



JUZGADO DE 1ª INSTANCIA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO N° 17 SECRETARÍA
N° 33

F. A.G. CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (OBSBA) Y OTROS
POR AMPARO - SALUD-OPCION POR LA ELECCION DE OBRAS SOCIALES

Número: EXP 1569/2017-0

CUIJ: EXP J-01-00005760-2/2017-0

Actuación Nro: 10987917/2017

Ciudad de Buenos Aires, 26 de diciembre de 2017.

Vistos los autos del epígrafe de los que;

RESULTA:

I) A fs. 1/21 se presenta F. A. G., por derecho propio, y promueve acción de amparo contra la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) y la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSBA) con el objeto de que OSDE mantenga las condiciones de la cobertura de salud que posee -plan de salud OSDE 210-, al cual accedió ejerciendo su derecho de opción establecido legalmente, encontrándose originariamente afiliada a OBSBA.

Relata que se incorporó al plan de salud OSDE 210, en el marco de lo que disponen los Decretos N° 9/93, N° 638/97, N° 1310/97 y concordantes, que otorgan la posibilidad de elegir afiliarse a OSDE siendo afiliado de la OBSBA.

Indica que al momento de acogerse al beneficio de la jubilación ordinaria manifestó su voluntad de permanecer empadronada como afiliada al plan de salud OSDE 210 -afiliada al plan OSDE 210 (N° S6202562256001)-, a fin de continuar contando con la atención de los profesionales médicos que consulta desde el momento de su afiliación.

Informa que OSDE la excluyó del padrón de afiliados con motivo de la existencia de un acuerdo al que denomina “convenio superador”, que suscribió la entidad de medicina prepaga con la obra social OBSBA, el que contemplaría la extinción de la afiliación a OSDE para el caso de que el trabajador acceda a la jubilación.

Alega que la decisión de OSDE se traduce en un encarecimiento abusivo de la cuota mensual. Ello por cuanto, para poder mantener el beneficio de las prestaciones que recibía, debe abonar mensualmente la suma de (\$ 4.170), como si se tratara de un usuario directo del plan de salud OSDE 210 y que, además, OBSBA descuenta de su haber una suma de dinero por prestaciones que no utiliza -atento a su afiliación a OSDE-.

Sostiene que las demandadas -OSDE y OBSBA- pretenden aplicar a su situación un contrato que celebraron entre ellas, del cual nunca tomó conocimiento. Refiere que ejerció su derecho de optar y derivar sus aportes a OSDE con la intervención de la OBSBA a la que se encontraba afiliada en virtud de su actividad laboral, por ser empleada del Gobierno de la Ciudad.

Recuerda que el 21 de noviembre de 2012, ejerciendo el derecho de opción se incorporó al padrón de OSDE, en el Plan OSDE 210, que era el plan ofrecido a los afiliados de la OBSBA. Que en ese momento designó como beneficiaria a su hija -F. B. - y que en agosto de 2016, fue convocada por OSDE para realizar el trámite de baja de su hija quien había adquirido la mayoría de edad. Sin embargo, manifiesta que no se documentó la baja de su hija, sino que OSDE le informó que debía concretar una nueva afiliación. Indica que en aquel momento OSDE estaba en pleno conocimiento de la proximidad de su jubilación y sin perjuicio de ello le solicitaron una nueva afiliación, para lo cual completó un formulario que no contenía ninguna advertencia o cláusula de la cual se desprendiera el cese de su afiliación en el momento de acceder al beneficio jubilatorio.

Refiere que con fecha 1 de octubre de 2016 accedió al beneficio jubilatorio y que el 23 de noviembre de 2016 la OBSBA le exigió el pago de la suma de \$ 233,45 en concepto de “aporte adicional para continuar en la afiliación a OSDE” (v. recibo obrante a fs. 43). En este contexto narra que el 1 de diciembre de 2016 concurrió a una sesión de kinesiología para rehabilitación por una fractura de peroné, pero no pudo acceder con el tratamiento por que OSDE rechazó su condición de afiliada. Ante dicha circunstancia, menciona que debió cancelar todos los turnos que tenía reservados, detallados a fs. 5 vta.

Manifiesta que en las oficinas de OSDE le informaron que esa entidad ejercía la facultad del convenio que había suscripto con OSBA y que la única alternativa posible era que accediera a la afiliación como usuaria directa del sistema de medicina prepaga, en el “Plan 210”.

Arguye que en razón de las deficiencias prestacionales de las coberturas opcionales con las que contaba (PAMI u OBSBA), decidió aceptar la propuesta y abonar el importe de la cuota, es decir (\$ 4.170), bajo protesta, a fin de poder continuar con el tratamiento kinesiológico que se encontraba realizando; sin perjuicio de ello remitió cartas documentos a las aquí demandadas, las cuales fueron rechazadas conforme surge de la documental que acompaña a fin de acreditar sus dichos.

Señala que el día 3 enero de 2017 concurrió a una conciliación previa prejudicial con resultado negativo.

Solicita una medida cautelar de no innovar, a fin de que las demandadas mantengan -hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión- las condiciones de afiliación que existían al momento en el cual la actora accedió al beneficio jubilatorio (v. fs. 16 vta.).

Sostiene la inconstitucionalidad del art. 3 de la Ley n° 3021, por los fundamentos vertidos a fs. 11vta./16vta., a los cuales me remito en merito a la brevedad.

Finalmente, ofreció prueba, fundó en derecho e hizo reserva del caso federal.

A fs. 24/62 aduna la prueba documental ofrecida.

II. A fs. 64 se dictó una medida para mejor proveer (confr. art. 27 inc. 5 y 29 inc. 2 del CCAyT) -teniendo en cuenta la voluntad de la actora de recibir las prestaciones de OSDE y no de OBSBA-, la cual consistió en intimar a la OBSBA y a OSDE a fin de que informen: “1) si se encuentran notificadas de que la actora se encuentra jubilada, 2) si antes de estar jubilada la OSBA le derivaba la totalidad de sus aportes a OSDE – sin retener fondo alguno con destino a OBSBA- y si dicha situación, luego fue modificada, 3) si se encuentra afiliada en la actualidad a OSDE, en su caso indique el monto mensual que abona por el plan de salud que posee y asimismo, especifiquen si el referido monto es cubierto total o parcialmente por la OBSBA.”, y que remitan el

contrato superador que vincula a OBSBA y OSDE, el cual rige la relación con la actora. Asimismo, se requirió a la OBSBA que informe si permite el derecho de opción de cambio de obra social a los afiliados una vez que los mismos se encuentran jubilados, a OSDE que informe si el costo del plan que posee la actora aumentó al adquirir su condición de jubilada y, en su caso, si lo fue por dicha razón o por otra, indicando o especificando si dicho monto es mayor para los ex-afiliados de la OBSBA que para los que provienen de otras obras sociales o son particulares.

III. A fs. 65/67, la actora acreditó su carácter de jubilada, el monto que percibe por sus haberes y los rubros que se le descuentan, acompañando prueba documental.

IV. A fs. 71/85, luce el informe producido por el Área de Afiliaciones de la OBSBA (Carpeta N° 163623/17), de la cual se desprende que la OBSBA se encuentra en conocimiento de la jubilación de la actora, que antes de que la Sra. F. estuviera jubilada la OBSBA desviaba el 75 % del 9% de sus aportes para el plan superador OBSBA/OSDE, y que el convenio que actualmente se encuentra vigente con la prestadora de salud OSDE, en su cláusula 2° estipula que “...no podrán incorporarse al régimen de afiliados jubilados, pensionados y demás personas que no se encuentren en actividad laboral” (v. lo informado a fs. 75). A fs. 76/82 OBSBA aduna copia del “acuerdo de colaboración y complementación de servicios” celebrado con OSDE el 14/08/2009.

Luego, a fs. 97/99 el letrado apoderado de OSDE adjuntó copia del convenio celebrado con la OBSBA (ver fs. 90/95, suscripto con fecha 27/05/2009), y asimismo acompañó en copia la solicitud de afiliación de la Sra. F. A. G.

-formulario identificado con el nro. N° 06026472, el cual coincide con la documentación original acompañada por la actora a fs. 42-. Expresa que su mandante se encuentra notificado que la actora se encuentra jubilada; que en el caso de la Sra. F. , recibió la información respecto de la baja de la actora con motivo de su jubilación el día 22 de noviembre de 2016 (remitida por la OSBA).

Informa que la Sra. F. se encuentra afiliada a OSDE y que optó, al momento de jubilarse, por continuar con los servicios que presta su mandante mediante una contratación “directa”, asumiendo su contraprestación de abonar el total del plan

superador por ella elegido. Adjunta la planilla de la cual se desprende que la actora suscribió un contrato de “alta” en un Plan Binario 210, en fecha 14 de diciembre de 2016.

Refiere que el monto de la cuota del plan al que se encuentra afiliada la actora asciende a la suma de \$ 4.420. Arguye que al contratar con OSDE de forma directa los socios deben abonar el valor del plan sumado al IVA y/o Ingresos Brutos correspondientes, generando de esta manera un costo mayor al que mantenían en su etapa activa. Explica que existen planes que son para los socios “obligatorios” -es el caso de las boletas que OSDE envía a la Obs.BA- y otros planes que son “directos”, -es el caso del plan que suscribió la Sra. F. en diciembre de 2016- (v. fs. 98 vta.).

Relata que no existe ninguna diferencia con otras obras sociales, dado que todas las personas que pasan a una etapa pasiva -independientemente de la obra social que provengan- abonan el mismo monto por el plan que elija, dado que OSDE no recibe Aportes y Contribuciones.

Finalmente teniendo en cuenta que la parte actora sería un afiliado directo de OSDE y no obligatorio, en cuanto a la diferencia de dichos regímenes la codemandada OSDE indica que: *“...el costo del plan que posee hoy la actora se remite al costo del valor del plan conforme el tipo de afiliación que al día de hoy detenta, cuyo carácter es el de socio ‘directo’. En relación al monto de la cuota cabe agregar, que al contratar OSDE de manera directa, los socios, deben abonar el valor del plan sumado al IVA y/o ingresos brutos correspondientes, generando de esta manera un costo mayor al que mantenían en la etapa activa. Estos cambios de valores, surgen netamente por el tipo de condición frente al pago de los impuestos denominados. Se advierte que los planes directos se encuentran autorizados por la SSSalud, para ser comercializados. Asimismo se informa que dichos planes ‘directos’ son sensiblemente más altos que los planes para los socios ‘obligatorios’. Asimismo no existe ninguna diferencia con ninguna otra Obra Social dado que todas las personas que pasen a la etapa pasiva, independientemente de la Obra Social que provenga abonarán el mismo monto por el plan que elijan, dado que OSDE no recibe aportes y contribuciones de personas que en la etapa pasiva...”* (ver fs. 98 vta.).

V. A fs. 104, en virtud de lo requerido por el Tribunal a fs. 102, la ObsBA informó que la adhesión a OSDE es solo para activos y caduca cuando se obtiene el beneficio previsional y, en ese caso, el afiliado vuelve a la OBSBA, afirmando que “[d]e ahí el descuento del recibo previsional y resulta inviable transferirlo a OSDE ya que el alcance subjetivo del Convenio no es para pasivos” (ver fs. 104). Asimismo, refiere que no existen acuerdos con obras sociales ni con empresas prepagas que incluya a jubilados, y que en lo que aquí interesa, respecto a la Sra. F. “no se registran prestaciones por parte de ObsBA” (v. fs. 104).

VI. A fs. 107 se confiere traslado de la demanda.

VII. A fs. 108/115 se resolvió la medida cautelar solicitada por la accionante, disponiéndose rechazar lo peticionado en relación a OSDE, hacer lugar a lo solicitado contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OB.S.B.A), y, en consecuencia, requerir a la ANSES que derive los aportes que retiene del haber jubilatorio de la actora en concepto de obra social a OSDE.

Dicha medida se encuentra firme.

VIII. A fs. 154/162, por intermedio de su letrado apoderado, contesta la demanda la Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE).

Efectúa una negativa genérica de los hechos esgrimidos en la demanda y desconoce la documental por la actora anejada.

Explica que nunca hubo derivación de aportes de ningún socio de OBSBA a OSDE, sino que para instrumentar el pago de los planes de salud OSDE emite una boleta a la OBSBA con el detalle de todos los planes binarios, y OBSBA abona el total de la misma. Refiere que su mandante no se encuentra en el “Registro de Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud para la Atención Médica de Jubilados y Pensionados” que brinda cobertura a los socios del PAMI que deseen optar por otra obra social.

Arguye que la contratación de OSDE por parte de la Sra. F. siempre ha sido optativa, adicional y voluntaria.

Seguidamente expone la estructura jurídica de OSDE y su marco normativo.

Efectúa las reservas del caso, ofrece prueba y solicita se rechace la acción promovida con costas.

IX. A fs. 186/195 se presenta, la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, mediante su letrada apoderada, y contesta la demanda entablada en su contra.

Preliminarmente impugna la vía elegida, en dicho sentido sostiene -luego de solicitar el rechazo de la acción de amparo por considerarla caduca, argumentando que han vencido los 45 días previstos por el art. 4 de la ley 2145- que su procedencia se encuentra condicionada a la inexistencia de “otras vías más idóneas” ello es más apta para la salvaguarda del derecho que entiende lesionado. Cita doctrina en apoyo de su postura. Considera al amparo como un *“remedio procesal limitado a situaciones de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, extremo incluso acreditado por al existencia de cuatro proyectos legislativos de distinto alcance en la regulación de la materia, resulta una premisa común que, NO ES el ‘tiempo del proceso’ el centro del debate, pues ello resulta ser, en materia procesal, el elemento de menor relevancia en cuanto idoneidad se refiere, pues nada permite aseverar que el proceso más rápido será el más idóneo sino justamente lo contrario.”* (fs. 189).

Sostiene que se ha asumido el tratamiento de una compleja controversia de compatibilización de normas federales y locales de alcance general, pretendiéndose forzar el ámbito de aplicación de la concreta vía procesal de amparo y agrega que lejos se encuentra la actora de justificar la procedencia del trámite encarado sino que se lo contamina de peticiones complejas a sabiendas de su inaplicabilidad en este Instituto.

Aduce que la parte actora no acredita que se encuentren reunidos los extremos que habilitan la instancia de amparo y que no existe un nexo causal directo entre la pretensión de la aquí actora y el derecho que entiende vulnerado.

Posteriormente, efectúa una negativa general de todos y cada uno de los hechos esgrimidos en la demanda, de alguno de ellos en particular a los que me remito en honor a la brevedad y desconoce la documental por la actora anejada.

Seguidamente sostiene la inviabilidad del planteo de la accionante en cuanto alega que la inconstitucionalidad del art. 3 de la Ley n° 3021 no resulta un supuesto de ilegalidad o inconstitucionalidad.

Esgrime que el derecho de opción tiene jerarquía legal como se manifiesta a través de la ley 3021 y del Decreto 377/09; que no existe forma de discriminación en dicha normativa sino una solución lícita y posible al derecho de opción sin violentar ninguna pauta constitucional.

Indica que la pretensión de la parte actora resulta atípica e ilegítima aislado de los principios de universalidad, integralidad y solidaridad de la seguridad social.

Sostiene que se debe colocar el caso de la actora en su dimensión jurídica, constitucional y legal, teniendo por premisa el art. 14 bis de la Constitución Nacional, la ley 3021, sin desconocer la situación de los pasivos, del propio decreto nacional N° 290/95.

Agrega que si la Legislatura sancionó la ley 3021, y en consonancia con ello, el Ejecutivo dictó el Decreto 377/09, de su conjunto se concluye que la citada normativa no ha evitado tratar el tema de los pasivos en materia de derecho de opción.

Expone que el legislador no ha dejado dudas en el art. 3° de la ley 3021 de la situación de los pasivos al disponer que la afiliación y cobertura de todos los jubilados y pensionados comprendidos en la ley n° 472 quedará a cargo de la ObSBA la que percibirá los aportes y contribuciones previstos en los incisos b), d) y e) del art. 17 de dicha ley; y que el art. 3 del Decreto GCBA N° 377/09 dispone que no podrán ejercer la opción: a) los jubilados y pensionados comprendidos en la Ley 472.

Indica que el art. 1 de la ley 3021 es claro al referirse en materia de derecho de opción respecto únicamente a los afiliados activos y no a los pasivos que se encuadra en el art. 3 de la citada ley y su correlato en el art. 3 del decreto 377/09.

Funda en derecho su petición, efectúa las reservas del caso y solicita se rechace la acción promovida con costas.

X. A fs. 200/201 se expide el Ministerio Público Fiscal respecto del planteo de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora.

XI. A fs. 202 se llaman los autos a sentencia.

CONSIDERANDO:

1º) En primer término, respecto del planteo impetrado por la ObSBA a fs. 186 vta., apartado I, vinculado al art. 4 de la ley local nº 2.145, atento la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia en fecha 27/12/2007, publicada en BOCBA 2867 del 11/02/2008, términos a los cuales me remito, nada cabe agregar.

2º) Que luego, la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires impugnó la vía del amparo como vía para debatir la presente controversia, la cual es por ella considerada como una compleja compatibilización de normas federales y locales.

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 14 de la Constitución *local* “...[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 forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por al Constitución Nacional , los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la presente Constitución, las leyes dictadas en su consecuencia y los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte...”.

Se ha dicho que el art. 14 de la CCABA adopta los siguientes parámetros desarrollados por la jurisprudencia y la legislación: a) un acto u omisión de autoridades públicas o de particulares que en forma actual o inminente, lesiones, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, los tratados interjurisdiccionales en los que la Ciudad sea parte y b) siempre que no exista otro medio judicial más idóneo. El primer requisito capta la idea de que la cuestión debe ser de aquellas que pueden ser resueltas correctamente sin profundizar el examen. La segunda atiende, entre otras cosas, a la necesidad de tutelar la defensa de la demandada. (TSJ, Voto del Dr. Lozano en

“Rodríguez, Mónica Adriana c/GCBA s/ amparo (Art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” expediente N° 3170/04 del 20/12/2004).

Entiendo que el proceso de amparo resulta adecuado para la clase de debate que requiere la cuestión sometida a decisión del tribunal. Ello en tanto que la parte actora solicitó el reconocimiento del derecho de opción a su obra social a los efectos de que se transfieran las retenciones que se efectúan sobre sus haberes de jubilación a la obra social de su elección, en el caso, OSDE.

Dicha circunstancia sumada a que en autos se encuentra en juego la tutela al derecho a la salud y que la parte actora se encuentra dentro de un grupo de especial protección ante la ley generan la convicción en el suscripto de la procedencia de la expedita vía de amparo. Resta aclarar que la alegada complejidad de las cuestiones ventiladas en autos por la demandada no desvirtúa la solución propiciada en este punto si se considera que la obra social demandada no ha ofrecido prueba tendiente a demostrar los hechos en que se funda su contestación, ni ha intervenido en el proceso en su respectiva etapa probatoria. De tal modo, no se vislumbra cuales son las defensas de que se habría visto imposibilitada de impetrar ni que el trámite del amparo haya incidido en la decisión que aquí se arriba, resultando en consecuencia dicha defensa meramente dogmática.

3º) Establecido ello, corresponde recordar que los jueces no están obligados a pronunciarse sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, ni a hacer referencia a la totalidad de las pruebas producidas, bastando que valoren los que sean “conducentes” para la correcta composición del litigio (Fallos: 272:225; 274:486; 276:132, entre otros).

3º) Que la parte actora dirige su pretensión contra Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) a efectos de que se mantengan las condiciones -el valor de su cobertura de salud (plan de salud OSDE 210), al cual accedió ejerciendo su derecho de opción establecido legalmente, encontrándose originariamente afiliada a OBSBA. Explica que al recibir el beneficio jubilatorio, a fin de continuar con la asistencia de los profesionales médicos que la atendían, debió afrontar el costo de su incorporación a OSDE como afiliada “directa”.

Demanda también a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObsBA) en virtud de que su afiliación a OSDE resultó posible debido al acuerdo celebrado entre ambas entidades.

A efectos de sostener su postura, solicita se declare la inconstitucionalidad del artículo 3° de la ley n° 3021 y, en su consecuencia, se le reconozca el derecho de elección de la cobertura médico asistencial.

4°) Que mediante la Ley N° 472, de fecha 05/08/2000, (BO N° 1025) se creó la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires reconociéndole 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 con el objeto de brindar prestaciones de servicio de salud (art. 1 y 3 de la citada ley).

Por otro lado prescribe que “[s]erán afiliados titulares de la entidad con derecho a gozar de los servicios y prestaciones que brinde: (...) c) los jubilados, pensionados, y retirados que hubieran concluido su etapa activa en la administración de esta Ciudad, junto a su grupo familiar”. (art. 19 de la citada ley)

Finalmente, en lo que a esta normativa concierne, se dispuso como plazo máximo la fecha del 1° de enero de 2003, para que la OSBA dispusiera su adhesión al régimen del Sistema Integrado Nacional previsto en las Leyes Nacionales N° 23.660 y 23.661 normas complementarias y reglamentarias. Agregándose que “... 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...” (art. 37 de la citada ley, el destacado me pertenece).

Que con fecha 12/03/09, la Ciudad de Buenos Aires sancionó la Ley N° 3021 mediante la cual se aseguró, a partir del 1° de abril de 2009, la libre opción de obra social para todos los afiliados activos comprendidos en la Ley N° 472 de acuerdo a las pautas que fijara la reglamentación y a través de una decisión individual y escrita de quienes decidieran ejercerla a favor de cualquier agente de seguro nacional de salud. A su vez se dispuso que en el ejercicio de la opción para recibir las prestaciones de otra

obra social, el Poder Ejecutivo, debería transferirle mensualmente los aportes y contribuciones correspondientes al afiliado y su grupo familiar. (arts. 1 y 2).

Por su parte el art. 3 prescribe que *“[l]a afiliación y cobertura de todos los jubilados y pensionados comprendidos en la Ley N° 472 quedará a cargo de la ObSBA, la que percibirá a tal efecto los aportes y contribuciones previstos en los incisos b), d) y e) del Artículo 17 de dicha Ley”*.

Finalmente, el artículo 5° de la citada normativa dispone que el Poder Ejecutivo implementaría un registro de entidades que, en el marco de dicha ley, incorporaría beneficiarios de la ObSBA, agregando que solo podrían inscribirse en ese registro los agentes del Sistema Nacional de Salud, los cuales quedarían obligados a recibir a los trabajadores que ejercieran la opción del art. 1° cualquiera fuere su nivel salarial o integración de su grupo familiar, brindándoles idénticas prestaciones de las que gozan los beneficiarios de origen.

El Decreto N° 377/GCBA/09, de fecha 29/04/2009, reglamentó la libre opción de obra social dispuesta por la Ley N° 3021. En dicho sentido, y en lo que aquí atañe, dispuso en el art 1° que *“ [l]a libre opción de obra social prevista en el art. 1° de la Ley N° 3.021 podrá ser ejercida por todos los afiliados activos de la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA) desde el inicio de su relación de empleo, conforme a la nómina de entidades inscriptas en el Registro de Obras Sociales para Convenios de Reciprocidad con la ObSBA creado por disposición N° 1-ObSBA/09 que hubieren suscripto convenio con dicha entidad”*.

A su vez su tercer artículo prescribió que *“[e]l afiliado que ejerza el derecho de opción debe hacerlo con todos los beneficiarios a su cargo, en un todo de acuerdo con el Régimen de Afiliaciones vigentes en la ObSBA. No podrán ejercer la opción: a) los jubilados y pensionados comprendidos en la Ley N° 472 y b) los beneficiarios una vez terminada a relación de empleo.”*.

Que el art. 16 de la Constitución Nacional reza *“...Todos su habitantes son iguales ante la ley (...)”*.

Por su parte, el art. 10, primera parte, de la Constitución de la Ciudad expresa que: *“Rigen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen”*. El art. 11 señala que: *“Todas las personas tienen idéntica dignidad y son iguales ante la ley. Se reconoce y garantiza el derecho a ser diferente, no admitiéndose discriminaciones que tiendan a la segregación por razones o con pretexto de raza, etnia, género, orientación sexual, edad, religión, ideología, opinión, nacionalidad, caracteres físicos, condición psicofísica, social, económica o cualquier circunstancia que implique distinción, exclusión, restricción o menoscabo. La ciudad promueve la remoción de 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”*.

Ahora bien el art. 41 de la Constitución local reza *“[l]a 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, 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”*.

Entre las fuentes de derecho internacional, integrante del plexo normativo constitucional a tenor de lo dispuesto por el art. 75 inciso 22, de la Constitución Nacional, que consagran el trato igualitario hacia todos los hombres sin distinciones arbitrarias que conduzcan a una desigual protección de la ley, cabe mencionar: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 2); la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 7), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica (art. 24) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 26).

Asimismo el art. 1.1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos reza *“[l]os Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona*

que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.” (en similar sentido prescribe el art. 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

A la luz del plexo normativo reseñado se debe indagar en autos si resulta constitucional la distinción efectuada en la norma entre trabajadores en actividad y jubilados a los fines de que a estos últimos le sea desconocido el derecho de opción de la obra social con fundamento en dicha distinción.

Como viene sosteniendo ese máximo tribunal: *“La garantía de la igualdad importa el derecho de todos a que no se establezcan privilegios o excepciones que excluyan a unos de lo que se le concede a otros en iguales circunstancias”*, de modo que: *“Constituye una distinción arbitraria, violatoria del art. 16 de la Constitución Nacional, aquella establecida por una ley que contempla en forma distinta situaciones que son iguales”* (Fallos: 312:826). Empero, no configura afectación a la igualdad *“las distinciones establecidas entre supuestos que no considere semejantes según un discreto criterio valorativo...”* (Fallos: 300:984).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido, citando a John Stuart Mill, que *“[d]esde un punto de vista práctico, se supone que la carga de la prueba recae sobre aquellos que están en contra de la libertad, es decir, sobre los que están a favor de cualquier restricción o prohibición, ya sea cualquier limitación respecto de la libertad general de la acción humana o respecto de cualquier descalificación o desigualdad de derecho que afecte a una persona o alguna clase de personas en comparación con otras. La presunción a priori es a favor de la libertad y de la imparcialidad”* (CSJN, Hooft, Pedro Cornelio Federico c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 16/11/2004).

En el citado precedente el Máximo Tribunal señaló, siguiendo la doctrina europea que *“la presencia de uno de los motivos prohibidos en el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos (entre otros, el “origen nacional”), hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad,*

con desplazamiento de la carga de la prueba” y que, en dichas actuaciones “la mencionada presunción de inconstitucionalidad de la norma local sólo podría ser levantada por la provincia demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica “adecuación” a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada.”

Es en este contexto que en virtud de lo prescripto por el art. 16 de la Constitución Nacional, el art. 11 de la Constitución local y concordantes en los tratados internacionales con jerarquía constitucional la demandada debió señalar una justificación suficiente de la restricción consagrada en el art. 3 del Decreto N° 377/GCABA/09, por lo cual la omisión de brindar una fundamentación razonable y suficiente autoriza su descalificación a la luz de los preceptos constitucionales involucrados en el *sub lite*.

5º) Que no es un hecho controvertido en autos que la Sra. F. es afiliada a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires y que es titular del beneficio N° 15078584960 del cual el ANSES le deduce sumas de dinero en concepto de Obra Social “OB.SBA” (v. fs. 66). Si bien esta última documental fue desconocida por las codemandadas, lo cierto es que el desconocimiento genérico formulado por la demandada, resulta insuficiente para destruir su valor probatorio.

Tampoco se ha cuestionado que la accionante se encontraba afiliada a la OSDE debido al convenio suscripto entre ambas entidades (haciendo uso de la libre opción OSDE PLAN SUPERADOR; cfr fs. 74), ni que recibir el beneficio jubilatorio implicó para la accionante el cese de la prestación médica brindada a través de OSDE -a pesar de los tratamientos médicos en curso-, para cuya continuación debió abonar como afiliada directa, mientras sus aportes eran derivados a la ObsBA.

Así las cosas, ha quedado acreditado que la parte actora forma parte del universo de personas que se encuentran excluidas del ejercicio del derecho de opción.

6°) Que preliminarmente es útil destacar que la Ley N° 472 contiene una amplitud de elección mayor a la prevista en la Ley N° 3021 y su Decreto Reglamentario N° 377/GCABA/09 respecto de los sujetos alcanzados en tanto estas últimas limitan el derecho de opción de la obra social a los agentes activos excluyendo a los agentes pasivos.

En un caso similar al de autos se ha sostenido que *“la exclusión prevista en el art. 3° de la ley 3021, no resulta compatible con los principios constitucionales, en un doble orden de cosas. En efecto, en primer término excluye, sin que la demandada haya presentado ninguna explicación razonable, ni surge del debate parlamentario; la posibilidad de opción de un grupo de afiliados a la ObsBA, restándole ese beneficio que le es concedido a todos los demás. Pero agrava más la situación, el hecho de que el grupo excluido por la norma sea especialmente tutelado por la Constitución de la Ciudad como un grupo de vulnerabilidad social. De ese modo, se concluye que esta cláusula es una de las llamadas sospechosas, y así pesa sobre ella la presunción de ilegitimidad.”* (Cámara de apelaciones del fuero, Sala II, “Laura Guillermo Domingo c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)” Expediente N° 24615/0, del 10/06/10).

Ahora bien, la codemandada ObsBA no ha introducido en su defensa razones que permitan sustentar la diferencia de tratamiento dada por el legislador por un lado al personal activo y por el otro a los jubilados y pensionados en tanto permite a los primeros y niega a los segundos el derecho de elección de la obra social. De ello que no se pueda evaluar si las características consideradas para diferenciar a ambos universos respondan a razones objetivas que justifiquen tal distinción, por lo cual, privar a unos de los que se le reconoce a los otros lesiona el principio de igualdad ante la ley máxime que la amparista se encuentra dentro de un universo sobre el cual la Ciudad fija políticas especiales de protección y a las cuales le asegura la igualdad de oportunidades y trato y el pleno goce de sus derechos.

Que de la prueba rendida en autos se desprende que la ObsBA ha celebrado un convenio con OSDE -empresa de medicina privada de elección de la actora-, para que sus afiliados puedan ejercer el derecho de opción en virtud de lo prescripto en el art. 5 de la ley n° 3021, en los arts. 1 y 2 del decreto n° 377/GCABA/09 y en la disposición n° 1/ObsBA/09, pero ello, mientras revistan su condición de trabajadores activos; por lo

que, una vez adquirido el beneficio jubilatorio, la actora se vio impedida de ejercer su derecho a libre opción, efectuando a su respecto una distinción irrazonable, en los términos del párrafo segundo del presente considerando.

Que en este contexto, a la luz de las consideraciones vertidas a lo largo de la presente decisión y de la prueba rendida en autos, corresponde declarar la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley N° 3021, debiendo entenderse que el derecho de opción es reconocido a favor del accionante en su calidad de jubilada.

Resulta útil aquí mencionar que previamente se consideró al art. 3 de la ley n° 3021 inconstitucional y convencionalmente inválido argumentando que “...la disposición aludida hace uso de un criterio de exclusión discriminatorio e irrazonable pues instituye una categoría de personas (los jubilados y pensionados) que se ven privadas del potencial 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 inc 22 de la CN)..” (Voto de la Dra. Alicia E. C. Ruiz en “Tourriñan, Norma Susana y otros c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” del 09/05/2012)

Asimismo, encuentro de interés destacar que “[t]ampoco 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 esta fuere 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 diferencien entre ellos en cuanto al modo en que el

régimen estimado aplicable (ley 3021 y reglamentación) financia la cobertura en juego y, por lo tanto, el planteo del recurrente no puede progresar...” (Voto del Dr. Luis Francisco Lozano en “Tourriñan, Norma Susana y otros c/ GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido” del 09/05/2012)

Asimismo, la Sala III de la Cámara del fuero, sostuvo que “....'el límite fijado por la ley al ejercicio del derecho de elección de obra social vulnera la norma general de igualdad contenido en los artículos 16 de la CN y 11 de la CCABA. Por ello, corresponde confirmar la sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la ley 3021 en cuanto limita el derecho a la elección de obra social a los sujetos activos debiendo entenderse que dicho derecho debe ser reconocido al actor' [jubilado conforme punto II del resolutorio]...” (“Halperin Weisburd Leopoldo c/ Obra Social de Buenos Aires (OBSBA) y otros s/ amparo” Expediente N° A70142-2013/0, del 14/07/15).

Es en este contexto, a la luz de la normativa analizada, que corresponde disponer que la ObSBA deberá asegurar el derecho de libre opción de la amparista, con idéntico alcance al que le es reconocido a sus afiliados activos.

Empero, lo cierto es que considerando que la ObSBA no es la responsable del aumento del costo del plan OSDE 210, producto del pase a pasividad de la accionante, es que entiendo que no debería cargar ese mayor costo.

Así las cosas, corresponde comunicar a la Administración Nacional de Seguridad Social, en su carácter de agente de retención, a fin de que tome conocimiento de lo aquí decidido en relación con la derivación de los aportes y deducciones que por obra social se le descuenten a la Sra. F. A. G. en favor de OSDE, atento a que ha hecho uso del derecho a opción por esa entidad.

Cabe señalar que esta postura incluso resulta respaldada por lo decidido por la Sala I del fuero, en un caso análogo al presente, en autos “Sancho Jorgelina Rosario c/ GCBA y otros s/ amparo” (Expte. N° A10024-2015/0), decisión de fecha 14 de noviembre de 2016, entre muchos otros.

7º) Finalmente, del análisis de la normativa analizada no se desprende que OSDE tenga la obligación de mantener indemne el patrimonio de la accionante,

reflejado ello en el mantenimiento del costo del plan que poseía la accionante previo a adquirir el beneficio jubilatorio, ni ha demostrado por qué la ObsBA debería encontrarse obligada a mantener las condiciones del plan OSDE 210 que poseía la Sra. F. previo a encontrarse jubilada.

Por ello, la diferencia dineraria existente y/o que pueda existir entre la retención y posterior derivación de aportes que efectúe la ANSES a OSDE y el valor del plan al cual se encuentre afiliada la accionante, resulta una contingencia ajena a las obligaciones de la ObsBA.

Por los fundamentos esgrimidos, oído el Ministerio Público Fiscal,

FALLO:

1) Rechazar la demanda entablada contra Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE), con costas por su orden atento a que la parte actora pudo haberse creído con derecho a peticionar como lo hizo (cfr. art. 62 CCAyT);

2) Hacer lugar a la demanda promovida por F. A. G. contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObsBA).

En consecuencia, declarar la inconstitucionalidad del artículo 3 de la Ley N° 3021, en lo concerniente al ámbito subjetivo del derecho de elección, debiendo entenderse que el derecho de opción es reconocido a favor de la accionante en su calidad de jubilada.

Con costas a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires vencida (art. 62 CCAyT);

3) Comunicar a la Administración Nacional de Seguridad Social, en su carácter de agente de retención, a fin de que tome conocimiento de lo aquí decidido en relación con la derivación de los aportes y deducciones que por obra social se le descuenten a la Sra. F. A. G. , en favor de OSDE, atento a que ha hecho uso del derecho a opción por esa entidad, en los términos del considerando 6°).

Hágase saber que la confección de la diligencia -a firma del suscripto- y su diligenciamiento se encuentra a cargo de la interesada.

Regístrese, notifíquese a las partes por Secretaría y al Ministerio Público Fiscal mediante la remisión de las actuaciones a su despacho y, oportunamente, archívense.