



Trabajo Final de Graduación.

*La Libertad de Elección y El Régimen Cautivo de Obra Social de Empleados Públicos
Provinciales de Santiago del Estero.*

Ponce, Washington Williams

DNI 30508140

ABOGACÍA

2019

Resumen

En la República Argentina, las normas vigentes consagran el derecho a la libertad de elección de obra social, la cual da cuenta de la posibilidad de elegir una obra social diferente a la que pertenecen los trabajadores en razón de su actividad, rama u oficio. Dicha norma, en ocasiones se ve vulnerada por reglamentaciones provinciales que mantienen cautivo (ante la imposibilidad de transferencia de sus aportes) dentro de su régimen, a todo trabajador.

El objetivo de éste trabajo consiste en analizar en qué medida esa libertad de elección es vulnerada a través el Instituto de obra social del empleado público (en adelante IOSEP) de la provincia de Santiago del Estero. Dicho propósito se abordará estudiando las disposiciones establecidas en la Constitución Nacional, en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, en las Convenciones Internacionales de las que Argentina forma parte y demás reglamentaciones nacionales a fin de determinar si la libertad de elección se encuentra coartada por normas contenidas en una ley provincial.

Palabras Claves: Libertad de elección, régimen cautivo, obras sociales provinciales.

Abstract

In the Argentine Republic, the norms in force consecrate the right to freedom of choice of social work, which gives an account of the possibility of choosing a social work different to that belonging to the workers by reason of their activity, branch or trade. Said norm is sometimes violated by provincial regulations that keep captive (before the impossibility of transferring their contributions) within their regime, to every worker.

The objective of this work is to analyze to what extent that freedom of choice is violated through the Institute of social work of public employees (onwards IOSEP) of the province of Santiago del Estero. Said purpose will be addressed by studying the provisions established in the National Constitution, in the International Treaties with constitutional hierarchy, in the International Conventions of which Argentina is a member and other national regulations in order to determine if freedom of choice is restricted by contained norms in a provincial law.

Key words: Freedom of choice, captive regime, provincial social works

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN GENERAL	4
-----------------------------------	----------

1	CAPÍTULO 1. SISTEMA DE SALUD EN ARGENTINA	6
	1.1 Introducción	7
	1.2 Contextualización	7
	1.3 Antecedentes Históricos	9
	1.4 Principios rectores de la seguridad social.....	10
	1.5 Principales transformaciones recientes en el sector de la salud	10
	1.6 Conclusión Parcial.....	12
2	CAPÍTULO 2. OBRAS SOCIALES	14
	2.1 Introducción	15
	2.2 Conceptualización	15
	2.3 Antecedentes Históricos	15
	2.4 Marco Normativo	16
	2.5 Régimen Nacional de Obras Sociales.....	17
	2.6 Régimen Provincial de Obras Sociales	19
	2.7 Breve Historia del IOSEP	21
	2.7.1 Estatuto del Instituto de Obra Social del Empleado Provincial	21
	2.7.2 Conclusión Parcial.....	23
3	CAPÍTULO 3: LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LAS OBRAS SOCIALES.	25
	3.1 Introducción	26
	3.2 Libertad de elección	26
	3.3 Marco Normativo Internacional.....	26
	3.1 Derecho de libre elección.....	28
	3.2 Precedentes Jurisprudenciales.....	31
	3.3 Conclusión Parcial.....	33
	CONCLUSIÓN FINAL	35
	BIBLIOGRAFÍA	37

INTRODUCCIÓN GENERAL

El sistema de salud en la Argentina se encuentra estructurado en torno a tres sectores: el sector público, el sector de obras sociales y el sector privado, los que a su vez se hallan mutuamente interrelacionados. De este modo el sector público se divide según jurisdicciones -nacional, provincial y municipal- que no cuentan con la debida coordinación.

El sector del seguro social obligatorio se organiza en torno a las obras sociales, que cubren a los trabajadores asalariados y sus familias según ramas de actividad. A su vez, cada provincia cuenta con un régimen cerrado de obra social que cubre a los empleados públicos de su jurisdicción.

En este contexto, los trabajadores de la administración pública provincial se encuentran ante la imposibilidad de ejercer el derecho a la libre elección de obras sociales, teniendo en cuenta que la naturaleza del derecho cuya protección se reclama, compromete la salud e integridad física de las personas que ha sido reconocido por la Constitución Nacional y los Pactos Internacionales que allí se mencionan. De este modo existen diferencias importantes en el acceso, tipo y calidad de servicios que reciben los beneficiarios según la Obra Social a la que pertenecen y su lugar de residencia.

Teniendo en cuenta lo expresado, la problemática surge en torno al empleado público provincial, cuando éste pretende ejercer un derecho reconocido tanto en la Constitución Nacional como en Convenciones Internacionales y leyes nacionales pero dejado de lado por las provincias. Esto nos lleva a plantear el siguiente interrogante: ¿Se encuentra vulnerado el derecho a la libertad de elección de obra social respecto de los trabajadores de la administración pública provincial?

Tratando de dar respuesta a este interrogante se analizará si se encuentra vulnerado el derecho a la libertad de elección de obra social respecto de los trabajadores de la administración pública provincial. Como objetivo específico definiremos el sistema de salud argentino en consonancia con las normas constitucionales, internacionales, nacionales y provinciales.

La hipótesis que se plantea a lo largo del escrito expresa que los institutos de obras sociales provinciales vulneran el derecho a la libertad de elección de obra social expresado en artículo 42 de la Constitución Nacional debido a que funcionan con autarquía administrativa y financiera, lo cual les permite formular sus propias normativas

jurídicas para tener cautivos a sus afiliados, ya que para los mismos está vedada la posibilidad de elegir su cobertura.

Respecto a la metodología de la investigación, el presente trabajo se basa en el método descriptivo cuyo fin es evidenciar las contradicciones establecidas en una ley provincial respecto a sus pares de jerarquía superior. De acuerdo a esto, los datos que se recolectarán para el análisis provendrán de fuentes primarias como la jurisprudencia correspondiente al caso en estudio, la normativa vigente, el estatuto de obras sociales provinciales y la legislación internacional vigente acerca de la libertad de elección de obras sociales.

Finalmente, para una mayor organización y comprensión por parte de los lectores, el presente escrito se organiza en tres capítulos. En el capítulo 1, se analizarán cuestiones generales del sistema de salud argentino, sus antecedentes históricos, principios rectores, entre otros. En el capítulo 2 se abordará el régimen legal de las obras sociales y los marcos normativos provinciales. Seguidamente en el capítulo 3, se hará mención al régimen de obra social del IOSEP, la libertad de elección incorporada en la Constitución Nacional, los Tratados y Convenciones Internacionales y las leyes nacionales. Por último, se presentan las conclusiones finales del trabajo, respondiendo a los objetivos de investigación.

CAPÍTULO 1. SISTEMA DE SALUD EN ARGENTINA

1.1 Introducción

Este capítulo es meramente introductorio al sistema de salud de la República Argentina. Se abordará primeramente el reconocimiento de la salud pública con la creación de un ente nacional. Posteriormente se realizará una definición del sistema de salud como así también haremos mención de los sectores que la componen, para luego continuar con la constitucionalización de la Seguridad Social y los principios rectores de la misma.

1.2 Contextualización

En América Latina, la mayoría de los programas de bienestar se basan en los principios del seguro social, pero a diferencia de los países europeos, el seguro social nunca llegó a la universalidad. La atención se centró en grupos específicos de trabajadores a través de los Fondos de la Seguridad Social (Obras Sociales). Además, los gobiernos proporcionan una gama limitada de servicios de salud financiados con impuestos universales; significando universal que todo el mundo tiene derecho a utilizar la mayoría de los servicios en los establecimientos públicos. Sin embargo, aquellos tienden a ser entre regular y mala calidad. En la práctica, los servicios de salud públicos se dirigen fundamentalmente a los hogares de bajos ingresos ya que los hogares más ricos por lo general optan por la atención médica privada.

En 1943 se dio el primer paso hacia el reconocimiento de la salud pública como problema de interés específico con la creación de la Dirección Nacional de Salud Pública y Asistencia Social que en 1949 se transformó en Ministerio de Salud. Por su parte, las obras sociales se formaron a partir de la acción organizada de agrupaciones gremiales de trabajadores. En ese entonces, a partir del año 1940 el Estado interviene en dicha cuestión a través de diferentes medidas de gobierno convalidando legalmente la existencia de las obras sociales existentes y creando otras nuevas (Galli, Pagés, & Swieszkowski, 2018).

En este marco y de acuerdo a Canclini (2004) el sistema de salud se plantea como “el conjunto de relaciones y regulaciones legislativas que aseguran a los individuos de un país en particular y / o de todos los países, acceder a determinadas prestaciones que les cubrirán los riesgos derivados de contingencias sociales” (pág.7).

El sistema de salud argentino tiene tres sectores: público, de seguridad social y privado. El sector público incluye los ministerios nacionales y provinciales, así como la

red de hospitales públicos y unidades de atención primaria de salud, que brindan atención a la población no asegurada. Este sector se financia con impuestos y pagos realizados por los beneficiarios de la seguridad social que utilizan los servicios públicos de salud. El sector de la seguridad social u Obras Sociales (OS) cubre a todos los trabajadores de la economía formal y sus familias.

La mayoría de los sistemas operativos se manejan a través de contratos con proveedores privados y se financian con las contribuciones de nómina de los empleadores y empleados (Cetrángolo & Devoto, 2002). Finalmente, el sector privado incluye a todos aquellos proveedores privados que ofrecen servicios a individuos, beneficiarios de sistemas operativos y todos aquellos con seguro médico privado.

Por otra parte, el Estado mantiene un sistema de instalaciones médicas públicas que son universalmente accesibles para todos en el país, pero los trabajadores del sector formal también están obligados a participar en uno de los aproximadamente 300 planes de seguro de salud administrados por sindicatos, que ofrecen diferentes niveles de cobertura. El Ministerio de Salud (MSAL), supervisa los tres subsectores del sistema de atención de salud y es responsable de establecer las regulaciones, la evaluación y la recopilación de estadísticas.

El sector de seguro social de salud se compone de muchas diferentes obras sociales, la mayoría de las cuales son administrados por los sindicatos (Alonso, 1993). La obra social es financiada por una contribución obligatoria de nómina de los empleados (3%) y empleadores (6%). Se calculan alrededor de 300 fondos diferentes que cubren más del 50% de la población nacional (Cetrángolo & Goldschmit, 2018).

Como parte de estas obras sociales, hay 24 obras sociales Provinciales (OSP), uno por cada provincia, que cubren alrededor de 5 millones de empleados del sector público y sus dependientes. Por otra parte, las Obras Sociales Nacionales (OSN) se asociaban con distintos sectores industriales que tenían un derecho monopólico de la fuerza formal de cada sector laboral. Por lo tanto, antes de la reforma, a los diferentes grupos de trabajadores no se les permitió elegir a qué fondo afiliarse.

El ente de regulación y control de los actores del sector es la Superintendencia de Servicios de Salud y tiene la misión de asegurar el cumplimiento de las políticas del área para la promoción, preservación y recuperación de la salud de la población y la efectiva realización del derecho a gozar de las prestaciones de salud establecidas en la legislación

vigente. De este modo, se encarga de establecer el paquete de cobertura mínima que se incluye en el seguro de salud de cada institución.

1.3 Antecedentes Históricos

El sector de la salud es uno de los sectores de política social más complejos en el país. Esto se debe principalmente a la coexistencia de tres subsistemas: a) la salud pública; b) la seguridad social, que también incluye los seguros o fondos sociales nacionales y provinciales y el Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados (Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, INSSJyP, conocido comúnmente como PAMI); y, c) la salud privada. Así, se representa a menudo como muy fragmentado, heterogéneo y desigual, tanto en términos de su organización y financiación, y el acceso que proporciona a los servicios de salud.

Históricamente, la Seguridad Social se incorpora en nuestro país con la sanción de la Constitución Nacional del año 1949, expresión máxima del constitucionalismo social; en ella se asienta a la misma como “el derecho de los individuos a ser amparados en caso de disminución, suspensión o pérdida de su capacidad para el trabajo”. Puede verse en este primer acercamiento legislativo a la Seguridad Social en una íntima relación con la fuerza de trabajo en forma individual.

En el año 1957, con la modificación de la Constitución Nacional, se bifurca y se le comienza a dar status y mayor autonomía a la Seguridad Social, considerando que en los arts. 14 y 14 bis de la Carta Magna - actualmente vigentes – se reconocen los derechos del trabajador, de las asociaciones gremiales y por último la obligación del Estado de otorgar los beneficios de la Seguridad Social con carácter de irrenunciable e integral.

En la década de 1990, Argentina pasó por una reforma del sector de salud que formaba parte de un proyecto de reestructuración económica y social más amplio basado en un proceso neoliberal (Lloyd-Sherlock, 2005). La reforma puso especial énfasis en la descentralización y la reestructuración del sistema. Sus objetivos fueron principalmente la reforma del sistema de seguro social de salud, con el objetivo de conformar sólo dos sectores: uno impuesto-financiado y otro en el que las obras sociales y el sector privado competirían por sus propias cuotas de mercado.

1.4 Principios rectores de la seguridad social

La seguridad social ha surgido en los últimos años como un concepto clave que busca integrar una variedad de medidas para construir sociedades más justas e inclusivas, y garantizar un mínimo nivel de vida para todos. Si bien la seguridad social puede adaptarse a las necesidades específicas de ciertos grupos de la población, en particular, se considera que la seguridad social es un mecanismo fundamental para contribuir a la plena realización de los derechos económicos y sociales de la población.

Siguiendo las ideas de Canclini (2004), se pueden identificar los siguientes principios rectores de la seguridad social

- **Universalidad:** La Seguridad Social no debe circunscribirse al sector de los trabajadores, sino que debe propagarse a todos los individuos de la sociedad, puesto que una necesidad de cualquiera de ellos debe ser atendida por los demás, en pos de mantener la estructura social.
- **Integralidad:** Es divulgada a nivel mundial la idea de la Seguridad Social atendiendo a la totalidad de las contingencias que conmueven al hombre y no simplemente a aquellas afines a su situación laboral.
- **Solidaridad:** Es uno de los principios éticos fundamentales de la Seguridad Social, por implicar la plataforma de su estructura ya que lo que se proporcione puede no ser proporcional a la contribución que se realiza.
- **Unidad:** Se trata de instituir una dirección común, que organice el esfuerzo, atribuyendo, en forma real a quien los necesite, los beneficios, prestaciones y coberturas. Este principio se establecerá a través de la unidad legislativa y de criterios únicos para apreciar las contingencias.
- **Subsidiariedad:** La Seguridad Social no debe competir, en la satisfacción de necesidades, con aquellas organizaciones creadas por el hombre, sino que será función del Estado ser cogestor del sistema de Seguridad Social y controlador del mismo.

1.5 Principales transformaciones recientes en el sector de la salud

Las reformas introducidas durante la década de 1990 promovieron la apertura comercial, la desregulación de algunos mercados y la privatización de empresas públicas. El sector de la salud no se encontró exento de este proceso. Por ejemplo, se argumentó que la libre elección aumentaría la competitividad de los seguros, el logro de una mayor

eficiencia en la asignación de recursos, que debe ir acompañada por una mayor autonomía por parte de los hospitales públicos (Jaimarena Brion, 2017). Por lo tanto, el gobierno nacional promovió la figura de los hospitales públicos autogestionados (Hospitales Públicos de Autogestión), autorizar las instituciones públicas de cobrar por los servicios prestados a sus miembros afiliados.

Las reformas introducidas en la década de 1990 tienen sustento en conceptos que son defendidos por organismos internacionales, entre ellos se destacan el triple enfoque para políticas públicas propuestas por el Banco Mundial (1993) : garantizar el aumento de ingresos de los pobres y de las inversiones en educación; reorientar el gasto público en salud hacia programas de alta eficacia (focalización), y facilitar la mayor diversidad y competencia en el financiamiento y la prestación de servicios de salud, con la incorporación del financiamiento privado y el fortalecimiento de los mercados de seguros privados. Entre las recomendaciones para optimizar el gasto público en salud se destacan: reducir el gasto público en centros asistenciales de nivel terciario, formación de especialistas y servicios de escasa eficacia en función de costos; financiar y asegurar la adopción de un conjunto de medidas de salud pública (externalidades) (Banco Mundial, 1993);

Siguiendo esta línea de reformas, el decreto nacional 9/93 establece:

“Que la libertad para elegir la obra social contribuirá a la eficiencia del sistema de obras sociales por el clima de mayor competencia que se derivará de esta situación, que implica incorporar un novedoso mecanismo de control sobre la administración de los recursos a cargo de los propios beneficiarios. Que esto implica reconocer que no sólo es necesario explicitar los derechos de los trabajadores, sino también brindar los mecanismos para que éstos puedan ser ejercidos. La mayor competencia incentivará el control sobre la calidad de las prestaciones a partir del protagonismo activo de los beneficiarios, liberando al Estado para concentrar su capacidad de fiscalización en aspectos del sistema que no pueden ser vigilados por los propios usuarios. Que por todo lo expuesto se propicia la libertad de afiliación y la desregulación de la contratación de los prestatarios de los

servicios relacionados al cuidado de la salud. Que el presente se dicta en uso de las facultades emergentes del artículo 86 inciso 2) de la Constitución Nacional”.

1.6 Conclusión Parcial

Con la creación de la Dirección Nacional de Salud Pública y Asistencia Social (que más tarde se transformó en el Ministerio de Salud) se dio el primer paso al reconocimiento del sistema de salud público. En la Reforma Constitucional de 1949, la Seguridad Social llega a su máxima expresión. Con la siguiente reforma de la Constitución, realizada en 1957, se le da un mayor status y autonomía a la Seguridad Social, obligándose el estado, a otorgar beneficios con carácter irrenunciable e integral.

La salud, en su interpretación amplia, integra el concepto de persona y, aún más, trasciende la visión individual para conformar un valor de la comunidad, ya que la plena realización colectiva fortalece y asegura la salud personal. Dada esta interacción entre la persona y la comunidad para abordar la problemática sanitaria de la ciudadanía se requiere un tratamiento solidario pues lo que beneficia o perjudica al conjunto se traslada al individuo.

En este sentido, el sistema de obras sociales fue una de las respuestas que elaboró la sociedad frente a los desafíos y carencias que plantea el tratamiento solidario de los problemas que subyacen a la atención de la salud. En tal sentido el nacimiento del sistema y su desarrollo significó un importante instrumento de justicia social. Las obras sociales se formaron a partir de la acción organizada de agrupaciones gremiales de trabajadores, lo que en la actualidad se mantiene vigente en las reglamentaciones provinciales.

Por otra parte, a partir de las reformas aplicadas en la década de 1990, la libre elección establece manifiestamente que a los trabajadores les asiste el derecho a elegir la obra social, el cual está por encima de la voluntad de corporaciones o instituciones del Estado de conculcar los derechos de los ciudadanos. Así planteado el estado de la cuestión, los efectos interactivos tanto individuales como colectivos definen la naturaleza del cuidado de la salud y vuelve ineludible el análisis de las estructuras y sistemas relacionados con su atención, los cuales deben ser utilizados con el doble objetivo de producir resultados óptimos tanto en lo individual como en lo colectivo.

Respecto de las reformas aplicadas en la década de 1990, se introdujeron a nivel nacional reglamentaciones que propiciaban la libre elección por parte del beneficiario, al autorizar al afiliado a cambiar de obra social transfiriendo hasta el 90% de su aporte a un prestador de su elección.

Teniendo como criterio rector la lógica de la competencia en el funcionamiento del sistema de obras sociales, las modificaciones realizadas alcanzaban el arco institucional que abarcaba tanto a las obras sociales sindicales, fundaciones, asociaciones de consumidores, universidades, empresas de medicina, prepaga y hospitales.

CAPÍTULO 2. OBRAS SOCIALES

2.1 Introducción

En el presente capítulo se definirá a la Obra Social y su composición, haciendo una breve referencia a su aparición histórica. Se repasará el marco normativo tanto del régimen nacional de obras sociales como del régimen provincial de las mismas, para luego (finalizando el presente) detenernos en el estatuto que da vida al IOSEP).

2.2 Conceptualización

El régimen de obras sociales argentino compone un sistema de seguro social de salud y se encuentran encaminados a cubrir al trabajador en caso de problemas circunstanciales como ser los riesgos de enfermedad propia y de sus familiares inmediatos. Así, las obras sociales son organizaciones de la seguridad social, financiadas mediante el aporte y la contribución obligatorios, de trabajadores y empleadores – respectivamente–, sujetas a contralor estatal e integradas al Sistema Nacional del Seguro de Salud, cuyos fines son la prestación de servicios de salud y sociales a los beneficiarios, los que tienen la opción de elegir afiliarse a la Entidad que le ha de prestar esos servicios.

2.3 Antecedentes Históricos

Haciendo un breve recorrido de la historia del sistema de salud argentino, las primeras referencias del sistema de obras sociales estuvieron relacionadas con las instituciones mutuales desarrolladas por las asociaciones obreras desde fines del siglo XIX.

El primordial objetivo del mutualismo residía en resguardar los intereses y mitigar los riesgos de sus afiliados frente a las eventualidades relacionadas con la enfermedad, el accidente laboral, el desempleo y la muerte. Empero, serían las mutualidades constituidas por criterios de nacionalidad las que predominarían entre una población eminentemente, inmigratoria. En efecto, en 1910 sólo el 10 % del total de afiliados al mutualismo correspondía a las mutuales obreras (Teitelbaum, 2011).

Los trabajadores a través de sus organizaciones sindicales resolvieron a mediados del siglo XX llevar adelante el desarrollo de estructuras sociales que dieran solución a la problemática de la salud y sus determinantes, en pleno auge del desarrollo industrial y en el marco del nacimiento de un movimiento político que colocaba en el centro de la escena a la clase trabajadora. En este sentido, como clase social en pleno crecimiento habían

acumulado poder político para constituirse en artífices de la resolución de sus problemas de salud y participar activamente en satisfacer sus necesidades, en concordancia con el desarrollo de una concepción de Estado que comenzaba a bregar por el bienestar de sus ciudadanos.

El salto cualitativo en el desarrollo de las mutuales y obras sociales obreras se plasmaría durante el gobierno peronista en la década de los cuarenta. Dicho fenómeno implicaría una nueva relación entre estado y sindicatos que estimularían la expansión del sistema de obras sociales. Un acontecimiento fundacional en esta dirección lo constituye la creación en 1944 de la Comisión de Servicio Social que se encargaría de promover el desarrollo de servicios sociales en cada una de las distintas categorías ocupacionales (Alonso, 1993)

En las postrimerías de la década de 1930 el sistema se organiza como parte de la seguridad social, ya que desde ese entonces comienza a ser financiado por una contribución patronal y un aporte del trabajador.

Es de tener en cuenta que, de acuerdo a Cetrángolo & Goldschmit (2018) históricamente, el sistema de seguro social de salud no tuvo nunca una relación directa entre las contribuciones realizadas y los beneficios recibidos. Así planteada la realidad, los empleados dependientes están cubiertos, aunque pueden también, ampliar la cobertura a otros miembros de la familia.

2.4 Marco Normativo

Tanto las obras sociales nacionales como las provinciales, cuentan con sus respectivas reglamentaciones. Así, las obras sociales nacionales se encuentran regidas por la Ley 23.660 e íntimamente relacionada con la Ley 23.661 y los Decretos Reglamentarios 03/93 y 576/93. Las obras sociales provinciales, se organizan y administran en torno a las leyes provinciales dictadas a tal efecto, cuya facultad surgiría del Art. 125 de la Constitución Nacional.

2.5 Régimen Nacional de Obras Sociales

Las obras sociales son organizaciones de la seguridad social, financiadas mediante el aporte y la contribución obligatorios, de trabajadores y empleadores sujetas a contralor estatal e integradas al Sistema Nacional del Seguro de Salud. El sistema de obras sociales argentino constituye un sistema de seguro social de salud. Como toda institución de seguro social sus servicios y prestaciones están dirigidos a cubrir al trabajador ante distintas contingencias, en el caso en cuestión, frente al riesgo de enfermedad propia y de sus familiares directos

La Ley 23.661 considera a las obras sociales como agentes del Seguro de Salud (Art. 2)¹, lo que también queda ratificado en el artículo 3 de la ley 23.660 cuando establece que:

"en lo referente a prestaciones de salud (las obras sociales) formarán parte del Sistema Nacional del Seguro de Salud -en calidad de agentes naturales del mismo-, sujetos a las disposiciones y normativas que lo regulan"

De este modo la Ley 23.660 alcanza a las siguientes clases de obras sociales:

- a) las pertenecientes a sindicatos con personería gremial.
- b) los institutos de administración mixta, como el PAMI
- c) las obras sociales de la Administración central del Estado nacional, sus organismos descentralizados y empresas públicas.
- d) Las relacionadas al personal de dirección y de las asociaciones empresariales.
- e) las obras sociales surgidas por convenio con empresas tanto privadas como públicas (Luzuriaga, 2012).

De esta manera, el inventario descrito alcanza a las obras sociales del personal civil y militar, tanto activo como retirado, de las Fuerzas Armadas y de Seguridad en el caso de que adhieran al régimen de la ley. Conjuntamente de las reguladas por la ley 23.661 están las obras sociales provinciales, municipales del Poder Legislativo y Judicial.

¹ El seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva. Se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales, cualquiera sea su naturaleza o denominación, las obras sociales de otras jurisdicciones y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye, las que deberán adecuar sus prestaciones de salud a las normas que se dicten y se regirán por lo establecido en la presente ley, su reglamentación y la ley de Obras Sociales, en lo pertinente

En resumen, las más importantes normas que instituyen las leyes 23.660 y 23.661 se refieren a las siguientes cuestiones (Alonso, 1993):

- a) **Función principal:** Las obras sociales corresponden asumir a la prestación de servicios de salud como el objeto esencial de su actividad, en virtud de lo cual quedan obligadas a destinar el ochenta por ciento la percepción a tales finalidades.
- b) **Cobertura:** la población cubierta por las obras sociales, cuya afiliación es imperativa, está conformada por los trabajadores en relación de dependencia, tanto en el sector privado como público, ya sea en el nivel del Poder Ejecutivo, organismos descentralizados, empresas públicas, en la Municipalidad de Buenos Aires. Conjuntamente están alcanzados los jubilados y pensionados de jurisdicción nacional. Están asimismo comprendidos como beneficiarios, los grupos familiares primarios y personas a cargo del titular. A su vez la ley 23.661 extiende la cobertura al conjunto de la población, al incorporar como beneficiarios a los trabajadores autónomos y a toda persona con residencia estable en el país que carezca de cobertura médico asistencial.
- c) **Financiamiento del sistema:** el art. 16 de la ley 23.660 establece un aporte del asalariado proporcional al 3% del salario y una contribución patronal equivalente al 6% del salario.
- d) **Titularidad patrimonial modo de administración:** De acuerdo al artículo 12 de la ley 23.660 "Las obras sociales sindicales son patrimonio "de los trabajadores que las componen". Esto implica que su conducción quedará a cargo de una autoridad sindicada, dispuesta por cinco miembros designados por el sindicato con personería gremial de la rama de actividad correspondiente y de acuerdo a lo que establezcan los estatutos de la obra social (Teitelbaum, 2011).
- e) **Organismos de control:** La ley 23.661 crea la Administración Nacional del Seguro de Salud (Anssal), cuyo funcionamiento se dará en el ámbito de la Secretaría de Salud de la Nación (Nuñez, 2015). Se le reconoce personalidad jurídica y autarquía individual, financiera y administrativa como entidad estatal de derecho público, por lo tanto, queda facultada para ejecutar el total de los ingresos que recaude (Alonso, 1993). Las obras sociales están obligadas a presentar anualmente ante la Anssal tanto el programa previsto de prestaciones para los asociados, el presupuesto para su cumplimiento, y a la sazón el balance social y económico correspondiente al período anterior. Dicho organismo tiene

competencia en la aprobación del balance anual de las obras sociales y podrá presentar la intervención de instituciones que exhiban irregularidades en su funcionamiento y llevará un registro de obras sociales.

2.6 Régimen Provincial de Obras Sociales

Los institutos provinciales de obra social se produjeron a imagen y semejanza de las obras sociales nacionales. Desde el año 1955, en que se creó la primera OSP en la provincia de San Juan, paulatinamente se fueron dictando leyes especiales de creación de institutos provinciales que con distintas denominaciones (Caja de Servicios Sociales, Institutos de Previsión Social, Institutos de Seguros, etc.) y funciones (servicios previsionales y de salud), constituyen en la actualidad –reconversión y/o transformación de por medio– las denominadas OSP

Los institutos provinciales de Obra Social ofrecen cobertura de salud a los empleados públicos provinciales y municipales, los cuales se encuentran compuestos por docentes y personal administrativo, policial, entre otros, y sus grupos familiares. Según los datos publicados por los autores, existen 24 institutos provinciales de obra social, que proveen servicios a cerca de 7 millones de afiliados (Cetrángolo & Goldschmit, 2018, pág. 15). Cabe subrayar que una de las particularidades de las obras sociales provinciales es que poseen un mercado cautivo, en razón de que, dentro de la legislación vigente en cada provincia, sus afiliados no tienen libertad de elección para su protección, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de obras sociales nacionales.

Las OSP están agrupadas en el Consejo de Obras y Servicios Sociales de la República Argentina (COSSPRA). Esta institución civil sin fines de lucro nació en el año 1966 y contiene a las veintitrés obras sociales provinciales y a la obra social de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Las leyes de creación de las obras sociales provinciales poseen un denominador común que las caracteriza: su dictado se produjo en períodos de gobiernos de facto (Jaimarena Brion, 2017). Resulta importante tener en cuenta que las normas sanitarias del siglo pasado, en donde la salud no era considerada un derecho, forman parte de las expresiones y paradigmas culturales de la época que vivenciaba la sociedad en el siglo pasado. Legislación que, según Jaimarena Brion, (2017) ubicaba en las fronteras de su regulación a la persona y que colocaba en el centro de su atención, esencialmente, legislar sobre cuestiones relacionadas con el modelo bio médico

propio del clima de época (hipocrático / paternalista / hegemónico) y con la estructura de la atención / negocio de la salud.

Continuando con la descripción de las OSP, estas funcionan con autarquía administrativa, sin perjuicio del control administrativo que el Estado provincial ejerce sobre ellas, y satisfacen un bien de interés público: la prestación del servicio de salud a sus beneficiarios. De acuerdo a Jaimarena Brion, (2017) la filosofía que fundamenta el accionar de las OSP se asienta en la doctrina y los principios de la seguridad social, la cual se expresa en la Constitución Nacional (CN), en su artículo 14 bis, en donde se establece que: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable.” De este modo, el cimiento de la seguridad social es la solidaridad ya que las OSP preservan a los trabajadores/empleados públicos (afiliados obligatorios) y sus grupos familiares primarios, contra las consecuencias económicamente desfavorables provocadas por las contingencias sociales de los estados de enfermedad, brindándole a esos fines, servicios de salud integrales.

Por otra parte, el propósito de estas organizaciones de la seguridad social es el de prestar servicios de salud (y sociales) a sus afiliados-beneficiario, por medio de terceros. Los afiliados-beneficiarios de las OSP son los empleados públicos (y sus grupos familiares) del Estado provincial. Las leyes de creación de las obras sociales provinciales establecen que los beneficiarios necesarios de los entes que se crean, son los empleados de la administración pública. Ello implica indefectiblemente la obligatoriedad de todo trabajador-empleado público de la administración pública provincial de afiliarse a la OSP de la jurisdicción a partir de que adquiere el carácter de afiliado. La norma adjudica al empleado público el carácter de cotizante, por lo que debe ingresar al fondo común de la obra social un porcentaje de su remuneración en calidad de aporte (Jaimarena Brion, Obras Sociales Provinciales, 2017) Consiguientemente, el empleado público al ser afiliado reviste en sí la figura de beneficiario, con lo cual adquiere el derecho a las prestaciones médicas (y sociales) que brinda la OSP.

En general, las obras sociales provinciales reconocen como beneficiarios a los empleados de la administración pública provincial.

Con respecto a la financiación del sistema de Obras Sociales Provinciales (OSP) es contributivo, dado que concurren el trabajador y el empleador (seguro de salud) (Jaimarena Brion, Libertad de elección de obras sociales, 2017). Las leyes provinciales que regulan a las OSP fijan el quantum de los aportes obligatorios en cabeza de los

empleados públicos entre el 3% y el 5% de las remuneraciones del sector activo y pasivo –igual respecto de los aportes de las personas que se incorporan voluntariamente al sistema–. Hay que agregar los recursos económicos que destina cada jurisdicción provincial. Además, se prevén aportes adicionales para familiares que no entran en la definición de grupo primario o que exceden determinado número. La recaudación, por último, se complementa con otro tipo de ingresos donde el más conocido es el copago.

2.7 Breve Historia del IOSEP

Dentro de esas Obras Sociales Provinciales, encontramos al Instituto de Obra Social del Empleado Provincial (I.O.S.E.P.) que nació en la década de los 60. Actualmente forma parte del conjunto de obras sociales provinciales más importantes de Argentina, conformado por 23 obras sociales más la de la ciudad autónoma de Buenos Aires la que equivale a 24 similares. Su eje es la prestación de servicios médicos y paramédicos, destinados a la atención de la salud de los empleados de la administración pública provincial y municipal. El I.O.S.E.P. es una entidad de derecho público que goza de personería propia, autonomía funcional y recursos propios que la hacen funcionar independientemente del resto de la administración pública. A través de los años sus prestaciones se fueron incrementando, pero ha sufrido los embates propios de las distintas realidades económicas del país. A lo largo de sus años de existencia, estuvo regida por las siguientes Leyes: la N° 3.303 sancionada el 16 de septiembre de 1965, la ley N° 3.660 de creación del Instituto de Seguridad Social de la Provincia en la que se encontraba inserta con la caja de jubilaciones (1971-1972-1973) y la actual ley N° 4021 de mayo de 1974. Abrió sus puertas el 1 de febrero de 1966 y desde entonces adquirió una importancia y envergadura, que la ubican como una de las mejores Obras Sociales de su tipo en el país. Para finalizar cabe acotar que cuenta con un plantel de 434 empleados, 23 agencias y sub agencias dentro de la provincia y 3 fuera de la ella.

2.7.1 Estatuto del Instituto de Obra Social del Empleado Provincial

Como mencionáramos ut supra, el Instituto de Obras Social del Empleado Provincial de la provincia de Santiago del Estero, fue creado en la década del 60 por la ley provincial N° 3.303. En la actualidad, este instituto se encuentra regido por la Ley Provincial N° 4021, la cual consta actualmente de 42 artículos. La misma, deroga la Ley N° 3660 que creaba el instituto de seguridad social el cual se encontraba inserto en la caja

de jubilaciones. Restablece su vigencia y fija domicilio en la capital de la provincia. Establece a través de sus varios incisos, quienes son sus beneficiarios en carácter OBLIGATORIO, como así también la cobertura sobre el grupo familiar y de personas a cargo del titular.

Al respecto, la Ley Provincial N° 4021 entre sus puntos más sobresalientes en la materia que aquí nos compete, establece lo siguiente serán beneficiarios del IOSEP en carácter de afiliados obligatorios, tanto los funcionarios, empleados y obreros dependientes de los tres Poderes del Estado Provincial ya sean autoridades superiores, de planta permanente o cuyos servicios se hubieran contratado , jubilados y pensionados; los funcionarios y empleados de la Municipalidad de la Capital y del Interior de la Provincia, Comisiones Municipales y los que estuvieran vinculados en forma directa a ellas siempre que soliciten acogerse al presente régimen; los encargados del Registro Civil y obreros jornalizados, previo consentimiento prestado en forma especial; los funcionarios y empleados de cualquier carácter de reparticiones y organismos descentralizados y autárquicos provinciales; los funcionarios y empleados de cualquier carácter dependientes de Empresas del Estado Provincial y de sociedades de economía mixta con participación estatal mayoritaria; los sindicatos, gremios, asociaciones de profesionales y personas jurídicas públicas que soliciten acogerse al régimen de la presente Ley, con los cuales el IOSEP, no podrá suscribir convenios generales o especiales.

Por otra parte, en el artículo 5 de la ley se indica que la afiliación involucra además al cónyuge o conviviente. En este último caso, siempre que ambos sean de distinto sexo, separados de hecho o legalmente, solteros viudos o divorciados y demuestren fehacientemente haber convivido públicamente en aparente matrimonio, durante por lo menos cinco (5) años. Los hijos varones también se suman a la afiliación, hasta los dieciocho años de edad y las hijas mujeres solteras hasta los veintiún años de edad². Por último, se suman los padres del afiliado directo.

En el artículo 18, la presente ley establece que la afiliación será obligatorio para todo el personal aludido en el Artículo 4, con excepción de aquellos empleados que por

² Los hijos que cursen estudios secundarios, superiores o terciarios no universitarios y universitarios, podrán continuar gozando de los beneficios hasta la edad de veinticinco años, siempre que se acredite debidamente que permanecen a cargo del progenitor titular y acrediten mediante la documentación que legalmente correspondiere, que dichos estudios son cursados normalmente (Artículo 5).

el mismo cargo, ocupación u oficio trabajen en instituciones públicas en las que existan servicios asistenciales de afiliación obligatoria; de los jubilados y pensionados que residan fuera de la Provincia; los magistrados; jueces, autoridades electas y funcionarios cuyos sueldos o dietas no puedan ser disminuidos o gravados, en virtud de disposición constitucional o legal vigente, para los cuales será optativo. A su vez quedan exceptuados de la obligatoriedad contenida en este artículo los empleados que trabajen fuera de la Provincia.

2.7.2 Conclusión Parcial

La normativa tanto nacional como provincial en materia de obras sociales es clara respecto a su organización, funcionamiento y composición. Las primeras, a través de sus leyes 23.660, 23.661 y decretos reglamentarios N° 9/1993 y 576/1993 fijan un régimen de carácter “mutable” para sus beneficiarios/afiliados, es decir, su normativa les permite a éstos, optar por las obras sociales de su conveniencia (cualquiera que fuese).

Los regímenes provinciales están amparados para su constitución y funcionamiento por el Art. 125 de la Constitución Nacional. Estos sistemas, son resultado del sistema de gobierno federal dominante en Argentina, ya que las provincias cuentan con sus propios regímenes y organismos previsionales, los cuales, ordinariamente están compuestos por el personal de la administración pública provincial, como así también las cajas de profesionales. Las provincias desde siempre han previsto un régimen previsional propio para sus agentes estatales, pues son los estados provinciales los que desarrollan tareas que no fueron transferidas a la Nación.

Esto permite que las leyes de creación de las obras sociales provinciales establezcan la obligatoriedad de afiliación para beneficiarios necesarios de los entes. Estas reglamentaciones y marcos normativos son resultado del sistema de gobierno federal dominante en Argentina, ya que las provincias cuentan con sus propios regímenes y organismos previsionales, los cuales, ordinariamente están compuestos por el personal de la administración pública provincial, como así también las cajas de profesionales

Sin embargo, de acuerdo al Artículo 126 de la Constitución Nacional, las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación. No pueden celebrar tratados parciales de carácter político; ni expedir leyes sobre comercio. A su vez, las disposiciones

reglamentarias de las provincias van en contra de lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución nacional que expresa que tanto 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.

CAPÍTULO 3: LIBERTAD DE ELECCIÓN DE LAS OBRAS SOCIALES

3.1 Introducción

En el presente capítulo se abordará brevemente el concepto de libertad de elección, marco normativo internacional y nacional en materia de derecho a la salud. Finalmente se expondrán la conclusiones del capítulo donde se expondrán las posiciones respecto de la libertad de elección de las obras sociales .

3.2 Libertad de elección

El concepto de libertad es una noción que se relaciona con la autonomía y no interferencia de terceros en el proceso de decisión individual. En este sentido, la autonomía guarda relación con la capacidad de las personas de adoptar decisiones por sí mismas. La no interferencia, por su parte, es una noción que hace referencia a la no intrusión o invasión por parte de terceros en el ámbito de las decisiones individuales. De acuerdo a Trucco (2017) esta faceta de la libertad ha sido enfatizada por la corriente libertaria de pensamiento, la misma que pone de relieve la autonomía de las personas en su proceso de toma de decisiones y acciones, así como su derecho a que terceros no interfieran en dicho proceso.

3.3 Marco Normativo Internacional

En el plano del derecho internacional, el derecho a la salud se encuentra contemplado y garantizado en diferentes instrumentos internacionales y declaraciones constitucionales de derechos sociales. Así, en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud de 1946, se declaró que el goce del grado máximo de salud que se puede lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

El concepto fue receptado dos años más tarde en la Declaración Universal de Derechos Humanos, donde se estableció en el art. 25. el derecho a un nivel de vida adecuado, con expresa mención a la asistencia médica y al derecho al seguro en caso de enfermedad; y en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12.1 17 reconoció el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. En 1967, en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), se afirmó que el trabajo debe prestarse en condiciones que aseguren, entre otros aspectos, la salud del trabajador y su familia.

Ese “estado de completo bienestar físico, mental y social” como define a la salud la declaración de la organización Mundial de la Salud (OMS) proclama el derecho a la salud como un derecho social, reconociendo que el goce del grado máximo de salud es uno de los derechos fundamentales del ser humano, mientras que la Declaración Universal de los Derecho Humanos (1948) contiene explícitamente el reconocimiento de la asistencia médica y del derecho al seguro en caso de enfermedad, como partes inescindibles del derecho a la seguridad social.

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016) en el artículo 12, el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y demanda a los Estados partes la adopción de medidas para asegurar a todos asistencia médica en caso de enfermedad.

En el mismo sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé en el artículo 26 la responsabilidad de los Estados Partes de adoptar, en la medida de los recursos utilizables, las disposiciones que permitan la efectividad de los derechos sociales enunciados en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, cuyo artículo 33 enuncia que, entre los objetivos que deben ser alcanzados para contribuir al desarrollo integral de los sujetos, está la defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, que prevé en el artículo 12 el derecho de toda mujer al “acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia” y a los “servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario [asegurándole] una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”, concediendo al Estado el compromiso de lograr dichos objetivos.

La Convención sobre los Derechos del Niño, que reconoce en el artículo 24 “...el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud y expresa que los Estados Partes tienen la responsabilidad de asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”.

La Constitución Nacional recibió este principio rector de la vida en sociedad dentro del concepto más amplio de la seguridad social, en el art. 14 bis, cuando establece

que: “El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones”.

Por otra parte, el artículo 42 de la Constitución Nacional expresa que 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.

A su vez, en el artículo 75 de la Constitución Nacional, inciso 22 y 23 se expresa que “Corresponde al congreso aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Es de tener en cuenta que, según este artículo, los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

Por otra parte, el inciso 23 del artículo 75 expresa que es responsabilidad del congreso:

“Legislar y promover 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, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”

3.1 Derecho de libre elección

El derecho a la salud compone uno de los derechos humanos esenciales, los cuales son todos aquellos que preexisten a la sociedad y al Estado, ya que incumben a la persona humana por su condición de tal y por el sólo hecho de serlo. Además de su reconocimiento, empero, los ciudadanos tienen derecho a su amparo no sólo por el Estado nacional sino asimismo en el ámbito internacional.

En tal sentido cabe señalar que la llamada pirámide jurídica, se ve significativamente modificada en lo referente al orden de anticipación de las diferentes normas, a partir de la reforma constitucional de 1994, que en el artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (CN) establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía

superior a las leyes. El mismo art. 75, inc. 22 otorga de manera directa jerarquía constitucional a once instrumentos internacionales de derechos humanos que enumera taxativamente³, pero conjuntamente prevé que, mediante un procedimiento especial, otros tratados de derechos humanos puedan alcanzar también jerarquía constitucional.

De este modo, la protección de la vida y de la integridad psicofísica de la persona humana, queda desplazada de los derechos individuales para enmarcarse en los derechos sociales y colectivos, se enfatizó a partir justamente de la referida reforma del texto constitucional, que otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, afianzando la supremacía de la persona (Galdós, Jorge Mario, *La Ley*, 2008). Conforme a lo establecido por la CN, la salud es un derecho colectivo, público y social de raigambre constitucional, anclado en el artículo 42 de la Constitución Nacional que declara que: “Los consumidores 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”.

De acuerdo a Jaimarena Brion (2017) el derecho a la libre elección de obra social establece el derecho que tienen los afiliados titulares de las obras sociales nacionales (OSN) a elegir una obra social que no se corresponden a la actividad, rama, oficio, etcétera. Es decir, se trata de la libertad del beneficiario para escoger un agente diferente al originario.

Siguiendo con el trabajo de Jaimarena Brion (2017) El derecho a la libre elección de obra social contiene notas específicas que lo describen y caracterizan:

1) Régimen exclusivo: Dicho dispositivo impide la migración de beneficiarios. En los casos de las Obras Sociales Provinciales (OSP) y obras sociales que se encuentran por fuera del sistema de las leyes 23.660 y 23.661 como ser las obras sociales del Congreso de la Nación; Dirección de Asistencia Social; Poder Judicial de la Nación; Legislatura de

³ La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño

la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tienen en cuenta el derecho de libre elección de obras sociales.

2) Derecho del titular: se trata de un derecho que incumbe únicamente al afiliado titular de una de las obras sociales del sistema nacional, que podrá ejercer libremente en forma personal. Sin embargo, este derecho no alcanza a los beneficiarios integrantes del grupo familiar primario o por quienes reciben un manifiesto trato familiar.

3) Beneficiarios excluidos: se excluye de este derecho a los trabajadores que se encuentren en el período de tres meses posteriores a la extinción de su relación laboral, cuya cobertura se encuentra a cargo de la obra social a la que se encontraban afiliados durante aquélla.

4) Obras Sociales habilitadas: el derecho a la libre elección en el sistema puede ser ejercido por titulares afiliados únicamente a obras sociales respecto de las cuales está permitida la salida o migración, eligiendo solamente a obras sociales admitidas para ser elegidas.

5) Zona de actuación de la obra social: la libre elección solo es factible en relación a las opciones que se encuentren en las obras sociales habilitadas a ese efecto, siempre y cuando los afiliados correspondan a la zona de cobertura.

6) Inoponibilidad: la obra social no se puede negar a la solicitud de ingreso por el ejercicio del derecho a la libre elección, ni establecer condiciones para ello, o exigir exámenes médicos previos, imponer periodos de carencias, establecer exclusiones por patologías o efectuar discriminaciones de ninguna naturaleza.

7) Unidad de obra social: en el caso de que el matrimonio se encuentre afiliado, y no se encuentre alguno de ellos en las incapacidades previstas reglamentariamente, podrán asociarse a un único agente de seguro, almacenando sus aportes y contribuciones.

8) Oportunidad: El beneficiario titular puede ejercer el derecho a la opción de cambio desde el momento mismo del inicio de la relación laboral (Decreto 1400/01), eligiendo una obra social del Listado de Obras Sociales Sindicales. La elección de cambio puede realizarse una vez al año.

3.2 Precedentes Jurisprudenciales

A continuación se comentarán algunos fallos que muestran una tendencia jurisprudencial progresiva, elaborada por tribunales inferiores y la propia Corte, que toman muy seriamente la jerarquía constitucional del derecho a la salud.

El titular del juzgado en Contencioso Administrativo y Tributario N° 2, Roberto Gallardo, hizo lugar a una medida cautelar solicitada en los autos “Waisman Monica Rut y otros c/ GCBA s/ Amparo” y dispuso que el GCBA “se abstenga de aplicar la restricción al derecho de elección de obra social establecido por el artículo 37 de la ley local 472⁴”. La medida fue planteada en el marco de una acción de amparo colectiva que presentaron los médicos en su carácter de empleados de la Ciudad de Buenos Aires ya que consideraban que el derecho a elegir la prestadora de servicios le había sido virtualmente “denegado” mediante la sanción de ley 472, del 12 de septiembre de 2000, ya que la misma postergó hasta el primero de enero de 2003 la posibilidad de efectuar dicha elección.⁵

En este sentido la acción de amparo se dirigía en contra las disposiciones de la ley 472 que postergan el derecho de elegir libremente el agente del seguro de salud, y que se fundamenta en la ilegalidad de dicha postergación y el carácter inconstitucional del régimen instituido al considerar" al instituto demandado OSBA como ajeno al Sistema Nacional de Obras Sociales regulado por las leyes 23.660 y 23.661.

Por su parte el magistrado, apuntó que “el dictado del decreto 9/93 del Presidente de la Nación, con fecha 07 de enero de 1993 introduce el derecho de libre elección de obra social, para los beneficiarios comprendidos en los arts. 8vo y 9no de la ley 23.660, que podrán escoger su entidad prestadora dentro del conjunto comprendido por los incs. a, b, c, d y f, del art. 1ro de la ley 23.660. Es de destacar que, como fuera citado ut supra, los trabajadores en relación de dependencia de la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, estaban expresamente incluidos en el inc. “a”, del mentado art. 8vo de la ley 23.660”.

⁴ Se establece como plazo máximo la fecha del 1° de enero de 2003, para que la Ob.S.B.A. disponga su adhesión al régimen del Sistema Integrado Nacional regido actualmente por la Leyes Nacionales N° 23.660 y 23.661, sus normas complementarias y reglamentarias. A partir de esa fecha sus afiliados podrán ejercer la libertad de elección de su obra social y ésta quedará adherida a las normas legales antes citadas. Fuente: <http://www2.cedom.gob.ar/es/legislacion/normas/leyes/ley472.html>

⁵ Fuente: <http://www.diariojudicial.com/nota/42826>

Por otra parte, el pasado 1 de diciembre de 2015, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) se expidió en autos “Sindicato de Obreros de Estaciones de Servicios, Garages y Playas de Estacionamiento del Chaco c/EN (ANSSAL) revocando una sentencia que había declarado la inconstitucionalidad de los arts. 7 y 8 de la Res. 37/1998 de la Superintendencia de Servicios de Salud, que establece que las obras sociales pueden instalar delegaciones exclusivamente en aquellas jurisdicciones comprendidas en su ámbito territorial estatutario y que no estarán habilitadas para ser elegidas en ámbitos territoriales no contemplados en su estatuto registrado.

Se fundamenta la sentencia recaída en que la resolución de la salud entorpecía lo dispuesto en normas de jerarquía superior, que habían consagrado el derecho a la libre elección de la obra social para todos los beneficiarios del Sistema Nacional del Seguro de Salud -decretos 9/93 y 504/98 del PEN incurriendo ésta en un exceso reglamentario.

En sentido contrario, la CSJN resolvió reconocerle validez constitucional a las limitaciones territoriales que las obras sociales establecen para el ejercicio de sus funciones, entendiendo que la resolución 37/1998 no limita el derecho a la libre elección.

En otro fallo identificado, La jueza Patricia López Vergara, titular del juzgado N° 6 en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires, resolvió el pasado 24 de febrero conceder la acción de amparo impulsada por un empleado público porteño contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires a fin de ejercer el derecho a la libre opción de obra social previsto para todos los afiliados activos comprendidos en la Ley N° 472 que creó la ObsBA.

Por otra parte, en el Expte. n° 7889/11 “Tourriñan, Norma Susana y otros c/ GCBA y otros s/ amparo (art. 14 CCABA) s/ recurso de inconstitucionalidad concedido Susana Tourriñán, Martín Jorge Aguirre y Carlos Alberto Tourriñán iniciaron acción de amparo contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, la OBSBA) y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, el GCBA) “... a fin de que se ordene la inscripción de dicha obra social al Registro de Obras Sociales que administra la Superintendencia de Servicios de Salud, para que a su vez quede adherida a las leyes 23.660 y 23.661, tal lo dispuesto por la ley 472 en su art. 37 y de esa manera ejercitar el derecho de opción de los actores.

Relatan que en el año 2001 se mudaron a la localidad de Mar de Ajó, en el Partido de la Costa, pero allí se encontraron con la total falta de cobertura médica y de

medicamentos, imprescindibles ya que los tres accionantes padecen distintos problemas de salud: Norma Touriñán es portadora de DBI tipo II, y se encuentra afectada por problemas respiratorios crónicos, asma severo y epoc; Martín Aguirre es portador de fibrilación auricular crónica, y padece hipotiroidismo crónico y hernia hiatal; y Carlos Touriñán padece de miopía y astigmatismo elevados, con ambiopía en ambos ojos, para lo cual necesita un control permanente de su visión y anteojos de carácter permanente. Al formular las quejas respectivas ante la OBSBA, se les informó que ésta solo ofrece cobertura en Capital Federal y en función de ello, no llega a contemplar ningún tipo de protección directa en el Partido de la Costa.

El GCBA contestó demanda (fs. 146/155). Planteó su falta de legitimación pasiva, atento que la OBSBA, conforme lo dispone la ley 472, es una persona jurídica distinta del GCBA y en ella recae la obligación de inscribirse en el Registro de Obras Sociales que administra la Superintendencia de Servicios de Salud y realizar todo otro trámite administrativo necesario para posibilitar que sus afiliados ejerzan la libertad de elección de su obra social.

El Sr. Juez de primera instancia dictó sentencia, mediante la cual rechazó la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el GCBA, y desestimó la acción de amparo planteada (fs. 329/337). Fundamentó su decisión en que la libertad de elección reclamada por los accionantes poseía base legal y no constitucional (pues está consagrado en una norma legislativa, la ley 472), y era un derecho en expectativa, ya que dependía del cumplimiento de una condición (dictado de normas y disposiciones pertinentes) y de un plazo máximo (01/01/2003) a los que estaba supeditado su nacimiento⁶

3.3 Conclusión Parcial

Históricamente, el sistema de obras sociales se constituyó de modo tal que cada organismo ofreciese prestaciones de salud y otras prestaciones sociales únicamente a sus beneficiarios. Desde la sanción de la primera ley general del sistema 18610, el régimen jurídico estableció la obligación de todo trabajador de afiliarse a la obra social de su actividad, no estando autorizado a cambiar de obra social. En la década de 1990 se decretaron diversas normas que han reglamentado la libertad de elección de obra social por parte de los afiliados. Si bien no se produjo una desregulación del sistema de obras

⁶Fuente:http://www.tsjbaires.gov.ar/index.php?id=2811&cid=3974&fid=16&task=download&option=com_flexicontent&Itemid=1

sociales, se modificó el régimen jurídico que las administraba, suplantándose unas normas por otras. Dicho cambio de paradigma frente al sistema cerrado, se fundó en los principios de “libertad de elección de los beneficiarios” y de “libertad de competencia entre obras sociales”.

El derecho a la libertad consagrado internacionalmente, se ubican tanto en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12.1 17 que reconoció el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y en la en la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA), donde se afirmó que el trabajo debe prestarse en condiciones que aseguren, entre otros aspectos, la salud del trabajador y su familia.

A partir de las reformas constitucionales de 1994 la protección de la vida y de la integridad psicofísica de la persona humana, queda desplazada de los derechos individuales para enmarcarse en los derechos sociales y colectivos, se enfatizó a partir justamente de la referida reforma del texto constitucional, que otorgó jerarquía constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos, afianzando la supremacía de la persona. De esta manera se pretendía dar comienzo a la desestructuración de la demanda cautiva que al entender de los analistas de mercado del régimen era generada por la obligación de orientar los aportes hacia la OS que correspondía por rama de actividad y lugar de trabajo. Se desregula el sistema de obras sociales nacionales y se dota de libertad de elección a sus adeptos, quienes podrían cambiar de aseguradora una vez al año. Sin embargo, y luego de diversos cambios, posteriormente se instituyó que la elección quedaba limitada a las obras sociales del mismo tipo, no siendo posible el traspaso de una obra social nacional sindical a otra de personal de dirección o viceversa, ni desde una obra social a una empresa de medicina prepaga.

CONCLUSIÓN FINAL

La Organización Mundial de la Salud impuso el derecho a la salud como algo innato e inclusivo de todo ser humano a fin de darle acceso a los servicios de atención con una calidad suficiente. Dicho servicio será dado por una obra social encargada de la prestación sanitaria para los trabajadores y su grupo familiar, siendo principio rector que dichas prestadoras son de los trabajadores.

Esto se evidencia hacia finales del Siglo XIX y principios del Siglo XX, donde el desarrollo de los sindicatos obreros facilitó el desarrollo de las obras sociales convirtiéndose estas en prestadores frente a la muerte y la enfermedad.

Desde la década del '90 en adelante, las obras sociales se flexibilizaron y dieron la oportunidad al trabajador, de elegir la prestataria de su conveniencia. Esto se legisló y quedó demostrado fácticamente en el Decreto Nacional 03/93 en consonancia con las políticas de desregulación. Dicha normativa establece la libertad de elección de prestataria por parte del trabajador, derivando así en una mayor competencia entre las mismas y que, como consecuencia le brindará al empleado diversas posibilidades de elección.

Luego, el Decreto 576/93 de la Superintendencia de Servicios de Salud hace mención a la Ley 23.660 y establece en su art. 16: *“Los aportes y contribuciones que por imperativo legal se efectúan sobre la base de la remuneración del trabajador a favor del Sistema de Salud, le pertenecen y puede disponer de ellos para la libre elección del Agente del Seguro, pues constituyen parte de su salario diferido y solidario. Los trabajadores y empleadores de manera individual o colectiva, pueden pactar entre sí o con el Agente del Seguro, pues constituyen parte de su salario diferido y cubierto. Los trabajadores y empleadores de manera individual o colectiva, pueden pactar entre sí o con el Agente del Seguro respectivo un aporte adicional”-*

Asimismo, la Ley 23.661 es taxativa en cuanto a que la promoción en la libertad en el sistema de obras sociales queda instituida en cabeza del Ministerio de Salud y Acción Social. Esto con el fin de que la salud de sus beneficiarios titulares y de su grupo familiar y a cargo, sea el objetivo a cumplir por esa retención de la remuneración a cambio de dicha prestación.

Como se vio a lo largo del presente, los institutos de obras sociales provinciales funcionan con autarquía administrativa y financiera permitiéndoles formular sus propias normativas jurídicas y así mantener cautivos a sus afiliados, ya que de esta forma les está vedado elegir una cobertura diferente atento a la imposibilidad de transferencia de sus aportes.

Bajo estas condiciones y teniendo en cuenta el derecho internacional y lo establecido en la Constitución Nacional, el reglamento del IOSEP vulnera un derecho fundamental como lo es el de la libertad de elección, en los que están en juego tanto la vida como la integridad física de las personas. Se observa de este modo que la ley de creación del IOSEP se caracteriza por su falta de cohesión y adhesión al derecho tanto nacional como a los Tratados Internacionales; éstos últimos con jerarquía constitucional a partir de la reforma constitucional de 1994.

El presente trabajo de investigación se centró en analizar los regímenes de las obras sociales nacionales y provinciales para luego poder arribar a una afirmación o negación respecto a la vulneración del derecho de libertad de elección por parte del Instituto de Obra Social de la Provincia de Santiago del Estero. La hipótesis que se plantea a lo largo del escrito expresa que los institutos de obras sociales provinciales vulneran el derecho a la libre elección a la que hace referencia el artículo 42 de la Constitución Nacional debido a que entre las obras sociales y sus beneficiarios, prima la relación de consumo.

Tal como la jurisprudencia existente a la fecha lo expresa, el IOSEP (y en general, todos los institutos provinciales de obra social) se ampara bajo el artículo 125 de la CN, el cual deja reservadas a las provincias aquellas facultades no delegadas a la nación y entre las cuales se encuentra la creación de organismos de la seguridad social para sus empleados públicos y profesionales. Asimismo se aferran a la solidaridad del régimen creado, exponiendo que la adhesión a las leyes 23.660 y 23.661 acarrearía un gran daño a los afiliados que no migren sus aportes.

Si bien a través del mencionado artículo 125 de la CN se delegan facultades a las provincias, éste tema en particular debe ser analizado en concordancia con los demás artículos de nuestra Carta Magna, como ser el 14 y 14 bis el cual expresa (entre otras cuestiones) el derecho a contratar libremente, visto esto desde el campo obligacional, atento a que los afiliados se encuentran ante un contrato de adhesión; y el derecho a la seguridad social. También el artículo 16 referido al principio de igualdad el cual procura

eliminar la discriminación, dando el mismo trato a todos los habitantes que están en idénticas condiciones. El artículo 28 sobre la inalterabilidad de las normas constitucionales como garantía; el artículo 41 como el derecho a un ambiente sano en protección a nuestro derecho a la salud, los artículos 42 (ya mencionado) y 43 que mediante la acción de amparo, protege nuestros derechos y libertades. No se deja de lado lo establecido en el art. 75 inciso 19 (proveer lo conducente al desarrollo humano...), el inciso 23 que nos habla sobre las medidas de acción positivas que garanticen la igualdad de oportunidades y de trato así como también el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la ley fundamental. Igual de importante es el inciso 22 del mencionado artículo, que nos habla sobre el reconocimiento de rango constitucional de diversos tratados internacionales de derechos humanos como ser la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos, entre otros.

De acuerdo a lo expresado hasta aquí, se infiere la necesidad de guardar una correcta cohesión y coherencia entre las normas constitucionales mencionadas y no sólo cerrarse en una facultad delegada a las provincias y que claramente contradice las demás disposiciones. La libertad de elección de las obras sociales debe ser analizada desde el derecho a la salud de cada individuo que habita esta nación, para convertirlo de este modo, en una facultad concurrente entre la nación y las provincias. No debe analizarse la mera contradicción existente entre leyes provinciales creadoras de los institutos y las leyes nacionales de obras sociales y del seguro de salud ya que ambas deben tomar como guía a nuestra Constitución, viendo claramente que las primeras se apartan de las disposiciones establecidas en la misma, violando así implícitamente los Tratados Internacionales.

En tal sentido resulta necesario que las provincias en general y el IOSEP en particular adhieran a las leyes nacionales e internacionales, ya que es obligación del Estado garantizar y adoptar todas las medidas necesarias para que todos los habitantes del país gocen plenamente de todos los derechos y en particular del derecho a elegir libremente una obra social que devenga satisfactorio para el beneficiario titular y su grupo familiar, logrando así total concordancia con lo expresamente previsto en la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de los cuales nuestra nación es parte.-

BIBLIOGRAFÍA

Alonso, G. (1993). *Las políticas de reforma del sistema de obras sociales hacia el nuevo orden del mercado y su modelo de gestión estatal*. Recuperado el 25 de 10 de

- 2018, de http://bibliotecadigital.econ.uba.ar/download/tpos/1502-0047_AlonsoGV.pdf
- Banco Mundial. (1993). *Informe sobre el desarrollo mundial. 1993*. Recuperado el 08 de 04 de 2019, de <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/259121468340250256/pdf/341290spanish.pdf>
- Cetrángolo, O., & Devoto, F. (2002). *Organización de la salud en Argentina y equidad: una reflexión sobre las reformas de los años noventa e impacto de la crisis actual*. Recuperado el 29 de 06 de 2018, de https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/28457/1/LCbueR251_es.pdf
- Cetrángolo, O., & Goldschmit, A. (2018). *Obras sociales en Argentina*. Recuperado el 24 de 09 de 2018, de <http://fcece.org.ar/wp-content/uploads/informes/obras-sociales-argentina.pdf>
- FIEL. (2007). *La Desigualdad en la Salud*. Recuperado el 08 de 07 de 2018, de http://www.fiel.org/publicaciones/Libros/LIBRO_1310053073180.pdf
- Galli, A., Pagés, M., & Swieszkowski, S. (2018). *El sistema de salud argentino*. Recuperado el 24 de 09 de 2018, de <https://www.sac.org.ar/wp-content/uploads/2018/04/el-sistema-de-salud-argentino.pdf>
- Garay, O. E. (2017). *Obras sociales*. (M. d. Nacion, Editor) Recuperado el 23 de 09 de 2018, de <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/obras-sociales>
- Jaimarena Brion, G. (2017). *Libertad de elección de obras sociales*. (DELS, Editor) Recuperado el 23 de 09 de 2018, de <http://www.salud.gob.ar/dels/entradas/libertad-de-eleccion-de-obras-sociales-0>
- Jaimarena Brion, G. (2017). *Obras Sociales Provinciales*. Recuperado el 24 de 09 de 2018, de <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/153>
- Luzuriaga, M. J. (2012). *Regulación, medicina privada y ciudadanía. Un estudio acerca de las denuncias presentadas ante la Subsecretaría de Defensa del Consumidor de la Nación sobre los seguros de salud de las empresas de medicina prepaga durante el período 2000-2008*. Recuperado el 25 de 10 de 2018, de UNLa: http://www.repositoriojmr.unla.edu.ar/download/Tesis/MaEGyPS/031041_Luzuriaga.pdf

- Maceira, D. (2008). *Evaluación del programa de Seguro Público de Salud de la provincia de Buenos Aires*. Recuperado el 29 de 06 de 2018, de http://bam21.org.ar/comunidad/pluginfile.php/1509/mod_data/content/1791/Otras%20Publicaciones%2C%20Salud%2C%20Evaluacion%20del%20Seguro%20Publico%20de%20Salud%20Bs%20As%2C%202008.pdf
- Núñez, F. D. (2015). *El enfoque de derechos en salud y la respuesta al VIH y SIDA en la Argentina*. Recuperado el 25 de 10 de 2018, de http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/60956/Documento_completo.pdf-PDFA.pdf?sequence=1
- Tantaleán Odar, R. (2016). *Tipologías de las investigaciones jurídicas*. Recuperado el 25 de 01 de 2018, de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5456267.pdf>
- Teitelbaum, V. (2011). *El mutualismo en el mundo del trabajo (Tucumán, Argentina, 1877-1914)*. Recuperado el 25 de 10 de 2018, de Scielo: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-87752011000200014
- Trucco, M. (2017). *La protección de la salud en la legislación argentina: encuadre nacional e internacional*. Recuperado el 24 de 09 de 2018, de DELS: <http://www.salud.gob.ar/dels/printpdf/46>