

**“Gonzalez Miguel Angel c/ GCBA s/ otras demandas contra la autoridad administrativa”, sentencia del 13/03/2008.-**

**Voces:** Medidas cautelares - Ley local N° 472 - Derecho de elegir obra social - Medida cautelar distinta a la solicitada: artículo 184 del CCAyT - Sistema Nacional Integrado de Salud

**“GONZALEZ MIGUEL ANGEL CONTRA GCBA SOBRE OTRAS DEMANDAS CONTRA LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA”**

Buenos Aires, 13 de Marzo de 2008. Y VISTOS: Estos autos, para resolver sobre el recurso de apelación interpuesto y fundado por la codemandada OSCBA —a fs. 65/98— contra la resolución de fs. 49/53, cuyo traslado fue contestado a fs. 112/113, por medio de la cual el juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada por el actor. La señora Fiscal dictaminó a fs. 122/124, propiciando que se haga lugar a los agravios y, en consecuencia, se revoque el pronunciamiento apelado.

**VOTO DEL DR. CORTI:**

I. El actor promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y la OSCBA “con el objeto de que se condene y se ordene a los demandados a la inscripción de la OSCBA en el Registro de Obras Sociales que administra la Superintendencia de Servicios de Salud tal como lo ha previsto la ley 472”.

Asimismo solicitó, con carácter cautelar, que se ordene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que retenga y se abstenga de depositar los aportes y contribuciones correspondientes a sus remuneraciones y, los deposite en el Banco Ciudad de Buenos Aires a fin de que sean destinados —una vez admitido como beneficiario— a favor de la obra social de su elección, en el caso, OSOCNA (Obra Social de Comisarios Navales).

II.-El juez de primera instancia otorgó la medida cautelar solicitada, decisión que fue cuestionada por la accionante —a tenor de los fundamentos vertidos en su memorial— circunstancia que motiva la intervención de esta Alzada.

III.-Los planteos respecto de la incompetencia y citación de terceros, no serán motivo de tratamiento de esta alzada toda vez que no fue materia de decisión en la instancia de origen.

IV.- Con respecto a las medidas cautelares en el proceso administrativo la doctrina, la jurisprudencia y la legislación tradicionalmente han exigido como recaudos de admisibilidad la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la no afectación del interés público, sin perjuicio de la complementaria fijación de una contracautela (esta Sala, in re “Rubiolo Adriana Delia y otros c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, expte. n° 7; “Carrizo, Atanasio Ramón c/ G.C.B.A. s/ Medida cautelar”, expte. n° 161/00; “Salariato, Osvaldo c/ G.C.B.A. s/ Impugnación de actos administrativos s/ Incidente de apelación-medida cautelar”, expte. n° 1607/01, “Casa Abe S.A. c/ G.C.B.A. s/ Acción meramente declarativa-art. 277 CCAyT) s/ Incid. apelación contra resolución de fs. 108/9 y aclaratoria de fs. 119” expte. 271, entre muchos otros precedentes). Estos requisitos fueron receptados y regulados, con sus peculiaridades, en la ley procesal local. Así, el art. 177, CCAyT, establece que las medidas cautelares son todas aquellas que tienen por objeto garantizar los efectos del proceso, incluso aquellas de contenido positivo y la suspensión del acto administrativo impugnado. El art. 177 agrega que aquel que tuviera fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, este pudiera sufrir un perjuicio inminente o irreparable, puede solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueran más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia, aún cuando no estén expresamente reguladas. La norma citada admite expresamente el dictado de medidas cautelares de contenido positivo, aunque lo peticionado coincida con el

objeto sustancial de la acción promovida, pero los recaudos que hacen a la admisibilidad de esta clase de medidas deben ser analizados con mayor prudencia, habida cuenta de que podrían configurar un anticipo de jurisdicción anterior al dictado del fallo final (CSJN, 10/12/1997, "Garré, Alfredo A. C/ Dirección General Impositiva", LL, 1999-E-940; esta Sala, autos "Triay, Roberto Oscar c/ GCBA s/ Amparo", del 24/11/00). De allí que se haya afirmado que "la aplicación de medidas cautelares innovativas, dados sus particulares efectos, debe juzgarse con criterio restrictivo y excepcional, determinando la concurrencia fáctica de los presupuestos a observar para el dictado de toda medida cautelar así como de uno que le es propio: la posibilidad de que se consume un perjuicio irreparable" (Falcón, Enrique M., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado, concordado y comentado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, t.V, pág. 108, nota 31). Ello, por cuanto la medida cautelar innovativa no persigue mantener el status existente sino, precisamente, alterar ese estado de hecho o de derecho vigente antes de su dictado.

V. Es oportuno señalar que el dictado de las providencias precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido; aun más, el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede el marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (C.S.J.N., doct de Fallos: 316:2060, entre otros precedentes). En efecto, la verosimilitud del derecho sólo requiere la comprobación de la apariencia del derecho invocado por el actor (esta Sala, in re "García Mira, José Francisco c/ Consejo de la Magistratura s/ Impugnación de actos administrativos", exp. n° 8569/0, pronunciamiento del 3/3/04). El peligro en la demora, por su parte, se identifica con el riesgo probable de que la tutela jurídica definitiva que aquél aguarda de la sentencia a pronunciarse en el proceso principal no pueda, en los hechos, realizarse, es decir que, a raíz del transcurso del tiempo, los efectos del fallo final resulten prácticamente inoperantes (Palacio, Lino E., Derecho procesal civil, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, t. VIII, págs. 32 y 34; esta Sala, in re "Ortiz Célida y otros c/ GCBA s/ Amparo s/ Incidente de apelación", expte. n° 2779). Tal como lo ha puesto de relieve anteriormente esta Cámara, estos requisitos se encuentran de tal modo relacionados que, a mayor verosimilitud del derecho, es menor la exigencia del peligro del daño, e inversamente cuando existe el riesgo de un daño extremo e irreparable el rigor del *fumus* se debe atemperar (esta Sala, in re "Ticketec Argentina S.A. c/ GCBA", resolución del 17/7/01; Sala II in re "Tecno Sudamericana S.A. c/ GCBA s/ Impugnación de actos administrativos", resolución del 23/5/01, entre muchos otros precedentes).

VI. Ingresando concretamente al examen del caso, cabe mencionar que la ley 472 reconoció expresamente el derecho de opción a favor de los afiliados a la O.S.B.A. y fijó el plazo a partir del cual podrán ejercerlo (art. 37). Ahora bien, para que ello sea efectivamente posible en los hechos, el legislador local previó el dictado de las normas necesarias para materializar la integración y compatibilizar los regímenes aplicables (arts. 38 y 46, ley 472). En forma concordante, la ley n° 23.661 —de creación del Sistema Nacional de Seguro de Salud— establece que se consideran agentes del seguro, además de las obras sociales nacionales, a las de otras jurisdicciones que adhieran al sistema, a cuyo fin éstas deberán adecuar sus prestaciones de salud a las normas legales y reglamentarias correspondientes (art. 2) y cumplir las demás condiciones previstas en el cap. VIII ("De la participación de las provincias"). A su vez, la ley citada prevé la incorporación al sistema —en forma total o parcial— del personal dependiente de los gobiernos locales, como también los jubilados, retirados y pensionados de esas jurisdicciones, mediante convenios de adhesión (arts. 6 y 48). VII. El día 5 de diciembre de 2002 la Legislatura de la Ciudad dictó la declaración n° 254/2002, mediante la cual instó "...a la Comisión Normalizadora (decreto n° 1591/01) de la Ob.S.B.A. a que cumpla con lo previsto en el art. 37 de ley 472 a fin de garantizar la libre opción de los afiliados a partir del 1° de enero de 2003". VIII. Según lo dicho, corresponde a la Legislatura y al Gobierno de la Ciudad el dictado de las normas -legales y reglamentarias- que se estimen necesarias para materializar la integración y compatibilizar los regímenes aplicables (arts. 38 y 46, ley 472), en tanto que la

incorporación del personal al sistema nacional, requiere la celebración de convenios de adhesión (arts. 6, 48 y cctes., ley 23.661). IX.-Corresponde dejar aclarado que este Tribunal, en causas anteriores y sin perjuicio de las peculiaridades procesales de cada una de ellas, ya ha sentado doctrina sobre las medidas cautelares que deben otorgarse en este tipo de expedientes (acciones de amparo contra la Ob.S.B.A., vinculadas al derecho de elegir obra social). En aquellas circunstancias, como en ésta, se verifica que los derechos invocados aparentan verosimilitud (a la luz de lo dispuesto por la ley 472, arts. 37 y 38) y que hay peligro en la demora, pues ya se ha superado holgadamente la fecha establecida expresamente por el legislador como plazo máximo para la adhesión de la O.S.B.A. al régimen del Sistema Integrado Nacional regido por las leyes 23.660 y 23.661. Asimismo, y en los términos en los cuales es concedida, tampoco hay afectación al interés público. X.- Ahora bien, la medida cautelar que corresponde otorgar no coincide con la solicitada por el actor. Si bien ello obsta al otorgamiento de la medida cautelar en los términos planteados por el actor –esto es, se ordene a la demandada que derive los aportes del agente a la obra social de su elección; esta Alzada, de conformidad con el art. 184, CCAyT, se encuentra facultada para disponer una medida precautoria distinta a la solicitada, teniendo en cuenta la importancia del derecho o interés que se intenta proteger. Ello, con el objeto de evitar perjuicios o gravámenes innecesarios al titular de esos derechos o intereses (esta Sala, in re “Sandoval Elveride c/ G.C.B.A. s/ Amparo”, expte. n° 6591/0, resolución del 25/2/03). XI.- Conforme la regulación legal del derecho de opción de obra social, su ejercicio se halla supeditado a la incorporación de la OSCBA al Sistema Nacional del Seguro de Salud. Ahora bien, para que una obra social que no es agente del seguro pueda incorporarse al sistema es necesario que, previamente, adecue sus prestaciones de salud a las normas legales y reglamentarias correspondientes y se de cumplimiento a las demás condiciones previstas en el capítulo VIII, ley 23.661, debiendo celebrarse los pertinentes convenios de adhesión. Hasta tanto no se hayan verificado estos recaudos el ejercicio del derecho resulta jurídicamente inviable. En consecuencia, dado que la parte actora no ha acreditado que la demandada haya dado cumplimiento a los requisitos enunciados, a pesar de hallarse holgadamente vencido el plazo establecido para ello, este Tribunal entiende que la máxima protección del derecho que puede otorgarse es la que esta Alzada ha diseñado en sus anteriores pronunciamientos a saber: ordenar a las demandadas a realizar todas las actividades necesarias a fin de garantizar a los beneficiarios el derecho a la libre elección de la obra social (doctrina sentada in re “Galleguillo, Julia Myriam c/ OSCBA y otros s/ Otros procesos incidentales” Expte. EXP 7239, sentencia del 19 de marzo de 2004) y ordenar a la coaccionada a brindar a la parte actora prestaciones equivalentes a las del Sistema Nacional Integrado de Salud, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo (doctrina sentada in re “Guerrero Silvia Noemí c/ OSCBA sobre Amparo”, Expte. EXP 78860, sentencia del 7 de octubre de 2003) y que dan adecuada respuesta al planteo sometido a conocimiento de esta Sala. La decisión cautelar que corresponde al sub lite debe tener el alcance de ordenar precautoriamente el cumplimiento del régimen legal en principio aplicable –por parte de las coaccionadas- a fin de que el ejercicio efectivo del derecho sea posible, una vez que sean removidos los obstáculos que actualmente lo impiden –esto es, el incumplimiento de las actividades mencionadas en el considerando XI. En consecuencia, dado que, en virtud del desarrollo efectuado, el concreto ejercicio del derecho de elección de obra social por parte de los afiliados a la OSCBA se halla legalmente supeditado a la materialización de la integración de esta última al sistema nacional, la entidad se encuentra jurídicamente obligada, hasta tanto ello no suceda, a continuar brindando la cobertura con el nivel indicado. Por ello, queda demostrada la improcedencia de acoger la derivación de los aportes en la forma solicitada por el amparista. XII.- Por las razones expuestas, propongo que esta Alzada ejerza la atribución conferida a los jueces por el art. 184, CCAyT, y otorgue una medida cautelar diferente de la solicitada por los amparistas.

VOTO DEL DR. ESTEBAN CENTANARO:

I.- Adhiero al voto que antecede, empero considero necesario efectuar las siguientes aclaraciones. En pronunciamientos anteriores, frente a pretensiones similares a la deducida por el accionante, la mayoría de esta Alzada sostuvo que era menester readaptar la tutela precautoria otorgada por este Tribunal hasta ese momento y, en consecuencia, ordenó al GCBA que procediera a afectar los fondos correspondientes a los aportes y contribuciones por obra social, pertenecientes a la actora, a la obra social que la accionante disponga y, correlativamente se dispuso que la OSBA dejase de poner a disposición de la parte sus prestaciones hasta que se resolviera la cuestión de fondo (doctrina sentada in re “Hufenbach Adriana Marta c/ GCBA s/ Amparo” Expte. EXP 19772/0, sentencia del 11 de septiembre de 2006 y “Kott Clarisa María c/ GCBA y otros s/ otros procesos incidentales”, Expte: EXP 17863/1, sentencia del 12 de octubre del 2006, ambas con disidencia del Dr. Horacio Corti). Ahora bien, es preciso poner de relieve que en los precedentes reseñados se hallaban configuradas ciertas singularidades de hecho (suficientemente detalladas en esos casos) que justificaron apartarse —de manera excepcional— del criterio adoptado por esta Sala hasta ese momento. Así las cosas, al no encontrarse configuradas particularidades semejantes en el caso en estudio, entiendo que la máxima protección cautelar que puede otorgarse es la propuesta por mi colega preopinante. En consecuencia adhiero a su voto.-

#### DISIDENCIA PARCIAL DEL DR. CARLOS F. BALBIN:

I.- A fin de evitar reiteraciones innecesarias, cabe dar por reproducidas las consideraciones efectuadas por mis colegas en los puntos I a VIII del voto del Dr. Corti.

II.- Esta Alzada al expedirse en causas análogas a la presente, resolvió hacer lugar a las acciones impetradas y, en consecuencia, ordenó a las demandadas que realicen todas las actividades necesarias a fin de garantizar a los beneficiarios el derecho a la libre elección de la obra social y que, asimismo, brinden a la parte actora prestaciones equivalentes a las del Sistema Nacional Integrado de Salud. Con posterioridad, al resolver las medidas cautelares invocadas en el voto de mi colega preopinante (casos “Kott” y “Hufenbach”), la mayoría de esta Sala puso especialmente de resalto que —tal como lo señaló el Dr. Centanaro— el caso presentaba ciertas singularidades que justificaban modificar en parte el criterio expuesto hasta entonces.

III.- Sentado lo expuesto, considero que encontrándonos frente a similares circunstancias objetivas que aquellas que motivaron un cambio de criterio en las medidas cautelares reseñadas —estas son, por un lado el vencimiento holgado del plazo legal para que la demandada cumpla su obligación de realizar todos los actos tendientes para que la obra social se integre al Sistema Nacional de Salud y por el otro, existencia de un rechazo por parte de la Superintendencia de Servicios de Salud a la incorporación de la OSCBA— y, tal como lo anticipé recientemente al expedirme sobre la cuestión de fondo en la causa “Rehklau Hilda Luisa contra OSCBA y otros s/ Amparo” (EXP 9543/0, sentencia del 11 de mayo de 2007) propongo admitir los agravios esgrimidos por los actores y, en consecuencia, ordenar al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires que, en su carácter de empleador, proceda a afectar los fondos correspondientes a los aportes y contribuciones por obra social, pertenecientes a los actores, a la obra social que los accionantes eligieron (OSOCNA) y que la OSCBA deje de poner a disposición de la actora sus prestaciones hasta que se resuelva la cuestión de fondo.

En mérito a las consideraciones vertidas, jurisprudencia y normas citadas; el Tribunal RESUELVE: 1) Revocar la resolución apelada y —en los términos del art. 184 CCAyT- ordenar que la Ciudad de Buenos Aires y la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires —por medio de los órganos que corresponda- deberán realizar todas las actividades necesarias —dictado de normas legales y reglamentarias, celebración de convención interjurisdiccionales, adecuación de prestaciones, etc.- y remover todos los obstáculos para garantizar que los beneficiarios puedan

ejercer el derecho de libre elección de obra social, conforme el art. 37 de la ley nº 472. Ello, con carácter provisorio y hasta tanto exista una decisión definitiva sobre la cuestión. 2) Disponer que la codemandada OSCBA. brinde a los actores prestaciones equivalentes a las del Sistema Nacional Integrado de Salud hasta que se resuelva la cuestión de fondo.3) Imponer a la demandada vencida las costas devengadas ante esta instancia (art.62 CCAyT en virtud del principio de la derrota). Regístrese, agréguese por Secretaría copias cetificadas de los precedentes citados. Notifíquese a las partes y a la Sra. Fiscal de Cámara en su despacho. Oportunamente devuélvase.-