

4. CASOS DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR Y EL DERECHO A LA SALUD

El caso presentado para el presente anuario nos trae una correlación entre la defensa del consumidor y el derecho a la salud.

La Ley 24.240 establece las normas de protección y defensa de usuarios y consumidores, definiendo al consumidor como “... 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.”

A su vez, el artículo 8 bis de la mencionada norma establece que “Los proveedores deberán garantizar condiciones de atención y trato digno y equitativo a los consumidores y usuarios. Deberán abstenerse de desplegar conductas que coloquen a los consumidores en situaciones vergonzantes, vejatorias o intimidatorias.”.

El caso tratado por la comisión se refería a la falta de prestaciones médicas del cónyuge de la consultante, por parte de su obra social y además del trato indigno que le prestaban con motivo en lo relativo al procedimiento necesario para poder obtener los medicamentos pertinentes para el tratamiento de la patología de su cónyuge.

El derecho de los consumidores y usuarios y el derecho a la salud se encuentran garantizados por nuestra Constitución Nacional y los tratados internacionales con rango constitucional. Según los organismos especializados en materia de salud, se entiende por salud “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones y enfermedades”.¹

Paralelamente, la salud ha sido reconocida –en el ámbito nacional e internacional– como un derecho humano, inherente a la dignidad humana, de forma tal que el bienestar físico, mental y social que pueda alcanzar el ser humano constituye un derecho que el Estado está obligado a garantizar.

A su vez, el derecho a la salud constituye un presupuesto esencial del inalienable derecho a la vida. En relación con ello, cabe señalar lo expresado

1. Organización Panamericana de la Salud: Constitución de la Organización Mundial de la Salud. En Documentos Básicos, Documento oficial N° 240, Washington, 1991, p. 23.

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): “... 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.² 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.³ Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley Suprema), reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida– y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas...”⁴

En nuestro caso se han utilizado las herramientas que nos ofrecen tanto la legislación nacional como la de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, es decir, la conciliación en las relaciones de consumo. La Ley 26.993 creó el Servicio de Conciliación Previa en las Relaciones de Consumo (COPREC) por el cual los consumidores y usuarios tienen una instancia de conciliación previa a cualquier acción judicial basada en la Ley de Defensa del Consumidor.

A su vez, la Ley 757 del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires estableció el procedimiento administrativo para la Defensa de los Derechos del Consumidor y Usuario implementando una instancia conciliatoria previa a la sanción administrativa que le pudiera corresponder al proveedor de bienes y servicios, en el ámbito de la CABA.

Estas instancias conciliatorias permiten llegar a un acuerdo que satisfaga las pretensiones de los consumidores y usuarios, en las cuales, se busca una respuesta rápida y eficaz y evitar, de esta manera, una confrontación judicial que a veces lleva años en resolverse.

Pero además, cuando el derecho vulnerado es la salud o derecho a la vida, como en el caso planteado en la comisión, se debe ponderar la

2. Fallos 302:1284; 310:1112.

3. Fallos 316: 479, votos concurrentes.

4. Fallos 321:1684 y causa A.186 XXXIV “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” del 1 de junio de 2000, mayoría y votos concurrentes y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten.

urgencia necesaria a los fines de proteger el mismo.

Así, el derecho del consumo es de los llamados de tercera generación o de incidencia colectiva, junto con el derecho ambiental, a la calidad de vida, etc. Viene evolucionando desde hace algunos años, tuvo su primera regulación normativa específica a partir de la sanción de la Ley 24.240, del año 1993 y su reconocimiento como derecho explícito en la Constitución Nacional a partir de la reforma de 1994. Trata de equiparar a las partes y busca que los consumidores se encuentren en igualdad de condiciones con los proveedores de bienes y servicios, evitando que se vulneren sus derechos, dado que muchas veces se encuentran en condiciones de necesidad o vulnerabilidad. Como particularidad, el hecho de poder denunciar las violaciones al derecho del consumidor ante la autoridad de aplicación y el de poder llegar a una solución consensuada, con la participación de un conciliador que resguarda sus derechos, ofrece una solución que beneficia al consumidor logrando satisfacer sus pretensiones, evitando una instancia judicial, que, sea por el monto en juego o por la naturaleza de los derechos vulnerados, puede llegar a ser compleja y difícil para el mismo. Por ello la solución planteada en el caso desarrollado por la comisión, de recurrir a una instancia conciliatoria, fue la adecuada, dada la urgencia, la vulnerabilidad de los reclamantes y la índole del derecho a proteger, en este caso, la salud, por lo que se brindó, y a través de ella una solución efectiva y pronta a sus derechos.

Javier del Sacramento

Caso 1

Materia: Defensa del Consumidor.

Parte patrocinada: I, M.

Fecha de la consulta: Octubre de 2016.

Comisión interviniente N°: 1282.

Docentes responsables: Paula Plohn (JTP a cargo), Bruno Pizzonia y María de la Paz Dellatorre.

Carátula: “I, M. c/ Obra Social ... s/ Pres. Infracción a la Ley 24.240”

Radicación: Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Hechos del caso: La Sra. M.I. se presenta en octubre de 2016, en el consultorio jurídico gratuito que funciona en la sede de la Comuna N° 3, y nos relata que es afiliada titular de la Obra Social ... junto con su cónyuge S.B., quien reviste la calidad de adherente, desde hace más de 25 años. Refiere que al momento de jubilarse optó por continuar con los servicios de dicha obra social, por lo que de sus haberes previsionales se le efectúan los descuentos de ley y, a su vez, abona una diferencia por un plan superador que se le factura mensualmente. Nos comenta que a la edad de 77 años a su cónyuge S.B. le fue diagnosticada la enfermedad mal de Parkinson clase III y que, en el año 2006, las autoridades sanitarias correspondientes le extendieron el certificado de discapacidad, el cual al momento de la consulta se encontraba vencido y con turno pendiente para renovarlo el día 05/12/2016. La consultante continúa su relato indicándonos que la evolución de la enfermedad no ha sido favorable, ya que la enfermedad se encuentra en un estadio evolutivo 5 de la escala de Höehn & Yahr, presenta complicaciones motores y deterioro cognitivo subcortical con alucinaciones y conductas agresivas por lo que requiere, además de la medicación, kinesiología a domicilio y asistencia por cuidador domiciliario todos los días de la semana las 24 horas. Estos cuidados no pueden ser suplidos por la consultante, atento la edad avanzada de la misma, que al momento de la consulta era de 81 años, y la ausencia de un grupo familiar o social de contención. Asimismo, atento ser los dos jubilados y teniendo que afrontar el alquiler de la vivienda que habitan, no cuentan con recursos económicos para solventar los gastos del cuidador

domiciliario. En virtud de lo cual, la consultante solicitó a la Obra Social la cobertura necesaria para la patología de su cónyuge, esto es kinesiología a domicilio, la cual no fue diaria y siempre con profesionales diferentes, negándoles la cobertura del cuidador domiciliario. También respecto de los medicamentos, que sí otorgaban la cobertura al 100%, debía la consultante todos los meses realizar un trámite administrativo en la sede central de la Obra Social para, posteriormente, poder retirar los medicamentos en una farmacia muy lejana de su domicilio. Con relación a los pañales para adultos, el reintegro que efectuaba la Obra Social no correspondía con el total del gasto efectuado.

Estrategia desplegada: en un primer momento se asesoró a la consultante acerca de la conveniencia de iniciar una acción de amparo con el fin de que le reconozcan sus derechos, pero ella manifestó firmemente su voluntad de evitar judicializar el caso, aunque sea en una primera instancia, por cuanto no quería confrontar con la Obra Social y dada la edad avanzada del matrimonio (como ya comentamos 81 y 88 años), tenía temor que su marido sea sometido a alguna pericia o que sea requerida su comparecencia judicial, lo que le ocasionaría algún tipo de padecimiento adicional a su patología. Asimismo, había dos cuestiones a tener en cuenta: nos encontrábamos con el certificado de discapacidad vencido, y dado el grado de discapacidad cognitiva del marido, se tornaba necesario también iniciar una determinación de capacidad simultáneamente a la acción de amparo.

Atento ello, decidimos junto con la consultante, efectuar un intento previo en una audiencia de conciliación y en caso de no llegar a un acuerdo, iniciar la acción de amparo.

Resolución obtenida: se presentó la denuncia administrativa N° 12992-DGDYPC-2016 en la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor, en la Comuna 14, y en el marco de la misma se arribó a un acuerdo conciliatorio, en el cual se convino que la Obra Social se haría cargo de los honorarios correspondientes a la cuidadora domiciliaria a través de la modalidad de reintegro, y teniendo en cuenta los valores previstos en el Estatuto del Servicio Doméstico y sus actualizaciones. Se dejó constancia que la cuidadora que se ocupará de las tareas será la designada por la Sra. M.I., una cuestión que resultaba determinante para arribar a un acuerdo, ya que la consultante quería que sea alguien de su absoluta confianza atento que convivirían en lo cotidiano con la pareja. Asimismo se simplificaron los trámites para la autorización y retiro de los medicamentos; se amplió la cobertura de la provisión de pañales

descartables para adultos y, se acordó que las sesiones de kinesiología se brinden conforme prescripción médica y sin rotación de profesionales, a efectos que el tratamiento resulte lo más eficaz posible para el paciente.

Fecha de la resolución: 15 de marzo de 2017.

Derechos reconocidos y/o restituidos: lo más relevante del acuerdo arribado es que se reconoció al Sr. S.B, uno de los derechos fundamentales del ser humano como es el derecho a la salud y el respeto a su dignidad. En lo concreto, se reconoció su derecho a la cobertura integral del tratamiento necesario para su discapacidad, en particular la prestación de cuidador domiciliario, en virtud de lo normado por la Ley 24.901, art. 39 inciso d. La protección constitucional la encontramos en el art. 42 de la Constitución Nacional, que reconoce el derecho a la salud del usuario y a recibir un trato digno en el marco de una relación de consumo; en el art. 75, incisos 22 y 23 CN (Pacto San José de Costa Rica; Declaración Universal de los Derechos Humanos; Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos) y en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que cuenta con jerarquía constitucional en virtud de la ley 27.044.

Impacto social del decisorio obtenido en el reconocimiento y/o restitución del derecho o derechos vulnerados: en el caso que trabajamos entendemos que el impacto social del mismo se debió no sólo por la temática involucrada (el acceso al tratamiento más adecuado para gozar del mayor nivel posible de salud para un paciente con una patología grave, irreversible y degenerativa de gran impacto en su vida social y familiar) sino también por la condición vulnerable de los actores: una edad muy avanzada, muy escasos recursos económicos (ambos jubilados y sin vivienda propia) y sin un grupo familiar que le brinden contención adecuada.