

S.C. G. N° 783; L. XLVI

*Procuración General de la Nación*

Suprema Corte:

- I -

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos (durante la feria judicial) confirmó la sentencia de la instancia anterior, que había rechazado la acción de amparo promovida contra el Instituto de la Obra Social de la Provincia de Entre Ríos -IOSPER- que, en lo pertinente, había negado la incorporación del cónyuge de la actora, quien resultaba ser afiliada obligatoria de la obra social, por padecer una patología pre-existente (fs. 37/38 y 62/63).

Para así decidir, el tribunal consideró que la negativa de IOSPER, tenía fundamento en la legislación vigente, que -según afirmó- era de aplicación al caso particular -Res. Interna N° 1061/95-, que establece, por un lado, que los integrantes del grupo familiar primario son considerados voluntarios al sistema afiliatorio del Instituto y, por otro, que no se admite la incorporación de afiliados voluntarios que presenten patologías preexistentes. En ese contexto, concluyó que la decisión del IOSPER resultaba armónica con la legislación vigente, valorando que el cónyuge de la afiliada obligatoria de la obra social, cuya afiliación voluntaria se pretende, presentaba una patología pre-existente.

- II -

Contra dicho pronunciamiento, los actores dedujeron recurso extraordinario que fue concedido (fs. 66/72 y 87/88). En síntesis, alegan que la sentencia es arbitraria, pues prescinde de la solución normativa prevista y carece de fundamentación al no tratar los argumentos presentados oportunamente por su parte.

En particular, argumentan que el tribunal no consideró lo dispuesto por las leyes N° 23.660 y 23.661, que -a su entender- establecen una reglamentación mínima de protección del derecho a la salud, que no puede ser desconocida por las autoridades locales.

En ese marco, aducen que, teniendo en consideración que el artículo 9 de la Ley N° 23.660 incluye como beneficiario de las obras sociales a los grupos de familiares primarios de los afiliados forzosos, entre los que se encuentran los cónyuges,

las resoluciones dictadas en el ámbito local no pueden modificar la regulación de las Leyes antes mencionadas. Máxime cuando, como en el caso, afirman, la aplicación de la Resolución interna N° 1061/95 importa un retroceso de los estándares de protección de la salud exigibles con anterioridad por leyes nacionales, por lo cual -concluyen- el IOSPER queda sometido no sólo a la Ley de Creación (N° 5346) y a las reglamentaciones dictadas en su consecuencia, sino a las Leyes N° 23.660 y 23.661 y a las resoluciones que dicte el Ministerio de Salud como órgano de aplicación de estos últimos cuerpos normativos.

Manifiesta, a su vez, que la Resolución interna N° 1061/95 mencionada en tanto al modificar la Resolución N° 1074/94 -art. 3°- establece que *"[n]o se admitirán la incorporación de ADHERENTES SECUNDARIOS Y ESPECIALES DE AFILIADOS OBLIGATORIOS, y de AFILIADOS VOLUNTARIOS (GRUPO FAMILIAR PRIMARIO incluido), que presente enfermedades cuyo origen sea congénito y/o preexistente, declarada y/o falsa"*, resulta violatoria de lo dispuesto por tratados internacionales con rango constitucional (cita: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana de Derechos Humanos y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 75, inc. 22, Constitución Nacional).

- III -

En este punto, considero necesario destacar que María Raquel Gerard (afiliada obligatoria de I.O.S.P.E.R. desde el año 1984, por desempeñarse como docente en esa localidad hasta su jubilación, concedida el 4/4/08) y su cónyuge, promovieron acción de amparo contra el Instituto -y subsidiariamente contra la Provincia de Entre Ríos-, peticionando la incorporación a la entidad de Alfredo Rogelio Ferrari (esposo de la actora) en condición de afiliado adherente con todos los derechos y obligaciones que ello importa (fs. 13/17).

Afirmaron que la afiliada obligatoria solicitó, mediante nota de fecha 5 de abril de 2010, la afiliación de su esposo, como integrante de su grupo familiar primario, y que el día 19 de mayo de 2010 fue rechazada por el Instituto de Obra Social de la Provincia de Entre Ríos la petición con fundamento en la existencia de una patología

*Procuración General de la Nación*

preexistente invocando lo dispuesto por la Resolución interna N° 1061/95 (fs. 9/10 y 11). Los actores objetaron la decisión del Instituto que niega la afiliación del actor -cónyuge de la adherente forzosa-, que sufre una cardiopatía isquémica crónica (fs. 12) que ha sido intervenido en varias oportunidades, que debe recibir medicación de por vida (15 vta.) y que -afirmaron- de acuerdo a lo establecido por la Ley N° 23.660 (arts. 8 y 9) resulta ser un beneficiario obligatorio, encontrándose afectado el goce de elementales derechos humanos como la vida y la salud.

Argumentaron que la incorporación de un integrante del grupo familiar primario no puede quedar supeditada a la discrecionalidad de la entidad y a los condicionamientos establecidos.

- IV -

Si bien, estrictamente, el pronunciamiento que -con fundamento en lo dispuesto por la Res. del Directorio del IOSPER N° 1061/95- rechazó la acción de amparo promovida contra la obra social que había negado la incorporación del cónyuge de la actora (afiliada obligatoria), por padecer de una patología preexistente, conduce al examen de cuestiones de hecho y derecho público local, ajenas a la instancia extraordinaria, ello no es óbice para invalidar lo resuelto cuando, con menoscabo de garantías que cuentan con amparo constitucional, el tribunal omitió pronunciarse sobre articulaciones serias oportunamente introducidas para su consideración y fundó su decisión en forma insuficiente (v. doctrina de Fallos 330:829; entre muchos otros).

En ese contexto, estimo que asiste razón a los recurrentes, desde que el pronunciamiento atacado no ha estudiado la aplicabilidad al caso de las Leyes N° 23.660 y 23.661 -y su relación con la normativa local-, como así tampoco los aspectos referidos a la grave afectación de los derechos a la vida y a la preservación de la salud reconocidos por tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), susceptibles de incidir en el resultado del litigio, lo cual produce un desmedro de la garantía de defensa en juicio normada por el artículo 18 de la Constitución Nacional.

Al respecto, es oportuno recordar que V.E. ha establecido que es condición para la validez de los pronunciamientos judiciales que ellos sean fundados y constituyan derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas de la causa (Fallos 323:2468, 324:556, 325:2817, entre muchos).

- V -

Sin perjuicio de lo expuesto -que habilitaría declarar procedente la apelación federal, dejar sin efecto la sentencia impugnada y remitir los actuados al tribunal de origen, a sus efectos-, valorando la alegada gravedad de la enfermedad cardiológica crónica del cónyuge peticionante y la íntima relación que todo el sistema legislativo y reglamentario en debate guarda con los derechos constitucionales a la salud y a la preservación de la vida humana, que se encuentran directamente comprometidos en el caso, corresponde, según mi parecer, realizar un estudio sobre los puntos en debate (v. doctrina Fallos 331:453).

Asimismo, a su respecto, V.E. ha dicho -si bien en el marco de otros presupuestos fácticos- que atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conllevan las pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional (Fallos 327:2127; 331:563).

Sentado ello, cabe mencionar que no es objeto de discusión que el señor Alfredo R. Ferrari sufre una enfermedad crónica (cardiopatía isquémica, fs. 12), que es cónyuge de María Raquel Gerard, quien, a su vez, reviste, para el instituto, el carácter de afiliada forzosa, y que, con fecha 5 de abril de 2010, luego de haber obtenido el beneficio jubilatorio, la titular solicitó la afiliación de su esposo según consta a fojas 9/10, que la obra social demandada denegó con sustento normativo en la Resolución Interna del Directorio del IOSPER N° 1061/95 (fs. 11).

El artículo 1° de la Resolución citada, modifica la Resolución del Directorio del IOSPER N° 1074/94, disponiendo, en lo pertinente, que "[n]o se admitirá la incorporación de ADHERENTES SECUNDARIOS Y ESPECIALES DE AFILIADOS

*Procuración General de la Nación*

*OBLIGATORIOS, y de AFILIADOS VOLUNTARIOS (GRUPO FAMILIAR PRIMARIO incluido), que presente enfermedades cuyo origen sea congénito y/o preexistente, declarada y/o falsa". Agrega que "[e]l Instituto se reserva en todos los casos la admisión de Afiliados Voluntarios, archivándose toda la documentación pertinente".*

Cabe añadir, por lo demás, que el IOSPER es una persona jurídica autárquica creada por la Ley provincial Nº 5326, cuyo presupuesto, administración y control es determinado por el Poder Ejecutivo de la Provincia.

Esa ley -Nº 5326-, en cuanto aquí interesa, establece que el instituto tiene por objeto planificar, reglamentar y administrar la promoción, prevención, protección, reparación y rehabilitación de la salud de los "afiliados y su grupo familiar" otorgando los beneficios que enumera el artículo 2º. En ese contexto, en el artículo 3º se indican aquellos titulares que se encuentran obligatoriamente comprendidos en el régimen -incs. a) a c)-, exceptuando sólo a: a) los agentes contratados y los transitorios, cualquiera fuere su denominación, mientras no hubieren cumplido la antigüedad mínima de seis meses de servicio ininterrumpido; b) los que por la propia condición de agentes provinciales o municipales se encuentren forzosamente comprendidos en otro régimen nacional similar; c) los que se desempeñen en cargos electivos que manifiesten su voluntad de no ser afiliados; y d) el personal de cualquier jerarquía que preste servicios en corporaciones municipales y goce de servicios de similar alcance a los otorgados por la ley a través de obras sociales o institutos preexistentes que amparan a todo el personal; excepciones, cabe indicar, en las que no se encuentra comprendido el esposo de la actora.

Por otra parte, la Ley Nacional Nº 23.660 (de naturaleza federal, Fallos 327:2423) prescribe que quedan incluidos en calidad de beneficiarios de las obras sociales -en lo pertinente- los grupos familiares primarios de los afiliados obligatorios enumerados en el artículo 8º de ese cuerpo legal, aclarando que dicha extensión incluye -entre otros- al cónyuge del afiliado titular (art. 9º). Dicha ley, junto con la Ley Nº 23.661, instituyen el llamado régimen para las obras sociales y el Sistema Nacional del Seguro de Salud, respectivamente.

Ahora bien, más allá de la adhesión -o no- de la demandada, V.E. ha dicho que la no incorporación por la obra social al sistema de las leyes N° 23.660 y 23.661, no determina la ajenidad de la carga de adoptar medidas razonables para lograr el acceso pleno del grupo familiar básico de la afiliada a un sistema asistencial integral (v. doctrina de Fallos 327:2127; entre otros). Advierto que si bien la demandada invocó que afiliaciones como las que aquí se pretende, le generarían un desequilibrio económico (fs. 77), sin embargo no probó ni justificó mediante demostraciones contables, balances, estadísticas o cualquier medio de prueba a su alcance tal situación.

Cabe destacar aquí, que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, se encuentra reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, C.N.) entre ellos, el artículo 12, inciso c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículos 4 (inc. 1) y 5 (inc. 1) de la Convención sobre Derechos Humanos -Pacto de San José de Costa Rica- y artículo 6 (inciso 1), del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no sólo a la salud individual sino también a la salud colectiva (v. doctrina de Fallos 326:4931; 331:453).

A la par que con arreglo a la normativa reseñada en el párrafo que antecede resulta cuanto menos discutible la nítida ajenidad del IOSPER respecto del Estado local, ha reiterado V.E. que el derecho a la preservación de la salud -comprendido dentro del derecho a la vida y reafirmado en los tratados internacionales ya mencionados, art. 75, inc. 22, C.N.- involucra no sólo a las autoridades públicas sino, también, en la medida de sus obligaciones, a las jurisdicciones locales, obras sociales y entes de medicina prepaga (Fallos 324:3569; 327:2127; 328:1708; 330:4160). Así, en los precedentes de Fallos 323:3229 y 327:2127, el Máximo Tribunal resaltó claramente que las obligaciones puestas a cargo de una entidad intermedia no obstan a aquellas que conciernen a la atención sanitaria pública (v. en particular, considerando 31).

En el caso, rechazar la solicitud de incorporación del cónyuge de una afiliada de carácter forzoso del instituto, con fundamento en una resolución secundaria que contradice preceptos que emanan de la ley local principal y de otra resolución dictada con anterioridad, valorando que según consta en la declaración jurada glosada a fojas 9/11 -no

3

*Procuración General de la Nación*

desconocido por la demandada- aquél no posee otra obra social, y que pertenece al grupo familiar primario al que hace referencia no sólo el artículo 2º de la ley local de creación del IOSPER sino, como dije, la Ley Nacional N° 23.660, a mi modo de ver, importa, estrictamente, un desmedro de los principios generales que vengo reseñando y negar al peticionante el acceso a una cobertura básica que compete a la obra social prestar y que constituye el objeto de su creación.


No puedo dejar de poner de resalto la función social y asistencial que compete a las entidades como la aquí demandada, a la que han contribuido empleador y afiliado forzoso, antecedente que torna irrazonable la pretensión de restringir el servicio de salud con sustento, precisamente, en un problema a ella vinculado (enfermedad crónica), catalogado como "enfermedad preexistente", siendo que el cónyuge, como señalé, quedaría sin cobertura.


En función de lo expuesto, considero que la decisión del IOSPER de rechazar la admisión del señor Ferrari sobre la base de normas dictadas por el propio directorio del instituto -más allá de las facultades otorgadas por la Ley Provincial N° 5326 para dictar resoluciones internas que le permitan determinar las personas que podrán ser incorporadas voluntariamente a través del afiliado titular, art. 12, inc. f- desconoce el plexo normativo que emana de la Constitución Nacional, tratados internacionales y leyes nacionales con plena vigencia a las que debe ajustar su actuar de acuerdo a lo expresado, como así también lo dispuesto por la propia Ley local de creación del Instituto N° 5326 en su artículo 2º en orden a su objeto, restringiendo derechos reconocidos y compromisos asumidos por el Estado Nacional.

- VI -

Por lo expuesto, en mi opinión, y de estimarlo pertinente V.E. en uso de las facultades conferidas por el artículo 16, segunda parte de la Ley N° 48, corresponde revocar la sentencia de fojas 62/63, con el alcance expuesto.

Buenos Aires, 21 de Junio de 2011

  
ADRIANA R. MARCHISIO  
Prosecretaría Administrativa  
Procuración General de la Nación  
7/12/10

  
7