

ACUERDO

En la ciudad de Ushuaia, Capital de la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, a los 6 días del mes de marzo del año dos mil veinticuatro, se reúnen en Acuerdo ordinario los miembros del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, para dictar pronunciamiento en los autos caratulados "**Bastida, Alejandra Miriam c/ IPAUSS s/ Contencioso Administrativo**", expediente N° 3354/16, de la Secretaría de Demandas Originarias, resultando que debía observarse el siguiente orden de votación jueces Dr. Ernesto Adrián Löffler, Sergio Manuel Dieguez, Daniel Alejandro Sacks y Andrés Leonelli.

ANTECEDENTES

I. Se presenta con el escrito de fs. 8/13 Alejandra Miriam Bastida por derecho propio con patrocinio letrado, e inicia la presente acción contencioso administrativa contra la obra social IPAUSS (actual Obra social de la Provincia de Tierra del Fuego, OSEF), a fin de que ésta realice las contribuciones a OSDE —Organización de Servicios Directos Empresarios—, por cuanto era la compañía prestadora de servicios de salud por la cual había optado cuando se encontraba en actividad laboral.

Plantea la nulidad de la disposición de presidencia 368/2016 que rechazó su pretensión porque carece de dictamen jurídico previo. Agrega que la decisión final debió emanar del Directorio y no de Presidencia, lo que vulneraría las previsiones legales en la materia.

Además, sostiene la inconstitucionalidad de la ley provincial 1071, concretamente en lo dispuesto en el artículo 2, que prevé como afiliados obligatorios al IPAUSS a todos los beneficiarios de dicho régimen legal.

Indica que el 1º de julio de 2015 comenzó a ser beneficiaria de la jubilación ordinaria, pero que previamente había solicitado continuar con la contratación de OSDE como obra social y no con la prevista en la ley 1071, pedido que se rechazó el 23 de marzo de 2016.

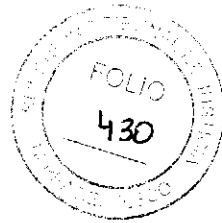
Narra que el 14 de octubre de 1997 optó por adherirse a la obra social OSDE, que implicó la baja del entonces Instituto de Servicios Sociales. Por otra parte, fruto de otras labores compatibles con su función, también derivó los aportes correspondientes a OSDE, que era la prestadora que cubría los servicios de salud solicitados por la actora y su grupo familiar.

Precisa que, sin perjuicio de obtener el beneficio jubilatorio, no interrumpió el aporte a OSDE ya que su cónyuge lleva adelante un tratamiento en un centro de salud cuya cobertura fue otorgada por dicha obra social.

Señala que la demandada no cumple acabadamente su rol en el sistema de salud, endilgando al efecto ciertos incumplimientos relativos a otros beneficiarios. Expresa que esa circunstancia se sustenta en pronunciamientos del Tribunal de Cuentas provincial.

Tras detallar la diferencia que significa el aporte obligatorio en sus haberes, y el peso que significa en su jubilación, sostiene que su derecho a la salud se ve afectado por no poder continuar su cobertura con la obra social que escogiera. A su vez, manifiesta que tal accionar resultaría confiscatorio.

Ofrece prueba que considera relevante, peticiona que eventualmente se haga lugar a su pretensión, con expresa imposición de costas.



Luego, con su presentación de fs. 14/15, amplía la demanda, solicita una medida cautelar y adiciona nueva prueba.

II. La providencia del 22 de agosto de 2016 —fs. 16—, ordena la sustanciación de la medida cautelar con la demandada, lo que se produce conforme a la cédula de fs. 19.

En su presentación de fs. 35/52 el entonces IPAUSS, a través de su letrado apoderado, resiste la medida cautelar. Al efecto, hace una reseña de la normativa aplicable, la posibilidad de opción del régimen, y entiende que no asiste razón a la actora, por lo que peticiona el rechazo de la cautelar.

Así, con la resolución del día 6 de octubre de 2016 —fs. 54/59—, se rechazó la medida preventiva, lo que fue oportunamente consentido por las partes.

Por último, la sentencia del 7 de noviembre de 2016 —fs. 70— considera formalmente admisible la demanda y ordena su traslado.

III.- Con el escrito de fs. 82/95, procede a contestar demanda la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego como continuadora del entonces Instituto Provincial Autárquico Unificado de Seguridad Social, donde solicita se integre la *litis* con la Provincia de Tierra del Fuego. Ello debido al planteo de inconstitucionalidad del artículo 2º de la ley 1071.

Refiere que las reformas introducidas por las leyes 1070 y 1071 impactan en la legitimación pasiva de este proceso, ya que se dispuso la disolución del organismo demandado IPAUSS, cuyas funciones se dividirían entre dos entes, la Caja de Previsión Social y la Obra Social, ambas de la Provincia de Tierra del Fuego.

Luego de la negativa que por ley tiene derecho a realizar, indica que, al revestir la actora la condición de jubilada de la Provincia resulta beneficiaria de las prestaciones que otorga su poderdante, circunstancia que implica la contribución obligatoria de ciertos sujetos previstos en la norma.

Según los principios de la seguridad social, entre los que destaca el de solidaridad, el sistema se estructura en términos de justicia social, y ello trae aparejado una falta de correspondencia entre lo que un beneficiario aporta y lo que recibe.

Cita al respecto doctrina de la Corte Suprema sobre el funcionamiento de las obras sociales y la obligación de contribución que tienen determinadas personas, sean jubiladas o en actividad laboral.

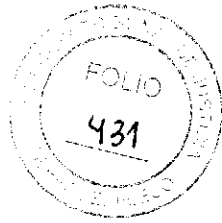
Se expide sobre el derecho a la salud, que la actora indica es afectado por la afiliación obligatoria a la obra social provincial, y sostiene que ello no es así, al ser una manda constitucional provincial el resguardo de la salud, derecho que se concretaría con la prestación a través de la obra social provincial.

Refiere que el sistema requiere la contribución obligatoria, y endilga en la actora la falta de prueba respecto a los incumplimientos que el escrito inaugural le atribuye a su mandante.

Concluye con un repaso de sus argumentos en forma abreviada, y solicita oportunamente se rechace la demanda, con imposición de costas.

IV.- Con el decreto del 15 de marzo de 2017 —fs. 96— se ordenó sustanciar el pedido de integración de *litis*, el cual no mereció réplica, y el





Estrado rechazó la pretensión de citación de tercero con la sentencia del 31 de octubre de 2017 —fs. 102/103—.

V.- Con la providencia del día 8 de noviembre de 2017 —fs. 109—, se abrió la causa a prueba. Luego, al disponer autos a alegar, ese derecho es ejercido únicamente por la actora —fs. 378/380—, y el Sr. Fiscal ante este Superior Tribunal dictamina a fs. 388/393 —id. 19302—.

VI.- Por otro lado, y toda vez que diversos magistrados y magistradas optaron en su momento por la afiliación a una obra social distinta a la de la provincia, es que se excusaron de intervenir a mérito de lo previsto en el artículo 41 del código de rito. Ello implicó la integración del Tribunal para su aceptación —fs. 418/419 y 426/427—.

VII.- En consecuencia, se dispuso el sorteo del orden de votación y el llamado de autos para sentencia —id. 150700—, por lo que el Tribunal resolvió considerar y votar las siguientes

CUESTIONES:

Primera: *¿Es procedente la demanda?*

Segunda: *¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?*

A la primera cuestión el juez Ernesto Adrián Löffler dijo:

1. La actora pretende que los aportes que realiza a la obra social estatal sean derivados a OSDE, como lo hacía en la faz activa de su ejercicio laboral. Plantea así la nulidad de la disposición de presidencia 368/2016 y la inconstitucionalidad del artículo 2 de la ley 1071.

Sostiene que la imposibilidad de elección vulnera sus derechos debido a los incumplimientos y servicio deficiente que endilga a la demandada, por lo que se considera compelida a contratar la obra social OSDE de manera particular, y ello implica un desmedro en sus haberes jubilatorios. Así, tacha de confiscatoria la afiliación obligatoria a la obra social estatal.

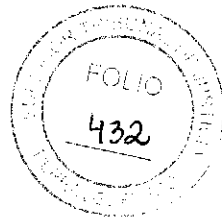
La demandada rechaza la pretensión, indica que los derechos de la actora no se encuentran vulnerados, por cuanto la lógica del sistema de seguridad social implica la afiliación obligatoria, como también la normativa aplicable prevé que las personas jubiladas formen parte del universo de beneficiarios. Por ese mismo motivo es requerida su contribución.

2. Llegados a este punto, corresponde abordar en primer lugar el planteo de inconstitucionalidad respecto del artículo 2º de la ley 1071, pues el examen de la constitucionalidad de la obligación que surge de esa norma es una cuestión medular para la decisión sobre la pretensión de la actora, y de concluirse que dicha norma es inconstitucional, el acto administrativo atacado portaría un vicio en su objeto que determinaría su nulidad absoluta.

Respecto al control de constitucionalidad de una norma, me remito a lo expresado en el punto 3º de mi voto en los autos "ROLÓN, Antonio Javier s/ Robo", sentencia del 25 de junio de 2021, y al punto 2º de mi voto en el precedente "GONZÁLEZ FEIGI, Rocío Celeste s/ Resistencia a la autoridad, Lesiones leves y daños agravados en cso. ideal (Flag)", sentencia del 15 de julio de 2021.

En dicha oportunidad destacué, con cita al profesor Amaya, que la supremacía de la constitución tiene un sentido fáctico, que se identifica con la constitución material e implica que es el fundamento y pilar del ordenamiento político-jurídico del Estado, pero también posee otro vinculado





a la constitución formal que, revestida de superlegalidad, hace que las normas y actos de los operadores públicos y privados se ajusten a ella (Jorge Alejandro AMAYA, Control de constitucionalidad, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 54).

La supremacía constitucional determina una relación jerárquica entre los preceptos que conforman nuestro ordenamiento jurídico y habilita la declaración judicial de inconstitucionalidad cuando se rompe ese orden por un acto o disposición contraria a la Constitución.

En el caso, la actora argumenta, por un lado, la imposibilidad de aplicar retroactivamente una ley posterior que afecte situaciones consolidadas; y por otro, la vulneración de derechos adquiridos.

En principio, una ley nueva no puede tener efectos retroactivos. Sin embargo, y en la medida en que no se afecten derechos garantizados por la Constitución nacional, pueden existir casos en que se permita su retroactividad.

Sobre el punto, el Código Civil y Comercial establece en su artículo 7° que las nuevas leyes son aplicables a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Además, como principio general, fija que las normas no son retroactivas, salvo que se disponga tal efecto, en cuyo caso no podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Ahora bien, cabe mencionar que la actora en su actividad laboral había optado por una obra social diferente a la provincial. Luego, al acceder al beneficio de la jubilación y pasar de situación activa a pasiva, se encontraba ya vigente la ley 641, que contemplaba dentro del universo de sujetos alcanzados por la misma a todo el sistema de jubilaciones, retiros y

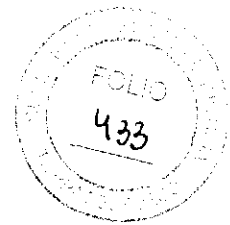
pensiones creado —incluido el contemplado por la derogada Ley territorial 244— o a crearse en el ámbito de la Provincia, destinado a los agentes dependientes de los tres Poderes del Estado provincial, sus municipalidades y comunas, entes autárquicos y descentralizados y sociedades con participación mayoritaria estatal, en cualquiera de sus manifestaciones, salvo las fuerzas de seguridad dependientes de la Provincia — conforme su artículo 3º—.

Es decir que si bien le asistía el derecho de opción a la actora mientras permaneció como trabajadora activa, dicha circunstancia se vio modificada al momento de acceder al beneficio de la jubilación y pasar a situación de pasividad.

Luego, el texto del artículo 2 de la ley 1071 no hizo más que receptor el contenido de aquella norma al prever que la OSEF tiene por objeto principal el gobierno y la administración del sistema de prestaciones medico asistenciales, destinado a jubilados y pensionados del Régimen Previsional provincial y al personal dependiente de: a) la Administración Central; b) los Organismos Autárquicos y/o Descentralizados; c) el Poder Legislativo; d) las Municipalidades; y e) el Poder Judicial de la Provincia incluyendo a los agentes, funcionarios y magistrados; y f) el Tribunal de Cuentas y la Fiscalía de Estado de la Provincia incluyendo a sus agentes y funcionarios.

En suma, la obligación de realizar los aportes al sistema solidario provincial por parte de jubilados y jubiladas, independientemente del poder en el cual prestaron servicios durante su actividad laboral, ya se encontraba plasmado en el texto de la ley 641, vigente al momento en que la actora obtuvo el beneficio jubilatorio.





Por otro lado, el artículo 2 de la ley 1071 establece que todos los sujetos comprendidos en el mismo, "... sin excepción de ningún tipo, se encuentren o no afiliados al IPAUSS con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley, quedan obligatoriamente incluidos en el presente régimen".

De lo expuesto infiero que la aplicación de la regla cuestionada no es retroactiva, sino con efecto futuro. Se cumple así con la previsión de aplicar los parámetros del artículo 7º del Código Civil y Comercial.

Pero no sólo ello, como quedó demostrado, desde el 1º de noviembre de 2004, con la reforma de la ley provincial 641 es que rige la obligatoriedad de los beneficiarios y beneficiarias de la caja de previsión de la provincia de afiliarse obligatoriamente a la obra social provincial, extremo que luego fue replicado en la ley 1071. Así, es claro que la situación de la actora, desde su incorporación al régimen de pasividad, siempre fue la misma, es decir, nunca tuvo la alternativa de optar por una obra social distinta.

En suma, la regla, desde el mismo momento en que la actora pasó a situación de pasividad, fue la obligatoriedad de la afiliación a la obra social provincial, al igual que para todos los jubilados y pensionados del régimen local.

3. En suma, de la lectura de las normas en juego (leyes territoriales 10, 49, 273, 442 y provinciales 534, 641 y 1071) se puede extraer sin mayor esfuerzo que quienes en su calidad de trabajadores o trabajadoras en actividad habían optado por una obra social distinta de la estatal provincial, tenían una situación jurídica consolidada siempre y cuando se mantuviesen como activos en el sistema.

Sin embargo, cuando la persona muta su relación jurídica con el Estado provincial, y pasa de ser funcionaria o agente a jubilada, al modificarse dicha relación, por transitar de la actividad a la pasividad, la relación de revista es distinta, pues se rige por sus propias reglas. Justamente por ser diversa, carece de la consolidación de derechos referida.

En efecto, la naturaleza jurídica de ambas facetas (activo y pasivo) difiere sustancialmente. Así, cuando una persona se encuentra en actividad, contribuye al sistema no sólo con su labor sino también con los aportes que realiza. En cambio, al serle concedida la jubilación, pasa a ser beneficiaria de aquellos aportes que otrora realizara, y disfruta de la contribución del resto de los trabajadores. Tal es la lógica solidaria del sistema de seguridad social.

Por ello, cuando la actora mutó de su condición activa a la condición pasiva, su situación se transformó por completo y dio lugar a una nueva relación jurídica que se regiría por lo dispuesto en el entonces artículo 3º de la ley 641, cuyo contenido fue receptado por el actual artículo 2º de la ley 1071. Por este motivo ya no contaba con la posibilidad de optar por una u otra obra social, como si podía hacerlo en el marco de su relación anterior.

De ahí que, si bien la actora sostiene la tesis de que la posibilidad de elegir una obra social en su calidad de jubilada sería un derecho adquirido que viene de su relación jurídica con el Estado en calidad de empleador, entiendo que por las razones esgrimidas no le asiste razón en este punto.

4. A más de lo señalado, y con relación específicamente a la alternativa de que las normas locales prevean que los jubilados se encuentren obligados a ser parte y, en consecuencia, realizar aportes un régimen de seguridad social específico, resulta importante recordar que la



Corte nacional ha convalidado en otras ocasiones la afiliación obligatoria de los jubilados —en su caso al IOMA, Instituto de Obra Médica Asistencial en la Provincia de Buenos Aires (Fallos 322:215)—.

Entonces indicó que “[...] no se advierte que la afiliación obligatoria al I.O.M.A. y sus correspondientes aportes resulten irrazonables, confiscatorios o violatorios de las garantías constitucionales invocadas ni de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, desde que tal prescripción también encuentra su fundamento en una norma de rango constitucional —art. 14 *bis*—, para cuyo efectivo cumplimiento se recurre, entre otros principios, al de solidaridad social que, como ha resuelto esta Corte, incluso puede llegar a legitimar que contribuyan al sistema de seguridad social quienes, por diversos motivos, no obtuvieran beneficio alguno por tal aporte (Fallos: 291:409) [...]” —considerando 4º—.

En el mismo sentido, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha señalado que la cuestionada “obligatoriedad” “[...] encuentra su debida justificación en la necesidad de solventar un sistema de salud donde —como ya dije—, el principio rector es la solidaridad, idea que rebasa los principios de la justicia conmutativa regulatorios de las prestaciones individuales sobre la base de una igualdad estricta, para insertarse en el de justicia social, cuya exigencia fundamental consiste en la obligación de quienes forman parte de una determinada comunidad de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común, de acuerdo a las capacidades y posibilidades de cada uno [...]” (*in re*: “Isacch, Jorge Simon contra Ministerio de Economía. Pretensión de restablecimiento o reconocimiento de derechos. Recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad de ley”, sentencia del 2 de noviembre de 2016).

Lo expuesto, además, permite dar respuesta al argumento de la actora relativo a un supuesto enriquecimiento sin causa que devendría del aporte que realiza a una obra social de la que no recibiría beneficios, por cuanto el sistema solidario de la seguridad social se basa en que el aporte de una persona persigue el beneficio del universo de personas alcanzadas por aquel y no sólo de quien realiza la contribución obligatoria.

Así, en definitiva, y contrariamente a lo planteado por la actora, no se observa que el artículo 2º de la ley 1071 resulte violatorio del orden constitucional.

5. Como siempre sostengo en mis pronunciamientos, resueltas las presentes actuaciones, advierto que sólo he abordado aquellas cuestiones que resultan necesarias para poder llegar a la decisión que en definitiva se propicia, es decir aquellos puntos de cuya determinación depende directamente el sentido y alcance del resolutorio.

Ello pues *"...es sabido que los jueces no se encuentran obligados a pronunciarse respecto de la totalidad de los agravios esgrimidos por las partes, sino sólo respecto de las cuestiones que resulten conducentes para la solución del caso (CS Fallos 221:37; 222:186; 226:474; 228:279; 233:47; etc.)..."* (*in re*: "Gatti, Gustavo Justo c/ Raffo Magnasco, Cecilia, Pace, María Teresa y Provincia de Tierra del Fuego s/ Daños y Perjuicios s/ Recurso de Queja", sentencia del 5 de noviembre de 2003).

Por ende, atendiendo a que la pretensión sustancial de la actora se vincula, en definitiva, con el reconocimiento de un derecho adquirido a elegir una obra social en situación de pasividad, advierto que la conclusión sobre la constitucionalidad del artículo 2º de la ley 1071 torna inoficioso expedirse sobre la nulidad de la disposición de presidencia 368/2016 y los vicios que le



atribuye a aquel acto administrativo, pues como se indicara previamente, la cuestión medular vinculada a la pretensión expuesta en autos refiere concretamente a la imposibilidad de elegir una obra social diferente de la provincial.

6. En su mérito y por los argumentos expuestos, a la cuestión propuesta **voto por la negativa**.

Los jueces subrogantes **Sergio Manuel Dieguez y Daniel Alejandro Sacks** comparten los argumentos expresados en el voto preopinante, adhieren a ellos y votan la primera cuestión en los mismos términos.

A la primera cuestión el juez subrogante Andrés Leonelli dijo:

1.- La abogada Alejandra Bastida, con el patrocinio letrado del abogado Oscar Suárez, cuestiona la posición asumida por la Obra Social de la Provincia, en tanto la obliga en su situación de pasividad -con sustento en la ley provincial 1071-, a mutar de la obra social OSDE -por la que oportunamente el sistema institucional le había permitido optar-, a la Obra Social de la Provincia.

Sostiene en su defensa la doctrina de los derechos adquiridos, el derecho a la salud y discontinuidad que se genera en los tratamientos que viene realizando tanto ella como su grupo familiar, en el Hospital Alemán y con distintos médicos especialistas no incluidos en la cartilla de prestaciones de la demandada.

2.- La Obra Social, por su parte, sostiene la obligatoriedad de adherir al sistema de salud provincial para todos los sujetos activos que pasan a la situación de pasividad, con independencia de la prestadora de salud que

hubieran tenido con anterioridad. Funda tal extremo en el principio de solidaridad que, según entiende, impera en materia de seguridad social.

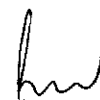
3.- Expuestas las posturas antagónicas de las partes, estimo pertinente precisar el objeto del presente que, según lo veo, se ciñe a la discusión sobre si resulta pertinente (conforme a derecho) otorgar protección jurídica a la opción oportunamente ejercida por la demandante durante su vida activa (se inclinó entonces por la cobertura brindada por la prestadora OSDE).

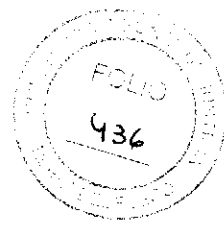
En esta coyuntura, es de suma importancia advertir que no se encuentra controvertido en autos que la actora tuvo oportunidad (debidamente reglada) de optar por OSDE durante su período de actividad conforme la posibilidad que le otorgara el sistema institucional provincial.

En tales condiciones, la discusión radica en determinar si la opción legalmente escogida durante su vida activa goza –ahora- de protección jurídica al pasar a situación de pasividad o si, por el contrario, tal como sostiene la Obra Social, la actora se encuentra obligada a cambiar de sistema en los términos de la Ley Provincial 1071.

Como se puede observar, la controversia no transita por dirimir si existe en cabeza de la accionante el derecho a optar libre y discrecionalmente por una obra social diferente a la provincial al momento de jubilarse. Sino, por el contrario, se encamina a dilucidar si la elección realizada (durante un período normativamente establecido) merece protección jurídica a la luz de la doctrina de los derechos adquiridos.

3.a.- Como bien ha señalado en su dictamen el por entonces Sr. Fiscal ante este Superior Tribunal, Dr. Oscar Fappiano -prestigioso jurista y





ex integrante y Presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos-, subsiste en la esfera de la autonomía de voluntad de la actora el derecho a permanecer bajo la cobertura que tenía con anterioridad a la obtención del beneficio jubilatorio puesto que, en su oportunidad y en razón de su vínculo con el Estado provincial, se le concedió la posibilidad de optar por la obra social de su preferencia.

Yace aquí uno de los puntos neurálgicos del análisis, pues lo que ha mutado es la condición del sujeto activo -agente y/o funcionario público del Estado Provincial-, que pasa luego a revestir en pasividad como consecuencia de su acogimiento al régimen jubilatorio local. Cabe recordar que, en esta provincia, tanto durante la vida activa del sujeto como al ingresar al régimen de pasividad, la obra social es la misma y se encuentra a cargo del Estado local (primero IPAUSS y ahora Obra Social Provincial). Es decir, la Obra Social es una sola en ambas etapas de la vida del sujeto (distinto sería el análisis si el Estado dispusiera dos organismos de salud, uno para la etapa activa y otro para su vida pasiva). Y si ello es así, teniendo en cuenta que a la actora oportunamente el sistema institucional provincial le permitió optar por salir del régimen de la obra social estatal, no es razonable sostener que en pasividad se encuentre obligada a ingresar a un sistema, al cual ya decidió no pertenecer.

No se trata entonces de una discusión sobre la discrecionalidad de la actora para acogerse a un sistema o a otro -en el caso partimos de la plataforma consentida de que el Estado le permitió optar-, **sino de la protección jurídica que merece esa opción (oportuna y normativamente ejercida) ante la pretensión de la Obra Social Provincial de incluirla de forma obligatoria al organismo al acogerse al régimen jubilatorio.**

3.b.- Tal como fue referenciado por el Fiscal ante este Superior Tribunal en su dictamen, resulta de aplicación directa lo previsto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -con rango constitucional en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional-, que en el primer párrafo de su artículo 12 establece que los Estados Partes reconocen “(...) *el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (...)*” y se comprometen, en el párrafo siguiente, a la adopción de medidas tendientes a “(...) *asegurar la plena efectividad del derecho (...)*”.

3.c.- Tal como se dijo, la actora tanto en su vida laboral activa y ahora como pasiva, mantiene un vínculo con el Estado provincial que no se vio interrumpido, sino continuado bajo condiciones diferenciadas propias de cada etapa -primero como empleada y luego como jubilada-. El solo cambio de condición, producto de su jubilación, en ningún caso podría afectar, ni someramente, su derecho a la salud.

En mérito a ello luce irrazonable la decisión de la Obra Social provincial de pretender que la actora se incorpore como afiliada al jubilarse, cuando en realidad optó oportunamente –mediante un mecanismo legalmente establecido y consentido durante años por el Estado Provincial, e incluso por la Obra Social- por acceder al sistema médico prestacional a través de OSDE.

Es importante remarcar –a riesgo de ser reiterativo- que en la generalidad de los casos es la misma obra social del Estado Provincial la que acompaña a los empleados o funcionarios públicos durante su vida laboral activa primero y luego en pasividad, sin embargo, en el caso bajo análisis ello no fue así. El haber concedido a la actora la posibilidad de optar



por la prestadora que a su entender mejor amparaba su derecho a la salud mientras se encontraba en actividad, impide al Estado provincial establecerle imperativamente un régimen diferente con motivo de su acogimiento al beneficio jubilatorio, sin incurrir en una vulneración de su derecho a la salud motivada en las diferentes prestaciones, especialistas y tratamientos ofrecidos por una y otra obra social.

3.d.- En esta línea argumental, la decisión de la demandada (de acoger imperativamente a la actora al jubilarse) implica vulnerar el principio de no regresividad en materia de derechos humanos, entre los que se incluye el derecho a la salud. Así, se impone al Estado no tomar decisiones que impliquen modificar el contenido de los derechos, disminuyendo su alcance.

En este sentido, la Corte Nacional (con remisión al dictamen del Procurador General de la Nación) ha enfatizado que una retrogradación de derechos consagrados en normas fundamentales –previamente receptados en las leyes que regulaban su ejercicio y que fueron abrogados sin razones legítimas, “...resulta inconcebible en el diseño constitucional moderno que consagra el principio de la progresividad de los derechos sociales, que tiene por función evitar el retroceso de aquello que es conducente al logro de la justicia social (art. 75, incisos 19, 22 y 23 de la CN; 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)...” (Cfrme. fallo CSJN: M. 1380, XLI., “MEDINA, Orlando Rubén y otro c/ Solar Servicios On Line Argentina S.A. y otro s/ interrupción de prescripción”).

Nótese que la actora manifestó, y la demandada no ha logrado desvirtuar, que se genera un claro desmedro de su situación particular con

su traspaso a la obra social provincial. Según explicó, no podría continuar con su atención en el Hospital Alemán, ni el tratamiento con los médicos que la asisten, al igual que su grupo familiar.

En este aspecto no puede soslayarse el prolongado vínculo terapéutico que ha conservado la actora con los servicios de salud de OSDE desde el comienzo mismo de sus dolencias y durante el largo desarrollo de su vida en actividad, que tal como reclama se vería interrumpido con su afiliación obligatoria a la Obra Social de la Provincia.

Es claro que existe una afectación al derecho a la salud de la actora.

Dicho ello, a continuación, expondré los motivos por los que, a mi juicio, la solidaridad que alega la demandada como justificación razonable de esta afectación, tampoco se encuentra configurada.

3.e.- Desde el punto de vista de la sostenibilidad del sistema, que podría ser el fundamento legítimo o causa válida para afectar el derecho a la salud en el caso particular, corresponde precisar que no advierto el perjuicio económico-funcional que según aducen, se generaría para la obra social. Alegan que el daño estaría dado por el hecho de que la actora permanezca en la prestadora privada de salud por la que optó oportunamente. Tales premisas me llevan a conclusiones diametralmente opuestas. En primer lugar, porque el Estado Provincial no cuenta con ese aporte desde el momento en que la actora ejerció la opción legal y, en segundo lugar, porque -a priori- no parece significar una gran ventaja para la Obra Social incorporar a la demandante y su cónyuge en un momento en el cual objetivamente sería esperable que tengan más necesidades a cubrir por la franja etaria en la que se encuentran.



En efecto, en esta línea, es la propia demandada quien reconoce – contradiciéndose a sí misma- que se da una distorsión en el sistema: *“...generada en la postura de quienes, en actividad, desconocen como obra social al IPAUSS pero son afiliados obligatorios a la obra social al tiempo de jubilarse (cfr. Art. 2 ley t. 442 y ley 561). La consecuencia es fatal para el sistema pues la demanda prestacional se potencia por razones biológicas y el fondo solidario se debilita en perjuicio de quienes aportaron toda su vida laboral. No ha sido ésta la voluntad del legislador al tiempo de la sanción de la ley territorial 442, pues sabido es que la inconsecuencia y la imprevisión no se presumen”* (Sic. El resaltado es propio. Ver fs. 44 último párrafo).

Como se puede observar, de la simple lectura de la contestación de la demanda, es el propio organismo estatal el que reconoce (razonablemente, por cierto) la inaplicabilidad del principio de solidaridad al caso de marras, en razón del alto costo que le genera al organismo acoger afiliados cuando la demanda prestacional se incrementa por razones biológicas propias de la edad del afiliado. De tal manera, aquella fatalidad sistémica a la que se refiere la parte excluye el concepto de solidaridad en materia previsional, ya que atenta contra la propia esencia del concepto: la sostenibilidad colectiva del sistema.

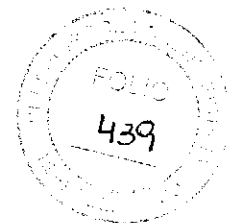
Ergo, en un todo de acuerdo con las consideraciones efectuadas por el demandado, considero que cargarle al organismo provincial la obligación de brindarle prestaciones médicas a la actora en el momento de mayor demanda por razones biológicas –amén de la afectación al derecho a la salud a la que ya me he referido- no es solidario con el sistema. Es que, si ello así fuera, el Estado debería realizar mayores erogaciones en la etapa en la que menores aportes realiza el sujeto. Por tanto, configuraría un enorme

contrasentido liberar la elección del afiliado durante su vida activa (cuando mayores aportes efectúa y menor demanda prestacional requiere) y recaptarlo imperativamente cuando menos aportes desembolsa al organismo y mayores gastos le genera.

En suma, y teniendo especialmente presente los parámetros conceptuales delineados por la CSJN a lo largo de los años en materia de justicia social, debe concluirse que el principio de solidaridad no es un concepto estático ni dogmático, ya que se construye sobre la idea de “bien común”, y ponderando las circunstancias fácticas-normativas de cada caso. Así, el análisis integral de sostenibilidad que aquí se efectuó (mirando más allá del mero aporte de la afiliación), resulta un presupuesto ineludible para comprender cómo impacta en cada caso la incorporación (aquí obligatoria) de un sujeto o un colectivo sobre la integración del patrimonio de la obra social. En esta inteligencia, tal como afirma la propia demandada, el valor prestacional debido a la alta demanda biológica de la actora es un factor de análisis que no puede escindirse de la solución del caso, a la hora de ponderarlo con otro derecho fundamental como el acceso a la salud.

Lo expuesto, me exime de efectuar mayores consideraciones al respecto.

3.f.- Sin perjuicio de lo anterior, es preciso aclarar -análisis consecuencialista mediante, conforme predica el Dr. Lorenzetti en su libro “Teoría de la Decisión Judicial, Fundamentos en Derecho”- que los efectos de esta decisión, lejos de propiciar un desequilibrio económico, tienden a brindar protección jurídica y financiera al organismo. Tal como se desarrolló previamente, no se establece aquí como precedente la libre elección discrecional de prestadoras de servicios de salud, sino la protección jurídica



a través de la doctrina de los derechos adquiridos, de las personas que optaron oportunamente por permanecer en OSDE cuando la ley les permitía hacerlo, y cuyo universo es sumamente restringido.

Nótese que conforme surge de estas actuaciones son alrededor de 350 las personas que optaron oportunamente por derivar sus aportes activos a OSDE (ver fs. 115/127). Número insignificante en relación a las miles de personas (activas y pasivas) que hoy aportan a la Obra Social Provincial. Conforme datos de acceso público (ver sitio de gestión transparente del Gobierno de TDF y Boletín Estadístico del mes de septiembre-2023 de la CPSPTF) son alrededor de 25.000 los aportantes (activos + pasivos) a la Obra Social Provincial. Y si ello es así, la totalidad de las personas que podrían encontrarse en la situación de la actora no representan más del 1,4 % (en desaparición) del universo integral de aportantes a la caja de previsión social.

Sabido es que el número de agentes y funcionarios que derivan aportes a OSDE fue disminuyendo a partir de la imposibilidad normativa que se impuso posteriormente, razón por la cual, como se dijo, es claro que se trata de un pequeño colectivo limitado y en innegable desaparición.

Más aún, en los términos de los argumentos que aquí se desarrollan, sólo quedarían alcanzados por esta decisión aquellos que no hubieran consentido o no consientan la disposición de traspaso oportunamente dispuesta por el organismo provincial de salud al momento de jubilarse - ejerciendo su derecho a impugnar, tal como lo hizo la actora en el presente-. Solo ello, da cuenta de los limitadísimos efectos jurídicos de la decisión que aquí se propone.

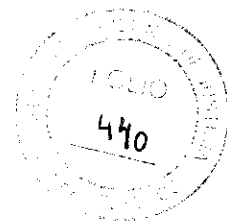
3.g.- En este marco, es importante tener especialmente presente que, dada la importancia de los derechos involucrados -si hubiera alguna duda respecto a la aplicación de una norma- debe resolverse a favor del derecho a la salud, por inspiración en el principio que impone resguardar la posición jurídica que mejor ampara la justicia social.

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación expuso que: “(...) *en materia de seguridad social lo esencial es dar protección a aspectos básicos de las necesidades humanas, por lo que no debe llegarse al desconocimiento de eventuales derechos sino con extrema cautela, evitando incurrir en excesos formales, y de acuerdo con el principio in dubio pro justicia socialis (arg. Fallos: 329:126; 330:4690 y 5303, entre otros)*” (CSJN, “Mollanco, Marta Ofelia y otro c. Unión Personal s/ amparo”, sentencia del 11/03/2014).

En el marco del análisis hasta aquí desarrollado, concluyo sin temor a equivocarme, que el art. 2, in fine, de la Ley Provincial 1071, en cuanto dispone la inclusión obligatoria de todos los sujetos (afiliados o no al IPAUSS al momento de entrada en vigencia de la norma) a dicho régimen, contrariamente a lo deslizado en la demandada, no resulta aplicable –en cuanto aquí se analizó- al caso de marras. Los derechos y principios fundamentales (constitucionales y convencionales) a los que me he referido previamente, así lo imponen.

En el mismo sentido este Superior Tribunal de Justicia ha señalado “...que con arreglo al principio **in dubio pro justitia socialis**, las normas deben ser interpretadas ‘...a favor de quienes al serle aplicadas con este





sentido tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida a través de las cuales es posible a la persona humana desarrollarse según su dignidad... (CSJN, Fallos 341:954)” (Cfrme. STJ, F “Peralta”, Expte. N° 4311/2021, T.142-F.143/156, del Libro de Resoluciones y Sentencias de la Secretaría de Demandas Originarias).

Por las consideraciones expuestas y en virtud de lo previsto por los artículos 99 inciso b) y 110 inciso d) de la ley 141, concluyo que la disposición de presidencia 368/2016 resulta nula, por adolecer de vicio en el elemento causa como antecedente de derecho, al fundarse en una norma - artículo 2° de la ley 1071- que transgrede los principios y derechos constitucionales tratados.

A la segunda cuestión el juez Ernesto Adrián Löffler dijo:

1. Por los fundamentos dados al evacuar el interrogante anterior, propongo al acuerdo desestimar la demanda en cuanto solicita la declaración de inconstitucionalidad del artículo 2° de la ley 1071 para permitir la libertad de elección de obra social a la actora.

Respecto a las costas, estimo prudente imponerlas en el orden causado, por cuanto la cuestión resultaba novedosa para este Estrado, y la actora bien pudo creer que su pretensión podría haber tenido distinto resultado.

Los honorarios de los letrados intervinientes se regulan al amparo de la ley 1384 (artículos 31, 49, 51 inciso a.), en atención a la labor desplegada, las etapas del proceso efectivamente cumplidas, el resultado obtenido y el carácter de su intervención profesional, se establece a favor de Alejandra

Miriam Bastida y Oscar Juan Suárez —letrada en causa propia y patrocinante respectivamente— catorce (14) IUS en forma conjunta. A su turno a favor de Pedro Rodolfo Sosa Unzaga, Sebastián Eduardo Rodríguez, María Carolina Villareal y Ramiro Araujo —apoderados y patrocinantes de la Caja de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego—, veinticinco (25) IUS, en forma conjunta. **Así voto.**

Los jueces subrogantes **Sergio Manuel Dieguez y Daniel Alejandro Sacks** comparten los argumentos expresados en el voto preopinante, adhieren a ellos y votan la segunda cuestión en la misma forma.

A la segunda cuestión el juez Andrés Leonelli dijo:

Por los argumentos vertidos al tratar el interrogante anterior, propicio admitir la demanda con costas a la demandada vencida (artículo 58 del CCA).

Con lo que terminó el Acuerdo dictándose la siguiente

SENTENCIA

Ushuaia, 6 de marzo de 2024.

Vistas: las consideraciones efectuadas en el Acuerdo que antecede y la votación de las cuestiones planteadas,

EL SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA

RESUELVE:

1°.- DESESTIMAR la demanda interpuesta por la Señora Alejandra Miriam Bastida.



2°.- **IMPONER** las costas por su orden (artículo 59 CCA).

3°.- **REGULAR** los honorarios profesionales de Alejandra Miriam Bastida y Oscar Juan Suárez —letrada en causa propia y patrocinante respectivamente— catorce (14) IUS en forma conjunta; y de Pedro Rodolfo Sosa Unzaga, Sebastián Eduardo Rodríguez, María Carolina Villareal y Ramiro Araujo —apoderados y patrocinantes de la Caja de Previsión Social de la Provincia de Tierra del Fuego—, veinticinco (25) IUS, en forma conjunta.

4°.- **MANDAR** se registre, notifique y devuelvan las actuaciones administrativas.

ERNESTO ADRIAN LÖFFLER

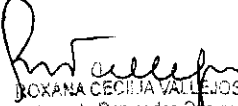
Andres Leonelli
Juez Subrogante
Superior Tribunal de Justicia

Sergio Manuel Dieguez
Juez Subrogante
Superior Tribunal de Justicia

ROXANA CECILIA VALLEJOS
Secretaria de Demandas Originarias
del Superior Tribunal de Justicia

Daniel Alejandro Sacks
Juez Subrogante
Superior Tribunal de Justicia

REGISTRADO en el TOMO 147 FOLIO 86/98
Del Libro de Resoluciones y Sentencias
Secretaría de Demandas Originarias 06/103/2024
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA


ROXANA CECILIA VALLEJOS
Secretaria de Demandas Originarias
del Superior Tribunal de Justicia