



## Defensoría del Pueblo de la Nación

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

### Resolución

**Número:**

**Referencia:** RESOLUCIÓN N° 00102/21 - ACTUACIÓN N° 15090/21 - [REDACTED] en representación de su hijo menor, C., G. - s/presunto incumplimiento de la Ley N° 26.682 - OSDE - EX-2021-00017662- -DPN-RNA#DPN.

---

VISTO la actuación N° 15090/21, caratulada: “[REDACTED] en representación de su hijo menor, C., G. sobre presunto incumplimiento de la Ley N° 26.682”; y

CONSIDERANDO:

Que, en fecha 5 de noviembre de 2021 se presenta el Sr. [REDACTED], DNI: [REDACTED] en representación de su hijo menor C., G., quien recurre a esta INDH para denunciar a OSDE en su doble carácter de obra social y empresa de medicina prepaga, por haberlos desafiliado al negarse a abonar un valor de cuota diferencial en concepto de supuestas enfermedades preexistentes.

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 abril de 2019 y, a la vez, usuario del plan superador 210.

Que, en septiembre del corriente año el Sr. [REDACTED] solicitó la incorporación de su grupo familiar primario, compuesto por su conviviente [REDACTED], DNI: [REDACTED], y sus dos hijos: [REDACTED], DNI. [REDACTED], de 3 años de edad y [REDACTED], DNI. [REDACTED] de 8 años.

Que, en virtud de ello, el 16/09/2021 suscribió la Declaración Jurada y negó que Gael Corbalán padeciera 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, según indica en su denuncia, a los pocos días de la firma del contrato [REDACTED] fue diagnosticado con Trastorno del Espectro Autista (TEA) con nivel de gravedad grado 2. Así, surge del informe diagnóstico emitido por el Equipo Interdisciplinario de la Dirección Provincial TEA del Hospital Interzonal General de Agudos Eva Perón donde se explica que Gael tiene “necesidad de apoyo notable” en las “áreas de comunicación e interacción social” así como en las “áreas de intereses restringidos y conductas repetitivas”.

Que, a raíz de ello y con el propósito de lograr mayor autonomía y desarrollo de sus capacidades, en octubre de 2021 la Dra. [REDACTED] M.N. [REDACTED], médica de niños y adolescentes, solicitó autorización a OSDE para la realización de tratamiento psicológico individual de preferencia cognitiva conductual, terapia ocupacional y de estimulación para el desarrollo, y fonoaudiología con orientación neurolingüística, todo con una periodicidad de dos veces por semana.

Que, en respuesta a dicho pedido, el Sr. [REDACTED] recibió el 21/10/2021 una Carta Documento de OSDE por la cual le informaban que: *“del análisis comparativo que realizó nuestra gerencia médica de prestaciones entre la declaración jurada de su estado de salud, efectuada al solicitar la incorporación a OSDE y los datos que poseemos acerca del real y verdadero estado de salud del citado beneficiario [REDACTED], advertimos una sustancial diferencia que nos lleva a la creencia que ha existido de su parte una voluntaria actitud de reticencia y ocultamiento de esa verdadera situación de salud (...) teniendo en cuenta que la ley 26.682 y su reglamentación autorizan valores diferenciales para las preexistencias de carácter temporario, crónico y de alto costo, procederemos a determinar el valor diferencial y su período de aplicación. Dicho valor le será informado a la brevedad a su casilla de correo electrónico denunciado. De no prestar conformidad con el valor diferencial establecido tendremos que rescindir el contrato que nos vincula con el mencionado titular respecto del plan superador de cobertura OSDE-210, quedando limitada la cobertura por parte de esta Organización a las prestaciones previstas en el Programa Médico Obligatorio (PMO)...”.*

Que, en efecto, el 28/10/2021 OSDE envió al Sr. [REDACTED] un correo electrónico intimándolo en los siguientes términos: *“En virtud de lo dispuesto por el Decreto 297/2020 de Aislamiento Preventivo Social y Obligatorio, nos dirigimos a Usted por este medio en relación a los antecedentes aportados, al plan médico elegido y a la composición del grupo familiar por Ud. Informado, la cuota diferencial mensual a abonar, considerada al mes de octubre de 2021, es la que surge de la liquidación que obra en la presente.- El valor de 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 y se verá afectado ante solicitudes de cambio del plan médico. De acuerdo con la ley 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. En el caso de aceptar esta propuesta le solicitamos. dentro del plazo de 5 días remitir por este mismo medio comunicación de su parte informando que acepta la misma con transcripción exacta (copiar y pegar) del valor informado más abajo. En caso de no recibir comunicación alguna dentro del mismo plazo consideraremos que ha rechazado nuestra propuesta y se procederá a rescindir el contrato, sirviendo la presente de suficiente notificación. Liquidación: Plan Médico: Binario 2-210 Matrimonio Joven \$ 22.188,00.- 1º Hijo \$ 4.912,00.- 2º Hijo \$ 2.220,00.- Preexistencia Hijo \$ 102.992,00.- Total \$ 132.312,00.- (...) Preexistencia Hijo: durante toda la vigencia de la relación con OSDE...”*

Que, frente a las exorbitantes exigencias económicas impuestas por la prepaga, el interesado se vio imposibilitado de poder cumplir con dichos pagos y, en consecuencia, quedó desafiliado de la cobertura junto con su grupo familiar, bajo el argumento de haber falseado la Declaración Jurada oportunamente firmada.

Que, ante el panorama descrito y la necesidad de que su hijo menor comience las terapias de rehabilitación de manera inmediata, el Sr. [REDACTED] 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 interesado y luego de analizar la documentación aportada, esta Defensoría envió un pedido de informes a OSDE el pasado 18/11/21 a través de la Nota NO-2021-00018240-DPN-SECGRAL#DPN, solicitando que informara concretamente el tipo de afiliación requerida por el interesado (directo, convenio u obligatorio), cuál había sido el falseamiento en su Declaración Jurada y, además, que acompañara copia del instrumento oportunamente suscripto. Adicionalmente, se solicitó que acompañara la autorización de la Superintendencia de Servicios de Salud para el cobro del valor diferencial de cuota por enfermedades preexistentes.

Que, a raíz de ello, el día 24/11/2021 esta INDH recibió la respuesta de la prepaga quien informó que el Sr. [REDACTED] es afiliado: *“en forma obligatoria en un plan superador de cobertura del PMO OSDE 2-210.”.*

Que, adicionalmente, explicó que la incongruencia detectada en la Declaración Jurada era el diagnóstico de TEA del menor Gael Corbalán, diciendo: *“El Sr. [REDACTED] al solicitar en fecha 16/09/2021 la incorporación de su grupo familiar a este Agente de Seguro de Salud, suscribió una declaración jurada de salud en la cual ninguna manifestación efectuó respecto de los antecedentes médicos del menor [REDACTED] quien, según la documentación adjuntada por el propio reclamante, posee el diagnóstico ut supra mencionado, la que claramente era de su pleno conocimiento de acuerdo al resumen de historia clínico presentado. El informe de Ev. ADOS 20/09/2021 refiere; Sedestación entre los 9 a 12 meses, Primeros Pasos entre los 15 a 18 meses.*

*Aún no controla esfínteres. Aún no produce palabras ni frases con sentido comunicativo.... es posible concluir por confluencia de datos históricos y actuales, y a través de las diversas fuentes de evaluación, las pruebas correspondientes, la observación clínica y las entrevistas con los padres, la presencia de sintomatología que corresponde al Trastorno del espectro Autista (TEA) [299.00 (F84.0)] según el DSM 5, indicando un nivel de gravedad de GRADO 2, correspondiendo a una "necesidad de apoyo notable" en las áreas de comunicación e interacción social; y un nivel de gravedad de GRADO 2 correspondiendo a una "necesidad de apoyo notable" en las áreas de Intereses restringidos y conductas repetitivas. Este informe fue realizado en una institución pública a 5 días de haber firmado la DDJJ sin ninguna patología declarada."*

Que, en virtud de la supuesta incongruencia detectada, OSDE informó que el valor de cuota que el grupo familiar del interesado debía abonar en concepto de enfermedades preexistentes, ascendía a un valor diferencial de \$102.992 durante toda la vigencia de la relación con la prepaga, es decir, valor que debía adicionarse al costo del plan superador. indicó, 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, la prepaga acompañó la siguiente documentación: 1) Declaración jurada de salud y formulario de afiliación suscripto por el interesado; 2) Resumen de historia clínica; 3) Informe de Evaluación de Gael Corbalán; 4) Órdenes médicas.

Que, en virtud de todo ello y frente a un supuesto de vulneración del derecho de acceso a la salud de una persona menor de edad con discapacidad, corresponde que esta Defensoría se expida sin más dilación pues se advierte que, además de arbitraria, la conducta de la prepaga podría provocar serias consecuencias en el desarrollo y la rehabilitación de una persona que requiere especial tutela por su grado de vulnerabilidad.

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 tiene 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 y de las obras sociales nacionales.

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 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, del Informe de Evaluación realizado por el Equipo Interdisciplinario de la Dirección Provincial TEA del

Hospital Interzonal General de Agudos Eva Perón surge que ■■■■, de 3 años de edad, presentaba algunas características tales como: falta de control de esfínteres, falta de frases con sentido comunicativo y primeros pasos entre los 15-18 meses; y que fue recién a partir de dicha evaluación integral que obtuvo un diagnóstico específico.

Que, el diagnóstico de Trastorno del Espectro Autista (TEA) fue tomado por OSDE como enfermedad preexistente no informada en la Declaración Jurada. Sin embargo, merece ponerse de resalto que dicho diagnóstico fue proporcionado en fecha 20/09/2021, mientras que la Declaración Jurada para ingresar a la cobertura de la prepaga fue firmada en fecha 16/09/2021, es decir, CUATRO (4) días antes de recibir el informe del médico pediatría. De allí que, mal podría haber conocido el Sr. ■■■■ el diagnóstico de su hijo con anterioridad a la suscripción del formulario de afiliación.

Que, aclarado que el interesado no tuvo forma de conocer el diagnóstico del menor con anterioridad a su afiliación a la prepaga, corresponde analizar si omitió informar que presentaba la sintomatología anteriormente descrita.

Que, de la lectura del formulario de afiliación acompañado por OSDE se desprende que el cuestionario no pregunta acerca del desarrollo evolutivo del menor, sino simplemente se limita a preguntar si se tiene planeado realizar algún tratamiento, práctica o intervención en los próximos 6 meses (cosa que el Sr. ■■■■ 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 el menor se realizara estudios complementarios como condición para su admisión. Sin embargo, ello no ocurrió y es por ello que ahora no podrá alegar su propia torpeza en desmedro de los derechos del interesado y su grupo familiar primario.

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 la evaluación interdisciplinaria del menor, no revestían una gravedad tal que una persona sin conocimiento en medicina pudiese razonablemente prever como diagnóstico de TEA. 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 ha disuelto unilateralmente el vínculo comercial de todo el grupo familiar.

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 9º de la Ley N° 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 N° 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 N° 1993/11 explica textualmente: "*...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, de forma adicional a todo lo expuesto hasta el momento, es de vital importancia recordar que el interesado y su grupo familiar resultan ser beneficiarios obligatorios de OSDE y usuarios de un plan superador que es abonado parcialmente con los aportes y contribuciones derivados de la seguridad social.

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, en base a eso, surge de manifiesto que, aún en caso de tratarse de una enfermedad preexistente, por resultar el Sr. [REDACTED] y su grupo familiar beneficiarios obligatorios 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 así como la desafiliación unilateral que OSDE ha efectuado respecto del grupo familiar del Sr. [REDACTED] son actos ilegítimos, arbitrarios y contrarios a la normativa que regula su ejercicio.

Que, sin perjuicio de todo ello y al margen de no aplicarse a la presente actuación, 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 la autorización de 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 beneficiario del Sr. [REDACTED]"*

Que, a partir de esa respuesta y ante la falta de presentación de la autorización del organismo de control, se desprende que el valor adicional de cuota que OSDE pretendió cobrarle al Sr. [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 que se encuentra prohibida por la normativa que regula su actividad, sino que se trata de una enfermedad (TEA) que no era preexistente.

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 N° 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 N° 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 N° 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, 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/ 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 los 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 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, 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 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 -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 y de su grupo familiar compuesto por su esposa y dos niños menores de edad.

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 ciudadanos 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 del ordenamiento jurídico.

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 art. 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 art. 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, merece ponerse de resalto, además, 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 CN., 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 art. 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”, 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, el presente caso involucra la salud y calidad de vida de un niño con discapacidad, de allí que se vuelve indispensable recurrir a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que fue



adoptada por nuestro país a través de la Ley N° 26.378. De allí se desprende, en su artículo primero, el propósito de este tratado internacional de derechos humanos: *“...promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente...”*. Destacando, además, que cuando se refiere a personas con discapacidad incluye a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales.

Que, seguidamente, en su artículo segundo, refiere que debe entenderse por “discriminación por motivos de discapacidad” a *“cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos...”*.

Que, conforme surge de su artículo cuarto, como integrante de uno poderes del Estado, esta INDH debe velar por garantizar que las personas, y en especial un menor de edad con discapacidad, tengan garantizado el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales.

Que, para ello, se vuelve primordial que los poderes del Estado adopten las medidas pertinentes que tornen efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención, y para que ninguna persona, organización o empresa privada realice actos discriminatorios por motivos de discapacidad.

Que, finalmente, la Convención bajo análisis trae a consideración dos supuestos de especial trascendencia para el presente caso. Por un lado su artículo 7º refiere que: *“...en todas las actividades relacionadas con los niños y las niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño...”*. Por el otro, en su artículo 25, referido específicamente a la salud, establece que: *“...las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad (...) En particular, los Estados Partes: b) Proporcionarán los servicios de salud que necesiten las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas (...) e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable; f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud por motivos de discapacidad...”*.

Que, de su lectura se evidencia que OSDE ha incurrido en una serie de violaciones a la convención anteriormente referenciada, quedando expuesta la actitud discriminatoria que ha tenido la empresa en su carácter de prestatario privado de servicios de salud al negarle atención de salud a un niño con discapacidad, bajo argumentos falaces que esconden el verdadero propósito de maximizar sus ganancias, excluyendo de la cobertura a un afiliado considerado “costoso” por sus afecciones de salud.

Que, ello no puede ni debe ser permitido por esta INDH, ya que nuestro Estado ha adoptado en el derecho interno la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y ha legislado en consecuencia, prohibiendo y castigando los actos en los que ha incurrido la prepaga.

Que, adicionalmente, en el presente caso se vuelve necesario destacar lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño, instrumento que por excelencia recepta y reconoce los derechos de este segmento de la sociedad.

Que, habiendo suscrito y ratificado la Convención anteriormente mencionada, el Estado argentino asumió el compromiso de ofrecer condiciones para el ejercicio pleno de todos los derechos a todos los niños y las niñas. Especialmente nuestro país se ha comprometido a garantizarle a toda niña y niño el *“...disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”* (art. 24.1.).

Que, asimismo y para cumplir con los compromisos asumidos, se sancionaron leyes nacionales y provinciales y se encargó a distintos organismos el establecimiento de sistemas integrales de protección en la escala nacional, en las provincias y en ámbitos locales.

Que, el derecho a la salud en la población infantil y adolescente de la República Argentina tiene como principal marco normativo la Convención sobre los Derechos del Niño y en cumplimiento de las obligaciones derivadas de ella, en el año 2005 se sancionó la Ley Nº 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, estableciendo su condición de sujetos de derecho así como el derecho a la salud integral -Decreto Nº 415/2006-.

Que, en el sentido señalado, el art. 14 de dicho cuerpo normativo establece el derecho a la salud como uno de los derechos primordiales y fundamentales de toda niña, niño y adolescente, y es por ello que los organismos del Estado deben garantizar: *“...la atención integral de su salud, a recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades a los servicios y acciones de prevención, promoción, información, protección, diagnóstico precoz, tratamiento oportuno y recuperación de la salud...”*.

Que, si bien como se ha señalado precedentemente, Argentina ha avanzado de manera significativa en la ampliación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes reconociéndolos como sujetos de derecho pleno, con situaciones como las descritas en la presente actuación se evidencia que este segmento de la población todavía experimenta brechas entre el derecho formal y su ejercicio efectivo hecho, este último, que no puede ser pasado por alto por esta INDH.

Que, es allí, entonces, donde el Estado debe tener una presencia permanente pues este segmento social que carece de recursos económicos suficientes, suele estar caracterizado, además, por la falta de información y falta de acceso a la justicia frente a la vulneración de sus derechos fundamentales.

Que, las niñas y niños que crecen en un contexto de privaciones materiales, espirituales, emocionales y sanitarias, entre otras, necesarios para sobrevivir, desarrollarse y prosperar, impide, a su vez, que puedan disfrutar de sus derechos y alcanzar su máximo potencial o participar como miembros plenos y en pie de igualdad de la sociedad, hecho que debe ser motivo de señalamiento por parte de esta INDH en cada oportunidad que ello ocurra para que sea revertido de manera inmediata y para que en lo sucesivo no sea repetido en situaciones análogas.

Que, las y los menores, máxime en circunstancias en que se encuentra comprometida su salud y su normal desarrollo, además de la especial atención que requieren de quienes están directamente obligados a su cuidado, necesitan también de la protección y tutela de la Defensoría del Pueblo de la Nación, más si se tiene en cuenta la consideración primordial del interés superior de la niña y del niño que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad nacional en los asuntos concernientes a ellos.

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, la Argentina ha adherido al cumplimiento de las metas propuestas en la Declaración del Milenio así como también a los Objetivos de Desarrollo Sostenible - Agenda 2030.

Que, a fin de colaborar con la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y con las propias autoridades públicas de nuestro país, el Defensor del Pueblo de la República Argentina, en su calidad de INDH, implementa desde el 30 de diciembre de 2015, el “Programa de Seguimiento y Evaluación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Agenda 2030”.

Que, en el marco de un enfoque multidimensional para la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible: se ha señalado que los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) dan forma concreta al desafío de transitar desde un enfoque basado en el crecimiento económico y el ingreso hacia un enfoque integral que incluya las múltiples dimensiones que influyen en el progreso de las personas.

Que, esta Agenda se construyó sobre tres pilares; la universalidad, es decir que se proponen objetivos y metas idénticos para todos los gobiernos y actores; la integración, que supone las dimensiones sociales, económicas y ambientales a lo largo de la Agenda y la tercera que nadie quede atrás, ningún objetivo será

logrado a menos que se cumpla para todas las personas.

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, proceda a reafiliar al Sr. ██████████, DNI: ██████████, y su grupo familiar primario compuesto por su conviviente ██████████, DNI: ██████████, y sus dos hijos ██████████, DNI: ██████████ y ██████████, DNI: ██████████ en las mismas condiciones que detentaban hasta el mes de septiembre de 2021.

ARTÍCULO 2º: RECOMENDAR a la Obra Social y Empresa de Medicina Prepaga OSDE que deje sin efecto la pretensión de cobro de un valor de cuota adicional en concepto de enfermedades preexistentes al Sr. ██████████, DNI: ██████████ y su grupo familiar.

ARTÍCULO 3º: RECOMENDAR a la Obra Social y Empresa de Medicina Prepaga OSDE que autorice la cobertura integral (100%) del tratamiento psicológico individual de preferencia cognitiva conductual, terapia ocupacional y de estimulación para el desarrollo, y fonoaudiología con orientación neurolingüística, que requiere el menor ██████████, DNI: ██████████, con una periodicidad de dos veces por semana, como fuera prescripto por la médica tratante.

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 10 (DIEZ) 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° 00102/21.

