

CAMARA DE APELACIONES EN LO CAYT - SALA I SECRETARÍA UNICA
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: 11531616/2018

Ciudad de Buenos Aires, de mayo de 2018.

VISTOS:

Estos autos para resolver los recursos de apelación interpuestos y fundados por la actora a fs.220/225 –cuyo traslado no fue contestado por la contraria- y por la co-demandada por la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, ObsBA) a fs. 227/236 –cuyo traslado fue contestado por la contraria a fs.238/243vta.– contra la resolución de fs. 203/213vta.

CONSIDERANDO:

VOTO DEL JUEZ CARLOS F. BALBÍN:

I. A. G. F. inició la presente acción de amparo contra ObsBA y contra la Organización de Servicios Directos Empresarios (en adelante OSDE) con el objeto que ésta última mantenga las condiciones de cobertura de salud que posee —plan de salud OSDE 210—, al cual accedió ejerciendo su derecho a opción establecido legalmente, encontrándose originariamente afiliada a ObsBA.

Relató que se incorporó al plan de salud OSDE 210 —afiliada n°S6202562256001—, para continuar contando con la atención de los profesionales médicos que consulta desde el comienzo de su afiliación. Manifestó que OSDE la excluyó del padrón de afiliados, con motivo de la existencia de un convenio denominado “convenio superador” celebrado con la ObsBA, el que —según alega la demandada— contempla la extinción de la afiliación a la prepaga para el caso que el trabajador acceda a la jubilación.

Indicó que dicha decisión 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, a la vez que ObSBA descuenta de su haber mensual una suma de dinero por prestaciones que no utiliza.

Sostuvo que se comprueba la arbitrariedad y el abuso del accionar de las co demandadas en razón de que pretenden aplicar a su situación un contrato celebrado entre ellas, del cual nunca tomó conocimiento.

A su vez, señaló que ejerció su derecho a optar y derivar sus aportes a OSDE (21 de noviembre de 2012) con la intervención de la ObSBA a la que se encontraba afiliada en virtud de su actividad laboral.

Agregó que en ese momento designó como beneficiaria a su hija –Florencia Bermúdez- 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, manifestó que no se documentó la baja de su hija sino que se le informó que debía concretar una nueva afiliación en razón de la proximidad a acceder el beneficio jubilatorio, y que le hicieron completar un formulario que no contenía ninguna advertencia o cláusula de la cual se desprendera el cese de su afiliación al momento de acceder a la jubilación.

Luego, relató que el 1 de octubre de 2016 accedió al beneficio jubilatorio y que el día 23 de noviembre de ese año la ObSBA le requirió el pago de \$233.45 en concepto de “aportes adicional para continuar en OSDE” (fs. 43).

Manifestó que en el mes de diciembre de dicho año concurrió a una sesión de kinesiología para rehabilitación de una fractura de peroné, pero no pudo realizarla pues OSDE rechazó su condición de afiliada y, por tanto, se vio obligada a suspender su tratamiento. Refirió que se presentó en las oficinas de la prepaga en donde se le informó que se estaba ejerciendo la facultad reconocida en un convenio suscripto con ObSBA y que y la única alternativa posible era que accediera a la afiliación como usuaria directa del sistema de medicina prepaga, en el “Plan 210”.

Finalmente, requirió el dictado de una medida cautelar tendiente a que las demandadas mantengan, hasta tanto se resolviera el fondo de la cuestión, las condiciones de afiliación que existían al momento en el cual accedió al beneficio jubilatorio, y planteo la inconstitucionalidad del art. 3 de la ley N° 3021,

A su vez, tuvo en cuenta que los textos constitucionales estipulan la promoción de acciones positivas para asegurar al grupo etario al que pertenece la actora la igualdad en el acceso y goce de los derechos.

II. El 26 de diciembre de 2017, el magistrado de primera instancia hizo lugar a la demanda promovida contra ObSBA y la rechazó respecto de OSDE (fs.203/213).

Para sí decidir, en primer lugar consideró que la acción de amparo resultaba ser la vía idónea para encausar la pretensión de la actora.

Luego, una vez reseñada la normativa relacionada, analizó las constancias de la causa y señaló que la ObSBA celebró un convenio con OSDE empresa de medicina privada - de elección de la actora – *“...para que sus afiliados puedan ejercer el derecho a opción en virtud de lo prescripto en el artículo 5 de la ley N°3021, en los artículos 1 y 2 del decreto N°377/GCABA/09 y en la disposición N°1/ObsBA/05, 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 ...”* (fs. 211vta.)

En razón de ello declaró la inconstitucionalidad del artículo 3 de la ley N°3021 debiendo entenderse que el derecho a opción es reconocido a favor del accionante en su calidad de jubilada con idéntico alcance que el reconocido a sus afiliados activos.

No obstante destacó que 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 tampoco por qué ObSBA debería encontrarse obligada a mantener las condiciones del plan OSDE 210 que poseía la Sra. F. previo a encontrarse jubilada...”* (fs.212 vta.).

III. La decisión fue apelada por la actora a tenor de los argumentos vertidos en su memorial (cfr. fs. 220/225), lo que motiva la intervención de esta alzada.

En particular se agravio por cuanto la sentencia de grado decide que debe abonar, además de sus aportes, la suma que la entidad de medicina prepaga percibe en

concepto de arancel, tornando “...en los hechos inocua la declaración de inconstitucional del artículo 3 de la ley 3021...” (fs. 222 vta.) en tanto el trabajador jubilado no podrá mantener el mismo plan de salud que tenía cuando estaba en actividad, salvo que abone un precio superior, sin distinción con la persona que se afilia de forma directa a la entidad de medicina prepaga.

Por su parte, la ObSBA se agravió, en ajustada síntesis, de que la sentencia apelada: (a) realiza una interpretación arbitraria del plexo normativo aplicable, (b) vulnera los principios de orden público que rigen en materia de seguridad social (c) involucra a la ANSES sin ser parte en las presentes actuaciones, (d) privilegia el interés particular en oposición al bien común, (e) soslaya que la ley N° 3021 contempla una diferenciación razonable para situaciones diferentes.

Recurso de apelación de la parte demandada:

IV. El artículo 1° de la ley n° 3021 –a diferencia de la ley n° 472–, prevé el derecho de opción de obra social únicamente con respecto a los afiliados activos. Correlativamente, el artículo 3° del texto legal dispone que la afiliación y cobertura de todos los jubilados y pensionados comprendidos en la ley n° 472 quedará a cargo de la ObSBA, que a tal efecto percibirá los aportes y contribuciones previstos en el artículo 17, incisos ‘b’, ‘d’ y ‘e’, ley n° 472.

El magistrado de grado declaró para el caso, 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 del accionante en su calidad de jubilada.

Así pues, a fin de resolver la cuestión cabe recordar los argumentos vertidos en la causa “*Melito Héctor Julio c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)*”, expediente n° 35353/0, sentencia del 17 de diciembre de 2010, que expongo a continuación.

El artículo 16 de la CN establece que “[t]odos los habitantes son iguales ante la ley”.

Por su parte el artículo 11 de la CCBA, dispone que “[t]odas 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 pretextos 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”.

Es pertinente mencionar, a su vez, que en virtud del artículo 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales los Estados partes se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por razones de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Por su parte, el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos —que, igual que el anterior, tienen jerarquía constitucional (cfr. art. 75, inc. 22, CN)—, prohíben toda discriminación 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.

El artículo 11, CCBA, en términos de filosofía política pregona la igualdad para el mayor número de personas en el mayor número de aspectos. La igualdad absoluta, entendida como la igualdad de todos en todo, es el ideal-límite al cual se puede tender mediante sucesivas aproximaciones (cfr. Bobbio, Norberto, Igualdad y Libertad, Paidós, 1993, p. 84, citado por el juez Guillermo A. Muñoz en la causa “*Salgado, Graciela Beatriz c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*”, expte. SAO n° 826/01, el 21/11/01).

Según el postulado expuesto por Alexy, “*Si no hay ninguna razón suficiente para la permisión de un tratamiento desigual, entonces está ordenado un tratamiento igual*” (cfr. Alexy, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 395).

El principio de igualdad se ve afectado cuando se practican distinciones basadas en factores sobre los cuales el ser humano no tiene control. El valor de dicho

principio consiste, precisamente, en el igual valor asignado a todas las diferentes identidades que hacen de cada persona un individuo diferente de los demás y de cada individuo una persona como todas las demás (cfr. Slonimski, Pablo, *La ley antidiscriminatoria*, Fabián J. Di Placido, Buenos Aires, 2001, p. 23).

Tal como lo ha puesto de relieve el máximo estrado federal en la causa “*Gottschau, Evelyn Patrizia c/ Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/ amparo*” (Fallos: 329:2986), el artículo 16, CN, no impide la existencia de diferenciaciones legítimas, toda vez que la igualdad que establece no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales circunstancias se concede a otros (Fallos: 153:67, entre muchos otros).

El ámbito de la norma admite las gradaciones, las apreciaciones de más o de menos, el balance y la ponderación, en tanto no se altere lo central del principio que consagra, esto es, la igualdad.

La edad, como cualidad de las personas físicas, es tenida en cuenta por el orden jurídico para atribuir diversos efectos jurídicos. Cuando existen razones sustanciales que lo justifiquen, establecer límites en función de la edad puede ser razonable –tal como se desprende, por caso, de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “*Belfiore, Liliana Inés c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires*” (Fallos: 308:1726)–.

Consecuentemente, para que sea constitucional la norma que trata de manera distinta a las personas con sustento en la edad o un parámetro ligado estrechamente a un factor etario –como, por ejemplo, la jubilación–, es necesario que las diferencias que establece sean razonables.

Pues bien, en este sentido es dable destacar que, conforme el artículo 75, inciso 23, CN, corresponde al Congreso “[l]egislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, de las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” (art. 75, inc. 23, CN).

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado en San

Salvador el 17 de noviembre de 1988, establece que toda persona tiene derecho a protección especial durante su ancianidad, entre otros aspectos, en materia de salud.

La Asamblea General de las Naciones Unidas, en la Proclamación sobre los ancianos, párrafo 2, urgió el apoyo de las iniciativas nacionales sobre el envejecimiento, y señaló que la implementación de políticas y programas nacionales apropiados para las personas ancianas son consideradas como parte de las más importantes estrategias, destacando la necesidad de que organizaciones gubernamentales y no gubernamentales colaboren para el cuidado básico de la salud.

En el ámbito local, el artículo 10, CCBA, dispone que “[r]igen todos los derechos, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados internacionales ratificados y que se ratifiquen. Estos y la presente Constitución se interpretan de buena fe. Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos”.

A su vez, el artículo 41, CCBA prevé que “[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”.

V. Llegado este punto del desarrollo argumental, cabe señalar que el derecho de opción de obra social no es de fuente constitucional, sino legal (leyes n° 472 y 3021). Pero sí tienen aquél rango las normas que reconocen el derecho a un nivel de vida adecuado, el establecimiento de políticas diferenciales para las personas mayores, la garantía de igualdad y la proscripción de la discriminación.

A su vez, el derecho de elección es un derecho conexo o vinculado al derecho a la salud integral –también de rango constitucional (arts. 33, CN; y 20, CCBA)–, de forma tal que la lesión, restricción o menoscabo del primero puede comportar una afectación indirecta al segundo, particularmente en el caso de las

personas que, dada su condición, más necesidad tienen de recurrir al sistema de salud, entre ellos las personas mayores.

Parece obvio mencionar que la cobertura adecuada en materia de salud constituye una de las necesidades específicas del sector pasivo a las que se refiere el artículo 41, CCBA; tal como lo prueba, por lo demás, el artículo 21, inciso 6, CCBA, al reconocer expresamente a la tercera edad el derecho a una asistencia particularizada.

Por tanto, es indudable que la regulación legal del derecho de elección no puede vulnerar estos postulados constitucionales, y en consecuencia su legitimidad debe ser juzgada a la luz de éstos.

VI. El preámbulo de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, al enunciar sus objetivos, menciona el de organizar las instituciones y promover el desarrollo humano en una democracia fundada –entre otros valores– en la solidaridad.

Asimismo, la solidaridad es uno de los principios que rigen en materia de seguridad social, rasgo que excede el interés meramente individual de las personas comprendidas, pone de relieve la relación del sujeto con una determinada comunidad de la cual forma parte e implica la exigencia de un esfuerzo a los miembros de la comunidad para lograr la cobertura de las contingencias que pudiesen afectar a los otros individuos.

Ahora bien, en la regulación examinada el aporte solidario –esto es, el mantenimiento de la obligación de efectuar los aportes a los afiliados que permanecen cautivos– es impuesta coactivamente a los más vulnerables (el sector pasivo). Esto afecta de manera ostensible la garantía de razonabilidad (arts. 28, CN; y 10, CCBA) y, además, subvierte la noción de solidaridad en la medida que el sacrificio es exigido precisamente a los más necesitados de asistencia.

VII. Así las cosas, el examen del sistema normativo resulta, pues, suficiente para demostrar que el límite fijado en la ley n° 3021 al ejercicio del derecho de elección de obra social vulnera la norma general de igualdad contenida en los artículos 16, CN; y 11, CCBA, en la medida en que se opone a reglas que gozan de jerarquía constitucional y que no solo prohíben dictar normas que establezcan distinciones discriminatorias, sino

que imponen a los órganos estatales el deber de remover los obstáculos de cualquier orden que limiten la igualdad e impidan el desarrollo pleno de las personas.

Ha quedado acreditado, también, que la regulación impugnada se halla en clara oposición a otros mandatos constitucionales. Así, el diseño de políticas sociales que atiendan las necesidades específicas de las personas mayores; la cobertura adecuada de la salud; la solidaridad social y la garantía de razonabilidad.

Todo ello resulta suficiente para confirmar, en los términos de los artículos 43, CN; y 14, CCBA, la declaración de inconstitucionalidad efectuada en la instancia de grado.

VIII. A igual solución se arriba si la cuestión es enfocada desde la perspectiva de las llamadas “categorías sospechosas”, que se consideran tales pues su uso ha estado históricamente asociado a prácticas que tienden a subvalorar y colocar en situación de desventaja a ciertas personas o grupos, de forma tal que no constituyen *per se* criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racional y equitativo de bienes, derechos o cargas.

Esta doctrina no desconoce la facultad que, en principio, los poderes políticos tienen para trazar distinciones legales entre categorías de personas cuando ello resulta conveniente a efectos de llevar adelante objetivos legítimos, y se presume la constitucionalidad de la norma sancionada de conformidad con las formas prescriptas para ello. Pero en ciertos casos, cuando el legislador establece distinciones a partir de determinados factores, ellas pueden responder a prejuicios o estereotipos que tienen el efecto de excluir del legítimo ejercicio de un derecho a categorías enteras de personas.

En este sentido, se ha dicho que: “[e]l empleo por parte del legislador o del poder reglamentador de estas clasificaciones no queda absolutamente vedado. Sin embargo, la normativa que incluya criterios del tipo de los señalados en el párrafo anterior se ve afectada de una presunción de ilegitimidad. En coincidencia con esta doctrina, el constituyente porteño ha incorporado una serie de clasificaciones ‘sospechosas’ —porque pueden esconder motivos de distinción incompatibles con el principio de no discriminación— que facilitan la impugnación de las disposiciones que las incluyan. Desde el punto de vista del control judicial de constitucionalidad, esta presunción de ilegitimidad se traduce en dos técnicas procedimentales: la inversión de

la carga justificatoria, y el sometimiento de esa justificación a un estándar de escrutinio judicial elevado. La inversión de la carga justificatoria pone en cabeza del Estado la fundamentación de la medida una vez acreditado, por quien impugna la norma, el empleo de una distinción sustentada en una clasificación ‘sospechosa’. De modo que cabe al Estado explicitar las razones concretas por las cuales acudió a la clasificación cuestionada para establecer la distinción que se objeta. A falta de demostración suficiente por parte del Estado, la presunción de ilegitimidad queda confirmada y la norma no supera el examen de constitucionalidad. Las condiciones que el Estado debe satisfacer, o las pruebas que debe aportar, si fuera del caso, van más allá de la argumentación acerca de la razonabilidad de la solución que incorpora a la norma. El Estado tiene la carga de demostrar que el empleo de la clasificación ‘sospechosa’ es estrictamente necesario para el cumplimiento de un fin legítimo y que no disponía de otro medio menos gravoso. No basta, entonces, con señalar la licitud del fin a alcanzar; el Estado debe justificar por qué era necesario acudir a esa distinción fundada en una clasificación ‘sospechosa’ para alcanzar esos fines. La carga que, desde esta perspectiva, se le impone al Estado no es de cumplimiento imposible, pero exige un cuidadoso análisis de las consecuencias que genera el tipo de prescripción de que se trata, toda vez que debe destruirse la presunción de ilegitimidad de la que es portadora la clasificación escogida” (del voto de la jueza Alicia Ruiz en “Znadevicius, Luisa Laimute c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, expte. n° 6749/09, sentencia del 25/11/09).

El constituyente consideró, entonces, que cuando se acude a esas características o factores para establecer diferencias en el trato, se presume que se ha incurrido en una conducta injusta y arbitraria que viola el derecho a la igualdad. La norma que aplique esos estándares no será constitucional si el poder público no prueba que el fin que persigue la norma es un interés constitucional extraordinario. En tales casos, se exige una ponderación más estricta que la mera razonabilidad, pues se debe justificar un precepto que determina una desigualdad frente al valor constitucional que la igualdad supone.

De manera tal que, cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en factores como los enunciados —en forma no taxativa— en el artículo 11, CCBA, corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una

presunción de inconstitucionalidad que incumbe a la demandada neutralizar (CSJN, causa “Hooft”, Fallos: 327:5118).

Después de señalar la inversión del *onus probandi* que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, la Corte Suprema puntualizó en el precedente citado que aquella solo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que habría intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los fines, destacó que deben ser sustanciales y no basta que sean meramente convenientes. En cuanto a los medios, indicó que es insuficiente una genérica adecuación a los fines, sino que debe 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.

En estas situaciones corresponde aplicar, por tanto, un criterio de ponderación más exigente que el de mera razonabilidad. Este último parámetro, que funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, resulta insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa.

Por ello, en este contexto la parte demandada no podía contentarse con la sola alegación de que la exclusión de los afiliados pasivos del sistema de opción implementado por la ley n° 3021 es razonable o aún conveniente, y que resultaba adecuada al fin perseguido. Por el contrario, debía acreditar que existían fines sustanciales que requerían que la opción solo pudiese ser efectuada por los afiliados activos. Debía, además, disipar toda duda sobre si no existirían medidas alternativas que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para los afectados.

En este caso, es claro que los argumentos dados por la ObSBA para sostener el tratamiento desigual que surge en forma evidente de la norma no alcanzan a constituir ‘razón suficiente’ para admitir la diferencia de tratamiento, y ello basta para determinar la necesidad de separar ese límite del ordenamiento jurídico local. En efecto, la demandada no ha aportado al expediente fundamentación alguna tendiente a cumplir la carga de demostrar la finalidad perseguida mediante la regulación impugnada, la necesidad ineludible de excluir del derecho de elección de obra social al sector pasivo y

la inexistencia de otras alternativas menos gravosas para los derechos comprometidos. Y ello tampoco surge del debate parlamentario de la ley n° 3021.

IX. En consecuencia, corresponde rechazar los agravios vertidos por la ObSBA y confirmar la sentencia apelada, en cuanto hizo lugar al amparo y declaró la inconstitucionalidad 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 del accionante en su calidad de jubilada.

Los argumentos precedentemente expuestos coinciden, en esencia, con la actual jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad (cfr. “*Touriñan, Norma Susana y otros c/ GCBA y otros s/ amparo –art. 14 CCABA– s/ recurso de inconstitucionalidad concedido*”, expte. n° 7889/11, sentencia del 09/05/12).

X. Respecto del alcance que cabe asignar al derecho de opción según el sistema actual, tal como expuse en la causa “*Fiocca Arnaldo Fernando c/ OSBA s/ amparo*”, expediente n° 29020/0, sentencia del 30 de abril de 2010, cabe realizar las siguientes consideraciones:

1. El dictado de la ley n° 3021 (BOCBA n° 3156, del 17/04/09) ratifica la voluntad legislativa plasmada en la ley n° 472 (BOCBA n° 1025, del 12/09/00) y, en tal medida, corrobora la procedencia de la pretensión.

En este sentido, cabe señalar que, si bien el proyecto de ley remitido a la Legislatura por el Poder Ejecutivo (CE n° 75.092/2008), finalmente sancionado con modificaciones, previó expresamente la derogación de los artículos 37 y 38 de la ley n° 472 (cfr. art. 5 del proyecto), lo cierto es que esa decisión no fue adoptada por la Legislatura, que suprimió ese texto del proyecto.

Así las cosas, aun cuando durante el debate parlamentario se aludió reiteradamente a la existencia de supuestos obstáculos que traducirían la imposibilidad jurídica de implementar el mandato legal contenido en los artículos 37 y 38 de la ley n° 472, a tenor del texto finalmente sancionado es claro que las previsiones de la ley mencionada en último término permanecen vigentes.

2. Los antecedentes normativos inmediatos de la ley n° 3021 (DNU n° 1/08 y ley n° 2637) avalan esta interpretación.

a. En efecto, de los fundamentos del DNU n° 1/08 (BOCBA n° 2843, del 04/01/08), se desprende que el Jefe de Gobierno dispuso la intervención de la ObSBA “...a efectos de facilitar el cumplimiento de la manda contenida en la Ley N° 472 y adherir al Sistema Integrado Nacional de Salud...”.

En este sentido, el artículo 6° de esta norma instruyó al interventor “...para que a la brevedad posible concrete la adhesión de la obra social al régimen del Sistema Integrado Nacional, regido por las Leyes Nros. 23.660 y 23.661, de acuerdo con lo prescripto por los artículos 37 y 38 de la ley N° 472...”.

Este precepto encomendó al interventor, asimismo, realizar “...un detallado informe de la situación económica y financiera de la obra social”, teniendo en cuenta las conclusiones “...altamente preocupantes...” surgidas de la evaluación de los servicios de la entidad –que había sido dispuesta por el Ministerio de Salud–, las cuales “...revelan un estado de señalada irregularidad en el otorgamiento de las correspondientes prestaciones...” (fundamentos del DNU citado, párr. séptimo).

Todo ello, a fin de proveer adecuada atención a la salud de los agentes y, a su vez, observar la obligación de “...cumplir las decisiones judiciales firmes que ordenan dar libertad de elección de obra social a los empleados de la Ciudad, de acuerdo con el ya citado régimen nacional...”.

b. Por su parte, la ley n° 2637 (BOCBA n° 2849, del 14/01/08) facultó al Poder Ejecutivo a intervenir la ObSBA “...a fin de dar cumplimiento a lo prescripto por los artículos 37 y 38 de la Ley N° 472” (art. 1), y creó en el ámbito de la Legislatura una Comisión Interdisciplinaria para que elaborase un proyecto de reorganización de la obra social (art. 2), que debería “...tener en cuenta la aplicación del artículo 37 de la Ley N° 472...” (art. 4).

3. De lo dicho hasta aquí se desprende que la Legislatura trató un proyecto de ley que preveía expresa y claramente la derogación de los artículos 37 y 38 de la ley n° 472 y, luego del debate parlamentario, sancionó un texto legal que no establece tal derogación, circunstancia que permite inferir el claro propósito de mantener en vigencia esas disposiciones.

A su vez, tal criterio resulta concordante con el que surge en forma explícita de los antecedentes normativos –posteriores al dictado de la ley n° 472 y anteriores a la ley n° 3021, esto es, el DNU n° 1/2008 y la ley n° 2637–.

Ello conduce a sostener la persistencia de una voluntad legislativa de exigir el cumplimiento de los mandatos impartidos en los preceptos citados anteriormente, es decir, adhesión de la ObSBA al régimen del Sistema Integrado Nacional y libertad de elección de obra social.

4. Lo expuesto en el considerando precedente plantea la exigencia de hallar una interpretación que otorgue plena efectividad a todos los preceptos coexistentes – esto es, las disposiciones de la ley n° 472 en materia de elección de obra social y la ley n° 3021– de manera tal que conformen un sistema normativo dotado de coherencia y unidad.

XI. Así las cosas cabe sostener, por un lado, que el derecho de libre opción de obra social en los términos de la ley n° 472 –así como también la obligación legal de promover los medios tendientes a la integración de la entidad al Sistema Nacional del Seguro de Salud– permanece vigente toda vez que no fue derogado y; por el otro, que la ley n° 3021 complementa las disposiciones de ese texto legal –en particular, con respecto al derecho de opción–, por cuanto instituye un sistema alternativo que permite a los beneficiarios optar por alguna de las obras sociales inscriptas en el registro de entidades (art. 2, decreto n° 377/09 –BOCBA n° 3169, del 07/05/09–) que hubiesen celebrado convenio con la ObSBA.

El nuevo sistema, por tanto, presenta como ventaja relativa el hecho de que resulta de operatividad inmediata –pues no se halla supeditado a la incorporación de la ObSBA al Sistema Nacional del Seguro de Salud–; pero, paralelamente, limita tanto el universo de los beneficiarios de la opción que prevé (únicamente los afiliados activos), cuanto las obras sociales por las cuales es posible optar según este régimen (sólo las inscriptas en el registro), al mismo tiempo que impone determinadas condiciones específicas para la celebración de los convenios (la entidad receptora debe comprometerse a brindar, a su exclusivo cargo, al menos las prestaciones que actualmente ofrece la ObSBA, sin objetar carencias, establecer preexistencias o exámenes de admisión, etc.).

De manera concordante con el criterio expuesto, durante el debate de la ley n° 3021 el diputado Olivera sostuvo que “...*esta es la mejor opción, porque se agrega una alternativa más al beneficiario...*”; esto es, la posibilidad de optar en el marco de la ley n° 472 o bien en los términos de la ley n° 3021.

XII. Es así que, en este orden de ideas, a fin de concretar el derecho de elección de obra social evitando “...*soluciones que puedan desvirtuar el ejercicio de ese derecho al entrar en pasividad...*” (cfr. Fallos: 324:1550), corresponde comunicar a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) que, en su carácter de agente de retención, proceda a afectar los fondos correspondientes a aportes y contribuciones por obra social de la Sra. F. a la obra social que ella disponga —en el caso OSDE— de conformidad con lo solicitado en la demanda.

Recurso de apelación de la parte actora:

XIII. Llegados a este punto, corresponde referirse a la apelación de la parte actora. Al respecto conviene recordar que la Sra. F. se quejó pues, a su criterio, si bien el *a quo* declaró la inconstitucionalidad del artículo 3 de la ley N° 3021, en cuanto impedía el ejercicio del derecho de opción para los afiliados de la ObSBA que se encontraban jubilado “...*vuelve parcialmente sobre sus pasos, porque excluye a OSDE de las consecuencias patrimoniales de la obligación de mantener la afiliación (...) [y le] impone un régimen diferente de aquel que tenía cuando revistaba en actividad...*” (fs.222).

Así, arguyó que además de entregar a OSDE los aportes que corresponden a ObSBA deberá abonar una suma necesaria para equiparar el monto fijado por la empresa de medicina prepaga para un particular que se afilia en forma directa al plan de salud OSDE 210.

Por tanto concluyó que, habiéndose aceptado la libertad de elección y existiendo entre ambas demandadas un convenio por el cual ella se adhirió a OSDE “...*en esas condiciones debía continuar la afiliación de la suscripta...*” (fs.224vta./225).

XIV. Ahora bien, en estas actuaciones, se observa que el memorial presentado por la actora no constituye una crítica concreta y razonada de la resolución recurrida, limitándose a disentir con lo resuelto por el señor magistrado de primera instancia, sin efectuar un desarrollo crítico que demuestre la existencia del presunto error de juicio que atribuye al pronunciamiento recurrido.

Nótese, en particular, que la recurrente no expuso argumento alguno a fin de rebatir eficazmente los fundamentos desarrollados por el juez de grado quien –luego de analizar la normativa relacionada y las constancias de la causa– entendió que no quedó demostrado que la empresa de medicina prepaga 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 que por qué ObSBA debería encontrarse obligada a mantener las condiciones del plan OSDE 210 que poseía la Sra. F. previo a encontrarse jubilada ...*”. Por tanto concluyó que “...*la diferencia dineraria existente y/o que pueda existir entre la retención y posterior derivación de aportes que efectúe ANSES a OSDE y el valor del plan al cual se encuentra afiliada la accionante, resulta una contingencia ajena a las obligaciones de la ObSBA...*” (fs. 212 vta.).

En consecuencia, la completa orfandad que ostenta el escrito de expresión de agravios trunca toda posibilidad de considerar que las críticas formuladas resulten aptas para rebatir los argumentos dados por la magistrada de grado sobre la cuestión.

Al respecto, resulta acertado lo apuntado por la señora Fiscal en su dictamen, en tanto señaló que “...*el reconocimiento del derecho de opción de la actora en su calidad de jubilada no conduce, sin más, a sostener que pueda obligarse a la empresa de medicina privada a aplicar, respecto de la accionante, un contrato que ya no se encuentra vigente por no presentarse, en el caso, uno de los presupuestos de hecho a los que se sujetó* (fs. 249/253).

Por las consideraciones expuestas, cabe concluir que no se encuentran satisfechas las exigencias de fundamentación requeridas para sostener el recurso y, por lo tanto, corresponde declararlo desierto (arts. 236 y 237 del CCAyT).

VOTO DE LA JUEZA FABIANA H. SCHAFRIK:

I. Adhiero al voto de mi colega preopinante en cuanto confirma la sentencia de grado que declaró la inconstitucionalidad del artículo 3° de la ley n° 3021 y declaró desierto el recurso de apelación de la parte actora.

II. Asimismo, con respecto al alcance que corresponde asignar al derecho de opción, un nuevo estudio de la cuestión me lleva a coincidir con la solución que propicia el juez Carlos F. Balbín en los puntos X a XI de su voto.

Por ello, corresponde comunicar a la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES) que, en su carácter de agente de retención, proceda a afectar los fondos correspondientes a aportes y contribuciones por obra social de la Sra. F. a la obra social que ella disponga —en el caso OSDE— de conformidad con lo solicitado en la demanda.

VOTO DE LA JUEZA MARIANA DIAZ:

I. Doy por reproducido el relato de los hechos efectuado en los puntos I a III del voto del juez Carlos F. Balbín, a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

Asimismo comparto la solución propuesta respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte actora.

II. Seguidamente, corresponde abocarse a la cuestión de fondo y, para ello, resulta oportuno detallar el cuadro normativo aplicable al caso *sub exámine*.

En el artículo 1° de la ley n° 3021 (BOCBA n° 3156, del 17/04/09) se prescribe que: “*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”.

A su vez determinó, en el artículo 3° –y en lo que aquí interesa– que *“La afiliación y cobertura de todos los jubilados y pensionados comprendidos en la Ley N° 472 quedará a cargo de la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (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”.*

A los fines de instrumentar el derecho de opción, en el artículo 5°, se estableció que *“El Poder Ejecutivo implementará un registro de entidades que, en el marco de la presente Ley, incorpore beneficiarios provenientes de la ObsBA. Sólo podrán inscribirse en este registro los agentes del Sistema Nacional de Salud, los que quedarán obligados a recibir a los trabajadores que ejerzan la opción del Artículo 1°, cualquiera fuere su nivel salarial o integración de su grupo familiar, brindándoseles a los mismos idénticas prestaciones de las que gozan los beneficiarios de origen”.*

En ese marco, el poder ejecutivo reglamentó la ley mediante el dictado del decreto n° 377/09 (BOCBA n° 3169, del 07/05/09), en cuyo artículo 1° se estableció que *“La 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) 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”.*

En el artículo 3° se dispuso que *“El 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 vigente 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 la relación de empleo”.*

Además, en el artículo 4° se delimitó el ámbito del derecho de opción, al prever que *“La libre opción será ejercida por el afiliado titular, en forma personal, ante la ObsBA y sólo podrá formularse respecto a una obra social comprendida en el art 1° del presente Decreto”.*

Es decir que aquellos afiliados que se encuentren en las excepciones previstas en la norma, no podrán ejercer el derecho de opción de obra social. De acuerdo al caso planteado, la situación de la señora Balzano quedaría comprendida en el inciso a) del artículo 3° del decreto n° 377/09, relativo a los jubilados y pensionados.

III. Ahora bien, la sala II de este fuero ha tenido oportunidad de expedirse en una situación similar a la de autos y respecto de la aplicación de las normas en cuestión manifestó: “...*la coexistencia de ambas leyes podría indicar que la ley 3021 es sencillamente un hito en el camino hacia la desregulación definitiva que diseñó la ley 472 y que aún, no se ha logrado*”. Asimismo, destacó “*Respecto de los sujetos alcanzados, también la ley 3021 limita su alcance a todos los agentes activos, excluyendo a los agentes pasivos, cuya opción sí estaba contemplada en la ley 472*”.

Para resolver la cuestión, luego de un profundo estudio del derecho a la igualdad, la no discriminación y las garantías constitucionales que resguardan los derechos de las personas mayores, resolvió que, frente a la expresa exclusión de los jubilados de poder elegir la obra social dispuesta también en el artículo 3° de la ley n° 3021 y teniendo en cuenta además, que la demandada no intentó justificar de manera alguna la exclusión de los agentes pasivos de la posibilidad de optar y simplemente se había limitado a repetir el texto legal, “...*el artículo 3° de la ley 3021, en cuanto excluye a los afiliados pasivos de la posibilidad de opción resulta inconstitucional*” (cfr. sala II *in re: “Tourriñan Norma Susana y otros c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA)”*, expte. n° 29510/0, sentencia del 10/06/10).

Dicha causa, con motivo del recurso de inconstitucionalidad planteado por la demandada, se elevó al Tribunal Superior de Justicia de ésta Ciudad (TSJ) que confirmó la decisión apelada.

El TSJ sostuvo 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 ejercido 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)*”. En el mismo sentido, agregó 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)”.

Y por ello concluyó en que “...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)” (v. voto de la Dra. Ruiz en “Tourriñan, Norma Susana y otros c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA s/ recurso de inconstitucionalidad concedido”, Expte. n° 7889/11, sentencia del 09/05/12).

Por su parte esta sala se pronunció en una causa similar y expresamente sostuvo que “...el derecho de opción de obra social no es de fuente constitucional, sino legal (leyes 472 y 3021). Pero sí tienen aquél rango las normas que reconocen el derecho a un nivel de vida adecuado, el establecimiento de políticas diferenciales para las personas mayores, la garantía de la igualdad y la proscripción de la discriminación. A su vez, el derecho de elección es un derecho conexo o vinculado al derecho a la salud integral —también de rango constitucional (arts. 33, CN; y 20, CCBA)—, de forma tal que la lesión, restricción o menoscabo del primero puede comportar una afectación indirecta al segundo, particularmente en el caso de las personas que, dada su condición, más necesidad tienen de recurrir al sistema de salud, entre ellos las personas mayores. Parece obvio mencionar que la cobertura en materia de salud constituye una de las necesidades específicas del sector pasivo a las que se refiere el art. 41, CCBA; tal como lo prueba, por lo demás, el art. 21, inc. 6, CCBA, al reconocer expresamente la tercera edad el derecho a una asistencia particularizada”.

Por tales consideraciones y teniendo presente las garantías previstas en la Constitución de la Ciudad se afirmó que “...*el examen del sistema normativo resulta, pues, suficiente para demostrar que el límite fijado en la ley 3021 al ejercicio del derecho de elección de obra social vulnera la norma general de igualdad contenido en los arts. 16, CN; y 11, CCBA, en la medida en que se opone a reglas que gozan de jerarquía constitucional y que no sólo prohíben dictar normas que establezcan distinciones discriminatorias, sino que imponen a los órganos estatales el deber de remover los obstáculos de cualquier orden que limiten la igualdad e impidan el desarrollo pleno de las personas*”. Y en el mismo sentido se sostuvo que “*Ha quedado acreditado, también, que la regulación impugnada se halla en clara oposición a otros mandatos constitucionales. Así, el diseño de políticas sociales que atienda las necesidades específicas de las personas mayores; la cobertura adecuada de la salud; la solidaridad social y la garantía de razonabilidad. Todo ello resulta suficiente para admitir, en los términos de los arts. 43, CN; y 14, CCBA, el planteo de inconstitucionalidad efectuado por la parte actora*”.

Asimismo, respecto de la conducta de la demandada, se dijo que “...*la parte demandada no podía contentarse con la sola alegación de que la exclusión de los afiliados pasivos del sistema de opción implementado por la ley 3021 es razonable o aún conveniente, y que resultaba adecuada al fin perseguido. Por el contrario, debía acreditar que existían fines sustanciales que requerían que la opción solo pudiese ser efectuada por los afiliados activos. Debía, además, disipar toda duda sobre si no existirían medidas alternativas que pudieran garantizar el objetivo perseguido de un modo menos gravoso para los afectados (...)* En efecto, las accionadas no han aportado al expediente fundamentación alguna tendiente a cumplir la carga de demostrar la finalidad perseguida mediante la regulación impugnada, la necesidad ineludible de excluir del derecho de elección de obra social al sector pasivo...”.

Por ello, se resolvió admitir los agravios vertidos por la parte actora y revocar la sentencia apelada, haciendo lugar al amparo, declarando la inconstitucionalidad de la ley nº 3021 en lo concerniente al ámbito subjetivo del derecho de elección que admite (afiliados activos); debiendo entenderse, por tanto, que el derecho es reconocido a favor de todos los afiliados a la obra social codemandada

(cfr. esta sala *in re* “Melito Héctor Julio c/ GCBA y otros s/ amparo [art. 14 CCABA]”, expte. n° 35353/0, sentencia del 17/12/10).

IV. Establecido lo anterior, cabe agregar que por medio de la ley n° 3021 se instituyó un sistema que permite a los beneficiarios –afiliados activos– optar por alguna de las obras sociales inscriptas en el registro de entidades (art. 2, decreto n° 377/09) que hubiesen celebrado convenio con ObSBA.

En efecto, mediante la sanción de la ley n° 3021, la Legislatura resolvió implementar un registro para que, los agentes del Sistema Nacional de Salud que lo integren, incorporen a los beneficiarios de ObSBA que así lo requieran (art. 5). De ese modo, la legislación vigente delineó el sistema a partir del cual se propuso dejar “asegurada la libre opción de obra social para todos los afiliados” de ObSBA (art. 1). La interpretación armónica de las previsiones legales aplicables indica que se podrá optar entre cualquiera de los agentes del seguro nacional de salud que figure en el registro local ya aludido.

En consecuencia y teniendo en cuenta, además, los fundamentos expuestos, los agravios de la demandada omiten indicar el motivo por el cual los afiliados pasivos no podrían acceder al beneficio de opción de elección de la obra social.

Así las cosas, corresponde rechazar los planteos formulados por ObSBA.

V. En lo que se refiere a la discusión en torno al modo de cumplimiento de la sentencia, el TSJ sostuvo, en la mencionada causa “Tourriñan”, que *“lo disfuncional que la condena dispuesta resultaría en el marco del “Sistema Integrado Nacional” (...) 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. (...) 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” (cfr. voto del Dr. Lozano en la citada causa “Tourriñan”).

Establecido ello, el planteo efectuado por ObSBA sobre este punto resulta ajeno a la *litis* por lo que tampoco tendrá favorable acogida.

VI. Sin perjuicio de lo expuesto, cabe señalar que mediante la sanción de la referida ley n° 3021, la Legislatura resolvió implementar un registro para que, los agentes del Sistema Nacional de Salud que lo integren, incorporen a los beneficiarios de ObSBA que así lo requieran (art. 5).

A su vez, en el decreto n° 377/ 09 –reglamentario de la ley n° 3021– se estableció que la libre opción de obra social prevista en el artículo 1° de la ley n° 3021, podrá ser ejercida conforme la nómina de entidades inscriptas en el Registro de Obras Sociales para Convenios de Reciprocidad (creado por Disposición N°1-ObSBA/09, art. 1).

De este modo, como se adelantara, el alcance que corresponde al derecho de opción, según el sistema actual, no necesariamente abarca a todos los agentes del seguro de salud nacional sino aquellos prestadores incorporados al registro local.

Así las cosas tal como dispuso el magistrado de grado, deberá comunicarse a la ANSES, en su carácter de agente de retención, a fin de que tome conocimiento de lo decidido con relación a derivación de los aportes y contribuciones que por obra social se le descuentan a la señora F. en favor de OSDE (quien no ha cuestionado el fallo en crisis) atento a que la amparista ha hecho uso de su derecho de opción por esa entidad.

En mérito a las consideraciones vertidas, disposiciones normativas y jurisprudencia citadas, de conformidad con el criterio expuesto por el Ministerio Público Fiscal; el tribunal **RESUELVE:** **1)** rechazar el recurso de apelación interpuesto por la ObSBA y, en consecuencia, confirmar la sentencia apelada, con el alcance dispuesto en los puntos XII del voto del juez Carlos F. Balbín y II del voto de la jueza Fabiana H. Schafrik; **2)** declarar desierto el recurso de apelación de la parte actora; **3)** imponer las costas a la demandada sustancialmente vencida (cfr. arts. 14 CCABA, 26 de la ley n° 2145 –texto consolidado por la ley n° 5666– y 62 del CCAyT).

Regístrese y notifíquese –al señor fiscal ante la cámara en su público despacho y a las partes mediante cédulas por secretaría–. Oportunamente, devuélvase.

Mariana DIAZ
Jueza de Cámara
Contencioso Administrativo y Tributario
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Fabiana H. SCHAFRIK de NUÑEZ
Jueza de Cámara
Contencioso Administrativo y Tributario
Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Carlos F. BALBIN
Juez de Cámara
Contencioso, Administrativo y Tributario
Ciudad Autónoma de Buenos Aires