

Expte. n° 7889/11 “Tourriñan, Norma Susana y otros c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”

Buenos Aires, 9 de mayo de 2012

Vistas: las actuaciones indicadas en el epígrafe,

resulta:

1. Susana Tourriñán, Martín Jorge Aguirre y Carlos Alberto Tourriñán iniciaron acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, la OBSBA) y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, el GCBA) “... a fin de que se ordene la inscripción de dicha obra social al Registro de Obras Sociales que administra la Superintendencia de Servicios de Salud, para que a su vez quede adherida a las leyes 23.660 y 23.661, tal lo dispuesto por la ley 472 en su art. 37 y de esa manera ejercitar el derecho de opción de los actores. // Hasta tanto se materialice la aludida adhesión, se solicita que la demandada brinde a mis poderdantes aquellas prestaciones que no sean inferiores a las que los Agentes del Seguro Nacional de Salud se encuentran obligados a prestarle a sus afiliados (art. 28 Ley 23.661) ...” (fs. 1/8).

Afirman que poseen beneficio jubilatorio y resultan afiliados a la OBSBA en virtud del ámbito de trabajo en el que se desempeñaron.

Relatan que en el año 2001 se mudaron a la localidad de Mar de Ajó, en el Partido de la Costa, pero allí se encontraron con la total falta de cobertura médica y de medicamentos, imprescindibles ya que los tres accionantes padecen distintos problemas de salud: Norma Tourriñán es portadora de DBI tipo II, y se encuentra afectada por problemas respiratorios crónicos, asma severo y epoc; Martín Aguirre es portador de fibrilación auricular crónica, y padece hipotiroidismo crónico y hernia hiatal; y Carlos Tourriñán padece de miopía y astigmatismo elevados, con ambiopía en ambos ojos, para lo cual necesita un control permanente de su visión y anteojos de carácter permanente.

Al formular las quejas respectivas ante la OBSBA, se les informó que ésta solo ofrece cobertura en Capital Federal y en función de ello, no llega a contemplar ningún tipo de protección directa en el Partido de la Costa.

Hasta el año 2005 lograron por intermedio del servicio de correos OCA la remisión de los medicamentos que necesitaban a su

domicilio, previo envío por fax de las recetas de los médicos que los trataban en su lugar de residencia, mientras que todas las consultas, estudios, internaciones e intervenciones quirúrgicas necesarias debían primero abonarlas de su propio peculio para luego pedir el reintegro vía correo.

El sistema implementado para remitir los medicamentos se terminó en el año 2005, y a partir de entonces debieron abonarlos con sus propios fondos para luego pedir el reintegro, al igual que el resto de las prácticas médicas.

Sus cuadros clínicos y la falta de cobertura directa de la OBSBA los llevó a pensar en cambiarse de obra social, y recurrieron a distintas obras sociales (PAMI, OSECAC, IOMA) para ver cómo podían afiliarse a una de ellas, pero no pudieron ejercer la libertad de elección de su obra social porque la OBSBA no había dado cumplimiento al art. 37 de la ley 472, que la obligaba a adherir al Sistema Integrado Nacional regido actualmente por las leyes nacionales n° 23.660 y 23.661.

2. El GCBA contestó demanda (fs. 146/155).

Planteó su falta de legitimación pasiva, atento que la OBSBA, conforme lo dispone la ley 472, es una persona jurídica distinta del GCBA y en ella recae la obligación de inscribirse en el Registro de Obras Sociales que administra la Superintendencia de Servicios de Salud y realizar todo otro trámite administrativo necesario para posibilitar que sus afiliados ejerzan la libertad de elección de su obra social.

Subsidiariamente, negó los hechos afirmados en el escrito inicial, y manifestó que el amparo no resulta la vía idónea para discutir la cuestión traída a juicio, en función de que la actora no acreditó que su derecho no pudiera hacerse valer mediante un proceso ordinario. Asimismo, sostuvo que no se verifica la existencia de un deber jurídico a cargo de su mandante que la obligue a garantizar que los actores puedan elegir libremente la obra social de su preferencia, por lo que no existe por parte del GCBA acción u omisión antijurídica alguna, motivo por el cual solicita el rechazo de la demanda entablada en su contra.

3. La OBSBA contestó demanda (fs. 239/280).

En lo que interesa a los efectos del presente recurso, planteó la improcedencia de la vía amparística por considerar que se debate una compleja controversia de compatibilización de normativas federales y locales, cuestión propia de un proceso ordinario.

Negó los hechos invocados en la demanda y solicitó el rechazo de la acción basándose en que no existe un derecho de opción reconocido a los actores por las leyes federales o locales, ni una mora o falta de actividad de su representada en tal sentido.

Sostiene que resulta imposible, desde el punto de vista legal y fáctico, dar cumplimiento al art. 37 de la ley 472, y por ende solicita se declare su inconstitucionalidad, ya que el GCBA no firmó ningún convenio de adhesión al Sistema Nacional del Seguro de Salud.

4. Atento la entrada en vigencia de la ley 3021, el Sr. Juez ordenó correr traslado a las partes para que manifiesten lo que estimen corresponder (fs. 314).

La OBSBA solicitó se declare abstracta la presente acción, por entender que la ley 3021 articuló un régimen de derecho de opción pragmático y efectivo (fs. 315/318), y la actora petitionó que continúen las actuaciones procediéndose a dictar sentencia, habida cuenta que la ley 3021 permite la libre opción solamente a los afiliados activos mientras que los actores son jubilados (fs. 324).

5. El Sr. Juez de primera instancia dictó sentencia, mediante la cual rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el GCBA, y desestimó la acción de amparo planteada (fs. 329/337).

Fundamentó su decisión en que la libertad de elección reclamada por los accionantes poseía base legal y no constitucional (pues está consagrado en una norma legislativa, la ley 472), y era un derecho en expectativa, ya que dependía del cumplimiento de una condición (dictado de normas y disposiciones pertinentes) y de un plazo máximo (01/01/2003) a los que estaba supeditado su nacimiento.

Sin embargo, como las medidas de carácter reglamentario nunca llegaron a dictarse, la expectativa de los actores finalmente no se concretó, y la situación se vio modificada por la sanción de la ley 3021, que reguló a su modo el derecho de libre opción de obra social, aunque excluyendo de esa posibilidad a los jubilados y pensionados, que seguirán siendo beneficiarios de la OBSBA.

Destacó que los actores tuvieron la oportunidad de expedirse acerca del dictado de la ley 3021 pero no plantearon la inconstitucionalidad de dicha norma. Además el derecho de libre opción entre obras sociales no es un derecho constitucional sino que tiene base legal, y tampoco es un derecho absoluto, por lo tanto es el legislador quien puede decidir con qué alcances permitirá su ejercicio, y en ese contexto no aparecen como irrazonables las restricciones a la posibilidad de cambiar de obra social a quienes obtuvieron un beneficio previsional, por lo que la ley 3021 no puede ser tachada de inconstitucional.

En cuanto a las prestaciones que brinda la OBSBA en el lugar de residencia de los amparistas (Mar de Ajó), que serían insuficientes en atención a su estado de salud, afirma que el objeto de la presente acción se limitó a exigir la adhesión de la obra social codemandada al Sistema Integrado Nacional, con fundamento en el art. 37 de la ley 472,

por lo tanto razones de congruencia procesal impiden resolver en forma distinta a lo peticionado, sin perjuicio de las posibles acciones judiciales que ellos puedan iniciar a los fines de asegurar que la entidad demandada brinde prestaciones suficientes y acordes a su situación particular.

Asimismo, consideró inconducente el planteo de inconstitucionalidad deducido por OBSBA del art. 37 de la ley 472, por considerar que la cuestión planteada había sido superada por el dictado de la ley 3021.

6. La parte actora apeló dicha sentencia, agraviándose básicamente de la omisión en que habría incurrido el magistrado, quien rechazó la pretensión consistente en que se ordene la inscripción al Registro de Obras Sociales para posibilitar el ejercicio del derecho de opción, pero no se expidió respecto de la otra pretensión deducida, en la cual se solicitó que hasta tanto se materialice esa adhesión, la demandada brinde a los actores aquellas prestaciones que no sean inferiores a las que los Agentes del Seguro Nacional de Salud se encuentran obligados a prestarle a sus afiliados (fs. 344/346)

7. La Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad declaró la inconstitucionalidad del art. 3 de la ley 3021, y en consecuencia revocó la sentencia de primera instancia, hizo lugar a la acción de amparo y ordenó a la ANSES que derive las retenciones que realizan a los accionantes a la empresa de medicina prepaga u obra social que elijan en el marco de los convenios celebrados por la OBSBA (fs. 350/355 vta.).

Sostuvo que la ley 3021 no deroga implícitamente a la ley 472, sino que ambas coexisten, y la primera es un hito hacia la desregulación, ya que la libertad de opción que asegura es menor que la prevista en la segunda.

Reivindicó la potestad de controlar incluso de oficio la constitucionalidad de las normas, y en ejercicio de dicha atribución declaró la inconstitucionalidad del art. 3 de la ley 3021, por considerar que la exclusión de los jubilados del ámbito de opción de las entidades que celebren convenios con OBSBA resulta violatoria del derecho a la igualdad, ya que la demandada no presentó ninguna explicación razonable que justifique restarles un beneficio que le fue concedido a los demás afiliados.

8. La OBSBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dicha sentencia (fs. 363/390).

Planteó que la sentencia objetada incurría en arbitrariedad y gravedad institucional, y que violaba distintos derechos y principios constitucionales (régimen de la seguridad social —14 bis CN y 44

CCABA—, igualdad ante la ley —16 CN—, propiedad —17 CN—, debido proceso y defensa en juicio —18 CN—, jerarquía normativa —31 CN—, derechos implícitos —33 CN—, facultades de la jurisdicción local —129 CN y 6 CCABA—, división de poderes, sistema de salud local —21 y 22 CCABA—).

9. La parte actora contestó el traslado del recurso de inconstitucionalidad (fs. 392/398), que fue concedido por la Cámara excepto en lo que se refiere a la invocación de las doctrinas de la arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 402/403).

10. El Sr. Fiscal General emitió su dictamen a fs. 409/413vta.

Sostuvo que el procedimiento seguido en la Alzada violó los arts. 16 de la ley 2145 y 33 inc. 5 de la ley 1903, ya que no se corrió traslado al Sr. Fiscal de Cámara para que se pronuncie sobre la presunta inconstitucionalidad del art. 3 la ley 3021, y tampoco se la notificó de la sentencia que decidió la inconstitucionalidad, lo que la privó de ejercer los remedios procesales pertinentes en la instancia.

Por lo tanto, solicitó que se declare la nulidad de la sentencia y se devuelva el caso a la Cámara, a efectos que otra Sala o integración del tribunal proceda conforme a derecho.

Fundamentos

La jueza Ana María Conde dijo:

1. En primer lugar, cabe resolver el planteo realizado por la Fiscalía General, quien solicitó que se anule la sentencia de Cámara debido a errores en el procedimiento previo a su dictado, más precisamente por omitir el necesario traslado a la Fiscalía de Cámara para que se expida sobre la constitucionalidad del art. 3 de la ley 3021.

1.1. Si bien el art. 16 de la ley 2145 establece que en aquellos casos en que corresponda la declaración de inconstitucionalidad de una norma se debe correr vista al Ministerio Público Fiscal, lo cierto es que las particularidades del presente caso han impedido efectuar dicho traslado.

Ante el traslado efectuado en primera instancia para que las partes manifiesten lo que estimen corresponder respecto de la incidencia de la ley 3021 en esta causa, la parte actora no realizó ningún planteo de inconstitucionalidad. Asimismo, el Sr. Juez de primera instancia, en su sentencia, oficiosamente analizó y desestimó la eventual inconstitucionalidad de la citada normativa. Y en su apelación contra la sentencia de primera instancia, la accionante no se

agravió de esta decisión ni expresó ninguna crítica contra la validez constitucional de la ley 3021.

Por lo tanto, al arribar la causa a conocimiento de los jueces de la Cámara, *prima facie* el debate constitucional de la ley 3021 no formaba parte del temario a decidir, ya que no había sido propuesto por las partes, pues la actora había guardado silencio al respecto. Y ante la inexistencia de un concreto planteo de inconstitucionalidad, previo a dictar sentencia los jueces de Cámara no estaban obligados a efectuar el traslado previsto en el art. 16 de la ley 2145.

Pero al momento de sentenciar, los jueces de Cámara consideraron que la causa no podía ser resuelta a la luz de lo dispuesto en el art. 3 de la ley 3021, y declararon de oficio su inconstitucionalidad.

El Sr. Fiscal General manifiesta que “... *al advertir la posibilidad del dictado oficioso de una declaración de inconstitucionalidad como la efectuada, previo a emitir sentencia debía haber corrido vista, al menos, al Ministerio Público ...*” (fs. 413). Pero los jueces recién pudieron advertir la posibilidad de la declaración oficiosa de inconstitucionalidad cuando tenían la causa a despacho para resolver, ya que es en dicho momento cuando se sumergen en el estudio del caso y la elaboración de la sentencia.

Si hubieran seguido el criterio del Fiscal General, deberían haber dejado sin efecto la providencia disponiendo el “autos para resolver”, y efectuado el pretendido traslado al Ministerio Público Fiscal. Este temperamento hubiera implicado anticipar la futura decisión de la Cámara, ya que de otra manera no se entendería por qué los jueces hubiesen solicitado el dictamen del Fiscal de Cámara acerca de una posible inconstitucionalidad que ninguna de las partes planteó.

1.2. Pero el fundamento que conduce al definitivo fracaso de este planteo consiste en que el funcionario no detalló qué peticiones, defensas y/o argumentos se vio privado de oponer el Ministerio Público Fiscal como consecuencia de la omisión en correrle traslado al Fiscal de Cámara. En otras palabras, y aunque consideráramos que debería haberse escuchado al Fiscal de Cámara previo a emitir la sentencia de Alzada, lo cierto es que el Fiscal General no detalló en qué consistiría el gravamen invocado.

En materia de nulidades procesales impera el principio de trascendencia, que impide declarar la nulidad por la nulidad misma. Por lo tanto, la invalidez solo puede decretarse ante la necesidad de reparar un perjuicio concreto que haya colocado a quien la alega en un real estado de indefensión, el que se demuestra detallando expresa y precisamente las defensas que el impugnante se vio privado de oponer. Esta carga procesal no fue satisfecha por el Fiscal General, lo

que impide acoger favorablemente la nulidad procesal peticionada, en virtud de lo dispuesto por el art. 155 párrafo 2° CCAyT.

2. En cuanto al recurso de inconstitucionalidad, ha sido correctamente concedido, ya que cumple los requisitos de admisibilidad previstos en el art. 27 de la ley 402.

En efecto, cuestiona una sentencia de carácter definitivo, y plantea un genuino caso constitucional en torno a la declaración de inconstitucionalidad del art. 3 de la ley 3021, que —como veremos— conculca diferentes principios y derechos constitucionales, lo que justifica el tratamiento del recurso extraordinario local deducido.

3. La Cámara declaró la inconstitucionalidad del art. 3 de la ley 3021 por considerar que violaba el principio de igualdad, toda vez que excluía a los afiliados jubilados del derecho de opción que sí le aseguraba al resto de los afiliados activos. Y en consecuencia resolvió hacer lugar al amparo y ordenar que la ANSES derive las retenciones que realizan a los accionantes a la empresa de medicina prepaga u obra social que elijan en el marco de los convenios celebrados por la OBSBA.

Sin embargo, existen distintas circunstancias fácticas y normativas que impiden tratar de manera igualitaria la situación de los afiliados activos y los jubilados, y que demuestran la inviabilidad de la sentencia de Cámara.

3.1. Por un lado, y como acertadamente expresa la OBSBA en su recurso de inconstitucionalidad (ver fs. 389), constituye un hecho público y notorio que, *en términos generales*, el sector pasivo suele demandar mayor cantidad de prestaciones médicas y de mayor complejidad y onerosidad que el sector activo, ya que la lógica de la naturaleza indica —más allá de excepciones puntuales— que el cuerpo humano se va deteriorando progresivamente con los años y requiere intervenciones, tratamientos, controles y estudios médicos más frecuentes.

Por lo tanto, la situación del sector pasivo y el sector activo, en lo referente a la salud, no es idéntica, por el contrario demanda un tratamiento diferenciado habida cuenta las distintas necesidades de cada uno de ellos. Es así los jubilados requieren un sistema de atención sanitaria con mayores recursos que aquél que necesitan los trabajadores activos, y ello requiere una ingeniería financiera especial.

Es por ello que el diferente tratamiento que reciben, en cuanto a la libertad de opción de obra social, los afiliados activos y los jubilados de la OBSBA, no resulta irrazonable. De hecho, para atender eficientemente la demanda de prestaciones médicas por parte del sector pasivo, el art. 17 de la ley 402 creó fuentes de recursos de la

OBSBA específicamente destinadas a otorgar cobertura a jubilados, pensionados y retirados de la actividad en esta Ciudad —ver inc. b) y d)—; si la situación de activos y pasivos fuera idéntica, el legislador no se habría visto obligado a asegurar ingresos adicionales para la atención de los jubilados, pensionados y retirados, y en tal sentido cabe aplicar la máxima según la cual no cabe presumir la inconsecuencia del legislador.

En conclusión: el art. 3 de la ley 3021 no resulta violatorio del principio de igualdad, toda vez que regula en forma distinta la situación de los afiliados activos de los pasivos, habida cuenta la diferente situación y necesidades de cada uno de estos grupos ante el sistema de salud, lo que torna razonable diseñarles un sistema de atención sanitaria diferente del previsto para los activos.

3.2. Por otro lado, en su art. 5 la ley 3021 ordena la creación de un registro de entidades que incorporen beneficiarios provenientes de la OBSBA. A dicho registro se pueden incorporar voluntariamente los agentes del Sistema Nacional de Salud, quienes quedarán obligados a recibir a los afiliados activos —y sus grupos familiares— que ejerzan la opción de cambio de obra social, y a brindarles idénticas prestaciones de las que gozan los beneficiarios de origen.

Es decir, los agentes del Sistema Nacional de Salud que decidan sumarse al sistema de libre opción de obra social que reglamenta la ley 3021, lo hacen para recibir exclusivamente a los afiliados activos de la OBSBA, pero no a los afiliados jubilados.

Por lo tanto, la sentencia que dictó la Cámara resulta impracticable y descalificable en cuanto acto jurisdiccional, ya que genera una obligación a cargo de una obra social o prepaga —que se individualizaría cuando los accionantes efectivicen el cambio de obra social—, que no surge de ninguna norma jurídica. En otras palabras, de acuerdo a la sentencia recurrida, la o las obras sociales o prepagas que elijan los accionantes se verían obligadas a recibir afiliados jubilados cuando no existe ninguna norma legal que los obligue, ni tampoco norma convencional, ya que su voluntaria adhesión al sistema creado por la ley 3021 fue realizada exclusivamente para recibir afiliados activos, y no jubilados.

Visto desde otra óptica, la obra social o prepaga que elijan los actores habría sido indirectamente condenada por una sentencia a recibir a determinados afiliados jubilados sin haber tenido ninguna participación en el proceso en el que se dictó, sin siquiera haber sido citada en carácter de tercero, lo que demuestra la flagrante violación del principio de congruencia y del derecho a la defensa en juicio que habilitaría la decisión judicial recurrida en autos.

Si bien es cierto que la OBSBA carece de legitimación para plantear este agravio concreto —ya que el gravamen lo padecería la

obra social o prepaga que elijan los actores—, este tribunal no puede permitir tal exceso en el ejercicio de la función jurisdiccional, toda vez que el examen de los presupuestos procesales requeridos para el dictado de una sentencia válida debe realizarse aún de oficio, ya que lo contrario implicaría convalidar una resolución que podría ser invocada por los actores, en la etapa de ejecución de sentencia, para exigir el cumplimiento de una decisión judicial a quien nunca formó parte del proceso en que fue dictada.

En resumen, la sentencia de Cámara crearía por vía pretoriana un nuevo sistema —libre opción de obra social para los afiliados **jubilados** de la OBSBA— en el que se verían obligados a participar distintos agentes del Sistema Nacional de Salud —aquellos que celebraron convenios con la OBSBA para recibir afiliados **activos**— que no han tenido ninguna intervención en el proceso judicial en el que se determinó este sistema, donde —por otra parte— no se evaluó ni siquiera mínimamente el costo económico del sistema y las posibilidades de afrontarlo por parte de las entidades obligadas.

Y en cuanto a este último aspecto —recursos económicos necesarios para afrontar la atención de los jubilados—, es un tema trascendental que no fue siquiera mencionado por la sentencia, y que puede acarrear un impacto patrimonial negativo en las entidades involucradas, lo que podría redundar en una desestabilización del sistema de salud con el consiguiente perjuicio para los pacientes. La necesidad de mayores ingresos para hacerle frente a la atención de un sector más demandante obliga a analizar complejas cuestiones técnicas y financieras previamente a garantizar la libre opción para los afiliados jubilados de la OBSBA, por lo que tal derecho no puede ser creado por vía jurisdiccional y obedeciendo al simple voluntarismo judicial.

3.3. Por último, y descartada la eventual lesión al principio de igualdad, cabe agregar, siguiendo los lineamientos sentados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la afiliación obligatoria de los jubilados a la OBSBA no violenta ninguna otra norma constitucional, por el contrario encuentra su fundamento en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, para cuyo efectivo cumplimiento se recurre, entre otros principios, al de *solidaridad social*. En otras palabras, la materia en examen excede el marco de la justicia conmutativa que regula prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta, para insertarse en el de la *justicia social*, cuya exigencia fundamental consiste en la obligación de quienes forman parte de una determinada comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella (conf. CSJN, causa “Nowinski, Elsa A.”, del 23/02/1999, Fallos 322:215).

4. En virtud de lo expuesto, considero que debe revocarse la sentencia de Cámara en cuanto declaró la inconstitucionalidad del art. 3 de la ley 3021 e hizo lugar a la acción de amparo, y proceder, en la medida de lo posible, a resolver sobre el fondo del asunto, en los términos del art. 31, párrafo 2°, del CCAyT.

5. Los accionantes, en el escrito de demanda, plantearon dos pretensiones:

- a) en primer lugar, solicitaron el dictado de una sentencia que les permita cambiarse de obra social;
- b) en segundo lugar, y hasta tanto puedan efectivamente cambiarse de obra social, peticionaron que la OBSBA les brinde aquellas prestaciones médicas que no sean inferiores a las que los Agentes del Seguro Nacional de Salud se encuentran obligados a prestarle a sus afiliados (art. 28 Ley 23.661).

Conforme lo desarrollado en el considerando 3° de este voto, la primera pretensión debe ser desestimada, ya que en virtud de los expresos términos del art. 3 de la ley 3021, que no presenta vicios de inconstitucionalidad, los accionantes carecen de derecho a cambiarse de obra social, por el contrario la normativa los obliga a permanecer como afiliados cautivos de la OBSBA.

Ante el fracaso de la pretensión principal, resulta indispensable una decisión judicial que se expida acerca de la segunda de las pretensiones, ello en tanto la inexistencia de prestaciones médicas de OBSBA en Mar de Ajó, zona donde viven los amparistas (conf. informe de fs. 302), los serios problemas de salud que presentan los accionantes (ver fs. 20/133), y su precaria situación económica (ver fs. 17/19) que conspiraría contra la eficacia —en el caso concreto— del sistema de reintegro, obliga al dictado de medidas judiciales que tutelen adecuadamente el derecho a la salud de los reclamantes.

Pero como la Cámara no se ha pronunciado al respecto, ya que en aquel momento resultaba innecesario habida cuenta la forma en que falló, considero pertinente reenviar las actuaciones a la alzada para el dictado de una nueva sentencia que supla esta omisión y se expida sobre las argumentaciones desarrolladas en el recurso de apelación deducido por la parte actora contra la sentencia de primera instancia (a fs. 344/346).

En este caso, el reenvío resulta lo más aconsejable habida cuenta que resolver la aludida pretensión involucra el análisis y la resolución de cuestiones de hecho y prueba que, en principio, resultan exclusivas de los jueces de mérito y ajenas al ámbito del recurso extraordinario local, salvo —claro está— que se configure un supuesto de notoria arbitrariedad.

Y por último, la nueva sentencia deberá ser dictada por la misma Sala que se pronunció anteriormente, en virtud del respeto a la garantía

del juez natural y habida cuenta que al haber omitido pronunciarse sobre la segunda pretensión incluida en la demanda no existe prejuzgamiento.

6. Por todo lo expuesto, voto por:

a) Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y revocar la sentencia de Cámara dictada a fs. 350/355.

b) Reenviar las actuaciones a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que dicte una nueva sentencia con arreglo a lo aquí decidido.

c) Diferir la imposición de costas hasta el momento en que se cuente con la nueva sentencia que se ordena dictar.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Anticipo que habré de rechazar el recurso de inconstitucionalidad que dedujera, en tiempo y forma, la ObSBA (fs. 363/390).

2. Es oportuno recordar —en primer término— los antecedentes relevantes del proceso; particularmente, la situación de extrema vulnerabilidad que afecta a los amparistas:

Norma Susana Touriñán, Carlos Alberto Touriñán y Martín Jorge Aguirre interpusieron acción de amparo contra el GCBA y la ObSBA con el objeto que a continuación transcribo: "...se ordene la inscripción de dicha obra social al Registro de Obras Sociales que administra la Superintendencia de Servicios de Salud, para que a su vez quede adherida a las leyes 23.660 y 23.661, tal lo dispuesto por la ley 472 en su art. 37 y de esa manera ejercitar el derecho de opción (...). Hasta tanto se materialice la aludida adhesión, se solicita que la demanda brinde (...) prestaciones que no sean inferiores a lo que los Agentes del Seguro de Salud se encuentren obligados a brindar a sus afiliados (art. 28 Ley 23.661)" (fs. 1 y vuelta —*sic*—).

Relataron que son jubilados, que padecen serios problemas de salud y que requieren atención médica inmediata y tratamientos apropiados.

La señora Norma Susana Touriñán es portadora de DBI tipo II y se encuentra afectada por problemas respiratorios crónicos: asma severo y EPOC.

El señor Martín Jorge Aguirre es portador de fibrilación auricular crónica, padece hipotiroidismo crónico y hernia hiatal.

El señor Carlos Alberto Touriñán posee miopía y astigmatismo elevados, con ambiopía en ambos ojos.

Manifestaron que habitan en la localidad de Mar de Ajó, Partido de la Costa, donde la ObSBA no brinda atención directa. Así dijeron: “...[la ObSBA] **no presta ningún tipo de servicio en el lugar de residencia y fija un trámite engorroso en cuanto al reintegro de los gastos que se deben realizar por falta de la prestación**” (fs. 5 vuelta, con destacados en el texto original).

Explicaron, con precisión suficiente, que deben afrontar por sí los costos de las consultas médicas, los estudios que les fuesen requeridos, los medicamentos, las intervenciones quirúrgicas o internaciones necesarias y, luego, asumir un complejo procedimiento burocrático para petitionar el reintegro de los gastos efectuados a la ObSBA.

Señalaron, muy especialmente, que la situación descripta los priva del goce efectivo del derecho a la salud.

Dichas consideraciones no fueron desvirtuadas por las codemandadas al contestar el traslado que les fuera conferido (fs. 146/155 y fs. 239/280).

En mérito de la sanción de la ley n° 3021, el juez de grado dispuso que las partes manifestasen lo que estimaran oportuno (providencia de fs. 314). La ObSBA y los actores se expidieron, respectivamente a fs. 315/318 y a fs. 324. El GCBA guardó silencio.

Con posterioridad, el magistrado interviniente rechazó el amparo (fs. 329/336 vuelta).

La decisión fue impugnada por los amparistas (fs. 344/346).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 350/355 vuelta) advirtió que el artículo 3° de la ley n° 3021 establecía una discriminación prohibida por la CCBA y —consecuentemente— declaró su inconstitucionalidad, revocó la sentencia recurrida, admitió el amparo y ordenó “...a la ANSES que derive las retenciones que realizan a los accionantes a la empresa de medicina prepaga u obra social que elijan en el marco de los convenios celebrados por la ObSBA” (fs. 355 vuelta —*sic*—).

La codemandada, ObSBA, dedujo el recurso de inconstitucionalidad de fs. 363/390, que fuera parcialmente concedido por la Cámara (fs. 402/403 vuelta). La resolución interlocutoria de fs. 402/403 vuelta no fue objetada.

3. El escrito en análisis contiene los siguientes agravios: a) vulneración del debido proceso, b) afectación de la autonomía local, c) inobservancia de principios de orden público que rigen en materia de seguridad social, d) exceso en el ejercicio de funciones jurisdiccionales y, e) desconocimiento del plexo normativo aplicable.

4. Quiero destacar, preliminarmente, que en autos se encuentra en juego la satisfacción urgente e impostergable del derecho a la salud,

de índole constitucional y convencional. Desde esa perspectiva, abordaré las impugnaciones formuladas.

5. La ObSBA sostiene que la decisión de fs. 350/355 vuelta no guarda correspondencia con el objeto del amparo y es, por ello, incongruente.

Es cierto que los actores no peticionaron expresamente que “...la ANSES (...) derive las retenciones que [les] realizan a la empresa de medicina prepaga u obra social que elijan en el marco de los convenios celebrados por la ObSBA” (fs. 355 vuelta —*sic*—), como lo dispuso la Sala II.

Sin embargo, la compulsa de las actuaciones —a partir de las reglas que definen el debido proceso— permite advertir que la Cámara no se expidió por fuera del marco de la controversia ni incurrió en el defecto que le atribuye la recurrente.

Corresponde destacar que la consecuencia jurídica que los actores solicitaron a la jurisdicción fue la tutela efectiva del derecho fundamental a la salud. Así, en el escrito de origen, hicieron alusión a la ausencia de cobertura médica a cargo de la accionada y señalaron, enfáticamente, que ello “...pone en juego su salud, su integridad física y (...) su valor como persona[s]” (fs. 5).

Corrido el traslado de la demanda, la ObSBA —Ente Público no Estatal cuyo objeto es la prestación de servicios de salud en las áreas de promoción, prevención, atención y rehabilitación (artículos 1° y 3° de la ley n° 472)— no refutó las consideraciones referidas.

En suma, quedó probado el déficit estructural que los accionantes adjudicaron a la codemandada y que reside en el incumplimiento total de las prestaciones a su cargo; aspecto sobre el cual, como quedara expuesto, la ObSBA tuvo oportunidad útil de pronunciarse.

Con posterioridad, y en mérito de lo ordenado por el juez de grado a fs. 314, la ObSBA se expidió respecto de la ley n° 3021 que había sido recientemente sancionada y que asegura la libre opción de obra social, únicamente, para los afiliados activos; excluyendo a los pasivos (fs. 315/318).

Con cita de diversos precedentes jurisprudenciales, la recurrente sintetizó su postura del siguiente modo: “[E]l dictado de la ley [n°] 3021 y [su decreto reglamentario] (...) ha modificado el cuadro de situación imperante al momento del inicio de este amparo y, de acuerdo con los términos allí contenidos, la petición (...) ha devenido abstracta” (fs. 316 vuelta). Y ello, pues, a su criterio, a través de las normas citadas se ha “...articulado un régimen de derecho de opción programático...” (fs. 315), en los términos que aquellas describen.

En consecuencia, con dicha intervención la propia recurrente introdujo en el debate una cuestión dirimente que, luego, diera sustento

al acto jurisdiccional recurrido: la exclusión de los actores de la posibilidad de optar por otra prestataria con fundamento en su condición de jubilados (conforme ley n° 3021).

En ese contexto, los camaristas sostuvieron que “...de acuerdo con el marco jurídico descrito [en la sentencia] la exclusión prevista en el artículo 3° de la ley 3021 no resulta compatible con los principios constitucionales...” (fs. 354 vuelta) y dispusieron, entonces, el modo de hacer efectivo el derecho a la salud reclamado en el amparo (véase el punto 2 del dispositivo de fs. 355). Para ello, valoraron que “...actualmente [se] ha[n] celebrado diversos convenios con distintas obras sociales y la empresa de medicina privada OSDE...” (fs. 355).

A partir de allí, cabe preguntarse si la recurrente pudo intervenir útilmente en el proceso; en particular, respecto de la materia que contribuyera a sostener el fallo dictado por el tribunal superior de la causa: la situación sobreviniente que incorporó en el marco del objeto litigioso a la ley n° 3021 y a su decreto reglamentario.

Y la respuesta es afirmativa.

El nuevo marco normativo fue invocado por la ObSBA como presupuesto de su defensa. Esa circunstancia revela que aquella contó con la posibilidad de argumentar respecto de las consecuencias y los contornos que ofrecía el cambio normativo sobre el objeto de la litis.

Por tanto, la consecuencia jurídica establecida en la sentencia recurrida no resulta intempestiva, se sustenta en un debate previo y, por fin, afianza “una moderna concepción del proceso [que] exige poner el acento en el valor ‘eficacia’ de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere” (CSJN, *in re*, “Pardo, Héctor Paulino y otros c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del C.P.C. Incidente Civil”, sentencia del 6 de diciembre de 2011).

De manera tal que no considero lesionado el principio de congruencia, el cual debe ser ponderado de acuerdo con las especiales particularidades del caso, el debate realizado, las defensas esgrimidas, la naturaleza y jerarquía de los derechos implicados y la función eminentemente tuitiva y de efectividad que debe tener la acción de amparo.

En síntesis —lejos de expedirse por fuera del marco de la causa y siempre a partir de constancias debidamente incorporadas al proceso— los jueces intervinientes dieron cumplimiento acabado al mandato convencional que impone, también a la jurisdicción, la adopción de medidas tendientes a brindar tutela efectiva y oportuna a los derechos fundamentales (artículo 25 de la CADH).

6. La ObSBA afirma que la sentencia que emitiera la Cámara vulnera la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

Sostiene que a través de la ley n° 3021 (publicada en el BOCABA n° 3156 del 17 de abril de 2009) se implementó un régimen de seguridad social que se orienta hacia la separación de la órbita nacional, en cuanto respecta a los afiliados jubilados y pensionados.

La normativa en cuestión determina:

“Artículo 1°.- 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 (el subrayado me pertenece).

“Artículo 3°.- La afiliación y cobertura de todos los jubilados y pensionados comprendidos en la Ley N° 472 quedará a cargo de la ObSBA, la que recibirá a tal efecto los aportes y contribuciones previstos...” (el subrayado me pertenece).

Considero que de acuerdo con las particularidades que exhibe la causa, el artículo 3° de la ley n° 3021 resulta —como lo destacara la Cámara a fs. 350/355 vuelta— constitucional y convencionalmente inválido.

En efecto, 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 ejercicio del derecho de opción que consagra el artículo 37 de la ley n° 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).

Es importante señalar —una vez más— que la pretensión que formularan los amparistas en la demanda —dirigida a efectivizar el derecho de opción— se sustentó en la ausencia de toda cobertura asistencial por parte de la ObSBA, en razón de la zona de residencia.

En las condiciones indicadas —en las que, insisto, la obra social no cumple con las obligaciones que le incumben—, privar a los amparistas de la posibilidad de optar por otra prestataria (con sustento en el artículo 3° de la ley n° 3021) implica vulnerar sus derechos fundamentales.

A ello cabe agregar 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).

En definitiva, 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).

7. La ObSBA sostiene que la resolución emitida trasciende el interés de las partes e incide en los derechos del “universo de beneficiarios del Sistema Nacional del Seguro Salud” (fs. 369 vuelta), ajeno al pleito. En apoyo de su postura, invoca principios de orden público que rigen en el ámbito de la seguridad social: solidaridad, universalidad e integralidad.

La recurrente ignora que los principios que cita para fundar su posición no pueden ser opuestos, legítimamente, para justificar que afiliados que no reciben contraprestación alguna, como sucede con los amparistas, permanezcan compulsivamente en el sistema.

Por lo demás, las objeciones de la ObSBA —tal como han sido enunciadas— sólo evidencian un profundo desconocimiento acerca de los alcances y las características del control de constitucionalidad que realizara, en el caso, la Sala II. En efecto, la resolución adoptada por la Cámara se circunscribe al expediente, tiene alcance exclusivo entre las partes y es coherente con los derechos debatidos.

8. La codemandada expresa que la sentencia atacada constituye “...una suerte de atajo que no se compadece con ningún procedimiento posible” (fs. 385 vuelta) y obliga a prestadores que no brindaron consentimiento, afectando sus previsiones presupuestarias.

La lectura de la presentación en análisis revela que dichas afirmaciones no superan el nivel de meras conjeturas ni constituyen una impugnación sólida que —desde la óptica constitucional— alcance a rebatir los argumentos fundados que motivaron al pronunciamiento recurrido.

9. La ObSBA manifiesta que la Sala II excedió las funciones jurisdiccionales. Estima que “...la naturaleza y complejidad política y

jurídica de la cuestión no pudo ser valorada bajo formas procesales reservadas a intereses subjetivos...” (fs. 371 vuelta).

El asunto traído por la recurrente remite a la división de poderes y al concepto de tutela judicial efectiva.

El derecho a la salud es un derecho exigible y en su efectivización está comprometido —de modo relevante— el Poder Judicial.

En la materia que nos ocupa rige, en particular, el artículo 12 punto 2 inciso d. del PIDESC que establece que “[e]ntre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes (...) a fin de asegurar la plena efectividad de[...] (...) derecho [a la salud], figuran las necesarias para: (...) d) La creación de condiciones que aseguren (...) asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad” (el subrayado me pertenece).

La sentencia de Cámara, como se vio, satisface la obligación aludida.

En sentido coincidente, el artículo 2.1 del PIDESC dispone que “...los Estados Partes (...) se comprometen a adoptar medidas (...) para lograr progresivamente por todos los medios apropiados (...) la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos” (el subrayado me pertenece).

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales interpretó la disposición transcrita (Observación General n° 3 “La índole de las obligaciones de los Estados Partes”) en el sentido de que “...la adopción de medidas legislativas, como se prevé concretamente en el Pacto, no agota por sí misma las obligaciones de los Estados Partes. Al contrario, se debe dar a la frase ‘por todos los medios apropiados’ su significado pleno (...) Entre las medidas que cabría considerar apropiadas, además de las legislativas, está la de ofrecer recursos judiciales en lo que respecta a derechos que, de acuerdo con el sistema jurídico nacional, puedan considerarse justiciables. El Comité observa, por ejemplo, que el disfrute de los derechos reconocidos, sin discriminación, se fomentará a menudo de manera apropiada, en parte mediante la provisión de recursos judiciales y otros recursos efectivos” (el subrayado me pertenece).

Los argumentos que, al respecto, expusiera en el precedente “Tolosa, Estela Carmen c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” —expediente n° 4568/06, resolución del 09 de agosto de 2006— resultan enteramente aplicables a la situación de autos. Allí dije: “[c]uando el artículo 2.1 del PIDESC, establece que los Estados Partes deben adoptar medidas especialmente económicas y técnicas para lograr el desarrollo progresivo de los derechos sociales, se refiere a las medidas legislativas como una de las formas privilegiadas para lograr ese objetivo, pero ello no descarta, ni la existencia de otras ni la exigibilidad

inmediata de los derechos sociales aún sin medidas legislativas en vigor. De otra forma no podría comprenderse que todas las personas tengan derecho a un recurso sencillo y rápido —como por ejemplo este amparo— o a cualquier otro medio efectivo para que jurisdiccionalmente se las proteja contra actos que violan sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución....”.

La posición asumida por ObSBA (ente a cargo de las prestaciones de salud incumplidas) justifica la intervención judicial.

En conclusión, los agravios articulados por la ObSBA no logran conmover una sentencia inobjetable y constitucionalmente plausible, como la que dictara la Sala II en la presente causa.

10. Finalmente, cabe señalar que en atención a la índole de los derechos en juego, las objeciones que formulara el representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 409/413) resultan intrascendentes (conforme artículo 30 de la ley n° 402).

11. Con apoyo en los fundamentos precedentemente expuestos y en mérito de los preceptos constitucionales indicados, voto por: a) rechazar el recurso de inconstitucionalidad que interpusiera la ObSBA (fs. 363/390), b) confirmar la resolución que dictara la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario (fs. 350/355 vuelta), c) disponer que la señora Norma Susana Touriñán y los señores Martín Jorge Aguirre y Carlos Alberto Touriñán ejerzan el derecho que les acuerda el resolutorio de la sentencia de fs. 350/355 vuelta y, d) imponer las costas a la ObSBA.

El juez Luis Francisco Lozano dijo:

1. La Sala II de la Cámara CAyT concedió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Ob.S.B.A, en cuanto la sentencia impugnada “declaró la inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 3021” y lo denegó en relación con “la invocación de las doctrinas de la arbitrariedad y gravedad institucional”, sin que a ese respecto se planteara queja ante este estrado.

2. Al decretar la inconstitucionalidad mencionada, el *a quo* sostuvo que la normativa analizada vulneraba la garantía de igualdad y el derecho a la salud de un grupo especialmente vulnerable, sin que la demandada hubiera logrado brindar ninguna explicación razonable para justificar la exclusión de los afiliados jubilados del régimen de opción que asiste a los activos para elegir su prestador entre aquellas entidades que celebren convenios con la Ob.S.B.A (fs. 352 y 354 vuelta). Establecido lo anterior, condenó a la ANSES a derivar las

retenciones que la demandada realiza a los accionantes a la empresa de medicina prepaga u obra social que ellos elijan en el marco de los convenios celebrados por la Ob.S.B.A (fs. 355).

Así definido, el ámbito del recurso y el alcance de la sentencia, corresponde distinguir cuáles agravios perseguirían un interés directo y particular del recurrente que lo legitimara a solicitar la revocatoria de la condena dispuesta en autos.

3. El interés que asiste al recurrente para defender la validez constitucional de la mencionada norma es claro, pues la vigencia del precepto permitiría rechazar la pretensión de los actores en tanto, a su respecto, quedaría vedada la posibilidad de elegir al prestador en materia de servicios de salud. Sin embargo, Ob.S.B.A no ha brindado, en su recurso, explicación alguna que permita demostrar por qué la posibilidad de opción admitida para los activos no podría alcanzar a los afiliados ya jubilados. La ausencia de una fundamentación suficiente impone rechazar el recurso por cuanto no se ha logrado mostrar que la decisión legislativa descalificada en autos encuentre apoyo en razones objetivas que diferencien a los dos grupos en función de características que permitan privar a unos de lo que se otorga a otros sin lesionar la garantía de igualdad. Tampoco cabe decir que la razón sea evidente. No 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. A ello se suma la circunstancia de que el diverso trato dispensado por la normativa bajo estudio distingue dos grupos cuyos integrantes, sin embargo, no se ha acreditado que se diferencian entre ellos en cuanto al modo en que el régimen estimado aplicable (ley 3021 y su reglamentación) financia la cobertura en juego y, por tanto, el planteo del recurrente no puede progresar. En tal sentido, cabe destacar que la derivación de fondos prevista por la reglamentación establece de modo expreso que “[u]na vez efectivizada la opción de cambio, la Unidad de Gestión de Recursos Humanos transferirá a la obra social elegida los aportes y contribuciones correspondientes al afiliado, aplicando a tal efecto los conceptos, montos y porcentajes establecidos por el Decreto 10/PEN/09, debiendo

remitirse el porcentaje restante a la Obra Social de origen (Ob.S.B.A)// Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo precedente la transferencia de los aportes y contribuciones dispuestos en los incisos b) y d) del art. 17 de la Ley N° 472” (v. art. 9 decreto 377/09). Dicho de otro modo, no se ha explicado por qué el sistema de aporte aludido no podría ser aprovechado para activos y pasivos y, por tanto, la distinción legal basada en la condición de jubilado descalifica el precepto por no encontrar apoyo en pautas objetivas que otorguen validez a la restricción que se impone a los pasivos. A esta altura, conviene recordar que el menoscabo de los arts. 11 CCBA y 16 de la CN también se verifica por tratar de modo desigual a los iguales. La ilegitimidad de la discriminación descalificada por el *a quo* aparece agravada pues, tal como destaca la jueza Alicia E. C. Ruiz, no está controvertido en autos que los accionantes no reciben de la Ob.S.B.A ninguna prestación como contrapartida de los aportes y contribuciones que esa entidad recibe por ellos.

4. La discusión en torno al alcance de la condena, el invocado carácter impracticable del mandato impuesto a la ANSES, la posible disconformidad del prestador elegido y lo disfuncional que la condena dispuesta resultaría en el marco del “Sistema Integrado Nacional”, en cambio, 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. El pronunciamiento ha dispuesto que determinados recursos que no le pertenecen a la recurrente, compuestos exclusivamente de las retenciones correspondientes a los accionantes, sin abarcar otros fondos, sean derivados a un nuevo prestador (v. art. 9 del decreto 377/09 ya citado). Cualquiera sea el acierto o error del fallo, 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. Ello así, porque, si bien es cierto que probablemente sea acertado suponer en cada grupo más necesidades y menos recursos, esto no es cierto para cada uno de sus integrantes. A poco que examinemos a las personas, seguramente encontraremos jubilados más sanos y aportantes que muchos en actividad. Del mismo modo que, aunque el PBI per capita del país A sea mayor que el del país B no significa que cada habitante de A sea más rico que cada habitante de B.

Establecido todo ello, al margen del mérito de la sentencia impugnada en los aspectos analizados y las vicisitudes que pudiera presentar su ejecución no corresponde a Ob.S.B.A introducir las objeciones que pretende.

5. En cuanto a la invocada vulneración del principio de congruencia, corresponde recordar que interpretar el alcance de las pretensiones es una potestad que, por regla, corresponde privativamente a los jueces de mérito y su revisión excede, salvo supuestos de arbitrariedad, las potestades contempladas en el art. 27 de la ley 402. Ausente la acreditación de tal supuesto, coincido con mi colega, jueza Alicia E. C. Ruiz, cuando sostiene que la recurrente no ha demostrado que el debate de autos y la declaración de inconstitucionalidad dispuesta de oficio haya menoscabado su derecho de defensa pues no ha indicado cuáles fueron los planteos de los que se vio privada, ni, dicho con un alcance más general, muestra interés jurídico en perseguir judicialmente la corrección de lo que estima una extralimitación de la sentencia.

6. Finalmente, resta analizar el planteo del Sr. Fiscal General adjunto quien, al dictaminar, sostuvo que respecto de la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la sentencia de fs. 350/355 vta. se omitió dar debida intervención al Ministerio Público Fiscal en los términos previstos por el art. 16 de la ley 2145. Ello así, propició que se declarara la nulidad de la sentencia y “se devolviera el caso a la Cámara interviniente a efectos de que otra Sala o integración del tribunal proceda conforme a derecho” (fs. 413 y vuelta).

Asiste razón al Fiscal General cuando señala que en autos se declaró la inconstitucionalidad de una norma sin haberse recabado la opinión de ministerio público en desmedro de las expresas previsiones contenidas en la ley de amparo ya citada. La omisión denunciada no es menor. Ya he tenido oportunidad de destacar que “...resulta indisputable la importancia de otorgar la vista en cuestión al órgano al que la CCBA encomienda custodiar el respeto de la legalidad, en representación de los intereses del pueblo que no participa del proceso (art. 125, inc. 1, de la CCBA) así como la ‘normal prestación del

servicio de justicia' (art. 125, inc. 2, de la CCBA), misión que incluye velar por la preservación de la división de poderes. Precisamente, el mandato constitucional, dirigido a todas las ramas del Ministerio Público, que encomienda defender "la legalidad de los intereses generales de la sociedad", tiene para el Fiscal un significado específico. Mientras que incumbe al departamento Tutelar y al de la Defensa velar por el respeto de derechos de categorías definidas (vgr. niños/as, adolescentes, incapaces, personas que carecen de otra representación letrada cuando son imputadas de delitos, contravenciones y/o faltas), sólo el Ministerio Público Fiscal tiene expresamente encomendada la tarea de '[d]ictaminar en las cuestiones de inconstitucionalidad' (v. art. 17, inc. 1, 2, 5 y 6, art. 33 inc 5, arts. 36, 42, 46, 49 de la ley 1903)// en el sistema constitucional adoptado por la CCBA, corresponde al juez obrar como arbitro imparcial en la solución de los procesos diseñados por el legislador. Empero, es el Fiscal quien tiene la misión de evitar desbordes judiciales, para que el gobierno del pueblo a través de sus representantes no quede, en la práctica, reemplazado por el de los jueces, a quienes los constituyentes no confirieron esa potestad" (cf. mi voto en "Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios – Mutual c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 5520/07, sentencia del 27/12/2007).

Sin embargo, la nulidad no puede ser introducida de modo directo como pretende el dictamen de fs. 409/413. En tal sentido, cabe señalar que no se ha demostrado que la ley que regula el procedimiento ante las instancias de mérito no contemple algún mecanismo suficiente para obtener de la alzada un pronunciamiento acerca de la nulidad que ahora queda propuesta a este Tribunal de modo originario. La vía incidental pudo haber servido para solicitar enmienda al vicio denunciado (que se presenta como un típico defecto del proceso) y sus derivaciones. Con ese antecedente, una ulterior intervención de este Tribunal no infringiría el marco limitado de su jurisdicción originaria y previsiblemente habría suscitado el posible conocimiento de la cuestión en el marco del recurso de inconstitucionalidad (ver *mutatis mutandi* y en lo pertinente mi voto en "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Asociación Docentes Ademys c/ GCBA s/ otros procesos incidentales'", expte. n° 6474/09, sentencia del 3/7/2009).

Por las razones dadas, emitido el dictamen fiscal, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad planteado, con costas a la vencida.

El juez Pablo Bacigalupo dijo:

1. En relación a las exigencias de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad articulado en tiempo y forma por la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires respecto de la sentencia cuestionada, estimo que corresponde entender en el asunto en los términos de los arts. 27 de la ley 402 y 113 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2. Ahora bien, en lo concerniente a mi intervención en esta causa acerca de si constituye un pronunciamiento constitucionalmente válido aquél dictado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, en primer lugar realizaré un análisis puntual de lo más relevante acontecido en autos. En efecto, los amparistas dedujeron la acción el 9 de mayo de 2008 a fin de que: a) se ordene la inscripción de OBSBA al Registro de Obras Sociales que administra la Superintendencia de Servicios de Salud para que quede adherida al régimen de las leyes 23.660 y 23.661 y de esa forma ejercer el derecho de opción de cobertura médica; y b) mientras tanto ello ocurra se les brinde la prestación médica necesaria en el marco del Seguro Nacional de Salud (art. 28 ley 23.661).

El juez “a quo” rechazó el amparo por entender, en prieta síntesis, que el asunto tiene ahora base en la ley 3021 que reguló el derecho de libre opción de obra social aunque excluyó de esa posibilidad a los jubilados y pensionados beneficiarios de OBSBA, sin que ello fuera atacado de inconstitucional.

Esa decisión fue resistida por los amparistas y el 10 de junio de 2010 la Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero CAYT revocó el fallo del Dr. Guillermo Treacy, hizo lugar al amparo y declaró de oficio la inconstitucionalidad del art. 3 de la ley 3021.

Por su parte, la OBSBA dedujo recurso de inconstitucionalidad contra dicha sentencia invocando arbitrariedad, gravedad institucional, violación de los arts. 16, 17, 18, 14 bis, 31, 33, 125, 129 y 75 inc. 2 de la CN y 6, 21 y 22 de la CCABA como así también la colisión entre las leyes 472, 3021 y las 23.660 y 23.661.

El remedio fue concedido por la Cámara en forma parcial, esto es en lo atinente a la “inconstitucionalidad del art. 3º de la ley 3021” pero desechando lo referente a la invocación de las doctrinas de la arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 402/403)

Finalmente, el señor Fiscal General en oportunidad de emitir su dictamen respecto del planteo que nos ocupa solicitó la nulidad del pronunciamiento de la Cámara con sustento en que el Ministerio Público Fiscal no tuvo oportuna intervención en la mentada declaración de inconstitucionalidad, ni tampoco fue notificado del resolutorio puesto en crisis.

3. En primer término consideraré el vicio puesto de manifiesto por el Dr. Germán Garavano, ya que de él dependerá la prosecución de la causa en esta sede extraordinaria. Ello así, por cuanto de prosperar su reclamo importaría la nulificación del fallo que nos convoca, tornando abstracto el tratamiento de las cuestiones traídas a estudio y decisión del Tribunal.

Sin embargo, adelanto mi postura coincidente en ese aspecto con el voto de la Dra. Ana María Conde. En efecto, si bien la omisión señalada no es menor por cuanto el art. 16 de la ley 2145 reza: "INCONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS: En todos los casos en que corresponda la declaración de inconstitucionalidad de una norma se deberá correr vista al Ministerio Público Fiscal por un plazo improrrogable de dos (2) días", lo cierto es que esa declaración fue adoptada de oficio al momento de dictar sentencia sin que haya mediado un concreto planteo de inconstitucionalidad por las partes.

Frente a tal panorama, cumplir con aquella manda legal hubiera importado alertar acerca de la futura decisión de la Cámara sobre un aspecto que, reitero, ninguno de los actores del proceso había solicitado.

Por lo demás, resulta dirimente que el Sr. Fiscal General tampoco explicitó las consecuencias que aquella omisión le hayan irrogado y mucho menos en qué consistió el gravamen aducido al omitir puntualizar las peticiones de las que se vio privado de formular; imponiéndose en consecuencia el rechazo de la pretensión articulada.

4. Superado ese escollo, liminarmente debo destacar la complejidad del asunto traído a conocimiento del Tribunal ya que, en definitiva, confrontan la protección del derecho a la salud de un grupo de personas que se hallan en extrema vulnerabilidad y las consecuencias para la OBSBA derivadas del fallo atacado. Sucede que, como tiene dicho la CSJN "una moderna concepción del proceso exige poner el acento en el valor eficacia de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere" (in re CSJN: "Recurso de hecho en: Pardo, Héctor Paulino y otro c/ Di Césare, Luis Alberto y otro s/ art. 250 del CPC" del 6.12.2011 consid. 11 y 12), como acertadamente cita la Dra. Alicia Ruiz.

A todo evento, para trazar una línea, cabe aclarar que los alcances del fallo son exclusivamente para las partes que recurrieron al órgano jurisdiccional y con los límites del objeto aquí debatido.

Pero yendo al fondo del asunto, lo cierto es que la Sala II de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo y Tributario declaró la inconstitucionalidad del art. 3 de la ley 3021 que establece que "la

afiliación y cobertura de todos los jubilados y pensionados comprendidos en la ley 472 quedará a cargo de la OBSBA, la que recibirá a tal efecto los aportes y contribuciones previstos...” y en tanto el art. 37 de la ley 472 [creadora de la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (Ob.S.B.A.), que es continuadora al Instituto Municipal de Obra Social (I.M.O.S.) creado por la Ley N° 20.382, con carácter de Ente Público no Estatal..] “otorga como plazo máximo la fecha del 1° de enero de 2003, para que la Ob.S.B.A. disponga su adhesión al régimen del Sistema Integrado Nacional regido actualmente por las Leyes Nacionales N° 23.660 y 23.661, sus normas complementarias y reglamentarias. A partir de esa fecha sus afiliados podrán ejercer la libertad de elección de su obra social y ésta quedará adherida a las normas legales antes citadas”. Es decir, que la norma declarada inconstitucional alude a un criterio de exclusión de aquellas personas “jubiladas o pensionadas” que no ingresarían a un sistema de opción y quedarían cautivas a la OBSBA con los problemas no sólo de cobertura como se plantean en autos, sino con los trámites administrativos engorrosos para el reintegro de sumas de dinero por las prácticas médicas que los actores tuvieron que realizarse. Sin embargo hay que dejar sentado que no está discutido que los accionantes no reciban de la OBSBA ninguna prestación en la medida de los aportes que percibe por ellos.

Más aún, los pactos internacionales reconocidos como integrantes de nuestra ley suprema en la Carta Magna de 1994 hacen referencia a la creación de condiciones que aseguren la asistencia médica en caso de enfermedad.

En efecto, la Constitución Nacional garantiza el derecho a la salud a través del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), que en el artículo 12 lo define como "el derecho que toda persona tiene al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". Así, cada Estado debe asegurar la efectividad de este derecho en la prevención y tratamiento de las enfermedades y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. En resumen significa que el Estado debe garantizar la disponibilidad, la calidad y la accesibilidad de la prestación médica sin discriminación alguna. Esto implica que no pueden ser excluidos grupos socialmente desfavorecidos, minorías étnicas, poblaciones indígenas, mujeres, niños, personas mayores, personas con discapacidades, etc.

El art. 25 de la Declaración Universal consagra que toda persona tiene derecho "a los seguros sociales en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad" (art. 25.1).

A tal efecto, los Estados cuentan con distintos instrumentos tendientes a realizar una verdadera redistribución equitativa de la riqueza nacional, por ejemplo por intermedio de políticas impositivas real y equitativamente dirigidas a dicha finalidad. (Gialdino, Rolando, “Los derechos económicos, sociales y culturales. Su respeto, protección y realización en el plano internacional, regional y nacional”).

Por lo demás, la situación de resguardo de las personas mayores tiene sustento en el marco de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, específicamente en su art. 41, que expresamente les garantiza “la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos...; las ampara frente a situaciones de desprotección...”.

Por ello la lesión al derecho, en este caso a la salud, sólo puede ser reparado y exigible al Poder Judicial.

5. En relación a que los aportes efectuados a los amparistas sean derivados a un nuevo prestador y las objeciones o dificultades que pudiera realizar la ANSES al respecto, son cuestiones ajenas a la litis que quedarán en manos de las entidades receptoras de afiliados jubilados que podrán ejercer las acciones que entiendan pertinentes para requerir, en su caso, el plus que consideren necesario.

A ello cabe adunar que de la lectura del recurso deducido por la OBSBA no surge, ni tampoco da explicación alguna la accionante sobre el particular, la razón por la cual la posibilidad de opción reconocida solamente a los afiliados activos no se podría hacer extensiva a los jubilados y pensionados. De esta manera, como señala con acierto el Dr. Lozano, la pieza recursiva adolece de una falta de fundamentación con suficiente peso como para ilustrar adecuadamente acerca de que la norma legal que se pretende poner en crisis encuentra sustento en motivaciones que no permitan inferir que nos encontramos frente a una situación de desigualdad violatoria de garantías constitucionales.

Además, en punto a la supuesta vulneración del principio de congruencia cabe agregar que en ningún momento la parte recurrente indicó de qué manera se habría violado su derecho de defensa ni de qué planteos se vio privada, con lo cual torna difuso el marco del recurso intentado lo que deriva en inexorablemente en su rechazo.

Por la razones expuestas y compartiendo en lo demás los argumentos brindados por los Dres. Alicia Ruiz y Luis Lozano en sus respectivas exposiciones, voto por: **a)** No hacer lugar al planteo de nulidad articulado por el Sr. Fiscal General; **b)** Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por OBSBA y confirmar la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario. Con costas.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

1. En mi concepto, el recurso de inconstitucionalidad que motiva la intervención de este Tribunal ha sido mal concedido, por los motivos que se expondrán a continuación.

1.1. A pesar de la extensión y multiplicidad de los planteos desarrollados por la ObSBA en su presentación de fs. 363/390, lo cierto es que aquel recurso sólo fue concedido de manera parcial por la Cámara CAyT, al considerarse “*en debate la interpretación y el alcance de normas constitucionales (arts. 11 y 41 CCABA) y que tales preceptos tuvieron una relación directa e inmediata con la solución adoptada, en tanto este Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 3º de la ley nº 3021...*”. Por el contrario, el recurso fue declarado inadmisibles “*en lo que se refiere a la invocación de las doctrinas de la arbitrariedad y gravedad institucional*” (fs. 402/403 vuelta).

En tales condiciones, toda vez que la interesada no ha interpuesto la correspondiente queja a los efectos de mantener los cuestionamientos formulados bajo aquellos acápites de su recurso oportunamente desestimados, corresponde a este Tribunal expedirse sólo sobre el agravio provisionalmente declarado admisible por la Cámara, relacionado al examen de validez constitucional del art. 3 de la ley nº 3021.

1.2. Aclarado lo anterior, es menester señalar que, a los fines de habilitar esta instancia recursiva de excepción, el escrito respectivo debe cumplir con el requisito de adecuada fundamentación que exige la formulación de crítica prolija de la sentencia impugnada.

En otras palabras, el apelante debe rebatir todos y cada uno de los fundamentos en que se apoya el tribunal para arribar a las conclusiones que lo agravian, a cuyo efecto no basta sostener un criterio interpretativo distinto del seguido en la sentencia (v. doctrina de Fallos: 283:404; 302:155; 311:169, 542; 310:2376; 316:420; 325:2652, 326:2056; entre muchos otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

En este contexto, considero que los genéricos argumentos esgrimidos por la ObSBA en lo que respecta a la cuestión por la que fue habilitado el recurso aluden exclusivamente a los alcances y modalidades con que, a su criterio, podrá ser ejercido el derecho a opción de obra social reconocido en una norma infraconstitucional, mas no se dirigen a refutar de manera concreta los distintos argumentos en los que encontró apoyo la sentencia resistida a partir de las peculiares circunstancias fácticas del presente proceso —imposibilidad de los

accionantes (afiliados jubilados) de acceder a la cobertura médico asistencial prestada por la obra social demandada en razón de su domicilio de residencia en la ciudad de Mar de Ajó—.

Ello conduce a entender que las objeciones formuladas redundan tan solo en la expresión de una opinión discrepante con lo resuelto en autos sin involucrar una genuina cuestión constitucional en los términos del art. 27 de la ley n° 402. De otro modo, la jurisdicción de este Tribunal sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional (doctrina de *Fallos*: 295:335; 310:2306, entre otros; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

Por lo demás, cabe señalar que, sumado a los defectos de fundamentación antes descriptos, el recurso obrante a fs. 363/390 evidencia ciertos desenfoces a la hora de precisar las cuestiones debatidas en el *sub examine* que restan consistencia a los planteos que se intentan traer a conocimiento del Tribunal. Ello se constata, por ejemplo, cuando la recurrente refiere que “*la sentencia de grado impone como condena a mi representada la proposición a la Legislatura y Ejecutivo local de normas que permitan compatibilizar tales regímenes¹ e incluso condena, a suscribir los convenidos necesarios, referente a lo previsto por el (...) art. 6 de la ley n° 23.661*” (fs. 372); alcance del decisorio que en modo alguno queda corroborado con las constancias de la presente causa.

En suma, más allá de acierto o error de la decisión adoptada por la Cámara CAyT con fecha 10 de junio de 2010, entiendo que la ausencia de adecuada fundamentación del recurso en examen resulta un óbice insalvable para que este Tribunal habilite la instancia recursiva intentada.

Por ello, corresponde declarar que el recurso de inconstitucionalidad de la codemandada ha sido mal concedido.

2. Resta añadir que el planteo de nulidad introducido por el Sr. Fiscal General (fs. 409/413 vuelta) no podrá tener favorable acogida ante esta instancia excepcional. Ello así, pues, más allá del acierto o error del trámite otorgado a la presente causa ante la Cámara, no puede perderse de vista que en el marco del presente proceso el Ministerio Público tuvo oportunidad de expedirse respecto de la validez del art. 3 de la ley n° 3021 (cfr. fs. 326/327 vuelta). Así, en tanto no se ha logrado expresar un perjuicio tal que justifique la sanción que se pretende —nulidad de la sentencia de fs. 350/355 vuelta—, la cuestión carece de la trascendencia exigida para su andamio.

¹ En alusión al régimen local establecido por la ley n° 472 y a aquellos regulados por las leyes nacionales n° 23.660 —en lo referente a las obras sociales— y 23.661 —que establece el sistema nacional del seguro de salud—.

En virtud de las consideraciones expuestas, me pronuncio por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido por la ObSBA, con costas, y desestimar el pedido incoado a fs. 409/413 vuelta por el Ministerio Público Fiscal.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el Sr. Fiscal General, por mayoría,

**el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:**

- 1. Rechazar** el recurso de inconstitucionalidad planteado por la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, con costas.
- 2. Desestimar** el planteo de nulidad articulado por el Sr. Fiscal General.
- 3. Mandar** que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.