

En la ciudad de Mar del Plata, a los **04 días del mes de diciembre del año dos mil doce**, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en dicha ciudad, en **Acuerdo Ordinario**, para pronunciar sentencia en la causa **A-3571-MP0 "GONZALEZ BONORINO M. c. MINISTERIO DE SALUD - I.O.M.A. s. AMPARO"**, con arreglo al sorteo de ley cuyo orden de votación resulta: señores Jueces doctores **Riccitelli, Sardo y Mora**, y considerando los siguientes:

#### **ANTECEDENTES**

**I.** El titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 13 del Depto. Judicial Mar del Plata, con fecha 13-07-2012, hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la parte actora y, consecuentemente, ordenó al Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires afiliar provisoriamente al Sr. Máximo González Bonorino y a su grupo familiar primario [cfr. fs. 58/60].

**II.** El 30-07-2012 la parte demandada se notificó del reseñado pronunciamiento e interpuso en su contra recurso de apelación fundado [cfr. fs. 68/75].

**III.** A fs. 76 el magistrado de la instancia anterior concedió en relación y con efecto devolutivo el recurso interpuesto e intimó al recurrente a acompañar copia de las piezas del expediente necesarias para cumplir con la carga adjetiva prevista en el art. 250 del C.P.C.C.

**IV.** Con fecha 07-09-2012 el **a quo** dictó sentencia, acogió la presente acción de amparo, condenó al I.O.M.A. a afiliar al actor y a su grupo familiar primario, impuso las costas a la parte vencida y reguló los honorarios profesionales de los doctores Roberto Fabián Di Stefano - letrado apoderado del amparista- y Oscar Alberto Casale - abogado apoderado por la Fiscalía de Estado- en las sumas de pesos tres mil ochocientos (\$ 3.800,00) y pesos dos mil seis

cientos (\$ 2.600,00), respectivamente, con más los respectivos aportes de ley [cfr. fs. 83/89].

**V.** El 07-09-2012 la accionada se notificó del fallo recaído en la causa [cfr. cédula de notificación de fs. 94/95] y, con fecha 13-09-2012, interpuso en su contra recurso de apelación fundado [cfr. fs. 100/103].

**VI.** Por proveído de fs. 104 el judicante de la instancia concedió en relación y con efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto y corrió traslado de sus fundamentos a la contraparte por el término de tres (3) días.

**VII.** El 18-09-2012 la parte actora se notificó del traslado que le fue conferido [cfr. fs. 109] y, con fecha 19-09-2012, contestó los agravios esbozados por la demandada [cfr. fs. 110/111].

**VIII.** A fs. 112 el **a quo** tuvo por contestado el traslado corrido a fs. 104 y a fs. 120 ordenó la elevación de las actuaciones ante este tribunal.

**IX.** Recibida la presente causa en esta Cámara de Apelación [cfr. fs. 127 **in fine**] y puestos los autos al Acuerdo para Sentencia [v. fs. 128], corresponde plantear las siguientes:

#### **CUESTIONES**

**1.** ¿Es fundado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 100/103?

En su caso,

**2.** ¿Deviene abstracto el recurso de apelación deducido a fs. 58/60 contra el auto cautelar de fs. 68/75?

**A la primera cuestión planteada, el señor Juez doctor Riccitelli dijo:**

**I. 1.** Al exponer las razones que lo llevaron a hacer lugar a la presente acción de amparo, el juez de grado comenzó por destacar que la cuestión litigiosa a resolver

radicaba en determinar si la negativa del I.O.M.A. a afiliar en forma voluntaria al actor y a su grupo familiar con sustento en la existencia de una enfermedad preexistente constituía -o no- un acto manifiestamente ilegítimo o arbitrario [cfr. fs. 85].

Recordó que no resultaba materia de controversia en la especie: i) que el Sr. Máximo González Bonorino solicitó la afiliación voluntaria al I.O.M.A.; ii) que en oportunidad de efectuar tal solicitud denunció que padecía de una enfermedad oncológica con diagnóstico de Linfoma Hodgkin, con un tiempo de evolución de seis meses y sin secuelas, y iii) que dicha patología constituyó la circunstancia determinante para el rechazo del pedido afiliatorio del accionante [cfr. fs. 85].

Seguidamente expuso que si bien el marco fáctico descripto permitiría tener por justificada la conducta del I.O.M.A., atento lo normado por la ley 6982, su decreto reglamentario N° 7881/84 y la Resolución interna N° 438/04, tal normativa local debía, necesariamente, compatibilizarse con las disposiciones de los tratados internacionales con jerarquía constitucional [cfr. fs. 85 y vta.].

Por esta senda, destacó que el art. 12 apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establecía que el derecho humano a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental, mientras que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales preveía en su art. 10 que toda persona tenía derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social [cfr. fs. 86].

Por otra parte, explicó que el Estado tenía el deber de garantizar y proteger el derecho a la salud, propendiendo a su accesibilidad con un criterio provisto de razonabilidad y

tendiente a no discriminar a los particulares "...por motivos prohibidos...", lineamientos que tornaban inhábiles a las condiciones de salud de una persona para justificar la denegatoria de su ingreso al sistema de salud [cfr. fs. 86 vta./87].

Ilustró que a fin de dar cumplimiento a dicha obligación, se dictaron las leyes 23.660, 23.661, 24.754 y 26.682, entre otras normas dirigidas a asegurar el acceso a los distintos regímenes de salud [cfr. fs. 87].

Enlazado con lo anterior, expuso que la ley 23.661 creó un sistema nacional de salud, con los alcances de un seguro social, a los efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica [cfr. fs. 87].

Elucidó que el sistema contemplado en la ley 23.661 era complementado, de un lado, por la ley 24.754, en tanto extendía el Programa Médico Obligatorio (P.M.O.) a las empresas de medicina prepaga, y, de otro, por la ley 26.682, en cuanto regulaba la actividad que desarrollaban las mencionadas entidades privadas [cfr. fs. 87 vta.].

Destacó que el art. 10 de la ley 26.682 preveía que las enfermedades preexistentes solamente podían establecerse a partir de la declaración jurada de los usuarios y no constituían criterio de rechazo de sus pedidos de admisión, encontrándose autorizada la autoridad de aplicación de la mentada ley a fijar valores diferenciales debidamente justificados para la incorporación de usuarios que presenten patologías preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación [cfr. fs. 87 vta.].

Sin perjuicio de lo expuesto, recordó que la Provincia de Buenos Aires creó mediante la ley 6982 el Instituto de

Obra Médico Asistencial (I.O.M.A.), estableciendo que éste se comportaría como una entidad autárquica con capacidad para actuar pública y privadamente, de acuerdo con las funciones que le eran asignadas legalmente, y que realizaría en el ámbito bonaerense los fines estatales en materia médico asistencial para sus agentes en actividad o pasividad y para sectores de la actividad pública y privada que adhieran a su régimen, optando dicho Instituto por permanecer al margen del sistema estatuido por las leyes 23.660 y 23.661 [cfr. fs. 87 vta.].

Desde tal mirador, asignó razón a la parte demandada en cuanto sostenía que la ley 26.682 no era derechamente aplicable al I.O.M.A. [cfr. fs. 87 vta.].

Empero, advirtió que la aludida inaplicabilidad al Instituto accionado de las leyes 23.660, 23.661 y 26.682 no podía llevar a concluir válidamente que la Provincia de Buenos Aires se hallaba autorizada a desentenderse de los valores que dimanaban de la mentada legislación nacional, puesto que ésta reconocía su origen en normas y estándares constitucionales y convencionales a los que el Estado no podía permanecer ajeno [cfr. fs. 87 vta. **in fine**].

Por esta senda, postuló que, independientemente de la falta de adhesión al sistema nacional del seguro de salud, el estándar de accesibilidad y no discriminación que campeaba en el art. 10 de la ley 26.682 venía impuesto a la Provincia de Buenos Aires por las propias normas constitucionales y supranacionales en las que dicha legislación se inspiraba. [cfr. fs. 88].

A la luz de los lineamientos expuestos y con cita del art. 20 inc. 2° de la Constitución Provincial, concluyó que la negativa del I.O.M.A. a afiliar al actor y a su grupo familiar con sustento en una enfermedad preexistente

constituía un acto manifiestamente ilegítimo, en tanto contrariaba, sin exhibir fundamento alguno, los reseñados principios constitucionales y convencionales [cfr. fs. 88 vta.].

2. En su memorial de agravios de fs. 100/103 la parte demandada inicia la crítica del fallo en crisis aclarando que es la Provincia de Buenos Aires, a través del Ministerio de Salud, quien debe garantizar el acceso a la salud de sus habitantes -y a la que van dirigidos los mandatos transnacionales que cita el **a quo** en la sentencia apelada- y no el I.O.M.A., dado que, al margen del carácter de ente autárquico con capacidad para obrar pública y privadamente que éste reviste, no resulta ser dicha Obra Social agente de la política de salud provincial, *"...atento su finalidad de agente médico asistencial para los agentes públicos en actividad o pasividad o para sectores de la actividad pública y privada que adhieran a su régimen..."* [cfr. fs. 101 vta.].

Pregonado ello, argumenta que la Provincia de Buenos Aires, a través del Ministerio de Salud es la que efectivamente garantiza a los habitantes de la Provincia el goce del derecho a la salud y los medios de acceso a las prestaciones respectivas. Y de allí desprende que el juez de grado ha confundido los roles de agentes garantizadores de las normas que se invocan como vulneradas, solicitando se revoque el fallo en cuanto condena al I.O.M.A. a brindarle cobertura asistencial al actor a través del régimen de afiliación voluntaria.

Como segundo agravio sostiene que no incurrió en obrar alguno que con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta haya conculcado derechos del actor, ya que la denegatoria del pedido de afiliación incoado por éste se ajusta a la

normativa interna del I.O.M.A. que regula la cuestión atinente a las enfermedades previas [cfr. fs. 102].

Por esta senda, declama que el rechazo del pedido afiliatorio del Sr. González Bonorino se fundó en un informe emanado de la Auditoría Médica, del cual se desprende que el solicitante padece de una patología susceptible de ser encuadrada como una enfermedad preexistente que obsta la afiliación voluntaria, atento lo normado en la Resolución N° 438/04 del Directorio del I.O.M.A. [cfr. fs. 102].

Revela que el Directorio del I.O.M.A. procedió a dictar las resoluciones N° 438/04 y 439/04, por medio de las cuales se estableció un régimen único de preexistencias, plazos de carencia y límites de edad aplicables a las afiliaciones voluntarias, con el objetivo de procurar organizar un sistema de prestaciones de salud adecuado, previsible, razonable y financiable [cfr. fs. 102].

Alega que el I.O.M.A. se encuentra sujeto al bloque de legalidad que conforman la ley 6982, su decreto reglamentario N° 7881/84 y las resoluciones reglamentarias que dicta su Directorio, razón por la cual la validez de su obrar debe ser juzgada a la luz de dicha normativa [cfr. fs. 101].

Agrega que el actor tiene la posibilidad cierta, concreta y razonable de solicitar su afiliación y la de su grupo familiar ante cualquier empresa de medicina prepaga, en la que abonaría una contraprestación dineraria similar o menor a la que debería afrontar ante el I.O.M.A., atento el carácter voluntario bajo el cual pretende incorporarse a éste [cfr. fs. 101 **in fine**].

Con todo, solicita la revocación del fallo de grado y el rechazo de la presente acción de amparo [cfr. fs. 103].

**3.** En su réplica al memorial de la parte demandada, el accionante manifiesta su conformidad frente a lo resuelto en

la instancia de origen, controvirtiendo los argumentos ensayados por la apelante y solicitando, en consecuencia, el rechazo del embate articulado [cfr. fs. 110/111].

## **II. El recurso no prospera.**

Como quedara plasmado al reseñarse los fundamentos que sostienen el fallo en crisis, el **a quo** postuló que la conducta desplegada por el I.O.M.A. en cuanto rechazó el pedido de afiliación voluntaria intentado por el Sr. Máximo González Bonorino atendiendo a la patología previa que éste presentaba [enfermedad oncológica con diagnóstico de Linfoma Hodgkin], lesionaba con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta el derecho a la salud del amparista y, por ende, resultaba hábil para justificar la procedencia de la acción constitucional articulada.

Frente a tal forma de razonar, la apelante arguye -en esencia- que mal puede reputarse que el acto denegatorio de la petición de ingreso del actor y su grupo familiar al I.O.M.A. se encuentra teñido de las notas de ilegalidad y arbitrariedad que le asignó el judicante de grado, cuando encuentra adecuado y suficiente sustento en la Resolución N° 438/04, previsión reglamentaria que integra el bloque de juridicidad que rige el funcionamiento de la Obra Social y que veda la incorporación a ésta de aquellas personas que sufren de la enfermedad que aflige al accionante.

**1.a.** Así planteada la cuestión a dilucidar por esta Alzada, cabe rememorar, liminarmente, que el Sr. Máximo González Bonorino promovió la presente acción de amparo contra el Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires [I.O.M.A.], con el objeto de obtener un pronunciamiento judicial que condene a la parte demandada a afiliarlo voluntariamente, así como también a

incorporar indirectamente a su grupo familiar primario [cfr. fs. 20 y vta.].

Al describir los antecedentes fácticos que dan motivo a la demanda incoada, el amparista relató: i) que padece de una enfermedad oncológica con diagnóstico de Linfoma Hodgkin; ii) que presentó ante la Obra Social accionada una solicitud dirigida a obtener su afiliación voluntaria -así como también la de su grupo familiar- y iii) que el I.O.M.A. rechazó tal petición aduciendo -exclusivamente- que la patología que lo afligía se hallaba contemplada en su normativa interna como una causal que vedaba el ingreso voluntario a su régimen prestacional. Tales circunstancias, cabe aclarar, no resultan materia de controversia en la especie.

**b.** Fijados tanto el objeto del reclamo fondal como los hechos en los que éste encuentra basamento, es del caso poner de relieve que el Instituto de Obra Médico Asistencial funciona como entidad autárquica con capacidad para actuar pública y privadamente de acuerdo con las funciones establecidas en la ley 6982 que lo rige, orientándose a realizar en la Provincia de Buenos Aires todos los fines del Estado en materia médico asistencial para sus agentes en actividad o pasividad y para sectores de la actividad pública y privada que adhieran a su régimen [art. 1º, 1ra. parte, ley cit.].

La labor del organismo se encamina, pues, a la planificación de un sistema sanitario asistencial para todo el ámbito de la Provincia, teniendo como premisa fundamental la libre elección del médico por parte de los usuarios, reafirmando el sistema de obra social abierta y arancelada [art. 1º, 2da. parte, ley 6982].

El vasto universo afiliatorio que reconoce el I.O.M.A. se encuentra conformado por:

(i) quienes se hallan obligatoriamente incorporados a su régimen (**afiliados directos obligatorios**) -estos son los funcionarios y agentes en actividad de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de organismos dependientes o en la órbita del Poder Ejecutivo, de empresas estatales o con participación estatal mayoritaria, de fondos fiduciarios constituidos con capital o créditos estatales, de organismos constitucionales, de las municipalidades que adhieran al I.O.M.A., los docentes que presten funciones en establecimientos educacionales no oficiales abarcados por la ley 13.688 y los jubilados y pensionados del Instituto de Previsión Social Provincial, así como los de cualquier otra caja estatal [cfr. art. 16 de la ley 6982-, y

(ii) por aquellas personas que voluntariamente opten por incorporarse a la mentada Obra Social (**afiliados directos voluntarios**), ya sea que se trate de miembros de entidades adheridas al I.O.M.A. [**afiliados voluntarios directos colectivos** (cfr. art. 20 de la ley 6982 y su correspondiente reglamentación por decreto 7881/84)] o bien de ex afiliados que no hayan sido objeto de sanciones administrativas, de los familiares que hubieren estado a cargo de afiliados fallecidos o de personas que -como el actor- requieran su ingreso acreditando que residen en forma permanente en la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires (**afiliados voluntarios directos individuales**) [cfr. arts. 1 y 18 de la ley 6982 y reglamentación dada a dichos preceptos por el decreto 7881/84].

A su vez, los integrantes de los distintos sectores de afiliados directos cuentan con la posibilidad de gestionar el ingreso al I.O.M.A. de su núcleo familiar, quienes se integran a la obra social como afiliados **indirectos** [cfr.

art. 19 de la ley 6982 y su reglamentación dada por el decreto 7881/84].

c. De los diversos grupos de beneficiarios que abarca el I.O.M.A., **los afiliados obligatorios son los primordiales destinatarios de la labor médico asistencial que dicho ente despliega**. Repárese que al encomendar a la demandada la misión de realizar los fines públicos en materia médico asistencial, el legislador provincial tuvo en mira principalmente la atención de las necesidades que en materia de salud presentan aquellos agentes del Estado bonaerense que irrenunciablemente se encuentran incluidos en su régimen [afiliados directos obligatorios]. Basta con solo repasar la carta orgánica del I.O.M.A. para advertir que ésta se halla especialmente orientada a la regulación de todos los aspectos atinentes a la relación que une al Instituto con el referenciado segmento afiliatorio. Obsérvese: **i)** que al establecer su cometido el art. 1 de la ley 6982 alude expresamente como destinatarios de los servicios de la Obra Social a los agentes del Estado, en actividad y pasividad; **ii)** que el legislador detalló, pormenorizadamente, quienes se hallan afiliados cautivamente al I.O.M.A. [cfr. art. 16 de la ley 6982 y su reglamentación], indicando -además- cuáles miembros de los Poderes estatales están excluidos de la aludida obligatoriedad [cfr. arts. 17 y 17 bis de la ley 6982 y su reglamentación]; **iii)** que se hallan específicamente previstos los porcentajes de las retribuciones de los afiliados obligatorios que conforman sus aportes [cfr. art. 13 de la ley 6982 y su reglamentación], regulándose el modo y el plazo en que el Estado empleador y sus organismos descentralizados o autárquicos deben liquidar e integrar las referenciadas contribuciones [cfr. art. 14 de la ley 6982 y su reglamentación], así como también las consecuencias que

irroga la falta de cumplimiento de tales mandas [cfr. art. 14 ter de la ley 6982 y su reglamentación], y **iv)** que la sección de afiliados examinada es la única que cuenta con representación (tres miembros) en el Directorio, cual es el máximo órgano administrativo del ente en cuestión [cfr. art. 2 de la ley 6982 y su reglamentación].

Desde esta atalaya, cabe postular que la habilitación legal con que cuenta el I.O.M.A. para dictar reglamentaciones internas con el fin de asegurar el mejor funcionamiento posible y alcanzar la más alta cobertura para su amplio espectro de beneficiarios -prerrogativa que ha sido reconocida por esta Cámara aunque con ciertas atenuaciones- [cfr. doct. esta Alzada causas **A-493-MP0 "Navarro"**, sent. de 15-V-2008; **A-2048-MP0 "García"**, sent. de 20-VIII-2010; **A-2954-MP0 "Datola"**, sent. de 08-III-2012 y **A-3223-MP0 "Tolosa"**, sent. de 19-VI-2012, entre otras] **rige con mayor vigor respecto de sus afiliados obligatorios**, dado que éstos son -reitero- los primordiales y necesarios destinatarios de su régimen.

Por fuera de ese universo de afiliación cautiva, también cabe reconocerle al accionado similar potestad reglamentaria en el ámbito de cobertura a particulares que, sin invocar o contar con vínculo de empleo o previsional alguno con la Provincia, requieren libremente su afiliación. Echar mano a la mentada prerrogativa en el ámbito de la afiliación voluntaria, sin embargo, **exige al Instituto moverse dentro de contornos más acotados de capacidad de reglamentación que, a la postre, justifican una menor deferencia a sus contenidos por parte de la jurisdicción**. En efecto, a mayor interés del Instituto en llevar a cabo una política de ampliación de su base de aportantes por fuera del universo normativamente tasado de beneficiarios cautivos del sistema, **menor es el**

**grado de libertad con que cuenta el accionado para fijar una reglamentación del régimen de adhesiones voluntarias que erija restricciones, valladares u obstáculos irrazonables para el ingreso al sistema prestacional.** Predicar una lectura contraria importaría convalidar que, descuidando la propia razón de su creación y el específico esquema de aportes y beneficiarios para el cual fuera primordialmente organizado, el Instituto se mueva en el territorio de la atención de la salud **como si fuera una entidad de medicina prepaga mas sin estar siquiera obligado a respetar ciertas pautas y prácticas de adhesión que sensatamente se han fijado para destronar una visión mercantilista de la provisión de los servicios de salud.**

Aunque con sus propias palabras, en esto último posó su atención el juez de grado y por ello sentenció guiado por los principios contenidos en la Ley N° 26.682, los que aplicó no de manera directa sino como patrones operativos de lo reglado por el arts. 12 apartado 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Y desde mi perspectiva, tal razonamiento del sentenciante de grado mal puede ser cuestionado por esta Alzada, más allá de la dudosa hermenéutica que postula el apelante sobre el destinatario final de los mandatos contenidos en la normativa supranacional citada y sobre quien recae la responsabilidad en caso de incumplimiento (cfr. doct. C.S.J.N. Fallos 330:261).

**d.** No me resulta inadvertido que con la política selectiva de adhesiones voluntarias, el Instituto persigue poner a resguardo su finito presupuesto; resulta prístinamente visible su interés por captar futuros

aportantes voluntarios que le acerquen a sus arcas adicionales ingresos pero que no le irroguen, en lo mediato, costos elevados en prestaciones médico-asistenciales (cfr. tercero y quinto párrafos fs. 44).

Y es ese esquema que subrepticamente se esconde bajo la reglamentación limitativa de ingresos de adherentes voluntarios, la que conlleva la formulación de reproche jurisdiccional.

Si el Instituto accionado prioriza velar por el equilibrio de su esquema económico financiero de prestación para atender a su legalmente recluido universo de aportantes-beneficiarios (cfr. lo manifestado en el cuarto párrafo "in fine" de fs. 44), entonces, su política prestacional debería mantenerse dentro de las fronteras de actuación y del régimen de recursos que primordialmente tuvo en miras el legislador provincial para sancionar su creación y puesta en funcionamiento; en esta planicie podrá moverse reglamentariamente con cierta flexibilidad, estableciendo un meditado esbozo prestacional que asegure la continuidad y solvencia del sistema. Si adopta -empero- una política expansiva traspasando aquellos bordes **debe saber que su actuación en dicha arena no se encuentra libre de ataduras ni que su reglamentación estará ajena a un estricto escrutinio judicial** en busca de escollos arbitrarios, discriminatorios, irrazonables o desproporcionados a ser demolidos o erradicados en pos de -por un lado- hacer prevalecer derechos y garantías de rango y protección superior y -por el otro- de derrocar todo atisbo puramente mercantilista o economicista en la captación, por parte de una institución del gobierno provincial, de aportantes voluntarios al sistema, mas cuando la propia entidad provincial reconoce que con el sistema de afiliación voluntaria "el IOMA comienza a recorrer el camino

que inspira a la legislación: orientar su actividad hacia un sistema sanitario asistencial para todo el ámbito de la Provincia" (cfr. fs. 43).

Por ello, si bien no es posición de la Cámara que toda reglamentación interna del Instituto que fije parámetros razonables para acceder a los pedidos de afiliaciones voluntarias es -sin más- descalificable, **la hermenéutica arriba trazada constituirá el lente con el cual habrá de escrutarse no solo la proporcionalidad entre medios y fines que se estatuyan en la materia sino también las circunstancias particulares que rodean cada caso y el grado de esfuerzo o el nivel de desidia del Instituto en la búsqueda de una solución mediante la actuación de los mecanismos reglados o discrecionales que tiene a su alcance** (doct. esta Cámara causa **A-3092-MP0 "Parma"**, sent. de 25-X-2012).

Con lo argumentado hasta aquí contesto a lo postulado por el Instituto recurrente en cuanto a que su actuación debe ser juzgada de conformidad con el bloque de legalidad que lo rige y con la normativa interna que emite. Si bien en principio -y solo en principio- allí habrá de recurrirse para juzgar el accionar de la entidad pública creada por la ley 6982, la faena jurisdiccional no puede detenerse en ese punto frente al sinnúmero de particularidades que el ejercicio de su competencia por parte del accionado genera día a día en el ámbito de su actuación. Habrá que trazar muchas veces matices interpretativos para cada una de esos singulares contextos, siempre teniendo en miras que lo que comúnmente se juzga en estos litigios involucra el derecho constitucional a la salud.

En los párrafos precedentes se ha plasmado uno de esos matices y desde su plataforma juzgaré si la reglamentación

interna en la que fundara su denegatoria resiste la estricta indagación que demanda el art. 20 inciso 2° de la Constitución provincial cuando se ha recurrido a una acción como la que motiva la presente causa.

2. Tanto al momento de contestar demanda como en el libelo de apelación, el Instituto accionado defiende sus competencias para regular el régimen de preexistencias, plazos de carencias y límites de edad aplicables a las afiliaciones voluntarias individuales y colectivas. Y es en base a la normativa interna dictada en ejercicio de tales facultades (Resoluciones N° 438 y 439, ambas del 2004), que postula que la denegatoria de afiliación que se examina en el presente litigio es ajustada a derecho.

De la lectura tanto de los considerandos como de la parte dispositiva de ambas Resoluciones puede apreciarse el unidireccional sentido de la política adoptada por el Instituto en materia de afiliaciones voluntarias: captar el mayor número de aportantes no cautivos obligatoriamente (arts. 4 y 6 de la Resolución N° 439/2004), empero seleccionar de ese universo únicamente los que le generen menor carga prestacional en lo mediato (arts. 2, 3 y 6 Resolución 438/2004).

Semejante política luce bastante alejada de lo que se predica en este expediente cuando se afirma que con el sistema de afiliación voluntaria "el IOMA comienza a recorrer el camino que inspira a la legislación: orientar su actividad hacia un sistema sanitario asistencial para todo el ámbito de la Provincia" (cfr. fs. 43). Menos aún podría sostenerse que se está en presencia de un sistema de salud equitativo y solidario (ver lo dicho a fs. 48).

Tampoco se comprende la razonabilidad de las restricciones a poco que se constata que la máxima autoridad

del organismo cuenta con facultades para establecer el valor de la cuota de afiliación voluntaria estableciendo las categorizaciones pertinentes (cfr. arts. 7 y 9 Resolución N° 439/2004), lo que conduce a concluir que las denegatorias por enfermedades preexistentes bien podrían eliminarse con un adecuado, meditado y fundado diseño de valores de aportes para las afiliaciones voluntarias que pongan a resguardo la viabilidad del conjunto prestacional al que aspira alcanzar el Instituto. No es menos evidente que la demandada no ha siquiera demostrado en sede administrativa ni en este proceso que, frente a la solicitud de afiliación del amparista, el Directorio del organismo haya ejercitado aquella prerrogativa de fijar una política contributiva respecto del solicitante y su grupo familiar que le permita acceder a su incorporación al sistema prestacional y con ello cubrir -dentro de un esquema de razonabilidad y equidad- la prestación de los servicios que se les pudieran brindar, ponderándose especialmente a tal efecto la conformación y la capacidad contributiva del conjunto y sopesando que el aporte promedio del sector voluntario no podrá ser inferior al aporte promedio de los afiliados obligatorios. Como ya ha sostenido esta Cámara en otra oportunidad, si bien la contribución de los aportantes obligatorios se funde con la de los voluntarios, el I.O.M.A. posee la facultad de fijar el aporte de quienes libremente optan por ingresar a su régimen en una suma razonable y equitativa, que permita solventar el servicio de salud que se les brinde, aventando todo riesgo de perjudicar la suficiencia de los recursos económicos que aquél requiere a los efectos de desarrollar su función asistencial en punto de las personas que necesariamente cubre y protege (doct. esta Cámara causa **A-3092-MP0 "Parma"**, sent. de 25-X-2012).

En suma, los escollos levantados para fundar la denegatoria de la afiliación voluntaria en el presente caso resultan claramente irrazonables o desproporcionados, lo que denota una renuncia deliberada del ente provincial frente al deber de preservar la salud que incumbe, no solo al Estado bonaerense en el rol de garante que respecto de tal prerrogativa humana le asigna el art. 36 inc. 8° del máximo cuerpo normativo local, sino también, en la medida de sus obligaciones y posibilidades, tanto a las obra sociales -como lo es el accionado- y a las empresas de medicina prepaga que desenvuelven su actividad en el territorio provincial [cfr. doct. C.S.J.N. **in re** G.783.XLVI "Gerard María Raquel y otro c/ I.O.S.P.E.R. s/ acción de amparo", sent. del 12-06-2012].

Recuerdo que esta Alzada ha sostenido que en el art. 36 de la Carta Magna provincial, el constituyente encomendó a los Poderes de la Provincia **promover la eliminación de obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza** que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales. En ese marco de remoción de barreras en el goce de derechos, el constituyente expresamente mandó a la Provincia **garantizar a sus habitantes el acceso a la salud en los aspectos preventivos, asistenciales y terapéuticos** (inciso 8). Frente al contenido del art. 36 inciso 8° de la Constitución provincial, el Poder Legislativo -en ejercicio de las prerrogativas conferidas por el art. 103 inciso 13° de la Carta Magna local- **posee suficiente terreno de maniobra para adoptar las políticas públicas de salud que, sin abrogar injustificadamente o avasallar derechos reconocidos, propendan a efectivizar -en un marco de razonabilidad, eficacia, seguridad y progresividad y bajo ciertas condiciones- prestaciones sanitarias preventivas, asistenciales y terapéuticas**

**reconocidas por la comunidad científica** (cfr. doct. esta Cámara causa **A-2913-MP0 "I.,M.A. y D.,L.M."**, sent. de 4-IX-2012).

Desde tal perspectiva resulta altamente contradictorio desde el altar de lo prescripto por los arts. 36 incisos 1°, 2°, 5°, 6°, 8° y 10° de la Constitución Provincial y 1 de la ley 6982, que el ente provincial creado por el legislador para desplegar un amplio accionar médico asistencial en el territorio bonaerense (como bien postula en su contestación de demanda) pueda instituir un régimen de afiliación voluntaria que trace una irrazonable discriminación entre quienes admite y quienes rechaza en sus pedidos de adhesión al sistema, dejando fuera paradójicamente a quienes por los reseñados mandatos y finalidades constitucionales y legales, son los que sufren mayores vulnerabilidades a ser paliadas por la entidad a la que el legislador provincial encomendó tal relevante función de equiparación social.

**3.** Sentado lo anterior, corresponde actuar en el presente proceso la atribución que el art. 20 -último párrafo- de la Constitución provincial reconoce a los magistrados del amparo. Solo cumpliendo ese ritual podrá accederse a la pretensión actoral por cuanto mal podría la judicatura condenar al Instituto accionado a afiliarse al amparista en contravención con una norma vigente, si esa norma no ha sido declarada previamente inconstitucional por la jurisdicción (doct. S.C.B.A. causa B. 60.574 "Gurquel", res. del 11-VII-2007; esta Cámara causas **Q-663-MP1 "Liello"**, res. de 24-VI-2008; **C-1706-MP2 "Lagраста"**, sent. del 9-IX-2010).

Así, en atención a las razones desbrozadas en el apartado II.2. de este voto, propongo declarar la inconstitucionalidad del art. 2 y su Anexo, de la Resolución

I.O.M.A. N° 438/2004 en cuanto resulta ser el precepto en el que se funda el acto de denegatoria de afiliación que se juzga, conforme las circunstancias de la causa y las pautas hermenéuticas precedentemente trazadas, contrario al art. 36 inciso 8° de la Constitución provincial y a las normas supranacionales que fundamentan el fallo de grado apelado.

Y si bien en la especie no media expreso pedido de declaración de inconstitucionalidad, no es menos cierto que en el marco del amparo provincial, tal recaudo lejos está de poder predicarse como impeditivo frente a la expresa habilitación del constituyente para que los jueces, conforme a los argumentos y contrargumentos que conforman la litis y que se mantienen ante esta alzada, identifiquen el accionar estatal que lesione o amenace el ejercicio de los derechos individuales o colectivos en debate y descalifique la norma o precepto en la que se apuntala la conducta pública constitucionalmente reprobada (arts. 20 último párrafo, 57 y 168 de la Constitución provincial).

**III.** Con todo, en la especie juzgo que la denegatoria de afiliación del actor como afiliado directo voluntario y la consecuente falta de incorporación de su grupo familiar en carácter de afiliados indirectos, fundada exclusivamente en la presencia de una enfermedad preexistente en los términos de la Resolución interna N° 438/04, resulta contraria al derecho constitucional a la salud consagrado por el art. 36 inciso 8° de la Constitución provincial y a la normativa supranacional que se cita en el pronunciamiento de grado, razón por la cual corresponde rechazar el recurso de apelación articulado por el I.O.M.A. y confirmar -por otros fundamentos y previa declaración de inconstitucionalidad del art. 2 y su Anexo I de la Resolución I.O.M.A. N° 438/2004, la condena que contiene el pronunciamiento de fs. 83/89. Las

costas de Alzada deberían imponerse a la apelante, atento su objetiva condición de vencido [arts. 19 y 25 de la ley 13.928 y 68 del C.P.C.C.].

Con el alcance indicado, voto a la primera cuestión planteada por la **negativa**.

El **señor Juez doctor Mora**, con igual alcance y por idénticos fundamentos a los brindados por el señor Juez doctor Riccitelli, vota la primera cuestión planteada por la **negativa**.

**A la segunda cuestión planteada el señor Juez doctor Riccitelli dijo:**

**I.1.** Por auto de fs. 58/60, con fecha 13-07-2012, el **a quo** hizo lugar a la medida cautelar peticionada por el accionante en su escrito inicial.

**2.** En su memorial de agravios de fs. 68/75 la accionada objeta el pronunciamiento reseñado, sosteniendo que no se encuentran presentes en la especie los requisitos necesarios para ordenar la medida cautelar peticionada por el amparista.

**II.** Estimo que corresponde responder afirmativamente al segundo interrogante planteado.

En atención al modo como ha sido votada la primera cuestión sometida a consideración de esta Alzada y la solución alcanzada, esto es, la confirmación de la sentencia de grado en cuanto acogió la presente acción de amparo y ordenó a la demandada afiliar voluntariamente al actor y su grupo familiar, no cabe sino concluir que el tratamiento del embate impetrado contra el pronunciamiento que otorgó la medida cautelar requerida en el escrito inicial ha devenido abstracto [cfr. doct. esta Cámara causas **A-1637-BB0 "Fernández"**, sent. de 23-II-2010; **A-1806-AZ0 "Sosa Borderes"**, sent. de 15-V-2010 y **A-3101-NE0 "Rodriguez"**, sent. de 04-IV-2012].

Es que, al dictarse sentencia definitiva, el tratamiento de los agravios propuestos por la demandada en torno al acogimiento de la medida ordenada a fin de tutelar el derecho que -al resolverse el reclamo de fondo ventilado en la especie- ya no se encuentra en expectativa, resulta abstracto.

Como reiteradamente recuerda la Suprema Corte de Justicia provincial, no es función de la judicatura emitir opiniones abstractas (cfr. doct. causas Ac. 82.248, sent. de 23-IV-2003; Ac. 85.553, sent. de 31-III-2004, entre muchas otras), ya que los jueces no están habilitados para hacer declaraciones teóricas o generales, debiendo limitarse a resolver el "caso" que se ha sometido a su decisión, donde el interés de quien acciona debe subsistir al momento de dictarse la sentencia (cfr. doct. B. 61.703, sent. de 14-II-2000; esta Alzada causas **A-524-D00 "Porretti"**, sent. de 22-IV-2008; **V-359-AZ1 "Tur"**, sent. del 11-IX-2008; **A-1314-MP0 "Norando"**, sent. de 5-V-2009; **M-512-BB1 "Institución Salesiana San Francisco Javier"**, sent. de 27-VIII-2009 y **C-1346-MP1 "Gregoraschuk"**, res. de 11-XI-2009). Y es ese interés el que juzgo desaparecido en la especie a tenor de lo decidido respecto de la cuestión de fondo.

Finalmente, cabe señalar que, atento que la cuestión planteada ante esta Alzada en torno a la tutela precautoria ordenada ha devenido abstracta, las costas irrogadas por dicha incidencia deberían ser distribuidas por su orden, dado que -en virtud de tal resultado- ninguna de las partes puede considerarse vencida [argto. arts. 19 de la ley 13.928 y 68 del C.P.C.C.].

En consecuencia, voto a la segunda cuestión planteada por la **afirmativa**.

El **señor Juez doctor Mora**, con igual alcance y por idénticos fundamentos a los brindados por el señor Juez doctor Riccitelli, vota a la segunda cuestión planteada por la **afirmativa**.

La **señora Juez doctora Sardo** no suscribe la presente sentencia por hallarse en uso de licencia.

De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en Mar del Plata, dicta la siguiente:

**SENTENCIA:**

**1.** Rechazar el recurso de apelación articulado por el I.O.M.A. y confirmar -por otros fundamentos y previa declaración de inconstitucionalidad del art. 2 y su Anexo I de la Resolución I.O.M.A. N° 438/2004, la condena que contiene el pronunciamiento de fs. 83/89. Las costas de Alzada se imponen al Instituto apelante, atento su objetiva condición de vencido [arts. 19 y 25 de la ley 13.928 y 68 del C.P.C.C.].

**2.** Como consecuencia de lo anterior, se declara abstracto el tratamiento del recurso de apelación interpuesto a fs. 58/60 contra el auto de fs. 68/75, en cuanto hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la amparista. Costas de alzada en el orden causado, atento que ninguna de las partes puede considerarse vencida en la incidencia [argto. arts. 19 de la ley 13.928 y 68 del C.P.C.C.].

**3.** Por las labores de Alzada estése a la regulación de honorarios que por auto separado se practica.

Regístrese, notifíquese y devuélvanse las actuaciones al Juzgado de origen por Secretaría. Fdo: Dres. Elio Horacio Riccitelli - Roberto daniel Mora - María Gabriela Ruffa, Secretaria.