RESOLUCIÓN REGISTRADA
BAJO EL Nº 265

Ushuaia, 17 NOV 2023

VISTO: el Expediente del registro de este Tribunal de Cuentas, Letra: TCP-SL Nº 262/2023, caratulado: *"S/CONSULTA NOTA Nº 260/2023 CPSPTF"*, y;

CONSIDERANDO

Que las presentes actuaciones se iniciaron en función de la Nota Nº 260/2023, Letra: Presidencia – CPSPTF (fs. 2), suscripta por el Presidente de la Caja de Previsión Social, CP Roberto F. BOGARIN, en la que se giró copia certificada del Expediente Nº 1830/2023, Letra: CPSPTF – P, por el que tramita la presentación efectuada por el beneficiario Javier DE GAMAS SOLER (fs. 3/18).

Que sobre la situación que se ventila en las actuaciones que obran en copia certificada, tomó intervención el área legal de este Órgano de Control a través del Informe Legal Nº 248/2023 Letra: TCP-CA, precisando que: "(…) *En las actuaciones de referencia, obra el escrito caratulado 'HACE SABER – CONSTITUYE DOMICILIO - SOLICITA', por el que el beneficiario manifestó: '(…) en mi carácter de titular del beneficio jubilatorio reconocido mediante la Disposición de Presidencia Nº 1139/2023, de fecha 02 de octubre del presente año, vengo a solicitar se me excluya del marco prestacional (médico-asistencial) establecido en la Ley provincial nº 1071 (BO. 13/01/2016), y en consecuencia se transfiera el monto dinerario correspondiente al aporte previsto en el art. 19 ap. B) de la norma citada, a la empresa médica privada que gira en plaza bajo la denominación de OSDE, ello conforme a los fundamentos que habré de expresar.*

II.- A) *Que, conforme resulta de la certificación de servicios aportada al Expte. 342/2023 ('DE GAMAS SOLER, JAVIER IGNACIO s/ jubilación extraordinaria s/ insistencia'), ingresé al Poder Judicial de esta provincia el día 15 de septiembre de 1999 y desde esa fecha hasta el día que se hizo efectiva mi renuncia en octubre de este año 2023, vengo prestando servicios de manera ininterrumpida. Primero me desempeñe como Secretario de la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de la Provincia, luego como titular del juzgado de Instrucción Nº 1 del distrito judicial sur de la Provincia de Tierra del Fuego hasta el presente. El cese de dicha actividad estuvo condicionado por el otorgamiento del beneficio jubilatorio pertinente.*

Que en el marco de la actividad laboral pública desplegada, en todo momento a lo largo de la misma, la cobertura asistencial tanto en mi persona como del grupo familiar a mi cargo estuvo prestada por la entidad de derecho privado OSDE.

Que dicha prestación así correspondió, tanto por la autorización prestada por mi entonces empleador (Superior Tribunal de Justicia), como la propia decisión al efecto por mi parte.

Que en el momento de darse inicio a mi actividad laboral ante el Poder Judicial de la provincia, la obra social provincial (pública) era el entonces Instituto Provincial Autárquico Unificado de Seguridad Social (IPAUSS).

Que en el marco del curso de la actividad laboral indicada en el párrafo precedente, oportunamente en fecha 08/01/2016 se modificó el régimen legal del sistema de la seguridad social provincial citado, mediante la creación de la denominada Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego (OSPTF), estableciendo expresamente que dicha entidad sucede '[…] jurídicamente al Instituto Provincial Autárquico Unificado de Seguridad Social]'.

Que a lo largo del tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la norma local indicada (Ley 1.071, 13/01/2016) y hasta el cese de mi vínculo laboral mi entonces empleador (Superior Tribunal de Justicia de

TDF), la cobertura asistencial de mi persona y grupo familiar continuó a cargo de la empresa OSDE, sin ningún tipo de observación por parte del Estado provincial.

Que en dicho marco de realidad, ni el entonces IPAUSS, antes, ni el OSPTF después, han sido los espacios asistenciales elegidos por mi persona para el cometido asistencial que hace a mi interés.

Que, por otro lado, en momento alguno mi entonces empleador (Superior Tribunal de Justicia), como asimismo, ninguna de las autoridades a cargo de las personas jurídicas apuntadas (IPAUSS y OSPTF) han reclamado a mi persona la obligatoriedad de aportar a dicho espacio asistencial público, en el caso concreto del Superior Tribunal de Justicia, dicho órgano hizo efectivo siempre el aporte a la empresa OSDE, en lo pertinente a la retención del porcentual de mis haberes como asimismo en lo que correspondía al aporte propio en calidad del empleador. Entonces, en todo momento, y de manera pacífica, la opción ejercida por mi parte en calidad de funcionario del Poder Judicial en el sentido de contar con la asistencia de la citada firma privada, pues, ha sido pacífica y consentida por la Administración.

*(…) Que, de modo concreto, desconocer a mi persona el derecho de **dar continuidad** a la opción prestacional por la empresa prepaga OSDE para cubrir mis expectativas de asistencia médica en el marco del estado jurídico actual de mi persona (jubilado), importaría lisa y llanamente una afectación al citado principio de progresividad, puesto que a lo largo de más de veinte (24) años he venido ejerciendo tal derecho (opción por OSDE) sin que el Estado provincial –bajo cualquiera de las agencias pertinentes- me haya objetado dicho ejercicio.*

*Que, asimismo, debe tenerse presente el **principio de igualdad** en materia de resguardo de derechos liminares del ser humano; en efecto, el Estado*

provincial y mi entonces empleador (Superior Tribunal de Justicia) han venido consintiendo a lo largo de éstos años la opción prestacional apuntada; dicho estado de cosas no puede ahora mutar dicha situación ante el hecho de que mi condición laboral activa haya devenido en previsional, esto es 'pasiva' (término por demás inadecuado, entiendo). Si me es respetada la movilidad previsional en términos de haberes, entendida la misma como una consecuencia del principio de progresividad, por la misma razón se debe seguir respetando el derecho que he venido ejerciendo a lo largo de toda la relación 'activa', en el sentido de conservar la empresa proveedora del servicio asistencial seleccionada oportunamente y mantenida siempre.

(…) En tal sentido, el eventual rechazo a lo que se peticiona en el presente escrito habría de importar un claro marco de discriminación inversa, ello así por cuanto no se podría justificar desde el plano de la motivación del acto administrativo cómo es que durante el desarrollo de la totalidad de la relación laboral mantenida entre mi parte y el Estado provincial en la persona del Superior Tribunal de Justicia (05/04/2001 al 31/05/2023), pude sostener de manera pacífica el marco de contratación de un servicio de protección social ajeno al sistema público provincial (IPAUSS y posteriormente OSPTF-OSEF).

Que no puede el Estado provincial ahora, en la persona de la agencia previsional por usted representada, desconocer tal cuadro de situación descripto y negar la continuidad de tal realidad, puesto que de hacerlo se estaría en presencia de una alteración sustancial de los derechos que hacen a mi persona, por cuanto de manera arbitraria se me estaría colocando en una posición distinta –y lesiva- a la que contaba en ocasión de estar situado dentro del ámbito 'activo'.

(…) Que, asimismo, y si bien no reporta relevancia a los fines de la justificación jurídica del planteo que efectúo a través del presente escrito, quiero significar una cuestión que me parece razonable. Yo he venido aportando a lo largo de veintidós (22) años y tres (3) meses a una obra social o empresa de medicina prepaga particular (OSDE), y lo mismo ha venido haciendo mi

entonces empleador, en lo que concierne a su parte; ahora, una vez jubilado, y ya con una edad en la que estadísticamente comienza una persona a ser más demandante del sistema sanitario –verdad ésta de sentido común-, pues no es justo para la obra social pública de la provincia que quien no ha aportado nada a la misma durante tanto tiempo, mientras era empelado, ahora deba ser asistido en razón de ser jubilado y estar por ello obligado a contar con la asistencia de dicho espacio.

Que tal situación se presenta, cuanto menos, impropia, ello así por cuanto desde un plano ético yo no aceptaría valerme de mi condición de jubilado y por ende, de afiliado obligatorio, para requerir sus servicios; es más, ya he contratado la continuidad de los servicios de OSDE, en el entendimiento de que considero que ello es lo que corresponde de manera justa realizar.

(…) Que, a modo de conclusión, entiendo que no puede establecerse una diferencia en el plano asistencial, entre mi persona considerada en términos de empleado 'activo', y ahora, considerada en términos de 'pasivo', ya que ello importaría una discriminación claramente improcedente.

(…) Que la petición que efectúo no causa perjuicio alguno al patrimonio del Estado, considerado éste en la persona de la agencia asistencial local (OSPTF-OSEF), ello así por cuanto no lo ha sido antes, mientras estaba vigente la relación laboral 'activa' entre mi persona y el Poder Judicial de la provincia, en la persona del Superior Tribunal de Justicia. Es que de haber estado ello mal, de no haber correspondido, pues entonces no se advierte explicación alguna que permita entender cómo no habiendo correspondido tal estado de cosas, pues, se haya mantenido al día de hoy sin cuestionamiento alguno'.

En virtud de la citada presentación, ha tomado intervención la Unidad de Asesoramiento y Enlace Jurídico de la Caja de Previsión Social de la

Provincia, a través del Informe Nº 08/2023, por el que el Dr. Sergio Manuel TAGLIAPIETRA, analizó: '(…) más allá del lugar donde se hayan realizado los aportes mientras se encontraba en actividad, al momento de adquirir el estatus de jubilado resultarían de aplicación las previsiones del artículo 2º de la Ley Provincial Nro. 1071, en tanto dicha norma establece que la O.S.P.T.F. tiene por objeto principal el gobierno y la administración del sistema de prestaciones médico asistenciales, destinado a jubilados y pensionados del Régimen Previsional provincial, entre otros.

Por ello es que devendría ajustado a derecho derivar los aportes al régimen asistencial reglado por la Ley 1071 (O.S.E.F.), hasta tanto se cuente con una indicación expresa de parte de dicha institución, toda vez que no resulta la C.P.S.P.F. quien deba resolver la cuestión planteada por el beneficiario, ello por imperio de la norma citada supra.

Sin perjuicio de lo señalado debería, en última instancia, estarse a resulta de la sentencia que pudiere dictarse en los caratulados ***'BASTIDA, Alejandra Miriam c/ IPAUSS s/ Contencioso Administrativo' Expte. 3354****, en trámite por ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, en los cuales se ventila un planteo de similares características al aquí traído, por resultar en su caso la actora ex dependiente del Poder Judicial Provincial.*

Es por ello que de la petición formulada correspondería, prima facie, se diera intervención de la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego (O.S.P.T.F.) a fin de que manifieste lo que a su parte pudiere corresponder al respecto, toda vez que en todo caso se vería involucrada en la solución que se adopte en respuesta al planteo que formulara el Sr. Javier Ignacio de Gamas Soler'.

Así, tal como fuera advertido ut supra, existe el antecedente caratulado: 'BASTIDA, Alejandra Miriam c/ IPAUSS s/ Contencioso Administrativo', que tramita por ante el Superior Tribunal de Justicia, en el que se planteó una presentación similar a la aquí expuesta, el que aún se encuentra pendiente de resolución.

De los antecedentes del mentado caso, corresponde resaltar lo siguiente: '(…) La materia que trata la presente es la protección del derecho fundamental a la salud de la actora, en tanto el Estado le ha reconocido la posibilidad de acceso al traslado de sus aportes para la cobertura de obra social a OSDE durante su vida laboral activa, habiéndosele impedido de continuidad de aportar sus aportes en la misma al momento de acceder a su jubilación.

(…) En su presentación, la actora manifiesta que 'en caso de no hacerse lugar a la presente medida me causaría un perjuicio económico importante, porque debo seguir aportando a OSDE' argumentando que su planteo 'tiene su fundamento legal en la doctrina de los derechos adquiridos, el derecho a la salud y a optar en su caso por la obra social más conveniente según la ley de Obras Sociales' (fs.9).

Asimismo, cuestiona que 'No es casualidad que todo aquel trabajador del Estado Provincial que tiene la oportunidad de optar por otra obra social lo haga, es más muchos de los que aportan en forma obligat6oria al I.P.A.U.S.S., aportan paralelamente a otra obra social'. Ello lo funda en el hecho de que 'en este momento el sistema de esta obra social, no cubre ni los mínimos requerimientos a los que la suscripta y su grupo familiar ha tenido durante toda la vida laboral' (fs. 10).

Por último, indica que aún en su puesto en la Universidad Nacional de Tierra del Fuego (UNTDF) realiza los aportes para su obra social, que se derivan a OSDE y ello implica un gasto aún mayor, por lo que argumenta también su planteo de inconstitucionalidad respecto de la obligatoriedad de volcar sus aportes a la obra social del IPAUSS.

Para ello, se basa en el derecho a la libre elección que manda la Ley de Obras Sociales y a su derecho a la salud consagrado en la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos.

(…) En lo que respecta al derecho en pugna, se evidencia en autos que ***la demandada confunde el carácter obligatorio de la seguridad social, como un deber del Estado de garantizarla, con la supuesta obligatoriedad de los beneficiarios de someterse*** *a un régimen de obra social determinado, mejor dicho,* ***a una obra social determinada****, incluso pudiendo acceder a otra de su agrado o de su mejor interés.*

De hecho, la misma jurisprudencia y doctrina citada por ésta, así lo reconocen.

(…) resulta menester detenerse para realizar la evaluación del planteo de autos en lo referente al derecho de opción que en su oportunidad tuvo acceso la actora y que le fuera rechazado al momento de ingresar a su jubilación.

Si bien es cierto que las obras sociales provinciales no se encuentran en el sistema de libre elección determinado por la ley de obras sociales, si lo es el hecho de que el espíritu por el que la actora sostiene su reclamo tuvo origen en la posibilidad de optar que prevaleció en su momento, cuando tuvo la oportunidad de elegir su obra social, cuyos los motivos se mantienen en vigencia: la calidad de la salud.

Al ser esa la causa motivacional de su demanda es que corresponde señalar los aspectos que hacen a la calidad y que resultan ser – contextualmente en el análisis de la prevalencia del derecho a la salud- requisitos fundamentales para garantizarlo.

Así las cosas, al tratarse de un cambio en la situación de revista de la actora, que pasa de ser empleada activa a condición de pasiva, manteniendo su vínculo con el Estado Provincial, debiera entenderse que las condiciones por las que sostuvo su opción de obra social al momento de poder elegir deben mantenerse, en el marco del derecho adquirido respecto de la persona. De ese modo es que se funda su opción en la doctrina de los derechos adquiridos, que se enmarcan intuito personae.

Tal derecho adquirido también se fundamenta cuando la actora argumenta la necesidad de mantener sus tratamientos médicos en las instituciones en la que los ha llevado a cabo, y que aún aporta a la obra social de su elección por medio de los aportes que realiza en la UNTDF, donde ha optado oportunamente también por la obra social OSDE.

En definitiva, y más allá de la actual normativa que impediría a la actora a realizar la opción de cambio de obra social, lo cierto es que Bastida gozaba de la elección, que le permitía acceder a tratamientos y nosocomios que con la obra social provincial no podría, vulnerando la continuidad de sus tratamientos y viéndose obligada a modificar sus médicos tratantes.

La calidad a la que refiere el Comité también se vincula con el derecho a mantener vigente la posibilidad de acceder a los mismos beneficios, en las instituciones médicas y con los médicos cuya vinculación resulta indispensable para la continuidad de los tratamientos.

Por ello, bajo el entendimiento de que se trata de un derecho adquirido, de que debe promoverse en su completitud el derecho a la salud en los términos de calidad dispuestos en la Observación General Nº 14, así como en la doble imputación que se está obligando a realizar a la actora a diferentes obras sociales, habiendo podido optar en su oportunidad por solo una, es que considero pertinente hacer lugar a la demanda'.

ANÁLISIS

(…) entiendo prudente tomar intervención respecto de la solicitud efectuada por el Presidente de la Caja de Previsión Social de la Provincia, C.P. Roberto F. BOGARIN, con el fin de realizar las siguientes salvedades.

En primer lugar, respecto a la intervención puntual requerida por la máxima autoridad de la C.P.S.P.T.F., deviene inevitable reparar en lo ut supra

expuesto, puntualmente en relación a la opinión en abstracto solicitada a este Órgano de Control.

Sin embargo, toda vez que la Obra Social de la Provincia, conforme la Ley provincial Nº 1071, en su artículo 7º, inciso k), dispone –dentro de las facultades del Presidente del Organismo- la facultad de: 'interpretar la aplicación de las normas de la presente ley, de todas aquellas vinculadas al ámbito de su competencia y resolver los casos no previstos'; correspondería como medida preliminar que se remita a este Órgano de Control el dictamen jurídico que analice el caso concreto referido a la presentación del beneficiario Javier DE GAMAS SOLER.

Ello, a fin de contar con todos los antecedentes necesarios y la documentación respaldatoria para emitir el dictamen jurídico correspondiente.

Sin perjuicio de lo anterior, en virtud de que se efectuó una presentación de idéntico tenor en el Expediente Nº 3354/2016, caratulado: 'Bastida, Alejandra Miriam c/ IPAUSS S/ Contencioso Administrativo', ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, no resultaría prudente emitir opinión al respecto, hasta tanto se resuelva en sede judicial el antecedente jurisprudencial citado.

A mayor abundamiento, deviene necesario traer a colación lo expuesto en el Informe Legal Nº 108/2018, Letra: T.C.P. – C.A., que en su parte pertinente reza: '(…) del Informe de la Coordinación de Asuntos Jurídicos Administrativos Nº 11/2018 y la documentación adunada, surge que la cuestión se habría tornado litigiosa, encontrándose sujeta a decisión judicial. En consecuencia, al involucrar interpretaciones que resultan exclusivas y excluyentes del Poder Judicial, por imperio de la Constitución Nacional, no correspondería que tome intervención y se expida este Tribunal de Cuentas.

En este sentido, este Órgano de Contralor en sendas oportunidades ha compartido la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación (v. Resoluciones Plenarias Nº 181/2014, Nº 90/2016, Nº 126/2016, entre otras), que sostiene que:

'Estando la cuestión sometida a la decisión de un órgano judicial, sería inadecuado que la Procuración del Tesoro de la Nación emita su opinión. Es que, tratándose de una causa judicial, reservada en forma exclusiva y excluyente al Poder Judicial de la Nación, su tramitación exige que los restantes poderes del Estado eviten verter apreciaciones que hagan a la decisión de aquél (conf. Dict. 247:212; 254:227; 254:606; 214:212, 343; 223:158; 250:178).

Siendo el Poder Judicial el intérprete final de las normas legales y reglamentarias que integran nuestro derecho positivo, no resulta adecuado que la Procuración del Tesoro de la Nación avance en su interpretación, toda vez que dicha exégesis corresponde en forma exclusiva a la Justicia (conf. Dict. 259:248)' (v. Dictámenes 276:54; 275:69, entre otros).

En otras palabras, atento a que las cuestiones sobre las que versa la consulta efectuada en primer término en el Informe Contable Nº 310/2018, Letra: TCP – CPSPTF, ya se encuentran radicadas en sede judicial, la consecuencia será que este Organismo de Control no podría adoptar una posición dirimente sobre el asunto de marras a través de una interpretación de la situación, por cuanto es ajena a la esfera de su competencia legal'.

Finalmente, resulta imperioso recordar la obligatoriedad y acatamiento por parte de la Administración de las decisiones del Poder Judicial, tal como afirma la doctrina expuesta por el Máximo Órgano Asesor de la Nación: 'La jerarquía de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el carácter definitorio y último de sus sentencias en materia de aplicación e interpretación del Derecho, y la necesaria armonía que debe existir entre los distintos órganos del Estado, determinan, en principio, la conveniencia de que la Administración Pública Nacional se atenga a las orientaciones de la Corte' (Conf. Dict. 209:248 y 331; 214:6; 215:148).

CONCLUSIÓN

Como corolario de lo hasta aquí vertido, en atención a la intervención solicitada por el Presidente de la Caja de Previsión Social de la Provincia, C.P. Roberto BOGARIN, entiendo que dado que –sin perjuicio de resultar competencia de este Órgano de Control- la cuestión remitida resulta ser de igual tenor al antecedente que tramita por ante el Superior Tribunal de Justicia (Expediente Nº 3354/2016), el que aún se encuentra pendiente de resolución, por lo que resultaría prudente que este Tribunal de Cuentas no adopte una posición dirimente sobre el asunto de marras a través de una interpretación de la situación, sin que antes se expida la Justicia Provincial.

Asimismo, devendría prudente contar con el dictamen jurídico que analice el caso concreto referido a la presentación del Sr. Javier DE GAMAS SOLER, emitido por el servicio jurídico de la Obra Social de la Provincia, dado que resulta ser el Órgano encargado de interpretar la aplicación de las normas de la Ley provincial Nº 1071 y resolver los casos no previstos por ella (...)".

Que el Secretario Legal a cargo, Dr. Pablo E. GENNARO, en su Nota Interna Nº 2608/2023 Letra: TCP-SL (fs. 28), compartió el criterio vertido en el informe antes mencionado, aclarando además que si bien la cuestión sometida a consulta no resulta idéntica a los autos que tramitan en el Superior Tribunal de Justicia (Expte. Nº 3354/2016), por tratarse de personas diferentes, sí resultaría prudente estarse a las resultas de la sentencia que ponga fin a la misma, en la medida que tiene una "*casi exacta similitud*" que tendría directa incidencia en los aspectos legales, doctrinarios y jurisprudenciales a dilucidarse.

Que este Cuerpo Plenario de Miembros comparte y hace propios los términos expresados en el Informe Legal Nº 248/2023 Letra: TCP-CA, resultando necesario emitir la presente a los fines de evacuar la consulta formulada por el Presidente de la Caja de Previsión Social, CP Roberto F. BOGARIN.

Que la presente se emite con el *quorum* previsto en el artículo 27 de la Ley provincial Nº 50, en virtud de lo dispuesto en la Resolución Plenaria Nº 30/2023.

Que los suscriptos se encuentran facultados para el dictado de la presente, atento a las previsiones de los artículos 2° inciso i), 26 y concordantes de la Ley provincial N° 50, y las previsiones de la Resolución Plenaria N° 124/2016.

Por ello,

EL TRIBUNAL DE CUENTAS

RESUELVE:

ARTÍCULO 1°.- Aprobar y hacer propios los términos del Informe Legal Nº 248/2023 Letra: TCP-CA, resultando necesario emitir la presente a los fines de evacuar la consulta formulada por el Presidente de la Caja de Previsión Social, CP Roberto F. BOGARIN. Ello, por los motivos expuestos en los considerandos.

ARTÍCULO 2°.- Notificar con copia certificada de la presente al Presidente de la Caja de Previsión Social, CP Roberto F. BOGARIN.

ARTÍCULO 3°.- Notificar al Secretario Legal a cargo, Dr. Pablo E. GENNARO, con remisión de las actuaciones del Visto y, por su intermedio, a la abogada dictaminante; y al Secretario Contable a cargo, C.P. David R. BEHRENS, para su conocimiento.

ARTÍCULO 4°.- Por Secretaría Privada del Cuerpo Plenario de Miembros, registrar, publicar. Cumplido, archivar.

RESOLUCIÓN PLENARIA Nº 265 **/2023.-**

C.P.N. Hugo Sebastián PANI
VOCAL DE AUDITORÍA
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Dr. Miguel LONGHITANO
VOCAL ABOGADO
PRESIDENTE
Tribunal de Cuentas de la Provincia

Informe Legal Nº 248/2023

Letra: T.C.P. - C.A.

Cde.: Nota Nº 260/2023

Letra: Presidencia-CPSPTF

Ushuaia, 01 de noviembre de 2023

AL SECRETARIO LEGAL A/C
DR. PABLO ESTEBAN GENNARO

Viene al Cuerpo de Abogados la Nota del corresponde, perteneciente a la Caja de Previsión Social de la Provincia, con el objeto de tomar intervención emitiendo el dictamen jurídico pertinente.

ANTECEDENTES

A través de la Nota Nº 260/2023, Letra: Presidencia – CPSPTF, suscripta por el Presidente del Ente, C.P: Roberto F. BOGARIN, se giró copia certificada del Expediente Nº 1830/2023, Letra: CPSPTF – P. por el que tramita la presentación efectuada por el beneficiario Javier DE GAMAS SOLER.

En las actuaciones de referencia, obra el escrito caratulado "*HACE SABER – CONSTITUYE DOMICILIO - SOLICITA*", por el que el beneficiario manifestó: "(…) *en mi carácter de titular del beneficio jubilatorio reconocido mediante la Disposición de Presidencia Nº 1139/2023, de fecha 02 de octubre del presente año, vengo a solicitar se me excluya del marco prestacional*

(médico-asistencial) establecido en la Ley provincial nº 1071 (BO. 13/01/2016), y en consecuencia se transfiera el monto dinerario correspondiente al aporte previsto en el art. 19 ap. B) de la norma citada, a la empresa médica privada que gira en plaza bajo la denominación de OSDE, ello conforme a los fundamentos que habré de expresar.

II.- A) *Que, conforme resulta de la certificación de servicios aportada al Expte. 342/2023 ('DE GAMAS SOLER, JAVIER IGNACIO s/ jubilación extraordinaria s/ insistencia'), ingresé al Poder Judicial de esta provincia el día 15 de septiembre de 1999 y desde esa fecha hasta el día que se hizo efectiva mi renuncia en octubre de este año 2023, vengo prestando servicios de manera ininterrumpida. Primero me desempeñe como Secretario de la Sala Penal de la Cámara de Apelaciones de la Provincia, luego como titular del juzgado de Instrucción Nº 1 del distrito judicial sur de la Provincia de Tierra del Fuego hasta el presente. El cese de dicha actividad estuvo condicionado por el otorgamiento del beneficio jubilatorio pertinente.*

Que en el marco de la actividad laboral pública desplegada, en todo momento a lo largo de la misma, la cobertura asistencial tanto en mi persona como del grupo familiar a mi cargo estuvo prestada por la entidad de derecho privado OSDE.

Que dicha prestación así correspondió, tanto por la autorización prestada por mi entonces empleador (Superior Tribunal de Justicia), como la propia decisión al efecto por mi parte.

Que en el momento de darse inicio a mi actividad laboral ante el Poder Judicial de la provincia, la obra social provincial (pública) era el entonces Instituto Provincial Autárquico Unificado de Seguridad Social (IPAUSS).

Que en el marco del curso de la actividad laboral indicada en el párrafo precedente, oportunamente en fecha 08/01/2016 se modificó el régimen legal del sistema de la seguridad social provincial citado, mediante la creación de la denominada Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego (OSPTF), estableciendo expresamente que dicha entidad sucede '[…] jurídicamente al Instituto Provincial Autárquico Unificado de Seguridad Social]'.

Que a lo largo del tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia de la norma local indicada (Ley 1.071, 13/01/2016) y hasta el cese de mi vínculo laboral mi entonces empleador (Superior Tribunal de Justicia de TDF), la cobertura asistencial de mi persona y grupo familiar continuó a cargo de la empresa OSDE, sin ningún tipo de observación por parte del Estado provincial.

Que en dicho marco de realidad, ni el entonces IPAUSS, antes, ni el OSPTF después, han sido los espacios asistenciales elegidos por mi persona para el cometido asistencial que hace a mi interés.

Que, por otro lado, en momento alguno mi entonces empleador (Superior Tribunal de Justicia), como asimismo, ninguna de las autoridades a cargo de las personas jurídicas apuntadas (IPAUSS y OSPTF) han reclamado a mi persona la obligatoriedad de aportar a dicho espacio asistencial público, en

el caso concreto del Superior Tribunal de Justicia, dicho órgano hizo efectivo siempre el aporte a la empresa OSDE, en lo pertinente a la retención del porcentual de mis haberes como asimismo en lo que correspondía al aporte propio en calidad del empleador. Entonces, en todo momento, y de manera pacífica, la opción ejercida por mi parte en calidad de funcionario del Poder Judicial en el sentido de contar con la asistencia de la citada firma privada, pues, ha sido pacífica y consentida por la Administración.

(…) *Que, de modo concreto, desconocer a mi persona el derecho de* ***dar continuidad*** *a la opción prestacional por la empresa prepaga OSDE para cubrir mis expectativas de asistencia médica en el marco del estado jurídico actual de mi persona (jubilado), importaría lisa y llanamente una afectación al citado principio de progresividad, puesto que a lo largo de más de veinte (24) años he venido ejerciendo tal derecho (opción por OSDE) sin que el Estado provincial –bajo cualquiera de las agencias pertinentes- me haya objetado dicho ejercicio.*

Que, asimismo, debe tenerse presente el ***principio de igualdad*** *en materia de resguardo de derechos liminares del ser humano; en efecto, el Estado provincial y mi entonces empleador (Superior Tribunal de Justicia) han venido consintiendo a lo largo de éstos años la opción prestacional apuntada; dicho estado de cosas no puede ahora mutar dicha situación ante el hecho de que mi condición laboral activa haya devenido en previsional, esto es 'pasiva' (término por demás inadecuado, entiendo). Si me es respetada la movilidad previsional en términos de haberes, entendida la misma como una consecuencia del principio de progresividad, por la misma razón se debe seguir respetando el derecho que he venido ejerciendo a lo largo de toda la relación 'activa', en el sentido de*

conservar la empresa proveedora del servicio asistencial seleccionada oportunamente y mantenida siempre.

(…) *En tal sentido, el eventual rechazo a lo que se peticiona en el presente escrito habría de importar un claro marco de discriminación inversa, ello así por cuanto no se podría justificar desde el plano de la motivación del acto administrativo cómo es que durante el desarrollo de la totalidad de la relación laboral mantenida entre mi parte y el Estado provincial en la persona del Superior Tribunal de Justicia (05/04/2001 al 31/05/2023), pude sostener de manera pacífica el marco de contratación de un servicio de protección social ajeno al sistema público provincial (IPAUSS y posteriormente OSPTF-OSEF).*

Que no puede el Estado provincial ahora, en la persona de la agencia previsional por usted representada, desconocer tal cuadro de situación descripto y negar la continuidad de tal realidad, puesto que de hacerlo se estaría en presencia de una alteración sustancial de los derechos que hacen a mi persona, por cuanto de manera arbitraria se me estaría colocando en una posición distinta –y lesiva- a la que contaba en ocasión de estar situado dentro del ámbito 'activo'.

(…) *Que, asimismo, y si bien no reporta relevancia a los fines de la justificación jurídica del planteo que efectúo a través del presente escrito, quiero significar una cuestión que me parece razonable. Yo he venido aportando a lo largo de veintidós (22) años y tres (3) meses a una obra social o empresa de medicina prepaga particular (OSDE), y lo mismo ha venido haciendo mi entonces empleador, en lo que concierne a su parte; ahora, una vez jubilado, y*

ya con una edad en la que estadísticamente comienza una persona a ser más demandante del sistema sanitario –verdad ésta de sentido común-, pues no es justo para la obra social pública de la provincia que quien no ha aportado nada a la misma durante tanto tiempo, mientras era empelado, ahora deba ser asistido en razón de ser jubilado y estar por ello obligado a contar con la asistencia de dicho espacio.

Que tal situación se presenta, cuanto menos, impropia, ello así por cuanto desde un plano ético yo no aceptaría valerme de mi condición de jubilado y por ende, de afiliado obligatorio, para requerir sus servicios; es más, ya he contratado la continuidad de los servicios de OSDE, en el entendimiento de que considero que ello es lo que corresponde de manera justa realizar.

(…) *Que, a modo de conclusión, entiendo que no puede establecerse una diferencia en el plano asistencial, entre mi persona considerada en términos de empleado 'activo', y ahora, considerada en términos de 'pasivo', ya que ello importaría una discriminación claramente improcedente.*

(…) *Que la petición que efectúo no causa perjuicio alguno al patrimonio del Estado, considerado éste en la persona de la agencia asistencial local (OSPTF-OSEF), ello así por cuanto no lo ha sido antes, mientras estaba vigente la relación laboral 'activa' entre mi persona y el Poder Judicial de la provincia, en la persona del Superior Tribunal de Justicia. Es que de haber estado ello mal, de no haber correspondido, pues entonces no se advierte explicación alguna que permita entender cómo no habiendo correspondido tal estado de cosas, pues, se haya mantenido al día de hoy sin cuestionamiento alguno".*

En virtud de la citada presentación, ha tomado intervención la Unidad de Asesoramiento y Enlace Jurídico de la Caja de Previsión Social de la Provincia, a través del Informe Nº 08/2023, por el que el Dr. Sergio Manuel TAGLIAPIETRA, analizó: "(…) *más allá del lugar donde se hayan realizado los aportes mientras se encontraba en actividad, al momento de adquirir el estatus de jubilado resultarían de aplicación las previsiones del artículo 2º de la Ley Provincial Nro. 1071, en tanto dicha norma establece que la O.S.P.T.F. tiene por objeto principal el gobierno y la administración del sistema de prestaciones médico asistenciales, destinado a jubilados y pensionados del Régimen Previsional provincial, entre otros.*

Por ello es que devendría ajustado a derecho derivar los aportes al régimen asistencial reglado por la Ley 1071 (O.S.E.F.), hasta tanto se cuente con una indicación expresa de parte de dicha institución, toda vez que no resulta la C.P.S.P.F. quien deba resolver la cuestión planteada por el beneficiario, ello por imperio de la norma citada supra.

Sin perjuicio de lo señalado debería, en última instancia, estarse a resulta de la sentencia que pudiere dictarse en los caratulados ***'BASTIDA, Alejandra Miriam c/ IPAUSS s/ Contencioso Administrativo' Expte. 3354****, en trámite por ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia, en los cuales se ventila un planteo de similares características al aquí traído, por resultar en su caso la actora ex dependiente del Poder Judicial Provincial.*

Es por ello que de la petición formulada correspondería, prima facie, se diera intervención de la Obra Social de la Provincia de Tierra del Fuego (O.S.P.T.F.) a fin de que manifieste lo que a su parte pudiere corresponder al respecto, toda vez que en todo caso se vería involucrada en la solución que se adopte en respuesta al planteo que formulara el Sr. Javier Ignacio de Gamas Soler".

Así, tal como fuera advertido *ut supra*, existe el antecedente caratulado: "*BASTIDA, Alejandra Miriam c/ IPAUSS s/ Contencioso Administrativo*", que tramita por ante el Superior Tribunal de Justicia, en el que se planteó una presentación similar a la aquí expuesta, el que aún se encuentra pendiente de resolución.

De los antecedentes del mentado caso, corresponde resaltar lo siguiente: "(…) *La materia que trata la presente es la protección del derecho fundamental a la salud de la actora, en tanto el Estado le ha reconocido la posibilidad de acceso al traslado de sus aportes para la cobertura de obra social a OSDE durante su vida laboral activa, habiéndosele impedido de continuidad de aportar sus aportes en la misma al momento de acceder a su jubilación.*

(…) *En su presentación, la actora manifiesta que 'en caso de no hacerse lugar a la presente medida me causaría un perjuicio económico importante, porque debo seguir aportando a OSDE' argumentando que su planteo 'tiene su fundamento legal en la doctrina de los derechos adquiridos, el derecho a la salud y a optar en su caso por la obra social más conveniente según la ley de Obras Sociales' (fs.9).*

Asimismo, cuestiona que 'No es casualidad que todo aquel trabajador del Estado Provincial que tiene la oportunidad de optar por otra obra social lo haga, es más muchos de los que aportan en forma obligat6oria al I.P.A.U.S.S., aportan paralelamente a otra obra social'. Ello lo funda en el hecho de que 'en este momento el sistema de esta obra social, no cubre ni los mínimos requerimientos a los que la suscripta y su grupo familiar ha tenido durante toda la vida laboral' (fs. 10).

Por último, indica que aún en su puesto en la Universidad Nacional de Tierra del Fuego (UNTDF) realiza los aportes para su obra social, que se derivan a OSDE y ello implica un gasto aún mayor, por lo que argumenta también su planteo de inconstitucionalidad respecto de la obligatoriedad de volcar sus aportes a la obra social del IPAUSS.

Para ello, se basa en el derecho a la libre elección que manda la Ley de Obras Sociales y a su derecho a la salud consagrado en la Constitución Nacional y Tratados de Derechos Humanos.

(…) En lo que respecta al derecho en pugna, se evidencia en autos que ***la demandada confunde el carácter obligatorio de la seguridad social, como un deber del Estado de garantizarla, con la supuesta obligatoriedad de los beneficiarios de someterse*** *a un régimen de obra social determinado, mejor dicho,* ***a una obra social determinada****, incluso pudiendo acceder a otra de su agrado o de su mejor interés.*

De hecho, la misma jurisprudencia y doctrina citada por ésta, así lo reconocen.

(...) resulta menester detenerse para realizar la evaluación del planteo de autos en lo referente al derecho de opción que en su oportunidad tuvo acceso la actora y que le fuera rechazado al momento de ingresar a su jubilación.

Si bien es cierto que las obras sociales provinciales no se encuentran en el sistema de libre elección determinado por la ley de obras sociales, si lo es el hecho de que el espíritu por el que la actora sostiene su reclamo tuvo origen en la posibilidad de optar que prevaleció en su momento, cuando tuvo la oportunidad de elegir su obra social, cuyos los motivos se mantienen en vigencia: la calidad de la salud.

Al ser esa la causa motivacional de su demanda es que corresponde señalar los aspectos que hacen a la calidad y que resultan ser –contextualmente en el análisis de la prevalencia del derecho a la salud- requisitos fundamentales para garantizarlo.

Así las cosas, al tratarse de un cambio en la situación de revista de la actora, que pasa de ser empleada activa a condición de pasiva, manteniendo su vínculo con el Estado Provincial, debiera entenderse que las condiciones por las que sostuvo su opción de obra social al momento de poder elegir deben mantenerse, en el marco del derecho adquirido respecto de la persona. De ese modo es que se funda su opción en la doctrina de los derechos adquiridos, que se enmarcan intuito personae.

Tal derecho adquirido también se fundamenta cuando la actora argumenta la necesidad de mantener sus tratamientos médicos en las instituciones en la que los ha llevado a cabo, y que aún aporta a la obra social de su elección por medio de los aportes que realiza en la UNTDF, donde ha optado oportunamente también por la obra social OSDE.

En definitiva, y más allá de la actual normativa que impediría a la actora a realizar la opción de cambio de obra social, lo cierto es que Bastida gozaba de la elección, que le permitía acceder a tratamientos y nosocomios que con la obra social provincial no podría, vulnerando la continuidad de sus tratamientos y viéndose obligada a modificar sus médicos tratantes.

La calidad a la que refiere el Comité también se vincula con el derecho a mantener vigente la posibilidad de acceder a los mismos beneficios, en las instituciones médicas y con los médicos cuya vinculación resulta indispensable para la continuidad de los tratamientos.

Por ello, bajo el entendimiento de que se trata de un derecho adquirido, de que debe promoverse en su completitud el derecho a la salud en los términos de calidad dispuestos en la Observación General Nº 14, así como en la doble imputación que se está obligando a realizar a la actora a diferentes obras sociales, habiendo podido optar en su oportunidad por solo una, es que considero pertinente hacer lugar a la demanda".

ANÁLISIS

En primer lugar, es dable advertir que el procedimiento para la intervención de este Tribunal de Cuentas a los fines de prestar la función consultiva, establecida en la Ley provincial Nº 50 artículo 2º inciso i), ha sido reglamentada por la Resolución Plenaria Nº 124/2016.

En su Anexo I, se incluyó el procedimiento que deben seguir las solicitudes de asesoramiento formuladas por las máximas autoridades de los poderes del Estado provincial, Ministros, Secretarios de Estado y autoridades de los entes autárquicos y descentralizados.

En virtud de ello, corresponde efectuar un análisis sobre la admisibilidad de la presente consulta, conforme lo establecido en el Capítulo I de la mentada Resolución.

El Anexo I, artículo 1º dispone: *"El asesoramiento que brinda el Tribunal de Cuentas de acuerdo a lo prescripto por el artículo 2º inciso i) de la Ley provincial Nº 50, se realizará bajo las siguientes condiciones:*

a) Que la consulta se refiera a materia de competencia de éste Órgano de Control.

b) Que la duda que resulta objeto de consulta se formule de manera clara y precisa, indicando las razones que ameritan la requisitoria.

c) Que se acompañen los antecedentes documentales y toda otra información relevante que coadyuve a la eficacia de la respuesta requerida. Deberá adjuntarse copia fiel debidamente certificada de la documentación, cuando el caso así lo requiera.

d) Que en forma previa hayan tomado intervención los Servicios Jurídicos o Asesorías Letradas permanentes de las áreas relacionadas con el tema en cuestión, con emisión del respectivo dictamen, el que deberá contener: i) Resumen de la cuestión objeto de la consulta; ii) Relación de los antecedentes y circunstancias que sirvan como elemento de juicio para resolver; iii) Análisis específico, exhaustivo y profundo de la situación concreta objeto de consulta y iv) Opinión concreta, fundada en las normas jurídicas o antecedentes aplicables al caso tratado. En caso de que el organismo o ente consultante no cuente con Servicios Jurídicos o Asesorías Letradas permanentes, en forma previa a emitir la consulta a este Tribunal, se deberá dar intervención a la Secretaría Legal y Técnica, que deberá emitir un dictamen en los términos expuestos. Ello conforme a lo establecido en el artículo 26, inciso 3) de la Ley provincial Nº 1060.

e) Que sean incluidos dictámenes o informes técnicos emitidos por el órgano competente, cuando la materia de consulta así lo requiriese (v. gr. Contaduría General de la Provincia, Oficina Provincial de Contrataciones, Unidades Operativas de Contrataciones, Comisión de Redeterminación de Precios en Contratos de Obra Pública, entre otros). Los informes deben ser completos, abarcar todos los aspectos del asunto, circunstancias o antecedentes y fundamentarse en las disposiciones vigentes. Además, los informes deberán ser

serios, precisos y razonables y no deberán adolecer de arbitrariedad aparente ni contar con elementos de juicio que destruyan su valor.

f) Que la consulta se realice con anterioridad a la emisión del acto administrativo, en el marco del asesoramiento previsto en el artículo 2º inciso i) de la Ley provincial Nº 50. En caso de corresponder, deberá acompañarse el proyecto de acto administrativo".

Conforme la normativa aplicable al caso de marras, la consulta dirigida a este Organismo de Control no cumple estrictamente con los presupuestos básicos para su tratamiento por esta Secretaría Legal.

Ello, en relación a lo ordenado por el artículo 1º, inciso c) de la Resolución Plenaria Nº 124/2016, toda vez que en la Nota que se remite a este Tribunal, se solicita la opinión respecto de la presentación del Sr. Javier DE GAMAS SOLER, sin tampoco indicar las razones que ameritan la requisitoria.

Resulta necesario advertir en esta instancia que, tal como sostiene la Doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación: "*Los dictámenes de la Procuración del Tesoro de la Nación deben recaer sobre casos concretos y circunstanciados, toda vez que el emitir opinión sobre cuestiones genéricas o abstractas conlleva el riesgo de hacer extensivas las conclusiones a una diversidad de situaciones, sin la necesaria y debida ponderación de las particularidades de cada una de ellas, obviamente no previsibles en una consulta formulada en términos generales*" (conf. Dict. 254:389; 255:390).

No obstante, entiendo prudente tomar intervención respecto de la solicitud efectuada por el Presidente de la Caja de Previsión Social de la Provincia, C.P. Roberto F. BOGARIN, con el fin de realizar las siguientes salvedades.

En primer lugar, respecto a la intervención puntual requerida por la máxima autoridad de la C.P.S.P.T.F., deviene inevitable reparar en lo *ut supra* expuesto, puntualmente en relación a la opinión en abstracto solicitada a este Órgano de Control.

Sin embargo, toda vez que la Obra Social de la Provincia, conforme la Ley provincial Nº 1071, en su artículo 7º, inciso k), dispone –dentro de las facultades del Presidente del Organismo- la facultad de: "*interpretar la aplicación de las normas de la presente ley, de todas aquellas vinculadas al ámbito de su competencia y resolver los casos no previstos*"; correspondería como medida preliminar que se remita a este Órgano de Control el dictamen jurídico que analice el caso concreto referido a la presentación del beneficiario Javier DE GAMAS SOLER.

Ello, a fin de contar con todos los antecedentes necesarios y la documentación respaldatoria para emitir el dictamen jurídico correspondiente.

Sin perjuicio de lo anterior, en virtud de que se efectuó una presentación de idéntico tenor en el Expediente Nº 3354/2016, caratulado: "*Bastida, Alejandra Miriam c/ IPAUSS S/ Contencioso Administrativo*", ante el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Tierra del Fuego, no resultaría

prudente emitir opinión al respecto, hasta tanto se resuelva en sede judicial el antecedente jurisprudencial citado.

A mayor abundamiento, deviene necesario traer a colación lo expuesto en el Informe Legal Nº 108/2018, Letra: T.C.P. – C.A., que en su parte pertinente reza: "(…) *del Informe de la Coordinación de Asuntos Jurídicos Administrativos Nº 11/2018 y la documentación adunada, surge que la cuestión se habría tornado litigiosa, encontrándose sujeta a decisión judicial. En consecuencia, al involucrar interpretaciones que resultan exclusivas y excluyentes del Poder Judicial, por imperio de la Constitución Nacional, no correspondería que tome intervención y se expida este Tribunal de Cuentas.*

En este sentido, este Órgano de Contralor en sendas oportunidades ha compartido la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación (v. Resoluciones Plenarias Nº 181/2014, Nº 90/2016, Nº 126/2016, entre otras), que sostiene que:

'Estando la cuestión sometida a la decisión de un órgano judicial, sería inadecuado que la Procuración del Tesoro de la Nación emita su opinión. Es que, tratándose de una causa judicial, reservada en forma exclusiva y excluyente al Poder Judicial de la Nación, su tramitación exige que los restantes poderes del Estado eviten verter apreciaciones que hagan a la decisión de aquél (conf. Dict. 247:212; 254:227; 254:606; 214:212, 343; 223:158; 250:178).

Siendo el Poder Judicial el intérprete final de las normas legales y reglamentarias que integran nuestro derecho positivo, no resulta adecuado que la Procuración del Tesoro de la Nación avance en su interpretación, toda vez

que dicha exégesis corresponde en forma exclusiva a la Justicia (conf. Dict. 259:248)' (v. Dictámenes 276:54; 275:69, entre otros).

En otras palabras, atento a que las cuestiones sobre las que versa la consulta efectuada en primer término en el Informe Contable Nº 310/2018, Letra: TCP – CPSPTF, ya se encuentran radicadas en sede judicial, la consecuencia será que este Organismo de Control no podría adoptar una posición dirimente sobre el asunto de marras a través de una interpretación de la situación, por cuanto es ajena a la esfera de su competencia legal".

Finalmente, resulta imperioso recordar la obligatoriedad y acatamiento por parte de la Administración de las decisiones del Poder Judicial, tal como afirma la doctrina expuesta por el Máximo Órgano Asesor de la Nación: "*La jerarquía de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el carácter definitorio y último de sus sentencias en materia de aplicación e interpretación del Derecho, y la necesaria armonía que debe existir entre los distintos órganos del Estado, determinan, en principio, la conveniencia de que la Administración Pública Nacional se atenga a las orientaciones de la Corte*" (Conf. Dict. 209:248 y 331; 214:6; 215:148).

CONCLUSIÓN

Como corolario de lo hasta aquí vertido, en atención a la intervención solicitada por el Presidente de la Caja de Previsión Social de la Provincia, C.P. Roberto BOGARIN, entiendo que dado que –sin perjuicio de resultar

competencia de este Órgano de Control- la cuestión remitida resulta ser de igual tenor al antecedente que tramita por ante el Superior Tribunal de Justicia (Expediente Nº 3354/2016), el que aún se encuentra pendiente de resolución, por lo que resultaría prudente que este Tribunal de Cuentas no adopte una posición dirimente sobre el asunto de marras a través de una interpretación de la situación, sin que antes se expida la Justicia Provincial.

Asimismo, devendría prudente contar con el dictamen jurídico que analice el caso concreto referido a la presentación del Sr. Javier DE GAMAS SOLER, emitido por el servicio jurídico de la Obra Social de la Provincia, dado que resulta ser el Órgano encargado de interpretar la aplicación de las normas de la Ley provincial Nº 1071 y resolver los casos no previstos por ella.

Sin más consideraciones, se elevan las presentes actuaciones para la prosecución del trámite pertinente.

Dra. Daiana Belén BOGADO
ABOGADA
Mat. N° 817 CPAU TDF
Tribunal de Cuentas de la Provincia