

**B. A. R. CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES y otros SOBRE AMPARO”**

**Número: A41500-2015/0**

Ciudad de Buenos Aires, de mayo de 2017.

**Y VISTOS; CONSIDERANDO:**

**I.** A fs. 1/10. A. R. B. promueve acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, ObSBA) y contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con el objeto de obtener “[su] *desafiliación de la obra social...y que se ordene a la demandada a reconocer [su] derecho a la libertad de elección de obra social*” (v. fs. 1 y vta. pto. I). Relata que es docente jubilada, que durante el tiempo en que estuvo activa ejerció su derecho de libre opción de obra social y se afilió a la Obra Social del Personal de Aeronavegación de Entes Privados (OSPADEP), hasta que obtuvo su beneficio previsional. Indica que desconocía que su elección de prestadora de salud no se mantendría cuando obtuviese la jubilación, circunstancia que la tomó por sorpresa en ocasión de solicitar un turno médico para llevar a cabo algunos estudios de rutina.

Así, señala que ante la necesidad de efectuar algunos estudios de control urgentes, se dirigió a la ANSES, donde le comunicaron que ya no se encontraba afiliada a la obra social mencionada y que su nueva prestadora era la ObsBA.

Manifiesta que, frente a dicha situación, el 30 de septiembre de 2015 efectuó una presentación —sin éxito— ante la ObsBA, mediante la que solicitó “*el pase a [su] obra social anterior y, eventualmente, si no tiene atención a jubilados, el pase al...PAMI*” (v. fs. 2 vta., párr. 5°). Refiere que frente a la falta de respuesta, y puesto que se encontraba en tratativas de mudar su residencia fuera de la Ciudad, inició el presente amparo.

Señala que, de acuerdo con el criterio del área administrativa de dicha entidad, la ley 3021—y su decreto 377/09— que regula la libertad de elección de obra social de obra social, excluye en forma expresa del beneficio contenido en la ley 472 a los jubilados y pensionados, “*que quedarán a cargo de la ObsBA, la que percibirá a tal efecto los aportes y contribuciones del afiliado...*”(v. fs. 3, párr. 3°).

Aduce que la interpretación referida “*limita [su] libertad de elección...en desmedro de [su] salud física y mental, dado que [se] encuentra obligada a tener que utilizar servicios médicos que son insuficientes...*” (v. fs. 3 párr. 4°).

Con relación a ello señala que cuando ejerció su derecho de opción, eligió los servicios del Hospital Francés, “*que hoy es prestador de PAMI. Osea que [su] voluntad está siendo avasallada...[pues] tenía en miras la utilización los servicios médicos de dicho nosocomio para la protección de [su] salud, y ahora en la avanzada edad requie[re] las prestaciones de PAMI por todo lo que ello significa, descuentos en medicamentos, en algunos hasta el 100%, además de los tratamientos y la atención que se encuentran en forma óptima en todos lados, lejos de la ObsBA, circunscripta a la Ciudad autónoma de Buenos Aires, sin atención de todos los servicios*” (v.fs. 3, párr. 1°).

Describe los antecedentes legales, funda la procedencia de la vía de amparo y asevera que se encuentra vulnerado su derecho a la salud; máxime, si se tiene en cuenta su edad avanzada.

A fs.40/41 la magistrada anteriormente interviniente hace lugar a la medida cautelar solicitada en la demanda y ordena al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que, hasta tanto se dicte sentencia firme, retenga y deposite en el Banco Ciudad de Buenos Aires los aportes de la actora en concepto de obra social, *“hasta tanto se denuncie la Obra Social que acepte su afiliación”* (v. fs. 41, pto. 1 del resolutorio).

**II.** Corrido el pertinente traslado, a fs. 60/66 el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contesta demanda.

En primer término, opone defensa de falta de legitimación pasiva. Al respecto, señala que de la lectura del escrito de inicio surge claro que la demanda sólo debió ser dirigida contra la ObSBA, dado que es una persona jurídica distinta del Gobierno de la Ciudad. Como tal —entiende— aquélla tiene la aptitud jurídica para estar en juicio, además de la obligación de atender exclusivamente el reclamo de la amparista, por cuanto las normas cuestionadas importan obligaciones de hacer impuestas exclusivamente a dicha entidad.

Asimismo, señala que no se desprende con claridad del escrito de demanda, cuál sería la supuesta omisión o ilegalidad manifiesta en la que habría incurrido su parte, pues no existe deber jurídico alguno que obligue al GCBA a brindar una prestación cuya obligación primaria se encuentra en cabeza de la ObSBA, por lo que la demanda debe ser rechazada con respecto al Gobierno(fs. 63 vta.).

Subsidiariamente contesta demanda y señala que *“por un imperativo legal, el GCBA debe derivar los aportes y contribuciones de todos los jubilados y pensionados previstos e los incisos b), d) y e) del art. 17 de la ley 472 a la Obsba”* (art. 3° ley 3021)” (v. fs. 64, párr. 2°).

Detalla la normativa vigente, hace reserva del caso federal y solicita se rechace la demanda con respecto a su parte, con costas.

**III.** A fs. 79/88 se presenta la ObsBA, por intermedio de su apoderado y contesta demanda.

Liminarmente, plantea la caducidad de la acción, en los términos del art. 4° de la ley 2145, por cuanto se habrían excedido los 45 días allí previstos —desde la vigencia de la ley 3021— para la promoción de la presente acción.

También, impugna la vía escogida por entender que su procedencia se encuentra condicionada a la inexistencia de otras vías más idóneas para salvaguardar el derecho que se encuentra lesionado según la actora.

Luego de efectuar las negativas de rigor, contesta demanda y sostiene la inviabilidad del planteo de la actora. Expone que *“el sistema de seguridad social local, donde se encuentra incluida la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires, no puede sacrificarse en una variante ad hoc como lo pretende la parte actora, o en una suerte de derecho individual exaltado y desquiciado con el conjunto”* (v. fs. 84, párr. 3°).

Afirma que, contrariamente a lo expuesto por la actora, no existe ninguna forma de discriminación en lo estatuido por la ley 3021 y su decreto reglamentario, puesto que dicha normativa no es más que una solución lícita y posible del derecho opción, en la medida que no contraría pauta constitucional alguna.

En cambio, sostiene que la solución *sui géneris* que pretende la amparista implica *“divorciarse vincularmente y contrario a derecho, con la seguridad social, y constituir una salida innominada, atípica*

*e ilegítima, como una suerte de atajo, aislado de los elementales principios de universalidad, integralidad y solidaridad de la seguridad social, que hacen factible un derecho a la salud para todos y sin discriminación” (fs. 84, párr. 5°).*

Al respecto, indica que la Legislatura sancionó la ley 3021 y tomó una decisión en relación con los trabajadores pasivos en materia de derecho de opción, extremo que constituye *“un acto de representación política institucionalizada que tiene imperio y no se lo puede desconocer”* (v. fs. 84 vta., párr. 2°).

En ese sentido, asevera que la forma en que se estructuran los aportes y contribuciones en el art. 17 de la ley 472 resulta coherente con los alcances de la norma cuestionada.

Por último, expone que el derecho de opción de obra social no es un derecho constitucional, sino que tiene base legal. En consecuencia, indica, el legislador local tiene la potestad de definir las condiciones de su ejercicio, en tanto se encuentran en juego consideraciones de solidaridad y equidad, que son las que nutren el sistema de seguro social obligatorio y tornan razonable la limitación encuestión.

Funda en derecho, cita jurisprudencia y doctrina. A su vez, hace reserva del caso federal y solicita se rechace la demanda con costas.

**IV.** A fs. 89 se difieren los planteos de caducidad de la acción y de impugnación de la vía elegida para su oportunidad.

A fs. 91 se declara la cuestión de puro derecho.

A fs. 97/99 vta. obra el dictamen del Ministerio Público Fiscal.

A fs. 110 se reanuda el llamado de autos a sentencia, suspendido a fs. 104 a fin de cumplir con la sustanciación de la excepción de falta de legitimación opuesta por el GCBA.

**V.** *En primer lugar, corresponde expedirse acerca de la admisibilidad formal de la vía de amparo, cuyaprocedencia ha sido cuestionada por el GCBA. El artículo 43 de la Constitución Nacional dispone que “(t)oda persona puede interponer acción expedita y rápida 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 esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva...”. Dichos términos son replicados por el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad, así como por el artículo 2° de la ley de amparo local (2145). La constitución local agrega, además, que “el procedimientoestá desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad” (párr. 4°). Así, pues, para que la vía escogida por la actora resulte procedente se requiere que el acto de autoridad pública impugnado o la omisión supuestamente incurrida configure una decisión manifiestamente arbitraria o ilegítima (art. 14 de la Constitución de la C.A.B.A., art. 43 C.N. y art. 2 de la Ley 2145) y que, en el curso de un debate breve, pueda evidenciarse la lesión, restricción o amenaza cierta e inminente de derechos contenidos -explícita o implícitamente- en la Constitución Nacional, los tratados internacionales, las leyes de la Nación, la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires o las normas dictadas en su consecuencia.*

*El máximo Tribunal de la Nación tiene dicho que la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta requiere que la lesión de los derechos o garantías resulte del acto u omisión de la autoridad pública en forma clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos o de un amplio debate o prueba (Fallos: 306:1253).*

*También ha entendido que “...la actividad judicial que lleve al exceso el rigor de las formas, corre el*

*seguro riesgo de desnaturalizar tan potente garantía, tornándola de casi imposible actuación ante los estrados judiciales...” puesto que “(c)uando está comprometida la atención de las necesidades primarias del hombre, no puede argumentarse con razones de forma, si de tal modo se sacrifica el derecho sustancial que debe salvaguardarse y que aparece consagrado en la ley positiva de más alta significación” (316:2997).*

Se trata, de acuerdo con lo sostenido por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad, “*de un instituto destinado a otorgar garantía efectiva a derechos constitucionales, que no debe ser interpretado con carácter restrictivo*” (TSJCABA *in re* “Spisso, Rodolfo R. C/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA)”, Expte. 1/10).

En tanto “*la acción de amparo es una acción principal. Ni es subsidiaria, ni es heroica, ni es residual ni es de excepción, y sólo cede ante la existencia de un medio exclusivamente judicial, más idóneo, esto es, más expedito y rápido (conforme las Conclusiones de la comisión n° 3, en el XIX Congreso Nacional de Derecho Procesal en materia de amparo) (...) La ‘excepcionalidad’ del amparo sólo puede entenderse como una especificación del principio de que, en un Estado de Derecho, también son o deberían ser “excepcionales” las amenazas, restricciones, alteraciones o lesiones de derechos y garantías constitucionales por actos emanados de autoridades públicas. La calificación de vía excepcional no puede provocar, en cambio, restricciones injustificadas para la admisión de la acción*” (TSJCABA, voto de la Dra. Ruiz en “Vera Miguel Ángel c/ GCBA s/ amparo s/ recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad”, Expte. 843/01 del 4 de mayo de 2001). En igual sentido se ha expresado la Sala I de la Cámara de Apelaciones del fuero, al sostener que “*su admisibilidad debe ser apreciada con criterio amplio, más aún luego de su incorporación al art. 14, CCABA, que en su cuarto párrafo establece que ‘el procedimiento está desprovisto de formalidades procesales que afecten su operatividad...’, circunstancia que pone en evidencia una clara intención del legislador constituyente de crear un remedio amplio, expedito y rápido, privilegiando la procedencia de la acción sobre su rechazo liminar*” (Sala I, *in re* “Gerpe, Adriana Beatriz c/ GCBA s/ Amparo”, Expte. EXP 49/00, entre otros).

Por su parte, la Sala II ha dicho también que “*(l)a acción de amparo no es una acción típica sino genérica como remedio procesal contra acciones u omisiones que afecten un derecho o una garantía, en tanto no exista otra vía procesal más idónea. La idoneidad, en este contexto debe entenderse no por la especificidad de una acción alternativa sino por sus resultados posibles en relación con el fin perseguido por el amparo, esto es la rápida y eficaz solución al problema suscitado por el acto u omisión que lo genera. Esto quiere decir que el amparo no es un recurso excepcional sino tan normal como la existencia de casos que requieran su interposición. No puede, entonces hablarse de una interpretación restrictiva o amplia del instituto, corresponde hablar de una interpretación estricta en función de los supuestos del artículo 14 de la CCABA: adviértase la paradoja de aplicar un criterio restrictivo cuando las violaciones fueran sistemáticas y masivas, lo que equivaldría a legitimar todas aquéllas que quedaran fuera del remedio. Por el contrario una interpretación amplia llevaría a considerar al amparo como el remedio idóneo por excelencia en desmedro de otras acciones procesales*” (“Pujato, Martín Raúl c/GCBA s/amparo”, Expte. EXP. 492, sentencia del 13 de marzo de 2001, entre otros). De acuerdo con lo señalado, toda vez que: a) la actora ha invocado la afectación de derechos que gozan de tutela constitucional —la garantía de igualdad y el derecho a la salud—; b) se aduce la existencia de un accionar manifiestamente ilegítimo por parte de las codemandadas; c) la cuestión puede ser resuelta sin mayor necesidad de debate y prueba, sin que el GCBA haya invocado afectación alguna al derecho de defensa, ni se advierta que tal garantía se encuentre comprometida, máxime si se tiene en cuenta que la

cuestión ha sido declarada como de puro derecho, corresponde admitir la procedencia de la vía intentada. Por lo demás, vale destacar que —habiéndose sustanciado la totalidad del proceso— no sería razonable dilatar la decisión, remitiéndola a los cauces ordinarios, pues —en caso de que exista razón a la amparista en su planteo de fondo— ello sólo tendría como consecuencia el retardo en el restablecimiento de los derechos constitucionales que se dicen lesionados, con grave desmedro del servicio de justicia.

**VI.** Sentado lo expuesto en relación a la idoneidad de la vía escogida, cabe referir al planteo de la codemandada ObSBA, referido a la caducidad para la interposición de la presente acción de amparo, cuyo tratamiento fue diferido para esta oportunidad.

Al respecto, cabe señalar que mediante la sentencia del Tribunal Superior de Justicia del 27 de diciembre de 2007, en los autos “Gil Domínguez, Andrés c/ GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad”, (BOCBA N° 2867 del 11 de febrero de 2008), se declaró la inconstitucionalidad con efectos generales del artículo 4° de la ley 2145. Dicho pronunciamiento quedó firme el 11 de mayo de 2008 —en tanto no fue ratificada su vigencia en los términos del art. 113, inc. 2°, de la CCABA—, por lo que deviene inoficioso el tratamiento de la presente defensa y corresponde su rechazo

**VII.** Llegado este punto, por razones metodológicas, corresponde ingresar en el estudio de la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida por el GCBA.

La ley 472 —de creación de la OSBA— instituyó, en su artículo 1°, un ente público no estatal, organizado como instituto de administración mixta, con capacidad de derecho público y privado, con individualidad jurídica y autarquía administrativa y económico financiera.

Asimismo, en su artículo 37 estableció un plazo máximo —1° de enero de 2003— para que dicho ente dispusiera su adhesión al régimen del Sistema Integrado Nacional regido actualmente por las Leyes Nacionales Nros. 23.660 y 23.661, sus normas complementarias y reglamentarias y, de esa manera permitiese a sus afiliados el ejercicio de “*la libertad de elección de su obra social*”.

Tal suceso se materializó con el dictado de ley 3021, del 12 de marzo de 2009 (BOCBA 3156), que dispuso que: “*A partir del 1° de abril de 2009 quedar[ía] asegurada la libre opción de obra social para todos los afiliados activos comprendidos en la Ley N° 472 (...) 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 (...), no será obstáculo para el ejercicio de la opción de cambio de obra social...*” (El destacado me pertenece).

*En tanto, el artículo 2° dispuso que: “En el caso de ejercicio de la opción para recibir las prestaciones de otra obra social, el Poder Ejecutivo, deberá transferirle mensualmente los aportes y contribuciones correspondientes al afiliado y su grupo familiar, en los plazos y con las modalidades que establezca la reglamentación”.*

*Por su parte el artículo 3° reza: “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 a tal efecto los aportes y contribuciones previstos en los incisos b), d) y e) del Artículo 17 de dicha Ley” (el subrayado me pertenece).*

*De conformidad con lo estipulado en el artículo 1° de la mentada norma, el Poder Ejecutivo dictó el decreto 377/GCBA/09 (BOCBA 3169), en donde reiteró los términos de la norma, en cuanto dispone que dicho beneficio se extenderá exclusivamente a los afiliados activos.*

*Así pues, de lo expuesto se desprende que el Poder Ejecutivo cumplió —a través del dictado del decreto reglamentario referido—, con la obligación que se encontraba a su cargo*

—de reglamentar el derecho de opción—, que luego de muchos vaivenes político-institucionales se concretó con la sanción de la ley 3021.

Asimismo, es preciso destacar que, en el caso, es la norma reglamentada la que fijó los lineamientos del ejercicio del derecho de opción y definió quiénes son aquéllos que podrán hacer uso del mismo.

De esta manera, la intervención de la Ciudad como demandada con fundamento en que ha dictado las normas constitucionalmente objetadas, “no logra configurar la existencia de legitimación procesal pasiva del GCBA, puesto que las normas jurídicas impugnadas definen simplemente el régimen jurídico aplicable y no denotan la asunción de una cualidad procesal, que exige, por cierto, que se compruebe la lesión a un interés jurídico propio (Fallos: 321:551, entre otros) (...) de admitir el criterio propiciado por el recurrente, el Estado se encontraría legitimado para intervenir en cada pleito en defensa de las normas que dicta” (Sala II *in re* “Vera Marcelina Juliana c/Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires y otros s/amparo”, Expte. A40553-2013/0 del 22 de mayo de 2014).

Al respecto, también resulta oportuno recordar las consideraciones efectuadas por la Fiscalía de Cámara (equipo fiscal A), en un dictamen al que adhirió la Sala III del fuero, en una causa en la también se debatía acerca de la legitimación pasiva del GCBA, en un caso similar al presente. Allí se expuso que “... la ObSBA es la que tiene el interés de defender la validez constitucional del régimen atacado debido a que la vigencia de las normas le permitirían rechazar la pretensión del actor de elegir otro prestador y de transferir las retenciones a la otra obra social [conf. Tribunal Superior de Justicia, el 09-05-2012, *in re* “Tourriñan, Norma Susana y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. N° 7889/11, arg. del voto del Dr. Lozano, consid. 3]. En el supuesto en que se admita la demanda, será la ObSBA quien sufrirá en su patrimonio las consecuencias de la sentencia en tanto perderá el aporte del actor, por lo que no resulta posible extender dicho efecto a la Ciudad, ya que no existe una omisión o incumplimiento legal de su parte” (Halperin Weisburd Leopoldo c/ Obra Social de Buenos Aires y otros s/ amparo”, Expte. A70142/2013, del 14 de julio de 2015).

Las razones expuestas llevan a admitir el planteo defensivo del GCBA y, en consecuencia, hacer lugar a la excepción de falta legitimación pasiva opuesta por su parte, con costas en el orden causado en atención al principio de gratuidad contemplado en el artículo 14 de la CCABA.

**VIII.** Despejadas las cuestiones formales, previo a analizar la sustancia del asunto traído a estudio, es preciso observar el plexo normativo que refiere al caso que nos ocupa. El derecho a la salud encuentra reconocimiento explícito en la Constitución de la Nación con la jerarquización constitucional de los tratados internacionales sobre derechos humanos (art. 75, inc. 22, C.N.); entre ellos: en el artículo 12, inciso c.- del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en los artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; en el artículo 6, inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en el artículo 11 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y en el artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

En el orden local, el art. 20, CCABA, garantiza el derecho de los ciudadanos a la salud integral, y establece que el gasto público en materia de salud constituye una inversión prioritaria. Además, asegura —a través del área estatal de salud— las acciones colectivas e individuales de promoción, protección, prevención, atención y rehabilitación gratuitas, con criterio de accesibilidad, equidad, integralidad, solidaridad, universalidad y oportunidad. Puntualmente, con respecto a las personas mayores, tanto la Constitución Nacional (artículo 75 inciso 23), la Constitución local (art. 80), encomiendan al poder legislativo el dictado de acciones positivas dirigidas a asegurar a dicho grupo de personas la igualdad de oportunidades y de trato, así como el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en sendos textos. Asimismo, la Constitución local refiere en forma expresa al grupo etario que nos ocupa este grupo de personas en el artículo 41 al establecer que: “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, 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”.* Finalmente, la ley n° 153 —ley básica de salud de la Ciudad de Buenos Aires— también garantiza el derecho a la salud integral (art. 1) y establece que esta garantía se sustenta —entre otros principios— en la solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema de salud, y en la cobertura universal de la población (art. 3, inc. “d” y “e”). En lo que específicamente se refiere a la entidad demandada, la ley 472 —de creación de la OSBA— dispone que ésta se rige por las previsiones de la ley citada, las disposiciones que adopten sus órganos de conducción, la ley 153 de la Ciudad de Buenos Aires y, en forma supletoria y en lo que resultare pertinente, por las estipulaciones contenidas en las leyes nacionales 23.660 y 23.661, normas reglamentarias, complementarias y concordantes (conf. art. 2, inc. c). En tanto su artículo 19, al establecer el universo de beneficiarios de la Obra Social, distingue diversas categorías, entre los que se encuentran “*los jubilados, pensionados y retirados que hubieran concluido su etapa activa en la administración de esta Ciudad, junto a su grupo familiar*” (punto b).

**IX.** Con respecto al derecho de opción, tal como ya se reseñó, el artículo 37 de la ley 472 estableció un plazo máximo (1° de enero de 2003) para que dicho ente dispusiera su adhesión al régimen del Sistema Integrado Nacional y, de esa manera permitiese a sus afiliados el ejercicio de “la libertad de elección de su obra social”. Mediante la ley 3021 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 (art. 1°).

Al mismo tiempo, el artículo 3° excluyó en forma expresa de dichas previsiones a los afiliados que se encuentren jubilados y pensionados, al estipular 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*”. De modo concordante, el decreto 377/GCBA/09 (BOCBA 3169), reglamentario de la citada norma, dispone que “*(l)a libre opción de obra social prevista en el artículo 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)*” (art. 1°) y agrega, en el artículo 3° que “*(n)o podrán ejercer la opción: a) los jubilados y pensionados comprendidos en la Ley N° 472 y b) los beneficiarios una vez terminada la relación de empleo*”.

**X.** La actora cuestiona la restricción impuesta en el artículo 3° de la ley 3021, por cuanto la priva por su condición de jubilado del goce de un derecho mediante utilización de un criterio de exclusión que considera discriminatorio e irrazonable. Cabe memorar aquí que el derecho de igualdad ante la ley y el principio de no discriminación encuentran protección en nuestra Constitución Nacional (artículos 16) así como en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos que gozan de igual jerarquía (art. 75. Inc. 22) y en nuestra Constitución local (art. 11). Al respecto, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en conocida jurisprudencia, que el principio de igualdad impide que se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en igualdad de circunstancias (Fallos: 286:325 entre otros). Ello no obsta a que se contemplen en forma diferente situaciones cuando exista razón para así hacerlo (Fallos: 288:325, entre otros).

Sin embargo, no basta alegar la diversidad de circunstancias sino que es necesario acreditar que la diferencia brinda una razón adecuada y suficiente para justificar el trato desigual. De lo contrario, el principio devendría una fórmula vacía, pues siempre existen diferencias circunstanciales entre dos situaciones particulares.

Sobre la base de tales criterios, el principio de no discriminación puede ser formulado de la siguiente manera: “*a menos que exista una razón reconocida como relevante y suficiente, según algún criterio identificable y aceptado, ninguna persona debe ser preferida a otra*” (Rabossi, Eduardo: “Derechos Humanos: el principio de la igualdad y la discriminación”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Núm. 7, sept.-dic. 1990, p. 179).

**XI.** Ahora bien, es claro que la norma cuestionada por la amparista impone a los trabajadores jubilados una restricción a la libertad de elección de obra social al vedarles la posibilidad de determinar cuál será la

prestadora que se encargará de proveerles los servicios de salud que requieran. En efecto, excluye del derecho de opción que prevé el artículo 37 de la ley 472. Sin embargo, la demandada no ha esbozado razón alguna que justifique la diferencia entre los derechos de opción que ostentan los trabajadores activos y aquellos que –como la actora- han alcanzado el beneficio previsional. En tal sentido, y en tanto los primeros cuentan con un mayor ámbito de elección mientras los segundos se hallan compelidos a hacer uso de las prestaciones de la ObSBA, es claro que la ley impone un tratamiento desfavorable al goce del derecho a la salud de los trabajadores pasivos, sin que se advierta –ni se haya invocado- justificación para el trato desigualitario. En el caso, es preciso tener en cuenta que el grupo etario al que normativamente se le ha impuesto un ámbito más limitado de derechos (o, prácticamente, nulo puesto no cuentan con la posibilidad de decidir su obra social) se trata de un colectivo de personas que cuenta con específica tutela constitucional, al que la Carta Magna local le asegura igualdad de condiciones en el acceso a los derechos y le garantiza la protección de sus “necesidades específicas”. Ello, en el caso, no puede significar que a quienes –en razón de su edad- habitualmente requieren de mayor atención médica se les otorgue un acceso más restringido a las diversas prestaciones que los diferentes servicios de salud ofrecen que aquel que se le confiere a otro grupo de personas —los trabajadores en actividad que, en principio y de modo general, no tiene más necesidades que los pasivos en relación al acceso a ese bien-. Desde tal perspectiva, no se advierten motivos constitucionalmente válidos por los cuales cada afiliado activo pueda disponer de la prestación que considere más conveniente para sus intereses y al acceder a la jubilación deje de contar con tal prerrogativa. Nótese que, adicionalmente, sendos textos constitucionales estipulan la promoción de acciones positivas para asegurar a las personas mayores la igualdad en el acceso y goce de los derechos, entre ellos, el derecho a la salud integral.

**XII.** Es oportuno destacar que, al analizar la normativa aquí impugnada el máximo tribunal local ha señalado que “*el artículo 3° de la ley n° 3021 resulta [...] 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)*” (TSJCABA, “Touriñan, Norma Susana y otros c/ GCBA y otros s/ amparo s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. 7889/11, sentencia del 9 de mayo de 2012, del voto de la Dra. Ruiz que integra la mayoría). Asimismo, en dicho precedente se sostuvo que la “*Ob.S.B.A. no ha[bía] brindado, en su recurso, explicación alguna que permit[iera] 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*”. Y agregó que “[n]o 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”. Asimismo, también sostuvo que “*el menoscabo de los arts. 11 CCBA y 16 de la CN también se verifica por tratar de modo desigual a los iguales*” (voto del Dr. Lozano).

**XIII.** De acuerdo con las consideraciones efectuadas precedentemente, el artículo 3 de la ley 3021 (y la reglamentación dictada en consecuencia mediante el artículo 3 del Decreto Reglamentario 377/09) es inconstitucional por resultar discriminatorio, violatorio del principio y discriminatorio, y así corresponde declararlo.

A los efectos de disipar dudas que podrían surgir sobre la cuestión, cabe señalar que si bien la actora no solicitó la declaración de inconstitucionalidad de la norma referida, ello no impide que este tribunal se expida en tal sentido. En efecto, el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad que regula la acción de

amparo, habilita dicho proceder al disponer, en su último párrafo que: “*Los jueces pueden declarar de oficio la inconstitucionalidad de la norma en que se funda el acto u omisión lesiva*” (art. 14). En igual sentido se expidió la Sala II en la causa “*Touriñan Norma Susana y otros c/ GCBA y otros s/ amparo*”, Expte. 29510, del 10 de junio de 2010 (v. considerando 9). Así pues, corresponde declarar su inconstitucionalidad de oficio, en la medida que la excluye en forma injustificada del derecho de elección de obra social y de esa manera vulnera las garantías de razonabilidad, igualdad y no discriminación.

**XIV.** Determinado lo anterior, cabe tener presente que al promover la acción la actora solicitó que se ordene a la demandada que arbitre los medios necesarios para que pueda ejercer el derecho de opción (v. fs. 1 vta.) y señaló que había solicitado ante dicha entidad “*el pase a [su] obra social anterior [—Obra Social del Personal de Aeronavegación de Entes Privados (OSPADEP)—] y, eventualmente, si no tiene atención a jubilados, el pase al...PAMI*” (v. fs. 2 vta., párr. 5°). Sin embargo, cabe destacar que no se encuentra acreditado en autos que la obra social mencionada en primer término hubiese celebrado el respectivo convenio con la ObsBA en la medida que, de acuerdo con lo prescripto en el artículo 4° del decreto 377/09, reglamentario de la ley 3021: “*La libre opción... sólo podrá formularse respecto a una obra social comprendida en el art 1° del presente Decreto*”, de acuerdo con “*...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*” (art. 1°, dec. 377/09). Vale destacar que la amparista no ha formulado cuestionamiento alguno con relación al alcance de dicha disposición jurídica ni ésta se presenta como manifiestamente contraria a derecho. Ello así, a fin de implementar su derecho de opción, corresponde ordenar a la ObsBA que las retenciones que mensualmente se le efectúan a la actora en su beneficio previsional con destino a la ObsBA sean transferidas a OSPADEP y, en caso de que ello no fuese posible por no existir convenio entre la ObsBA y dicha entidad, sean derivadas al PAMI o a la empresa de medicina prepaga u obra social que elija la actora en el marco de los convenios celebrados por la ObsBA (cf. Sala II *in re* “*Ure Carlos Ernesto c/ GCBA y otros s/ amparo*”, Expte. EXP 33505, del 1° de junio del 2010).

**XV.** Las costas serán impuestas a la codemandada ObsBA por no encontrar razones para apartarme del principio objetivo de la derrota (art. 62, párr. 1° del CCAyT).

Por los motivos expuestos, **RESUELVO:**

- 1) Hacer lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el GCBA, con costas por su orden (cf. Considerando VII *in fine*);
- 2) Rechazar las excepciones de caducidad y falta de improcedencia de la vía de amparo, esgrimidas por la ObsBA;
- 3) Hacer lugar a la demanda promovida por A. R. B. contra la ObsBA y, en consecuencia, declarar de oficio —y para el caso— la inconstitucionalidad del art. 3° de la ley 3021 y del artículo 3° del Decreto Reglamentario 377/09.
- 4) Ordenar a la ObsBA que las retenciones que se le efectúan mensualmente a la actora en su beneficio previsional con destino a la ObsBA sean transferidas a la Obra Social del Personal de Aeronavegación de Entes Privados y, en caso de que ello no fuese posible por no existir convenio entre la ObsBA y dicha entidad, sean derivadas al PAMI o a la empresa de medicina prepaga u obra social que elija la actora en el marco de los convenios celebrados por la ObsBA.
- 5) Imponer las costas a la codemandada ObsBA, por no hallar motivos para apartarme del principio objetivo de la derrota (art. 62, párr. 1° del CCAyT).
- 6) Diferir la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto denuncien en autos su DNI, CUIT y situación fiscal ante el I.V.A. Regístrese, notifíquese por Secretaría a las partes, y al Sr. Fiscal en su público despacho y, oportunamente, archívese.