



Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 30 de Agosto de 2022.-

VISTO:

El trámite n° **20736/21**, iniciado por quien solicitó que la empresa de medicina prepaga "Organización de Servicios Directos Empresarios" (OSDE), autorice la cobertura integral al 100% para la medicación que tiene indicada por su médica tratante.

Y CONSIDERANDO QUE:

I.- Hechos

En su presentación ante esta Defensoría del Pueblo, la señora Rimer manifestó ser afiliada a la OSDE, bajo el n° 60 367115 1 01, y padecer una patología denominada "*Migraña crónica. Cefalea secundaria a exceso de medicación antimigrañosa*", que resultó ser refractaria a tratamientos previos por lo cual la médica especialista en Neurología le prescribió el principio activo medicinal inscripto en el Registro de Especialidades Medicinales (REM) de la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT) con los nombres genéricos y comerciales de ERENUMAB/AIMOVIG -no reconocido por la OSDE-; por lo que reclamó la cobertura correspondiente a su patología crónica, la cual viene siendo afrontada con recursos propios (fs. 1/10).

Cabe aclarar que la vecina acompañó a su requerimiento copia de la documentación relativa al reclamo, entre la que se destaca un resumen de historia clínica donde consta la evolución de la enfermedad con antecedentes "*... desde muy joven cefalea en hemicraneas a predominio derecho, náuseas, foto y fonofobia, aumenta intensidad con movimiento. Duración hasta 72 hs...*". Además, se indica que la paciente "*... Realizó múltiples tratamientos preventivos: propranolol inicialmente, amitriptilina. Topiramato en el 2016 2019 realizó tto con Botox 3 aplicaciones con Dr. Bruera SIN respuesta Actualmente en tto con topiramato 100 mg /día . 2020 el Dr. Doctorovich le indicó tratamiento con Erenumab 140 mg con muy buena respuesta, entre diciembre 2019 a septiembre 2020. De 18 días por mes de migraña disminuyó a 1 por semana. En los siguientes meses, evoluciona con 3 o 4 episodios de 3 días de duración con respuesta a sumatriptan. Sin beneficio con AINES (...)* Por lo cual



requirió por 15 días tratamiento con corticoides, dexameral 4, al intentar suspenderlos reaparece el dolor, motivo por el cual me consultó. Requiriendo sumatriptan a diario con respuesta limitada. Refiriendo cefaleas intensas, que le interrumpen el sueño y comprometen su funcionamiento normal. En ese momento se encontraba bajo tratamiento preventivo con topiramato 100 mg. La paciente es psicopedagoga trabaja como directora de Colegio. Refiere que cuando está con las crisis de migraña se le dificulta realizar sus actividades (...) Por el franco empeoramiento en frecuencia e intensidad de las migrañas, además de la disminución de respuesta al tratamiento agudo en Junio reinicia tratamiento con Erenumab 140 mg , subcutáneos por mes. Luego de iniciar el tratamiento con Erenumab 140 mg evoluciona con disminución de los días de migraña. En julio tiene hasta 5 días seguidos sin migraña. Septiembre y octubre: por calendario se registran: entre 14 [días] por mes de migraña con necesidad de sumatriptan en la mayoría de ellos. Registrando una disminución de frecuencia de días de migraña del 50%. Las migrañas ya no interrumpen el sueño, ni limitan su actividad. Logra mejor respuesta al tratamiento agudo. Se indica sostener el tratamiento con Erenumab hasta cumplir 12 meses y re-evaluar...” (fs. 7/8).

Al respecto, vale decir que esta especialidad medicinal se encuentra inscripta en el REM de la ANMAT de nombre comercial AIMOVIG y nombre genérico ERENUMAB. Constan en el prospecto las indicaciones terapéuticas de Aimovig, que está indicado para el tratamiento profiláctico de la migraña en adultos. Se entiende por profiláctico la reducción de la frecuencia y el impacto de la migraña.

En virtud de la problemática planteada, desde este Órgano Constitucional se remitió un oficio a la OSDE a fin de poner en conocimiento la respectiva queja, y por el cual se solicitó arbitrar “... lo necesario para que se brinde cobertura del medicamento requerido (Erenumab) y se suministre la respuesta del caso...” (fs. 11/15).

En contestación, la OSDE informó que la señora Rimer “... en su condición de beneficiaria de esta Obra Social, tiene garantizada la cobertura prevista en la Res. 201/02MS, sus modificatorias, complementarias y concordantes en la extensión y hasta los límites allí establecidos y la superadora del plan contratado.- Ello así, y tal cual ya le fuera informado, la Res. 310/04 MS no contempla la cobertura del medicamento AIMOVIG, circunstancia por la



cual se encuentra excluido de la cobertura que brinda OSDE a través de sus planes Binarios. - Asimismo resulta apropiado mencionar que, de modo expreso, la cartilla médica del plan al cual la misma posee señala que se encuentra totalmente excluida de reintegro toda prestación no cubierta por OSDE.- Por otra parte y de acuerdo a la evaluación de la Asesoría Médica cabe agregar que la evidencia que pone de manifiesto la efectividad del tratamiento con Erenumab en pacientes con migraña es de baja calidad. En estos pacientes el efecto sobre la calidad de vida fue inconsistente frente a placebos. El beneficio no se observó en el cuestionario de evaluación de la discapacidad de la migraña modificado (MIDASM, su sigla del inglés Modified Migraine Disability Assessment Questionnaire) ni se identificó evidencia que compare Erenumab con otras opciones terapéuticas activas para prevención de migraña (beta bloqueantes, antidepresivos, anticonvulsivantes, bloqueadores del canal de calcio y toxina botulínica). Un informe preliminar del Instituto Nacional de Salud y Excelencia en el Cuidado de Reino Unido (NICE, su sigla del inglés National Institute for Health and Clinical Excellence) también concluyó que Erenumab no es costo-efectivo para el tratamiento de prevención de migraña. [Fuente: Erenumab en prevención de migraña, Documento de evaluación de Tecnología Sanitaria, Evaluación de Tecnologías Sanitarias número 721, Buenos Aires 06/2019. Disponible en iecs.org.ar]...” (fs. 17/18).

A instancia de esta Defensoría del Pueblo, la médica tratante de la denunciante, especialista en Neurología, elaboró un circunstanciado resumen de historia clínica actualizado, mediante el cual informó que: “... Ha concurrido en repetidas oportunidades a la guardia por migrañas, para recibir tratamiento y aliviar los síntomas. Dolor en hemicránea de intensidad severa, aumenta con el movimiento. Se acompaña de náuseas. Fotofobia y fotofobia. Ha realizado múltiples esquemas de tratamiento preventivos con propanolol, amitriptilina, flunarizina según refiere con escasa respuesta y en algunos casos mala tolerancia. También ha recibido topiramato tratamiento con el cual se encuentra hasta la actualidad. En 2019 recibió tratamiento con toxina botulínica, indicado por otro profesional, sin mejoría en la frecuencia de las migrañas. Evoluciona con **frecuencia de 20 días** por mes de migraña requiriendo medicación analgésica y antimigrañosa para aliviar las crisis por lo cual otro profesional le indica tratamiento con Erenumab en el 2020. Bajo tratamiento con Erenumab 140 mg inyectables por mes lograr disminuir la frecuencia de las migrañas a 1 día por semana, obteniendo 80% de disminución en la frecuencia y más de 50% en la intensidad de las [crisis]. Realiza el tratamiento con Erenumab por 9 meses, hasta septiembre 2020, con muy buena evolución. Inicio del 2021, aumenta la frecuencia y la intensidad de las crisis de migraña, requiriendo sumatriptan 3 o 4 días por semana. Evoluciona con migrañas aún más



*severas y de 72 hs de duración, sin mejoría con sumatriptan por lo cual se le indicó tratamiento con corticoides con respuesta parcial y temporal. En ese tiempo y hasta la actualidad en tratamiento con topiramato 100 mg / día. Se indica en Mayo del 2021 reiniciar tratamiento con Erenumab 140 mg / mes evolucionando muy favorablemente. Actualmente **con 8 días de migraña por mes** con buen control con la medicación sintomática. La evolución de la paciente evidencia una respuesta a Erenumab con disminución del más del 50 % de los días migraña. Desde el inicio del tratamiento con erenumab no ha requerido concurrir a guardia por la migraña, actualmente puede desarrollar todas sus actividades sin estar limitada por las crisis de migraña. Se indica continuar bajo tratamiento con Erenumab 140 mg ya que la evolución de esta paciente evidencia un beneficio significativo en la disminución de los días de migraña, de la intensidad y del impacto en la funcionalidad que previamente no había logrado con los tratamientos preventivos vía oral de primera línea realizados (...) El tratamiento indicado se basa en la aplicación tanto de las guías Europeas y Americanas como en el Consenso Argentino para la utilización de anticuerpos monoclonales contra la vía de CGRP (Publicado en Revista Neurología. 2020 Feb 16; 70 (4): 149-158. doi: 10.33588/rn.7004.201939), en el tratamiento preventivo de migraña” (fs. 30/64).*

Al respecto, desde este Órgano Constitucional se cursó un nuevo oficio a la OSDE, al mismo tiempo que se puso en conocimiento a la Superintendencia de Servicios de Salud (fs. 65/75).

En su respuesta, la mencionada empresa de medicina prepaga ratificó lo informado en la misiva anterior, es decir que volvió a rechazar la autorización de cobertura de la medicación reclamada, a pesar de contar con la posibilidad de aplicar el mecanismo de excepción establecido en la normativa vigente (fs. 77).

II.- Análisis del caso

a) El Derecho a la Salud

La Organización Mundial de la Salud (OMS) en su Constitución ha definido a la salud como un estado completo de bienestar físico, mental y social, y no solamente a la ausencia de afecciones o enfermedades^[1].



Se considera que el derecho a la salud constituye un presupuesto esencial del derecho a la vida. Éste ha sido reconocido, en el ámbito nacional e internacional, como un derecho humano, inherente a la dignidad humana.

Este derecho se encuentra ampliamente protegido por la normativa, amparado en la Carta Magna, así como por los diversos instrumentos internacionales sobre los derechos humanos con jerarquía constitucional conforme lo dispuesto en el inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional.

Cabe mencionar la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en el inc. 1) de su art. 25, establece el derecho de toda persona a un nivel de vida que le permita gozar de salud y bienestar que incluyan, entre otras cosas, la asistencia médica. A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estipula el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (art. 12).

El marco constitucional local, por su parte, recepta categóricamente la normativa internacional. Así, el art. 20 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, determina un concepto omnicomprensivo de salud, y se lo vincula directamente con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente.

En términos similares, la Ley Básica de Salud n° 153^[2] (según texto consolidado por Ley n° 6347^[3]) -cuyas disposiciones rigen en el territorio de esta Ciudad- establece en el inc. a) del art. 3º, que la garantía del derecho a la salud integral se sustenta, entre otros, en el principio de la concepción integral de la salud, vinculada con la satisfacción de necesidades de alimentación, vivienda, trabajo, educación, vestido, cultura y ambiente.



Las prácticas, procedimientos y medicamentos que las Obras Sociales enmarcadas en las Leyes Nacionales nros. 23.660^[4] y 23.661^[5] -y sus modificatorias- deben insoslayablemente cumplir, así como las empresas de medicina prepaga de acuerdo con lo establecido por la Ley Nacional n° 26.682^[6] -y modificatorias-, constituyen el Programa Médico Obligatorio (PMO) vigente publicado por Resolución n° 1.991/2005^[7] del Ministerio de Salud de la Nación, refrendado por su similar n° 1.714/2007^[8] del mismo Ministerio junto con las previsiones de la Resolución n° 201/2002^[9], incluidas modificatorias y complementarias.

En este caso se hace necesario recordar que el PMO fue concebido como un régimen mínimo de prestaciones; una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que obras sociales y empresas de medicina prepaga deben garantizar a sus beneficiarios/as, funciona como un piso básico y mutable de prestaciones, que debe nutrirse de nuevas tecnologías con un fin integral superador al mero costo económico de la prestación médico asistencial.

Ello es así, por cuanto el Anexo II de la aludida Resolución n° 201/2002 establece en su “Catálogo de Prestaciones” que: *“Los Agentes del Seguro de Salud garantizarán a través de sus prestadores propios o contratados la cobertura y acceso a todas las prestaciones incluidas en el presente catálogo. Las prácticas consideradas de alto costo, necesarias para el diagnóstico y tratamiento de patologías de baja incidencia y alto impacto económico y social, han sido normatizadas para asegurar el correcto uso de la tecnología y establecer los alcances de su cobertura evitando la inadecuada utilización de dichas prácticas. El Agente del Seguro de Salud podrá ampliar los límites de cobertura de acuerdo a necesidades individuales de sus beneficiarios...”*.

Este Órgano Constitucional, reconoce que el fármaco reclamado no se encuentra contemplado en el PMO vigente; sin embargo, se contempla el mecanismo de la “vía de excepción” y que los/as Agentes del Seguro de Salud podrán ampliar los límites de cobertura de acuerdo a necesidades individuales de sus beneficiarios/as y de la medicina basada en la evidencia científica.



En este sentido la Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II ha resuelto en autos A., L. F. (en representación de su hijo menor) c. OSDE s/ Amparo Ley 16.986, que: *“... debe tenerse en cuenta que el PMO no constituye una limitación para los agentes de seguro de salud, sino que consiste en una enumeración no taxativa de la cobertura mínima que los beneficiarios están en condiciones de exigir a las obras sociales y el mismo contiene un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto (...) resulta inaceptable que las obras sociales y empresas de medicina prepaga no proporcionen a sus afiliados las prestaciones - aunque más onerosas- que su salud requiera, invocando como pretexto que todavía no fueron incorporadas al vademécum o que no están incluidas en el PMO...”*.

Se desprende del bloque normativo vigente que el derecho a la salud es un derecho humano, por lo tanto es universal, absoluto, innegociable, inalienable y políticamente positivo, y comprende una visión integral de lo que el bienestar físico y mental implica.

b) Los derechos de la vecina en el marco de una relación de consumo

En atención a la problemática del presente trámite, resulta necesario efectuar un somero análisis del marco normativo que tutela los derechos de los/as consumidores/as y usuarios/as.

Como es sabido, los derechos de los/as usuarios/as y consumidores/as son derechos fundamentales, toda vez que han sido expresamente reconocidos en la Constitución Nacional, cuyo art. 42 reza: *“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno...”*. Con idéntico sentido tuitivo la Constitución local prescribe: *“La Ciudad garantiza la defensa de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, en su relación de consumo, contra la distorsión de los mercados y el control de los monopolios que los afecten. Protege la salud, la seguridad y el patrimonio de los consumidores y usuarios, asegurándoles trato equitativo, libertad de elección y el acceso a la información transparente, adecuada, veraz y oportuna, y sanciona los mensajes publicitarios que distorsionen su voluntad de compra mediante técnicas que la ley determine como inadecuadas...”* (art. 46).



Con respecto a los mecanismos de protección de los derechos enunciados en el artículo anterior, el art. 43 de la Carta Magna Nacional estipula que: *“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización...”*.

La cláusula constitucional fue reglamentada mediante el dictado de la Ley Nacional n° 24.240^[10] -y sus modificatorias-, la cual establece en su art. 1° que tiene por objeto la defensa de los/as consumidores/as o usuarios/as. En ese sentido, considera consumidores /as o usuarios/as a *“... la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”* (aptdo. 3.1 del punto 3 del Anexo II de la Ley Nacional n° 26.994^[11]).

En cuanto a su alcance, manifiesta que: *“Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley...”* (art. 2° de la Ley Nacional n° 26.361^[12], modificatoria de la Ley Nacional n° 24.240).



Dicha norma agrega a continuación que: *“... Las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Ley Nº 25.156 de Defensa de la Competencia y la Ley Nº 22.802 de Lealtad Comercial o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”* (art. 3º de la Ley Nacional nº 26.361, modificatoria de la Ley Nacional nº 24.240).

La calificación del vínculo que une al afiliado con la empresa de medicina prepaga, como una relación de consumo, ha sido recepcionada de manera casi pacífica por la jurisprudencia y doctrina, aún antes del dictado de la Ley Nacional nº 26.682 -y modificatorias-.

Así, por ejemplo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II, en los autos caratulados “OSUPUPCN c/ DNCI, Disp. Nº 371/10”, resolvió que: *“... la actuación de la sumariada con sus afiliados por el referido plan configura una relación de consumo, prestando los servicios médicos con las características propias de los contratos de medicina prepaga (...) comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 24.240 y sus normas reglamentarias”*.

En el mismo orden de ideas, en los autos “M. de M., M. del C., c. Medycin y/o Friaza S.A.”, de la Cámara Civil y Comercial de Rosario, Sala II, se consideró que el vínculo entablado entre el prestador de un servicio de medicina prepaga y el afiliado y/o adherente se traduce en una relación de consumo *“El contrato que regula una prestación de servicio de asistencia médica está comprendido en el ámbito de aplicación de la ley 24.240 de defensa del consumidor (Adla, LIII-D, 4125), pues se trata de una relación de consumo entre un prestador y un consumidor final o usuario que adquiere prestaciones a título oneroso y en beneficio propio y del grupo familiar”*.



Dicha relación se instrumenta a través de contratos de adhesión (o contratos formularios), que son aquellos en los cuales el consumidor, como “parte débil” del contrato, sólo cuenta con la posibilidad de aceptar o no el texto del mismo que ya le viene predispuesto, sin posibilidad de rediscutir sus cláusulas; así se ha dicho que: *“... el manejo del mercado por las empresas le confiere un poder negocial de imposición que resulta de hecho difícil de equilibrar para el usuario. De allí entonces que éste sienta una minusvalía al enfrentar la conformación del negocio jurídico, pues su falta de poder negociador lo convierte en presa fácil de la empresa que le impone sus condiciones”*^[13].

Por otra parte, el contrato de medicina prepaga reviste determinadas características peculiares dado que su objeto principal está destinado a cubrir la atención de la salud, sobre todo frente a contingencias futuras. Así, desde el punto de vista de la función económica y social que cumple, debe ubicárselo entre los contratos de colaboración, pues subyace en ellos un vínculo de confianza, ya que la relación está destinada a extenderse por largo tiempo *“... la realidad actual nos muestra que las personas -que pueden afrontarlo- colocan a la atención médica entre los primeros lugares de sus prioridades. Ello se debe no sólo a la preocupación por su salud y la de su grupo familiar, sino también a sus cálculos económicos al respecto; el costo de los servicios y honorarios médicos es tan alto que son pocos quienes pueden afrontar los gastos de una larga enfermedad (...) A fin de reducir dichos costos eventuales, una persona o grupo familiar se relaciona con empresas que tienen organizado un conjunto de prestadores médicos para que actúen en grupo satisfaciendo diversas necesidades de la salud (...) En este contrato el negocio consiste en que el usuario pague periódicamente una determinada suma a cambio de recibir la prestación de servicios médicos, cuando él, o las personas especificadas en el grupo familiar, lo requieran (...) El beneficiario se asegura de que si sufre una contingencia que requiere servicios médicos, éstos no le costarán más que la cuota mensual pactada (...) y por su parte la empresa toma a su cargo la otra parte de la ecuación que es la de prestar los servicios detallados en el plan y requeridos por el usuario, aún en exceso de lo pagado al sistema...”*^[14].

Dicho contrato de medicina prepaga es, además, aleatorio y de previsión. Es aleatorio, porque *“... los contratantes no saben si van a requerir los servicios médicos o no, lo cual depende de un acontecimiento que es la enfermedad...”*^[15]; y es de previsión, ya que *“... en*



el mismo no se compran servicios asistenciales mediante un ahorro previo, sino que se prevé una cobertura para el caso en que el accidente o la enfermedad se produzcan. No es un pago en cuotas sino una previsión de lo que pudiera ocurrir. Por lo tanto, si el asociado renuncia al sistema, haya o no utilizado los servicios, pierde las cuotas abonadas. El derecho a la salud responde a un interés general, por lo que la prestación de servicios por parte de la empresa de medicina prepaga no puede ser visto como un mero negocio”^[16].

En esta inteligencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que: “... la característica principal de estos negocios jurídicos es que, a través del ahorro consistente en pagos anticipados verificados en el transcurso del tiempo, los pacientes se protegen de riesgos futuros en su vida o salud. Es decir, el beneficiario se asegura que si necesita los servicios prometidos, podrá tomarlos, aunque no tenga certeza de cuándo ni en qué cantidad, pudiendo ocurrir inclusive que nunca los requiera, en cuyo caso el gasto realizado se traducirá únicamente en la tranquilidad que le dio la cobertura durante todo ese tiempo (...) que independientemente de quién pagara la cobertura médica prometida al actor, lo real y concreto fue que se le aseguró la atención médica para cuando ocurriese una eventualidad, enmarcándose el vínculo con elementos de previsión tendientes a la búsqueda de la seguridad y midiéndose la corresponsividad de las prestaciones en un lapso prolongado...”^[17].

De todos modos, tal como ya se anticipara, por encima de los vínculos y modalidades contractuales del sistema prepago de salud -bajo la órbita de protección jurídica a los/as usuarios/as y consumidores/as- siempre está presente el derecho integral a la salud que, desde su status de derecho humano de raigambre constitucional, ofrece un paraguas de protección aún mayor.

Del plexo normativo y la doctrina judicial repasados, resulta entonces indiscutible que la relación entre prestadores de servicios de salud -cualquiera sea su naturaleza- y sus afiliados/as, constituye una relación de consumo de conformidad con los arts. 1º, 2º y 3º de la Ley Nacional nº 24.240 y sus modificatorias.



Asimismo, la legislación que regula las actividades relacionadas con la prestación de servicios de salud, también integra y se integra con las normas que protegen los derechos de los/as consumidores/as, y su interpretación debe ser coherente con los lineamientos que surgen del art. 42 de la Constitución Nacional, la Ley de Defensa del Consumidor y sus normas complementarias. Más aún, si se tiene en cuenta el destacado lugar que ocupa el derecho a la salud dentro del elenco de los derechos fundamentales de las personas, y especialmente entre los derechos consagrados legalmente a favor de consumidores/as y usuarios/as.

El régimen de derechos de consumidores/as es inclusivo de todas las normas que puedan brindar protección a esos derechos, de modo que cualquiera sea el régimen específico de la actividad del proveedor que se trate, el marco normativo de las relaciones de consumo constituye una salvaguarda para consumidores/as y usuarios/as.

En este sentido, cabe recordar la misión otorgada constitucionalmente a esta Defensoría del Pueblo consistente en la defensa, protección y promoción de los derechos humanos y demás derechos e intereses individuales, colectivos y difusos tutelados en la Constitución Nacional, las leyes y la Constitución local.

c) La trascendencia de la función social de las obras sociales y empresas de medicina prepaga

Afianzado el hecho de la existencia de una relación de consumo entre el/la usuario/a y el prestador de un servicio de salud privado, debe destacarse que ello no configura un límite interpretativo, sino que se trata del punto de partida para evaluar la conducta de este último.

De esta manera lo ha entendido verbigracia la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos caratulados: “E.R. c/ Omint S.A. de Servicios”^[18] al manifestar que los entes de medicina prepaga, más allá de su constitución como empresas, tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial.



Entonces, un/a afiliado/a a una empresa de medicina prepaga es incluso más que un mero consumidor/a, ya que en su relación con la misma se halla en juego su derecho a la salud, a la integridad psicofísica y a la seguridad, entre otros.

En este mismo sentido, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala II ha resuelto que: *“No puede dejar de señalarse que un afiliado a una empresa de medicina prepaga no es sólo un consumidor, sino, antes que ello, es beneficiario de un sistema de salud, en virtud de la singular trascendencia de la función social que tiene a su cargo una empresa de medicina prepaga, que se encuentra por encima de toda cuestión comercial, considerando por sobre todo los delicados intereses en juego concernientes a la integridad psicofísica, salud y vida de las personas”*^[19].

III.- Conclusión

Atento a lo desarrollado en los acápites precedentes, corresponde efectuar algunas breves menciones.

Debe destacarse que en el marco de sus competencias esta Defensoría del Pueblo puso en conocimiento de la OSDE la existencia de una limitación en la cobertura de la prestación requerida que comprometía la continuidad de tratamiento, la calidad de vida de la paciente y el derecho a la salud; en síntesis, la existencia de un derecho vulnerado, el derecho a la salud de la señora Rimer.

Se considera que la petición de la paciente es razonable, ya que se limita a solicitar un trato acorde con su patología y con lo indicado por la profesional tratante según la evolución de la enfermedad, solicitando cobertura integral para la medicación que tiene indicada y brindando suficientes razones para justificar la orden de cobertura excepcional del 100% del tratamiento basada en la documentación oportunamente acompañada.



Llama la atención la réplica conducente -más no concluyente- de la OSDE; si bien la paciente reclama cobertura para el tratamiento de una patología crónica, ni siquiera recibió un reconocimiento del 40% de cobertura, semejante a la asignada en medicamentos de uso habitual ambulatorio, determinante de dificultad en el acceso a las prestaciones médico asistenciales. Cabe mencionar que tampoco se le ha brindado un tratamiento alternativo como respuesta.

Si bien es cierto que lo reclamado no está incluido en el PMO vigente, está habilitada la posibilidad de ampliar la cobertura frente a situaciones no previstas, de acuerdo con las necesidades individuales de los/as beneficiarios/as y la medicina basada en la evidencia científica.

Este Órgano Constitucional considera que el PMO funciona como un piso básico y mutable de prestaciones, que debe nutrirse de nuevas tecnologías con un fin integral superior al mero costo económico de la prestación médica.

En concordancia, la profesional tratante confeccionó un informe sobre la evolución de la enfermedad, mencionando antecedentes, fracaso con otros tratamientos y buenos resultados con Erenumab. Entre ello, lo limitante que resulta esta patología para la señora _____, es que le interrumpe el sueño y compromete su funcionamiento normal, así como también le dificulta realizar sus actividades.

La justificación diagnóstica y terapéutica de la requerida especialidad medicinal está sustentada en el fracaso de tratamientos previos y la mejoría sintomática al haber sido tratada con Erenumab. Asimismo, informó que el tratamiento indicado se basa en la aplicación tanto de las guías Europeas y Americanas, adjuntando el artículo publicado en "The Journal of Headache and Pain", titulado "*European headache federation guideline on the use of monoclonal antibodies acting on the calcitonin gene related peptide or its receptor for migraine prevention*", que también se puso en conocimiento de la OSDE.



En virtud de lo expuesto, y desde que el derecho a la salud comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna y eficaz, principios que resultan encontrados con los obstáculos que ha impuesto la referida empresa de medicina prepaga en el presente caso, y toda vez que la interrupción de un tratamiento prescripto, provoca un perjuicio en la salud y la calidad de vida de la paciente, se requiere se otorgue la autorización con cobertura al 100% del medicamento reclamado.

Conforme surgen de estas actuaciones, hasta la fecha de la presente Resolución, la OSDE no ha otorgado la cobertura peticionada, a pesar de poder aplicar un mecanismo de excepción establecido en la normativa vigente y de los reclamos presentados por la afiliada y por este Órgano Constitucional.

POR TODO ELLO:

LA DEFENSORA DEL PUEBLO

DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

R E S U E L V E :

1) Recomendar al Presidente de la empresa de medicina prepaga “Organización de Servicios Directos Empresarios” (OSDE), con domicilio legal en Avda. Leandro N. Alem 1067 Piso 9º de esta Ciudad, señor Juan Carlos Palacios, tenga a bien, brindar la autorización con cobertura al 100% del medicamento reclamado (Erenumab) por la

2) Poner la presente Resolución en conocimiento del Superintendente de Servicios de Salud, doctor Daniel Alejandro López, a los fines de arbitrar las medidas que estime corresponder.



- 3) Brindar a la presente Resolución el trámite dispuesto por la Ley n° 1845^[20] (según texto consolidado por Ley n° 6347) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

- 4) Fijar en treinta (30) días el plazo previsto en el art. 36 de la Ley n° 3^[21] (según texto consolidado por Ley n° 6347) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires^[22].

- 5) Registrar, notificar, reservar en la Coordinación Operativa para su seguimiento y oportunamente archivar.

Código 441

CC/AA/CODS/CEDS

cl/LR/SSPPD

co/COCF/CEAL

gd/ea/SOADA

gv./MAER/COMESA

Notas

1. [^] *Organización Panamericana de la Salud; Constitución de la Organización Mundial de la Salud. En Documentos Básicos, Documento Oficial n° 240, Washington, 1991, pág. 23.*
2. [^] *Ley n° 153 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el día 25 de febrero de 1999 y publicada en el Boletín Oficial n° 703 de fecha 28 de mayo de 1999.*
3. [^] *Ley n° 6347, sancionada el día 12 de noviembre de 2020, promulgada con fecha 27 de noviembre de 2020, y publicada en el Boletín Oficial n° 6.009 del 1° de diciembre de 2020.*



4. [^](#) Ley Nacional nº 23.660, sancionada el día 29 de diciembre de 1988, promulgada con fecha 5 de enero de 1989 y publicada en el Boletín Oficial nº 26.555 del 20 de enero de 1989.
5. [^](#) Ley Nacional nº 23.661, sancionada el día 29 de diciembre de 1988, promulgada con fecha 5 de enero de 1989 y publicada en el Boletín Oficial nº 26.555 del 20 de enero de 1989.
6. [^](#) Ley Nacional nº 26.682 "Marco Regulatorio de Medicina Prepaga", sancionada el día 4 de mayo de 2001, promulgada con fecha 16 de mayo de 2011 y publicada en el Boletín Oficial nº 32.151 del 17 de mayo de 2011.
7. [^](#) Resolución nº 1.991/2005 publicada en el Boletín Oficial nº 30.817 del 5 de enero de 2006.
8. [^](#) Resolución nº 1.714/2007 publicada en el Boletín Oficial nº 31.304 del 17 de diciembre de 2007.
9. [^](#) Resolución nº 201/2002 publicada en el Boletín Oficial nº 29.881 del 19 de abril de 2002.
10. [^](#) Ley Nacional nº 24.240 sancionada el día 22 de septiembre de 1993 y publicada en el Boletín Oficial nº 27.744 de fecha 15 de octubre de 1993.
11. [^](#) Ley Nacional nº 26.994, publicada en el Boletín Oficial nº 32.985 de fecha 8 de octubre de 2014.
12. [^](#) Ley Nacional nº 26.361 sancionada el día 12 de marzo de 2008 y publicada en el Boletín Oficial nº 31.378 de fecha 7 de abril de 2008.
13. [^](#) WEINGARTEN, Celia, LOVECE, Graciela en "Protección del usuario de los servicios médicos prepagos. Alcance de la cobertura" en LL T-1997 C - pág. 548.
14. [^](#) Gerscovich, Carlos G., Palavecino, Federico en "Contrato de Medicina Prepaga", JA 1994-III, 164, párrafos citados en fallo M. de M., M. del C., c. Medycin y/o Friaza S.A., CCiv. y Com., Rosario, Sala II.
15. [^](#) Lorenzetti, Ricardo L., La empresa médica, pág. 130, Ed. Rubinzal-Culzoni.
16. [^](#) STEIN, Enrique, La pertenencia al sistema de medicina prepaga, SAIJ- 2001.
17. [^](#) "Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima, Recurso de hecho", del día 13 de marzo de 2001 (considerandos 9º y 10 del voto del ministro Adolfo Vázquez).
18. [^](#) "Echeverry, Roberto Eduardo C/ OMINT Sociedad Anónima", 13/03/2001, CSJN 324:677.
19. [^](#) S01:99792/04; 16/06/2011; AR/JUR/40760/2011.
20. [^](#) Ley nº 1845, sancionada el día 24 de noviembre de 2005, y publicada en el Boletín Oficial nº 2.494 del 3 de agosto de 2006.
21. [^](#) Ley nº 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sancionada el día 3 de febrero de 1998 y publicada en el Boletín Oficial nº 394 de fecha 27 de febrero de 1998.
22. [^](#) Ley nº 3, art. 36: "Con motivo de sus investigaciones, el Defensor o Defensora del Pueblo puede formular advertencias, recomendaciones, recordatorios de los deberes de los funcionarios, y propuestas para la adopción de nuevas medidas. Las recomendaciones no son vinculantes, pero si dentro del plazo fijado la autoridad administrativa afectada no produce una medida adecuada, o no informa de las razones que estime para no adoptarla,



el Defensor o Defensora del Pueblo puede poner en conocimiento del ministro o secretario del área, o de la máxima autoridad de la entidad involucrada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones propuestas. Si tampoco así obtiene una justificación adecuada, debe incluir tal asunto en su informe anual o especial a la Legislatura, con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud”.




María Rosa Muñós
Defensora del Pueblo
de la Ciudad Autónoma
de Buenos Aires

Visados

2022/07/12 12:41:45 - marrodriguez - Mariano Alfredo Ezequiel RODRIGUEZ - Coordinador Operativo de Mesa de Entradas, Salidas y Archivo

2022/07/13 10:46:07 - Iritondo - Livia Ritondo - Livia Ritondo Subsecretaria de Proteccion y Promocion de Derechos

2022/08/11 15:42:43 - fbertolotti - Fernando Oscar BERTOLOTTI - Director Ejecutivo de Asuntos Legales



Maria Rosa Muños
Defensora del Pueblo
de la Ciudad Autónoma
de Buenos Aires

Resolucion Nro: 2096/22

Firmado digitalmente por:

Maria Rosa MUIÑOS