

"2016 Año del Bicentenario de la Declaración de Independencia de la República Argentina"

Juzgado N°06 Secretaría N°12

Nombre del Expediente: "OLAVE MIRANDA JOSE VLADIMIR; BANEGAS CAROLINA ALICIA
CONTRA OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES POR AMPARO - SALUD-OTROS"

Número: A767598-2016/0

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de diciembre de 2016.

I. Vistos y Considerando:

1. A fojas 1/18 se presentan **José Vladimir Olave**, por derecho propio, y **Carolina Alicia Banegas**, en representación de su hija menor de edad **Y.C.G.**, con el patrocinio letrado del Defensor Interino CAyT n° 2 Pablo De Giovanni, e interponen acción de **amparo** contra la **Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObSBA)** a fin de que se ordene **afiliar a la niña a aquélla**. Solicitan se declare la **inconstitucionalidad de los artículos 5 y 6 del Reglamento de Afiliaciones de la ObSBA** y de la **Disposición n° 459/UNAA/15**. José historia que es docente de música jubilado y por haberse desempeñado en distintos establecimientos del GCBA por más de 30 años es afiliado a la ObSBA. Relata que se encuentra casado con Carolina (madre de Y.C.G.) desde mayo de 2011 y que junto con su hijo V.O.B. de 5 años completan el núcleo familiar. Narra que Y.C.G. tiene 9 años y desde muy temprano se le manifestó la enfermedad de asma, lo cual exige controles médicos periódicos. Agrega que hasta el momento ha sido atendida en los hospitales públicos Gutiérrez y Ramos Mejía y otras veces por una médica particular. Sostiene que por razones económicas no pueden seguir atendiendo a la hija en forma privada. Señala que no reciben ayuda de ningún tipo del padre biológico de la niña y que desconocen su paradero desde hace más de 7 años. Puntualiza que ha realizado numerosas gestiones ante la ObSBA a fin de obtener la afiliación de Y.C.G. sin obtener resultado favorable; y que el 23/09/2015 mediante la Disposición n° 459/UNAA/15, **le denegó la solicitud de afiliación requerida por no ajustarse a las exigencias del inciso e) del artículo 6 del Reglamento de Afiliaciones de dicha entidad**. Alega que tal decisión vulnera el artículo 20 de la Constitución de la Ciudad y que representa una reglamentación excesiva al artículo 19 de la ley n° 472. Por ello, se agravia del hecho que todo el grupo familiar goce del beneficio de la obra social, excepto Y.C.G., pese a que todos son parte integrante de la misma familia. Califica la decisión de la ObSBA como discriminatoria y violatoria del derecho de igualdad.

Resalta que Y.C.G. **en la actualidad se encuentra sin obra social**, situación que vulnera sus derechos constitucionales y que atenta directamente contra su salud. Solicita como **medida cautelar** que se ordene a la ObSBA inscribir a la niña Y.C.G. en sus registros y se le conceda inmediatamente los derechos a las prestaciones y beneficios de la misma. Funda en derecho, cita jurisprudencia que considera aplicable al *sub lite*, ofrece prueba, efectúa reserva de caso federal y finalmente a fojas 21/44 acompaña documental.

2. A foja 46 pasan los autos a resolver.

3. **Requisitos de procedencia de las medidas cautelares.** Previo a adentrarse al análisis de la pretensión *ad cautelam* es necesario recordar los requisitos de procedencia de este tipo de medidas. La Corte Suprema de la Nación tiene dicho que el objeto de las mismas “*no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido*”[1], en suerte de asegurar la eficacia práctica de la sentencia. En el análisis de esta clase de medidas es menester partir de la base de que ésta debe significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional. De allí que, dadas las características del procedimiento solicitado *ad cautelam*, no puede pretenderse más que un somero conocimiento de la materia controvertida, encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. Por su parte, la ley de amparo de la Ciudad de Buenos Aires n° 2.145 recoge expresamente en su artículo 15 los requisitos de admisibilidad de las medidas cautelares exigiendo la acreditación simultánea de los presupuestos de: a) verosimilitud del derecho, b) peligro en la demora, c) no frustración del interés público y d) contracautela, los cuales son aquéllos que la doctrina administrativista ha venido plasmando. Es con tal mirada entonces que se abordará seguidamente si se configuran en autos los extremos requeridos, tanto por la doctrina procesal como por la normativa vigente para la procedencia de la petición cautelar.

4. **Tratamiento de la medida cautelar solicitada en el *sub judice*.** Reseñados los requisitos de procedencia de las medidas cautelares, corresponde ahora analizar la pretensión cautelar de los amparistas de acuerdo a sus dichos, al sustento fáctico, a la documental de autos y al marco normativo aplicable.

4.1. En primer lugar, deberá tratarse la acreditación de la **verosimilitud del derecho**, el cual constituye una posibilidad de existencia del derecho sustancial invocado por la parte, que debe reunir cierta apariencia de buen derecho. Su comprobación debe presentarse en forma tal que, analizando los hechos referidos, la documentación y las particularidades de cada caso[2] y de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal puede declararse la certeza de ese derecho. No se trata de exigir, a los fines de esa comprobación, una prueba plena y concluyente, en tanto ello será materia de la discusión principal del proceso. Empero es necesario como mínimo cierta acreditación[3]. Ello será materia de verificación a continuación.

4.1.1. De las **constancias de autos** surge que los amparistas se encuentran casados desde el 19/05/2011 (*vide* partida de matrimonio de foja 25); que Carolina Banegas es madre de la niña Y.C.G. de 9 años de edad (*vide* fojas 24 y 26); que José Olave Miranda se encuentra afiliado a la ObSBA (*vide* foja 30); que el niño V.O.B. (hijo en común de los amparistas) está afiliado a ObSBA desde 21/11/2011 (*vide* copia del fojas 22 y 23); y

que el 23/09/2015 la ObSBA rechaza el pedido de afiliación de la niña Y.C.G. por no ajustarse la situación a lo reglado en el inciso e) del artículo 6 del Reglamento de Afiliación (vide Disposición n° 459/UNAA/15 de foja 30).

4.1.2. De acuerdo al sustento fáctico reseñado, el *sub lite* se enmarca dentro del siguiente **bloque convencional, constitucional y legal.**

4.1.2.1. En primer lugar, cabe recordar que la **salud**, como presupuesto necesario para la existencia del ser humano representa la *“capacidad de la persona como sujeto histórico-social y de su comunidad de detectar, identificar y resolver en forma solidaria los distintos factores que limitan su potencialidad vital”*[4].

Su manifiesta importancia motiva desde la segunda mitad del siglo pasado la intervención de la comunidad de Estados, que a través de diversos instrumentos internacionales adoptan la obligación de garantizar y preservar el derecho a la salud de los nacionales.

Así, el derecho a la salud se materializa mediante el acceso a un nivel de vida adecuado, comprensivo tanto de la satisfacción de las necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, vestido, como de **asistencia médica.**

El contenido internacionalmente delineado respecto al derecho a la salud[5] forma parte de nuestro bloque **constitucional federal** en atención a la jerarquía constitucional dada a los tratados internacionales de derechos humanos en el inciso 22 del artículo 75 de la CN. Impronta que se manifiesta en el orden local en el capítulo segundo de la **Constitución de la Ciudad -artículos 20 a 22-**, en el cual se reafirma el reconocimiento al derecho a la salud de manera amplia, mediante la clara expresión de la extensión del contenido del derecho[6], la creación de obligaciones para los órganos locales[7] y la fijación de principios rectores para la materia.

En torno a la protección de los niños el **artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño** obliga a los Estados Partes a reconocer a todos los niños el derecho al disfrute del más alto nivel de salud, a asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios y a recibir asistencia médica y atención sanitaria necesaria [8]. Mientras que el **artículo 27** dispone que los Estados deben reconocer el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social[9]. Por su parte, el **artículo 39 de la CCABA** garantiza la protección integral de los derechos del niño[10].

4.1.2.2. El **Código Civil y Comercial de la Nación [11]** en su **artículo 672** denomina **progenitor afín** al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente y en su **artículo 673** establece que debe **cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro.** Por su parte, la **ley nacional de Obras Sociales n° 23.660 en el inciso a) del artículo 9** incluye como beneficiarios al **grupo familiar primario del trabajador** y aclara que dentro de este universo, entre otros, se encuentra el cónyuge del titular y el **hijo del cónyuge**[12].

En el ámbito local, la **ley básica de salud n° 153[13]** tiene por objeto garantizar el derecho a la salud integral, sustentada en diversos principios tales como su concepción integral, el desarrollo de una cultura de la salud, el gasto público como una inversión social, la cobertura universal y la **solidaridad social como filosofía rectora de todo el sistema.**

A su vez, la **ley n° 472 de creación de la ObSBA[14]** en su **artículo 19** establece que son beneficiarios de los servicios de salud, entre otros, los **jubilados**, pensionados y retirados que hubieran concluido su etapa activa en la administración de esta Ciudad, **junto a su grupo familiar**, sin especificar al mismo.

Mientras que el **Reglamento de Afiliación de la ObSBA [15]** estipula que el grupo familiar primario está integrado por todas las personas que tengan vínculo filial o relación conyugal con el afiliado titular (**artículo 5**) y existe vínculo filial con el titular, entre otros supuestos, con “*Los menores de 21 años que se encuentren bajo guarda o tutela del titular otorgada legalmente*” (**inciso e del artículo 6**).

4.1.3. Ponderación del bloque de legalidad en el caso a estudio.

Así las cosas, la pretensión *ad cautelam* del amparista está dirigida a que se ordene a la ObSBA afiliar a la niña Y.C.G (hija del cónyuge del titular), lo cual fue **expresamente negado por la Disposición n° 459/UNAA/15**. Ello, en tanto la obra social entiende que al no configurarse situación de “guarda” **con fines de adopción** de la hija de su cónyuge o **tutela del titular otorgada legalmente** al aquí amparista, no tiene derecho a la afiliación pretendida por no ajustarse a lo reglado en el inciso e) del artículo 6 del Reglamento de Afiliaciones de dicha obra social. Pues bien, el artículo 19 de la ley n° 472 establece que son titulares afiliados los jubilados junto a su grupo familiar, pero no realiza ninguna especificación en relación a qué miembros de la familia se subsume en dicho concepto. Ello contradice palmariamente la axiología que se evidencia con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación a través del cual se incorpora la figura del progenitor afín mediante el artículo 672, ut supra reseñado. La télesis de la nueva figura parental incorporada por el legislador nacional expresa el cambio conceptual y valorativo en torno a la sociedad y a la familia. A través de esta figura, destaca la obligación de cuidado personal que el propio artículo 673 regula, el cual comprende deberes de crianza, educación, **salud** y el compromiso que aquél adquiere legalmente ahora con las llamadas cargas familiares. En razón de lo antedicho, lo dispuesto por la obra social -excluir de la cobertura a Y.C.G.- restringiría el contenido de leyes jerárquicamente superiores y no se compadecería con lo normado por aquéllas. Ello, en tanto definiría de manera restrictiva al grupo familiar primario e incluiría condicionantes o requisitos no exigidos por la normativa citada *supra*. Esta situación excedería la pauta de razonabilidad en la reglamentación del ejercicio de derechos contenida en el artículo 28 de la CN y produciría como consecuencia disvaliosa que se avasallasen derechos constitucionales de la niña.

A esta altura del *íter* resolutivo, con lo antedicho *in mente*, atento la confrontación de lo pautado en el **artículo 19 de la ley n° 472, artículo 9 de la ley nacional n° 23.660 e instrumentos internacionales mencionados supra** con la disposición en crisis, -y con la provisoriedad que el humo de buen derecho significa- puede concluirse que asistiría razón en la pretensión *ad cautelam*. A mayor, abundamiento la distinción efectuada por la ObSBA -**desconocer la pertenencia de la niña al grupo familiar**- resulta violatoria del derecho de igualdad garantizado por los artículos 11 y 16 de la Constitución local y Nacional, respectivamente.

Al respecto, la Sala II, en un caso de afiliación de hijo de concubino, ha dicho que “... *el intento desplegado por la demandada en orden a excluir la cobertura de salud de AGL, con fundamento, en definitiva, en una reglamentación, implica desconocer las obligaciones emergentes de los instrumentos internacionales citados*”. Y que “*al circunscribir el alcance de “vinculo filiar con el titular” a los supuestos de guarda o tutela para así delimitar el concepto de “grupo familiar”, constriñe, desnaturalizándolo, el contenido del artículo 19 de la ley n° 472, norma jerárquicamente superior*”[16].

A su vez, la Sala I sostuvo que “... *de rechazarse la afiliación de la menor, se estaría*

brindando un trato diverso a supuestos idénticos en desmedro del derecho a la salud comprometido” [17].

A partir de la acreditación del sustento fáctico aportado y bajo el escrutinio *ut supra* esbozado en este umbral procesal, se considera pues acreditada la **verosimilitud del derecho** pretendida en la presente.

4.2. En segundo lugar, corresponde analizar si se ha demostrado en autos el recaudo del **peligro** en la **demora**.

La exigencia de este requisito responde a la necesidad de demostrar que lo que se intenta es impedir que el derecho bajo reclamo pierda su virtualidad o eficacia, de forma previa al pronunciamiento de la sentencia definitiva. La factibilidad de abocarse al tratamiento de la medida resulta de aplicar un criterio amplio impuesto por el legislador al hablar en el artículo 177 del CCaYT de un “*perjuicio inminente o irreparable*” lo que denota que el peticionario deberá demostrar *prima facie* la concurrencia de una u otra situación. Su ponderación requiere de una apreciación atenta de la realidad comprometida. Ello, con el fin de establecer si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se intentan evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho operado por la posterior sentencia [18].

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha expresado en tal sentido que es necesario “*una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior*” sentencia” [19].

En el *sub discussio*, a tenor de los dichos invocados en el escrito de inicio y de las constancias obrantes, se evidencia el riesgo que correría la salud de la niña Y.C.G. al no contar con cobertura médica configura el peligro en la demora. En consecuencia, el estado de vulnerabilidad al que se vería expuesta reviste gravedad suficiente para que se torne necesaria la adopción de medidas dentro del bloque de legalidad *ut supra* deslindado. Por ello, cabe concluir que se encuentra configurado el **peligro** en la **demora**.

4.3. En punto al **interés público**, se estima que nada afecta más al mismo que la posible conculcación de derechos de tal elemental raigambre constitucional como los enunciados *ut supra*. Por lo tanto, el otorgamiento de la medida *ad cautelam* en autos no se advierte como un escollo frente a su ponderación, sino más bien, su salvaguarda.

4.4. Finalmente, la **contracautela** tiene por objeto “*asegurar los eventuales daños que pudiesen derivar de la obtención de la medida*” [20]. En atención a la naturaleza del bien que se intenta proteger, resulta adecuada la caución juratoria prestada en el punto V.4 de foja 16.

5. De todo lo dicho hasta aquí en el presente, **se consideran configurados** -con la precariedad que caracteriza el marco cognoscitivo que ofrece el dictado de la pretensión cautelar- **los requisitos que hacen a la procedencia de la medida solicitada**.

Por todo lo expuesto, se **RESUELVE:**

1º) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada por los amparistas. En consecuencia, ordenar a la ObSBA que proceda a afiliar a la niña **Y.C.G. (DNI 47.747.415)** hasta el dictado de sentencia definitiva.

2º) Tener por prestada la caución juratoria en atención a lo manifestado a foja 16. **Regístrese y notifíquese en el día y con habilitación de días y horas inhábiles.**

II. En atención al estado de autos, al contenido del escrito de inicio, a lo que resulta de las constancias documentales acompañadas y a lo dispuesto por los artículos 14 de la CCABA, 1º y 11 de la ley n° 2.145, **córrase traslado de demanda**, a los efectos de comparecer, contestarla y ofrecer prueba en el plazo de diez (10) días. **Notifíquese a la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires conjuntamente con el punto** I.

(mp)

[1] CSJN, Fallos: 314:711, “Estado Nacional (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos) c/ Provincia de Río Negro s/ su solicitud de medidas cautelares”, sentencia del 24/07/1991.

[2] FALCÓN, Enrique L., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Anotado, Comentado y Concordado, tomo II, pág. 234 y ss.

[3] PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, tomo VIII, pág. 33, n° 1233.

[4] Concepto dado en el X Congreso Catalán de Médicos y Biólogos celebrado en 1997 en Perpignan, Francia.

[5] En este sentido, el **artículo XI de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre** garantiza que “*toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad*”; mientras que la **Declaración Universal de Derechos Humanos** en su **artículo 25.1** expresa que “*toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez [...]*”. Asimismo, el **artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** reconoce el derecho de toda persona al “*disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental [...]*”.

[6] **Artículo 20** “*Se garantiza el derecho a la salud integral que está directamente*

vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente [...].

[7] **Artículo 21** “La Legislatura deberá sancionar una ley básica de salud, conforme los siguientes lineamientos [...]”

[8] **Artículo 24.1.** “Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: ... b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud”

[9] **Artículo 27 1.** “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”.

[10] **Artículo 39** “La Ciudad reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de sus derechos, les garantiza su protección integral y deben ser informados, consultados y escuchados. Se respeta su intimidad y privacidad. Cuando se hallen afectados o amenazados pueden por sí requerir intervención de los organismos competentes...”.

[11] Ley nacional n° 26.994 modificada por la 27.077.

[12] **Artículo 9 inc. a) de la ley nacional n° 23.660:** “Quedan también incluidos en calidad de beneficiarios: a) Los grupos familiares primarios de las categorías indicadas en el artículo anterior. Se entiende por **grupo familiar primario el integrado por el cónyuge del afiliado titular**, los hijos solteros hasta los veintiún años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional, comercial o laboral, los hijos solteros mayores de veintiún años y hasta los veinticinco años inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de veintiún años; **los hijos del cónyuge**; los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa, que reúnan los requisitos establecidos en este inciso”.

[13] Sancionada el 25/02/1999 y publicada en el BOCBA n° 703 del 28/05/1999.

[14] Sancionada el 05/08/2000 y publicada en el BOCBA n° 1.025 del 12/09/2000.

[15] Aprobado por Resolución n° 398/02 y sus modificatorias.

[16] Sala II, “Dalles Guido Federico c/ ObSBA s/ Amparo”, expte. n° 45974/0. sentencia del 03/02/2015.

[17] Sala I, “Z.P.A. c/ GCBA y otros s/ amparo”, expte. n° 39101/0, sentencia del 25/06/2013.

[18] Fallos: 319:1277.

[19] CSJN in re “Milano Daniel c/ Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”, del 11/07/1996.

[20] COLOMBO, Carlos J. y KIPER, Claudio M., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, anotado y comentado, tomo II, editorial La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 504.

