



Defensoría del Pueblo de la Nación
2022 - "Las Malvinas son argentinas"

Resolución

Número:

Referencia: RESOLUCIÓN N° 00027/22 - ACTUACIÓN N° 98/22 - [REDACTED] - s/inconvenientes con el mantenimiento de la obra social al jubilarse - OSPF - EX-2022-00001216- -DPN- RNA#DPN.

VISTO la actuación N° 98/22, caratulada: "[REDACTED] sobre inconvenientes con el mantenimiento de la obra social al jubilarse"; y

CONSIDERANDO:

Que, en fecha 03 de enero de 2022 se presenta el Sr. [REDACTED], quien recurre a esta INDH para denunciar a OSPF (Obra Social del Personal de Farmacia) por haberlo excluido de la condición de afiliado con motivo de la obtención de su beneficio jubilatorio.

Que, tal como lo acredita con la documental acompañada en su presentación, se encontraba afiliado a OSPF a través de su condición de monotributista.

Que, según refiere, en el mes de diciembre de 2021 obtuvo el beneficio jubilatorio y, como consecuencia de ello, la obra social en cuestión le informó que, en atención a que no acepta jubilados, pasados los primeros tres meses desde el alta de su beneficio, lo desafiliaría por corresponderle PAMI.

Que, según explica, la Obra Social le informó que está inscrita en el registro creado por el decreto N° 292/95 solo para jubilados de la actividad, carácter que el Sr. [REDACTED] no ostenta, por lo que no podría seguir siendo beneficiario de la misma una vez obtenido su beneficio jubilatorio.

Que, según manifiesta en su presentación, nunca fue su voluntad pertenecer al INSSJP-PAMI sino continuar con la afiliación a la Obra Social del Personal de Farmacia en las mismas condiciones que tenía antes de obtener el beneficio jubilatorio.

Que, según lo que también manifiesta en su presentación, se encuentra afiliado a dicha obra social desde el año 2012 dada su condición de monotributista.

Que, en virtud de lo planteado por la Obra Social y su negativa a mantener la afiliación del interesado, el Sr. [REDACTED] decidió presentarse ante esta INDH a fin de conocer si sus derechos como beneficiario del sistema de la seguridad social habían sido 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 OSPF a través de la Nota NO-2022-00001806-DPNSSEGRAL#DPN del 12/01/2022, a fin de que informara concretamente cuál era el tipo de afiliación del

interesado y si había sido desafiliado al obtener su jubilación.

Que, a raíz de ello, el 25/01/2022 esta INDH recibió la respuesta de OSPF quien se manifestó en los siguientes términos: "...1.- El Sr. **Carlos Amador Bermúdez**, conforme la normativa vigente (Decreto N°508/1998 - Decreto 485/2000 y concordantes) y a través de las modalidades dispuestas por la Superintendencia de Servicios de Salud, optó oportunamente por incorporarse como beneficiario a la O.S.P.F., en su carácter de aportante al régimen simplificado para pequeños contribuyentes, situación que mantuvo hasta el mes de diciembre de 2021 en que obtuvo el beneficio jubilatorio, y fuera dado de alta en el Programa de Atención Médica Integral (P.A.M.I.). 2.- La opción de afiliación del beneficiario en cuestión, cobró vigencia a partir del 1º de junio del año 2012.3.- Mi representada no ha desafiliado al Sr. **Carlos Amador Bermúdez**. A todo evento, su afiliación a la fecha continúa vigente. Asimismo, tampoco negó el mantenimiento de su afiliación. Mi representada le comunicó al beneficiario que al haber obtenido el beneficio jubilatorio su incorporación al PAMI es automática, y que por otra parte mi representada se encuentra vedada para registrar atención de jubilados de actividades que no sean de origen (empleado de farmacia). 4.- Hago saber que mi representada no se apartó en ningún momento de la normativa que regula el derecho a la libre elección de la obra social, dispuesto en las Leyes 19.032, 23.660 y 23.661. Ello así, por cuanto mi representada, en ejercicio regular de su derecho, a partir del año 2009 (Resolución N°3/2009 Superintendencia de Servicios de Salud) no resulta apta para afiliar a beneficiarios jubilados que no sean de la actividad de origen, extremo que no reúne el caso que nos ocupa. Abonando lo dicho, el artículo 9 del Decreto N°508/1998 dispone que "Los jubilados y pensionados sólo podrán elegir entre el INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS (INSSJP) y las Obras Sociales inscriptas en el Registro creado por el artículo 10 del Decreto N° 292 del 14 de agosto de 1995". Por su parte, el mencionado artículo 10 dispone "Créase el REGISTRO DE AGENTES DEL SISTEMA NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD PARA LA ATENCION MEDICA DE JUBILADOS Y PENSIONADOS en el ámbito de la ADMINISTRACION NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD, el que deberá estar en funcionamiento antes del 1º de octubre de 1995. En el Registro de referencia se inscribirán los Agentes del SISTEMA NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD que estén dispuestos a recibir como parte integrante de su población atendida a los jubilados y pensionados, debiendo especificar si recibirán sólo a los jubilados y pensionados de origen o a los provenientes de cualquier Agente del SISTEMA NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD.". 5.- La afiliación del interesado se mantendrá vigente hasta el 1º de marzo del 2022. No obstante ello, atento toda la normativa reseñada en el presente, mi representada no se encuentra autorizada a mantener la afiliación del Sr. **Carlos Amador Bermúdez**, más allá de la fecha señalada en el párrafo anterior. 6.- La misma ha sido incorporada al responder cada uno de los puntos anteriores. Por todo lo expuesto, solicito tenga por contestada la nota recibida, por expuestos los argumentos y datos brindados, y oportunamente se cierre la actuación, por no resultar posible proceder a lo solicitado por el beneficiario...".

Que, previo a continuar con el desarrollo del presente pronunciamiento corresponde detenernos en el análisis de la respuesta brindada por el agente de salud.

Que, en dicho sentido se desprende del responde de OSPF que esa Obra Social no puede mantener en la afiliación a beneficiarios pasivos dado que si bien se encontraba inscripta en el Registro de Agentes del Sistema Nacional de Seguro de Salud para la atención médica de jubilados y pensionados que fuera creado por el Decreto N° 292/95 se encuentra vedada para registrar atención de jubilados de actividades que no sean de origen. Sin embargo, el agente de salud, confunde la esencia y el espíritu de las normas que aquí se encuentran en juego.

Que, sin perjuicio del desarrollo que se hará oportunamente sobre el marco normativo en cuestión, para comprender la situación en la que se encuentra el interesado y el planteo incorrecto que hacen los agentes de salud, es de vital importancia clarificar la diferencia entre el derecho de libre elección de obra social otorgado por el art. 16 de la Ley N° 19.032 y la posibilidad de que los Agentes de Salud se inscriban en un registro especial para tomar jubilados y pensionados que sean o no de la rama de su actividad, del que habla el art. 10 del Decreto N° 292/95.

Que, cómo se ha dicho precedentemente, mientras el art. 16 de la Ley N° 19.032 reconoce el derecho que le asiste a los trabajadores a permanecer en su obra social de origen una vez jubilado, como es el caso que aquí se debate, el art. 10 del Decreto N° 292/95 lo que hace es reconocer la posibilidad de que los agentes de salud se inscriban en un registro especial para tomar jubilados pese a que no sean de su rama de actividad.

Es decir, la gran diferencia que aquí interesa resaltar es que, mientras la Ley N° 19.032 habla del derecho de escoger libremente entre la Obra Social de origen o el PAMI, el Decreto N° 292/95 habla de la posibilidad de que los agentes de salud se puedan inscribir en un registro para tomar a aquellos jubilados que no pertenecían a su rama de actividad.

Que, asimismo, también surge del responde de OSPF que la baja del interesado ha sido automática por medio de la ANSES. Sin embargo, lo que omite decir es que ello se podría haber evitado si se hubiera respetado la libre voluntad del Sr. ██████████ quien manifestó su deseo de continuar con su cobertura de salud y no pasar al PAMI.

Que, en virtud de todo ello, corresponde que esta Defensoría se expida sin más dilación pues se advierte que, además de arbitraria, las conductas de OSPF podrían estar vulnerando el derecho a la libre elección de obra social así como el derecho a la salud y a la seguridad social del interesado.

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 obras sociales y el INSSJ/PAMI.

Que, sobre este punto es dable destacar que en el año 1971 se creó el marco normativo que regula el rol y función del INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS - PAMI, así como de los derechos y obligaciones de los beneficiarios que pueden acceder a este régimen.

Que, en dicho sentido, la Ley N° 19.032 establece en su artículo 16 que -a partir de su vigencia- los jubilados y pensionados obligatoriamente comprendidos en alguna de las obras sociales mencionadas en el art. 1° de la Ley N° 18.610, aportarán únicamente al INSSJP-PAMI, manteniendo sin embargo su afiliación a aquéllas, con todos los derechos y obligaciones que los respectivos estatutos orgánicos y reglamentaciones determinen.

Que, el texto del artículo citado reza textualmente: *“A partir de la vigencia de esta ley, los jubilados y pensionados obligatoriamente comprendidos en cualquiera de las obras sociales mencionadas en el artículo 1° de la ley 18.610, modificado por ley 18.980, aportarán únicamente al Instituto creado por la presente, manteniendo sin embargo su afiliación a aquéllas, con todos los derechos y obligaciones que los respectivos estatutos orgánicos y reglamentaciones determinen. En tal supuesto, se aplicarán los montos o porcentajes de aportes que rijan en esas obras sociales, si fueran mayores que los establecidos en el artículo 8°. En los casos precedentemente aludidos, el Instituto deberá convenir con las respectivas obras sociales los reintegros que correspondan por los servicios que presten a los jubilados y pensionados. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, los jubilados y pensionados podrán optar por incorporarse directamente al presente régimen, en cuyo caso cesarán las obligaciones recíprocas de aquéllos y de las obras sociales a las que se encontraban afiliados.”*

Que, de la lectura de dicho artículo surge de manifiesto que la propia normativa que crea la actividad del INSSJP-PAMI ha previsto la posibilidad de que los jubilados y pensionados puedan elegir mantener su afiliación a la obra social originaria a la que pertenecían o, voluntariamente, optar por incorporarse directamente al régimen de la Ley N° 19.032 (PAMI), en cuyo caso cesarían las obligaciones de las obras sociales a las que se encontraban afiliados hasta ese momento.

Que, unos años más tarde, se sancionó la Ley N° 23.660 que regula la actividad de las Obras Sociales Nacionales, que en su artículo 8°, inciso b), dispone que quedan obligatoriamente incluidos en calidad de beneficiarios de las obras sociales los jubilados y pensionados nacionales (entre otros que no hacen al objeto de la presente resolución).

Que, adicionalmente, la misma Ley en su artículo 20 prevé que *“los aportes a cargo de los beneficiarios (...) serán deducidos de los haberes jubilatorios, de pensión o de prestaciones no contributivas que les corresponda percibir, por los organismos que tengan a su cargo la liquidación de dichas prestaciones, debiendo transferirse a la orden de la respectiva obra social en la forma y plazo que establezca la reglamentación”*. Es decir, que la ANSES debía transferir a la obra social de origen (y no al PAMI) los aportes de aquellos jubilados y pensionados que hubiesen optado por mantener su afiliación original en lugar de adherirse al régimen del INSSJP.

Que, por su parte, el Decreto N° 576/93 reglamentario de la Ley N° 23.660, dispuso en su artículo 8° que las obras sociales están obligadas a admitir la afiliación de cualquier beneficiario de los comprendidos en el artículo pertinente de la norma reglamentada.

Que, en forma complementaria, el Decreto N° 576/93 en su artículo 20 establece que: *“Los Entes liquidadores de los haberes previsionales [ANSES] deberán transferir al Agente del Seguro que corresponda [obras sociales], de los haberes previsionales, los recursos pertenecientes a los beneficiarios de los incisos b) y c) del Artículo 8°, dentro de los quince (15) días corridos posteriores a cada mes vencido.”*

Que, para una mejor comprensión de los presentes actuados resulta conveniente esclarecer qué debe entenderse por jubilado de origen o de la actividad. A tal efecto acude la Resolución Conjunta N° 151/95 MS y AS y N° 364/95 MTSS, que establece los mecanismos de aplicación para la implementación de la libre elección del Agente del Sistema Nacional del Seguro de Salud dispuesta para los jubilados nacionales por el Decreto N° 292/95.

Que, en dicho sentido el artículo 11 de la norma aludida establece que se entenderá con el término “jubilados y pensionados de origen” a aquellos que al momento de obtener el beneficio previsional optaren por continuar con el mismo Agente del Sistema Nacional del Seguro de Salud que se hallaban afiliados en su condición de trabajadores activos. Asimismo, se entenderá por Obra Social de origen a los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud que cuenten entre sus beneficiarios, con los jubilados y pensionados referidos precedentemente.

Que, en los presentes actuados se dan estos dos requisitos para considerar al interesado jubilado de origen, esto es, la intención del Sr. ██████████ de continuar con la obra social pese a obtener su beneficio previsional y, además, ser OSPF el último Agente del Seguro de Salud con que contó mientras estuvo en actividad para efectivizar las prestaciones de salud.

Que la normativa vigente no establece distingo ni reparo entre aquellos afiliados que desarrollan su actividad laboral dentro del sector (en este caso, empleados de farmacia) de aquellos que han seleccionado un prestador de salud en virtud de su actividad dentro del régimen simplificado para pequeños contribuyentes (monotributo) y, mucho menos excluye la figura del monotributista. En este sentido, cabe recordar que “donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir –*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*–” adagio que encuentra su razón de ser en que si el legislador hubiera querido hacer distinciones, lejos de expresarse en términos generales, hubiese hecho las salvedades o excepciones pertinentes.

Que, el Registro de Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud para la Atención Médica de Jubilados y Pensionados, invocado en las respuestas provistas por OSPF, y la posibilidad de que los Agentes de Salud se inscriban en un registro especial para tomar jubilados y pensionados que sean o no de la rama de su actividad, del que habla el art. 10 del Decreto N° 292/95 en nada socavan el derecho de libre elección de obra social consagrado en el arriba mencionado artículo 16 de la Ley N° 19.032

Que lo establecido por el artículo 1° de la Resolución SSS 85/2009 que da de baja a la Obra Social del Personal de Farmacia (RNOS 1-0740) del Registro de Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud para la Atención Médica de Jubilados y Pensionados provenientes de cualquier Agente del Seguro de Salud, tampoco resulta óbice para conculcar el derecho otorgado por el artículo 16 de la Ley 19.032.

Que, en efecto, para comprender la contundencia jurídica de estas afirmaciones resulta conveniente citar, en primer lugar, las normas que regulan la creación y el funcionamiento de dicho registro, para posteriormente revisar la opinión que la jurisprudencia mayoritaria, incluyendo al más alto Tribunal del país, ha volcado en sus sentencias sobre la temática.

Que, en tal sentido, el artículo 10 del Decreto N° 292/95, sustituido por el artículo 12 de su similar N° 492/95, establece: *“Créase el REGISTRO DE AGENTES DEL SISTEMA NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD PARA LA ATENCIÓN MÉDICA DE JUBILADOS Y PENSIONADOS en el ámbito de la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD, el que deberá estar en funcionamiento antes del 1° de octubre de 1995. En el Registro de referencia se inscribirán los Agentes del SISTEMA NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD que estén dispuestos a recibir como parte integrante de su población atendida a los jubilados y pensionados,*

debiendo especificar si recibirán sólo a los jubilados y pensionados de origen o a los provenientes de cualquier Agente del SISTEMA NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD”.

Que, en referencia a tal registro, el artículo 11 del mismo cuerpo legal prescribe que: “Los beneficiarios a que hace referencia el artículo anterior, podrán optar por afiliarse al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados o a cualquier otro agente del Sistema Nacional del Seguro de Salud inscripto en el registro. Los Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud registrados quedarán obligados a recibir a los beneficiarios que opten por ellos, a sus respectivos grupos familiares y adherentes, no pudiendo en ningún caso condicionar su ingreso por patología médica o ninguna otra causa”.

Que, tal como se mencionó anteriormente, el régimen de opción ante el Registro de Agentes del Sistema Nacional del Seguro de Salud para la Atención Médica de Jubilados y Pensionados establecido por el Decreto N° 292/95, y Decreto N°495/95, no modifica en nada el derecho de los beneficiarios de conservar las prestaciones que ya estaban en cabeza de otros agentes del seguro de salud, como ocurre en el presente caso con OSPF, por ser la obra social de origen del denunciante. Tal facultad se encuentra consagrada en una norma con rango de ley formal, la Ley N° 19.032, con imposición jerárquica sobre los decretos más arriba mencionados.

Que el más alto Tribunal de la República Argentina se ha expresado con la misma inteligencia en el caso “Albónico, Guillermo Rodolfo y otro c/ Instituto Obra Social” (A.354.XXXIV) en una sentencia del 8 de mayo de 2001 en donde dijo: *“el principio consagrado en el art. 16 de la ley 19.032 aparece corroborado, además, con el dictado de sucesivas normas legales y reglamentarias destinadas a ampliar y garantizar paulatinamente la libertad de elección de los prestadores médicos por parte de los beneficiarios, lo que enfatiza la necesidad de evitar soluciones que puedan desvirtuar el ejercicio de ese derecho al entrar en pasividad. En tal sentido, cabe mencionar la posibilidad que se ha reconocido a los jubilados y pensionados de optar por la atención sanitaria de entidades que se inscriban en un registro especial previsto para esa finalidad, sin que ello altere la facultad de conservar las prestaciones que ya estaban a cargo de otros agentes del seguro de salud con relación a ese sector (conf. art. 25, ley 23.661; decretos 9/93, 292 y 492/95 - en especial, arts. 14 y 13, respectivamente- y 446/2000; resolución ANSSAL N° 3203/95, entre otras)”.*

Que también resulta importante destacar lo que agregó nuestro Máximo Tribunal en el fallo más arriba aludido al señalar que *“La creación del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados no importó un pase automático de los pasivos a ese organismo, pues el art. 16 de la referida ley 19.032 conservó la afiliación obligatoria a la obra social correspondiente al servicio prestado en actividad y los derechos y deberes derivados de esa relación, a menos que aquéllos optaran por recibir la atención del instituto, supuesto en que quedarían canceladas las obligaciones recíprocas de las obras sociales a las que pertenecían”* y que *“en tanto la decisión de cambiar la cobertura a favor del Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados tenía carácter facultativo y requería una manifestación inequívoca de los afiliados que alcanzaran la jubilación para que cesaran los compromisos contraídos por la obra social originaria, cabe concluir que el art. 16 de la ley 19.032 no autoriza a presumir renuncia tácita del jubilado al servicio de salud que lo amparaba y que la ausencia de constancias acerca de esa opción obsta a tener por válida la transferencia producida sin una expresa voluntad en tal sentido”.*

Que, a mayor abundamiento de opiniones jurisprudenciales, cabe mencionar lo decidido más recientemente por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II, en la Causa N° 7088/2017 caratulada “B., H. J. c/ Obra Social de la Unión del Personal Civil de la Nación. En la misma línea argumental que la CSJN afirmaron los camaristas que para el accionante, *“...la condición de jubilado no implica su traslado al I.N.S.S.J.P., sino que subsiste en la esfera de la autonomía de la voluntad del ex trabajador el derecho de permanecer en la obra social en la cual se encontraba afiliado hasta entonces, en cuyo caso el I.N.S.S.J.P. debía efectuar el reintegro por quienes continuaran en el régimen original, cuestión que debía ser convenida entre ambos entes, sin participación de los afiliados, supuesto previsto en la ley 23.660 y su decreto reglamentario 576/93 (confr. Sala 1, causas 16173/95 del 13. 06.95 y 30317 del 12.10.95; Sala 3, causas 20553/95 del 11.08.95; entre otros)...”.* *“...Si bien la transcripción de textos legales resulta fatigosa, en este caso es necesaria a fin de demostrar que no asiste razón a la demandada cuando sostiene que la opción por una obra social que no sea el I.N.S.S.J.P. sólo fue implementada con el dictado de los decretos 292 y 492, ambos de 1995. En efecto, lo expuesto demuestra que la jubilación del señor B. afiliado a la obra social durante su etapa laboral activa, no significó que el vínculo antedicho debiera finalizar de manera forzosa, sino que*

subsistía en la esfera de la autonomía de su voluntad el derecho a permanecer bajo la cobertura de la accionada, tal como lo ha señalado el magistrado preopinante, y lo ha decidido este Tribunal en la citada causa n° 39.356/95 y en numerosos casos resueltos con posterioridad, habiéndose pronunciado en idéntico sentido tanto las restantes salas de esta Cámara como la Corte Suprema (Fallos: 324:1550; Sala 3, causa 5899/01 del 26.10.04; Sala 1, causa 10.844/05 del 14.3.06, entre muchos otros)...".

Que, con posterioridad, el 5 de noviembre de 2020 la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha vuelto a expedirse sobre la cuestión en los autos "Andrada, Martina c/ OSPAT s/ amparo contra actos de particulares" incorporando más elementos interpretativos en concordancia con el régimen tuitivo de la dignidad de la persona humana en el marco de los derechos humanos fundamentales, tal como el derecho a la salud, haciendo suyos los fundamentos y conclusiones del dictamen del señor Procurador Fiscal al afirmar que: *"...Esta exégesis de la legislación es, además, coherente con el principio de solidaridad que estructura el sistema público de cobertura médico asistencial que integra la obra social demanda (Fallos: 337:966, "O.S. Pers. de la Construcción"). En el caso citado, la Corte Suprema postuló que "en causas vinculadas a la seguridad social, el Tribunal ha interpretado que dicha materia rebasa el cuadro de la justicia conmutativa que regula prestaciones interindividuales sobre la base de una igualdad estricta, para insertarse en el de la justicia social, cuya exigencia fundamental consiste en la obligación, de quienes forman parte de una determinada comunidad, de contribuir al mantenimiento y estabilidad del bien común propio de ella (conf. Fallos: 306:838 y 322:215)" (caso cit., considerando 8°). En el escenario expuesto, entiendo que no puede avalarse una lectura de las normas de la seguridad social aquí referidas, que conduzca a que la persona quede temporalmente sin cobertura médico asistencial cuando cesa la vida laboral y mientras se encuentra en trámite el beneficio jubilatorio, lo que provoca la discontinuidad de los tratamientos que recibe del agente del seguro de salud, así como la pérdida del derecho a mantenerse afiliada a la obra social de origen previsto en el artículo 16 de la ley 19.032 y en el artículo 8, inciso b, de la ley 23.660..."*

Que el argumento de OSPF en cuanto a que el Sr. ██████████ *"optó oportunamente por incorporarse como beneficiario a la O.S.P.F., en su carácter de aportante al régimen simplificado para pequeños contribuyentes (...)* y que, en tal sentido, dicha obra social *"se encuentra vedada para registrar atención de jubilados de actividades que no sean de origen (empleado de farmacia)"* y que *"no resulta apta para afiliar a beneficiarios jubilados que no sean de la actividad de origen"* ya ha sido jurisprudencialmente rebatido, tal como ocurrió, por ejemplo, en los autos Bianco María T. del C. c/ OSECAC s/ amparo contra actos particulares (Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, Sala B, 29/09/2016), en donde se tuvo dicho que *"La recurrente centra sus agravios en que se omitió tomar en consideración que la actora nunca fue empleada de comercio, sino que se trata de una monotributista que, en ese carácter optó por OSECAC, realizando sus aportes por un período de escasos meses, pretendiendo al jubilarse continuar siendo afiliada cuando estatutariamente no le corresponde. Debe desestimarse el agravio, en lo que se cuestiona la calidad de monotributista de la actora y en consecuencia de si por su carácter puede ser afiliada a OSECAC, por cuanto, además de no especificarse las normas del estatuto que excluirían tal situación, la actora ya era afiliada de esa obra social y gozaba de su cobertura, sólo que pasó de estar en actividad a ser beneficiaria pasiva, ejerciendo el derecho a elegir libremente quedarse en ella, puesto que luego de jubilarse y en el marco de la normativa mencionada en el considerando precedente, no se pierde tal condición"*.

Que, por todo lo expuesto, resulta palmariamente contraria a derecho la negativa de OSPF a continuar realizando las prestaciones de salud al Sr. ██████████ al obtener su beneficio jubilatorio estando afiliado a dicha obra social a través del régimen simplificado para pequeños contribuyentes, bajo el argumento de que, dada su nueva condición, la obra social obligatoria era el INSSJP-PAMI.

Que el derecho de opción que le asiste al Sr. ██████████, en virtud de lo manifestado en su presentación en tanto nunca fue su voluntad pertenecer al INSSJP-PAMI sino continuar con la afiliación a su obra social originaria (OSPF) en las mismas condiciones que tenía antes de obtener el beneficio jubilatorio, viene a consolidar los derechos que le asisten por las normas más arriba detalladas como beneficiario del sistema de seguridad social.

Que es también 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 y a la seguridad social 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, también es importante no perder de vista que, además del derecho a la salud, lo que se encuentra en juego es el derecho a la seguridad social que ha sido especialmente receptado en los tratados internacionales de derechos humanos. En particular, la Declaración Universal de Derechos Humanos tiene dicho en su art. 22 que: “...*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social...*” y, en esa línea agrega que es derecho de la persona obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Que, en similar sentido a lo anteriormente señalado se expresa el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cuyo art. 9 establece que: “...*Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social...*”.

Que, como se ha dicho, tampoco debe perderse de vista la especial importancia que adquiere la seguridad social cuando la persona cesa su vida laboral activa pues, es este sistema el que le garantizará al individuo una protección sobre determinados derechos básicos que podrían ser conculcados de no existir una concepción amplia como la receptada hoy día.

Que, sobre este punto es de especial importancia el alcance dado por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre cuyo art. XVI dice: “...*Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia...*”.

Que, en ese orden de ideas no debe pasarse por alto la especial condición de vulnerabilidad en la que se encuentra el interesado por tratarse de una persona adulta mayor que ha cesado en su vida laboral activa y que, en dicha circunstancia, ha requerido que esta INDH tutele los derechos que considera han sido vulnerados por los agentes de salud a los cuales históricamente derivó sus aportes.

Que, sobre la condición de persona adulta mayor corresponde hacer referencia a la Convención Interamericana sobre Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, incorporada al ordenamiento jurídico interno de nuestro país a través de la Ley N° 27.360.

Que, dicho instrumento define que persona mayor es aquella persona de 60 años o más y, por tal motivo y dado que el Sr. ██████████ es una persona que supera dicha edad, automáticamente se constituye en titular de los derechos que esta Convención reconoce y que encuentran sustento en los principios de igualdad, no discriminación, bienestar, cuidado, seguridad física, económica y social, solidaridad, buen trato y atención preferencial, entre otros.

Que, entre los derechos consagrados por la Convención merece especial mención el derecho a la salud, receptado en el art. 19, mediante el cual se establece que la persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación y que se debe proveer una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social, garantizando el acceso a beneficios y servicios de salud asequibles y de calidad, entre muchas otras medidas tuitivas de este

colectivo especialmente vulnerable.

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 del Personal de Farmacia -OSPF- que proceda a reafiliar al Sr. **[REDACTED]** en las condiciones que se encontraban vigentes al momento de obtener su beneficio jubilatorio, con derivación de aportes provenientes de la seguridad social.

ARTÍCULO 2º: Poner en conocimiento de la presente Resolución al Sr. Superintendente de Servicios de Salud para que proceda a realizar la investigación sumaria que en su caso corresponda.

ARTÍCULO 3º: Las recomendaciones que la presente Resolución contiene deberán responderse dentro del plazo de QUINCE (15) días hábiles desde su recepción.

ARTÍCULO 4º: Regístrese, notifíquese en los términos del artículo 28 de la Ley N° 24.284 y resérvese.

RESOLUCIÓN N° 00027/22.