rechazo de la acción con costas.

V. Que es del caso referir que la parte actora desistió de la prueba ofrecida solicitando que se resolviera la cuestión como de puro derecho (v. fs. 100).

Acto seguido, y toda vez que con los elementos obrantes era posible dirimir el asunto, previa intervención del *Ministerio Público Fiscal* (v. fs. 104/105.), se llamaron los autos a sentencia (v. fs. 108).

VI. Que, asentado lo precedente, es menester señalar, a efectos de adentrarse en análisis del *thema decidendum*, que la vida de las personas y su protección -en particular, el derecho a la salud- constituyen un bien fundamental que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal (art. 19, CN). Más que un derecho no enumerado -en los términos del artículo 33 de la Constitución nacional- el derecho a la vida es un valor implícito, toda vez que el ejercicio de los demás derechos que el



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 5 SECRETARÍA Nº 9

F., R. C. CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO - SALUD-OPCION
POR LA ELECCION DE OBRAS SOCIALES

Número: EXP 2189/2018-0 CUIJ: EXP J-01-00008494-4/2018-0 Actuación Nro: 11676413/2018

ordenamiento jurídico reconoce en forma expresa requiere necesariamente de él y, por tanto, lo supone.

A su vez, el derecho a la salud se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida y el principio de la autonomía personal (cfr. CCAyT, sala I, "*Lazzari, Sandra I. c/ OSBA s/ otros procesos incidentales*", EXP 4452/1; CSJN, "*Asociación Benghalensis y otras c/ Estado Nacional*", del 06/01/00, Fallos: 323:1339; del dictamen del Procurador General de la Nación, compartido por el Tribunal).

No puede omitirse que, sobre estas bases, se ha expresado que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479, entre otros).

Por otro lado, vale destacar que la Constitución nacional en su artículo 75, inciso 23 prevé: "[l]egislar 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 de los niños, las mujeres, los **ancianos** y las personas con discapacidad" (el resaltado no pertenece al original).

Por lo demás, cabe recordar que el derecho a la salud, se encuentra reconocido en diversos tratados internacionales con jerarquía constitucional -conforme lo establecido en el artículo 75, inciso 22, Constitución nacional- entre los que es dable mencionar el artículo 12, inciso c) y d), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; los artículos 4º y 5º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 6º, inciso 1º, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (cfr. CCAyT, sala II, *in re "S.C.N. c/ GCBA s/ incidente de apelación"* Expte. A71531-2013/1, sentencia del 12/06/2014).

Del plexo normativo mencionado se desprende que la protección de la salud es uno de los principios fundamentales en cualquier Estado moderno, principio que se plasma en la actualidad como un derecho de toda persona a exigir las prestaciones sanitarias conforme a la dignidad humana y al nivel de desarrollo social y económico de cada Estado.

La Constitución de la Ciudad se hizo eco de las declaraciones internacionales anteriormente citadas al proclamar en su artículo 20 que se garantiza el derecho a la salud integral. La norma constitucional prevé que el gasto público en salud es una inversión social prioritaria. Y enfáticamente señala que "[s]e aseguran 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..." así como la igualdad ante la ley, removiéndose los obstáculos de cualquier orden que, limitando de hecho la igualdad y la libertad, impidan el pleno desarrollo de la persona y la efectiva participación en la vida política, económica o social de la comunidad (art. 11). A su vez, se prescribe, en lo pertinente, que "...Los derechos y garantías no pueden ser

negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos” (art. 10).

Asimismo, en el artículo 41 de la Constitución local se previó la protección específica respecto de las personas mayores, garantizándoles “...la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos. 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”. Más aún, se establece que la Legislatura debe sancionar una Ley Básica de Salud, donde dentro de sus principales lineamientos “reconoce a la tercera edad el derecho a una asistencia particularizada” (v. artículo 21 inciso 6° de la Constitución local).

En este sentido, se desprende de las normas transcriptas que “...lo que hace es fijar la política constitucional en la materia, propiciando el desarrollo de políticas sociales dirigidas a atender a las necesidades específicas del sector, así como a su calidad de vida, impulsando medidas dirigidas a ampararlos frente a situaciones de desprotección, con especial atención al grupo familiar al que se lo debe cuidar, proteger, se le debe dar seguridad y garantizársele la subsistencia” (QUIROGA LAVIÉ, HUMBERTO, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires Comentada*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, pág. 126).

En ese marco la legislatura local, sancionó la ley 153, que tiene por objeto garantizar el derecho a la salud integral y establece que dicha garantía se sustenta en “la solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema de salud”, entre otros principios (cfr. art. 3°, inciso d).

A su vez, conforme lo dispuesto en el artículo 2°, inciso c), de la ley 472 –de creación de la ObSBA–, la demandada se rige, entre otras normas, por la ley 153 antes mencionada, y tiene como objeto “la prestación de servicios de salud que contengan acciones colectivas e individuales de promoción, prevención, atención, recuperación y rehabilitación” (cfr. art. 3°).

VII. Que, en primer término y a tenor del planteo esbozado por la accionada (v. fs. 87 vta. punto II), debe analizarse la pertinencia de la **vía elegida** por la actora.

Es dable advertir a este respecto que el decurso procesal escogido resulta adecuado para dirimir la cuestión en ciernes.

Ello así, tomando en consideración la importancia de los derechos en juego y la posibilidad de su resolución sin necesidad de recurrir a un proceso ordinario. De ahí que, la acción de amparo resulta admisible en tanto su empleo no reduce las posibilidades de defensa de las partes en cuanto a la extensión de la discusión y de la prueba (cfr. Fallos: 320:1339; 315:2386).

En tal sentido, corresponde señalar que si bien este tipo de proceso no está destinado a reemplazar los medios ordinarios para la solución de controversias, su exclusión por la existencia de otros recursos no puede fundarse en una apreciación meramente ritual e insuficiente, ya que la institución tiene por objeto una efectiva protección de derechos más que una ordenación o resguardo de competencias (cfr. Fallos: 320:1339, 2711; 321:2823; 330:5201, entre otros).

A lo expuesto, cabe recordar que en el artículo 14 de la *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires* se establece –en lo que aquí interesa– que “[t]oda persona puede ejercer **acción expedita, rápida y gratuita** de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en



JUZGADO DE 1RA INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 5 SECRETARÍA Nº 9

F., R. C. CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO - SALUD-OPCION
POR LA ELECCION DE OBRAS SOCIALES

Número: EXP 2189/2018-0 CUIJ: EXP J-01-00008494-4/2018-0 Actuación Nro: 11676413/2018

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 consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte" (lo destacado no pertenece al original; en el mismo sentido artículo 43 de la Constitución nacional).

La arbitrariedad o ilegalidad manifiesta a la que se alude en el texto constitucional citado, 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, ni de amplio debate o prueba (cfr. Fallos: 306:1253; 307:747, en igual sentido, CCAyT, sala I, en los autos "*Perrone, María Cristina c/ GCBA – Secretaría de Educación- s/ amparo*", sentencia del 29/12/00).

El amparo es una vía de la que quedan excluidas aquellas cuestiones donde no surge con total nitidez la arbitrariedad o ilegalidad que se arguye (cfr. Cám. Cont. Adm. Fed., sala II, in re, "*Mastrorilli*", del 27/4/00; sala V, in re, "*Auman*" y "*Bucchiuni*", del 13/11/95 y 24/02/97, respectivamente). Cabe señalar que la ilegalidad del acto lesivo debe evidenciarse en forma notoria, siendo insuficiente alegar una conducta estatal cuestionable sosteniendo que afecta o restringe algún derecho constitucional (cfr. Cám. Cont. Adm. Fed., sala V, in re, "*Auman*", del 13/11/95).

Por su parte, es importante destacar que el *Tribunal Superior de Justicia* sostuvo que "*...el carácter sumarísimo (acción rápida y expedita) de la acción de amparo, carácter establecido por el constituyente, pretende dotar a las personas de una garantía para aquellos casos en los que se presentan determinadas circunstancias que no admiten la tramitación de un juicio bajo los moldes más complejos, estrictos y delatados de los procesos comunes. Las circunstancias aludidas, que operan como conditio sine qua non para admitir un amparo son, básicamente, la necesidad de una actuación judicial urgente que prevenga o repare consecuencias notoriamente disvaliosas para quien acciona, y el carácter manifiesto de la conducta lesiva...*", y que "*...el carácter manifiesto de la ilegalidad o arbitrariedad de la conducta estatal lesiva, es el que permite justificar las limitaciones al ejercicio del derecho de defensa del órgano estatal demandado...*", afirmando que "*...si uno u otro recaudo no están presentes, cualquiera sea la fundabilidad, corrección o justicia de la pretensión, ella deberá tramitar por las vías ordinarias. No debe olvidarse que todo el sistema de acciones procesales – y no sólo la acción de amparo-, se dirige a efectivizar el derecho a acceder a la justicia y a garantizar la protección judicial efectiva de los derechos e intereses constitucionales, legales o reglamentarios que pueden asistir a las personas...*" (in re "*GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Akrich Gustavo Raul c/ GCBA s/ amparo*", sentencia del 29/11/06, voto del juez Maier).

Como se adelantara, en el caso en estudio, ante la contestación negativa a la petición del actora conforme la documental anejada a fs. 17-acompañada por la accionante y no desconocida por la demandada en los términos del artículo 331 del código ritual- la vía intentada resulta idónea con miras a proteger el derecho a la salud invocado en la demanda. En esta inteligencia, la oposición de la obra social accionada, no puede prosperar.

VIII. Que, establecido lo anterior, corresponde abocarse al estudio de la **cuestión de fondo** sometida a examen.

En efecto, sobre el particular, la jurisprudencia ha señalado que, *“en principio, la labor de las obras sociales, en tanto tienden a preservar bienes jurídicos como la vida, la salud, la seguridad y la integridad de las personas, adquirirían, prima facie, un compromiso social con sus afiliados [mutatis mutandi, Fallos: 324:677, 330:3725]”* (CCAyT, sala II, *“Dodaro Diego Gustavo c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires OBSBA y otros s/ incidente de apelación”*, Expte. A11840-2015/1, sentencia del 26/11/15).

También se ha expresado que la actividad de estas instituciones tiene una proyección social –que las diferencia de otras empresas comerciales como las de medicina prepaga–, en tanto al vincularse 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 (cfr. CCAyT, sala II, *“Freire María Elena c/ ObSBA s/ amparo”*, EXP 42685/0, del 06/03/12; *“Swiss Medical SA c/ GCBA s/ otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apel.”*, RDC 879/0, sentencia del 15/2/2007).

Es dable añadir a su vez que, *“la función de preservar la salud como valor estructural no sólo correspondería al Estado, sino que también a la obra social aquí demandada, en tanto cumpliría una función social en orden a la preservación de aquél valor, que sería precisamente el motivo de su existencia. Esto último, naturalmente, sin perjuicio de las relaciones que se pueda establecer, en su caso, entre ellas, dejando, naturalmente indemne a quien, en principio, el ordenamiento jurídico le otorgaría una calificada tutela [Fallos: 327:2127, 331:2135]”* (cfr. *“Dodaro”*, cit.).

En ese contexto, con relación a la cuestión a resolver, resulta pertinente señalar que en el artículo 1º de la ley 472 –cfr. texto art. 1º de la ley 627, BOCBA 1286 del 28/09/2001– se dispone puntalmente: *“Créase la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (O.S.B.A.), que es continuadora al Instituto Municipal de Obra Social (I.M.O.S.) creado por la Ley Nº 20.382. La O.S.B.A. tendrá carácter de Ente Público no Estatal, organizada como instituto de administración mixta con capacidad de derecho público y privado, contando con individualidad jurídica y autarquía administrativa y económico financiera”*. Tal como fuera adelantado en el considerando VI, en la norma se establece que *“la Ob.S.B.A. tendrá como objeto la prestación de servicios de salud que contengan acciones colectivas e individuales de promoción, prevención, atención, recuperación y rehabilitación”* (cfr. art. 3º, con modif. ley 627).

Asimismo, en dicha norma se prevé que la administración de la ObsBA corresponde a un directorio (cfr. art. 6º) entre cuyos deberes y atribuciones se encuentran la de *“[d]ictar la normas reglamentarias y complementarias de la presente Ley, así como los reglamentos generales y operativos que resulten necesarios para el desenvolvimiento de la entidad”*, también el de *“[e]stablecer los regímenes aplicables para la afiliación y adhesión de los beneficiarios”* (cfr. art. 10, incs. a) e i), respectivamente de la ley 472). En particular, dentro de las competencias del presidente del directorio se enuncian las de *“ejercer todas las facultades que sean necesarias para la administración de la Obra Social, actuando en el marco de los reglamentos y procedimientos establecidos por el Directorio, tales como: resguardar el patrimonio de la entidad y la percepción de sus recursos; dictar normas orgánicas y reglamentos que no resulten competencia del Directorio, aprobar e implementar procedimientos, autorizar programas de acción y actividades, disponer las asignaciones presupuestarias aprobadas, suscribir los acuerdos, contratos y convenios autorizados por la entidad, encomendar evaluaciones, constituir comisiones o comités técnicos consultivos, resolver las actuaciones administrativas y asuntos de trámite, disponer excepciones y beneficios conforme a las normas de aplicación, y supervisar las acciones que realice la entidad”* (cfr. art. 13, inc. e], de la ley 472).



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 5 SECRETARÍA Nº 9

F., R. C. CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO - SALUD-OPCION
POR LA ELECCION DE OBRAS SOCIALES

Número: EXP 2189/2018-0 CUIJ: EXP J-01-00008494-4/2018-0 Actuación Nro: 11676413/2018

Es del caso referir que, en el artículo 19, se establece que “[l]os jubilados, pensionados y retirados que hubieran concluido su etapa activa en la administración de esta Ciudad, junto a su grupo familiar” serán afiliados titulares de la entidad con derecho a gozar de los servicios y prestaciones que ella brinde (el destacado no pertenece al original).

Para afrontar los servicios prestados a dichos afiliados, en la ley 472, se indicó que los recursos económicos con los que contaría la obra social demandada se generarían mediante: “b. [u]na contribución del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires del dos por ciento (2%) sobre la nómina salarial de todos los agentes adheridos a esta Obra Social que se desempeñen en relación de dependencia en la administración central, organismos descentralizados y autárquicos, para otorgar cobertura a los jubilados, pensionados o retirados de la actividad en esta Ciudad; “d. [u]n aporte a cargo del trabajador que se desempeña en relación de dependencia en la administración central, organismos descentralizados y autárquicos del Gobierno de la Ciudad, del tres por ciento (3%) sobre su remuneración, excluido el salario familiar, destinado a otorgar cobertura a los jubilados, pensionados o retirados de la actividad en esta Ciudad” y “e. [u]n aporte a cargo del jubilado, pensionado o retirado de la actividad en esta Ciudad, del tres por ciento (3%) del haber que perciba en pasividad, hasta la concurrencia del haber mínimo y del seis por ciento (6%) sobre el excedente” (artículo 17, incs. b, d y e, respectivamente de la ley 472).

En este estado del análisis, resulta imperioso destacar que el régimen de afiliaciones, se encuentra previsto en la resolución 398/ObSBA/02, que regula a su vez las relaciones entre la demandada y sus beneficiarios.

De esta última normativa se desprende que, dentro de los afiliados titulares se encuentran aquellos titulares obligados, individualizados como pasivos, que comprenden a los “beneficiarios de cualquiera de las prestaciones previsionales del ex- Instituto Municipal de Previsión Social o los que con posterioridad hayan recibido o reciban en el futuro prestaciones previsionales por su condición de ex-agentes del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (ex-Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires)” (art. 3º, inc. b del reglamento de afiliaciones).

Por otro lado, en el artículo 29 del reglamento en estudio se estipulan las causales de desafiliación, éstas son: a) fallecimiento, b) renuncia de empleo, c) cesantía y d) exoneración. Asimismo, en el artículo siguiente y, respecto de los incisos b), c) y d), se indica que “...no procederá la desafiliación si el agente tuviera derecho a acogerse al beneficio jubilatorio en forma inmediata o en los plazos previstos en el Art. 9 inciso d)...” (art. 30 del reglamento de afiliaciones ya citado).

A tenor de una requisitoria efectuada por la defensoría oficial 1, el directorio de la obra social, en la reunión 97 resolvió, atento lo manifestado por la Unidad Normalizadora del Área de Afiliaciones, modificar el reglamento en cuestión respecto a la cantidad mínima de años de aportes a la obra social que debe tener un afiliado. Así, el 21/01/2014, se dictó la disposición 3/Ob.SBA/14 que modificó el reglamento de afiliaciones y fijó “en quince (15), el mínimo de años de aportes a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (Ob.SBA), que deberán ser computados por el afiliado al momento de acceder a la jubilación, para permanecer en esta Obra Social, a partir de la presente Disposición” (v. copia de la disposición 3/Ob.SBA/2014, anejada a fs. 59).

IX. Que, en el contexto reseñado, debe ponerse de resalto que, de las constancias obrantes en autos se desprende que, con anterioridad a acogerse al beneficio previsional la amparista se encontraba afiliada a la obra social demandada bajo el número (...) (v. carnet obrante a fs. 15).

Asimismo, de la nota (...), presentada por la Sra. F. a la demandada el 20 diciembre de 2017 ante la ObSBA –constancia que no ha sido desconocida por ésta–, surge que había informado al organismo su adhesión al retiro voluntario y el inicio de los trámites jubilatorios; y que, en función de ello solicitó “...poder continuar con la Obra Social...”. En dicha presentación, hizo saber además que la habían operado de cáncer de mama en el *Sanatorio Méndez* en septiembre de 2011 (entidad donde continúa su atención y control en forma satisfactoria) y que, cualquier modificación al respecto, en el caso que tuviera que cambiar de obra social, tendría consecuencias desfavorables en su estado anímico, en razón de que se encontraba tomando medicación antidepresiva por un *cuadro post-traumático* (v. fs. 16).

Debe señalarse que no ha mediado oposición con relación a que la accionante registró diez años de aportes a la ObSBA. Nótese que, de la nota emitida por la obra social el 2 de enero de 2018 –anejada como documental por la demandada y no desconocida por la contraria–, se desprenden las razones invocadas para su desafiliación. En ella, la ObSBA contestó que “...de acuerdo a lo peticionado (...) este Área de Afiliaciones procede a no acceder a lo solicitado...”. Lo resuelto se fundó, en lo establecido en el artículo 1° de la disposición 3-ObSBA/14 del 21/01/2014 que fija “en quince (15) el mínimo de años de aportes a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (Ob.SBA.), que deberán ser computados por el afiliado al momento de acceder a la jubilación, para permanecer en la Obra Social...” (v. fs. 73).

X.1. Que, con relación al cuestionamiento efectuado por la accionante, respecto de la referida disposición, de la reseña efectuada y de la normativa previamente aludida no puede sino colegirse que al dictar la disposición 03-ObSBA-14, la obra social demandada se excedió en sus facultades reglamentarias estableciendo por esta vía, requisitos limitativos, que no surgen de la ley, cuya aplicación lisa y llana, provoca un serio menoscabo a los derechos de la actora.

Ello así, por cuanto en el artículo 10, incisos a) e i), de la ley 472 se atribuye al directorio de la ObSBA la facultad de dictar las normas reglamentarias y complementarias de dicha ley, así como los reglamentos generales y operativos que fueran menester para el normal desenvolvimiento de la actividad de la obra social, confiriéndole atribuciones para fijar los regímenes aplicables para la afiliación y adhesión de los beneficiarios; y en el artículo 13, inciso e), al presidente ejercer todas las facultades que sean necesarias para la administración de la obra social, actuando en el marco de los reglamentos y procedimientos establecidos por el directorio.

Empero, no puede soslayarse que la competencia de los órganos administrativos resulta, según el caso, de la *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires*, de las leyes y de los reglamentos dictados en su consecuencia (art. 2° dec. 1510-GCBA-1997), y que el límite constitucional de la reglamentación de los derechos está dado por la alteración de su sustancia.

En efecto, la disposición atacada, resulta contraria a la finalidad de la ley que reglamenta, en tanto introduce una importante limitación al reconocimiento del carácter de afiliado titular que el legislador atribuyó sin condicionamientos a los jubilados, pensionados y retirados “que hubieran concluido su etapa activa en la administración de esta Ciudad” (v. art. 19, inc. c], de la ley 472).



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Nº 5 SECRETARÍA Nº 9

F., R. C. CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) SOBRE AMPARO - SALUD-OPCION
POR LA ELECCION DE OBRAS SOCIALES

Número: EXP 2189/2018-0 CUIJ: EXP J-01-00008494-4/2018-0 Actuación Nro: 11676413/2018

Nótese que el poder administrador, al ejercerse la función sub legal de reglamentar una norma, puede apartarse de su literalidad *"...siempre que se ajusten al espíritu de la misma, y el texto legal [sea] susceptible de ser modificado en sus modalidades de expresión, siempre que ello no afecte su acepción sustantiva"* (cfr. CSJN, *"Administración de Impuestos Internos c/ Chadwick, Weir y Cía. Ltda"*; Fallos: 151:5).

Sin embargo, y tal como se expresara, la disposición 3-ObSBA-14, habría ido más allá de lo permitido, menoscabando el sentido de la norma que reglamenta y restringiendo, sin justificación legal válida —en clara violación a lo establecido en el artículo 7º decreto 1510- GCBA-1997—, un derecho esencial como es, en el *sub lite*, la posibilidad de que la actora cuente, en esta etapa de su vida y en la situación en la que se encuentra, con la cobertura social que tenía mientras estuvo en actividad, tal como se establece en el artículo 19 de la ley 472.

Entiéndase bien, en la disposición en cuestión no se esboza, ni siquiera someramente, las razones que fundamentaron su dictado, limitándose a indicar simplemente que se establece *"en cumplimiento de los deberes y uso de las atribuciones conferidas por la Ley 472/00 (B.O.C.B.A. 1025) y Decreto Nº 150/13 de fecha 26 de Abril de 2013..."*.

X.2. Que, en esta inteligencia, es oportuno mencionar lo expresado en autos *"Valverde Lidia María Ángela c/ ObSBA s/ amparo"* expte A4204-2014, al recordar lo sostenido por la CSJN en punto a que la circunstancia de obtener la jubilación no implica, sin más, la transferencia del beneficiario al *Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP, conocido como PAMI)*. Por el contrario, subsiste para el extrabajador el derecho a permanecer en la obra social que tenía cuando se encontraba en actividad, habida cuenta que *"la creación del Instituto de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados no importó un pase automático de los pasivos a ese organismo, pues el art. 16 de la referida ley 19.032 conservó la afiliación obligatoria a la obra social correspondiente al servicio prestado en actividad y los derechos y deberes derivados de esa relación, a menos que aquéllos optaran por recibir la atención del instituto, supuesto en que quedarían canceladas las obligaciones recíprocas de las obras sociales a las que pertenecían"*(cfr. CSJN *in re "Albónico Guillermo Rodolfo y otros c/ Instituto Obra Social"*, sentencia del 8 de mayo de 2001).

A lo expresado debe añadirse lo señalado por la sala II de la Cámara del fuero, en oportunidad de resolver respecto de la procedencia de una medida cautelar, en cuanto que *"...la reglamentación dictada por el ente en cuestión, cuyo objeto responde a una finalidad social prevalente, no tendría sustento fáctico suficiente para validar, en principio, una regulación que -sin explicitar, en esta aproximación al tema, racionalmente su sustento- culminaría para restringir el goce de un derecho fundamental, a quienes se encontrarían en una etapa de la vida en la que, probablemente, en mayor medida podrían necesitar las prestaciones propias de la obra social. Asimismo, la razón brindada de modo genérico, relativa a la mejor administración de los recursos de la obra social, debería merecer alguna consideración con el modo en que se compondrían los recursos de la obra social, específicamente con lo que se preceptúa en el artículo 17, inciso e. de la ley Nº472, que dispone que sus recursos se componen, entre otros, con [u]n aporte a cargo del jubilado,*

pensionado o retirado de la actividad en esta Ciudad, del tres por ciento (3%) del haber que perciba en pasividad, hasta la concurrencia del haber mínimo y del seis por ciento (6%) sobre el excedente” (cfr. *in re*, “*Valverde Lidia María Ángela c/ Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires s/incidente de apelación*”, expte. A4204-2014/1, sentencia del 18/09/2014).

En consecuencia, siendo que en la disposición 3-ObSBA-14 se alteró el espíritu de la norma que se pretendía reglamentar (art. 102, CCABA) y que, por lo tanto, se vieron vulnerados derechos fundamentales de la actora, que es una persona “...*tutelad[a] por la Constitución de la Ciudad como [perteneciente a] un grupo de alta vulnerabilidad social*” (sala II, “*Touriñan*”, cit.), a la que debe garantizarse “*la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos*” (art. 41, CCABA); corresponde, a tenor de los argumentos vertidos, declarar la nulidad de la mentada disposición imponiéndose las costas a la demandada, vencida.

En mérito a lo expuesto, y habiendo dictaminado el Sr. fiscal, **FALLO:**

1. Haciendo lugar a la acción amparo entablada por la Sra. R. C. F. contra la ObSBA, declarando la nulidad de la disposición 3-ObSBA-14, en los términos del considerando **X.2** y, en consecuencia, ordenar a la demandada que mantenga la afiliación de la actora o, en su caso, proceda a su reafiliación, en el término de cinco (5) días de haber quedado firme este decisorio, debiendo acreditar en autos su cumplimiento, dentro de los dos (2) días subsiguientes.

2. Imponiendo las costas a la ObSBA, vencida (cfr. art. 62 del CCAyT y art. 26 de la ley 2145 *t.c.*).

3. Regulando los honorarios del Dr. Flavio Héctor Salice Zabala, en la suma de trece mil seiscientos setenta y un pesos (\$13.671), considerando la naturaleza de la cuestión, su importancia económica, y la calidad y eficacia de la labor desarrollada (cfr. arts. 17, 46 inc. 3°, 54 y cctes. de la ley 5134).

Regístrese, notifíquese a las partes por secretaría, al Sr. fiscal -en su público despacho- y, oportunamente, archívese.