

Bahía Blanca, **24** de agosto de 2021.

VISTO: Este expediente n^o. **9071/2020/CA1**, caratulado: “**TRIGO, JUAN CARLOS c/ OSECAC s/ Amparo Ley 16.986**”, venido del Juzgado Federal n^o. **2** de la sede, para resolver la apelación de fs. 202/206 contra la sentencia de fs. 188/193.

El señor Juez de Cámara, doctor Pablo Esteban Larriera, dijo:

1ro.) La Jueza *a quo* rechazó la demanda interpuesta por el Sr. Juan Carlos Trigo contra OSECAC, sin perjuicio de los actos cumplidos en el marco del anticipo cautelar y los eventuales derechos que le correspondan a la demandada. Impuso las costas por su orden (fs.188/193).

2do.) Contra lo así resuelto apeló la parte actora. Sostiene, en síntesis, los siguientes agravios: **a)** que la sentencia vulnera un derecho adquirido a la atención médica por el trasplante hepático, desconoce los derechos que le asisten por ley 26.928, y afecta la continuidad de su atención médica; **b)** que las prestaciones asistenciales, negadas por el acto lesivo de la obra social y por la sentencia en cuanto determina el cese de afiliación con OSECAC, ya se habían incorporado al patrimonio de su representado mediante la obligación dispuesta por ley nacional (ley 23.660-23.661) así como la elección de esta parte de afiliación a la obra social de su rubro de actividad; **c)** que su representado es afiliado a OSECAC desde hace muchos años, cuando admitía a monotributista con una antigüedad mayor de 5 años como afiliados a continuar con la afiliación una vez pensionado o jubilado, ello conforme Comunicación Interna (CI) del 20/08/1999, mediante la cual la propia OSECAC agregaba tal requisito al derecho de opción consagrado en decreto 292/95. Que su representado se afilió con la idea de tener una continuidad en su cobertura de salud; que la demandada incumplió con su deber de informar en debida forma a sus afiliados –pacientes, siendo que primigeniamente admitía a los monotributistas continuar con la afiliación una vez jubilados y jamás lo informó de lo contrario–; **d)** La sentencia agravia a su representado por cuanto vulnera derechos fundamentales que integran su patrimonio, tales como el derecho a la salud, a la integridad psicofísica y a la seguridad social, ya que en su condición de trasplantado recibe control periódico por parte del Hospital Austral, consistente en visitas periódicas y control de las dosis suministradas de inmunosupresores que debe consumir de por vida, y por cuestiones de clínica médica es tratado por el equipo liderado por el Dr. Andrés Martínez, quien

USO OFICIAL



está en constante comunicación con sus médicos tratantes del Hospital Austral, todos lo atienden por OSECAC, y cambiar a PAMI le significa que debe atenderse con sus médicos es decir que el cambio le implica cambiar su atención médica por una que desconoce.

3ro.) La parte demandada contestó el traslado conferido a fs. 209/210 y el Ministerio Público Fiscal asumió la intervención conferida a fs. 215.

4to.) El amparista interpuso acción de amparo contra la Obra Social de Empleados de Comercio (OSECAC) a fin de que se ordene la cobertura urgente e integral al 100% de los medicamentos consistentes en: a) Everolimus (b) Certican Everolimus 0,75 mg., (c) Certican Everolimus 0,5 mg., MMF Sandoz Micofenolato de mofetilo, (d) Aspirina Prevent , (e) Acido Acetilsalícico 100 mg. (f) Acimed Omeprazol 20 mg., (g) Total Magnesiano en grageas (Citrato de Magnesio) en forma continuada e ininterrumpida en las dosis indicadas o las que en un futuro indique el médico tratante y consultas a sus médicos tratantes, internaciones y estudios médicos que pudieren ser necesarios en virtud de su condición de trasplantado hepático en tratamiento de por vida con inmunosupresores, insuficiencia renal, hiperplasia benigna de próstata y en estado de supervisión estricta con equipo clínico y hepatólogo, lo que anticipa cautelarmente. Por último, también reclama el reconocimiento judicial de continuar afiliado a OSECAC.

Refirió en la demanda que en febrero del 2020 inició los trámites tendientes a la obtención del beneficio jubilatorio como monotributista social, que en mayo de dicho año fue notificado de la aceptación, y el 8/07/20 percibió el primer haber, y esta situación fue el motivo de incesantes episodios de discriminación por parte de OSECAC de la que es afiliado desde hace 10 años.

Agregó que en el mes de junio del 2020, personal administrativo del sector “afiliaciones” de la accionada, anoticiados del inicio de los trámites jubilatorios, le manifestó verbalmente que la entrega de los medicamentos se suspendería, y que una vez alcanzado su condición de jubilado y monotributista quedaría automáticamente desafiliado a la entidad, negándosele las drogas correspondientes al mes de junio referido, que en ese momento estaban demoradas y jamás recibió.

USO OFICIAL



Sentado ello cabe determinar que el objeto de la controversia radica en determinar el reconocimiento judicial de continuar afiliado a OSECAC del amparista y la cobertura de los medicamentos, y por el otro, la negativa del agente de salud en base a que el actor es monotributista y se encuentra dado de baja por multifiliación, y en virtud de percibir el beneficio previsional, la cobertura de salud deber se provista por dicho INSSJP-PAMI.

5to.) En primer término resulta importante destacar que la CSJN en los autos “*Albónico Guillermo R. y otro c/ Instituto Obra Social*” consideró que “La creación del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados no importó un pase automático de los pasivos a ese organismo, pues el art. 16 de la referida ley 19.032 conservó la afiliación obligatoria a la obra social correspondiente al servicio prestado en actividad y los derechos y deberes derivados de esa relación, a menos que aquéllos optaran por recibir la atención del instituto, supuesto en que quedarían canceladas las obligaciones recíprocas de las obras sociales a las que pertenecían” (Cita Fallos Corte: 324:1550).

Además agregó que “...en tanto la decisión de cambiar la cobertura a favor del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados tenía carácter facultativo y requería una manifestación inequívoca de los afiliados que alcanzaran la jubilación para que cesaran los compromisos contraídos por la obra social originaria, cabe concluir que el art. 16 de la ley 19.032 no autoriza a presumir renuncia tácita del jubilado al servicio de salud que lo amparaba y que la ausencia de constancias acerca de esa opción obsta a tener por válida la transferencia producida sin una expresa voluntad en tal sentido”, y que, “el principio consagrado en el art. 16 de la ley 19.032 aparece corroborado, además, con el dictado de sucesivas normas legales y reglamentarias destinadas a ampliar y garantizar paulatinamente la libertad de elección de los prestadores médicos por parte de los beneficiarios lo que enfatiza la necesidad de evitar soluciones que puedan desvirtuar el ejercicio de ese derecho al entrar en pasividad. En tal sentido, cabe mencionar la posibilidad que se ha reconocido a los jubilados y pensionados de optar por la atención sanitaria de entidades que se inscriban en un registro especial previsto para esa finalidad, sin que ello altere la facultad de conservar las prestaciones que ya estaban a cargo de otros agentes del seguro de salud”.



Por su parte, la Ley de Obras Sociales 23.660, especialmente su art. 8, y su decreto reglamentario 576/93, confirman que la mera circunstancia de jubilarse, no implica automáticamente la transferencia del beneficiario al PAMI, sino que subsistirá para el ex trabajador el derecho de permanecer en la obra social que le prestaba servicios hasta entonces; conclusión que, a su vez, es ratificada por el art. 20, Ley 23.660 y su norma complementaria, al disponer que cuando el afiliado escogiese un agente de seguro distinto del PAMI, este debe transferir en igual plazo el monto equivalente al costo de módulo de régimen de atención médica especial para pasivos, que se garantiza a todos los jubilados y pensionados.

Asimismo, el art. 8 del decreto 292/95 dispone que ningún beneficiario del Sistema Nacional del Seguro de Salud podrá estar afiliado a más de un Agente, ya sea como beneficiario titular o como miembro del grupo familiar primario. Y a continuación señala que "...En todos los casos éste deberá unificar su afiliación".

Con este marco, cabe determinar qué opción voluntaria ejerció el amparista, en tanto la mera circunstancia de haber obtenido la jubilación no implica –sin más– la transferencia como beneficiaria del INSSJP.

La decisión de cambiar de cobertura a favor del INSSJP tiene carácter facultativo y requiere una manifestación inequívoca de los afiliados que alcanzan la jubilación para que cesen los compromisos contraídos por la obra social originaria, no autorizándose a presumir renuncia tácita del jubilado al servicio de salud que lo amparaba.

En autos quedó acreditado, conforme la carta documento del 26/06/2020 que el amparista manifestó expresamente su voluntad de continuar afiliado a OSECAC una vez adquirida la jubilación.

Es por ello y en virtud de lo dispuesto por el art. 8 del decreto 292/95, por el cual se dispone que ningún beneficiario del Sistema Nacional del Seguro de Salud podrá estar afiliado a más de un agente, en el presente el amparista manifestó expresamente su voluntad de continuar en la obra social demandada previo a obtener el beneficio previsional.

Por otro lado, el decreto 292/95 al crear el Registro de Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud para la Atención de Jubilados y Pensionados, determinó que los Agentes podían optar por no asistir a jubilados, asistir

USO OFICIAL



sólo a los de origen (el artículo 10mo. del decreto 292/95, de fecha 14/8/95, reglamentario de la ley 19.032, dispuso: “Créase el REGISTRO DE AGENTES DEL SISTEMA NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD PARA LA ATENCIÓN MEDICA DE JUBILADOS Y PENSIONADOS en el ámbito de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD, el que deberá estar en funcionamiento antes del 1º de octubre de 1995. En el Registro de referencia se inscribirán los Agentes del SISTEMA NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD que estén dispuestos a recibir como parte integrante de su población atendida a los jubilados y pensionados, debiendo especificar si recibirán sólo a los jubilados y pensionados de origen o a los provenientes de cualquier Agente del SISTEMA NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD”.

Por Resolución 4089/95 de ANSSAL, de fecha 8/11/95, se inscribió a la Obra Social para Empleado de Comercio y Actividades Civiles (I-2620-5) en el Registro de Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud para la Atención Médica de Jubilados y Pensionados.

Ahora bien, cabe determinar si dicha inscripción puede cercenar un derecho que se venía ejerciendo, por la mera circunstancia de haber obtenido el beneficio jubilatorio y en tal sentido comparto lo señalado por la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, el en los autos 3088/2019 “*Bernal, Ángel c OSTEAL*” del 27/11/2020, con respecto al alcance de la inscripción en el Registro de Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud para la atención Médica de Jubilados y Pensionados, donde expuso “*La inscripción en el registro a los fines de posibilitar la opción de los jubilados, a la que hacen referencia estas normas, solo puede ser interpretada como limitativa para quienes no son afiliados a esa obra social, es decir para aquellos afiliados activos o pasivos de otras obras sociales o para los jubilados que ya se encuentran afiliados al PAMI, pero no para quienes son afiliados activos de la obra social y luego de jubilarse mantienen esa calidad. Es que, en rigor, no se está ejerciendo, en ese último caso, opción alguna, ya que el afiliado, al jubilarse, no perdió su condición de beneficiario de la obra social. En consecuencia, no es este el supuesto de que un afiliado a una determinada obra social o al PAMI elija u opte por otra distinta, puesto que luego de jubilarse no pierde tal calidad y permanece como beneficiario. Ese es el sentido y alcance que debe atribuirse a la opción contemplada*



por el actual régimen de obras sociales, al que hace referencia el art. 11 del decreto 292/95. Además, los decretos invocados han tenido por finalidad alentar la posibilidad de que los beneficiarios del Sistema Nacional del Seguro de Salud elijan el agente que les brindara la prestación (ver considerandos del dec. 292/95, párrafo noveno), pero no impiden expresamente que quienes ya gozaban de una cobertura puedan continuar con ella. En efecto, no cabe asignarle al art. 10 del decreto 292/95 (texto según decreto 492/95), el alcance pretendido por la apelante, habida cuenta de que la inscripción de la obra social en el registro especificándose si solo recibirá a los jubilados de origen o a los provenientes de cualquier agente del Sistema Nacional del Seguro de Salud, debe ser interpretada –respecto de los primeros– en el sentido de que tiene por finalidad la de regularizar la situación de aquellos jubilados que reciben cobertura en su obra social de origen ...”.

A su vez, el régimen instaurado con los decretos 292/95 y 492/95, no modifican el panorama descripto, habida cuenta de que, tratándose de beneficiarios de la obra social en condición de trabajadores activos que pretenden mantener su afiliación al jubilarse, implicaría convertir en letra muerta la norma del art. 8 de la ley 23.660, que tiene jerarquía normativa superior.

Por otra parte, la finalidad de dichos decretos ha sido la de ampliar y no restringir las posibilidades de los jubilados y pensionados en la libre elección del agente de seguro de salud que les asegure la eficacia de las prestaciones médicas. En consecuencia, los decretos 292/95 y 492/95 integran y complementan un régimen jurídico vigente en materia de obras sociales, que se encuentra regulado por las leyes 23.660 y 23.661 por lo que no cabe efectuar una interpretación de los mismos que resulte aislada del resto del ordenamiento específico y que tenga como consecuencia la de dejar sin efecto una norma que tiene jerarquía de ley.

Así las cosas, el hecho de haber obtenido la jubilación, no implicó ruptura del vínculo antedicho, sino que se encontraba facultado el actor a ejercer su derecho a permanecer bajo la cobertura de la accionada (Doct. Fallos: 324:1550).

De esta manera, la decisión de la demandada de privar de las prestaciones médico asistenciales al amparista, fundada en que obtuvo la jubilación, resulta manifiestamente ilegítima y arbitraria en los términos del art. 43 de la



Constitución Nacional y el art. 1° de la Ley N° 16.986, toda vez que conduce a la ruptura unilateral de la relación de afiliación existente, imponiéndole como obligatoria una afiliación que la normativa pertinente otorgó con carácter facultativo.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto en lo que fue materia de agravios, revocar la sentencia en crisis y ordenar a OSECAC que proceda a reincorporar al padrón de afiliados a Juan Carlos Trigo.

Por lo expuesto, **propicio y voto:** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, revocar la sentencia en crisis y ordenar a OSECAC a que proceda a reincorporar al padrón de afiliados a Juan Carlos Trigo. Con costas en ambas instancias a la demandada vencida (art. 68 CPCCN). Diferir la regulación de honorarios para cuando se fijen los de primera instancia (art. 30, Ley 27.423).

El señor Juez de Cámara, doctor Leandro Sergio Picado, dijo:

1ro.) Me adhiero a la solución propuesta por mi colega preopinante, atento a las particularidades del caso y por compartir sus fundamentos, los que son en un todo coincidentes con los expresados en mi voto en el expediente N° 3969/2018/CA1, caratulado: “Tonisson, Guillermo Osvaldo c/Obra Social de Choferes de Camiones s/Amparo Ley 16.986”, sentencia CFABB del 6/9/2018.

2do.) Agregó, que en las presentes actuaciones el eje de la discusión se centra en determinar si el actor, quien revestía la condición de monotributista cuando se encontraba en actividad y que estaba afiliado a OSECAC, podía ejercer la opción al jubilarse de continuar en dicha obra social o si por el contrario, debía inexorablemente pasar a ser beneficiario del INSSJP-PAMI, como lo sostiene la demandada.

Si bien la ley 26.565 del Régimen Simplificado para pequeños contribuyentes en su art. 42, inc d, establece que el monotributista al adquirir la condición de jubilado o pensionado pasa a tener la cobertura médico-asistencial por parte del INSSJP, en los términos de la ley 19.032 y sus modificaciones; considero que del juego armónico de la normativa aplicable al caso, citada en el voto precedente, no surge que por la mera circunstancia de haber obtenido la jubilación implique –sin más– su transferencia como beneficiario del INSSJP, la que tiene carácter facultativo y requiere una manifestación inequívoca para que cesen los compromisos contraídos por

USO OFICIAL



la obra social originaria, no autorizándose a presumir la renuncia tácita del jubilado al servicio de salud que lo amparaba por el hecho de haber adquirido tal condición.

En consecuencia, y toda vez que el Sr. Trigo manifestó expresamente su voluntad en el sentido de continuar gozando de la cobertura (cfr. carta documento del 26/6/2020, remitida por el actor a OSECAC), corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 200/206 y revocar la sentencia de grado obrante a fs. 188/193, ordenando a la obra social demandada a reafiliar al actor y a que continúe brindando las prestaciones a las que por ley se encuentra obligada. Se impongan las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 68 CPCCN) y se difiera la regulación de honorarios de los profesionales que intervinieron para cuando se fijen los de primera instancia (art. 30, Ley 27.423).

Por ello, **SE RESUELVE:** Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, revocar la sentencia en crisis y ordenar a OSECAC a que proceda a reincorporar al padrón de afiliados a Juan Carlos Trigo. Con costas en ambas instancias a la demandada vencida (art. 68 CPCCN). Diferir la regulación de honorarios para cuando se fijen los de primera instancia (art. 30, Ley 27.423).

Regístrese, notifíquese, publíquese (Acs. CSJN N^{tos.} 15/13 y 24/13) y devuélvase. La señora Jueza de Cámara, doctora Silvia Mónica Fariña, no suscribe por hallarse en uso de licencia (art. 109 del RJN).

Pablo Esteban Larriera

Leandro Sergio Picado

María Alejandra Santantonin
Secretaria

amc

