



## Defensoría del Pueblo de la Nación

2021 - Año de Homenaje al Premio Nobel de Medicina Dr. César Milstein

### Resolución

**Número:**

**Referencia:** RESOLUCIÓN N° 00085/21 - ACTUACIÓN N° 15130/21 - [REDACTED] - s/presunto incumplimiento de la Ley N° 26.682 - EX-2021-00017950- -DPN-RNA#DPN

---

VISTO la actuación N° 15130/21, caratulada: “[REDACTED] s/presunto incumplimiento de la Ley N° 26.682”; y

CONSIDERANDO:

Que, en fecha 9 de noviembre de 2021 se presenta el Sr. [REDACTED], DNI: [REDACTED], quien recurre a esta INDH para denunciar a OSDE en su doble carácter de obra social y empresa de medicina prepaga, por haberlo intimado a abonar un valor de cuota diferencial en concepto de supuestas enfermedades preexistentes bajo apercibimiento, en caso de negativa, de excluirlo de la cobertura de salud.

Que, tal como lo acredita con la documental acompañada en su presentación, resulta ser beneficiario de OSDE en carácter de obra social por relación de dependencia desde agosto de 2021 y, a la vez, usuario del plan superador 310.

Que, según indica en su denuncia, durante los primeros meses del corriente año transitó por episodios tolerables e intermitentes de contractura en la espalda, los que manejó con analgesia de venta libre dado que no interferían en su calidad de vida. Explica, además, que generalmente esas molestias se manifestaban luego de hacer ejercicio físico de realizar tareas de movimiento de materiales de construcción (bolsas de cemento, chapas y caños de hierro).

Que, según manifiesta, en julio de 2021 con motivo de su ingreso laboral en la empresa Oldeval S.A. realizó los exámenes preocupacionales correspondientes resultando apto para desempeñar sus tareas.

Que, explica, uno de los beneficios que dicha empresa otorga a sus empleados es gestionar la derivación de aportes y cobertura de los planes superadores de OSDE y, en virtud de ello, en agosto de 2021 suscribió la Declaración Jurada.

Que en oportunidad de suscribir dicho documento negó padecer alguna preexistencia pues, según sus antecedentes clínicos conocidos y el grado de información disponible para una persona de su edad sin conocimientos sobre medicina, consideraba no tener ninguna situación de salud que declarar.

Que, así fue entonces que en fecha 03/08/21 y presentada la documentación requerida fue dado de alta en la cobertura.

Que, según informa, a las pocas semanas y luego de realizar ejercicio físico, sufrió un episodio de dolor

punzante en ingle y glúteo izquierdo que irrígaba molestia a la pierna, hecho que llamó su atención ya que nunca antes había experimentado una sensación similar.

Que, a partir de ello y en virtud de la intensidad de la molestia se vio en la necesidad de acudir a una consulta con el Dr. [REDACTED], traumatólogo especialista en columna del centro "Traumatología del Comahue", quien recomendó la realización de una Resonancia Magnética Nuclear (RMN).

Que, en agosto y con los resultados de la resonancia, visitó nuevamente al Dr. [REDACTED] quien le indicó un bloqueo de dolor que fue realizado a finales del dicho mes.

Que, prosigue, a raíz de que el dolor no cedía, realizó diversas interconsultas en fechas 30/08/21, 01/09/21, 08/09/21 y 10/09/21 con numerosos especialistas en columna a fin de evaluar la pertinencia de una cirugía que pudiera descomprimir el nervio afectado.

Que recién el 14/09/2021 el Dr. [REDACTED] neurocirujano del Policlínico Modelo de Cipolletti, le explicó que consideraba que su dolor no estaba relacionado con la columna sino con una posible hernia inguinal y, por ese motivo, lo derivó a interconsulta con el departamento de cirugía clínica.

Que el 17/09/2021 tuvo la primera consulta con el Dr. [REDACTED], Cirujano Clínico del mismo Policlínico, quien solicitó la realización de una ecografía para confirmar el diagnóstico de hernia inguinal.

Que, a partir de dichos resultados, el día 24/09/2021 el Dr. [REDACTED] confirmó el diagnóstico de "hernia inguinal izquierda" y aseguró que los dolores se debían a ello, de allí que sugirió realizarle una cirugía.

Que el 27/09/2021 se solicitó autorización a OSDE para la realización de la cirugía inguinal prescrita por su médico tratante, junto con un "Bloqueo diagnóstico / terapéutico ecoguiado de nervio ilioinguinal e iliohipogástrico" e hisopado COVID19, enviándose a la Auditoría Médica las prescripciones correspondientes.

Que con fecha 04/10/2021 OSDE autorizó la cirugía pero denegó la cobertura del bloqueo e hisopado COVID19 (indispensables para poder llevarse a cabo la operación) alegando que el plan superador que posee el denunciante no las cubriría.

Que, a raíz de dicha negativa, con fecha 06/10/2021 el interesado envió una Carta Documento a OSDE intimándolos a que *"en el plazo de 24 HORAS HÁBILES, dada la urgencia requerida ante la inminente cirugía, me brinden la cobertura integral (100%) del bloqueo antiálgico de nervio periférico así como el estudio prequirúrgico PCR, bajo aperebimiento de iniciar las acciones legales correspondientes"*.

Que justificó dicha intimación en lo prescripto por el Decreto N° 492/1995 y la Resolución N° 201/02 del Ministerio de Salud de la Nación que establecieron el Plan Médico Obligatorio con las prestaciones que toda obra social o prepaga deben cubrir obligatoriamente al 100%, cualquiera sea el plan. Destacando, a su vez, que dentro de PMO se encuentra expresamente reconocido el tratamiento que necesitaba: *"010508 neurólisis química o bloqueo antiálgico de nervio periférico"*.

Que, finalmente el día 12/10/2021 acudió al Policlínico Modelo de Cipolletti a fin de someterse a la cirugía inguinal, oportunidad en la que le informaron que todas las prestaciones solicitadas se encontraban autorizadas por OSDE.

Que, según explica en su denuncia, a partir de allí transitó el proceso de recuperación física sin sobresaltos hasta que el día 03/11/2021 el sector de Recursos Humanos de su empleador le comunicó que OSDE consideraba que había incurrido en un falseamiento de la Declaración Jurada por no informar su enfermedad preexistente (hernia inguinal). Adicionalmente, le indicaron que OSDE le enviaría por correo electrónico el nuevo valor de cuota que debía abonar si quería continuar con su cobertura.

Que, así fue como el 08/11/2021 recibió un correo electrónico de OSDE intimándolo en los siguientes términos: *"Nos dirigimos a Ud., a fin de informarle que del análisis comparativo que realizó nuestra Gerencia Médica de Prestaciones entre la declaración jurada de su estado de salud, efectuada al solicitar su incorporación y la de su grupo familiar a OSDE (N° solicitud de afiliación N° [REDACTED] del 02.08.2021) y los datos que poseemos acerca de su real y verdadero estado de salud, advertimos una sustancial diferencia que nos*

*lleva a la creencia que ha existido de su parte una actitud de ocultamiento de esa verdadera situación de salud. Es por ello que teniendo en cuenta que por Ley 26.682 y su reglamentación a través del Dec. 1993/2011 se estableció que la Autoridad de Aplicación autorizará tanto los valores diferenciales como el período de su aplicación para las preexistencias de carácter temporario, crónico y de alto costo. Es por ello que de acuerdo a los antecedentes aportados; "Ecografía de Partes Blandas del Dr. [REDACTED] del 22.09.2021; pedidos médicos de la Dra. [REDACTED] y del Dr. [REDACTED] del 24.09.2021 respectivamente" y a la composición del grupo familiar por Ud. informado, la cuota diferencial mensual a abonar, considerada al mes de Noviembre del año 2021, es la que surge de la liquidación que obra en la presente. Liquidación: Plan Médico: Binario 2-310 Individual \$19.696,00 – Preexistencia titular \$48.349,00 - Total \$68.045,00.- El o los valores diferenciales correspondientes a preexistencia de [REDACTED] se mantendrán por los plazos que seguidamente se indican: Por el plazo de 10 meses a contar desde Noviembre 2021. El valor de la cuota diferencial se actualizará en idéntica medida que las demás cuotas de los planes de OSDE y será alcanzada por los impuestos correspondientes según el domicilio del afiliado. De acuerdo con la Ley Nº 26682 y su Decreto Reglamentario 1993/11 todas aquellas prestaciones superadoras o complementarias al Programa Médico Obligatorio tendrán un tiempo de espera de doce meses. Si dentro del plazo de cinco días de recibida la presente, no hay comunicación de su parte, consideraremos que ha rechazado nuestra propuesta, y deberá tenerse por rescindido el contrato que nos vincula, por su exclusiva culpa."*

Que, ante el panorama descrito, decidió enviar una segunda Carta Documento a su obra social intimándolos a que en el plazo de 48hs dejaran sin efecto la pretensión de cobro de una cuota diferencial en concepto de supuestas enfermedades preexistentes y mantuvieran su afiliación en las mismas condiciones que tenía hasta el mes de octubre de 2021. Adicionalmente, en dicha misiva rechazó que hubiese existido un falseamiento en los datos informados en la Declaración Jurada dado que a la fecha de suscripción no tenía conocimiento de la enfermedad que padecía (hernia inguinal izquierda), la cual fue diagnosticada casi dos meses más tarde, en fecha 24/09/2021.

Que, en virtud de la intimación recibida y con temor a quedarse sin la cobertura de salud, decidió presentarse ante esta INDH a fin de conocer si sus derechos como usuario y consumidor de los servicios médicos asistenciales de la prepaga estaban siendo vulnerados y, en su caso, requerir su pronto restablecimiento.

Que, a partir de la denuncia efectuada por el Sr. [REDACTED] y luego de analizar la documentación aportada, esta Defensoría envió un pedido de informes a OSDE a través de la Nota NO-2021-00018078-DPN-SECGRAL#DPN del 11/11/2021, solicitando que informara concretamente cuál había sido el falseamiento en su Declaración Jurada, solicitándole, además, que acompañara copia del instrumento oportunamente suscripto por el interesado. Adicionalmente, se solicitó que acompañara el cuadro tarifario de valores diferenciales de cuota por enfermedades preexistentes junto con la correspondiente aprobación de la autoridad de control.

Que, a raíz de ello, el día 16/11/2021 esta INDH recibió la respuesta de OSDE quien se manifestó en los siguientes términos: "el interesado es afiliado desde el 02/08/2021 en forma obligatoria en un plan superador de cobertura del PMO OSDE 2-310 (...)y efectivamente, en el mes de octubre fue intervenido quirúrgicamente de una hernia inguinal...".

Que, adicionalmente, la prepaga explicó que la incongruencia detectada en la Declaración Jurada era la hernia discal del interesado, diciendo: "Esta Organización detectó una incongruencia entre la declaración jurada de salud suscripta por el Sr. [REDACTED] y los datos que poseemos acerca de su real y verdadero estado de salud. Al solicitar la cobertura de cirugía por la hernia inguinal que presentaba, acompaña junto a dicho pedido medicó la cobertura de bloqueo por dolor, corroborándose la hernia discal que presenta y omitió informar, la que claramente era de su pleno conocimiento de acuerdo al resumen de historia clínico presentado".

Que, en virtud de la supuesta incongruencia detectada, OSDE explicó que determinó que el valor de cuota que el interesado debía abonar en concepto de enfermedades preexistentes, ascendía a un valor diferencial de \$ 48.349,00 durante un periodo de 10 meses, es decir, valor que debía adicionarse al costo del plan superador. Informó, además, que en caso de negarse a abonar dicho importe, OSDE se vería en la obligación de rescindir su contrato.

Que, junto con la respuesta, OSDE acompañó la siguiente documentación: 1) Declaración jurada de salud y

formulario de afiliación suscripto por el interesado; 2) Resumen de historia clínica; 3) Órdenes médicas y autorizaciones emitidas por OSDE; 4) Pedido médico de cirugía inguinal y bloqueo por hernia discal.

Que, en virtud de todo ello, corresponde que esta Defensoría se expida sin más dilación pues se advierte como inminente que el interesado quedará excluido de la cobertura por encontrarse imposibilitado de abonar los exorbitantes montos que la prepaga le exige como condición para mantenerlo como afiliado.

Que, en forma previa a resolver la forma en la que esta INDH se pronunciará en el presente caso, corresponde realizar algunas aclaraciones pertinentes que podrán traer claridad sobre la presente controversia.

Que, en primer lugar, corresponde realizar una observación acerca del complejo entramado de vínculos y relaciones contractuales y comerciales, dado que en el presente caso OSDE mantiene con el interesado un doble carácter: por un lado, en calidad de obra social, en virtud de la derivación de aportes y contribuciones que realiza por la relación de dependencia que mantiene con su empleador y, por el otro, de prepaga por el plan superador que abona mensualmente.

Que, realizadas dichas aclaraciones, corresponde hacer un recorrido sobre la normativa que regula la actividad de las empresas de medicina prepaga.

Que, sobre este punto es dable destacar que desde el año 1993 existe en nuestro país un marco normativo que regula la actividad, así como los derechos y obligaciones de las Empresas de Medicina Prepaga y de las/os usuarias/os y consumidores que poseen un vínculo comercial con este tipo de empresas.

Que, en dicho sentido la Ley Nº 26.682 permite conocer que, en los términos de la normativa citada, “Empresa de Medicina Prepaga” es toda persona física o jurídica, cualquiera sea el tipo, figura jurídica y denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa.

Que, en particular, aquí interesa traer a colación lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley Nº 26.682 que indica: *“Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La Autoridad de Aplicación autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.”*

Que, en base a ello corresponde preliminarmente analizar si en el presente caso ha existido una real omisión de informar una enfermedad preexistente por parte del interesado, a la luz de las normas vigentes en la materia.

Que, de la copia de la Historia Clínica del Policlínico Modelo de Cipolletti, surge que el día 17/09/2021 el interesado acudió a consulta médica por *“dolor lumbar por movimiento brusco entrenando”*. De la misma surge que se trata de un *“cuadro clínico de 3 meses de evolución caracterizado por dolor tipo punzada penetrante en zona lumbar izquierda (...) leve alivio con terapia analgésica actual, ya recibió tratamiento con kinesiología con lo que no siente mejoría, el dolor inicia a raíz de movimiento brusco de rotación en entrenamiento físico (...) ESTUDIOS PREVIOS: resonancia: hernia discal posterolateral izquierda...”*.

Que, el diagnóstico de hernia discal obrante en la Historia Clínica como “estudios previos” fue tomado por OSDE como enfermedad preexistente no informada en la Declaración Jurada. Sin embargo, merece ponerse de resalto que dicha inscripción en la Historia Clínica tiene fecha 17/09/2021 y la resonancia a raíz de la cual se diagnosticó la hernia discal es del 10/08/2021 (estudio que también fue acompañado por el denunciante). Es decir que, si el interesado completó la Declaración Jurada con fecha 02/08/2021, mal podría haber conocido el Sr. [REDACTED] el diagnóstico con anterioridad a la suscripción del formulario de afiliación.

Que, aclarado que el interesado no tuvo forma de conocer su diagnóstico con anterioridad a su afiliación a la prepaga, corresponde analizar si omitió informar que en ciertas ocasiones presentaba sensación de contractura en su espalda.

Que, de la lectura del formulario de afiliación acompañado por OSDE se desprende que el cuestionario no pregunta acerca de dolores actuales, sino simplemente se limita a preguntar si se tiene planeado realizar algún tratamiento, práctica o intervención en los próximos 6 meses (cosa que el interesado no podría haber previsto).

Que, adicionalmente, cabe destacar que la pregunta Nro. 4) del formulario, refiere: “¿te realizaste análisis en el último año?”, a lo que el Sr. ██████ marcó la opción “NO”. De allí que, para despejar dudas, bien podría OSDE haberle pedido que se realizara estudios complementarios como condición para su admisión. Sin embargo, ello no ocurrió y ahora no podrá alegar su propia torpeza en desmedro de los derechos del interesado.

Que, finalmente, corresponde remarcar que de las numerosas constancias que obran en la presente actuación se ha podido corroborar que los signos y síntomas que originaron los primeros dolores del interesado en su espalda, nada tuvieron que ver con su diagnóstico final -hernia inguinal izquierda- y su posterior intervención quirúrgica. De allí que no existen elementos válidos para justificar la actitud de la prepaga, quien no sólo ha exigido un valor diferencial para su cuota, sino que también ha anticipado que en caso de no aceptar tal condición se disolvería el vínculo comercial.

Que, en atención a todo ello, surge de manifiesto que el Sr. ██████ no omitió deliberadamente información ni falseó la Declaración Jurada en los términos del artículo 9 de la Ley Nº 26.682 al momento de ingresar a OSDE, hecho que vuelve ilegítimo el cobro de una cuota adicional en concepto de enfermedades preexistentes.

Que, respecto a ello, el artículo 9º de la Ley Nº 26.682 dice: “...Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o cuando el usuario haya falseado la declaración jurada...”, hecho que -tal como ha sido demostrado- no ha sucedido en el presente caso.

Que, por su parte, el artículo 9º del Decreto Nº 1993/11 explica textualmente: “...Por falsedad de la declaración jurada: Para que la entidad pueda resolver con justa causa el contrato celebrado, deberá poder acreditar que el usuario no obró de buena fe en los términos del artículo 961 del CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. La falta de acreditación de la mala fe del usuario, determinará la ilegitimidad de la resolución...”

Que, en otras palabras, y a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, para que una empresa de medicina prepaga pueda rescindir el vínculo con justa causa debe acreditar que el usuario no obró de buena fe en los términos del Art. 961 de dicho cuerpo normativo. Sin embargo, esta nueva norma aclara algo trascendental al decir que: “...La falta de acreditación de la mala fe del usuario, determinará la ilegitimidad de la resolución...”.

Que, por todo lo expuesto hasta el momento, ha quedado ampliamente demostrado que el interesado no incurrió en omisión o falseamiento de la Declaración Jurada y que respondió el cuestionario con la información que tenía hasta el momento. De allí que, en modo alguno podría hablarse de mala fe de su parte.

Que, sin perjuicio de todo ello y al margen de no aplicarse al presente caso, esta Defensoría desea aprovechar la ocasión para destacar que, aún en aquellos casos en los que el nuevo afiliado posea enfermedades preexistentes que ameriten el cobro diferencial, el adicional de cuota que OSDE podría cobrar sería aquel que de manera previa haya sido aprobado por la Superintendencia de Servicios de Salud, hecho que tampoco ha sucedido en el presente caso.

Que, en virtud de ello, corresponde nuevamente recordar lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley Nº 26.682 que indica: “Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La Autoridad de Aplicación autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.”

Que, por su parte, la reglamentación establece: “La SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD autorizará los valores de cuota diferencial para las preexistencias, sean éstas temporarias, crónicas y/o de alto costo, así como también la duración del período de pago de la cuota diferencial. Los sujetos comprendidos en

*el artículo 1º de la presente Reglamentación deberán presentar el requerimiento a la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD para su aprobación quien deberá expedirse en un plazo máximo de TREINTA (30) días, a partir de la presentación completa del trámite en la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD.”*

Que, sin embargo, frente al pedido de esta INDH de acompañar el cuadro tarifario con valores diferenciales aprobados por la Superintendencia, OSDE respondió que: *“...la normativa vigente es quien autoriza a los Agentes de Seguro de Salud a determinar y establecer valores diferencial en relación a todas aquellas personas que quieran incorporarse en calidad de beneficiarios y presenten antecedentes de salud previos. En estos términos el mismo fue determinado por nuestra Auditoría Médica, en base a una estructura de costos en virtud de los gastos y/o erogaciones que OSDE deberá asumir de forma indubitada en relación a la patología preexistente que presenta el Sr. ██████ (hernia discal).-”*

Que, a partir de esa respuesta y ante la falta de presentación del cuadro tarifario aprobado por el organismo de control se desprende que el valor adicional de cuota que OSDE pretendió cobrarle al Sr. ██████ ha sido calculado de manera discrecional.

Que, en consecuencia, la decisión adoptada por el ente asistencial encuadra en la calificación de "ilegalidad o arbitrariedad manifiesta" pues, ha quedado a la vista no sólo su mala fé en la pretensión de cobro de una cuota diferencial por una enfermedad que no era preexistente sino que, además, el valor presupuestado no estaba autorizado por la autoridad de control, tal como lo exige la norma que regula su actividad.

Que, por otro lado, también es dable destacar que en atención a que los contratos de medicina prepaga, denominados “contratos de adhesión”, se rigen por las normas de Defensa del Consumidor -Ley Nº 24.240-, la interpretación de sus cláusulas y prerrogativas deben efectuarse de acuerdo a los principios del derecho del consumidor.

Que la defensa del consumidor abre dos campos: el de los derechos patrimoniales: la seguridad de no sufrir daño; los intereses económicos; la libertad de elección; el trato equitativo y digno; la mayor protección cuando en la relación de consumo se constituya en la parte más débil – y el de los derechos personales, plasmado en la protección de la salud y la seguridad de no sufrir menoscabo en aquella o en la vida. (*Conf. esta Sala en Expte n° 5010/2007 – “Amandola José María c/Swiss Medical S.A. s/art.250 C.P.C- Incidente Civil”, del 12/06/2007, entre otros*).

Que la prestación del servicio de salud está comprendida, también, en el concepto de relación de consumo protegida por el artículo 1º y 2º de la Ley Nº 24.240 y el artículo 42 de nuestra C.N., otorgándosele, así, la máxima jerarquía de rango normativo.

Que, teniendo en cuenta ello, no debe desatenderse la particular actividad que desarrollan las organizadoras del sistema médico privado, el cual excede el marco puramente negocial, adquiriendo matices sociales y fuertemente humanitarios que lo impregnan. Obsérvese que se trata de proteger garantías constitucionales prevalecientes, como la salud; vinculada estrecha y directamente con el derecho primordial a la vida; sin el cual todos los demás carecen de virtualidad y eficacia.

Que, en tanto la actividad que asumen tiende a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, los entes de medicina prepaga adquieren un relevante compromiso social con sus usuarios que deben trascender las cuestiones mercantiles derivadas de su constitución como empresas y su afán de lucro.

Que, desde esta particular concepción, podría afirmarse que son una suerte de colaboradores del Estado en una de sus funciones primordiales: la prestación del servicio de salud.

Que, siguiendo la lógica de toda relación de consumo, se vuelve importante mencionar dos principios: el in dubio pro consumidor y el principio de buena fé.

Que el “in dubio pro consumidor” está receptado en el artículo 37 de Ley Nº 24.240 de Defensa del Consumidor de la siguiente manera:“(…) *La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos*

gravosa". Es decir que, en caso de duda respecto de la interpretación de las cláusulas y prerrogativas insertas en un contrato de medicina prepaga se debe estar por lo que sea más favorable al consumidor.

Que, en base a ello, surge de manifiesto que OSDE no puede proceder a cobrar un diferencial de cuota o, menos aún, excluir de la cobertura a un afiliado argumentando que ocultó y falseó la Declaración Jurada. En tal caso, es la propia empresa de medicina prepaga la que eventualmente debería iniciar un juicio de conocimiento para acreditar el supuesto ocultamiento doloso.

Que, también es dable recordar que en materia contractual existe un principio jurídico ineludible a la hora de realizar, interpretar y aplicar un contrato. Este principio es el de "buena fe contractual" de la que habla el Art. 961 del Código Civil y Comercial de la Nación: "...Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe...".

Que, por su parte, a fin de ilustrar el principio de buena fé, es dable recordar el precedente del Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Río Negro, que en autos "RIPI ALLIVELLATORE, PAMELA CELESTE C/ SWISS MEDICAL S. A. S/ AMPARO S/ APELACION" (Expte. N° 30301/19-STJ-) explicó: "*Cuando la prestadora de un servicio de salud, en el contexto de la celebracion de un contrato de los llamados de adhesion, solicita al afiliado que cumplimente como unico requisito de admision la declaracion jurada sin la realizacion del examen medico de ingreso, y a posteriori, cuando el medico le prescribe un tratamiento de fertilizacion asistida le opondre la exclusion como asociada escudandose en lo que fuera su propia decision (no efectuar estudios previos a la admision, no solicitar historia clinica), tal actitud por parte de quien no es mas ni menos que un Agente integrante del Sistema de Seguro de Salud de la Nacion, es arbitraria. No resulta procedente, entonces, amparar tal conducta cuando esta en juego la salud y en una relacion de las características de las conformadas por este tipo de vinculo prestacional, que se encuentra protegido no solo por el derecho a la vida y la salud, sino tambien por los derechos de los consumidores frente a la desigualdad y desequilibrio imperante entre las partes que no hace mas que violentar los derechos de raigambre constitucional que protege la Constitucion Nacional. En este sentido, receptar la postura de la demandada seria premiar, fomentar e incentivar la conducta negligente del agente de salud que se escuda, en este caso, en el falseamiento de datos en la Declaracion Jurada de la amparista sin siquiera analizar que su propia conducta vulnera el principio de buena fe*".

Que también corresponde ampliar el concepto dado por el artículo 8° bis de la Ley N° 24.240 pues no debe pasarse por alto la conducta desplegada por la prepaga al pretender cobrar una adicional de cuota que no correspondía y, peor aún, con un valor que no estaba aprobado por la autoridad de control. Se trata del deber de abstención que pesa sobre estas empresas en cuestiones relacionadas con conductas que coloquen al consumidor en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.

Que, en el caso y aun a sabiendas de su obrar ilegítimo, no le alcanzó con operar por fuera de la ley frente a su usuario, sino que, además, lo intimó a abonar una cuota adicional ilegítima bajo apercibimiento de excluirlo de la cobertura de salud.

Que, adicionalmente a todo lo ya mencionado, corresponde destacar que se impone como pauta interpretativa el objeto social de las obras sociales, empresas de medicina prepaga y demás entidades destinadas al cuidado de la salud. La prioridad de éstas debería ser su compromiso social, sin supeditar los derechos de los ciudadanos a interpretaciones normativas restrictivas, a fluctuaciones del mercado, ni a resoluciones administrativas; y menos aún -y más inaceptable- economizar con la salud de un paciente. No se debe permitir que la salud sea tratada como un bien de mercado.

Que OSDE, en tanto prestadora de servicios de salud, ha asumido un compromiso social específico donde el lucro debería estar supeditado al bienestar de las personas, y no a un mero rédito económico. Ello es parte de la naturaleza del negocio que la prepaga libremente eligió ejercer.

Que, en este orden de ideas, no puede perderse de vista que el objeto del contrato de salud tiene como contenido material el derecho a la vida, que es el bien humano básico, que reclama ser respetado y protegido.

Que, por todo lo expuesto, es apropiado recordar que el derecho cuya protección se persigue en la presente actuación compromete la salud e integridad física del interesado.

Que, también es dable recordar que este derecho que se intenta proteger está reconocido por la Constitución Nacional y los pertinentes Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados a ella, de modo que la presente cuestión debe ser analizada y resuelta teniendo en cuenta tanto el derecho interno como el derecho convencional.

Que, sobre este último aspecto es dable recordar la importancia y necesidad de que la Defensoría del Pueblo de la Nación intervenga con sus señalamientos cuando advierta que cualquier persona física o jurídica, pública o privada que preste un servicio público esencial, como lo es la salud, tenga un comportamiento contrario a derecho y ponga en riesgo el respeto por los derechos humanos de los ciudadanos.

Que, por imperio constitucional, es misión de esta INDH la defensa, protección y promoción de los derechos humanos de todos los habitantes de la nación, por lo que nada puede inducir a pensar que ese deber se encuentra circunscripto o delimitado por interpretaciones restrictivas. Caso contrario se desnaturalizaría la función del Defensor del Pueblo de la Nación y se caería en el riesgo de proteger a un sector de la población, dejando a su suerte a otro sector de acuerdo a su lugar de residencia o la persona que ha vulnerado sus derechos fundamentales.

Que, finalmente lo que se busca proteger es el derecho a la salud de una persona y para ello es indispensable conocer los alcances que dicho concepto tiene y cuál es su paraguas protector dentro de nuestro ordenamiento interno y dentro del ordenamiento convencional.

Que, en ese sentido, cabe resaltar que la Organización Panamericana de la Salud en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud definió: “la salud es un estado completo de bienestar físico, mental, y social”.

Que, tanto en el ámbito nacional, como en el internacional, la salud ha sido reconocida como un derecho humano, inherente a la dignidad humana, de forma tal que este bienestar físico, mental y social que pueda alcanzar el ser humano, constituye un derecho fundamental. La dignidad es el fundamento de los derechos de los pacientes y del derecho a la salud.

Que la Constitución Nacional reconoce este derecho fundamental en su artículo 42, estableciendo que: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho (...) a la protección de su salud”. Se infiere, además, este derecho del artículo 33, y como corolario indispensable del derecho a la vida, que resulta base de todos los demás.

Que, adicionalmente, cabe destacar que el derecho a la salud goza en la actualidad de jerarquía constitucional en los términos del artículo 75 inciso 22, específicamente a través del artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece que: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para (...) la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.

Que, la obligación de garantizar el derecho a la salud ha sido –en subsidio– asumida por el Estado Argentino para con sus habitantes y, en este contexto, no puede dejar de mencionarse que a las normas indicadas en el párrafo que antecede debe interpretárselas conjuntamente con lo establecido en el inciso 23 del artículo 75 de la C.N., que hace especial referencia a la necesidad de adoptar –como competencia del Congreso de la Nación– “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos.”.

Que del plexo normativo descripto surge con claridad la efectiva protección que deben tener estos derechos fundamentales de la persona, que implican no sólo la ausencia de daño a la salud por parte de terceros, sino también la obligación de quienes se encuentran compelidos a ello –y con especialísimo énfasis los agentes del servicio de salud– de tomar acciones positivas en su resguardo.

Que, por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su artículo 25.1 que “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial (...) la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

Que, cabe recordar, también, lo expresado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ Recurso de Hecho” (Sentencia del 24 de octubre de 2000, respecto del derecho a la salud como presupuesto esencial del inalienable derecho a la vida: “...el Tribunal ha considerado que el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:1112).

Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos 316: 479, votos concurrentes).

Que, como se ha dicho anteriormente, es misión de esta INDH perseguir el respeto de los valores jurídicos, cuya transgresión tornarían injustos los actos de la administración pública o de los particulares que prestan servicios públicos esenciales, y de los derechos humanos consagrados en nuestra Constitución Nacional a través del artículo 75 inc. 22. Repárese que es pauta de interpretación auténtica –preámbulo constitucional-: “afianzar justicia”, por lo que mal podemos alejarnos de ese norte.

Que cabe al DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN contribuir a preservar los derechos reconocidos a los ciudadanos y, en su calidad de colaborador crítico, proceder a formalizar los señalamientos necesarios, de modo que las autoridades puedan corregir las situaciones disfuncionales que se advirtieren.

Que la presente se dicta de conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Nacional y el 28 de la ley N° 24.284, modificada por la ley N° 24.379, la autorización conferida por los Señores Presidentes de los bloques mayoritarios del H. Senado de la Nación, como de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo, ratificada por su resolución 0001/2014 de fecha 23 de abril de 2014, y la nota de fecha 25 de agosto de 2015 del Sr. Presidente de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo, que ratifica las mismas facultades y atribuciones otorgadas al Secretario General en la persona del Subsecretario, para el supuesto de licencia o ausencia del primero.

Por ello;

EL SUBSECRETARIO GENERAL A/C  
DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA NACIÓN

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º: RECOMENDAR a la Obra Social y Empresa de Medicina Prepaga OSDE que, de inmediato, deje sin efecto la pretensión de cobro de un valor de cuota adicional en concepto de enfermedades preexistentes al Sr. ██████████, DNI: ██████████.

ARTÍCULO 2º: RECOMENDAR a la Obra Social y Empresa de Medicina Prepaga OSDE que mantenga la afiliación del Sr. ██████████, DNI: ██████████ en las mismas condiciones que detentaba hasta el mes de octubre de 2021, sin excluirlo de la cobertura.

ARTÍCULO 3º: Poner en conocimiento de la presente Resolución al Sr. Superintendente de Servicios de Salud para que, en atención a los incumplimientos relatados respecto del cobro de valores de cuota que no están debidamente autorizados por dicho organismo, proceda a realizar la investigación sumaria que en su caso corresponda.

ARTÍCULO 4º: Las recomendaciones que la presente Resolución contiene deberán responderse dentro del

plazo de 15 (QUINCE) días hábiles desde su recepción.

ARTÍCULO 5º: Regístrese, notifíquese en los términos del artículo 28 de la Ley Nº 24.284 y resérvese.

RESOLUCIÓN Nº 00085/21.