



Defensoría del Pueblo de la Nación

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

Resolución

Número:

Referencia: RESOLUCIÓN N° 00103/21 - ACTUACIÓN N° 15091/21 - [REDACTED] - s/presunto incumplimiento de la Ley N° 26.682 - ObsBA-OSDE - EX-2021-00017672- -DPN-RNA#DPN

VISTO la actuación N° 15091/21, caratulada: “[REDACTED] obre presunto incumplimiento de la Ley N° 26.682”; y

CONSIDERANDO:

Que, en fecha 5 de noviembre de 2021 se presenta la Sra. [REDACTED], DNI: [REDACTED] quien recurre a esta INDH para denunciar a OSDE en su carácter de empresa de medicina prepaga, por haber dispuesto que debía abonar un valor de cuota diferencial en concepto de supuestas enfermedades preexistentes para poder acceder a sus planes superadores a través del convenio que mantiene con la Obra Social ObSBA.

Que, tal como lo acredita con la documental acompañada en su presentación, su esposo, el Sr. [REDACTED], DNI. [REDACTED], resulta ser beneficiario titular de la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (ObsBA) por trabajar en relación de dependencia en un organismo gubernamental de dicha jurisdicción.

Que, según indica en su denuncia, es su voluntad acceder a los planes superadores de OSDE a través del convenio de derivación de aportes que tiene con dicha Obra Social y, por ese motivo, desde marzo de 2021 está intentando realizar las gestiones correspondientes a tal efecto.

Que, según explica, en oportunidad de suscribir la Declaración Jurada de OSDE manifestó que en el año 2008 padeció cáncer de mama pero que en la actualidad -y desde hace varios años- se encuentra completamente curada.

Que, a fin de acreditar su actual estado de salud, presentó en la prepaga estudios y certificados médicos que indican que -hasta el momento- se encuentra dada de alta de dicha enfermedad. Entre ellos se encuentra la prescripción del Dr. [REDACTED], M.N. [REDACTED], quien certifica que: *“La Sra. [REDACTED] tiene antecedentes de tratamiento (cirugía más adyuvancia) por cáncer de mama hace aprox. 11 años. Desde entonces ha tenido controles regulares y actualmente mantiene curación clínica con extensión negativa.”*

Que, a raíz de la imagen dudosa de una de las ecografías presentada por la interesada, OSDE solicitó con fecha 16/07/2021 que el médico explicara si había un ganglio intramamario en la mama derecha.

Que, por ese motivo, con fecha 2/08/2021 el Dr. [REDACTED] indicó: *“La Sra. [REDACTED] presenta curación clínica de sus antecedentes de cáncer de mama tratado en 2008. Los estudios de extensión son negativos y en la mamografía y ecografía mamaria presenta un ganglio intramamario (contralateral a la mama operada) que está allí desde siempre”.*

Que, pese a ello y luego de varios meses de dilaciones, el día 1/09/2021 recibió un correo electrónico de OBSBA que indicaba: *“De acuerdo a lo solicitado, le transcribo lo informado por Osde con respecto a la cotización realizada por preexistencia, en caso de aceptar dicha cotización, deberá informarnos su aceptación, dentro de los plazos establecidos posteriormente, y acercarse a nuestras oficinas para realizar el nuevo formulario. Con relación a la solicitud de contratación de un plan de cobertura médica a favor de [REDACTED] CUIL [REDACTED] teniendo en cuenta lo dispuesto por la ley 26682 y su Decreto Reglamentario 1993/11, les informamos que han sido evaluadas por Osde, las preexistencias de acuerdo a la declaración jurada de salud oportunamente presentada, determinándose un valor adicional al costo del plan médico Binario elegido, resultando el costo de la cobertura el que se detalla a continuación: Liquidación Plan Médico Binario 2-210 - Correspondiente al mes de Julio de 2021 Matrimonio \$20.739,00.- Preexistencia Cónyuge. \$28.921,00.- Total \$49.660,00.- (...) El o los valores diferenciales correspondientes a preexistencias se mantendrán por los plazos que seguidamente se indican -Preexistencia Cónyuge ([REDACTED]): durante 12 meses a contar desde la incorporación”*. Es decir que, para poder hacer uso del convenio ObsBA-OSDE y acceder a los planes superadores, la interesada debía abonar \$28.921 en concepto de enfermedades preexistentes, durante un periodo de 12 meses, valor que debía adicionarse al costo del plan superador.

Que, según surge de la documentación acompañada por la interesada, el 6/10/2021 envió un correo electrónico a OSDE en los siguientes términos: *“Según lo que venimos conversando telefónicamente, solicito por favor me ayudes a concertar una entrevista con el área que maneja las altas de afiliados para poder hablar sobre el tema de referencia, dado que el valor cotizado en concepto de "preexistencia" me parece excesivo; considerando que la enfermedad preexistente de mi esposa ocurrió hace 13 años y que además tiene el alta del médico (Dr. [REDACTED]), según consta en los certificados médicos enviados oportunamente a OSDE. Al respecto, y según establece la Ley 26682 y su Decreto Reglamentario 1993/11, en su artículo 10 se menciona que la evaluación del caso y la fijación del monto diferencial por preexistencia (de corresponder) estaría a cargo de la Superintendencia de Servicios de Salud. Si OSDE comunicó esta situación a la Superintendencia de Servicios de Salud cumpliendo con la normativa vigente, y ésta se expidió a tal efecto, por favor solicito me entreguen la Resolución que valida los importes cotizados por OSDE más abajo.”*

Que, en respuesta a ello, el 14/10/2021 la Gerencia de Asuntos Jurídicos de OSDE indicó: *“Nos dirigimos a usted en relación a su comunicación vía correo electrónico a fin de hacerle saber en primer lugar que es la normativa vigente, quién autoriza a los Agentes de Seguro de Salud a determinar y percibir valores diferenciales en relación a aquellas personas que quieren incorporarse en calidad de beneficiarios y presenten patologías previas a su afiliación. Art. 10 Ley 26682. En estos términos el valor diferencial informado fue determinado por nuestra auditoría médica en base a una estructura de costos en virtud de los gastos y erogaciones que OSDE debe asumir de forma indubitada en virtud de los antecedentes de salud que presenta su beneficiaria. Conforme lo expuesto, actuando OSDE dentro del marco legal que regula su actividad y en cumplimiento de las obligaciones a su cargo de no aceptar el mismo, no se dará curso a la solicitud de incorporación en un plan superador de cobertura como lo es el plan OSDE 2-210.-.”*

Que, en virtud de las exorbitantes exigencias económicas impuestas por la prepaga y la imposibilidad de poder cumplir con dichos pagos, la interesada decidió presentarse ante esta INDH a fin de conocer si sus derechos como usuaria y consumidora 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 la Sra. [REDACTED] y luego de analizar la documentación aportada, esta Defensoría envió un pedido de informes a OSDE en fecha 17/11/2021 a través de la Nota NO-2021-00018610-DPN- -SECGRAL#DPN, a fin de que informara concretamente cuál era el motivo del cobro de un adicional de cuota, solicitándole, además, que acompañara la correspondiente aprobación de la autoridad de control para cobrar ese monto.

Que, a raíz de ello, el día 29/11/2021 esta INDH recibió la respuesta de OSDE quien se manifestó en los siguientes términos: *“De acuerdo surge a nuestros registros en fecha 26/05/2021 la ObsBA solicitó la incorporación del Sr. [REDACTED] y su beneficiaria a OSDE. De acuerdo a la documentación médica registrada surgen antecedentes médicos de salud previos de la Sra. [REDACTED]. Es dable manifestar que la normativa vigente es quien autoriza a los Agentes de Seguro de Salud a determinar y establecer valores diferenciales en relación a todas aquellas personas que quieran incorporarse en calidad de beneficiarios y*

presenten antecedentes de salud previos. Art. 10 y cc de la Ley 26682 y Dec. Reglamentario. En estos términos el valor diferencial informado a la ObsBA en relación a la solicitud de incorporación, realizada por esa Obra Social, del Sr. Fazio y su grupo familiar 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 por los antecedentes de salud que presenta la beneficiaria del Sr. [REDACTED].”

Que, adicionalmente esta Defensoría envió un pedido de informes a la Superintendencia de Servicios de Salud a través de la Nota NO-2021-00018580-DPN- -SECGRAL#DPN del 17/11/2021, a fin de que informara si OSDE había solicitado la autorización de esa autoridad de control para el cobro del diferencial de cuota de la interesada.

Que el 24 de noviembre de 2021 esta INDH recibió la respuesta de la Defensoría del Usuario de Servicios de Salud de la Superintendencia, quien explicó: *“En el caso de los planes superadores, cuando el afiliado desregula sus aportes a través de una Obra Social, NO corresponde el cobro de pre-existencia. Esta sería la situación en la que se encuentra la Sra. [REDACTED] (...) Cuando una EMP quiere aplicar un monto de dinero mayor a la cuota que corresponde por su plan, por patología preexistente, debe presentar la consulta a la Superintendencia de Servicios de Salud. En la Gerencia de Gestión Estratégica se inicia un expediente, y luego de evaluar y analizar el caso presentado, se conforma un informe que se envía a la Gerencia de Asuntos Jurídicos quien, a través de un Dictamen, elabora Disposición, se autorice o no dicho valor, en y en el caso de ser autorizado se establece el monto a cobrar al beneficiario y por qué período de tiempo”.*

Que, en virtud de todo ello, corresponde que esta Defensoría se expida sin más dilación pues se advierte que, además de arbitraria, la conducta de la prepaga podría estar vulnerando el derecho a la libre elección de obra social así como el derecho a la salud de la interesada.

Que, en forma previa a resolver la forma en la que esta INDH se pronunciará en el presente caso, 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 N° 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 N° 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 la interesada padece una enfermedad que pueda considerarse como preexistente y que justifique el cobro de un valor adicional de cuota, a la luz de las normas vigentes en la materia.

Que de los certificados médicos expedidos por el Dr. [REDACTED], M.N. [REDACTED], surge que la interesada tuvo cáncer de mama en el año 2008, motivo por el cual se sometió a cirugía y a un tratamiento de adyuvancia, y que desde años se encuentra curada. En relación al ganglio intramamario que aparece en la imagen de la ecografía, el Dr. [REDACTED] aclaró que se encuentra allí *“desde siempre”*, que está ubicado en la mama que fue operada y que es benigno ya que, de lo contrario, lo hubiesen extirpado junto al tumor.

Que cabe aclarar que a los fines del cobro diferencial de cuota, para que una enfermedad pueda considerarse como preexistente, debe ser existente al momento del alta en la prepaga y el usuario debe tener conocimiento

de dicha condición.

Que, en base a ello, surge de manifiesto que si la Sra. [REDACTED] se encuentra curada de su cáncer de mama desde hace años, dicho antecedente no puede ser considerado por OSDE como una enfermedad, ni mucho menos “preexistente”, dado que no está presente en la actualidad.

Que, sin perjuicio de ello, es de vital importancia recordar que la interesada y su grupo familiar resultan ser beneficiarios obligatorios de la ObSBA y que es su voluntad acceder a los planes superadores de OSDE a través del convenio de derivación de aportes y contribuciones que tienen ambas obras sociales.

Que, en virtud de ello, la Superintendencia de Servicios de Salud -autoridad de control de las obras sociales nacionales y empresas de medicina prepaga- ha previsto expresamente en la Providencia N° 94008/2016 que *“...aquellos usuarios provenientes de la seguridad social -en los casos en los que el pago del valor de la cuota sea abonado total o parcialmente con la suma de los aportes y las contribuciones que prevén los incisos a) y b) del artículo 16 de la Ley N° 23.660- no quedan comprendidos en el supuesto contemplado en el artículo 10, último párrafo, de la Ley N° 26.682 y, en consecuencia, los sujetos comprendidos en el artículo 1° [Obras sociales y Prepagas] de dicha norma deben abstenerse de solicitar autorización y/o exigir el pago de valores diferenciales para la admisión de esa categoría de usuarios aunque los mismos presenten enfermedades o situaciones preexistentes al momento de solicitar su afiliación.”*

Que, tal como fue señalado por la Superintendencia de Servicios de Salud en su respuesta, surge de manifiesto que, aún en caso tratarse de una enfermedad preexistente, por resultar la Sra. [REDACTED] y su grupo familiar beneficiarios obligatorios de la ObSBA con derivación de aportes desde la seguridad social, OSDE no podría haber dispuesto el cobro de un diferencial de cuota.

Que, en suma, la pretensión de cobro de un diferencial de cuota en concepto de enfermedades preexistentes por parte de OSDE es un acto ilegítimo, arbitrario y contrario a la normativa que regula su ejercicio.

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 N° 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 1° 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: *“Es dable manifestar que la normativa vigente es quien autoriza a los Agentes de Seguro de Salud a determinar y establecer valores diferenciales en relación a todas aquellas personas que quieran incorporarse en calidad de beneficiarios y presenten antecedentes de salud previos. Art. 10 y cc de la Ley 26682 y Dec. Reglamentario. En estos términos el valor diferencial informado a la ObsBA en relación a la solicitud de incorporación, realizada por esa Obra Social, del Sr. [REDACTED] y su grupo familiar 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 por los antecedentes de salud que presenta la beneficiaria del Sr. [REDACTED].”*

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 a la Sra. [REDACTED] 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 es 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 1° y 2° 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 comercial, adquiriendo matices sociales y fuertemente humanitarios que lo impregnan. Obsérvese que se trata de proteger garantías constitucionales prevaletes, 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 en base a una enfermedad que es inexistente al momento de la contratación del plan superador.

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/ Apelación" (Expte. N° 30301/19-STJ-) explicó: *"Cuando la prestadora de un servicio de salud, en el contexto de la celebración de un contrato de lo llamados de adhesión, solicita al afiliado que cumplimente como único requisito de admisión la declaración jurada sin la realización del examen médico de ingreso, y a posteriori, cuando el médico le prescribe un tratamiento de fertilización asistida le opone la exclusión como asociada escudándose en lo que fuera su propia decisión (no efectuar estudios previos a la admisión, no solicitar historia clínica), tal actitud por parte de quien no es más ni menos que un Agente integrante del Sistema de Seguro de Salud de la Nación, es arbitraria. No resulta procedente, entonces, amparar tal conducta cuando está en juego la salud y en una relación de las características de las conformadas por este tipo de vínculo prestacional, que se encuentra protegido no solo por el derecho a la vida y la salud, sino también por los derechos de los consumidores frente a la desigualdad y desequilibrio imperante entre las partes que no hace más que violentar los derechos de raigambre constitucional que protege la Constitución Nacional. En este sentido, receptar la postura de la demandada sería premiar, fomentar e incentivar la conducta negligente del agente de salud que se escuda, en este caso, en el falseamiento de datos en la Declaración 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 art. 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, 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 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 como condición para poder acceder a los planes superadores que le corresponden por Convenio entre OSDE y la ObsBA.

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 -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 la 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 a la Sra. [REDACTED], DNI: [REDACTED], integrante del grupo familiar del Sr. [REDACTED] Normando, DNI. 16.831.547.

ARTÍCULO 2º: RECOMENDAR a la Obra Social y Empresa de Medicina Prepaga OSDE que proceda a afiliar al Sr. José Luis Fazio Normando, DNI. 16.831.547, y su grupo familiar compuesto por la Sra. [REDACTED], DNI: [REDACTED], en el plan superador que sea de su elección a través del Convenio ObSBA-OSDE con derivación de aportes provenientes de la seguridad social.

ARTÍCULO 3º: Poner en conocimiento de la presente Resolución al titular de la OBRA SOCIAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES (ObSBA) para que arbitre los medios necesarios a fin de garantizar el acceso del Sr. [REDACTED] y su grupo familiar a los planes superadores del Convenio ObSBA-OSDE con la correspondiente derivación de aportes de la seguridad social, sin cobrar un valor adicional de cuota en concepto de enfermedades preexistentes.

ARTÍCULO 4º: 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 5º: Las recomendaciones que la presente Resolución contiene deberán responderse dentro del plazo de QUINCE (15) días hábiles desde su recepción.

ARTÍCULO 6º: Regístrese, notifíquese en los términos del artículo 28 de la Ley N° 24.284 y resérvese.

RESOLUCIÓN N° 00103/21.

