

# El acceso a la medicina prepaga en la Argentina y el Mercosur

## Perspectivas del Derecho Privado ante las exigencias sociales y económicas del nuevo milenio

Paola Alejandra Urbina<sup>1</sup>

### Resumen

Se trata de una síntesis de los resultados obtenidos en el marco de una tesis que ha comprobado que el gran desafío que hoy se le presenta a la Argentina y el Mercosur lo constituye una normatividad que, pese a reconocer a la salud como un derecho humano fundamental, debe definir si permanece a modo de fisonomía o fachada, o, si tiene el coraje de tutelarla. Luego de un breve planteo que contextualiza la problemática, se puntualizan los supuestos que movieron a la investigadora a plantearla y se enuncian, además de los factores que la determinan y los efectos que acarrea, aquellas propuestas que, como posibles medidas a adoptar, ha analizado en su tesis.

**Palabras clave:** acceso, salud, injusticia, causas, propuestas.

### Abstract

This article is a brief synthesis of the results reached in the thesis that proves that the great challenge that Argentina and Mercosur have nowadays is the legislation, which -even though recognizes health as a human basic right- has to define if it remains as a facade or if it has the necessary courage to protect it. After a brief contextualization of the problem, the assumptions that moved the investigator are pointed. Also the determining factors of this problem, their consequences and some possible measures to adopt are mentioned.

**Keywords:** access, health, injustice, reasons, proposal.

---

<sup>1</sup> Abogada USAL y Doctora en Derecho con orientación en Derecho Privado UCES. Docente de la Facultad de Derecho de la UBA. pao\_urbina@yahoo.com.ar

## Resumo

E uma síntese dos resultados de uma tese que comprovação que o grande desafio que hoje tem a Argentina e Mercosul é uma normativa que não obstante reconhecer a saúde como direito humano fundamental, deve definir se permaneceu como fisionomia ou fachada ou se o tutela. Depois de uma breve explicação da problemática, exposição os supostos que levou à investigadora da concepção e enunciação as causas, conseqüências e propostas que como possível medidas a adotar, analisável em sua tese.

**Palavras-chave:** acesso, saúde, injustiça, causa, proposta.

La síntesis que sigue surge como elaboración de los resultados a los que hemos arribado en nuestro trabajo de investigación sobre el acceso a la medicina prepaga en Argentina y el Mercosur que hemos desarrollado en el marco institucional del Departamento de Postgrados de la **Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES)**<sup>2</sup>.

Daremos cuenta de una experiencia que ha abordado un tema inexplorado y comprobado que el gran desafío que hoy se le presenta a la Argentina y el Mercosur<sup>3</sup>, a los sesenta años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de las ampliadas garantías, lo constituye una normatividad que, pese a reconocer a la salud como un derecho humano fundamental, debe definir claramente si permanece a modo de fisonomía o fachada o si tiene el coraje de desanclarlo y tutelarlos efectivamente.

Entendiendo que la salud es un bien social primario que no admite equivalente en la jerarquía de bienes que el derecho debe amparar y, que el acceso a la misma representa el principal medio para promover el desarrollo, es impensable concebir procesos de integración regional que no contemplan la problemática que encierra.

Lo expuesto da las razones fundamentales del trabajo, de su contenido y de sus modalidades.

Del trabajo, porque aspira contribuir a resolver deficiencias y lagunas en el tratamiento jurídico del derecho a la salud y su adjudicación a través del mercado. Además, el análisis sobre armonización y complementación normativa entre países que proclaman el objetivo de integración ofrece la posibilidad de una exploración fructífera de un fenómeno trascendental como es la problemática que encierra la prestación de salud en el Mercosur.

---

<sup>2</sup> Puede consultarse el desarrollo de esta investigación en nuestra Tesis Doctoral, Buenos Aires, UCES, 2008 [en línea] <http://www.uces.edu.ar>

<sup>3</sup> El “Mercosur” fue creado por el Tratado de Asunción, suscripto el 26 de marzo de 1991 por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, con la finalidad de “...la consolidación de grandes espacios económicos, y la importancia de lograr una adecuada inserción internacional para sus países” (Preámbulo, <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm> [consulta: 10 junio de 2006]).

De su contenido, porque resulta de interés estudiar las imposiciones y normas que el orden público debe incorporar a la relación contractual con el ente prestador del servicio de salud en la senda de evitar situaciones iniquitativas del usuario de los servicios médicos prepagos en la región.

De sus modalidades, porque está fundado en una sólida bibliografía, fuentes de información y jurisprudencia actualizada.

En suma, pretendemos describir un tema que nos afecta a todos y a cada uno de nosotros en cuanto lo tenemos que soportar de manera directa o indirecta. Es que se trata de indagar los efectos que produce la insuficiencia de reglas de contextura imperativa que permitan la entrada del orden público económico-social a la relación contractual con el ente prestador del servicio de salud, así como si dicha insuficiencia tiene como único efecto la iniquidad en el acceso a la salud, o si, existe alguna otra solución que contrarreste los efectos del vacío legal y proteja al usuario de los servicios médicos prepagos. Y, por último, cómo se relaciona la iniquidad en el acceso a la salud en Argentina y el Mercosur con la falta de un sistema legal comunitario que armonice la legislación de los Estados Partes<sup>4</sup> en lo que respecta al sector salud a efectos de brindar una adecuada tutela al usuario de los servicios médicos prepagos.

Y lo hacemos desde dos hipótesis que contrastamos en nuestro trabajo, convirtiéndolas en tesis. La primera de ellas consiste en afirmar que la insuficiencia de reglas de contextura imperativa que acabamos de reseñar tiene como única consecuencia la iniquidad en el acceso a la salud en Argentina y el Mercosur. La segunda, considerar que la consolidación de un sistema legal comunitario que armonice la legislación de los Estados Partes en lo que respecta al sector salud y garantice la protección del usuario de los servicios médicos prepagos contribuye al acceso equitativo a la salud en la región.

Estas palabras preliminares contienen sintéticamente el epílogo de este trabajo. La insuficiencia de reglas imperativas produce iniquidad en el acceso a la salud en la región. Convencidos, entonces, de que no podemos permanecer indiferentes y tenemos el deber de aportar nuestros conocimientos, desde el derecho, es que decidimos hace dos años encarar esta cuestión mediante la investigación que, sucintamente, dadas las circunstancias, presentamos.

Tres aclaraciones terminológicas se imponen previamente al tratamiento de la cuestión.

Primero. Por “*servicios médicos prepagos*” se entiende aquellos que ofertan las empresas de medicina prepaga de naturaleza comercial que, como es natural en ellas,

---

<sup>4</sup> Aclaremos que solo nos referimos a los Estados Plenos -no Asociados-. No ignoramos la existencia de similar problema en torno de la prestación del servicio de salud en estos últimos; pero nuestro análisis se circunscribe a los primeros.

persiguen fines lucrativos que son ajenos a otros a otros actores privados, como, por ejemplo, las cooperativas de salud y las mutuales.

Segundo. Por “*iniquidad en el acceso a la salud*” se entiende la injusticia en los efectos del negocio de la medicina prepaga que -esperamos- quedará clara durante el curso de la exposición. Ha de presidir esta interpretación la convicción de que se quiere encarar como interés jurídico relevante las condiciones primarias y fundamentales que los servicios de salud deben satisfacer a favor de las personas. El acceso a estos servicios es un derecho fundamental, que no puede cumplirse de cualquier manera. Aquí subyace la desigualdad y es necesario el equilibrio que el Estado está obligado a garantizar, pues como ha reiterado nuestra Corte Suprema de Justicia Nacional es quien debe velar por el fiel cumplimiento de nuestros derechos esenciales y, por consiguiente, por el derecho y acceso efectivo a la salud, mediante “*acciones positivas*”, esto es, mediante un rol activo y no de mero espectador (fallos 321:1684; 323: 1339; 323: 3229, entre otros).

Tercero. El “derecho a la salud” será entendido como aquel que, integrado por el conjunto de obligaciones tendientes a asegurar el efectivo acceso a las prestaciones médicas, constriñe al Estado a garantizar su cumplimiento.

El tema está anticipado. Será la búsqueda de los principios rectores de orden público que al regular la relación de consumo en que la prestación sea relacionada con la salud de las personas permitan la operatividad del derecho a la salud y, por tanto, el efectivo acceso a las prestaciones médicas. Principios que deberían operar, además, como base para una armonización legislativa en el Mercosur a través de un acuerdo marco, sin perjuicio de que puedan los Estados Partes establecer regulaciones más rígidas.

Para avanzar en esa dirección se torna indispensable determinar la causa de la insuficiencia de reglas imperativas que venimos sosteniendo, en particular, porque su consideración devela las entrañas de nuestro problema y permite percibir con mayor nitidez sus contornos y, sobre todo, sus graves alcances.

Y esta causa la encontramos en la vigencia del logocentrismo<sup>5</sup>, la indiferencia del contexto socioeconómico y la función social del mercado que permitió la desestructuración de los Estados originariamente inclinados a resguardar marcos normativos defensores de los derechos sociales que desde los gobiernos se desarrollaron para la inserción en el mercado global. Desestructuración que produjo el achicamiento del Estado y, como contrapartida, el fortalecimiento del mercado como nuevo espacio hegemónico de regulación social. La conclusión es obvia: se produce en la región la nefasta experiencia de lo que hemos dado en llamar “*mercantismo*”. El individuo se siente inerte frente a un mercado omnipotente pues sus capacidades están vinculadas

---

<sup>5</sup> El “*logocentrismo*” supone una restricción de la razón.

con esquemas establecidos y previstos por el propio mercado. Solo el mercado existe. No cuenta el individuo y, por tanto, la sociedad. El Estado pierde así autoridad, esto es, su competencia y efectividad para controlar actividades económicas en su propio territorio.

Estos tres factores, entonces, determinan la insuficiencia de reglas imperativas que permitan la operatividad del derecho a la salud. Insuficiencia que, a su vez, actúa como facilitadora de prácticas empresariales irresponsables e influye en la relación usuario-empresario. Tal es así que la legislación consumerista y de regulación de la medicina prepaga se han mostrado hasta ahora insuficientes para proteger este “*derecho social*” pues cuanto más el usuario necesita el servicio tanto más se acentúa la negativa a proporcionárselo o a proporcionárselo en la debida forma alternándose esta relación entre el abuso y la discriminación.

Abuso, porque las prestatarias de servicios médicos prepagos amparadas en su posición de prevalencia en la relación con sus contratantes estipulan en su provecho derechos excesivos o establecen a cargo de estos obligaciones particularmente gravosas que desequilibran significativamente la relación sinalagmática, contrariando de tal modo no solo la lealtad y confianza recíprocas sino también la función social que cumplen como prestadoras de servicios esenciales para la comunidad y, consecuentemente, el compromiso ético y social que asumen con los usuarios, el cual excede o trasciende el mero plano negocial por comprometer la vida y las integridad física de estos.

Estas transgresiones se manifiestan de muy diversas maneras, frustrando la cobertura esperada por el usuario. Algunas de las más significativas son la inclusión de cláusulas que establecen restricciones en la cobertura que privan al usuario de una adecuada prestación, estipulan su liberación arbitraria de responsabilidad o modifican o rescinden unilateral y arbitrariamente el contrato.

Discriminación, porque advertimos cómo la edad, enfermedad o discapacidad<sup>6</sup> de las personas son la materia normal y corriente de segmentación del mercado de la medicina prepaga en la etapa precontractual -por medio de la oferta- y contractual -por medio de la rescisión o modificación del contrato- a los fines del marketing, fundamento de determinación de categorías sospechosas<sup>7</sup> y reglas de selección de clientes en el mercado de la medicina prepaga, e informan pautas culturales que sirven a la desintegración social, pues estigmatizan a nuestros mayores, enfermos o discapacitados, por el solo factor de ser tales, y los marginan de la sociedad. El desconocimiento

---

<sup>6</sup> Empleamos la noción “*discapacidad*” para aludir a las diferentes limitaciones funcionales que se registran en las personas, sean estas de carácter permanente o transitorio. La discapacidad puede presentarse, entonces, bajo la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental y su origen puede ser congénito -malnutrición durante la gestación-, hereditario -secuelas de alcoholismo o drogadicción-, traumático -accidentes-, quirúrgico, parasitario e infeccioso.

<sup>7</sup> Constituyen “*categorías sospechosas*” los criterios de selección que se aplican para excluir a un grupo social de la protección de un derecho fundamental.

del proceso de envejecimiento y de cada patología -que no son homogéneos en todos los casos-, los prejuicios y mitos existentes como construcción social, contribuyen a ello. Conceptos como: sujetos enfermos, necesitados de ayuda, etcétera, descalifican a estas personas y, al hacerlo, se ponen en juego dos principios: “ellos son personas que gastan más” y “son personas de las que se debe prescindir”.

Es entonces que se advierte lo irrazonable de estas ideas porque están basadas en observaciones limitadas cuyos resultados se generalizan sin ningún fundamento adecuado.

En apoyo de esta comprensión errónea es de señalar que nada impide que una persona que ingresa joven y/o sana al sistema se enferme al poco tiempo siendo necesario brindarle un tratamiento de alto costo, y, que las enfermedades o dolencias crónicas adecuadamente tratadas les permitan a sus portadores llevar adelante un desarrollo armónico y normal.

Por lo demás habrá de advertirse que las personas con frecuencia contraen enfermedades graves por causas ajenas a las patologías por las que reciben tratamiento.

Comprobamos, de esta manera, que la indemnidad psicofísica, esto es, el estar sano y libre de dolencias, tiene eco o resonancia en el comienzo, en el desarrollo o en la extinción de la relación contractual y, por esa vía, conduce a restringir o vulnerar el derecho a la salud.

Lo paradójico del supuesto de hecho reside en que nadie duda que quien se afilia al sistema de medicina prepaga o seguro de salud no lo hace, como bien lo explica el jurista y magistrado argentino Claudio Kiper “...por problemas menores, sino para cubrir el riesgo de enfermedades serias y de alto costo. Toda persona recurre a este tipo de cobertura con la esperanza razonable de no necesitarlo, pero para cubrir la eventualidad de afecciones importantes que si ocurren, no se hallarían en condiciones económicas de afrontar...” (CNCiv., sala H, 20/02/98, “Peña de Márquez Iraola, Jacoba v. Asociación Civil Hospital Alemán”, en J.A. 1998-IV: 496).

Ello no implica desconocer que la libertad de contratar puede conducir a acotar la oferta a quien pueda presumirse tenga interés en el servicio ofrecido. Y que para definir esas circunstancias y variables es inevitable acudir a algunas de las categorías sospechosas y que ello no basta para configurar discriminación. Por ello, y hecha la salvedad que antecede, enfatizamos una vez más que la exclusión -propia de la discriminación- reposa en el hecho de que de la distinción surja una restricción deliberada que vede el acceso a la oferta a quien quiera y pueda aceptarla.

Advertimos que el contrato de adhesión para el consumo de bienes y servicios, como modelo prevalente anexó al poder económico del estrato empresarial el poder de la necesidad en los servicios básicos, entre ellos la salud, con lo cual dicho estrato maneja no solo la formación del contrato, sino también los términos de la ejecución.

Esta situación concurre a producir una alta concentración de poder como así también su ejercicio irresponsable, abusivo, discriminatorio, desvinculado de sus fines propios y afecta a cualquiera de nosotros, hasta de manera contingente, en el ejercicio y goce de nuestro derecho fundamental a la salud. La amplísima jurisprudencia contra las empresas prestatarias de servicios de salud así nos lo muestra (CNCom., sala C, 20/05/96, “H.M. y otros c. Programa de salud S.A.”, en *L.L.* 1996-E: 187; CNCiv., sala G, 06/04/01, “E., C. v. SPM Sistema de Protección Médica S.A.”, en *J.A.* 12/09/01, n° 6263: 52; Décima sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, “Central Nacional UNIMED Cooperativa Central c. Roberto Fontes Cintra”, 20/01/06, relator Luciano Pinto, <http://www.jurisway.com.br> [consulta: 7 marzo 2007], entre muchos otros).

Por ello, siendo que en los tiempos actuales la sociedad de consumo impone privilegiar ciertos valores económicos en desmedro de los éticos, morales y jurídicos, bueno es resaltar que de no haber una modificación en la tendencia, continuará la realidad transformando en ficción lo que las normas parecen garantizar, por el escaso cumplimiento de las prestatarias de servicios de salud.

Asentados en esa inercia convendría ofrecer alguna de las alternativas que, como posibles medidas a adoptar en nuestro derecho, hemos analizado en nuestro trabajo desde una perspectiva tridimensional del derecho y de la salud, siempre teniendo presente que constituyen solo principios mínimos -no exentos de opiniones diferentes, pero que resultan del trabajo realizado- que posteriormente deberían ser normatizados a través del procedimiento que prevé el Tratado de Asunción de 1991, y reglamentados en cada uno de los Estados Partes.

En este sentido sería aconsejable adoptar las siguientes recomendaciones:

A. Se recomienda considerar como trascendente para el desarrollo y fortalecimiento del Mercosur, el tratamiento, estudio y adopción de pautas sobre el sistema de prestación de servicios de salud de los Estados Partes.

B. Se recomienda adoptar un concepto único de asistencia médica para los Estados Partes, quienes deberán adaptar sus legislaciones al siguiente concepto: Se denomina asistencia médica, a todas aquellas acciones necesarias para la preservación de la salud.

C. Se recomienda propiciar normativas nacionales tendientes a establecer que pueden ser sujetos prestatarios las empresas que ofrecen servicios médicos en igualdad de condiciones tanto a grandes como pequeñas y medianas empresas que demuestren solvencia económica-financiera e idoneidad para comercializar servicios de salud, bajo estricto control estatal.

D. Se recomienda considerar como sujeto con derecho a solicitar cobertura, a todas las personas nacionales de los Estados Partes y en cualquiera de los Estados en condiciones de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal. Presupone la

estrategia de “diseño para todos” y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

En consonancia con esta idea se recomienda la adopción del plazo máximo de 3 a 5 años desde la entrada en vigor de las normativas que se dicten al respecto, para que los servicios de salud sean accesibles, y toda disposición, criterio o práctica empresarial abusiva o discriminatoria sea corregida.

E. Se recomienda el establecimiento de una autoridad de aplicación especial en cada Estado Parte, que en lo posible recaerá sobre el Ministerio de Salud o similar con posibilidades de delegación en organismos especializados.

F. Se recomienda adoptar en todas las legislaciones nacionales como derechos básicos del usuario de los servicios médicos prepagos, sin perjuicio de otros, el derecho a la información veraz, clara, legal y oportuna sobre todas las características del servicio, tanto esenciales como accesorias, con las correspondientes especificaciones sobre la naturaleza, condiciones de contratación, extensión, eventuales modificaciones contractuales y coberturas alternativas disponibles; a prestaciones médicas adecuadas a la finalidad asistencial de la relación contractual asegurando a los usuarios una prestación objetiva, funcional y dinámica; al resarcimiento de los daños patrimoniales y morales sufridos; a la protección contra los métodos comerciales desleales y discriminatorios y las cláusulas contractuales abusivas en la prestación de servicios; a la pronta resolución de los conflictos. Y como obligaciones básicas del usuario el pago de la cuota en término y el uso ecuaníme de los medios jurisdiccionales y extrajurisdiccionales concernientes a los conflictos que puedan llegar a suscitarse.

G. Se recomienda preservar la efectiva vigencia como principios generales de interpretación, los de “*favor debilis*” y buena fe, que junto con los principios de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal han de ser los cinco ejes reguladores que impidan la iniquidad en el acceso a la salud.

H. Se recomienda modificar la disposición contenida en los arts. 1197 C.Civ. argentino, 421 C.Civ. brasileño, 715 C.Civ. paraguayo, 1291 C.Civ. uruguayo y en su reemplazo incluir otra más específica que diga: Las partes pueden determinar libremente el contenido de los actos jurídicos que celebren dentro de los límites impuestos por las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público económico-social.

I. Se recomienda adoptar en las legislaciones nacionales la medida autosatisfactiva como el carril procedimental más idóneo para asegurar prestaciones médicas de urgencia negadas por la prestataria y preservar el amparo y demás instrumentos procesales que se subsumen dentro de la categoría de los procesos urgentes para aquellos casos en que no esté en juego la vida. Los alcances de la cosa juzgada de la medida que decreta la cesación o neutralización de todo acto lesivo del derecho a la salud debe extenderse más allá del caso concreto recurrido y beneficiar a los restantes usuarios, habida cuenta de la materia que hace al contenido de la tutela jurisdiccional. A

ese efecto y para asegurar la información a los interesados, la medida de cesación o neutralización debe publicitarse por el término de 7 días en los diarios de circulación nacional a costa de la empresa. Sin perjuicio de la vía judicial, debe limitarse la conciliación, con las notas con que se la admite en la legislación de los Estados Partes, para conferir andamio eficaz a todo reclamo del usuario en que no esté en juego su salud. Además deberá garantizarse la protección del usuario ante la administración pública, modificando las normas de procedimiento administrativo para conferir andamio eficaz a los reclamos de los usuarios tendientes a la defensa de sus derechos.

J. Se recomienda aligerar a los arts. 37 in fine L.C. argentina, 51, inc. 2° C.C. brasileño y 31 in fine L.C. uruguay de las frases a las que aluden y adoptar el instituto de la nulidad parcial como correctivo jurídico necesario de la desigualdad que entrañan las cláusulas o prácticas que desequilibran significativamente la relación sinalagmática y son contrarias a las normas imperativas, las buenas costumbres y el orden público económico-social. En particular, sin perjuicio de otras y de la validez del contrato de las cláusulas que: Modifiquen unilateralmente las condiciones del contrato o lo rescindan en razón de haber alcanzado el usuario determinada edad, contraer una enfermedad o discapacidad o incumplimiento de la obligación de pago por período inferior a 60 días; Restrinjan la cobertura, de tal modo que vulneren una regla de inclusión general, el piso mínimo establecido por ley o la finalidad asistencial del contrato; Liberen de responsabilidad a la empresa por daños emergentes del obrar de los prestadores contratados, o que resulta de la exigencia al usuario, un familiar o un tercero de este del cumplimiento de determinados requisitos formales para activar la cobertura, la imposición de topes resarcitorios o la inversión de la carga de la prueba en su perjuicio.

Sin perjuicio de ello recomendamos la nulidad total como solución de equidad para el caso en que el usuario quiera deshacerse del vínculo.

K. Se recomienda preservar y asegurar la vigencia del principio según el cual el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones de la empresa da derecho al usuario a emplear los medios legales, a fin de que la empresa le procure aquello a que se ha obligado; procurárselo por otro a costa de la empresa y; obtener las indemnizaciones correspondientes (Argentina: art. 505 C.Civ.; Brasil: art. 249 C.Civ.; Paraguay: art. 420 C.Civ.; Uruguay: art. 1339 C.Civ.).

L. Se recomienda la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas en esta materia.

LL. Se recomienda preservar la responsabilidad objetiva y solidaria de los daños causados por los vicios o riesgos de los servicios (Argentina: art. 40 L.C.; Brasil: art. 14 C.C.; Uruguay: art. 34 L.C.).

Solo se liberará total o parcialmente de responsabilidad quien demuestre que la causa del daño resulte de caso fortuito o fuerza mayor extraños a la actividad propia del contrato y culpa grave del damnificado.

M. Se recomienda establecer la exención o desgravación sustancial impositiva de los contratos de medicina prepaga como pauta tendiente a bajar costos y favorecer su adopción en las condiciones planteadas.

N. Se recomienda la formación de un “Fondo Federal Especial de Salud” conformado con recursos presupuestarios específicos del Estado Nacional, para cubrir los costos de atención de enfermedades cuya cobertura resulte particularmente onerosa atender por los prestadores privados, sin un reintegro subsidiado proveniente de dicho fondo.

Para promover la solicitud de la cobertura aludida, el médico que requiera un tratamiento altamente costoso deberá suscribir la petición, con la documentación e información correspondientes, ante el director técnico de la prepaga, quien lo remitirá a la comisión administradora del fondo.

Formalizada la petición, la comisión la derivará a su cuerpo técnico, que estudiará el caso y determinará acerca de su procedencia y, si la resolución es favorable, fijará la institución médica que intervendrá en el acto médico correspondiente.

La resolución que deniegue los costos de la atención solicitada es inapelable.

Ñ. Se recomienda incorporar, en nuestro sistema legal, la figura de los “daños punitivos”<sup>89</sup> para reforzar el cumplimiento de las obligaciones de las empresas de servicios médicos.

Estas sanciones que los jueces deben aplicar con total independencia de lo que podría constituir la valuación de los daños efectivamente causados en el caso concreto, tendrán que ser adecuadas a la gravedad del ilícito e incluir la pena de multa cuyo monto sea suficiente para privar a las prestatarias de las ventajas o ganancias obtenidas y efectivamente probadas o razonablemente valuadas por el juez.

El destino de esos montos podría ser, según sea la decisión de política legislativa, el “Fondo Federal Especial de Salud”.

Estas son las recomendaciones consideradas básicas y su justificación fue desarrollada en forma previa y se tuvo muy en cuenta la actitud adoptada por cada Estado,

---

<sup>8</sup> El Congreso Nacional aprobó un proyecto de reformas a la ley del consumidor argentina que introduce el instituto en el ámbito de las relaciones de consumo.

El proyecto aprobado introduce en la ley citada un art. 52 “bis” que dice: “Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento, responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el art. 47, inc. b) de esta ley” (Expediente n° 1061-D-2006, gentileza de la Dirección de Información Parlamentaria).

la viabilidad de las pautas y la insuficiencia demostrada por los sistemas jurídicos en funcionamiento.

Hemos tenido presente la estructura jurídica del Tratado de Asunción que señala los procedimientos posibles, atendiendo al sentido último utilizado por el citado Tratado: armonizar las legislaciones, que no es otra cosa que compatibilizar las asimetrías legales existentes entre las legislaciones de los Estados Partes del Mercosur, además de establecer el modelo a tomar en cuenta, a fin de lograr la complementariedad entre ellas.

La fórmula adoptada como recomendación es viable si se la confronta con las legislaciones vigentes en cada Estado Parte; y es factible atendiendo a la realidad político-económica y social de cada uno de los Estados involucrados.

Lo logrado es una aproximación al debate de ideas que en torno a la ostensible vulneración del principio de igualdad real de oportunidades y de trato de quienes acceden o pretenden acceder a los servicios médicos prepagos se debe dar necesariamente en el ámbito del Mercosur a fin de equilibrar la relación comercial que, si bien nace desigual y es impuesta estructuralmente, debe ser funcionalmente equitativa y ética. Indudablemente adolecerá de fallas. Por ello lo hemos definido como una aproximación, fruto de una labor de investigación interdisciplinaria, sistemas jurídicos comparados, traducciones y mucha voluntad.

### **Fuentes de información**

CNCom., sala C, 20/05/96, “H. M. y otros c. Programa de salud S. A.”, en *L.L.* 1996-E: 187.

CNCiv., sala H, 20/02/98, “Peña de Márquez Iraola, Jacoba v. Asociación Civil Hospital Alemán”, en *J.A.* 1998-IV: 496.

CNCiv., sala G, 06/04/01, “E., C. v. SPM Sistema de Protección Médica S.A.”, en *J.A.* 12/09/01, n° 6263: 52.

Décima sétima Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, “Central Nacional UNIMED Cooperativa Central c. Roberto Fontes Cintra”, 20/01/06, <http://www.jurisway.com.br> [consulta: 7 marzo de 2007].

C.S.J.N., fallos 321:1684; 323: 1339; 323: 3229.

Códigos Civiles argentino: A-Z editora, 19ª edición, Buenos Aires, 1994; brasileño: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm) [Consulta: 28 octubre de 2006]; paraguayo: <http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=2609> [Consulta: 25 octubre de 2006]; uruguayo: [http://sip.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/cod\\_civilindice.htm](http://sip.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/cod_civilindice.htm) [Consulta: 25 octubre de 2006].

Expediente n° 1061-D-2006, gentileza de la Dirección de Información Parlamentaria.

Leyes y Código del consumidor argentino: (Legislación Argentina 1993-C: 3012; brasileño: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm): [Consulta: 25 octubre 2006]; paraguay: <http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=1334> [Consulta: 25 octubre de 2006]; uruguay: [http:// www.parlamento.gub.uy/Leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17250&Anchor=](http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17250&Anchor=) [Consulta: 25 octubre de 2006].

Tratado de Asunción, <http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm> [consulta: 10 junio de 2006].

*Artículo recibido: 01/07/08*

*Aceptado para su publicación: 02/03/09*