

# UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES

## TESIS DOCTORAL

*“El acceso a la medicina prepaga en  
Argentina y el MERCOSUR.  
Perspectivas del Derecho Privado ante las  
exigencias sociales y económicas del nuevo  
milenio”.*

**Carrera:** Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Privado (2ª promoción 2005).

**Alumna:** Paola Alejandra Urbina.

**Director:** Doctor Eduardo Gregorini Clusellas.

Buenos Aires, noviembre de 2007

*Agradecimientos*

*A UCES por haber depositado su confianza en mí y  
al Doctor Eduardo Gregorini Clusellas por  
acompañarme y estimularme en este esfuerzo.*

## INTRODUCCIÓN

El desafío que hoy se le presenta al MERCOSUR<sup>1</sup>, a los cincuenta y nueve 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 contemplen 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.

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 inequitativas del usuario de los servicios médicos

---

<sup>1</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 [[www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm)], fecha de captura: 10/06/06]).

prepagos en la región, interpretados en este trabajo como aquellos que ofertan las empresas de medicina prepaga de naturaleza comercial que, como es natural en ellas, persiguen fines lucrativos que son ajenos a otros actores privados, como, por ejemplo, las cooperativas de salud y las mutuales.

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

En suma, pretendemos describir un tema que afecta a la ciudadanía en general, en cuanto lo tiene que soportar. 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 inequidad 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 inequidad 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>2</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 trataremos de contrastar a lo largo de los restantes capítulos, 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 inequidad 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.

---

<sup>2</sup> Aclaremos que sólo nos referimos a los Estados Plenos –no Asociados-. No ignoramos la existencia de similar problema en torno a la prestación del servicio de salud en éstos últimos; pero nuestro análisis se circunscribe a los primeros.

La exposición consta de seis capítulos. En el inicial presentamos una reseña histórica de la motivación del reconocimiento del derecho a la salud y su importancia político-económica y social. En el segundo esbozamos los condicionamientos y las dificultades que muestran al sistema jurídico como insuficiente para tutelar, adecuadamente, al usuario de los servicios médicos prepagos. El tercero incluye la definición formal de los derechos del usuario abordando situaciones jurídicas lesivas de los mismos. En el cuarto hacemos un estudio normativo, doctrinario y jurisprudencial del asunto, teniendo por base la protección que se le brinda al usuario. En el quinto proponemos un nuevo enfoque de la salud, esto es, desde la perspectiva tridimensional del derecho y de la salud. Y, finalmente, en el sexto exponemos como cierre algunas conclusiones y propuestas sin pretensión de definitivas, demostrando que una toma de posición nueva frente al tema incidiría en una comprensión distinta de la problemática que encierra y aqueja al sector.

El trabajo se completa con dos anexos que pretenden tener el valor de una síntesis de los principales temas tratados en el mismo.

En este marco, lo que sigue debe entenderse como una aproximación descriptiva, con especial referencia al MERCOSUR. Como su título lo indica, se trata apenas de un esbozo, que intenta recuperar una vieja preocupación: la de concebir al derecho como un fenómeno social y económicamente condicionado.

También debe considerarse lo que sigue tan sólo como un punto de partida. Como una estructura referencial que a lo mejor es útil para abordar el insoslayable estudio de situaciones lesivas concretas del derecho a la salud.

## CAPÍTULO I

### ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

#### I. GENERALIDADES

La exposición del tema convocante no puede prescindir de un bosquejo, siquiera breve, de la historia de la idea del derecho a la salud y de su progresiva incorporación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes, que constituyen su antecedente.

#### II. HISTORIA. ANTECEDENTES

##### A. Categoría histórica

El derecho a la salud no es el resultado de una concepción dogmática del derecho, sino que es fruto de ciertas circunstancias sociales y económicas que producen su aparición.

Nace con un determinado contenido, y la evolución de las circunstancias que le dieron origen produce sucesivos cambios en su materia, sobre la cual la doctrina cuestiona y polemiza.

##### B. Antecedentes

Resulta difícil encontrar en el derecho antiguo antecedentes del derecho a la salud con el alcance que él tiene en la actualidad, ya que la atención sanitaria dispensada en algunos pueblos de Oriente y en Grecia pretendía restaurarle al enfermo –por entonces considerado sufriente pecador- el orden racional perdido por su culpa.

En efecto, en el mundo antiguo y medieval, se creía que la enfermedad era un castigo por un pecado, es decir, una muestra de la

desaprobación divina. De esta forma llegó a considerársela una causa de desorden del individuo.

Estas consideraciones explican la razón por la cual el enfermo era visto como un individuo desordenado, minusválido físico y moralmente.

Es por ello que la religión y el misticismo permitieron una asistencia médica laica que utilizó prácticas racionales, aunque no exentas de asociaciones mágicas y religiosas.

De todas maneras, hay que tener en cuenta que la asistencia al estar jerarquizada no permitía –ni permite según hemos de verlo oportunamente- el acceso de cualquier persona a cualquier forma de atención.

Tal como lo plantean los profesores de la Facultad de Medicina de Mount Sinai Albert LYONS y R. Joseph PETRUCCELLI (1980), la elección se ve restringida por la pertenencia a un determinado orden social.

Por ejemplo, en la India había hospitales para ricos e indigentes; en China, en cambio, los hospitales estaban destinados para las clases más pobres ya que las clases altas recibían atención en sus hogares; en Asia, en general, los médicos asistían a las clases altas mientras que, los barberos al resto de la población.

Algo similar podría señalarse respecto a Grecia, cuya atención sanitaria, no obstante haber sido inicialmente la misma para todos los estratos sociales<sup>3</sup>, manifiesta idénticas limitaciones que en los pueblos orientales.

---

<sup>3</sup> De hecho, los Templos de la Salud de Asclepio –mezcla de santuarios religiosos y balnearios medicinales- constituían el foco central de la atención sanitaria porque los médicos laicos carecían de remedios eficaces contra las enfermedades orgánicas de la época. Además, representaban la única alternativa de atención para quienes padecían enfermedades incurables ya que, por razones éticas, se les negaba el acceso a la medicina tradicional. Este punto señala que, a pesar de la concepción imperante acerca de la enfermedad había, sin embargo, cierta idea de causas no sobrenaturales.

Resulta interesante señalar que la *Iliada* habla de Asclepio como de un rey guerrero que contribuyó con barcos y hombres a la guerra de Troya. No obstante, en la época de Hesíodo, unos dos siglos después de Homero, Asclepio era ya considerado como el principal dios de la salud. La versión de Hesíodo acerca del nacimiento y la divinización de Asclepio es la más conocida. La historia cuenta que Coronis, una mujer

Como muestra concreta de ello, las clases altas acudían a médicos de su mismo estrato social; quienes no pertenecían a este estrato, pero podían pagar la asistencia a sus enfermedades, tenían acceso a los médicos más expertos; los extranjeros y esclavos eran asistidos por practicantes, mientras los pobres –y todo aquél que quisiera- acudían a los Templos de Esculapio, porque allí cabía la posibilidad de que pobres, ricos, libres o esclavos recibiera tratamiento a sus enfermedades.

En el siglo II el enfoque científico –gracias a los aportes de Hipócrates- puso en evidencia las limitaciones de asignar a la enfermedad una explicación mítica y planteó que obedecía a causas naturales.

En Roma también se repite el mismo esquema. Las clases altas tenían un esclavo médico particular para su familia. Los esclavos, a su vez, eran asistidos por esclavos médicos municipales o estatales. El resto de la población acudía a las enfermerías.

Sin embargo, bajo la influencia del cristianismo se restó importancia a las penalidades físicas terrenales. Probado que el fin del mundo no era tan inminente, todo lo referente a la salud pasó a ocupar un lugar preferente.

Tal es así que se crearon numerosos hospitales militares y cristianos<sup>4</sup>. Los primeros, con el objeto de devolver cuanto antes al

---

mortal, quedó embarazada del dios-sol Apolo. En dicho estado se casó con Ischis de quien había sido prometida. Apolo mató a Ischis y su hermana Artemisa hizo lo mismo con Coronis. Sin embargo, antes de que el cuerpo de Coronis fuera incinerado en la pira funeraria, Apolo robó al pequeño Asclepio y lo llevó a la montaña que servía de refugio a Quirón, el centauro, quien crió al niño y le enseñó todo lo referente a las artes curativas.

Cuando creció, su habilidad era tan grande que, incluso, podía devolver la vida a los muertos. Zeus, el principal dios del Olimpo, temeroso de que el más allá se despoblara si Asclepio continuaba resucitando a la gente, lo mató con un rayo. Asclepio fue entonces llevado a los cielos convertido en una deidad.

<sup>4</sup> En este empeño no puede dejar de mencionarse la labor de Santa Helena, madre del emperador romano Constantino, quien fundó un hospital hacia el año 330, cuando Constantino trasladó la capital del Imperio romano a la antigua Bizancio, rebautizada como Constantinopla; San Basilio, que estableció un hospital para enfermos pobres en Cesarea; San Efrén, que construyó en Edesa un hospital para apestados; y, finalmente, Fabiola, una rica patricia romana que fundó el primer hospital público cristiano en Europa.

ejército a los soldados capaces de reanudar el combate. Los segundos, para asistir a las clases más pobres.

Fue en los pueblos musulmanes donde –pese a existir las mismas limitaciones descritas precedentemente- comienza a mejorarse la atención de los más pobres.

Por ejemplo el hospital Mansur de El Cairo –fundado en el siglo III- constituyó el cénit de la atención médica.

Concomitantemente las Órdenes Teutónica y Santo Espiritu contribuyeron al establecimiento de una asistencia médica regular en tierras germanas y a la fundación de hospitales en casi todas las ciudades europeas<sup>5</sup>.

Paulatinamente se fue arraigando la convicción de que la salud es responsabilidad del Estado. Los dirigentes empezaron a darse cuenta que una población sana beneficia al Estado.

### C. Aparición del derecho a la salud

La concepción de la salud como un bien y un derecho humano fundamental emerge en el siglo XX como una de las especies del género de los derechos sociales<sup>6</sup> o de segunda generación, que corresponden a la segunda fase del Constitucionalismo de Occidente<sup>7</sup>, denominado por el

---

<sup>5</sup> De esta época datan los comienzos de algunos de los grandes hospitales europeos: el Hôtel-Dieu de París, Santo Spirito en Roma, St. Thomas y St. Bartholomew en Inglaterra, entre otros.

<sup>6</sup> Son derechos propios de colectividades y se ligan al principio de igualdad de oportunidades y equidad en la sociedad. Tienen el carácter de exigencia de determinadas prestaciones –positivas- por parte del Estado.

<sup>7</sup> La primera fase comprende a la generación de derechos civiles y políticos, denominados también, derechos individuales o de primera generación, esbozados por el iluminismo clásico del Constitucionalismo Liberal en el siglo XVIII. Refieren una titularidad individual, una oponibilidad al Estado como posibilidad de resistencia, presentándose como facultades o atributos de la subjetividad. Tienen un carácter negativo, reflejando, por tanto, la separación del Estado/sociedad civil.

jurista argentino Segundo V. LINARES (1946) con el nombre de Constitucionalismo Social.

Su reconocimiento internacional oficial se produce en la Conferencia Internacional de Salud, celebrada en Nueva York en 1946.

Surge de la comprensión de su necesaria preservación como garantía de sobrevivencia, de mantenimiento de la calidad de vida y bienestar de la población, y como un requisito indispensable para el desarrollo económico de las naciones.

#### D. Recopilaciones locales

Estas ideas de promoción y protección de la salud, surgidas con el Constitucionalismo Social del siglo XX obedecieron a principios comunes, que bien pronto fueron recogidos en recopilaciones locales, entre las cuales cabe señalar, entre otras, las Constituciones de México (1917), Weimar (1919), Finlandia (1919), Austria (1920), Estonia (1920) y Polonia (1921).

#### E. Evolución del derecho a la salud

La génesis de la evolución del derecho a la salud encuentra su evolución histórica en los últimos siglos, donde se opera una mutación fundamental del papel que hasta entonces había tenido el Estado, que hace que pasemos de una concepción de Estado mínimo o gendarme al actual Estado Democrático de Derecho.

Así, pues, dentro de los patrones del individualismo liberal, el Estado era considerado indispensable pero como un “mal necesario”, cuya única función era, básicamente, política: custodiar los derechos naturales del individuo, es decir, defender el orden público y garantizar el libre funcionamiento del mercado.

Frente a esta realidad, el individuo debía solventar sus propias necesidades y luchar para alcanzar su desarrollo, bajo la atenta vigilancia del Estado. Esto se expresaba en el principio abstencionista *laissez faire et laissez passer*.

Como consecuencia de la libertad de contratación imperante en ese período –señala el jurista brasileño José Luis BOLZÁN DE MORAES (2006)- la salud se caracteriza como la libertad de procurar los servicios médicos para “curar” la enfermedad, sujeta a las posibilidades individuales de su compra. Impera, por ende, la salud curativa.

Esta tendencia individualista prevaleció hasta mediados del siglo XIX, donde comenzó a operarse una ligera variación por obra del liberalismo católico y del socialismo. Esta variación marcó, simbólicamente, un punto de inflexión: el ocaso del modelo liberal y la irrupción del Estado de Bienestar Social.

A partir de ese instante, el Estado abandona la función abstracta de sostener la ley (Locke, Montesquieu) para convertirse en un complejo orgánico que cumple múltiples funciones.

En tal sentido, el jurista italiano Luigi FERRAJOLI señala: “*Las expectativas sociales correspondientes a las nuevas funciones –la subsistencia, el empleo, la vivienda, la instrucción y la asistencia sanitaria– son así introducidos y reconocidos por las constituciones del siglo pasado como derechos fundamentales*” (2001:68).

Según el antes citado autor “...*los así llamados derechos sociales a prestaciones positivas, [...] se colocan junto a los antiguos derechos de libertad, concebidos, en cambio, como derechos a prestaciones negativas*” (2001:68).

Llegados a este punto se observa que, tal como lo plantea el jurista argentino Gregorio BADENI, al constitucionalizarse estos nuevos derechos comienza a reconocerse “...*no al hombre abstracto en su individualidad, sino inmerso en la convivencia social. Se entendió que la organización política no debía limitarse al reconocimiento de la*

*independencia jurídica del individuo, sino que además debía crear un mínimo de condiciones necesarias para asegurar su independencia social. Ya no se concebía solamente al individuo como titular de derechos y objeto de la función protectora del poder, sino que fueron agregados los grupos sociales coordinando una relación armónica entre el hombre y la sociedad” (1994: 28-29).*

En este contexto y, con referencia al tema que nos ocupa, el otrora “enfermo” pasa a ser “paciente” del sector salud.

Pero, concomitantemente –señala el jurista argentino Santos CIFUENTES- se advierte la necesidad de no “...restringir la tutela de la persona a la reparación del daño una vez que éste se haya producido sin haber previsto su evitamiento” (1992:46).

En otras palabras: no basta con “curar”, esto es, con reparar los deterioros producidos por la enfermedad. Se percibe la necesidad de promover y proteger la salud individual y colectiva como un derecho pluri-individual o supra-individual.

Pero aquí no termina la cuestión. La salud se convalida, además, como un interés difuso, esto es, como un derecho que atañe a todos los que conviven en una comunidad.

El derecho a la salud así formado recibió fuerte impulso de dos acontecimientos históricos trascendentales:

1. *La revolución francesa*, en 1789, abocada a la transformación política y social al afirmar los derechos fundamentales que la sociedad reconocía en cada individuo; en materia sanitaria ha legado más principios que instituciones, no obstante haber hecho de París el centro de la medicina clínica y, del hospital, el núcleo de la asistencia sanitaria.

El ideal de igualdad política debía sustentarse sobre el principio de igualdad sanitaria. Respondiendo a este imperativo, la asistencia médica debía ampliarse a todas las clases sociales. De este modo, se intentaba

redimir al hombre de la enfermedad y de todos los males, individuales y sociales que ella acarrea.

2. *La Revolución industrial*, producida en el siglo XIX, no sólo afectó la técnica de la producción. También provocó –entre otros cambios- un gran desenvolvimiento de la urbanización y, con ello, la agudización de los enfrentamientos sociales.

A raíz de ello, los gobiernos se vieron forzados a intervenir en la cuestión social<sup>8</sup> -merced a las luchas reivindicatorias iniciadas por los sectores obreros- y a sancionar un programa de leyes sociales. Así ocurrió con aquellas que consagraron mayor asistencia médico-sanitaria.

El primero de estos programas fue aplicado en Alemania, bajo la conducción de Bismarck -1884- quien advirtiendo que correspondía al Estado mejorar la suerte del proletariado, sobre todo para asegurar el regreso al trabajo pero, también, deseando contrarrestar la creciente influencia del ideario socialista, ofreció protección legal contra la enfermedad.

Este programa pronto fue imitado por otros países, tales como Austria y Francia, y se convirtió en una cruzada política a favor de la dignidad de la persona.

#### F. Contenido originario

El derecho a la salud que se inició como un “deber negativo” o “deber imperfecto”, consistente –como bien anota el jurista argentino Pedro HOOFT- *“...simplemente en una ‘no lesión’, por parte de otros de mi integridad física o de mi salud”* (2004: 1322), con el Constitucionalismo Social del siglo XX cede paso a su reconocimiento como “derecho”, es decir, -como escribe pertinentemente el autor arriba citado- como

---

<sup>8</sup> Caracterizada por las pésimas condiciones laborales, la carencia de viviendas confortables y la falta de asistencia médico-hospitalaria.

*“...obligación perfecta de justicia”* (2004:1323), en el sentido de igualdad de oportunidades en el acceso a la asistencia sanitaria.

#### G. Nacionalización de las regulaciones

Con la consolidación de la democracia social, los gobiernos se comprometieron a asegurar el respeto universal y efectivo del derecho a la salud mediante su recepción por los derechos nacionales de los Estados que han adherido al mismo, entre los cuales se encuentran los países de la región.

Así, en 1948, en Bogotá, Colombia, la Novena Conferencia Internacional Americana aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en cuyo art. XI afirma: *“...toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a [...] la asistencia médica”*.

La Asamblea General de las Naciones Unidas enunció en París el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos en cuyo art. 25.1 dispone: *“...toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial [...] la asistencia médica”*.

En Nueva York, Estados Unidos, el 19 de diciembre de 1966 se firmó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>9</sup>, que prescribe en el art. 12 que, entre las medidas que los Estados Partes deberían adoptar a fin de asegurar la plena efectividad del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental debe figurar: *“...la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la*

---

<sup>9</sup> Aprobado según leyes nº 23.313/86 (Argentina) [<http://std.saij.jus.gov.ar>, fecha de captura: 12/11/06]; 4/92 (Paraguay) [[http://leyes.com.py/cronologico\\_listar.php?a=1992](http://leyes.com.py/cronologico_listar.php?a=1992), fecha de captura: 12/11/06] y ratificados el 21/08/96 (Brasil) y el 17/11/88 (Uruguay).

*lucha contra ellas”; y, “...la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad”.*

Cabe destacar que el Pacto no obliga a que el Estado se haga cargo de toda cobertura. Basta para cumplir la obligación que toda persona pueda acceder a servicios de salud, teniendo en cuenta, si fuera necesario, su capacidad contributiva, dada la finalidad de equidad que caracteriza al paradigma del derecho social.

En efecto, el nivel de cobertura queda librado a la determinación política y a la discrecionalidad de cada Estado para la formulación y ejecución de sus políticas públicas en la materia. El Pacto establece los objetivos que deben ser alcanzados por los Estados, mientras la discrecionalidad de estos radica en la selección de los medios con los cuales cumplirán esas metas.

En la ciudad de San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 se firmó la Convención Americana sobre Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica<sup>10</sup>- que, en su art. 26 establece el compromiso de los Estados Partes de adoptar, en la medida de los recursos disponibles, las disposiciones que permitan lograr la plena efectividad de los derechos sociales consagrados en la Carta de la Organización de Estados Americanos, cuyo art. 33 enuncia entre las metas que deben ser alcanzadas para contribuir al desarrollo integral de los sujetos: *“...la defensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”.*

La Asamblea General de Naciones, el 18 de diciembre de 1979 aprobó la Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer<sup>11</sup>. La misma reconoce a todas las mujeres

---

<sup>10</sup> Aprobada según leyes n° 23.054/84 (Argentina), site cit.; 1/89 (Paraguay) [[http://leyes.com.py/cronologico\\_listar.php?a=1989](http://leyes.com.py/cronologico_listar.php?a=1989), fecha de captura: 12/11/06]; Decreto Legislativo n° 27/92 (Brasil) [<https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao>, fecha de captura: 12/11/06] y ratificada el 19/04/85 (Uruguay).

<sup>11</sup> Aprobada según leyes n° 23.179/85 (Argentina), site cit.; 1.215/86 (Paraguay) [[http://leyes.com.py/cronologico\\_listar.php?a=1986](http://leyes.com.py/cronologico_listar.php?a=1986), fecha de captura: 12/11/06];

el derecho a la protección de la salud y a la atención médica sin discriminación de ningún tipo y le otorga al Estado toda la responsabilidad por la eliminación de todo tipo de segregación y por la aplicación de medidas adecuadas para evitar que se profundicen discriminaciones en el campo de la salud.

En Nueva York, Estados Unidos, el 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>12</sup> la cual establece como principio general en el art. 24.1 que: *“Los Estados Partes reconocerán el derecho del niño al disfrute del más alto nivel de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios”*.

En Guatemala, el 8 de junio de 1999, la Asamblea General de las Naciones Unidas suscribió la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra las Personas con Discapacidad, por medio de la cual, los Estados Partes, reafirmando que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos y libertades fundamentales que otras personas, se comprometieron a trabajar –entre otros tópicos- en el tratamiento y rehabilitación de las personas con discapacidad (art. III. 2.b)<sup>13</sup>.

Como bien lo establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *“Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien*

---

17.338/01 (Uruguay)  
[[www.parlamento.gub.uy/Leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17338&Anchor=](http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17338&Anchor=), fecha de captura: 25/10/06] y Decreto Legislativo nº 93/83 (Brasil), site cit.

<sup>12</sup> Aprobada según leyes nº 23.849/90 (Argentina), site cit.; 57/90 (Paraguay) [[http://leyes.com.py/cronologico\\_listar.php?a=1990](http://leyes.com.py/cronologico_listar.php?a=1990), fecha de captura: 12/11/06]; Decreto Legislativo nº 28/90 (Brasil), site cit. y ratificada el 06/12/89 (Uruguay).

<sup>13</sup> Aprobada según leyes nº 25.280 (Argentina), site cit. y 17.330 (Uruguay) [[www.parlamento.gub.uy/Leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17330&Anchor=](http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17330&Anchor=), fecha de captura: 25/10/06].

*común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción...*" (Opinión Consultiva, 02/1982, del 24/09/82).

#### H. La doctrina de la Iglesia Católica

La doctrina de la Iglesia Católica<sup>14</sup>, expresada a través de las Encíclicas Pontificias, reconoce al derecho a la salud como un derecho humano fundamental (Laborem Exercens, 1981), cuyo encauzamiento en el sector económico es no solo responsabilidad del Estado sino de la sociedad en su conjunto (Centesimus Annus, 1991).

#### I. El funcionalismo social

Abandonada la concepción de la salud como un derecho únicamente individual y subjetivo se dice que la salud tiene una función social, o más aún, que la salud es una función social por cuanto constituye un presupuesto ineludible para la preservación de la calidad de vida de la población y, por ende, para el ejercicio de todos los demás derechos<sup>15</sup>.

De ahí que, como escribe HOOFT, la salud como derecho "*...no se abastece con la mera omisión de daño, sino que se integra además, con políticas activas, con medidas de acción positiva y prestaciones de dar y de hacer*" (2004: 1321).

### III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS MERCOSUREÑOS

---

<sup>14</sup> La doctrina de la Iglesia Católica es el pensamiento de la Iglesia que versa sobre los distintos modos de afrontar los problemas sociales y económicos en todos los pueblos.

<sup>15</sup> En tal sentido véase, por ejemplo, a los juristas argentinos Augusto M. MORELLO y Gabriel A. STIGLITZ (1984: 1100).

#### A. Antecedentes coloniales

La atención de la salud en la época de la colonia se cumplió por medio de la reglamentación de la higiene pública, función que competía al cabildo.

De este modo, se procuraba suprimir o evitar los riesgos que pudieran dañar al individuo o afectar al medio ambiente, a fin de prevenir las enfermedades e impedir su difusión.

#### B. Antecedentes anteriores a la constitucionalización

Ni el Estatuto Provisional argentino de 1815, la Constitución argentina de 1819 y su posterior reforma de 1826 –que no llegaron a tener vigencia-, el Reglamento de Gobierno paraguayo de 1813 o la Constitución que, desde 1825 regía la provincia oriental, contenían referencias a la salud como derecho.

### IV. SANCIÓN DE LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS PARTES

#### A. Antecedentes de las constituciones de los Estados Partes

La redacción originaria de los textos constitucionales brasileño, uruguayo y paraguayo de 1824, 1830 y 1844, respectivamente, no contenía referencias explícitas o implícitas a la salud como derecho.

No es sino en el texto constitucional argentino de 1853 que se encuentra contemplado implícitamente, como parte de los que, como enumerados, tienen su eje en el art. 14.

Sin embargo, cabe advertir que la jurisprudencia de la Corte Suprema Argentina, en los primeros períodos de la organización sostuvo que, la salud pública era un derecho en el caso de *Los Saladeristas* (“Podestá c/Provincia de Buenos Aires”, fallos 31:274).

En el citado caso, la Corte consideró que la autorización para el funcionamiento de un establecimiento industrial depende de su inocuidad. O sea que, si él resulta dañoso para la salud pública “...*contra la cual no hay derechos adquiridos*”, la autoridad pública puede imponer nuevos requisitos a la empresa pero, también, retirar la autorización concedida si no se cumplen tales recaudos o si la actividad sigue siendo nociva.

Asimismo, la legislación infraconstitucional de la misma época, se ocupaba del tema desde la perspectiva de los “derechos negativos”.

## B. Principales reformas

Con posterioridad se introdujeron distintas reformas, entre las cuales cabe mencionar como las más importantes, en lo que hace al tema de este trabajo:

1. La reforma uruguaya de 1919, en cuanto introduce en el art. 173 la salud como un derecho implícito.
2. La reforma paraguaya de 1967, seguida por la brasileña de 1988, paraguaya de 1992, argentina de 1994 y uruguaya de 1996, pues consagran expresa y definitivamente la salud como un derecho humano fundamental.

Así, Paraguay, en la reforma de 1967, proclama y garantiza en el artículo 83 el derecho a la salud. Sin embargo, no se encontraba protegido por un real Estado de Derecho (PINARD, 1996). Es por ello que la reforma de 1992 declara en los arts. 68 y 69 que le compete al Estado proteger y promover el derecho a la salud como fundamental, proveyendo las condiciones dentro de un Sistema Nacional de Salud, recursos, planes y políticas integradas al desarrollo social

[<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.html>, fecha de captura: 28/10/06].

La de Brasil introduce por primera vez una sección dedicada a la salud e instituye el Sistema Único de Salud [[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)].

Conforme a ello define a la salud como derecho de todos y deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que objetiven la reducción del riesgo de enfermedades y de otros daños, y el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación (art. 196). El acceso a las acciones y servicios de salud es asegurado a través de una red regionalizada y jerarquizada (art. 198), constituyendo un sistema único (art. 195), organizado de forma descentralizada, con dirección única en cada esfera de gobierno y participación de la comunidad (art. 198), con el objetivo de proveer atención integral en salud. El art. 199 señala que la asistencia a la salud es libre a la iniciativa privada.

La Argentina establece, en el art. 42, la protección de la salud, aunque en el contexto particular de la relación de consumo. En efecto, el mencionado art. determina: *“...los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho [...] a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; [...] a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos [...] a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, [...] al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios”* (Legislación Argentina 1995-A: 26).

Finalmente, la reforma uruguaya declara, en el art. 44: *“...todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad. El Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan sólo a los indigentes o carentes de*

*recursos suficientes*” [www.parlamento.gub.uy-Constitución de la república-2004-Microsoft internet explorer, fecha de captura: 25/10/06].

## V. CONTENIDO DEL DERECHO A LA SALUD

### A. Generalidades

La reseña del origen y evolución del derecho a la salud, hecha precedentemente, justifica la afirmación inicial de que este derecho es una “categoría histórica” y no dogmática, e impone analizar el estado actual de la cuestión, atento a la insuficiencia de normas que tutelen efectivamente este derecho.

### B. Contenido actual. Bases en las que se asienta

Para poder establecer cuál es el alcance e implicancia del derecho a la salud es necesario delimitar, adecuadamente, desde la visión jurídica, el concepto de “salud”, porque de la extensión que le otorguemos dependerá, en gran medida, el contenido y la operatividad de su tutela.

En efecto, hasta mediados del siglo pasado el concepto de salud predominante era somático y se identificaba con la “ausencia de enfermedad”.

Pero el mayor conocimiento acerca de la importancia que tiene la influencia del medio sobre el individuo ha hecho necesario cambiar el concepto tradicional de salud por otro actualizado.

Así, en 1946, la Organización Mundial de la Salud adoptó como definición la que conceptualiza a la salud como: “...*estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”.

Como se puede observar, esta nueva definición de salud significó un cambio total del concepto que regía. Tal es así que ha dado lugar a la aparición de nuevas especialidades médicas y a una mayor actuación sanitaria.

Ahora bien, de acuerdo con el jurista argentino Ricardo LORENZETTI: *“Esta es una definición descriptiva, es una aspiración. No es operacional y por ello no puede ser trasladada sin retoques al plano de las prescripciones jurídicas. Una cosa es que estemos dispuestos a admitir que la salud es el completo bienestar y otra es que estemos dispuestos a obligar a alguien a procurarlo”* (1997: 137).

Creemos que *“El estado ideal al que apunta la norma es deseable pero no constituye la realidad sobre la que opera el derecho. Por eso debe ser concebido como un objetivo que debe ser perseguido por el Estado con sujeción al principio de progresividad<sup>16</sup> y no como un deber actual, inmediato”* (CARAMELO DÍAZ, 2006: 36).

Por ello podemos sostener que la salud se define, fundamentalmente, en virtud de los derechos que implica y de su alcance.

Con base en tal circunstancia, nos incumbe someter bajo examen el derecho a la salud, entendido como aquél que, integrado por el conjunto de obligaciones tendientes a asegurar el acceso de la población a las prestaciones médicas, constriñe al Estado a garantizar su cumplimiento.

La gran pregunta es entonces: ¿qué tipo de obligaciones asume el Estado? Sin duda, el Estado asume dos tipos de obligaciones: negativas y positivas. Las primeras de éstas tienden a evitar que la salud sea dañada por la conducta de terceros, sean éstos particulares o el propio Estado y

---

<sup>16</sup> La sujeción al principio de progresividad implica para los Estados Partes la obligación de avanzar lo más eficazmente posible hacia la plena realización del derecho a la salud. En efecto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en torno al derecho a la salud, es decir, no puede verse progresividad como un mecanismo para despojar de contenido a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos. Se trata, por tanto, de un concepto que tiene por objeto hacer cada vez más rigurosos los estándares de exigibilidad. Es por ello que, aunque se demuestre la insuficiencia de recursos, sigue en pie tal obligación.

las segundas a asegurar no sólo la asistencia una vez producida la afectación a la salud sino, muy particularmente, -como afirma HOOFT- *“...una real y efectiva tutela del derecho a la atención sanitaria”* (2004:1321).

De cuanto venimos diciendo se desprende que el derecho a la salud no obliga al Estado a curar ni a lograr el completo bienestar sino a dar prestaciones de salud. Claro que, el Estado puede delegar esta función. Sin embargo, no puede renunciar a su función supletoria, exclusiva o concurrente con otras entidades –públicas o privadas- cuando esta actividad no resulta cubierta suficientemente por las mismas.

Y ello es así, puesto que como ha reiterado la Corte Suprema de Justicia Argentina el Estado es quien debe garantizar el fiel cumplimiento de los derechos esenciales y, por consiguiente, 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<sup>17</sup>; 323: 1339<sup>18</sup>; 323:

---

<sup>17</sup> En el caso (“Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S. A. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”), la Corte rechazó el recurso extraordinario deducido por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, apoyando su decisión en defectos de forma, pero dejando en claro su postura. Se trataba de una acción de amparo interpuesta por la empresa de medicina prepaga –no el progenitor de la menor de edad- contra la conducta denegatoria de la Municipalidad de recibir a la menor en un establecimiento asistencial dependiente de su gestión, ante el eventual cese de la cobertura privada. La originalidad del proceso reside en que la exigibilidad de la obligación de prestar asistencia médica es requerida por un tercero a favor de la preservación de la salud de la menor. La Corte dijo al fundar su decisión que: *“Si la demandada no ha mencionado ley o norma concreta alguna que imponga a los servicios de medicina prepaga el mantenimiento de enfermos en terapia intensiva por períodos superiores a los fijados en los contratos de adhesión con sus clientes, no es posible –siquiera con una interpretación amplia del espíritu de la ley 24.754- entender que corresponde denegar la prestación de terapia intensiva en un nosocomio público, tal como lo hizo la comuna”*. Conforme a la doctrina de este fallo el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires no puede desentenderse de las obligaciones médico-asistenciales frente a los particulares argumentando que la obligación debe ser asumida por otro ente, pues la protección del derecho a la salud es una obligación impostergable y de inversión prioritaria del Estado.

<sup>18</sup> En el caso (“Asociación Benghalensis y Otros v. Ministerio de Salud y Acción Social –Estado Nacional”), una organización cuyo objeto social es la lucha contra la epidemia del Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, promovió acción de amparo a fin de que se obligue al Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación- a cumplir con la asistencia, tratamiento y rehabilitación de los enfermos del sida y, en especial, con el suministro de medicamentos, de acuerdo con lo dispuesto por los arts.

3229<sup>19</sup>; 324: 3569<sup>20</sup>; sentencia n° 730. xl (es copia)<sup>21</sup>, entre muchos otros).

---

14, 20, 43 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, la ley n° 23.798 de lucha contra el sida y su decreto reglamentario n° 1.244/91.

La Corte, en concordancia con lo dictaminado por el Procurador General de la Nación, declaró admisible el recurso extraordinario deducido por el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, a través de la Secretaría de Salud, y confirmó la sentencia apelada, por la cual se hace lugar al reclamo de la amparista. El argumento más saliente de la sentencia fue: *“El Estado no sólo debe abstenerse de interferir en el ejercicio de los derechos individuales sino que tiene, además, el deber de realizar prestaciones positivas, de manera tal que el ejercicio de aquellos no se torne ilusorio”*.

<sup>19</sup> El caso (“Ana Carina Campodónico de Beviacqua v. Ministerio de Salud y Acción Social –Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas”) fue originado al haberse suspendido el tratamiento de un menor de edad dependiente del suministro de un medicamento, sin el cual se produciría la disminución de sus defensas inmunológicas. La Corte confirmó la sentencia apelada por la demandada por la cual se la condenó a entregar las dosis necesarias del remedio prescripto, sin perjuicio de las gestiones que pudiera realizar para que la provisión se efectuara mediante los servicios de su obra social o de la autoridad pública local. El argumento de la Corte fue: *“Frente a la actuación deficiente de la entidad médica sindical, la situación de precariedad laboral y económica de la familia y el estado de extrema urgencia que reviste el suministro del medicamento requerido, es el Estado Nacional –mediante el ministerio demandado- el que debe intervenir subsidiariamente para dar adecuada tutela a los derechos del menor...”*.

<sup>20</sup> En el caso (“Marcelino Monteserin v. Ministerio de Salud y Acción Social”), el padre adoptivo de un menor de edad afectado por parálisis cerebral, solicitó ante los tribunales que se exhortara al Poder Ejecutivo Nacional y a sus órganos dependientes a cumplir con el tratamiento de rehabilitación que requería para mejorar su calidad de vida. La Corte confirmó la sentencia apelada por el Ministerio de Salud y Acción Social considerando que: *“El Estado Nacional es el encargado de velar por el fiel cumplimiento de los derechos constitucionales que amparan la vida y la salud de los niños y de asegurar la continuidad de los tratamientos que necesiten, habida cuenta de la función rectora que le atribuye la legislación nacional en ese campo y de las facultades que debe ejercer para coordinar e integrar sus acciones con las autoridades provinciales y los diferentes organismos que conforman el sistema sanitario en el país, en miras de lograr la plena realización del derecho a la salud”*.

<sup>21</sup> En la especie (“Sánchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo”), la Corte resolvió favorablemente a la medida cautelar interpuesta por la actora –quien no contaba con cobertura de obra social ni de prepaga- y ordenó que se provean, en forma urgente, los medios, elementos, como así también los fondos necesarios para la internación, realización de estudios y compra de insumos para la intervención quirúrgica que no cubría el hospital, todos estos necesarios para evitar una inminente parálisis permanente e irreversible de sus miembros inferiores y esfínteres, conforme a la sentencia que enuncia: *“...el derecho a la salud, máxime cuando se trata de enfermedades graves, se encuentra íntimamente relacionado con el derecho a la vida que está reconocido por la Constitución y por los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 de la Ley suprema) [...] la autoridad pública [debe] garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga”*.

El principio rector que justifica su intervención frente a la actuación deficiente de otras entidades es el de la subsidiaridad, que –como ha señalado la Corte- “...se articula con la regla de solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencial a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica” (sentencia del 24/10/00, causa 823.XXXV).

De todo lo expuesto se puede concluir con el sanitarista argentino Jorge LEMUS que “...el Estado es el último garante del efectivo acceso a los servicios médicos” (2003).

Ahora bien, con esto no hemos aclarado en qué áreas los Estados Partes delegan su función de suministrar prestaciones médicas. Pues bien, esta función se asienta en tres áreas:

1. *El hospital público* se hace cargo de la garantía igualitaria, esto es, de dar prestaciones de salud a todos los habitantes del país.

2. *El sistema de obras sociales* debe suministrar prestaciones a todos sus afiliados. En cuanto al contenido, existe uno básico que es la prestación médica obligatoria o plan de referencia<sup>22</sup> a la que esos afiliados tienen derecho.

3. *La medicina prepaga* tiene la obligación de dar prestaciones de salud a los que se afilien en forma voluntaria a una empresa prestataria de servicios de atención a la salud, esto es, a una empresa de medicina prepaga (Argentina) o seguro de salud privado (Brasil, Paraguay y Uruguay) a través de un contrato comercial. El contenido es la prestación básica y el que surge del contrato.

---

<sup>22</sup> La prestación básica o plan de referencia es una prestación mínima que todos los entes prestadores de servicios de salud –públicos o privados- deben cumplir. De este modo, pone en un plano de igualdad a las prestaciones médicas que se reciben, independientemente de quien las presta.

## VI. JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO A LA SALUD

### A. Generalidades

Se cuestiona la subsistencia del derecho a la salud desde el punto de vista individual y social, planteándose la necesidad de no enfocar de manera antagónica ambas perspectivas en el campo de la salud en procura de una fructífera complementación.

### B. El interés individual y el interés social como fundamento del derecho a la salud

La salud no solo beneficia al individuo sino también a la sociedad.

Y ello es así, puesto que la enfermedad gravita enormemente sobre la vida económica y social, pues reduce la productividad de los individuos. La baja producción proporciona salarios insuficientes que derivan en nutrición deficiente y, por tanto, en bajo nivel de vida que, en la mayoría de los casos, provoca enfermedad.

Ahora bien, la enfermedad necesita atención e inversión de grandes sumas de dinero que el Estado podría destinar a la medicina preventiva. *“Se crea de tal modo –por usar las palabras de la profesora argentina en Ciencias Biológicas Lucy de VATTUONE- un círculo vicioso, llamado ‘círculo económico de la enfermedad’ que nos alerta sobre las consecuencias de un bajo nivel de vida”* (1990: 26). Y, también sobre la íntima relación de la salud con el desarrollo socioeconómico.

Por eso se puede afirmar que el individuo saludable contribuye al crecimiento económico y al desarrollo social de la sociedad en la que se halla inmerso. De ahí que, como lo adelantábamos al comienzo, el interés individual va muy unido al interés social.

Pues bien, su doble connotación se debe a que la salud atañe, afecta e interesa no sólo al individuo, sino también al conjunto social que,

según lo dijimos puede beneficiarse o puede sufrir perjuicio y hasta daño. Y, cuando esta pluralidad sufre amenaza o daño está, a la vez, comprometida la salud individual del conjunto social al que pertenece y donde se sitúa el individuo en cuestión.

Ello no implica desconocer la existencia de eventuales conflictos entre ambos intereses, en los que resulte inevitable jerarquizar uno en detrimento del otro.

Y la razón de los conflictos que pudieran presentarse es, pues, la indudable “función social” de este derecho.

Esto último nos permite aseverar que es, precisamente, por la naturaleza transindividual del bien jurídico comprometido que, el interés social en proteger la salud ha prevalecido sobre el interés individual cuando han entrado en colisión.

Vale mencionar para justificarlo la vacunación obligatoria de ciertas enfermedades contagiosas y la obligación impuesta a las empresas de medicina prepaga argentinas de cubrir en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias impuestas a las obras sociales en materia de drogadicción y contagio del virus H. I. V.

Claro que, promover la salud, aún en contra del interés individual puede ocasionar daño, por acto ilícito, a los particulares. Piénsese, por ejemplo, en la internación compulsiva de enfermos mentales que son peligrosos para terceros<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Tal como enseña el psiquiatra, neurólogo, médico forense y profesor de medicina legal español J. CARRASCO, los internamientos compulsivos, no voluntarios: “...son todos aquéllos que se llevan a efecto por la decisión de otras personas diferentes al interesado, sin su consentimiento o incluso con su oposición, pasiva o incluso activa. Falta de consentimiento derivada bien de la incapacidad del mismo, temporal o permanente, a prestar el consentimiento, en cuyo caso es preceptiva la autorización judicial [...] La solicitud de internamiento puede partir de la propia familia, del representante legal del enfermo, del Ministerio Fiscal o de un juez o tribunal [...] El internamiento involuntario pretende también proteger al enfermo mental, incluso en contra de su voluntad” (1998: 238).

Es por ello que el “principio bioético<sup>24</sup> de autonomía” –en virtud del cual todo ser humano en uso de su razón tiene derecho a decidir en las cuestiones relevantes para su proyecto vital, sin presión ni imposición de persona alguna- debe ser armonizado con el “principio de beneficencia no maleficencia” que procura el mayor beneficio para el paciente, sin ocasionarle daño, sopesando con el “principio de justicia” en procura de equidad, es decir, de la mejor protección de los valores en conflicto desde la perspectiva del bien de terceros y de la sociedad.

Es decir que deben evaluarse, cuidadosamente, todas las circunstancias particulares de cada caso a fin de maximizar la armonía entre los intereses en juego.

## VII. OTROS PERFILES ACTUALES DEL DERECHO A LA SALUD

### A. Generalidades

En el derecho a la salud contemporáneo así esbozado, cabe señalar tres tendencias importantes, que contribuyen a moldearlo.

### B. Internacionalización

La tendencia a la internacionalización, que ya señalamos, se ha reflejado no sólo a través de los acuerdos internacionales o leyes uniformes que los países han adoptado, sino también, a través de las instituciones internacionales que, a partir del siglo XIX, dictaron normas para promover la salud.

---

<sup>24</sup> Para responder qué es bioética tomamos prestada una definición del director del Instituto Borja de Bioética Francesc Abel I FABRE quien la describe como: *“Estudio interdisciplinar [...] orientado a la toma de decisiones éticas de los problemas planteados en los diferentes sistemas éticos, por los progresos médicos y biológicos, en el ámbito microsocia y macrosocia, micro y macroeconómico y su repercusión a la sociedad y sus sistemas de valores, tanto en el momento presente como en el futuro”* (2005: 5).

Los problemas de la bioética derivan, precisamente, de la conflictividad entre sus principios cardinales.

Así, pues, como concreción de esta internacionalización, cabe citar la Organización Panamericana de la Salud que contribuyó a sentar las bases de la salud pública en la región y, que a través de sus oficinas internacionales estimula y coordina en el nivel internacional los programas dirigidos al mejoramiento de la salud continental; las oficinas regionales de la Organización Mundial de la Salud que promueven el más alto nivel de salud para todos los pueblos del mundo.

Debe señalarse, especialmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como aquél órgano al cual los Estados deben remitir sus informes periódicos, dando cuenta del cumplimiento de sus obligaciones bajo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además de esta función, emite observaciones generales, que constituyen la interpretación autorizada de las cláusulas del Pacto, por parte del órgano contralor.

Asimismo, El Código Sanitario Panamericano, aprobado en La Habana en 1924, cuyas declaraciones –al reconocer la salud como un derecho de todos los países y todas las personas, así como la necesidad de crear ministerios de salud- han servido para que la salud internacional se abriese paso en la agenda política local; El Reglamento Sanitario Internacional de 1969 –sometido a revisión en 2004- para el intercambio de información epidemiológica. Y, por último, la Declaración de Alma-Ata, adoptada el 12 de septiembre de 1978 en el marco sobre Atención Primaria de Salud que proclamó la salud como un derecho humano fundamental estableciendo que *“...el logro del grado más alto posible de salud es un objetivo social sumamente importante en todo el mundo, cuya realización exige la intervención de muchos otros sectores sociales y económicos, además del sector salud [...] Los gobiernos tienen la responsabilidad de la salud de sus pueblos, la que se puede lograr sólo mediante la provisión de medidas sanitarias y sociales adecuadas...”*.

### C. Privatización

La privatización del sector salud, mediante su organización bajo las modalidades de empresas comerciales –denominadas sistemas prepagos o seguros de salud privados- en la cual las actividades prestacionales están inspiradas en el propósito de lucro se produjo en las últimas décadas el siglo XX.

Ello, obviamente, reconoce diversas causas: la ausencia de algunas prestaciones; la insuficiencia de atención reparadora, preventiva y de diagnóstico precoz y oportuno y, de oportunidad y continuidad del tratamiento. Así como también la demora en acceder a un servicio de salud efectivo por parte de los usuarios del sistema estatal y de obras sociales. Todo lo cual ha llevado y lleva a que importantes sectores de la población, que cuenta con los recursos económicos necesarios, se vuelque hacia el sector privado.

Sin embargo, afirmamos aquí siguiendo a LEMUS que “...*el sector público de salud –y dentro de él el hospital público- sigue siendo la columna vertebral del sistema de salud argentino...*” (2004: 20). Más se ha de advertir que no sólo el sector público cumple este rol en la Argentina, sino también, en los restantes países de la región porque subsidia la alta complejidad no cubierta por los distintos planes o límites de cobertura de los otros sectores y es núcleo central de la atención de las clases más pobres.

#### D. Armonización e integración. La Unión Europea y el Nafta

La tendencia a la privatización es acompañada de otra, de armonización e integración de los modelos de prestación de servicios de salud, que resulta de la compatibilización de las legislaciones en lo que respecta al sector salud.

La creación de los mercados comunes –como una necesidad para equilibrar el flujo de servicios, productos y población mediante la apertura de mercados y el estímulo de la complementariedad entre las economías-

acelera este proceso, como una necesidad para el funcionamiento efectivo del sistema, incluso en la organización de los sistemas de prestación de servicios de salud, como lo ilustra el esfuerzo europeo de hallar un adecuado régimen común para el acceso a las prestaciones de salud de las personas que se desplazan en la Unión, dictando normativas comunitarias para la uniformización del régimen sanitario.

A ese respecto, cabe citar el Reglamento de la Comunidad Económica Europea nº 1408/71 del Consejo de 14/06/71 (Diario Oficial L 028 de 30/01/97, doc 397 RO 118) que rige el acceso a los cuidados de salud de quienes se desplazan en la Unión, en cuyo art. 22 especifica que la autorización para el acceso a prestaciones de salud más allá de las fronteras no puede ser rechazada *“...cuando el tratamiento en cuestión es parte de los servicios de salud previstos en la legislación del Estado miembro de residencia de un individuo y cuando tales servicios no están disponibles en tiempo hábil, considerando el estado de salud y el curso probable de la enfermedad”*.<sup>25</sup>

Debe señalarse especialmente el Tratado de la Comunidad Europea (Roma, 25/03/57 [[www.pnsd.msc.es/Categoria2/legisla/pdf/i12.pdf](http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/legisla/pdf/i12.pdf), fecha de captura: 03/08/06]) que promueve la cooperación en los cuidados de la salud y establece en su art. 152 que la ejecución de todas las políticas y acciones comunitarias asegurarán un elevado nivel de protección de la salud.

Asimismo, la Constitución Europea incluye entre los objetivos de la Unión, la promoción del bienestar de sus pueblos [[www.realinstitutoelcano.org/especiales/constitucioneuropea/nuevo/](http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/constitucioneuropea/nuevo/), fecha de captura: 25/10/06].

---

<sup>25</sup> No obstante, es dable aclarar que, en la práctica, la autorización previa para el acceso a prestaciones de salud fuera del país es siempre dejada a criterio de los Estados Miembros.

Este proceso es apoyado por un importante número de acuerdos y programas de cooperación entre Estados Miembros.

En ese sentido, se destacan los acuerdos celebrados entre Holanda y Bélgica que permiten que holandeses residentes en regiones del sudoeste del país y que disponen de seguro social puedan recibir prestaciones médicas reembolsadas por el Estado en dos hospitales de Bélgica –en Gante y en Brujas-; Irlanda e Inglaterra, Alemania y Noruega han seguido el mismo ejemplo.

La profesora brasileña de Medicina social Sulamis DAIN (2004) señala que también existen acuerdos entre diferentes Estados Miembros con el objeto de reconocer y dar operabilidad recíproca a tarjetas de salud nacionales.

Finalmente, el Programa Interreg<sup>26</sup> ha permitido el desarrollo de proyectos de cooperación transfronteriza en el campo de la salud. La primera experiencia práctica ocurrió en 1992 entre Hainaut y Nord-Pas-de-Calais, a partir de reuniones para conocer el sistema de salud transfronterizo y sus reglas de acceso<sup>27</sup>. La etapa final de este proyecto fue la creación de un observatorio transfronterizo con el objeto de reorganizar la salud en bases regionales, considerando las necesidades de la población de la región (DAIN, 2004).

Así, el Proyecto Euregio Meuse-Rhine promueve la cooperación entre los sistemas de seguros y hospitales en Liege, Genk –Bélgica- y Aachen –Alemania- y Maastricht –Holanda- en las regiones de frontera entre los tres países<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Constituye una iniciativa llevada a cabo a partir de 1990 por la Comisión Europea para promover el desarrollo de las regiones de frontera que ocupan el 50% del territorio de la Comunidad y el 10% de la población de la Unión.

<sup>27</sup> Estos proyectos se han basado, mayoritariamente, en la capacidad disponible de servicios. Por ejemplo, pacientes con H. I. V. belgas fueron tratados en una clínica francesa especializada, mientras pacientes franceses recibían tratamiento de hemodiálisis en Bélgica.

<sup>28</sup> Cabe destacar que en esta región se atenuaron los procedimientos burocráticos para acceder a la atención básica en el servicio de elección.

El Proyecto Euregio Rhine-Waal, situado en la frontera Este entre Holanda y Alemania, permite que pacientes residentes y con seguro en Alemania puedan acceder al hospital de Nijmegen, en Holanda, reduciendo el tiempo de viaje para acceso a servicios similares en Alemania.

Por último, el Euregio Scheldemond, localizado en la frontera entre Holanda y Bélgica, en la región de Flandes, cuyo objetivo es asegurar el acceso al sistema de salud a trabajadores y sus familias en la frontera (DAIN, 2004).

Evidentemente, en el NAFTA, la disparidad entre los sistemas de salud dificulta la movilidad de los ciudadanos y, por consiguiente, la posibilidad de implementar acciones pactadas en el campo de la salud, que se reducen a acciones de vigilancia epidemiológica y sanitaria y a una disputa por precios de medicamentos<sup>29</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

1º) Al tratar de evocar el devenir histórico del derecho a la salud no podemos prescindir de un dato inicial: que la conciencia clara y universal de tal derecho es propia del siglo XX.

Ello no supone decir que en siglos pasados el individuo no tenía acceso a la salud. Lo que ocurre es que la sociedad se le presentaba a aquél como “naturalmente” estructurada en un orden jerárquico de clases con un status desigual, en el que la desigualdad se asentaba en el principio hereditario condicionado por el nacimiento. La pertenencia a una clase social determinaba, por tanto, la situación jurídica del individuo en

---

<sup>29</sup> De hecho, México y Canadá ofrecen medicamentos a costos más bajos que en los Estados Unidos, caracterizándose la frontera como un área de intenso contrabando de medicamentos.

la sociedad y, con ello, las oportunidades de acceso a la atención sanitaria.

2º) La salud aparece como función estatal al final del siglo XIX y principios del XX, lo que marcó un derrotero para su posterior consagración como derecho humano y social fundamental, revistiendo su protección una cuestión de orden público.

3º) Las tendencias actuales que el derecho a la salud nos ofrece en la órbita de un sentido funcional del mismo –algunas de cuyas más recientes exteriorizaciones hemos querido abarcadoramente ofrecer en este capítulo- están en disponibilidad para merecer un detenido análisis.

De ahí que intentemos en los capítulos que siguen calibrar la pregnancia de cada una de estas tendencias para ir contrastando las hipótesis de trabajo planteadas.

## CAPÍTULO II

### **LAS NUEVAS EXIGENCIAS DE TUTELA: EXPERIENCIAS Y ALTERNATIVAS PARA REPENSAR LA PROBLEMÁTICA QUE ENCIERRA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD Y ASEGURAR UNA ADECUADA TUTELA AL USUARIO DE LOS SERVICIOS MÉDICOS PREPAGOS**

#### I. GENERALIDADES

Reflexionar sobre el derecho a la salud o pensarlo en la dimensión del nuevo milenio es una tarea apasionante y constructiva, máxime cuando trataremos de hacerlo desde los aspectos jurídicos y socioeconómicos.

Las consideraciones que siguen no proponen ninguna relación causal porque hoy por hoy nada es definitivamente sostenible. Sin embargo, conviene a los propósitos de este trabajo no perderlos de vista.

#### II. EL AGOTAMIENTO DEL CICLO DE FIN DE SIGLO Y EL DESAFÍO DEL NUEVO MILENIO

El Constitucionalismo Social del siglo XX marcó el inicio de una nueva era. Caducó en forma definitiva el modelo del Estado Liberal y emergió el Estado de Bienestar Social.

Sin embargo, el llamado “Estado de Bienestar Social” se tornó crecientemente disfuncional<sup>30</sup> y entró en una fase irreversible de agotamiento.

---

<sup>30</sup> El término es utilizado para dar cuenta de que el paradigma en cuestión deja de responder a los fines para los que fue pensado y se torna ineficaz para brindar soluciones a los nuevos conflictos sociales.

Esta situación fue en gran parte motivada por la caída del Muro de Berlín, el 9 de noviembre de 1989. Como se sabe, implotó la ex Unión Soviética y, con ella, la bipolaridad mundial que se basaba en la confrontación de dos sistemas alternativos y excluyentes en lo ideológico y económico: el comunismo y el capitalismo. El éxito capitalista abrió definitivamente las puertas al desarrollo de la globalización<sup>31</sup>. Y, al hacerlo entró en una crisis irreversible el modelo económico keynesiano. Prácticamente, todos los Estados Partes del MERCOSUR fundaban en aquél sus sistemas económicos. De modo que aquí –a igual que a nivel mundial- también se redefinió el modelo mediante un drástico ajuste económico, orientado hacia la apertura y liberalización económica.

Atados a la necesidad de acceder al crédito internacional, la mayoría de los países de la región no tuvieron más remedio que ingresar en la economía globalizada bajo ciertas condiciones<sup>32</sup>. LÓPEZ (1997) las sintetiza en “*confiabilidad*” hacia los otros países, que es ser previsible. “*Estabilidad*”, que está vinculada tanto a lo económico como a lo político. Y “*competitividad*” que es sistemática en cuanto incorpora serios riesgos de inestabilidad al conjunto del sistema.

Un rápido vistazo a la realidad en curso hoy muestra que esta última exigencia –competitividad- produjo un fuerte impacto sobre el campo jurídico, pues implicó el debilitamiento del papel del Estado y,

---

<sup>31</sup> Una de las más consideradas definiciones de globalización es la siguiente, propuesta por el sociólogo argentino Ernesto LÓPEZ: globalización “...es una nueva fase de expansión del sistema capitalista...” caracterizada por: “...tendencia a la apertura de los sistemas económicos nacionales [...] y, por lo tanto, disminución o cese de políticas estatales reguladoras y/o proteccionistas; Notorio aumento del comercio internacional; Expansión de los mercados financieros; Reorganización espacial de la producción e interpenetración de las industrias a través [...] de las fronteras nacionales; Incremento de la movilidad internacional de los factores de producción; Búsqueda permanente de la ventaja comparativa y de la competitividad; Prioridad de la innovación tecnológica; Aparición de elevadas tasas de desempleo; Descenso de los niveles históricos de remuneración de la fuerza de trabajo. Y como resultado de todo lo anterior: Aumento de la interdependencia entre países o economías diferentes, y consolidación de una definida tendencia a la formación de polos económicos regionales” (1997: 24). En suma, los tres rasgos salientes de la globalización son liberalización, desregulación y privatización.

<sup>32</sup> Brasil se ha negado a firmar acuerdos con el Fondo Monetario Internacional.

como contrapartida, el fortalecimiento del espacio del mercado y su reafirmación como nuevo espacio hegemónico de regulación social (TEDESCHI, 2001).

El sociólogo francés Robert CASTEL nos indica que a esto viene asociado procesos de *“...descolgamiento, de desestabilización de los estables, de vulnerabilización de posiciones antes seguras”* (1996: 10).

En este sentido, conviene hacer un análisis de dichos procesos para ver de qué manera la primacía del mercado sobre el Estado incide en lo jurídico y lo social.

Partiendo de este concepto podemos desplegar la problemática que genera dicha primacía, por lo menos, sobre dos planos, a los efectos de examinarla con un poco más de detenimiento.

En primer lugar, dicha primacía significó la reducción del mercado laboral y el recorte de los derechos de los trabajadores (TEDESCHI, 2001) cuya palabra que lo identifica es flexibilidad.

Efectivamente, la automatización sustituyó trabajo en la esfera productiva y la desplazó, en el mejor de los casos, hacia el sector servicios.

En este sentido, las consideraciones del sociólogo checoslovaco Radovan RICHTA resultan anticipatorias: *“En el período de la industrialización el aumento de la producción se acompañaba de un aumento del empleo en las ramas industriales en relación al resto de los empleos; en cambio, la revolución científico-técnica manifiesta, desde su comienzo una tendencia opuesta: la producción crece sin que crezca la capacidad de trabajo utilizada en la producción directa; al contrario, el trabajo tradicional en la producción directa decrece”* (1974: 46-47).

Valga decir, entonces, como escribe, pertinentemente, el mismo autor que Occidente durante el siglo XX había ido construyendo una socialidad, una red de contención muy particular alrededor del mundo del trabajo, es decir, alrededor del salario y de la asistencia al trabajador y a

su familia. Dicha red está hoy en crisis, porque el trabajo ha dejado de ser integrador (1974).

En segundo lugar, la primacía del mercado sobre el Estado implicó un achicamiento de este último, algunos de cuyos rasgos son: la desregulación de los servicios prestados por el Estado a manos de grupos económicos privados, su abandono en las prestaciones sociales y la insuficiencia de legislaciones defensivas de los derechos sociales.

De ello se deduce que los Estados han perdido autoridad, esto es, su competencia y efectividad para controlar actividades económicas en su propio territorio (LÓPEZ, 1997).

Por ello se puede decir que estas tendencias socavan el Estado de Derecho<sup>33</sup> y –como afirma PINARD- retrotraen “...las cosas a épocas del prepotente colonialismo que se pensaba superado” (1996: 15).

De acuerdo con FERRAJOLI esta regresión es sólo una faceta o expresión del “...retraso de las ciencias jurídicas y políticas, que hasta la fecha no han teorizado ni diseñado un Estado social de derecho equiparable al viejo Estado de derecho liberal, y han permitido que el Estado social se desarrollase de hecho a través de una simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos administrativos, el juego no reglado de los grupos de presión y las clientelas, la proliferación de las discriminaciones y los privilegios y el desarrollo del caos normativo” (1999:28).

Esta imagen es acaso una de las causas fundamentales de que los derechos sociales, introducidos por el Estado de Bienestar Social y reconocidos –afirmamos aquí siguiendo al jurista español Gregorio ROBLES- como “...derechos humanos positivizados, esto es, concretados y protegidos por normas del mayor rango...” (1992: 20), permanezcan –tal como, acertadamente, observa FERRAJOLI- “...en lo que respecta a la

---

<sup>33</sup> Coincide con nuestra opinión la del filósofo alemán Jürgen HABERMAS, quien declara: “El Estado de derecho sufre quebranto cuando el Estado se contenta [...] con la posición de un partícipe entre otros...” en la sociedad (1998: 527).

*forma jurídica como simples proclamaciones de principio desprovistas de garantías efectivas”* (2001: 69).

Lo anterior nos permite comprender por qué quedan en suspenso las posibilidades de su efectividad. Fenómeno que la ciudadanía no comprende y que, por causas diversas pero operantes, muestra un desfase entre el reconocimiento formal y la negación de nuestros derechos fundamentales. Esto es, entre normatividad y facticidad (HABERMAS, 1998), produciendo lo que el filósofo argentino Ricardo MALIANDI (1994) denomina dicotomía onto-deóntica<sup>34</sup>.

Acaso el balance crítico más agudo corroborante de esta falencia se deba a las sugestivas reflexiones del mismo GHERSI al proclamar que tales derechos “...pasarían a ser letra muerta sino fuese que doctrinarios [...] o magistrados comprometidos con la vida y la historia de los seres humanos, hubiesen jugado su prestigio y su función para hacer operativo aquellos nuevos derechos” (1999: 81).

Pero hacer énfasis sobre este fenómeno no debe hacer perder de vista que, aunque muchas veces se frustra, la obligatoriedad de las normas consagratorias de tales derechos es real, porque todos estamos sujetos a su imperatividad.

Claro que es más importante la operativa de los derechos que sus declaraciones.

A tenor de lo expuesto creemos que el Derecho Privado tiene un importante rol por cuanto le compete concretar –mediante sus reglas- los derechos enunciados como fundamentales.

En este tramo de la exposición y en virtud del análisis efectuado creemos estar en condiciones de aseverar con el sociólogo francés Pierre

---

<sup>34</sup> Esta dicotomía constituye una característica de nuestro “ethos”, es decir, de nuestra cultura. MALIANDI lo define como el “...conjunto de actitudes, convicciones, creencias morales y formas de conducta, ya sea de una persona individual o de un grupo social. Es [...] un fenómeno cultural –el fenómeno de la moralidad- [...] que no puede estar ausente de ninguna cultura. Es [...] la facticidad normativa que acompaña ineludiblemente a la vida humana” (1994:14). El “ethos”, por tanto, nos ayuda a comprender un pueblo por sus acciones y a éstas por aquél.

ROSEVALLON que, desde el inicio de los noventa se asiste a una nueva fase de la crisis de lo que él llama “Estado providencia”. *“Más allá de los acuciantes problemas de financiamiento y de las disfunciones siempre penosas de los aparatos lo que se puso en tela de juicio fueron los principios organizadores de la solidaridad y la concepción misma de los derechos sociales. El problema es ahora de orden filosófico”* (1995: 8).

En este marco se impone preguntar: ¿son estas tendencias consecuencia “inevitable” de la globalización?

Nosotros nos pronunciamos por la negativa. Estamos plenamente convencidos del carácter eminentemente “evitable” del fenómeno en cuestión.

Y tal aserto es confirmado por la experiencia europea, para la cual la globalización económica, en general, significó crecimiento. ¿Qué acontecimiento –no podemos por menos de preguntarnos- ha desencadenado este resultado positivo? ¿Qué modelo de economía social de mercado han tenido en mente los países europeos?

Pues bien, creemos que tal crecimiento deviene de la forma en que se encaró el proceso de transición hacia el mercado abierto y competitivo.

En efecto, en los países europeos, como Francia, España y Alemania –no pretendemos agotar la lista- dicha primacía significó la necesidad –por decirlo con el economista italiano Patrizio BIANCHI (1997)- de “*construir el mercado*” mediante la participación de la mayoría de los actores sociales –el Estado, la familia, los bancos, el sistema político-.

Entonces, podemos decir que, en este caso, el proceso de transición hacia la globalización económica resultó de la interacción social. ¿No significa esto, en definitiva, que estos países han apelado a una ética<sup>35</sup> comunicativa, que va de la sola competitividad descarnada a

---

<sup>35</sup> Por “ética” se entiende hoy, por lo general, la tematización del “ethos”. La tematización del “ethos” –señala MALIANDI- es una tematización reflexiva que apunta: a fundamentar las normas o a cuestionar presuntas fundamentaciones y a aclarar lo mejor posible el sentido y el uso de los términos propios del lenguaje moral.

la solidaridad, del conflicto a la cooperación, del negocio salvaje a la responsabilidad por las consecuencias de las decisiones que en ella se toman?

Indudablemente eran éstas las exigencias que los nuevos retos planteaban, pero para intentar satisfacerlas encontramos distintos obstáculos, entre ellos dos de gran envergadura. El primero, surgido del modo de concebir el mercado. El segundo, del rol atribuido al Estado.

En efecto, los países del continente europeo consideran al mercado como un instrumento fundamental –pero no el único ni el más importante- *“...para el crecimiento social y que funciona solamente si funcionan también las instituciones de la sociedad civil”* (BIANCHI, 1997: 87); y, en lo que hace al Estado, le atribuyen un importante rol porque debe, justamente, “crear el mercado” y garantizar su funcionamiento.

Sostener que el Estado debe “crear el mercado” y garantizar su funcionamiento implica que debe asegurar a todos los ciudadanos el derecho de participar en la acción colectiva a través de garantizar no solamente los derechos de propiedad, sino también las condiciones que permitan a cada individuo el ejercicio efectivo de los *derechos de ciudadanía* que incluyen los servicios básicos tales como justicia, defensa, educación y, como no puede ser de otra manera, salud.

Bajo estas condiciones, decisivamente integradoras, el Estado continúa siendo el actor principal en el escenario social.

Convertir algo en “tema”, es decir, en el “asunto” sobre el que ha de versar la ética, puede hacerse mediante: 1) Explicitaciones de lo que está implícito o tácito en el ethos; 2) Problematizaciones, mediante descubrimientos y planteamiento de problemas en el examen de un tema; 3) Investigaciones, tendientes a hallar posibles soluciones a los problemas; 4) Teorizaciones, es decir, elaboraciones de respuestas posibles a los problemas descubiertos; 5) Ordenaciones de cada uno de los pasos de la tematización; 6) Meditaciones a partir de los resultados de la investigación; 7) Discusiones, cuya aplicación ética contemporánea tiene lugar, precisamente, en la ética comunicativa o del discurso (1994: 19-23).

De acuerdo con la catedrática de Ética y Filosofía Política de la Universidad de Valencia Adela CORTINA la ética comunicativa o del discurso puede ser definida como aquella que *“...hunde sus raíces en la acción comunicativa y en la subsiguiente argumentación, que constituyen el medio de coordinación –aunque no la sustancia- de las restantes actividades humanas”* (1993: 176).

Ahora bien, hablar del mercado como un instrumento para el crecimiento social, supone introducir subrepticamente una creencia que resulta fundamental: que puede y debe juzgarse moralmente. La pregunta es: ¿desde unos principios morales exteriores a éste o desde principios que han ido surgiendo desde su mismo ámbito?

Tal como lo plantea CORTINA (1993), la mirada no puede dirigirse sino al interior de su ámbito para captar su sentido y fin para la vida social desde la que legitima su actividad. Por este procedimiento descubrimos que la economía de mercado no es moralmente neutral, porque tiene un sentido social que debe satisfacer y una meta por la que cobra legitimidad social y, desde la cual es posible descubrir valores y principios. De ahí que:

- La economía de mercado es inseparable de la moralidad.
  
- Puesto que la economía de mercado tiene una finalidad que la legitima y le da sentido –satisfacción de las necesidades humanas- queda deslegitimada la que olvide esta finalidad.
  
- Que los destinatarios de dicha actividad son interlocutores válidos y, una auténtica democracia exige tener en cuenta sus intereses y respetar sus derechos al nivel de una conciencia moral.

Dirijamos ahora la mirada a los Estados Partes del MERCOSUR. Puede decirse que a lo que a estos últimos respecta, el proceso de transición hacia el mercado abierto y competitivo se basó en el resultado automático de variables económicas: la reducción de los costos laborales y estatales y el aumento de las ganancias. De este modo se llega, pues, a las tendencias descritas.

De cuanto venimos diciendo se desprende que ese no era el camino, porque la situación diferencial de los costos no pasa por la

reducción o el abandono de las prestaciones sociales ni –como bien sostiene GHERSI- *“...por degradar las condiciones laborativas de los trabajadores, sino por inversiones tecnológicas de los empresarios y creación de nuevas estructuras para generar mayor competitividad”* (2002: 178).

Lo anteriormente expuesto nos permite concluir este punto diciendo con BIANCHI: *“No es posible pasar de un régimen económico centralizado a un sistema descentralizado simplemente eliminando las estructuras anteriores. La economía de mercado no puede crearse por ley”* (1997: 11), sino a través de un proceso social participativo de todos los sectores involucrados (CORTINA, 1993; HABERMAS, 1998; LÓPEZ, 1997; MALIANDI, 2002; TEDESCHI, 2001).

Sin embargo, estas últimas palabras nos lleva a plantearnos un interrogante más: ¿Qué factores explican la existencia de las tendencias descritas en la región y las dimensiones de las mismas? En otras palabras: ¿Cuál es la causa de un conflicto<sup>36</sup> potencial entre competitividad e inclusión social? ¿Es posible resolverlo? ¿Cómo?

Y aquí es donde la certidumbre teórica: *“se sabe que hay un conflicto y se sabe que hay que resolverlo”*, se convierte en insuficiencia teórica: *“no se sabe cómo”*. Con lo que el debate se transforma en un debate ético-económico.

Se hace indispensable este debate, 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.

En lo que sigue se procurará explorar algunas de estas causas. Como ya se ha anticipado, no se pretende, ni mucho menos, ninguna

---

<sup>36</sup> La raíz del término –conflictus, latín “choque”, “colisión”- está presente en la definición del concepto que realiza MALIANDI, quien lo caracteriza como *“...un peculiar modo de relación, a saber, una relación de incompatibilidad o mutua exclusión –o por lo menos una tendencia a la mutua exclusión- entre dos o más elementos de un conjunto”* (1984: 8). Pero como bien señala el mismo autor, en todo conflicto los términos se oponen y se suponen mutuamente, de manera tal que el conflicto constituye la expresión de una unidad a punto de desintegrarse. De ahí, la exclusión.

clase de explicación omnicomprendensiva, sino tan sólo aportar al esbozo de una primera aproximación al modo en que se configura el problema de nuestra investigación, en las nuevas condiciones señaladas.

### III. FACTORES QUE VULNERAN LAS EXIGENCIAS DE LA REALIDAD Y MUESTRAN AL SISTEMA JURÍDICO COMO INSUFICIENTE PARA TUTELARLAS CON EFECTIVIDAD

Reconocemos tres fuentes de causas convergentes:

#### A. La indiferencia del contexto socioeconómico

En efecto esta realidad es distinta a la de antaño y matizada de rasgos singulares, traídos por el capitalismo cuya evolución, al alcanzar inéditas conquistas científico-técnicas –cibernética, quimización, principio automático<sup>37</sup>- y el incremento de la capacidad de movimiento internacional de los factores de producción, con sus derivaciones al mundo del trabajo –decrece, se precariza o se pierde- y a la redefinición de los Estados origina consecuencias sociales alarmantemente lesivas y redondea un cuadro de situación con quiebra de valores y aparición de un nuevo actor en el ámbito del Derecho Privado que busca su perfil y abre “...una perspectiva exaltante para las próximas décadas” ( RICHTA, 1974: 33): el consumidor.

#### B. La inevitable observación respecto del problema de la “función social” del mercado

---

<sup>37</sup> Al decir de RICHTA: “No utilizamos el término principio automático en el sentido estrecho de automatismo parcial de las construcciones mecánicas; este es sólo un componente de los cambios actuales de la producción. Lo utilizamos en el sentido amplio de la palabra; designamos al conjunto de los cambios tecnológicos y a la aparición de nuevas materias primas y de nuevas fuentes de energía, de tal manera que exprese, también, el cambio fundamental: la eliminación del hombre de la producción directa” (1974: 38).

Esta observación fue evidentemente escasa durante el período de transición hacia la globalización económica. Quizás enamorados los cultores de las maravillas del mercado, visto como “...*el mejor regulador de los conflictos*” (TEDESCHI, 2001: 176); cuya especificidad no deriva del fin que sirve ni del modo con que tal fin ha de plasmarse.

### C. La vigencia del logocentrismo<sup>38</sup>

El logocentrismo en que se ha centrado nuestro proceso de transición produjo un resultado afín a su enclave: el predominio de la razón instrumental y estratégica en todos los ámbitos y la inadmisibles dicotomía “o mercado o inclusión social”, haciendo perder de vista los fines y la legitimidad de la economía, instancias que pueden ser provistas, precisamente por la ética, mediante su incorporación en el entramado jurídico que modela la actividad económica.

Y es aquí donde se denuncia la separación radical entre economía y ética, seguramente, a consecuencia de una comprensión demasiado estrecha de lo económico –lo económico es comprendido como un asunto relacionado exclusivamente con la consecución del máximo beneficio en términos de competitividad- y también del ámbito de la ética –la ética se reduce a ser una cuestión individual y privada<sup>39</sup>- que tuvo su punto de partida en el escaso uso razonable de la razón<sup>40</sup> que requería la presión del medio, merced a la profundidad de los acontecimientos acaecidos.

Las conclusiones son obvias: se produce en la región la nefasta experiencia de lo que hemos dado en llamar “mercantismo”. El individuo

---

<sup>38</sup> Supone una restricción de la razón.

<sup>39</sup> Y, por ello, constituye una reducción insostenible de la razón.

<sup>40</sup> Por “uso razonable de la razón” entendemos la facultad de lo intersubjetivo, esto es, la facultad que tiene el ser humano de poder llegar a acuerdos mediante argumentos.

se siente inerme ante un mercado omnipotente: sólo el mercado existe. No cuenta el individuo y, por tanto, la sociedad.

En suma, el abuso –que llegó a manifiesto exceso- de la razón meramente lógico-matemática<sup>41</sup> ha llevado a la mercantilización de servicios antes desarrollados al margen del mercado.

Un buen ejemplo de lo anterior lo suministra la otrora concepción del sistema de salud como “...un modelo economicista, como reflejo de la impregnación que toda la sociedad sufrió por el neoliberalismo” (GHERSI, 2001: 66). Repasemos, pues, cuáles son los efectos de este fenómeno en términos de eficiencia:

1. Los Estados disminuyen su porcentaje y contribuciones a la función salud, lo cual lleva al deterioro del hospital público, que hoy se ve afectado por una grave crisis (WEINGARTEN-LOVECE, 1997).
2. Las obras sociales, que habían surgido con el movimiento sindical como un sistema de repartición altruista y solidario, comienzan a considerar los servicios en función de costo/riesgo/beneficio.
3. Dicha tendencia crea las condiciones para el desarrollo de las empresas de servicios médicos privados que, como no puede ser de otra manera en estas condiciones, también considera los servicios en función de costo/riesgo/beneficio.
4. El fenómeno se profundiza aún más ante la insuficiencia de una legislación integral que actúe como correctora de los efectos distorsivos de la problemática que encierra la prestación del servicio de salud en la región. Y,

---

<sup>41</sup> MALIANDI (1993) reconoce que es racional oponerse a una restricción de la razón.

5. Como resultado de todo lo anterior: aumento de la vulnerabilidad del ahora usuario de tales servicios<sup>42</sup>.

Es entonces que la normativa sanitaria aparece desbordada por una realidad que la supera, resultando insuficiente para satisfacer la función social y la finalidad última de hacer justicia.

Desde esta perspectiva, el panorama acusa la necesidad de resolver<sup>43</sup> o, por lo menos, minimizar esta dicotomía que aflora en la convivencia diaria y, en particular, en el ámbito de la salud.

La indagación comparística lleva en nuestros días a profundizar el análisis de los términos opuestos –competitividad/inclusión social-, despartándose de todo extremismo<sup>44</sup> para atender a una articulación sustentable.

---

<sup>42</sup> Nótese aquí que –como señala el sanitarista argentino Miguel Ángel SCHIAVONE (2003)- al aparecer el concepto de costo/riesgo/beneficio el otrora paciente se transforma en un usuario del sector salud.

<sup>43</sup> En efecto, la solución de conflictos constituye una exigencia y un desideratum de la actividad racional (MALIANDI, 1984). Negar, por tanto, la posibilidad de su articulación sería negar la capacidad racional humana para enfrentar cualquier conflicto. Y, *“...si se niega, de veras, con sinceridad, la razón, hay que resignarse también a prescindir de toda distinción entre lo justo y lo injusto. Si no se da crédito a la razón, tampoco se puede protestar por la falta de justicia. Sería una flagrante incoherencia [...] porque precisamente quejas semejantes presuponen que todo podría –y debería- ser distinto. En la medida en que haya más gente resignada a que el caos sea cada vez mayor, el caos será efectivamente mayor, porque se acumularán conflictos no resueltos, y esto es lo peor”* (MALIANDI, 2002: 103-104).

<sup>44</sup> Si nos retrotraemos a la idea según la cual un conflicto implica una unidad en proceso de desintegración, la noción de desequilibrio permite la apertura de cuatro respuestas posibles. Un desequilibrio, señala MALIANDI (1983), puede: 1) corregirse por compensación; 2) Llevar a la aniquilación de una de sus partes y con ello de toda la unidad; 3) A partir de la aniquilación de una de las partes, transformar toda la unidad; 4) Conducir por compensación excesiva a una salvación de la unidad, significando una complejización que implica la posibilidad de nuevos niveles de desequilibrio.

Lo importante en este punto –afirma el autor citado- es que *“...exclusivizar uno de los términos opuestos en desmedro del otro perjudica al conjunto”* (1983:85). Es por ello que –concluimos con el mismo autor- la forma correcta de encarar un conflicto consiste en adoptar una actitud crítica, esto es, *“...una actitud de mesura [...] incompatible con todo extremismo”* (1982: 20).

En consecuencia, la alternativa no es ni entregarse incondicionalmente en manos del mercado<sup>45</sup> ni negar su importante rol social.

Es por ello que para lograr una articulación sustentable ni la ética puede ignorar el aporte y la necesidad de la racionalidad estratégico-instrumental en las realizaciones económicas, ni la economía, en cuanto acción social, su inserción en el contexto normativo de la racionalidad ética comunicativa-consensual<sup>46</sup>.

Cabe preguntar, sin embargo: ¿no constituye una utopía pretender articular la economía con la ética?

Esta sospecha se transformaría en evidencia si no tuviéramos en cuenta los múltiples y numerosos diálogos y encuentros internacionales tendientes a la solución de conflictos.

Desde esta óptica se puede alegar, por ejemplo, como así se hace con frecuencia, que los acuerdos alcanzados pueden ser manipulados estratégicamente.

Obviamente, el hecho en sí de que en muchos casos esto suceda no tiene por qué anular el hecho de que una articulación sustentable entre economía y ética requiere un diálogo libre y sin coacciones. Sólo así se puede llegar a un acuerdo que contemple los derechos e intereses de todos los afectados.

Velar para que los acuerdos no sean manipulados incumbe a los propios afectados.

Queda en el balance que sugieren las consideraciones anteriores, la posibilidad de encontrar en la promoción y actuación del derecho a la

---

<sup>45</sup> Ciertamente, entregarse incondicionalmente en manos del mercado implicaría caer en las redes de un proceso de sustanciación negativa del mismo, como el que se está produciendo en los últimos tiempos, donde vale en sí, por sí y para sí.

<sup>46</sup> Como bien lo indica CORTINA, constituye *“La ética marco de un Estado de derecho, con su principio `una norma sólo será correcta si todos los afectados por ella están dispuestos a darle su consentimiento tras un diálogo celebrado en condiciones de simetría´ que constituiría la puesta en diálogo del principio del Contrato Social: `el soberano no puede promulgar más normas que la que todos pudieran querer”* (1993: 283-284).

salud la corrección de las situaciones que distorsionan el mercado de un sector clave para los derechos de los individuos: la medicina privada.

#### IV. CONCLUSIONES

1º) Nos parece definitivamente agotada una etapa de rupturas profundas y reformas de todos los órdenes de la sociedad, a escala internacional

En sus resultados se evidencian aciertos –que no desconocemos- pero también nuevos problemas y, simultáneamente, desafíos para los hombres y mujeres del derecho.

2º) El problema central lo constituye la insuficiencia de la estructura legal garantista de los derechos sociales entre ellos, el derecho a la salud.

3º) Ocurre que el concepto de mercado usado y, muchas veces abusado durante los últimos dieciocho años tiene poco que ver con la idea de competitividad o eficiencia. El mercado es eficiente si está regulado. Un mercado desregulado es ineficiente porque restablece vínculos feudales, frente a los cuales las capacidades de los consumidores y usuarios están vinculadas a esquemas establecidos y previstos por el propio mercado.

Así superado el contraste entre competitividad o inclusión social que ha servido de excusa para no encarar una verdadera discusión sobre las raíces morales de una sociedad de mercado, es necesario reflexionar sobre las modalidades para “construir el mercado” y, en lo que a nuestra materia concierne, el mercado de la medicina prepaga, o sea, el conjunto de reglas que permitan la operatividad del derecho a la salud.

En este sentido, la experiencia del MERCOSUR constituye una realidad importante para enfrentar el desafío planteado por la globalización.

## CAPÍTULO III

### **LOS ALCANCES DEL DERECHO DEL USUARIO DE LOS SERVICIOS MÉDICOS PREPAGOS**

#### I. DERECHO DEL CONSUMIDOR Y USUARIO

##### A. Generalidades

Quienes intervienen en una relación de consumo intuyen que el acto que realizan los beneficia: el que vende un servicio de salud obtiene una ganancia, y el comprador se beneficia porque supone que le resulta más barato que procurárselo en forma particular.

Sin embargo, ese supuesto equilibrio de beneficios comienza a distorsionarse cuando las ventajas crecen desmedidamente para una de las partes, lo que determina el fin de la equidad y el comienzo de los derechos del consumidor.

##### B. Noción

###### 1. Terminología

El derecho del consumidor es el ordenamiento jurídico de las necesidades de bienes y servicios, y del modo de satisfacerlas en el mercado (MOSSET ITURRASPE, 1993) para equilibrar a las partes en el contrato de consumo.

###### 2. Concepto doctrinario.

Tal como lo plantea la profesora brasileña Claudia LIMA MARQUES (1995: 99 y sigs.) el concepto “*derecho del consumidor*” es utilizado con dos alcances por la doctrina moderna:

a. Teoría finalista. Para esta teoría el derecho del consumidor es una norma tuitiva que se aplica en tanto se constate la presencia de una parte débil en una situación de intercambio, esto es, un destinatario final de la adquisición<sup>47</sup>.

b. Teoría maximalista. Para esta teoría el derecho del consumidor debe tomar en cuenta al consumidor como destinatario fáctico, sea con la finalidad de consumir o no.

c. Análisis crítico de las teorías. Examinando las teorías detectamos que la primera de ellas es excluyente, por cuanto limita la tutela al consumidor final.

La teoría maximalista, en cambio, es incluyente pues considera que todas las personas son consumidores, esto es, tanto el consumidor final como la empresa que adquiere, utiliza bienes o servicios que son comerciales por conexidad o la pequeña empresa frente a la gran empresa multinacional.

### C. El criterio de las legislaciones del MERCOSUR

En las legislaciones del MERCOSUR predomina el criterio de un derecho de protección del consumidor. O sea: el criterio finalista.

---

<sup>47</sup> Ver, por todos, Ricardo L. LORENZETTI, quien afirma: “Desde el punto de vista jurídico, la parte débil es un concepto normativo adoptado en numerosas legislaciones, que utilizan la siguiente expresión: ‘quien adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final’. De esta manera, la legislación es básicamente ‘protectora’ de la parte débil, y contiene normas que suplen la voluntad de la parte hiposuficiente y excluye de su ámbito de aplicación a las relaciones interempresarias y las que no tiene al consumo como destino final” (1996: 1305).

Este es uno de los propósitos del MERCOSUR, pues en el Preámbulo del Tratado de Asunción al expresar como una de sus finalidades el ampliar la oferta de bienes y servicios disponibles, a fin de mejorar las condiciones de vida de sus habitantes, se trasunta la idea de otorgar protección a los ciudadanos de los Estados Partes en su carácter de consumidores.

#### D. Naturaleza jurídica

El derecho del consumidor y usuario es un derecho humano, cuya esencia es la protección del individuo particular en el mercado.

## II. EL CONSUMIDOR O USUARIO

### A. Generalidades

Si bien “...consumidor, por definición, nos incluye a todos...”<sup>48</sup> (KENNEDY: mensaje al Congreso de los Estados Unidos de América, 15/03/62), la doctrina discrepa acerca de su alcance, y en su posición tiene importancia decisiva el destino que se le da a la adquisición del bien o servicio, del cual depende el ámbito material de aplicación del principio de tutela y del régimen especial previsto para el mismo.

### B. Conceptos doctrinarios del consumidor o usuario

En nuestra doctrina Atilio ALTERINI (1993) ha establecido una precisa distinción de los conceptos que se han elaborado acerca del consumidor y usuario. A él lo seguimos en la exposición que iniciamos.

---

<sup>48</sup> En efecto, lo que se está sosteniendo es que todos los que participamos de la actividad económica en cualquier rol estamos por definición incluidos en la categoría de consumidores, ya sea de alimentos, de ropa, de fármacos, de servicios y, dentro de éstos, de servicios de salud.

1. Doctrina subjetiva. Esta doctrina considera consumidor a quien destina la adquisición a su uso personal o familiar, siendo indiferente la calidad del intermediario que puede ser profesional o no.

2. Doctrina objetiva. Para esta doctrina consumidor es quien no actúa profesionalmente en el mercado pero la calidad profesional del intermediario es fundamental.

3. El concepto adoptado por las legislaciones nacionales de los Estados Partes, el proyecto de Reglamento Común para la defensa del consumidor en el MERCOSUR y el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR. La definición objetiva es la sustentada por las legislaciones nacionales de los Estados Partes, el proyecto de armonización del derecho de protección del consumidor del MERCOSUR, aprobado en noviembre de 1997 por los cuatro Estados Partes<sup>49</sup> y el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.

En este sentido, el art. 1º de la Ley de Defensa del Consumidor argentina nº 24.240, en adelante L. C., del 22/09/93 (Legislación Argentina 1993-C: 3012) define al consumidor incluyendo a los usuarios, las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social; en tanto el art. 2º de la misma ley considera intermediarios a quienes “...*en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios*”.

Para el Código de Defensa del Consumidor brasileño nº 8.078, en adelante C. C., del 11/08/90 [[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm), fecha de captura: 25/10/06] “*Consumidor es toda Persona física o jurídica que adquiere o utiliza producto o servicio como destinatario final*” (art. 2º). Y proveedor

---

<sup>49</sup> Este Proyecto posee por ámbito de aplicación el MERCOSUR y cada uno de sus Estados Partes, cualquiera sea el lugar donde se origine la relación de consumo.

*“...es toda persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como los entes despersonalizados, que desenvuelven actividad de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o prestación de servicios” (art. 3º).*

Por su parte la Ley del Consumidor y del Usuario paraguaya nº 1.334, en adelante L. C., del 27/10/98 [[www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=1307](http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=1307), fecha de captura: 25/10/06] define al consumidor y usuario en su art. 4º, inc. a indicando que es toda *“...persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza”*. Y en el inc. b del mismo artículo indica que proveedor es *“...toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre un precio o tarifa”*.

Y para la Ley del Consumidor uruguayo nº 17.250, en adelante L. C., del 11/08/00, [[www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17250&Anchor](http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17250&Anchor=) =, fecha de captura: 25/10/06], consumidor *“...es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella” (art. 2º)*. Y *“...proveedor es toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, privada o pública, y en este último caso estatal o no estatal, que desarrolle de manera profesional actividades de producción, creación, construcción, transformación, montaje, importación, distribución y comercialización de productos o servicios en una relación de consumo”*.

En el proyecto de Reglamento Común para la defensa del consumidor en el MERCOSUR<sup>50</sup> se ha aprobado por Resoluciones del Grupo Mercado Común<sup>51</sup> n° 126/94 (anexo, I), 123/96 (anexo, I) y por Decisión n° 10/96 (anexo, a) del Consejo Mercado Común<sup>52</sup> [[www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm), fecha de captura: 10/12/06] una definición lo suficientemente amplia, acorde con la finalidad tuitiva. Se considera como consumidor, a *“...toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos<sup>53</sup> o servicios<sup>54</sup> como destinatario final en una relación de consumo<sup>55</sup> o en función de ella.*

---

<sup>50</sup> El Comité Técnico n° 7 Defensa del Consumidor es el encargado de elaborar el citado proyecto.

<sup>51</sup> El Grupo Mercado Común es el órgano ejecutivo del MERCOSUR (Protocolo de Ouro Preto: art. 10 [[www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm)], fecha de captura: 10/06/06]).

<sup>52</sup> En el Consejo Mercado Común descansa la conducción política y la toma de decisiones para el cumplimiento de los objetivos del MERCOSUR (Protocolo de Ouro Preto: art. 3º, site cit.).

<sup>53</sup> El proyecto de armonización dice: *“Producto es cualquier bien mueble o inmueble, material o inmaterial”*. En Brasil, el C. C. define al producto (art. 3º, párr. 1º) como cualquier bien, mueble o inmueble, material o inmaterial. La L. C. paraguaya dice en su art. 4º, inc. C que productos son todas las cosas que se consumen con su empleo o uso y las cosas o artefactos de uso personal o familiar que no se extinguen por su uso. La L. C. uruguaya dice en su art. 5º que: *“Producto es cualquier bien corporal o incorporal, mueble o inmueble”*. La L. C. argentina no usa el término producto sino el de cosas, y además, se refiere solo a una categoría de cosas: cosas muebles (art. 1º).

<sup>54</sup> En el Comité Técnico n° 7 no hubo acuerdo sobre un texto armonizado, y se resolvió continuar trabajando en el tema. La propuesta que existe en el Comité dispone: *“Servicio es cualquier actividad suministrada en el mercado de consumo mediante remuneración, inclusive las de naturaleza financiera [...] o de seguros, con excepción de las que resultan de las relaciones laborales”*.

<sup>55</sup> El texto proyectado para la armonización indica: *“Relación de consumo es el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.*

*Equipárase a ésta la provisión de productos y la prestación de servicios a título gratuito cuando se realicen en función de una eventual relación de consumo”*.

La L. C. argentina no alude al término “relación de consumo” y, si bien lo hace la Constitución Nacional luego de la reforma de 1994, ésta no define el término. Tampoco contiene una definición el C. C. brasileño.

La L. C. paraguaya indica en su art. 5º: *“Relación de consumo es la relación jurídica que se establece entre quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final”*.

*Equipáranse a consumidores a las demás personas, determinables o no, expuestas a las relaciones de consumo.*

*No se considera consumidor o usuario a aquel que sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros”.*

Finalmente, para el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR consumidor es aquél que compra un producto para su uso personal o familiar, esto es, el destinatario final de la adquisición. Criterio éste sostenido por el Miembro Coordinador Doctor Wilfrido FERNÁNDEZ DE BRIX y seguido por los Doctores Nicolás BECERRA, Joao GRANDINO RODAS, Ricardo OLIVERA GARCÍA y José Antonio MORENO RUFFINELLI en su calidad de miembros del Tribunal en la Primera Opinión Consultiva<sup>56</sup> surgida en el marco de un litigio judicial

---

La L. C. uruguaya conceptúa a la relación de consumo como: “... el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.

*La provisión de productos y la prestación de servicios que se efectúan a título gratuito, cuando ellas se realizan en función de una eventual relación de consumo, se equiparan a las relaciones de consumo” (art. 4º).*

<sup>56</sup> Se aclara que el concepto de “Opiniones Consultivas” resulta incorrecto. Y así nos percatamos clara y detalladamente el Doctor Wilfredo FERNÁNDEZ DE BRIX cuando dice: “En verdad se trata de interpretaciones prejudiciales o en todo caso de consultas prejudiciales”. A su vez, ya fundamentando tal tesis sostiene citando, entre otros, al jurista chileno Santiago BENADAVA que: “La opinión consultiva, a diferencia de una sentencia de la corte, no decide, con fuerza obligatoria, un caso contencioso entre partes. Solo da respuesta a una pregunta de carácter jurídico y esta respuesta no es obligatoria. Sin embargo, la autoridad que conlleva la opinión, determina que los órganos que la solicitan, se muestren poco dispuestos a apartarse de ella. Las opiniones consultivas emitidas por una Corte, no poseen el efecto obligatorio que se reconoce para sus sentencias en materia contenciosa”. En cambio, la interpretación prejudicial en el marco de un proceso de integración –nos dice FERNÁNDEZ DE BRIX citando a la jurista venezolana Samantha SANCHEZ MIRALLES- “...es el mecanismo de cooperación entre el juez nacional y el comunitario, en la que éste último representado por el tribunal de justicia, interpreta de forma objetiva la norma comunitaria y al primero le corresponde aplicar el derecho que se ventila en el orden interno. Su finalidad no es otra que resguardar la aplicación uniforme del derecho pertinente por todos los jueces en el territorio de los países miembros. En efecto, la función del tribunal comunitario en estos casos es interpretar la norma comunitaria desde el punto de vista jurídico; es decir buscar el significado para precisar su alcance; función que difiere de la de aplicar la norma a los hechos, tarea exclusiva del juez nacional dentro de la esfera de su

entre una empresa argentina (Laboratorios Northia Sociedad Anónima, Comercial, Industrial, Financiera, Inmobiliaria y Agropecuaria) y una empresa paraguaya (Norte S. A. Imp. Exp.), en el cual el problema debatido era la interpretación jurídica de una normativa mercosureña: el Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia Contractual (Decisión n° 01/94 del Consejo Mercado Común [[www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm), fecha de captura: 10/10/07]). El caso, traído a consulta por la Señora jueza de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Primer Turno de la jurisdicción de Asunción, Paraguay, magistrada Angélica CALVO, vía la Excelentísima Corte Suprema de Justicia de Paraguay y recibida por el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR el 21 de diciembre de 2006, haya su causa generatriz en la demanda por daños y perjuicios – derivados de responsabilidad contractual- interpuesta por la empresa paraguaya contra la empresa argentina ante la jurisdicción de Asunción, vulnerando de tal modo la elección de jurisdicción contractualmente pactada, de conformidad al art. 4° del citado Protocolo: la de los Tribunales Ordinarios de la Ciudad de Buenos Aires, Argentina. El Tribunal consideró al declarar la prevalencia del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia Contractual y, por tanto, como ley aplicable en forma exclusiva el derecho argentino, que el Protocolo de Santa María sobre Relaciones de Consumo (Decisión n° 10/96 [[www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm), fecha de captura: 10/10/07]) invocado por la empresa paraguaya para sostener la procedencia de la competencia de la jurisdicción paraguaya no tenía nada que ver con la cuestión planteada pues no sólo no está en vigor sino que se refiere a una cuestión muy concreta: las relaciones de consumo y no a un convenio de distribución como acontece en el caso de marras. También dijo, entre otras interesantísimas cuestiones, que el

---

*competencia. No obstante, el tribunal de justicia se encuentra facultado para referirse a los hechos cuando ello sea indispensable para la interpretación solicitada”.*

Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia Contractual, como toda norma comunitaria, tiene jerarquía superior a las del derecho interno de los Estados Partes (Opinión Consultiva n° 1/2007 [[www.mercosur.int/msweb/portal20%intermediario/PrimeraOpinionConsultiva\\_versiónFinal.pdf](http://www.mercosur.int/msweb/portal20%intermediario/PrimeraOpinionConsultiva_versiónFinal.pdf), fecha de captura: 29/10/07]).

### C. Alcance y fundamentos de la protección del consumidor o usuario

La protección del consumidor o usuario de bienes y servicios abarca a las relaciones que tienen al consumo como destino final: el destino final del acto de consumo es el elemento determinante de la idea de protección, que la separa claramente de otros supuestos, referidos a la intermediación industrial o comercial.

De allí que dicha protección se sustenta en motivos de equidad: la subordinación estructural en que se encuentra el consumidor o usuario frente a su contraparte, esto es, la empresa oferente de bienes o servicios<sup>57</sup>.

Lógicamente, esta inferioridad no tiene que ver con la posición económica de las partes. Cuando contratamos un servicio de salud no estamos en igualdad de condiciones con el oferente de ese servicio. No podemos discutir las condiciones del contrato y, muchas veces, ni siquiera sabemos exactamente lo que adquirimos. Así, por ejemplo, si adquirimos un plan de cobertura médica ¿acaso podemos saber acerca de su exacto alcance e, incluso, su condición de eficiencia e integralidad? A ello denominamos subordinación estructural de la relación de consumo.

---

<sup>57</sup> Congruentemente, en la Argentina se ha propiciado “...la incorporación al Código Civil del principio de protección a la parte más débil, sin distinguir si se trata de un deudor o acreedor” (X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1985, Comisión n° 2).

### III. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL USUARIO DE LOS SERVICIOS MÉDICOS PREPAGOS

#### A. Generalidades

Bajo esta denominación queda comprendida toda una larga serie de derechos y obligaciones comunes a los derechos nacionales de los Estados Partes.

#### B. Nacimiento

Los derechos y obligaciones del usuario de los servicios médicos prepagos nacen con la celebración del contrato de servicios de atención a la salud, esto es, con el contrato de medicina prepaga o seguro de salud<sup>58</sup>, pudiendo tener en algún supuesto un momento anterior o posterior para hacerse efectivos como veremos seguidamente.

#### C. Obligaciones del usuario

En todo contrato de medicina prepaga o seguro de salud el usuario debe colaborar con el funcionamiento del sistema contractual, cuyo ejercicio cabal es esencial, no sólo para la prestataria del servicio de salud particularmente sino, también, para todos los usuarios del mismo por cuanto contribuye al equilibrio objetivo de la red de contratos<sup>59</sup>.

La obligación de colaborar con el funcionamiento del sistema contractual se concreta a dos obligaciones: a) la de pagar la cuota en

---

<sup>58</sup> Se trata de un contrato por adhesión donde el usuario se halla constreñido a aceptar o rechazar tal modalidad de oferta, sin posibilidad ninguna abierta a su discusión por el predisponerte (MOSSET ITURRASPE, 1992).

<sup>59</sup> Para un estudio de dicha conexidad contractual, consultar Ricardo L. LORENZETTI: "Seguro de salud y medicina prepaga", en BARBATO, Nicolás H.: *Derecho de seguros*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001: 422.

término y; b) la de usar con ecuanimidad los medios jurisdiccionales o extrajurisdiccionales concernientes a los conflictos que puedan llegar a suscitarse.

#### 1. Abonar los pagos en término

El pago debe verificarse en forma periódica y por adelantado (LORENZETTI, 1998), sirviendo para ello de base lo previsto por los arts. 1197 C. Civ. argentino<sup>60</sup>, 715 C. Civ. paraguay<sup>61</sup> [[www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=2609](http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=2609), fecha de captura: 25/10/06] y 1291, 1º párr. C. Civ. uruguay<sup>62</sup> [[http://sip.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/cod\\_civilindice.htm](http://sip.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/cod_civilindice.htm), fecha de captura: 25/10/06].

Ahora bien, el precio de la cuota correspondiente al plan de cobertura médica contratado no puede variarse unilateralmente porque ello perjudicaría al usuario. Ello no excluye la celebración de contratos de prestación médica con precios sujetos a incrementos por reajustes en períodos fijados por las partes, lo cual es lícito siempre que no importe una lesión según lo previsto por los arts. 954 C. Civ. argentino<sup>63</sup>, 138, 145,

---

<sup>60</sup> Art. 1197: *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.*

<sup>61</sup> Art. 715: *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma, y deben ser cumplidas de buena fe. Ellas obligan a lo que esté expresado , y a todas las consecuencias virtualmente comprendidas”*

<sup>62</sup> Art. 1291, 1º párr.: *“Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma”.*

<sup>63</sup> Art. 954: *“Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación.*

*También podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.*

*Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones”.*

151, 157 167 C. Civ. brasileño<sup>64</sup> [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/LEIS/2002/L10406.htm, fecha de captura: 28/10/06], 358 C. Civ. paraguay<sup>65</sup> y 1269 C. Civ. uruguay<sup>66</sup>. Lo inadmisibles es la modificación unilateral por parte de la prestataria del servicio (véase infra, 4 h, 1 y 5).

2. Usar con ecuanimidad de los medios jurisdiccionales o extrajurisdiccionales concernientes a los conflictos que puedan llegar a suscitarse

Con la misma trascendencia se encuentra el cumplimiento de la obligación de usar con ecuanimidad los medios jurisdiccionales o extrajurisdiccionales en cuanto a sus pretensiones de fondo relativos a la salud en la relación de consumo. O sea: con adecuación a las circunstancias propias de cada tipo de prestación que se reclama. ¿A qué se deben tales circunstancias? Se deben al genuino significado de la prestación que se reclama: preguntémosnos qué es exactamente lo que se reclama: ¿es una prestación médica o una prestación social? Tratándose de una prestación médica: ¿corresponde? ¿está incluida en el Programa Médico Obligatorio o Plan de Referencia o en la cobertura pactada o razonablemente esperada? ¿es indispensable para la protección de la salud del usuario? (véase infra, 2). La directiva trazada estriba en la noción de razonabilidad circunstanciada. Porque de eso se trata, relegando detalles, pues la prestación social –escaleras, sillas de ruedas, entre muchas otras- no resulta aplicable a la cobertura médica; y aún

---

<sup>64</sup> Son anulables los negocios jurídicos cuando las declaraciones de voluntad emanaren de error (art. 138), dolo (art. 145), coacción (art. 151), lesión (art. 157) o simulación (art. 167).

<sup>65</sup> Art. 358: “Es anulable el acto jurídico: [...] c) si estuviere viciado de error, dolo, violencia o simulación”.

<sup>66</sup> Art. 1269: “El consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”.

tratándose de una prestación médica tampoco resulta aplicable si no está incluida en el Programa Médico Obligatorio o Plan de Referencia, en la cobertura pactada o razonablemente esperada; ese es el meollo de la cuestión: un obrar razonable muy plegado a la naturaleza de la prestación pero también, claro está, a la información previa para la calificación del requerimiento.

#### D. Derechos del usuario

La condición de usuario implica una serie de derechos fundamentales que, no obstante hallar expresión en el Reglamento Común y en distintas normas legales vigentes en los derechos nacionales de los Estados Partes que se acercan sustancialmente a los lineamientos emergentes de las Directrices sobre defensa del consumidor aprobadas el 16 de abril de 1985 por las Naciones Unidas mediante resolución n° 39/248, no alcanzan todavía a provocar resultados considerables.

Podemos puntualizar como derechos principales del usuario: a) el de ser informado; b) el de recibir una prestación médica adecuada; c) el de percibir indemnización; d) el de ser protegido contra el abuso de la posición de prevalencia; e) el de no ser discriminado y; f) el de una pronta resolución de los conflictos.

#### 1. Derecho a la información

##### a. Generalidades

El derecho del usuario a recibir una información plena y adecuada sobre lo ofrecido<sup>67</sup> que le permita realizar elecciones con conocimiento

---

<sup>67</sup> El profesor de la Facultad de Derecho de Toulouse Philippe LE TOURNEAU en su última obra afirma que “...una obligación de información incumbe a todo profesional hacia cualquier posible cocontratante...” agregando que “...especialmente cuando tratan con profanos” (2004: 709 y 715).

cabal ha sido consagrado a nivel universal por las Directrices sobre protección del consumidor de las Naciones Unidas (art. 3º, inc. c) [[www.redpuentes.org/centro-de-documentos/DocsG/directrices-de-nu-sobre-proteccion-del-consumidor.doc/view](http://www.redpuentes.org/centro-de-documentos/DocsG/directrices-de-nu-sobre-proteccion-del-consumidor.doc/view), fecha de captura: 30/10/06], a nivel regional por el Reglamento Común<sup>68</sup> mediante resoluciones nº 124/96 (art. 1º<sup>69</sup>), 125/96 (anexo, punto II, 1º párr.<sup>70</sup>) y 21/04 (art. 1º)<sup>71</sup> del Grupo Mercado Común [[www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm), fecha de captura: 10/12/06] y a nivel nacional (Argentina: art. 42 C. N., Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998 (Antecedentes Parlamentarios, nº 7) y arts. 4º y 37, párr. 6º L. C<sup>72</sup>.; Brasil: arts. 6º, inc. III

---

<sup>68</sup> Aunque las precisiones sobre el mismo continúan siendo objeto de armonización por los Estados Partes.

<sup>69</sup> El artículo aludido consagra como derecho básico del consumidor “...la información suficiente y veraz sobre los distintos productos y servicios”.

<sup>70</sup> El artículo citado estipula: “Los proveedores de bienes y servicios deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, de acuerdo con la naturaleza de los mismos”.

<sup>71</sup> Art. 1º: “En las relaciones de consumo realizadas por comercio electrónico a través de Internet, debe garantizarse a los consumidores durante todo el proceso de la transacción comercial, el derecho a la información clara, precisa, suficiente y de fácil acceso sobre el proveedor del producto o servicio; sobre el producto o servicio ofertado; y respecto a las transacciones electrónicas involucradas”.

<sup>72</sup> Art. 42, 1º párr.: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, [...] a una información adecuada y veraz...”.

De acuerdo con los Fundamentos del Proyecto de 1998, presentado por el Poder Ejecutivo al Poder Legislativo el 8 de julio de 1999 y en cuya redacción intervino una Comisión Honoraria, integrada por los Doctores Héctor Alegría, Atilio A. Alterini, Jorge H. Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman: “...el oferente está obligado [...] según las circunstancias, a poner al alcance del destinatario de la oferta información adecuada sobre hechos relativos al contrato que puedan tener aptitud para influir sobre su decisión de aceptar”.

El texto del art. 4º es el siguiente: “Información. Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios, deben suministrar a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”. El artículo 37, párr. 6º completa el artículo transcrito, que trata sobre los términos abusivos y cláusulas ineficaces de los contratos de consumo y dice: “En caso en que el oferente [...]

y 31 C. C.<sup>73</sup>.; Paraguay: arts. 6º, inc. d y 8º L. C.<sup>74</sup>.; Uruguay: arts. 6º, 17 y 20 L. C.<sup>75</sup>).

Con prescindencia de la enumeración meramente enunciativa de los caracteres que debe reunir la información para ser eficaz y de los recaudos específicos que –como veremos más adelante– prevé para garantizar la veracidad de la publicidad, considerada uno de los medios más idóneos para esa información al usuario (ALTERINI, 1993)<sup>76</sup>, de

---

*transgreda el deber de información [...] el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas”.*

<sup>73</sup> Art. 6º: “Son derechos básicos del consumidor: III - la información clara y adecuada sobre los diferentes productos y servicios, con especificación correcta de cantidad, características, composición, calidad y precio, así como los riesgos que puedan presentar”.

Art. 31: “La oferta y presentación de productos o servicios deben asegurar informaciones correctas, claras, precisas, ostensivas y en idioma portugués, sobre sus características, calidad, cantidad, composición, precio, garantía, plazos de validez y origen, entre otros datos, así como riesgos que presenten para la salud y seguridad de los consumidores”.

<sup>74</sup> El artículo aludido en su inciso d consagra como derecho básico del consumidor: “La información clara sobre los diferentes productos y servicios con las correspondientes especificaciones sobre la composición, calidad, precio y riesgos que eventualmente presenten”. Y más adelante se ocupa también de ello en el artículo 8º al disponer: “Quienes produzcan, importen, distribuyan o comercialicen bienes o presten servicios, suministrarán a los consumidores o usuarios, en forma cierta y objetiva, información veraz, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos”.

<sup>75</sup> El art. 6º entre los derechos básicos del consumidor establece: “...la información suficiente, clara, veraz, en idioma español sin perjuicio que puedan emplearse además otros idiomas”, en tanto el art. 17 dice: “La oferta de productos debe brindar información clara y fácilmente legible sobre sus características, naturaleza, cantidad, calidad –en términos y oportunidades que correspondan-, composición, garantía, origen del producto, el precio...”. Más aún el artículo 20 dispone: “En la oferta de servicios [...] la información deberá ser clara y veraz y, cuando se brinde por escrito, será proporcionada con caracteres fácilmente legibles”.

<sup>76</sup> Sin perjuicio de la autoridad científica de quien expresa este concepto no lo compartimos. Muy por el contrario creemos, al igual que lo hace calificada doctrina (STIGLITZ, 1987), que el impacto del sistema capitalista sobre el mundo del consumo produjo, entre otras consecuencias, una mutación de la función de la publicidad comercial, que deja de ser instrumento de información, para convertirse, en gran parte, en deformador de la opinión del público.

ningún pasaje de la fuente invocada se desprende el alcance que tal derecho reviste.

Es por ello que en las próximas líneas se pretende analizar cuál es, a nuestro entender, el alcance del derecho del usuario a la información en lo que a nuestra materia concierne.

#### b. Concepto

Se entiende por derecho a la información el proceso gradual<sup>77</sup> y verbal en el seno de la relación precontractual y contractual prestataria-usuario de servicios de salud, en virtud del cual el usuario acepta o no celebrar el contrato de medicina prepaga o seguro de salud, después de que la prestataria le ha suficientemente informado sobre las características y efectos atribuidos a la eventual prestación para participar activamente en la toma de decisiones que involucran su salud y hasta su propia vida.

Es nuestra opinión que, en estas condiciones, el usuario asume el riesgo por las consecuencias normalmente desfavorables<sup>78</sup> del plan de

---

<sup>77</sup> Nótese que la información es un proceso continuado en el tiempo, que no se agota en la obtención del asentimiento informado, esto es, con la celebración del contrato.

Aun cuando se habla de consentimiento del usuario, consideramos más apropiado aludir al asentimiento del mismo. Ello así, puesto que en la materia que nos ocupa no hay una concurrencia de ambas partes sino una declaración de voluntad respecto de un acto jurídico ajeno, o sea, configurado por otro.

Obsérvese que el contenido del contrato –la formulación/redacción de las cláusulas– sólo puede ser decidido por la prestataria (WEINGARTEN-GHERSI, 1999) a quien compete la preelaboración del mismo, mientras que el usuario no puede pretender modificarlo: su función consiste en asentir, o bien, en negar el asentimiento. El acto jurídico es realizado por la prestataria y le es ajeno al usuario, quien, sin embargo, debe prestar su conformidad para concluirlo y otorgarle validez.

<sup>78</sup> Porque ha conocido la posibilidad de tal ocurrencia.

cobertura médica<sup>79</sup> al que ha adherido, sin responsabilidad para la prestataria, salvo deficiencia de la prestación médica.

#### c. Naturaleza jurídica

El derecho a la información es el derecho autónomo del usuario a conocer la información disponible sobre el plan de cobertura médica a contratar, sin estar orientada a otra finalidad que la de establecer el equilibrio desde el inicio mismo de las tratativas y, por ende, una relación de consumo de calidad.

Precisamente por tener esa naturaleza es que la información, desde el punto de vista del sujeto pasivo, no es solo un deber de lealtad (GÓMEZ JUNIOR, 2005), sino, además, un aspecto distintivo de la diligencia<sup>80</sup>.

#### d. Extensión

Conforme a la definición del derecho a la información hecha precedentemente, dos serían las obligaciones a cargo de la prestataria: 1. brindar información suficiente como requisito previo a la formalización del contrato; 2. respetar lo informado como requisito indispensable para el cumplimiento del contrato.

En consecuencia, esta obligación de la prestataria respecto del suministro de la información puede ser esquematizada de acuerdo a lo descrito en una actividad sucesiva que va desde la explicación del

---

<sup>79</sup> El “plan de cobertura médica” es el conjunto de condiciones generales y particulares, prácticas médicas y demás prestaciones comprometidos por las entidades prestatarias de servicios de salud dentro de una denominación específica.

<sup>80</sup> La diligencia atañe, en materia de responsabilidad empresarial, no sólo a la ejecución de la prestación debida sino, también, a la debida información, de parte del empresario, para permitirle al usuario expresar un asentimiento consciente y, por tanto, eficaz.

servicio ofrecido previamente a la celebración del contrato hasta su efectivo cumplimiento.

Hemos visto que el derecho a la información comprende dos deberes. La cuestión que se suscita entonces es determinar los alcances de cada uno de ellos.

1) *Brindar información suficiente como requisito previo a la formalización del contrato.* Resulta ser un cargo inherente a la obligación de informar al objeto de que el usuario pueda manifestar su asentimiento al plan de cobertura médica contratado de manera efectiva, y no viciado por una información engañosa<sup>81</sup>, pues vulneraría el principio supremo de la buena fe<sup>82</sup> que impone respeto hacia el interés de confianza de la

---

<sup>81</sup> En todo el MERCOSUR la legislación lo conceptualiza de igual modo, esto es, como cualquier modalidad de información, difusión o comunicación de carácter publicitario que sea entera o parcialmente falsa, o que de cualquier otro modo, inclusive por omisión de sus datos esenciales, sea capaz de inducir a error a los consumidores de cualquiera de los países, cuando la provisión de información refiera a la naturaleza, características, calidad, cantidad, propiedades, origen, precio, condiciones de comercialización o cualquier otro dato esencial sobre productos y servicios que sean necesarios para decidir una relación de consumo (Proyecto de Reglamento Común para la defensa del consumidor en el MERCOSUR: resolución n° 126/96 anexo, inc. II y 45/06 art. 2° del Grupo Mercado Común [[www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm), fecha de captura: 10/12/06]; Argentina: art. 9° Ley n° 22.802 de Lealtad Comercial (Legislación Argentina 1983-A: 96); Brasil: art. 37, inc. 1° C. C.; Paraguay: art. 35 L. C.; Uruguay: art. 24 L. C.).

Precisando la definición legal podemos decir que la información engañosa es aquella que vulnera el principio de veracidad en cuanto, deliberadamente, omite o presenta una falsa descripción de las características esenciales de lo ofrecido para persuadir al usuario a contratar.

<sup>82</sup> Juan Carlos REZZÓNICO lo ha conceptualizado diciendo que “...es un principio de derecho de gran contenido ético con desenvolvimiento en el campo interindividual, de especial significación en las relaciones jurídicas patrimoniales, que impone a quienes participan en el tráfico un particular deber de honrar las expectativas despertadas en los demás, en cuanto sean legítimas y fundadas, tanto en la etapa previa a la conclusión del contrato como en su desarrollo y en el tramo postcontractual” (1999: 376). En igual sentido lo ha hecho el jurista brasileño Ruy ROSADO DE AGUIAR JUNIOR, quien lo define en estos términos: “La buena fe es la cláusula general que impone a todos un comportamiento leal en las relaciones con los demás. Es el parámetro ético que preside la vida social, sirve para medir la legitimidad de la conducta de acuerdo con las circunstancias del caso y responde a la siguiente pregunta: de las condiciones del caso, ¿cuál es el comportamiento que debería haber sido obedecido para atender a las justas expectativas de las personas que intervienen en la relación?” (2005: 11).

contraparte y, por tanto, un obrar coherente, ajeno a los cambios de conducta incompatibles con el mismo (Principios de UNIDROIT: art. 1.7 [www.unidroit.org]; Argentina: arts. 1198, 1º párr. C. Civ., 1158 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial [Abeledo Perrot, 2º edición, Buenos Aires, 1987], 1158 del Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993 [Orden del día nº 1322/1993], 871 del Proyecto del Poder Ejecutivo [Diario de Asuntos Entrados, año IX-nº 81] y 920 del Proyecto de Código Civil de 1998<sup>83</sup>;

---

<sup>83</sup> Art. 1198, 1º párr.: *“Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión...”*.

El Proyecto de Unificación, sancionado por la Cámara de Diputados de la Nación el 15 de julio de 1987, cuya Comisión Especial de esa Cámara de la que provino el Proyecto estuvo presidida por el Doctor Osvaldo Camisar, e integrada por los Doctores Raúl Baglini, Oscar Fappiano, José A. Furque, Tomás González Cabañas, Alberto Natale y Carlos Spina, actuando con ella una Comisión Asesora Honoraria integrada por los profesores Héctor Alegría, Atilio A. Alterini, Jorge H. Alterini, Miguel C. Araya, Francisco A. de la Vega, Horacio P. Fargosi, Sergio Le Pera y Ana Isabel Piaggi y que luego de la sanción en la Cámara de Diputados, pasó en revisión al Senado, que designó una Comisión Técnica Asesora presidida por el profesor Luis Moisset de Espanés, establece en el art. 1158: *“Durante las tratativas preliminares y aunque aun no se haya formulado una oferta, las partes están obligadas a comportarse de buena fe para no frustrarlas injustamente”*.

El Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993, sancionado por esa Cámara cuya Comisión Federal estuvo integrada por los Doctores Héctor Alegría, Jorge Horacio Alterini, Miguel C. Araya, María Artieda de Duré, Alberto Mario Azpeitia, Enrique C. Banchio, Alberto J. Bueres, Osvaldo Camisar, Marcos M. Córdoba, Rafael Manóvil, Luis Moisset de Espanés, Jorge Mosset Iturraspe, Juan Carlos Palmero, Ana Isabel Piaggi, Efraín H. Richard, Néstor E. Solari, Félix Trigo Represas y Ernesto Wayar, repite en el art. 1158 el texto del Proyecto de Unificación.

El Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, presentado por éste al Poder Legislativo el 9 de agosto de 1993 y en cuya redacción intervino una Comisión integrada por los Doctores Augusto César Belluscio, Salvador Darío Bergel, Aída Rosa Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le Pera, Julio César Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo Antonio Zannoni dice en el art. 871: *“Durante las tratativas preliminares, las partes estarán obligadas a obrar de buena fe para no frustrarlas injustamente”*.

Art. 920 del Proyecto de Código Civil de 1998: *“En la etapa de formación del contrato las partes deben comportarse de buena fe para no frustrar injustamente las tratativas contractuales, aunque todavía no haya sido emitida una oferta”*.

Brasil: art. 422 C. Civ.<sup>84</sup>.; Paraguay: arts. 689 y 715 C. Civ.<sup>85</sup>.; Uruguay: art. 1291, 2º párr. C. Civ.<sup>86</sup>).

Es así que resulta esencial para la validez del asentimiento prestado por el usuario al plan de cobertura médica ofrecido por la prestataria, una previa información sobre el alcance de sus consecuencias y sobre otros planes de cobertura médica aplicables a su situación, sobre las ventajas y desventajas de éstos.

a) ¿Cómo debe suministrarse la información? De acuerdo con el proyecto de Reglamento Común para la defensa del consumidor en el MERCOSUR (resoluciones nº 125/96, anexo, inc. II y 21/04 del Grupo Mercado Común cit.), la información debe brindarse en forma cierta y objetiva. Cierto, desde el lenguaje común, significa verdadero, indubitable. Objetivo, que sea relativo al servicio de salud y no a nuestro modo de pensar.

Desde lo jurídico debemos precisar el concepto respecto de las condiciones que debe reunir la información para ser cierta y objetiva.

b) Requisitos de la información. De manera coherente con el planteamiento formulado, analizaremos aquí, como requisitos de la información la veracidad, la claridad, la legalidad y la oportunidad.

1. Veracidad<sup>87</sup>. La información debe estar basada en hechos serios y ciertos.

---

<sup>84</sup> Art. 422: *“Los contratantes están obligados a guardar, hasta la conclusión del contrato como ejecución los principios de buena fe”.*

<sup>85</sup> Art. 689: *“En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato, deben las partes comportarse de acuerdo con la buena fe”.*

Art. 715: *“Las convenciones hechas en los contratos [...] deben ser cumplidas de buena fe”.*

<sup>86</sup> El artículo citado dice, refiriéndose a los contratos, que deben ejecutarse de buena fe.

La información resulta seria cuando guarda una cierta relación cuantitativa y cualitativa con el servicio de salud a prestar.

No resulta información seria la incompleta o inexacta –parcializada o reticente-, como, por ejemplo, cuando pese a advertírsele al usuario respecto del cobro de una cuota adicional por tener más de 70 años, no se le indica los parámetros que se tomarán en cuenta para el cobro del mismo, o, bien cuando se anuncian coberturas totales pero luego las restringen mediante la utilización de cláusulas limitativas en las cartillas.

Por el contrario, la información será cierta cuando describa con precisión las virtudes y defectos del plan de cobertura médica ofrecido.

No resulta cierta la información falsa, como, por ejemplo, cuando se le asegura al usuario una determinada prestación, que luego es modificada con la suscripción de nuevos convenios con otros prestadores.

Los proyectos de reforma de la legislación civil argentina al consagrar la completa información, avanzaron en la relevancia de su veracidad (Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987: art. 1157<sup>88</sup>; Proyecto de Código Civil de 1998: art. 905<sup>89</sup>), aspecto éste que, además, está expresado fundamentalmente por las conclusiones de dos encuentros jurídicos: las I Jornadas de Derecho Civil de Morón (Buenos Aires, 1994)<sup>90</sup> y las VII Jornadas Rioplatenses de Derecho (Punta del Este, Uruguay, 1994)<sup>91</sup>.

---

<sup>87</sup> Sin embargo, no escapa a nuestro análisis que, como complemento ineludible de esta exigencia de veracidad, aparece la carga del usuario de observar la debida diligencia exigida por la actividad comprometida. En razón de ello y, por imperio del principio de la buena fe, creemos que no podrá ignorar aquello que estuvo a su alcance.

<sup>88</sup> Art. 1157: La redacción de las cláusulas deberá ser “...completa...”.

<sup>89</sup> Art. 905: Los contratos o cláusulas predispuestas “...cuando son celebrados por escrito, deben ser redactados de manera [...] completa...”.

<sup>90</sup> Conclusión de la Comisión n° 2, dedicada a los Daños al consumidor y al usuario: “...la Constitución Nacional de 1994, en su artículo 42, primer párrafo, proclama, como derecho de los consumidores y usuarios [entre otros] su derecho a una información adecuada y veraz...”.

<sup>91</sup> Conclusión de la Comisión “A” de Derecho civil, recomendación n° VII.

2. Claridad. Es menester que el lenguaje y comunicación en general se adapte a la cultura del usuario, así como también que la prestataria se asegure que el usuario comprende la información, invitándole a que haga preguntas. A la búsqueda de esa claridad apuntan los distintos proyectos de reforma de la legislación civil argentina (Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987: art. 1157, 2<sup>92</sup>; Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993: art. 1157, último párr.<sup>93</sup>; Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993: art. 870, último párr.<sup>94</sup>; Proyecto de Código Civil de 1998: arts. 905 y 906<sup>95</sup>) y su importancia ha sido encomiada en las VII Jornadas Rioplatenses de Derecho (Punta del Este, Uruguay, 1994)<sup>96</sup> y las Jornadas Rosarinas de Derecho Civil. Homenaje al 30º aniversario de la reforma al Código Civil (Rosario, 1998)<sup>97</sup>.

Pero como bien lo señalan WEINGARTEN y GHERSI (1999) la comprensión del usuario es algo de dudosa “situación jurídica” y `eficiencia jurídica` pues la consideramos revisable conforme a los principios generales del derecho (Argentina: arts. 1071 C. Civ., 1071 del Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987; 1071 del Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993,

<sup>92</sup> El proyecto de 1987 establece en el art. 1157, 2 que la redacción de las cláusulas deberá ser “... clara, y fácilmente legible”.

<sup>93</sup> Art. 1157: “La redacción [de las cláusulas] debe ser clara y fácilmente legible”.

<sup>94</sup> Art. 870: “La redacción de estos contratos [predispuestos] deberá ser clara, hecha en idioma nacional y fácilmente legible”.

<sup>95</sup> Art. 905: “Los contratos o cláusulas predispuestas cuando son celebrados por escrito, deben ser redactados de manera clara, [...] y fácilmente legible”.

Art. 906: “Las condiciones generales deben ser asequibles al no predisponerte”.

<sup>96</sup> Conclusión de la Comisión “A” de Derecho Civil, recomendación nº VII.

<sup>97</sup> Conclusión de la Comisión nº 1 sobre Derecho de salud. Medicina prepaga, recomendación nº 2, C: “El deber de informar por la empresa [...] debe ser [...] comprensible para el sujeto receptor, en sus circunstancias y en su medio”.

583 del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 y 396 del Proyecto de Código Civil de 1998<sup>98</sup>; Brasil: art. 187 C. Civ.<sup>99</sup>; Paraguay: art. 372 C. Civ.<sup>100</sup>; Uruguay: art. 1321 C. Civ.<sup>101</sup>), principios generales de la contratación (Principios de UNIDROIT: art. 1.7 cit.; Argentina: art. 1198 C. Civ. y Fundamentos del Proyecto de Código civil de 1998 cit.; Brasil: art. 422 C. Civ. cit.; Paraguay: art. 689 C. Civ. cit.; Uruguay: art. 1291, 2º párr. C. Civ. cit.) y las leyes y Código del consumidor y usuario.

3. Legalidad. Cabe expresar este requisito con una negación: la información no puede vulnerar derechos adquiridos, como cuando la enumeración de las restricciones a la cobertura son de tal magnitud que implican privar al usuario de una adecuada prestación médica: todas las preexistencias, conocidas o no, carencias prolongadas, internaciones

---

<sup>98</sup> Art. 1071: *“El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto.*

*La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contraríe los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres”.*

El art. 1071 del proyecto de 1987 completa nuestro Código con la regulación de los efectos del acto abusivo en estos términos: *“...En su caso el juez proveerá lo necesario para evitar sus efectos abusivos, y según las circunstancias, procurará la reposición al estado de hecho anterior y fijará una indemnización”.*

Los arts. 1071 del Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993 y 583 del Proyecto del Poder Ejecutivo del mismo año repiten el texto del Proyecto de Unificación de 1987.

El art. 396 del proyecto de 1998, al comienzo de su desarrollo, establece el principio general de no abusar del ejercicio de los derechos.

<sup>99</sup> Art. 187: *“...comete acto ilícito el titular de un derecho que, al ejercerlo, excede manifiestamente los límites impuestos por su fin económico o social, por la buena fe o por las buenas costumbres”.*

<sup>100</sup> Art. 372: *“Los derechos deben ser ejercidos de buena fe. El ejercicio abusivo de los derechos no está amparado por la ley y compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos...”.*

<sup>101</sup> Art. 1321: *“El que usa de su derecho no daña a otro con tal que no haya exceso de su parte”.*

limitadas a un breve período de tiempo incompatible con el tratamiento en cuestión, prestaciones médicas obligatorias, etc.

4. Oportunidad. La información para tener relevancia debe ser suministrada en el tiempo propio, esto es, previamente a la formalización del contrato, no sobreviniente a la constitución de la obligación.

c) ¿A qué aspectos debe referirse la información? La información, según la ley, debe referirse a las características esenciales del servicio (Argentina: art. 4° L. C. cit.; Brasil: art. 6°, inc. III y 31 C. C. cit.; Paraguay: arts. 6°, inc. d y 8° L. C. cit.; Uruguay: arts. 6°, 17 y 20 L. C. cit.).

No compartimos el criterio legal. Muy al contrario consideramos que debe informarse en forma completa y adecuada sobre todas las características –principales y accesorias- del servicio de salud a prestar.

De manera tal que limitar la información al concepto indeterminado o ambiguo de lo “esencial” no es correcto por su subjetividad y falta de parámetros comparativos serios, lo que produce que lo que para un usuario o prestataria es considerado esencial, sea visto como accesorio por otros. Dar este alcance implica, por tanto, generar inseguridad tanto en usuarios como en prestatarias de servicios de salud.

*2. Respetarla como requisito indispensable para el cumplimiento del contrato.* El deber de información no se agota desde el punto de vista de la prestataria en brindar unilateralmente información al usuario para luego abandonarlo a su propia decisión, sino que es deber del empresario –además de informar suficientemente todas las circunstancias que rondan en torno al plan de cobertura médica a contratar por el usuario- cumplir las prestaciones médicas tal como las ha ofrecido, expresa o tácitamente<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> Es decir, la información obliga a lo que la prestataria expresamente estipuló, pero se integra también con lo implícitamente informado, esto es, con las normas

Es una consecuencia lógica que atañe a la relación entre usuario y prestataria desde el momento en que han acordado el nacimiento del contrato y fijado sus respectivas obligaciones. Resulta indispensable que quien detenta la prestación la deba cumplir para poder prestarla tal como la ofreció.

En razón de ello, y tal como se ha venido sosteniendo en ámbitos científicos (IV Congreso Internacional de Derecho de daños, Buenos Aires, 1995<sup>103</sup>; Jornadas Rosarinas de Derecho Civil. Homenaje al 30º aniversario de la reforma al Código Civil, Rosario, 1998<sup>104</sup>) así como también en la legislación (Argentina: art. 8º L. C.<sup>105</sup>; Brasil: arts. 18, 20, 30 y 48 C. C.<sup>106</sup>; Paraguay: art. 9º L. C.<sup>107</sup>; Uruguay: art. 14 L. C.<sup>108</sup>),

---

impuestas por el legislador, o por las costumbres y con los deberes que impone la buena fe lealtad y la buena fe creencia.

<sup>103</sup> Conclusión de la Comisión nº 1, recomendación nº 5: *“Las precisiones publicitarias integran el contenido contractual [...] aun en los casos en que la publicidad en sí misma no constituya jurídicamente oferta (por ejemplo, por falta de completitud) en los términos del art. 7 L. D. C. [ley defensa del consumidor]. En consecuencia, el incumplimiento de las precisiones publicitarias genera responsabilidad contractual”.*

<sup>104</sup> Conclusión de la Comisión nº 1 sobre Derecho de salud. Medicina prepaga, recomendación nº 2, C: *“El deber de informar por la empresa rige en las etapas precontractual, contractual y de ejecución”.*

<sup>105</sup> Art. 8º: *“Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor”.*

<sup>106</sup> Art. 18: *“Los proveedores de productos de consumo durables y no durables son solidariamente responsables por los vicios de calidad o cantidad que los vuelvan impropios o inadecuados para el consumo al que se destinan, o les disminuyan el valor, así como por aquellos resultantes de disparidad con las indicaciones que constan en el recipiente, empaques, rótulos o mensaje publicitario, respetadas las variaciones resultantes de su naturaleza, siendo posible que el consumidor exija la sustitución de las partes con vicio”.*

Art. 20: *“El proveedor de servicios responde por los vicios de calidad que los vuelvan impropios para el consumo o les disminuya el valor, así como por aquellos resultantes de disparidad con las indicaciones que constan en la oferta o mensaje publicitario...”.*

Art. 30. *“Toda información o publicidad, suficientemente precisa, transmitida por cualquier forma o medio de comunicación con relación a productos y servicios ofrecidos o presentados obliga al proveedor que la haya transmitido o que de ella se utilice, pasando a integrar el contrato que venga a ser celebrado”.*

proyectos de reforma (Argentina: art. 860 del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993)<sup>109</sup>, doctrina (ALTERINI, 1993; BUERES, 1981; CALEGARI DE GROSSO, 2000; CASARES-ALTERINI, 2000; DO AMARAL JUNIOR, 1995; GREGORINI CLUSELLAS, 2005; KEMELMAJER DE CARLUCCI, 1994; LORENZETTI, 1994; LOVECE-GARCÍA OCIO, 2005; STIGLITZ, 1981 y 1987; WEINGARTEN-LOVECE, 1997, entre muchos otros) y en jurisprudencia (CNCiv., sala B, 24/09/86, “Königsberg, Alejandro V. y otra v. Almagro Construcciones S. A.”, en *J. A.* 1987-IV: 400<sup>110</sup>; Cám. Fed. de Apel. de Mar del Plata, 10/04/06, “Marceillac, Juan Ignacio c/Telefónica Comunicaciones Personales S. A. s/Sumarísimo”, expediente n° 8.907<sup>111</sup>, entre muchos otros) toda información vertida en medios de comunicación

Art. 48. *“Las declaraciones de voluntad asentadas en escritos particulares, recibos y precontratos relativos a las relaciones de consumo vinculan al proveedor, permitiendo inclusive una ejecución específica en los términos del art. 84 y sus párrafos”.*

<sup>107</sup> Art. 9°: *“La oferta obliga al proveedor que la emite por todo el plazo de su vigencia...”.*

<sup>108</sup> Art. 14: *“Toda información, aun la proporcionada en avisos publicitarios, difundida por cualquier forma o medio de comunicación, obliga al oferente que ordenó su difusión y a todo aquel que la utilice, e integra el contrato que se celebre con el consumidor”.*

<sup>109</sup> Art. 860: *“La propuesta de contrato obligará al proponente, a no ser que lo contrario resultare de sus términos, de la naturaleza del negocio o de las circunstancias del caso”.*

<sup>110</sup> En el caso, se admitió el reintegro a los accionantes de las sumas abonadas como anticipo de la compra de un departamento que, en apariencia, la demandada les vendía cuando en realidad pretendía concertar un contrato de locación con opción a compra que se perfeccionaría a los cinco años de mantenerse los accionantes como inquilinos, considerando que *“...las informaciones vertidas en medios de comunicación o –más aún- mediante tratativas personales [...] en tanto y cuanto, determinantes a menudo de la celebración de la operación, comprometen a su responsable a brindar, en los hechos, aquello que ofrece, tal como lo ha representado”.*

<sup>111</sup> En este fallo el Tribunal ordenó el reintegro de las sumas indebidamente cobradas al usuario en concepto de llamadas entrantes desde telefonía pública. Se dio como fundamento que al no haberse informado al actor tal circunstancia y las consecuencias que ello tendría en la facturación de su servicio no procede la facturación de tal ítem pues *“El entorno en que se realizó la oferta debe considerarse como integrante del marco de ejecución del contrato por aplicación del art. 1198 del Código Civil”.*

o mediante tratativas personales es vinculante e integra el contrato aunque no haya sido reproducido en el mismo.

Y ello es así a raíz de que la información es considerada por el legislador mercosureño una “oferta” por lo cual la prestataria se verá obligada a cumplir con aquello que informó.

Así, por ejemplo, la empresa que publicita el traslado de pacientes en aviones particulares o el servicio de determinado profesional, deberá cumplir con esas exigencias aún cuando en el reglamento o el plan suscripto por el usuario no se hallasen incluidos tales servicios, ya que esos elementos resultan determinantes para la contratación.

Consideramos acertado este criterio, por cuanto lo contrario implicaría, no sólo una violación contractual (Argentina: art. 19 L. C. cit.; Brasil: art. 30 C. C. cit.; Paraguay: art. 9º L. C. cit.; Uruguay: art. 14 L. C. cit.), sino un avasallamiento del deber de buena fe al que están obligados predisponerte y adherente.

Para completar la idea sostenemos que indudablemente el entorno publicitario dado a la información también integra el contrato, pues no otra cosa resulta de las leyes y código del consumidor y usuario (Argentina: art. 8º cit.; Brasil: arts. 18, 20, 30 y 48 cit.; Paraguay: art. 9º cit.; Uruguay: art. 14 cit.) y de los códigos civiles de los Estados Partes (Argentina: art. 1198 cit.; Brasil: art. 422 cit.; Paraguay: arts. 689 y 715 cit.; Uruguay: art. 1291 cit.). Esta solución aparece contemplada en los proyectos de reforma de la legislación civil argentina (Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987: art. 1158 cit.; Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993: art. 1158 cit.; Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993: art. 871 cit.; Proyecto de Código Civil de 1998: art. 920 cit.).

Por ejemplo, si la publicidad coloca en el frente precisiones en cuanto a la calidad de los especialistas o especialidades médicas y en el fondo un sanatorio presumiblemente moderno, luego la empresa no puede prestar sus servicios en sanatorios deteriorados (WEINGARTEN-

GHERSI, 1999). Adoptar una postura contraria implicaría dejar sin protección al usuario del servicio que, inducido por la sensación de mayor seguridad y confianza que la imagen de dicho sanatorio crea en él, decide adherir al plan de cobertura médica en cuestión.

Obviamente, el condicionamiento de la voluntad del usuario que provoca la publicidad en mayor o menor grado depende, fundamentalmente, del nivel de su desarrollo intelectual.

Es por ello que la realización de la justicia obliga a maximizar la tutela de los sujetos cuya voluntad es más susceptible de ser condicionada por la publicidad, aquellos que se hallan por debajo de la diligencia media, al igual que los usuarios desprevenidos o las personas humildes.

En definitiva, entendemos que el deber de información de la empresa prestataria de servicios de salud no se cumple debidamente cuando oculta o falsea aquellas circunstancias que puedan incidir de forma razonable en la decisión a adoptar por el usuario.

Y son precisamente las circunstancias que rodean al deber de informar las que nos llevan al convencimiento de que el objetivo del derecho a la información es establecer el equilibrio desde el inicio mismo de las tratativas, para preservar la relación de equivalencia al tiempo del perfeccionamiento del contrato.

#### e. Objeto. Contenido del deber de informar

El objeto que se pretende incluir en el deber de informar es todo lo que se refiere a la cobertura médica ofrecida a fin de que el usuario adquiera una impresión real y una valoración adecuada de la misma.

La prestataria deberá informar al usuario todas aquellas circunstancias que puedan incidir en la decisión a adoptar, por lo que deberá detallar qué es concretamente lo que está asintiendo, describiendo con precisión las condiciones de contratación, la extensión

de la cobertura, las eventuales modificaciones contractuales y los cambios de modalidades de prestaciones de servicios.

A nuestro entender, el alcance de la información debida al usuario es variable en cada caso. Por ello consideramos indispensable que la prestataria, al determinar su cuantía evalúe distintos factores subjetivos y objetivos a los efectos de brindar una información veraz, pero de manera comprensible. De otro modo, se frustraría el objetivo del derecho a la información, cual es la legitimidad misma del contrato, basado en el derecho del usuario a su autodeterminación.

Entre los factores subjetivos estarán el nivel cultural del usuario, su edad y profesión. Como factores objetivos deberían incluirse la veracidad, claridad, legalidad y oportunidad.

En cuanto a los datos que debe contener la información creemos importante resaltar que, con excepción de la ley brasileña de regulación de la medicina prepaga n° 9.656, en adelante L. M. P., del 03/06/98 (art. 16<sup>112</sup>) [[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9656.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9656.htm), fecha de captura: 25/10/06] y del Decreto paraguayo n° 20.553/06 de la Superintendencia de Salud por el cual se reglamentan los arts. 31 y 33 de la ley del consumidor, que establecen la Superintendencia de Salud como

---

<sup>112</sup> Art. 16: *“Los contratos, reglamentos o condiciones generales de los planes y seguros [...] deben contener disposiciones que indiquen con claridad:*

- I- *las condiciones de admisión;*
- II- *tiempo de vigencia;*
- III- *los períodos de carencia para consultas, internaciones, procedimientos y exámenes;*
- IV- *[...] los porcentuales a que alude el artículo 15;*
- V- *Las condiciones de pérdida y calidad de beneficiario asegurado;*
- VI- *Los eventos cubiertos y excluidos;*
- VII- *Las modalidades del plan o seguro;*
  - a) *individual;*
  - b) *familiar;*
  - c) *colectivo.*
- VIII- *[...] los límites financieros o el porcentual de coparticipación del consumidor, contractualmente previstos;*
- IX- *[...] los descuentos, aumentos de las contraprestaciones pecuniarias;*
- X- *el área geográfica de cobertura del plan o seguro;*
- XI- *los criterios de reajuste y revisión de las contraprestaciones pecuniarias”.*

organismo técnico de control y supervisión del Sistema Nacional de Salud (arts. 23 y 26)<sup>113</sup> [www.leyes.com.py/rubro1.php?r1=25&r2=25&titulo=Sector%20Salud, fecha de captura: 23/02/07] no existe ninguna norma de carácter específico que se refiera a los mismos, por lo que no encontraremos una enumeración enunciativa de los recaudos a informar.

Sin embargo, de las leyes del consumidor paraguaya (art. 15<sup>114</sup>) y uruguaya (art. 20<sup>115</sup>), que sientan reglas generales en cuanto a las

---

<sup>113</sup> Art. 23: “Los derechos y obligaciones entre las entidades prestadoras de servicios de salud pre-paga y los usuarios serán pactados en un contrato que deberá ser instrumentado por escrito e incluir cláusulas sobre:

a) Vigencia del contrato: lo pactado entre las partes. El plazo será renovable automáticamente por el mismo lapso. Si no es denunciado con un mes de antelación por una de las partes, se considerará que el usuario ha decidido renovar el contrato mediante la continuidad del pago correspondiente, el cual podrá ser reajustado.

b) Las prestaciones, prácticas y materiales excluidos de los servicios contratados.

c) Las prestaciones excluidas al recién nacido de madre asociada a un seguro médico.

d) Causas y mecanismos de suspensión y rehabilitación de las prestaciones.

e) Listas de profesionales, establecimientos prestadores y servicios ofrecidos al usuario, las que deberán estar claramente definidas, sin términos ambiguos.

f) Prestaciones de emergencias y urgencias médicas:

g) Los derechos que se mantienen al cambiar de un plan a otro de los ofrecidos por las entidades prestadoras de servicios de salud pre-paga a los usuarios, y su oportunidad.

h) Sistemas y plazos máximos para el reintegro a favor del usuario, por parte de las entidades prestadoras de servicios de salud pre-paga, de los gastos efectuados por el mismo, cuando así corresponda conforme al contrato vigente”.

Art. 26: “Del precio de los contratos. Los precios a pagar por el usuario titular y usuarios incorporados con el titular deberán estar determinados en el contrato, de acuerdo al plan escogido...”.

<sup>114</sup> Art. 15: “Salvo que por la naturaleza del servicio no se requiera, el proveedor del servicio deberá asegurar en forma clara, correcta y precisa, las siguientes informaciones:

relaciones de consumo y de la abundante jurisprudencia existente en Argentina (CNCiv., sala B, 24/09/86, “Königsberg, Alejandro V. y otra v. Almagro Construcciones S. A.”, en J. A. 1987-IV: 401 cit.<sup>116</sup>; Disposición D. N. C. I. n° 164/97, “R. S. v. Tecnología Integral Médica T. I. M. S. A. s/ley 24.240”<sup>117</sup>, entre muchos otros) pueden extraerse los requisitos mínimos e indispensables que debe contener la información a brindarse al usuario.

- 
- a) *nombre y domicilio del proveedor del servicio;*
  - b) *la descripción del servicio a prestar;*
  - c) *la calidad del servicio a prestar;*
  - d) *una descripción de los materiales, implementos y tecnología a emplear;*
  - e) *el precio, incluidos los impuestos, su composición cuando corresponda, y la forma de pago;*
  - f) *plazo de validez del presupuesto y plazo de validez del servicio;*
  - g) *los riesgos que el servicio pueda ocasionar para la salud o seguridad;*
  - h) *alcance y duración en el caso de otorgarse garantía contractual;*
  - i) *cualquier otra información que sea esencial para decidir la relación de consumo”*

<sup>115</sup>Art. 20: “En la oferta de servicios el proveedor deberá informar los rubros que se indican en el presente artículo, salvo que por la naturaleza del servicio no corresponda la referencia a alguno de ellos. La información deberá ser clara y veraz y, cuando se brinde por escrito, será proporcionada con caracteres fácilmente legibles.

*Nombre y domicilio del proveedor del servicio.*

*La descripción del servicio a prestar.*

*Una descripción de los materiales, implementos, tecnología a emplear y el plazo o plazos del cumplimiento de la prestación.*

*El precio, incluidos los impuestos, su composición cuando corresponda, y la forma de pago [...]*

*Los riesgos que el servicio pueda ocasionar para la salud o seguridad, cuando se diera esta circunstancia.*

*El alcance y duración de la garantía, cuando ésta se otorgue...”*

<sup>116</sup> Así, este fallo dispuso que el deber de información está “...dirigido a obtener una precisión, lo más real posible, sobre el objeto del futuro contrato...”.

<sup>117</sup> El criterio adoptado en esa Disposición es el siguiente: “...no basta con que la información sea veraz, sino que además es necesario que sea eficaz, esto es, acorde a la complejidad del negocio y a la adecuación [...], tratándose de información sobre un servicio de medicina, el empresario tiene el deber de ‘hablar claro’, no sólo porque se trata de un servicio especial tal como es el deber de proteger la salud y la vida de un grupo familiar, sino porque además tiene la calificación cultural y científica para hacerlo”.

A modo de muestra, podemos citar en consecuencia, los siguientes datos que debe contener la información que debe brindar la prestataria. Ella debe contener:

1. Nombre comercial y domicilio de la prestataria del servicio de salud;

2. Naturaleza y descripción de las características de la eventual prestación, detallando con precisión las condiciones de contratación, extensión de la cobertura y eventuales modificaciones contractuales durante la prestación del servicio;

3. Planes de cobertura médica alternativos con los que se cuenta, debiéndose destacar las mayores ventajas y desventajas que trae aparejada la cobertura médica ofrecida, haciéndose expresa mención de cuáles serían los riesgos o inconvenientes previsibles;

4. Cualquier otra circunstancia que sea necesaria para decidir la relación de consumo.

f. La carga probatoria de la información

Conforme a la normativa comunitaria (Proyecto de Reglamento Común para la defensa del consumidor en el MERCOSUR, resolución n° 126/96, anexo III, inc. V, Grupo Mercado Común<sup>118</sup>) e interna de los Estados Partes (Brasil: art. 38 C. C.<sup>119</sup>; Paraguay: art. 39 L. C.<sup>120</sup>;

---

<sup>118</sup> La citada resolución estipula que la carga de la prueba de la veracidad y correcta información o comunicación publicitaria recaerá sobre el anunciante.

<sup>119</sup> Art. 38: *“La carga de la prueba de la veracidad [...] de la información o comunicación publicitaria corresponde al anunciante”.*

Uruguay: art. 26 L. C.<sup>121</sup>) exceptuando a Argentina que no se ocupa específicamente de ello, estimamos que la prueba de haber brindado la debida información debe recaer sobre la prestataria del servicio de salud: a) pues consideramos que tal deber resulta ser de los más importantes que tienen las empresas prestatarias de servicios de salud y constituye un elemento esencial del negocio jurídico que celebran con el usuario; b) por ser ésta quien se encuentra en mejor condición de probar la conformación del asentimiento informado, ya que es la empresa, justamente, quien puede y debe munirse de la conformidad escrita del usuario, máxime cuando se trata de resguardar su propio interés, cual es repeler la acción que tiene por base el achaque de falta o inadecuada información<sup>122</sup>. Una solución contraria, más allá de resultar totalmente injusta, implicaría desconocer el derecho positivo vigente en la región.

g. El resarcimiento debido ante su omisión.

De conformidad a la teoría de la causalidad adecuada (Argentina: art. 906 C. Civ.<sup>123</sup>; Brasil: art. 389 C. Civ.<sup>124</sup>; Paraguay: art. 372 C. Civ.<sup>125</sup>;

---

<sup>120</sup> Art. 39: “...el anunciante deberá probar la veracidad de las afirmaciones contenidas en el mensaje publicitario”.

<sup>121</sup> Art. 26: “La carga de la prueba de la veracidad y exactitud material de los datos de hecho contenidos en la información o comunicación publicitaria, corresponde al anunciante”.

<sup>122</sup> En la jurisprudencia también se admite el “onus probandi” con el alcance que damos en el texto. La Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal al decretar la responsabilidad de los encartados por los daños sufridos por el paciente, al habersele vulnerado su derecho a ser informado declaró: “...la carga de la prueba señala a quien corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho para no sufrir sus efectos perjudiciales [...], pues resulta de cumplimiento imposible probar la falta de algo, configurándose lo que ha dado en llamarse prueba negativa o diabólica” (CNCiv., sala M, 16/09/02, “B. de K. S., G. H. v. G., J. A. y otros”, en J. A. 2003-I: 605 y 606, del voto del Doctor Daray; en igual sentido CNCCom., sala A, 29/06/98, “Lucero, Carlos A. v. Isaura S. A.”, en L. L. 24/03/99).

<sup>123</sup> Art. 906: “En ningún caso son imputables las consecuencias remotas, que no tienen con el hecho ilícito nexos adecuados de causalidad”.

Uruguay: art. 1323 C. Civ. y 36<sup>126</sup> L. C.) que rige en el derecho vigente en la región, estimamos que sólo deben indemnizarse aquellos daños que ha provocado la omisión de la debida información por parte de la prestataria que, en la gran mayoría de los casos, consistirá en la pérdida de la chance que sufra el usuario de haber rechazado el plan de cobertura médica que se le ha ofrecido y al que ha adherido o de haber acudido a otra empresa para su atención. Esa pérdida de la posibilidad podrá incidir tanto en la esfera patrimonial como en la espiritual del usuario, dando lugar al resarcimiento de un daño patrimonial o moral. Aunque, claro está, también podrá intentarse probar que de haber sido informado el usuario igualmente hubiera adherido al plan de cobertura médica en cuestión.

## 2. derecho a prestaciones médicas adecuadas

### a. ¿Qué se entiende por prestación médica adecuada?

La coordinación de la norma consensuada por los Estados Partes (resolución n° 124/96 Grupo Mercado Común, anexo, inc. 8°)<sup>127</sup> con la normativa interna de éstos (Argentina: arts. 740 y 742 C. Civ. y arts. 5° y

---

<sup>124</sup> Art. 389: “No cumplida la obligación, responde el deudor por daños y perjuicios...”.

<sup>125</sup> Art. 372: “...El ejercicio abusivo de los derechos [...] compromete la responsabilidad del agente por el perjuicio que cause, sea cuando lo ejerza con intención de dañar aunque sea sin ventaja propia, o cuando contradiga los fines que la ley tuvo en mira al reconocerlos...”.

<sup>126</sup> Art. 1323: “El daño comprende no sólo el mal directamente causado, sino también la privación de ganancia que fuere consecuencia inmediata del hecho ilícito”.

Art. 36: “El proveedor no responde sino de los daños y perjuicios que sean consecuencia inmediata y directa del hecho ilícito”.

<sup>127</sup> El inciso 8° del citado anexo prevé entre los derechos básicos del consumidor la adecuada y eficaz prestación de los servicios por parte de proveedores.

6° L. C.<sup>128</sup>; Brasil: arts. 313 y 314 C. Civ. y art. 6°, inc. X C. C.<sup>129</sup>; Paraguay: arts. 557 y 558 C. Civ. y arts. 6°, inc. H y 31 L. C.<sup>130</sup>; Uruguay: arts. 1458 y 1459 C. Civ. y art. 7° L. C.<sup>131</sup>) apoya la noción sostenida por

---

<sup>128</sup> Art. 740: “El deudor debe entregar al acreedor la misma cosa a cuya entrega se obligó. El acreedor no puede ser obligado a recibir una cosa por otra, aunque sea de igual o mayor valor”

Art. 742: “Cuando el acto de la obligación no autorice los pagos parciales, no puede el deudor obligar al acreedor a que acepte en parte el cumplimiento de la obligación”.

Art. 5°: “Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”.

Art. 6°: “Cosas y Servicios Riesgosos. Las cosas y servicios [...] cuya utilización pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos...”.

<sup>129</sup> Art. 313: “El acreedor no está obligado a recibir prestación distinta de la que es debida, aunque sea más valiosa”.

El art. 314 estipula que aunque la obligación tenga por objeto prestación divisible, no puede el acreedor ser obligado a recibir por partes su cumplimiento.

Art. 6°: “Son derechos básicos del consumidor [...] inc. X –a la adecuada y eficaz prestación de los servicios...”.

<sup>130</sup> Art. 557: “El deudor debe entregar la misma cosa o cumplir exactamente el hecho a que estuviere obligado. No puede substituirlos con los daños y perjuicios de la inejecución, o mediante otra cosa u otro hecho, aunque fueren de igual o mayor valor”.

Art. 558: “Cuando los pagos parciales no estuvieren autorizados, no podrá el deudor exigir al acreedor que acepte en parte el cumplimiento de la prestación”.

Art. 6°: “Constituyen derechos básicos del consumidor: [...] h) La adecuada y eficaz prestación de los servicios públicos por sus proveedores, sean éstos públicos o privados”.

Art. 31: “Todos los bienes y servicios cuya utilización, por su naturaleza, pueda suponer un riesgo normal y previsible para la vida, seguridad y salud de los consumidores, deberán comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas necesarios para garantizar la fiabilidad de los mismos”.

<sup>131</sup> Art. 1458: “La paga, para ser legítima, debe hacerse de la misma cosa debida y no de otra ni su valor, a no ser de consentimiento del acreedor. De otro modo no está obligado a recibirla. Sin embargo, si el deudor no pudiese hacer la entrega en la misma cosa o de la manera estipulada, debe cumplirla en otro equivalente a arbitrio del juez, pagando los daños y perjuicios que por esa razón puedan irrogarse al acreedor...”.

la doctrina de estos países, que juzgamos provisionalmente aceptable: aquella cuya realización preserva el principio de equivalencia e integralidad de la prestación asistencial (WEINGARTEN-LOVECE, 1997), verdadero deber de resultado, teniendo como objetivo principal, por sobre cualesquiera otro, el de proteger la salud y la vida del usuario; y al implementar los medios para la obtención de ese fin –aspectos sanitarios<sup>132</sup>, infraestructura edilicia, técnica y profesional (Resoluciones del Grupo Mercado Común n° 42/00 [www.mercosur.int/msweb/porta1%20intermediario/es/index.htm, fecha de captura: 10/10/07]<sup>133</sup>; 73/00, site cit.<sup>134</sup>; 25/04: anexo, site cit.; 28/04: anexo; 12/07: anexo I, puntos 4 a 11 y anexo II, puntos 1 a 7, site cit.<sup>135</sup>)-, no incurrir en faltas u omisiones en desmedro del mismo.

---

Art. 1459: *“El deudor no puede obligar al acreedor a recibir por partes el pago de una deuda, aunque sea divisible. Ni aun basta ofrecer todo el capital, si devenga intereses. Estos son un accesorio que el deudor debe pagar con el capital, sin lo que puede el acreedor negarse a recibirlo”.*

Art. 7º: *“todos los productos y servicios cuya utilización pueda suponer un riesgo de aquellos considerados normales y previsibles por su naturaleza, utilización o finalidad, para la salud o seguridad de los consumidores o usuarios, deberán comercializarse observando las normas o las formas establecidas o razonables”.*

<sup>132</sup> Por ejemplo, asepsia, salubridad.

<sup>133</sup> A través de la misma el Grupo Mercado Común aprobó el “Reglamento Técnico MERCOSUR de Medicina Transfusional”, por el cual se establecen normas para la recolección, estudios serológicos e inmunohematológicos, almacenamiento, procesamiento y distribución de sangre y/o componentes, así como para la determinación de la conveniencia terapéutica de la transfusión.

<sup>134</sup> Contiene la “Lista de Especialidades Médicas comunes en el MERCOSUR” y tiene por propósito la armonización de las legislaciones para el ejercicio profesional del médico a fin de que la comunidad sea atendida por profesionales médicos que tengan formación equivalente y conductas de atención adecuadas.

<sup>135</sup> Mediante las citadas Resoluciones, el Grupo Mercado Común aprobó como requisitos y pautas comunes que debe reunir la organización y el funcionamiento de los servicios de salud públicos y privados de atención médica de urgencia móvil (Resolución n° 25/04), terapia intensiva de adultos (Resoluciones n° 28/04 y 65/06), pediátrica y neonatal (Resolución n° 65/06), de urgencia y emergencia pre-hospitalaria en unidades no hospitalarias y hospitalarias y pre-hospitalaria fija en unidades de atención primaria (Resolución n° 12/07) el contar con recursos humanos especializados, medicamentos necesarios y equipamientos específicos propios y otras tecnologías para el diagnóstico y tratamiento adecuado de los pacientes.

Cabe aclarar que aquí por resultado se considera el deber central y explícito de seguridad a cargo de la prestataria (BUSTAMANTE ALSINA, 1980; MAYO, 1984; VAZQUEZ FERREYRA, 1988; GREGORINI CLUSELLAS, 2005)<sup>136</sup>, consistente en preservar la indemnidad del usuario mediante la prestación del servicio de salud con la mayor diligencia o cuidado posible.

En términos del jurista uruguayo Jorge GAMARRA (1999) en observancia del deber asumido, la prestataria tendrá que emplear la diligencia exacta, la diligencia debida –ajustada al parámetro de los arts. 512 C. Civ. argentino<sup>137</sup>, 186 C. Civ. brasileño<sup>138</sup>, 421 C. Civ. paraguay<sup>139</sup> y 1344 C. Civ. uruguayo<sup>140</sup>: del buen padre de familia<sup>141</sup>. Es de acuerdo con dicho modelo ideal que la prestataria debe no solo aproximar al usuario profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina, sino también asegurarle una prestación médica diligente e

---

<sup>136</sup> Esta obligación de seguridad es central, y no accesorio, expresa, y no implícita porque el objeto de la obligación de las organizadoras es, precisamente, prestar servicios relacionados con la salud de las personas.

<sup>137</sup> Art. 512: *“La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.*

<sup>138</sup> Aunque el art. 186 no alude directamente al concepto de culpa sino al de acto ilícito entendido como *“Aquel que, por acción u omisión voluntaria, negligencia o imprudencia, viola derecho o causa daño a otro...”*, ello resulta de la noción del mismo: la acción practicada con descuido, esto es, con negligencia o imprudencia.

<sup>139</sup> Art. 421: *“...Habrá culpa cuando se omitieren aquellas diligencias exigidas por la naturaleza de la obligación y que correspondan a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar”.*

<sup>140</sup> Art. 1344: *“Se entiende por culpa la falta del debido cuidado o diligencia. Puede ser grave o leve.*

*Sea que el negocio interese a una sola de las partes, ya tenga por objeto la utilidad común de ellas, sujeta al obligado a toda la diligencia de un buen padre de familia, esto es, a prestar la culpa leve.*

*Esa obligación, aunque regulándose por un solo principio, es más o menos extensa según la naturaleza del contrato o el conjunto de circunstancias, en los casos especialmente previstos por este Código”.*

<sup>141</sup> En efecto, se le tiene por responsable a la prestataria del daño causado al usuario cuando se estima que ésta no ha actuado como lo habría hecho este buen administrador.

idónea, de acuerdo a las circunstancias particulares, lo menos reprochable posible (TApelCivyComAsunción, sala 2, 12/02/02, “GELABERT, Norberto y otro c. Golden Cross Asistencia Internacional de Salud S. R. L.”, sentencia n° 05, en *L. L. P.* 2002: 431<sup>142</sup>; T. A. C. de 6° Turno, 18/07/02, “W. M. y otros c. C. A. S. M. U. – Daños y Perjuicios”, ficha n° 9/2002, en *L. J. U.*, tomo 123-2003, caso n° 1.567, sentencia n° 93, Ministro redactor : Doctora BOSSIO<sup>143</sup>; S. C. J. , 26/03/04, “I. S. c. Centro Psiquiátrico I. S. A.”, en *L. J. U.*, tomo 131-2005, caso n° 15.045, sentencia n° 83, Ministro redactor: Doctor VAN ROMPAEY<sup>144</sup>; T. A. C. de 5° Turno, 25/06/04, “A. B. c/Asociación Española 1ª de Socorros Mutuos-

---

<sup>142</sup> Entre los considerandos del fallo –originado a raíz de la negligencia médica planteada ante la tardanza del servicio de ambulancia- el Tribunal expresó: *“Considerando... que la obligación asumida contractualmente por la aseguradora no se agota con la disposición de los médicos (designación de los médicos y expedición de las guías médicas) sino con la prestación adecuada del servicio que incluye profesionales competentes, especialistas, personal idóneo y médicos adecuados, no es suficiente su presencia pasiva, sino su actuación dinámica, exigiéndose una compleja interacción destinada a salvaguardar la vida y la salud de los pacientes, por lo cual contractualmente, aquella responde por el incumplimiento del servicio retirado en forma culposa, ya sea que el daño se produzca por causa del médico y de otros dependientes”.*

<sup>143</sup> Se trataba en el caso de un usuario hemofílico que había sido contagiado con virus sida en una transfusión de sangre, como consecuencia de no efectuarse el despistaje sistemático del virus de la sangre para transfundir. Dijo el Tribunal que la responsabilidad de la prepaga con relación al usuario lesionado por tal proceder emerge del incumplimiento de la obligación asumida de no transfundir sangre infectada por la que está obligado a velar el empresario.

Aún cuando en este caso –como en todos los que citaremos de *La Justicia Uruguaya*- el demandado es un ente prepago que no persigue fines lucrativos y no una empresa de medicina prepaga de naturaleza comercial –a las que se refiere específicamente este trabajo- su asimilación argumental resulta del hecho de que desde el punto de vista del beneficiario de la prestación la atención no puede diferir pues el derecho esencial involucrado es el mismo.

<sup>144</sup> En el caso, producido con motivo de la fuga que costó la vida al usuario –paciente psiquiátrico que cursaba un síndrome de abstinencia-, la Suprema Corte de Justicia uruguaya declaró que la entidad prestadora de servicios de salud para eximirse de responsabilidad por tal acaecimiento, debió probar que tomó las mínimas medidas que las circunstancias del caso requerían para evitar el acaecimiento del resultado muerte en ocasión de la fuga. Dijo el Tribunal: *“La institución pudo y debió evitar la fuga del referido paciente psiquiátrico utilizando toda la diligencia de un buen padre de familia que las circunstancias del caso imponían –lo que en el subexamine no aconteció- [por lo cual] debe ser responsabilizada por el incumplimiento del deber genérico de no dañar [...] En efecto [...] ha incurrido en responsabilidad por la omisión o falta de adecuada vigilancia que el paciente exigía. Por defecto de organización del servicio asistencial prestado, determinando casualmente el resultado lesivo...”.*

Daños y Perjuicios”, en *L. J. U.*, caso n° 15.264, Ministra redactora: Doctora PRESA<sup>145</sup>)

No se trata de exigir a la prestataria *“una atención, cuidados o conducta especialmente calificada que excediese el criterio de normalidad o el Standard legal premencionado [...] Por el contrario, la prestación asistencial debe adecuarse a los parámetros de razonabilidad y diligencia media, consultando las especiales circunstancias subjetivas y objetivas que conforman el entorno fáctico del insuceso”* (T. A. C. de 5° Turno, sentencia n° 57, Montevideo, 24/03/99, “Martínez, Alvaro c/Círculo Católico de Obreros del Uruguay s/daños y perjuicios” [[www.tribunales.com.uy/tribunales/seccion.asp?f=sentencias](http://www.tribunales.com.uy/tribunales/seccion.asp?f=sentencias), fecha de captura: 02/03/07])<sup>146</sup>, pues de acreditarse que no fue así responderá.

#### b. Requisitos

Desde esta óptica sólo ciertas prestaciones alcanzan entidad bastante para que, jurídicamente, sean adecuadas a la finalidad asistencial del contrato. Veremos ahora, concretamente, cuáles son los requisitos para que una prestación sea adecuada.

---

<sup>145</sup> En la especie, se revocó en forma parcial la sentencia de primera instancia que desestimó la demanda sin especial condena procesal. El caso fue originado a raíz del retraso de cinco meses en informarse al usuario el resultado de examen que indicaba ser portador de H. I. V. El Tribunal consideró que el origen de la desinformación en que se sustentaba el reclamo debía atribuirse a la conducta culposa de ambas partes: Por parte del actor, pues no concurrió a la convocatoria al consultorio del médico, contribuyendo con su propia conducta a la desinformación por la que reclamaba. Y por parte de la demandada, porque al disponer la realización del referido examen obtuvo dato relativo a la salud del reclamante –que ella se había contractualmente obligado a proteger– y era su deber asegurar que su afiliado lo conociera. Dijo el Tribunal: *“...atendiendo a las peligrosas características de la enfermedad [...], y junto a ellas, la especial atención que el Estado confiere a su prevención, contralor y erradicación, la Asociación Española 1ª de Socorros Mutuos no actuó con la completa diligencia que le era exigible en aras de proteger la salud de su afiliado y de la sociedad toda”*.

<sup>146</sup> Se trataba en el caso de un usuario que había quedado con una parálisis del brazo, como consecuencia de la sujeción con la sábana a la cama que se le practicó durante la prestación asistencial destinada al tratamiento del “delirium tremens” que padecía y que determinara su internación.

1. Prestación objetiva. Concepto. Prestación objetiva es aquella que satisface el piso mínimo establecido por ley (Argentina: ley n° 24.754<sup>147</sup>, del 23/12/96 (Legislación Argentina 1997-A: 3); Brasil: L. M. P.

---

<sup>147</sup> Dicha ley tiene un único artículo que establece: “A partir del plazo de 90 días de promulgada la presente ley, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir como mínimo, en sus planes de cobertura asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660 [Legislación Argentina 1989-A: 51], 23.661 [Legislación Argentina 1989-A: 58] y 24.455 [Legislación Argentina 1995-A: 114], y sus respectivas reglamentaciones”. A su vez, el Ministerio de Salud y Acción Social por Resolución General n° 247, del 29/05/96 estableció el Programa Médico Obligatorio para todas las obras sociales del sistema de las leyes 23.660 y 23.661.

De este modo todos los agentes del Seguro involucrados en las mencionadas leyes deben asegurar a sus beneficiarios que mediante sus propios servicios o a través de efectores contratados, se garantizan las prestaciones de prevención, diagnóstico y tratamiento médico y odontológico. Esto implica que no pueden negarse a cubrir:

Atención primaria: Programa de promoción y prevención general; Plan materno infantil; Programa de enfermedades oncológicas; Odontología preventiva; Programa de asistencia básica de médicos generalistas.

Atención secundaria: Consultas generales; Consultas especializadas; Atención odontológica; Medicamentos; Internación general y especializada; Medios de diagnóstico (Ambulatorio e internación); Traslado en ambulancia; Prótesis y órtesis; Rehabilitación; Hemodiálisis; Co-seguros.

Plan Materno: Atención del embarazo y parto desde el diagnóstico y hasta el primer mes posterior al nacimiento; Estudios durante el embarazo; Cursos de parto sin temor; Internación, parto, cesárea y medicamentos (cobertura total).

Plan Infantil: Controles hasta el primer año de vida. Detección perinatal finilcetonuria/hipotiroidismo. Vacunación. Internaciones clínicas y/o quirúrgicas. Coberturas de leches medicamentosas: hasta 4 Kg. por mes durante 3 meses.

Especialidades Cubiertas: Alergia, Cirugía torácica; Cardiología; Cirugía Infantil; Cirugía Ginecológica; Cirugía General; Cirugía Vasculat; Endocrinología y Nutrición; Clínica médica; Fonoaudiología; Dermatología; Ginecología y Obstetricia; Flebología; Hemoterapia; Gastroenterología; Fisiatría y Rehabilitación; Hematología; Neumonología; Inmunología; Neurocirugía; Nefrología; Oncología; Neurología; Ortopedia y Traumatología; Oftalmología; Pediatría; Otorrinolaringología; Psiquiatría; Proctología; Esterilidad; Reumatología; Urología.

Medicamentos: 40% de cobertura ambulatoria; 100% de cobertura en internación; 100% de cobertura en medicación de baja incidencia y alto costo. Odontología Preventiva: Campaña de prevención, fluoración y educación para la salud bucal.

Oncología: Prevención del cáncer femenino. Cobertura de diagnóstico y tratamiento de las afecciones malignas y de 100% de los medicamentos que estén aprobados por protocolos nacionales.

Internación: General; clínica médica y quirúrgica. Especializada: cirugía cardiovascular, pediátrica, neonatología, terapia intensiva y unidad coronaria, tocoginecológicas, psiquiátricas (hasta 30 días).

Atención Odontológica: Cobertura de todas las prestaciones del Nomenclador Nacional de Obras Sociales. No cubre prótesis dentales.

Atención Psiquiátrica: Atención ambulatoria (30 sesiones por año con co-seguro).

Internación (30 días al año, sin co-seguro).

[arts. 10, 11 y 12]<sup>148</sup>; no así por Paraguay y Uruguay por no regir allí una definición expresa de una canasta básica o plan básico de prestaciones y, por tanto, una legislación específica sobre el tema. El Ministerio de salud define el mínimo que se debe brindar al usuario por el monto de la cuota), sin reservas de ningún tipo y sin pretender un pago extra.

No obstante su dispar acatamiento por parte de la prestatarias argentinas, la prestación ya ha tenido aplicación jurisprudencial, en la inteligencia de tratarse de una disposición imperativa que modifica y pasa a integrar el contrato de medicina prepaga o seguro de salud suscripto entre las partes (CNCiv., sala C, 14/10/97, “T., J. M. v. Nubial S. A. s/amparo”, en *J. A.* 1998-II: 430<sup>149</sup>; CNCiv., sala H, 04/06/98, “B., V. v.

---

Medios de Diagnóstico: (Ambulatorio e internación)  
 Laboratorio: (prácticas nombradas y aquéllas que la Superintendencia Asistencial defina en el futuro).  
 Prótesis y órtesis: 100% de cobertura en prótesis de colocación interna permanente. Resto de las prótesis, cobertura 50%. Traslado en ambulancia.  
 Rehabilitación: 100% de cobertura con los siguientes toques:  
 Kinesiología: 25 sesiones por año;  
 Postoperatorio de traumatología: 30 días;  
 Grandes accidentes: 6 meses; Hemodiálisis: cobertura total; Valores de coseguros;  
 Prácticas de diagnóstico ambulatorias. A su vez la ley 24.455 establece una nómina de cobertura que todas las obras sociales y asociaciones de obras sociales del sistema nacional, incluidas en la ley 23.660 y que son beneficiarias del fondo de la ley 23.661 deben incorporar como prestaciones obligatorias Tales son: la cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por algunos de los retrovirus humanos y los que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) y/o las enfermedades intercurrentes (art. 1º, inc. a), así como de las personas que dependan física o psíquicamente del uso de estupefacientes (art. 1º, inc. b), y los tratamientos de desintoxicación y rehabilitación (art. 2º).

<sup>148</sup> La ley establece un Plan de Referencia, similar al Programa Médico Obligatorio argentino, pero más completo. Dicho Plan comprende partos, tratamientos realizados en Brasil, terapia intensiva, internación hospitalaria, todo con relación a la Clasificación Estadística Internacional de Enfermedades y Problemas relacionados con la Salud de la Organización Mundial de la Salud.

<sup>149</sup> En el caso, se resolvió ordenar a una prepaga la cobertura del tratamiento integral de un usuario portador del H. I. V., frente a un recurso de amparo promovido por éste. Se dio como fundamento el siguiente: “Si al momento de entrar en vigencia las leyes 24.455 y 24.754 regía entre el actor y la empresa de medicina prepaga demandada un contrato de adhesión, el hecho de que, con posterioridad, el accionante fuera portador del síndrome de inmunodeficiencia adquirido, torna aplicable dichas normas por ser imperativas, debiendo la empresa demandada cubrir íntegramente la asistencia médica del paciente, toda vez que las garantías constitucionales del derecho a la vida, a la

Amil Asistencia Médica Internacional S. A. s/amparo”<sup>150</sup>; Juzg. Nac. Com. n° 17, 12/06/98, “B. S., S. R. v. Amil Asistencia Médica Internacional S. A. s/sumarísimo”, expediente n° 88.170/97, 1ª instancia firme<sup>151</sup>).

2. Prestación funcional. Concepto. La prestación es funcional cuando se cumple del modo convenido (Argentina: arts. 740 y 742 C. Civ. cit. y art. 19 L. C. cit.; Brasil: arts 313 y 314 C. Civ. cit. y 6º, inc. i C. C. cit.; Paraguay: arts. 557 y 558 C. Civ. cit. y 30 L. C. cit.; Uruguay: arts. 1458 y 1459 C. Civ. cit. y 32 L. C. cit.) y razonablemente<sup>152</sup> esperado por el usuario (Argentina: art. 1198, 1º párr. C. Civ. cit.; Brasil: art. 422 C. Civ. cit.; Paraguay: art. 689 C. Civ. cit.; Uruguay: art. 1291 C. Civ. cit.). En igual sentido se orientan los proyectos de reforma de la legislación civil argentina (Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de

---

*seguridad e integridad de la persona, priman por sobre cualquier cuestión comercial de empresas comerciales”.*

<sup>150</sup> En el caso, se ordenó a la empresa a proveer la atención médica integral a un usuario portador del H. I. V. Se expresó en los fundamentos que poco importa que la ley n° 24.754 no se encontrara vigente al momento en que se celebró el contrato entre las partes, porque dicha ley no hace distinción alguno en punto a su ámbito de aplicación, quedando absolutamente claro que por su propia finalidad tiende a proteger a todos quienes padezcan del síndrome de inmunodeficiencia adquirida con independencia de los condicionamientos emergentes de los contratos que los enfermos pudieran haber suscripto.

<sup>151</sup> El fallo reseñado sostuvo: “No obsta a lo anterior [la naturaleza de orden público de la ley que comentamos] que el contrato se haya celebrado luego de la entrada en vigencia de la ley 24.754, pues no pudo válidamente apartarse de disposiciones que poseen esa naturaleza, constituyendo carga de la accionada adecuar los formularios preimpresos a las nuevas exigencias legales”.

<sup>152</sup> Decimos “razonablemente”, pues no cualquier expectativa puede ser protegida, sino sólo la que es resolutoria, esto es, suficientemente diligente, que en el derecho interno de los Estados Partes se mide con los parámetros de los arts. 512 C. Civ. argentino, 421 C. Civ. paraguayo y 1344 C. Civ. uruguayo cit. En consecuencia, no puede obligarse a la prestataria a asumir erogaciones que excedan las pautas contenidas en la cobertura y el régimen de la legislación imperante, como sería el caso de obligarla a cubrir tratamientos costosos en el exterior, cuando existen otras instituciones enlistadas en los respectivos países, apropiadas para el tratamiento. Lo contrario implicaría privilegiar de manera desmesurada el interés individual en desmedro del interés social, regido por el principio de solidaridad por cuanto dichas prestaciones excesivamente onerosas afectarían significativamente las razonables y legítimas expectativas y derechos prestacionales de otros usuarios del sistema.

1987: art. 1197<sup>153</sup>; Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993: art. 1198, 1º párr.<sup>154</sup>; Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993: art. 898<sup>155</sup>; Proyecto de Código Civil de 1998: art. 967<sup>156</sup> cuyos principios no obstante no ser establecidos por la ley del consumidor con la sistematización depurada del proyecto, resultan aplicables por imperio de la buena fe y las reformas de la ley nº 17.711/68<sup>157</sup>).

Por ello se ha resuelto que no cabe negar prestaciones incluidas (Juzg. Nac. 1ª inst. en lo Civil nº 3, 19/07/02, “T. J. y otro c/Swiss Medical S. A.”, expediente nº 41.835/2002<sup>158</sup>) o indispensables para la protección

---

<sup>153</sup> Art. 1197: *“Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma si las circunstancias que determinaron para cada una de ellas su celebración, y fueron aceptadas por la otra o lo hubieran sido de habérselas exteriorizado, subsisten al tiempo de la ejecución.*

*Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión”.*

<sup>154</sup> Art. 1198: *“Los contratos deben celebrarse, ejecutarse e interpretarse de buena fe y de acuerdo con lo que, verosímilmente, las partes entendieron, o pudieron entender obrando con cuidado y previsión”.*

<sup>155</sup> Art. 898: *“Los contratos deben celebrarse, ejecutarse e interpretarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión. Obligan a lo que está expresado y a las consecuencias que deban considerarse virtualmente comprendidas en ellos, conforme a su naturaleza, a la equidad y a los usos del lugar de celebración”.*

<sup>156</sup> Art. 967: *“El contrato obliga con los alcances en que razonablemente se habría obligado un contratante cuidadoso y previsor, incluyendo a las consecuencias virtualmente comprendidas en él, conforme a su naturaleza, a las negociaciones previas, a la conducta ulterior de las partes, a las prácticas establecidas entre ellas, a los usos si no han sido excluidos expresamente, y a la equidad, teniendo en cuenta la finalidad del acto y las expectativas justificadas de la otra parte...”.*

<sup>157</sup> Una de cuyas reformas salientes es haber sentado en el art. 1198 una regla capital, aplicable al mundo de los contratos, a la cual ya nos hemos referido: éstos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe. Este texto sustituyó al que rezaba: *“Los contratos obligan no sólo a lo que está formalmente expresado en ellos sino a todas las consecuencias que puedan considerarse que hubiesen sido virtualmente comprendidas en ellos”.* Así, estas expresiones no se consideraron anuladas sino perfeccionadas.

<sup>158</sup> En el caso, se ordenó a la prepaga cumplir con las prestaciones pactadas y brindar cobertura del cien por ciento de la prótesis requerida para una niña con síndrome de Apert, toda vez que sus huesos craneados impedían el normal desenvolvimiento del cerebro. Se expresó en los fundamentos que la cobertura de la prótesis interna asciende al cien por ciento conforme al contrato de medicina prepaga que existe entre las partes.

de la salud del usuario<sup>159</sup> aunque no estén contempladas en los planes prepagos (CNCom., sala C, 17/06/92, “Cohen, Jaime R. v. Acción Médica S. A.”, en *J. A.* 1992-IV: 437<sup>160</sup>; C. S. J. N., “Peña de Márquez Iraola, J. M. v. Asociación Civil Hospital Alemán s/daños”, 16/04/02, fallos 325: 677<sup>161</sup> y fallo antecedente CNCiv., sala H, 20/02/98, ídem autos, en *J. A.* 1998-IV: 496<sup>162</sup>; Juzg. Crim. y Corr. Transición de Mar del Plata, n° 1, 13/09/99, “B. M. E. s/amparo”, en *J. A.* 1999, n° 6166: 71, con nota aprobatoria de Carlos GHERSI: “Los nuevos derechos civiles constitucionales: El derecho a la vida y la salud, el amparo y las medidas innovativas para la operatividad de los derechos”<sup>163</sup>; CNCom., sala A, 14/09/05, “Lepanto,

---

Pero el pronunciamiento citado va más lejos aún sosteniendo que tampoco puede dar lugar a negar la cobertura que se pretende el hecho de no hallarse tal tratamiento contemplado en la misma “...a poco que se repare en las consecuencias prácticas que puede aparejar y la posibilidad de que la intervención pueda ser realizada con éxito en beneficio de la menor, derecho de raigambre constitucional...”.

<sup>159</sup> En nuestro concepto la “protección de la salud” implica preservar la vida ya sea prestando un tratamiento médico asistencial o suministrando los medicamentos, como también, mejorar la calidad de vida.

<sup>160</sup> En el caso, se resolvió ordenar a una prepaga la cobertura de los costos de emergencia en un parto. Dijo el Tribunal: “Sería incongruente pensar que un sistema médico que cubre los gastos de maternidad no prevea situaciones de emergencia en un parto; es decir, hipótesis que, aunque no parezcan regladas en el instrumento, se pudo verosímilmente entender que se hallaban comprendidas en la cobertura”.

<sup>161</sup> En el caso, se ordenó a la prepaga brindar cobertura ante la necesidad de un tratamiento de ablación por radiofrecuencia para una metástasis hepática.

<sup>162</sup> El jurista y magistrado Claudio KIPER, en su voto en el fallo citado nos dice: “La actora debió entender o haber entendido razonablemente que el sistema de medicina prepaga estaba destinada a socorrerla, a auxiliarla, a garantizarle toda la atención médica necesaria en el supuesto de enfermarse...”.

<sup>163</sup> En el caso, el Tribunal ordenó a la prepaga cubrir el 100% de las veinte sesiones de oxigenoterapia hiperbárica prescripto a un menor de edad por el médico del plantel por aplicación del principio pro minoris, el que incluye, en la especie, la real y efectiva protección de la salud del menor mediante la prestación médica necesaria para mejorar su calidad de vida y evitar la progresión del deterioro neurológico y el desarrollo de condiciones menos dignas, armonizado con los principios bioéticos de autonomía, beneficencia-no maleficencia y justicia, que procuran la protección de las personas cuya autonomía está disminuida, el mayor beneficio para el paciente y la mejor protección de los valores en juego respectivamente.

GHERSI comentando este caso destaca la elocuencia valorativa de la decisión judicial –criterio que compartimos ampliamente– por exaltar una serie de valores que

Hernán v SPM”, en *J. A.* 2006-I, fascículo nº 12: 32, con nota aprobatoria de Gustavo CAMELO DÍAZ: “Medidas cautelares en resguardo del derecho a la salud. Los niños, los discapacitados y las obligaciones de las empresas de medicina prepaga”<sup>164</sup>; C. S. J. N., “Reynoso, Nilda Noemí c/I. N. S. S. J. P. [Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados] s/amparo”, R. 638. xl.<sup>165</sup>).

3. Prestación dinámica. Concepto. La prestación dinámica –por oposición a la estática- es aquella que es oportuna y actual.

---

permanecieron durante un tiempo aletargados en la vida real y en la conciencia de los gobernantes y gobernados por la propaganda política de la presunta eficiencia.

<sup>164</sup> En el caso, se obligó a la prepaga a cubrir los costos de la atención médica de una menor discapacitada fuera de su sistema contractual por considerarse el más idóneo para otorgarle la asistencia especial que requería. Entre sus considerandos la Cámara expresó: “Considerando [...] Del juego armónico de las leyes 24.754 y 24.901 se desprende que, como principio, la empresa de medicina prepaga integra un sistema que le impone el otorgamiento de prestaciones básicas de atención integral que contempla acciones de prevención, promoción y protección, con la finalidad de brindar una cobertura completa a la necesidad y requerimiento del afiliado [...]; Considerando [...] los niños poseen, además de los derechos de toda persona, derechos específicos indispensables para su formación que requieren comportamientos que los garanticen por parte del adulto y de la sociedad global...”.

El jurista y magistrado Gustavo CAMELO DÍAZ anotando este fallo afirma que “...las distintas prestaciones deben ser cubiertas con alguno de los distintos prestadores admitidos por la empresa que organiza el sistema que deben cubrir plena y satisfactoriamente las necesidades del usuario; quien tiene derecho al reintegro de lo gastado, aunque no sea propio del sistema, si por insuficiencia de las prestaciones de la cartilla debió recurrir a terceros para atenderse”.

<sup>165</sup> En el caso, la Corte de conformidad con lo dictaminado por el Procurador Fiscal, declaró procedente el recurso extraordinario y revocó la sentencia apelada por la actora –una anciana de 75 años, con deterioro cognitivo, imposibilidad de desplazarse por sus propios medios e incontinencia de esfínteres como complicaciones directas del estado avanzado de la diabetes padecida- en orden a la cobertura de un 100 % del medicamento “Ampliactil” - y no en un 40 % como lo establecen los anexos del Programa Médico Obligatorio- y pañales descartables. La Corte consideró que el medicamento y los pañales le eran absolutamente indispensables a la actora debido a sus escasos ingresos, carencia de autosuficiencia y como única forma de continuar con una vida mínimamente digna, dada su senilidad e incontinencia padecidas. Dijo el Tribunal al fundar su decisión: “El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es una prerrogativa implícita, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requiere necesariamente de él y, a su vez, el derecho a la salud –especialmente cuando se trata de enfermedades graves- está íntimamente relacionado con el primero y con el principio de autonomía personal, ya que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar por su propio plan de vida”.

La primera se efectiviza en el momento en que el usuario la solicita.

Por ello, no obstante que materialmente fuera imposible y no se lo deriva a otro centro asistencial (GREGORINI CLUSELLAS, 2005; WEINGARTEN-LOVECE, 1997) el usuario podrá obtener la satisfacción del servicio por otro, sin pago adicional (art. 33 L. M. P. brasileña)<sup>166</sup> o con derecho al reintegro de lo gastado (GHERSI-WEINGARTEN-IPPÓLITO, 1993; TRIGO REPRESAS, 1995). No obstante ello, para que pueda proceder tal reintegro el usuario deberá colocar en mora a la empresa y apercibirla de realizar la prestación a su costa por un tercero (Argentina: arts. 505, inc. 2º y 630 C. Civ.; Brasil: art. 249 C. Civ.; Paraguay: art. 420, inc. b C. Civ.; Uruguay: art. 1339 C. Civ.) así como obtener autorización judicial<sup>167</sup>. Sólo podrá prescindir de ellas si, con la demora, agrava su situación. Con todo mediante la ejecución por otro el usuario obtiene específicamente la prestación médica (“Faoro de Estele Oliva v. Corpus Cobertura Médica S. A. s/sumario”, 09/08/93<sup>168</sup>; CNCiv., sala K, 21/02/96, “Giménez de Rueda, A. M. v. Asociación Civil Hospital Alemán y otros/daños y perjuicios”, en *J. A.* 1997-III: 455<sup>169</sup>; CNCiv., sala L, 28/05/96,

---

<sup>166</sup> El artículo aludido señala también que ante esta imposibilidad material el usuario debe acceder a una prestación de mayor calidad que la que le correspondía. Prescindiendo del indiscutible valor disuasorio, creemos que la obligación debe darse por cumplida con el suministro de la prestación debida.

<sup>167</sup> Lo contrario, sería hacerse justicia por mano propia, lo cual en principio, está vedado (BOFFI BOGGERO, 1975).

<sup>168</sup> En el caso, la sala B de la Cámara Nacional Comercial resolvió que la obra social prepaga debía reintegrar lo abonado por el usuario por la intervención quirúrgica realizada, en carácter de urgencia, en una entidad sanatorial no adherida al sistema, como consecuencia de no contar con camas disponibles en ninguna de las instituciones adheridas a aquélla. El argumento más saliente de la sentencia fue el siguiente: *“Si un cliente de un plan de medicina prepaga, ante la necesidad de ser intervenido quirúrgicamente no puede ser internado en ninguna de las instituciones adheridas a aquélla, como consecuencia de no contar con camas disponibles y la intervención reviste carácter de urgencia [...] pues de no practicarse corría riesgo de muerte, razón por la cual se hizo operar en una entidad sanatorial no adherida al sistema citado, resulta procedente que le reclame a la obra social prepaga lo abonado a aquélla por la operación que le fuera realizada”*.

<sup>169</sup> En el caso, se ordenó a la prepaga reintegrar al usuario lo abonado por la intervención quirúrgica que le fuera negada por ésta e indicada por un especialista ajeno al plantel institucional, consultado ante el fracaso de la terapéutica administrada por los

“Arenas, Enrique c. Centro Médico Santa Fe S. A. C. y otro”, en L. L. 1997-C: 548, con nota aprobatoria de Celia WEINGARTEN y Graciela LOVECE: “Protección del usuario de los servicios médicos prepagos”<sup>170</sup>; CNCiv., sala I, 07/03/01, “Schneider, Luisa v. Omint S. A.”, en J. A. 20/06/01, nº 6251: 67<sup>171</sup>; CNCom., sala A, 31/10/06, “Z., J. A. c. Sistema

---

médicos del plan de cobertura médica suscripto. Se estimó que *“Los prestadores de un sistema cerrado de medicina prepaga asumen la obligación de brindar asistencia médica integral al afiliado. En tales condiciones, la negativa a realizar una intervención quirúrgica indicada por un especialista ajeno al plantel institucional, consultado ante el fracaso de la terapéutica administrada por los médicos del plan de marras, importa la interrupción del servicio en perjuicio del reclamante, o lo que es lo mismo, un claro incumplimiento de las obligaciones contraídas en el contrato suscripto entre las partes, acto por el cual el centro asistencial debe responder”*. También se dijo: *“El organizador deber responder no sólo por los servicios que pone a cargo del afiliado, sino también por la omisión en el servicio, y por la eficiencia con que se lo presta y por cuanto se trata de una efectiva obligación de suministrar asistencia médica integral, el prestador debe estar en condiciones de poner en movimiento todo el aparato médico asistencial cuando sea necesario y en tiempo oportuno, derivando al paciente cuando ello no sea posible o reintegrando el gasto en que hubiere incurrido el afiliado para obtener su satisfacción por otra vía”*.

<sup>170</sup> En el caso, se condenó a la empresa prepaga al reintegro de los gastos que demandó la intervención quirúrgica de urgencia denegada por ésta y practicada por un tercero por considerar que la empresa incumplió con su obligación de otorgar al usuario una eficiente y adecuada prestación. Dijo el Tribunal: *“Ello así, si no la proporciona a través de los profesionales integrantes de su lista o lo deriva a otro centro asistencial, el paciente puede obtener la satisfacción del servicio por otro. Así las cosas, dicha falta de cumplimiento en especie genera la obligación de reintegrar lo abonado por el enfermo”*.

Las juristas WEINGARTEN y LOVECE comentando este caso afirman: *“La negativa a suministrar el tratamiento implicó un incumplimiento al débito asistencial y a la obligación [...] de seguridad que hace nacer el deber de preservar al paciente de los daños que se puedan originar por deficiencia de la prestación debida [...] En función de ello, si la empresa no proporciona asistencia a través de los integrantes de su lista o no lo deriva a otro centro asistencial, el paciente puede obtener la satisfacción del servicio por otro”*.

<sup>171</sup> En el caso, se ordenó a la prepaga reintegrar la suma abonada a la usuaria por la operación quirúrgica efectuada con un profesional fuera de la cartilla, pues a pesar de la urgencia del caso no fueron puestas a su disposición las soluciones que otorgaba el plan con la premura que indicaban los hechos –la existencia de un tumor maligno de base de cráneo-. El argumento más saliente de la sentencia fue el siguiente: *“...no puede concluirse que se haya cumplido con la obligación asumida por la prepaga, nótese que la presunta patología de la actora no era desconocida sino que hacía largo tiempo que era atendida bajo la cobertura y que si bien se proponía a otro profesional para conocer en el tema, dicha situación no guarda correlato con la urgencia del hecho y del bien jurídico a tutelar que es el derecho a la salud...”*.

de Protección Médica S. A. [S. P. M. ]” , en L. L. 19/03/07: 11<sup>172</sup>, entre muchos otros), pero si no cumple con las condiciones indispensables para que tenga viabilidad la figura en análisis, deberá soportar su erogación (C. S. J. N., 11/10/05, “Zarrillo, Osvaldo P. v. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, en J. A. 2006-I: 798, con nota aprobatoria de Juan M. PREVOT: “Sobre la constitución en mora y el cumplimiento por parte de un tercero en cuestiones de índole médico-asistencial”)<sup>173</sup>.

La segunda se adapta a la realidad (MORELLO, 1998) imperante al momento de la prestación del servicio.

Justamente por ser un contrato de servicios de larga duración (GHERSI, 1998) como los que caracterizan a nuestras economías, todo avance científico y tecnológico debe ser incorporado<sup>174</sup> y asumido por la empresa puesto que integra el riesgo-costo empresario.

---

<sup>172</sup> En el caso, el Tribunal resolvió favorablemente al reintegro de la suma de dinero para el transplante de riñón en un caso planteado con motivo de la negativa de la prepaga a cumplir con lo acordado. El Tribunal dijo al fundar su decisión: “...no es posible el ejercicio antifuncionalista que trasunta la posición asumida por la accionada, pues su negativa a hacer honor a la obligación de pagar los \$ 17.000 contraría los fines de la normativa constitucional y supraconstitucional [...] desvirtúa la buena fe que debe gobernar toda relación contractual, y eclipsa la intención de lo realmente querido por las partes al firmar el acuerdo del 23/09/1999. Ello conlleva a afirmar –toda vez que se considere el criterio antifuncionalista o del fin económico social del derecho- que la conducta de la accionada constituye una de las derivaciones del abuso del derecho (art. 1071 Cód. Civil)”.

<sup>173</sup> En el caso, el actor pretendía repetir las sumas dinerarias abonadas con motivo de su intervención quirúrgica, cuya ejecución, en principio, correspondía a las demandadas. La Corte dijo al rechazar tal pretensión. “...en cuanto al agravio de que hubo un enriquecimiento sin causa de la obra social porque eludió un gasto al que estaba obligada y fue cubierto por el actor, tal argumento no resulta suficiente para descalificar la sentencia [apelada] pues, además de no probar que la obra social se haya negado a otorgar la prestación, el apelante omitió acreditar si los importes que por diversos conceptos abonó al sanatorio Santa Isabel y al Dr. Rancati por la intervención quirúrgica [...] son los que se hubiere encontrado obligada a pagar [la obra social]”.

El jurista Juan PREVOT anotando este caso dice: “...el pronunciamiento en cuanto confirma el rechazo de demanda deviene por sus fundamentos inobjetable, pues no se han cumplido en autos las condiciones mínimas e indispensables para que tenga viabilidad la ejecución forzosa por subrogación en forma específica, contemplada en los arts. 505 inc. 2 y 630 CCiv”.

<sup>174</sup> Así lo declararon las Jornadas Rosarinas de Derecho Civil (Rosario, 1998, Comisión n° 1, recomendación n° 2. A sobre Derecho de salud. Medicina prepaga): “La

Hoy día aparecen nuevos tratamientos terapéuticos y equipamientos tecnológicos más eficaces que antaño que tienen que ver con la constante evolución que sufre la medicina y que debe incorporarse. Aquello que fue adecuado al momento de la contratación, con el tiempo se vuelve obsoleto (LORENZETTI, 1998).

Por ello se ha considerado inadmisibles las referencias históricas al estado del conocimiento médico existente al momento de la contratación, porque ello implicaría privar al usuario de los adelantos técnicos de la medicina que el progreso científico incorpora al campo de las prestaciones médico asistenciales (Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, ac. da 2ª C., Ap. 4.0055/95, en *Revista Direito do Consumidor*, Revista dos Tribunais, nº 18, junio 1996: 178 [cit. de Ricardo L. LORENZETTI: “Cláusulas abusivas en el contrato de medicina prepaga”, en *L. L.* 1997-III: 794]<sup>175</sup>; C. S. J. N., 16/04/02, “Peña de Márquez Iraola, Jacoba M. v. Asociación Civil Hospital Alemán s/daños”, fallos 325: 677 cit.<sup>176</sup>; Juzgado

---

*prestación debe ser [...] adecuada al desarrollo científico y tecnológico en el momento de su ejecución”.*

<sup>175</sup> En la especie, el Tribunal resolvió por el progreso de la demanda entablada por el usuario contra la empresa Golden Gross a fin de que se declare rescindido el contrato y se le devuelvan las sumas pagadas hasta el momento. El caso fue originado al haber sido denegada la cirugía video laparoscópica requerida por el usuario, argumentándose que se encontraba excluida de la cobertura. El Tribunal entendió que las empresas aseguradoras de salud que prestan servicios de asistencia médico hospitalaria están obligadas, por fuerza de la actividad que explotan, a socorrer al asegurado, en tiempo oportuno, con las más avanzadas técnicas de la medicina.

<sup>176</sup> En el caso, se ordenó a la prepaga cubrir los gastos médicos ocasionados por el trasplante de hígado por tratarse de la mejor técnica existente al momento para resguardar la vida de la usuaria. El caso fue originado al haber sido modificado el contrato que vinculaba a las partes y excluirse expresamente del mismo la cobertura de la operación de trasplante y los medicamentos que habían sido su consecuencia.

La Corte dejó sin efecto la sentencia apelada por la actora, la cual sostuvo –por voto mayoritario– que la interrupción del suministro de medicamentos no constituía incumplimiento contractual alguno. Bien pudo decir la Corte fundando la sentencia en que admitió el reembolso de los gastos médicos ocasionados por el trasplante, de los descuentos en la compra de medicamentos y el resarcimiento del daño moral: “*El derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria se vería frustrado si se admitiera que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura pactada, siendo inadmisibles las referencias históricas al estado del conocimiento médico existente al tiempo de la contratación, toda vez que se traduciría, con grave deterioro del servicio de salud, en la privación de los adelantos terapéuticos que el*

de 1ª instancia en lo Civil, Comercial y Minería n° 3 de Bariloche, 17/03/06, “J., G. c. C. S. S. A.”, en *L. L. Patagonia* 2006: 422<sup>177</sup>; En igual sentido, Departamento Judicial de Bahía Blanca, Juzg. Cont. Adm., 03/04/06, “Harfield, Hugo c/Dirección Obra Social Personal Municipal s/amparo”, expediente n° 3.956<sup>178</sup>).

---

*progreso científico incorpora, en forma casi cotidiana, al campo de las prestaciones médico-asistenciales”.*

<sup>177</sup> En el caso, se ordenó a la empresa de medicina prepaga cubrir los costos del “by pass gástrico” o cirugía bariátrica por obesidad mórbida que le denegó por no encontrarse amparada por el Programa Médico Obligatorio de Emergencia ni tampoco por el plan de coberturas contratado por el actor. El argumento más saliente de la sentencia fue: *“El ejercicio diligente de la actividad obliga a que la prestación se ejecute según las posibilidades de la ciencia y con todos los medios técnicos necesarios a su alcance a fin de no desvirtuar la naturaleza de la prestación médica.[...] estando en juego derechos humanos y sociales fundamentales tutelados por la Constitución como por tratados internacionales, como son la vida y la salud; padeciendo el actor una grave enfermedad que, como tal, requiere la aplicación del único tratamiento médico adecuado como es la cirugía de by-pass gástrico laparoscópico; [resulta] intrínsecamente abusiva, y por tanto arbitraria e ilegal, la negativa de la empresa de medicina prepaga a cubrir los costos de dicha cirugía, por más que se ampare en la ley aplicable y en el contrato anudado, ya que en definitiva el continuo avance de la ciencia médica no es correlativamente reflejado por las actualizaciones de los programas médicos obligatorios elaborados por la autoridad de aplicación administrativa...”.*

<sup>178</sup> En la especie, se ordenó a la obra social proveer al usuario la cobertura económica para la intervención quirúrgica que solicitara –cirugía bariátrica-. Se invoca como razón que *“Las obras sociales deben atender los requerimientos prestacionales de salud, adecuándolos a la realidad social y cultural y a los avances tecnológicos o científicos que se producen incesantemente, en la medida en que ello tienda a asegurar su razón de ser, esto es, la ejecución de prestaciones asistenciales integrales para satisfacer acabadamente el cumplimiento de su obligación principal de cobertura sanitaria. En la actualidad [...] la cirugía bariátrica [...] no es una cirugía meramente estética sino que su ejecución se justifica por la relación directa que tiene con la mortalidad del paciente”.*

No ignoramos el hecho de que este precedente no guarda estricto correlato con el tema que nos ocupa, pues se refiere a un caso en el que la demandada es una obra social y no una empresa de medicina prepaga. No obstante ello, la asimilación argumental no es casual ni menor. De hecho, la legislación viene estableciendo parámetros de asimilación normativa entre los componentes de uno y otro subsistema sanitario, al igual que la jurisprudencia (C. S. J. N., 13/03/01, “Hospital Británico de Buenos Aires c. M. S. y A. S.”, fallos 324: 754, voto del magistrado Adolfo Roberto VÁZQUEZ); ello, pese a las notorias diferencias entre uno y otro, las cuales quedan patentizadas en el siguiente cuadro:

	<b>EMPRESA DE MEDICINA PREPAGA</b>	<b>OBRA SOCIAL</b>
<b>Naturaleza jurídica</b>	Administradora de fondos para la salud	Administradora de fondos para la salud
<b>Modalidad</b>	Seguro privado	Seguro social

## c. Objeto

El objeto de la prestación médica adecuada es proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad, en interés de la prestataria, del usuario y de la generalidad.

## d. Fundamentos

La prestación médica adecuada halla un triple fundamento en la vida contemporánea:

<b>A quién aprovecha</b>	Al sector de la población que la emplea	A la población trabajadora y sus familiares directos así como los jubilados y pensionados
<b>Tipología</b>	Sociedades comerciales anónimas, de responsabilidad limitada, asociaciones y colegios profesionales	Sindicales de régimen nacional y del personal de dirección, PAMI.
<b>Cómo se ingresa</b>	Contrato comercial	Contrato de trabajo y Programa de Asistencia Médico Integral (PAMI)
<b>Contratación</b>	Directa	Indirecta
<b>Adhesión</b>	Voluntaria	Obligatoria
<b>Fin perseguido</b>	Lucro	Repartición altruista y solidaria
<b>Administración</b>	Corresponde al directorio o a la gerencia	A cargo del sindicato de cada rama productiva
<b>Financiación pero básicamente según se convenga</b>	Cuotas de los usuarios según su capacidad de pago	Contribuciones del empleador y del empleado sobre la base de un porcentaje de sus ingresos
<b>Períodos de carencia</b>	Se admiten	No se admiten
<b>Marco regulatorio específico</b>	Carece	Tiene (ley n° 23.660)

Más cabe señalar que se aproximan a un rasgo común –además del expresado en lo que respecta a la naturaleza jurídica- que cabe precisar así: que, según afirmamos ya en nota n° 143, desde el punto de vista del beneficiario de la prestación, según mandato constitucional (arts. 42, 33, 75 inc. 22, etcétera) la atención no puede diferir pues el derecho esencial involucrado es el mismo. De ahí que sostengamos que la asimilación argumental no es casual ni menor.

a) *El interés de la prestataria*, por cuanto comportarse de la manera convenida y razonablemente esperada por el usuario demuestra ser rentable: no sólo evitará los crecientes costos de los litigios ante el incumplimiento sino, también, fortalecerá la competencia pero no por precios sino por calidad de las prestaciones.

b) *El interés del usuario* que contrata con él, que debe hallar en esa prestación toda la atención médica necesaria para el supuesto de enfermarse.

c) *El interés general*, representado por el Estado, quien como garante final de tales servicios debe velar por el cumplimiento de las funciones de las prestatarias, conforme no sólo con los contratos respectivos –calidad en la gestión y en la prestación del servicio- sino, también, conforme con las normas de protección a los usuarios, a los efectos de garantizar el efectivo cumplimiento de la cobertura asistencial.

#### e. Efectos

No reunidos los requisitos enunciados (véase supra b), el usuario podrá invocar que su prestación no ha sido adecuadamente cumplida peticionando su reencauzamiento. Pensamos que la integración contractual –propiciada como directiva en los proyectos de reforma de la legislación civil argentina (Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987: art. 1155<sup>179</sup>; Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993: art. 1155<sup>180</sup>)- es el método por excelencia

---

<sup>179</sup> Art. 1155: “El contenido del contrato se integra con: 1. Las normas imperativas, que se aplicarán en sustitución de las cláusulas que fuesen incompatibles con ellas; 2. Las normas supletorias; 3. Los usos y costumbres del lugar de celebración en cuanto fuesen aplicables”.

<sup>180</sup> El art. 1155 del Proyecto de la Comisión Federal repite el texto del Proyecto de Unificación de 1987.

para tal fin. Ello así, pues a través de la misma “se descubre y agrega aquello que por voluntad extraña pero inderogable debe considerarse incluido automáticamente en el negocio” (GREGORINI CLUSELLAS, 1998: 1262). Es el caso de las condiciones impuestas por el orden público (Argentina: art. 21 C. Civ.<sup>181</sup>; Brasil: art. 122 C. Civ.<sup>182</sup>; Paraguay: art. 9º C. Civ.<sup>183</sup>; Uruguay: art. 11 C. Civ.<sup>184</sup>) que operan en reemplazo de provisiones contractuales expresas derogándolas –el caso en que el contrato de medicina prepaga o seguro de salud en que la prestataria pretenda imponer períodos de carencia para las prestaciones comprendidas en el Programa Médico Obligatorio o Plan de Referencia-.

### 3. Derecho al resarcimiento de los daños sufridos

#### a. Generalidades

La protección de los intereses económicos de los usuarios supone la vigencia efectiva del derecho a la reparación de los daños sufridos en la relación con su contraparte.

En ese sentido, el art. 3º, inc. e de las Directrices sobre defensa del consumidor de las Naciones Unidas fija el deber de “*compensación efectiva*” por los daños que hubiese sufrido el usuario en la relación de consumo.

---

<sup>181</sup> Art. 21: “Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres”.

<sup>182</sup> Art. 122: “Son lícitas, en general, todas las condiciones no contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres”.

<sup>183</sup> Art. 9º: “Los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público o las buenas costumbres”.

<sup>184</sup> Art. 11: “No pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres”.

En el MERCOSUR se ha reiterado con el mismo alcance ese reconocimiento, tanto a nivel comunitario (Proyecto de Reglamento Común para la defensa del consumidor en el MERCOSUR, resolución n° 124/96, anexo inc. 5° del Grupo Mercado Común<sup>185</sup>) como a nivel interno (Brasil: art. 6°, inc. VI C. C.<sup>186</sup>; Paraguay: art. 6°, inc. f L. C.<sup>187</sup>; Uruguay: art. 6°, párr. 7° L. C.<sup>188</sup>).

#### b. Concepto

El resarcimiento consiste en el pago de una suma de dinero equivalente al daño sufrido por el usuario en su patrimonio o sentimientos como consecuencia del incumplimiento de cualquier obligación a cargo de la prestataria, salvo que mediare causa extraña no imputable.

#### c. Naturaleza jurídica

Trátase de una obligación de dar una suma de dinero y, como tal, se halla sujeta al régimen de éstas últimas. Pero no constituye una deuda pura de dinero sino una deuda de valor y, por tanto, reajutable al tiempo del pago.

---

<sup>185</sup> El proyecto de Reglamento Común para la defensa del consumidor del MERCOSUR mediante la citada resolución consagra entre los derechos básicos del consumidor "...la efectiva prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales y morales, respecto de los derechos individuales y colectivos o de los intereses difusos".

<sup>186</sup> Art. 6°: "Son derechos básicos del consumidor: VI - la efectiva prevención y reparación de daños patrimoniales y morales, individuales, colectivos y difusos".

<sup>187</sup> Art. 6°: "Constituyen derechos básicos del consumidor: f) la efectiva prevención y reparación de los daños patrimoniales y morales o de los intereses difusos ocasionados a los consumidores, ya sean individuales o colectivos".

<sup>188</sup> Art. 6°: "Son derechos básicos de los consumidores: [...] la efectiva prevención y resarcimiento de los daños patrimoniales y extramatrimoniales".

#### d. Procedencia

Conforme al derecho vigente en los Estados Partes, el usuario podrá reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios cuando no pueda obtener la prestación debida (Argentina: art. 505, inc. 3° C. Civ.<sup>189</sup>; Brasil: art. 389 C. Civ.<sup>190</sup>; Paraguay: art. 420, inc. c C. Civ.<sup>191</sup>; Uruguay: art. 1338 C. Civ.<sup>192</sup>).

Claro que para ello el usuario deberá previamente exigir a la prestataria el cumplimiento directo o específico. Recién ante la negativa de ésta podrá reclamar el resarcimiento.

#### e. Sistema legal

En el ámbito del MERCOSUR rige una responsabilidad objetiva y solidaria de los daños causados por los vicios o riesgos de los servicios a los usuarios.

Ello es lo que dispone en Argentina la ley n° 24.999 (Legislación Argentina 1998-C: 283) en el art. 40 –reestablecido en la L. C. en 1998 tras haber sido vetado por el Poder Ejecutivo Nacional- al consagrar la responsabilidad solidaria por daños derivados del vicio o riesgo de las cosas o de la prestación de servicios, entre el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio.

---

<sup>189</sup> Art. 505: “Los efectos de las obligaciones respecto del acreedor son: 3) [...] obtener del deudor las indemnizaciones correspondientes”.

<sup>190</sup> Art. 389: “No cumplida la obligación, responde el deudor por perjuicios y daños...”.

<sup>191</sup> Art. 420: “El acreedor, como consecuencia de la obligación, queda facultado: c) para obtener las indemnizaciones pertinentes”.

<sup>192</sup> Art. 1338: “Toda obligación de hacer o de no hacer, se resuelve en resarcimiento de daños y perjuicios, en caso de falta de cumplimiento de parte del deudor”.

Por su parte, el art. 14 C. C. brasileño dispone: *“El proveedor de servicios responde, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos referentes a la prestación de servicios, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su fruición y riesgos.*

§ 1. *Un servicio es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que el consumidor puede esperar de él, tomándose en consideración las circunstancias relevantes entre las cuales:*

*I - la forma de su suministro;*

*II - el resultado y riesgos que razonablemente se pueden esperar de él;*

*III - la época en que fue suministrado.*

§ 2. *Un servicio no será considerado defectuoso por la adopción de nuevas técnicas.*

§ 3. *El proveedor de servicios no será responsabilizado únicamente cuando pueda probar que:*

*I - habiendo prestado el servicio, no existe defecto;*

*II - la culpa es exclusiva del consumidor o de tercero”.*

En tanto el art. 6º, inc. f L. C. paraguaya definiendo los derechos básicos del consumidor establece: *“...la efectiva prevención y reparación de los daños patrimoniales y morales o de los intereses difusos ocasionados a los consumidores, ya sean individuales o colectivos”.*

Finalmente, el art. 34 L. C. uruguay dice: *“Si el vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio resulta un daño al consumidor, será responsable el proveedor de conformidad con el régimen dispuesto en el Código Civil”.*

Dicho régimen dispone en el art. 1324: *“Hay obligación de reparar no solo el daño que se causa por hecho propio, sino también el causado por el hecho de las personas que uno tiene bajo su dependencia o por las*

*cosas de que uno se sirve o están a su cuidado. [...] La responsabilidad [...] cesará cuando las personas en ellos mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño”.*

Dos son los requisitos para que la prestataria compense los daños de los arts. 40, 14, 6º, inc. f y 34:

a) que haya derivado del defecto de la prestación del servicio de salud. Fue así que se ordenó a la prestataria indemnizar al usuario de un plan de medicina prepaga al no ser asistido como esperaba, pues al ver transcurrir largas horas sin que ningún profesional del ente demandado se presentara para atenderlo, debió finalmente acudir a un centro de atención público (CNCiv., sala C, 07/11/95, “Parra, Eduardo v. Plus Médico S. A. Planificación Médica Privada s/daños y perjuicios”, en *J. A. 1998-III*, síntesis).

En sentido análogo se elevó la indemnización por daño moral impuesto por la sentenciante de primera instancia a la prepaga por la falta de asistencia en la emergencia. El caso fue originado al haber fallecido el hijo de los accionantes como consecuencia del proceso abortivo cuyo inicio se produjo en la internación de la usuaria en un centro que se sabía no contaba con los medios humanos y materiales ante un eventual agravamiento de la situación, como finalmente ocurrió. La acción persiguió la reparación del daño material y moral pero sin ofrecer la prueba sobre la relación entre la atención brindada y el aborto. El Tribunal considerando que *“...las circunstancias vividas por los accionantes [...] y en razón del proceder de la demandada, resultan causativos de aflicción y menoscabo anímico, no de menor entidad por cierto, pues los cónyuges asistían y hasta protagonizaban en forma impotente y angustiosa la falta de asistencia brindada en la emergencia cuando lo que se hallaba en juego era la vida del hijo concebido...”* declaró solamente procedente la

indemnización por daño moral (T. A. C. de 3º Turno, 04/10/99, “E. R. y otros c/M. C. –Responsabilidad Médica”, en *L. J. U.*, tomo 121-2000, caso nº 13.951, Ministra redactora: Doctora Bernadette MINVIELLE) y;

b) que haya derivado del riesgo de la misma. Así se ordenó indemnizar por daño moral a los beneficiarios de un plan de salud, cuando la prestataria, en forma intempestiva y con un plazo de anticipación exiguo, comunicó su decisión de interrumpir la prestación, por considerarse la grave incidencia que tal proceder tiene en el ánimo de aquéllos, máxime ante la circunstancia de que uno de ellos padecía una enfermedad crónica que requería atención médica especializada y permanente (CNCiv., sala C, 15/05/97, “Billardo, Edmundo v. Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S. A. s/ordinario” y CNCom., sala C, 20/05/96, “Helizkowski, Michel v. Programa de Salud S. A. s/ordinario”, en *J. A.* 1996-III: 300 cit.).

Evidentemente, la normativa prevé un sistema de garantía implícita a favor del usuario respecto de la prestación de los servicios. Ello sin perjuicio de la obligación legal de garantía explícita en el deber de seguridad.

#### 4. Derecho a ser protegido contra el abuso de la posición de prevalencia

##### a. Concepto

Se entiende, en el caso, por tal, la protección contra la actividad desplegada por la empresa que, valiéndose de su posición negocialmente

dominante en la relación con su cocontratante<sup>193</sup>, estipula en su provecho derechos excesivos o coloca a cargo de éste obligaciones particularmente gravosas que desequilibran significativamente la relación sinalagmática.

Para ello deben concurrir tres requisitos: 1. Dicho desequilibrio; 2. que sea imputable a la prestataria a título de culpa o de dolo; 3. que el usuario esté siendo afectado.

El desequilibrio entre las contraprestaciones es, así, un elemento material u objetivo, pues deriva de una apreciación primaria del acto en cuestión, ajena a toda consideración de la subjetividad del agente; en tanto la situación de superioridad negocial de la prestataria e inferioridad del usuario constituyen elementos subjetivos del mismo, por cuanto tal terminología se halla acorde con la idea que preside su configuración.

#### b. Análisis de los elementos

Se ha visto que la protección contra el abuso de la posición de prevalencia en la relación de consumo comprende tres elementos. Debemos distinguir para el estudio de este tema, la significación y alcance de cada uno de ellos. Helos aquí:

a) un desequilibrio injustificado. No cualquier desequilibrio es suficiente para considerar que la prestataria está abusando de su posición de prevalencia; debe ser excesivo, anormal; de tal magnitud que permita advertir que la igualdad de hecho entre contratantes está siendo aniquilada;

---

<sup>193</sup> En virtud de la cual puede determinar con toda libertad el contenido de las cláusulas del contrato.

b) que sea imputable a la prestataria, pues se presume que tal desequilibrio no es fruto de la disparidad de fuerzas que entrañan los contratos de consumo;

c) que el usuario esté siendo afectado en virtud de que tiene como contraprestación condiciones que son ventajosas para la otra parte.

#### c. Naturaleza jurídica.

Pensamos que la protección contra el abuso de la posición de prevalencia traduce una suerte de poder de reacción<sup>194</sup> reconocido como una garantía instrumental de equilibrio contractual a favor del usuario que se encuentra en una situación de inferioridad negocial frente al predominio de la prestataria.

#### d. Fundamento

El derecho se funda en el genérico del ordenamiento jurídico: la noción de justicia.

Conforme a ULPIANO –con fórmula que conserva plena vigencia– es justo “dar a cada uno lo suyo”. Y uno de los contenidos del derecho, en el pensamiento romano era “*neminem laedere*” –no dañar a los demás–. Pues bien: cuando se protege a un contratante débil y desarmado contra la imposición de condiciones que impliquen ejercer abusivamente una

---

<sup>194</sup> Conforme al jurista español Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR (1988) los derechos reaccionales no preexisten sino que nacen como consecuencia del conflicto que determina su contenido material.

posición dominante, se le garantiza lo suyo, esto es, la incolumidad de la prestación –médica en el caso- requerida.

e. Finalidad

La finalidad concreta de la protección de un contratante contra los abusos que pueda cometer el otro es ir más allá de una igualdad formal en virtud de la cual ambas partes se ven reconocer las mismas prerrogativas, para establecer una igualdad real en materia contractual.

f. Pautas para caracterizar el abuso

Los jueces han detectado el ejercicio abusivo en una serie de pautas, que no son ciertamente todas las que pueden hallarse, pero que resultan relevantes para la interpretación del tema. Son éstas:

a) *Actuación de un modo repugnante al orden público y social.* Para que haya abuso de posición dominante el ejercicio que de este haga su titular debe ser contrario a la función social que cumple como prestador de servicios esenciales para la comunidad (CNCiv., sala D, 23/08/79, “Cerquetti, Albino v. Cruz Azul S. A.”, en J. A. 1979-IV: 663<sup>195</sup>; Juzgado Letrado de Primera Instancia de 17º Turno, 07/06/93, “Larre Borges, Marcos y otra c/Sociedad Hospital Británico en el Uruguay y otra” -Daños

---

<sup>195</sup> A esta conclusión llegó el Tribunal al juzgar bien condenada a la prepaga por reparación del daño causado al usuario por error de diagnóstico y espera injustificada para internarlo cuando cursaba una grave patología cardiovascular y clínica en general que derivó en la amputación de una de sus piernas, y hacer lugar a la reactualización de su importe.

y Perjuicios, en *L. J. U.*, tomo 126-2002, caso n° 12.723<sup>196</sup>; CNCiv., sala L, 28/05/96, “Arenas Enrique c. Centro Médico Santa Fe S. A. C. y otro”, en *L. L.* 1997-C: 548, con nota aprobatoria de Celia WEINGARTEN y Graciela LOVECE: “Protección del usuario de los servicios médicos prepagos” cit.) y, consecuentemente, al compromiso ético (Vara Civil de Blumenau, “Ministerio Público v. Sermed Saude Ltda.”, en *Revista Direito do Consumidor*, junio 1996, n° 18: 209<sup>197</sup>) y social que adquiere con sus contratantes, el cual excede o trasciende el mero plano negocial por comprometer la vida e integridad física de los beneficiarios (CNCiv., sala H, 04/06/98, “B. V. v. Amil Asistencia Médica Internacional S. A. y Servicios s/amparo” cit.; C. S. J. N., 13/03/01, “Hospital Británico de Buenos Aires c/Estado Nacional -Ministerio de Salud y acción Social-s/amparo”, fallos 324: 754<sup>198</sup>). Es que como surge de los arts. 1071 C. Civ. argentino, 187 C. Civ. brasileño, 372 C. Civ. paraguayo y 1321 C. Civ. uruguayo cit., todos los derechos son otorgados para el cumplimiento de una finalidad para la cual han sido concedidos; “...no hay derechos autónomos en el sentido de que agoten su contenido en sí mismos [...] sino que todos encuentran su razón de ser, o su finalidad, fuera del ámbito de su propia definición ...” (T. S. J. de Córdoba, sala Civ. y Com., 30/05/91, “Bissio de Gotuso, M. v. Sabattini V. y otro s/Daños y perjuicios”

---

<sup>196</sup> Criterio éste seguido por el Tribunal al resolver un caso referido a los daños causados a una menor de edad como consecuencia del suministro de gas protóxido nítrico en lugar de oxígeno durante el acto quirúrgico.

<sup>197</sup> Considerando éste que, entre otros, el sentenciante expresó al resolver una acción civil pública del Ministerio Público en representación de intereses colectivos ante la constatación, entre otras cuestiones, de la negativa de prestación médica a una usuaria que necesitaba una quimioterapia sistémica.

<sup>198</sup> El procurador general –cuyo dictamen hizo suyo la mayoría del Tribunal al expedirse acerca de la constitucionalidad de la ley n° 24.754 planteada por la prepaga– destacó con claridad dicha función social: “Si bien, en principio, la actividad que asumen estas entidades de medicina prepaga presenta rasgos mercantiles (arts. 7 y 8, inc. 5 CCom.), tampoco cabe desatender que, [...] ellas tienden a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por lo que adquieren un cúmulo de compromisos que exceden o trascienden el mero plano negocial”.

[www.LexisNexisonline.com.ar n° 32/1799, fecha de captura: 03/10/07)]<sup>199</sup>.

De modo que el ejercicio de la posición dominante merece plena protección cuando su titular la ejercita de forma razonable y normal, con propósitos legítimos y dentro de la finalidad por la cual el ordenamiento jurídico la reconoce como derecho.

b) *Transgresión de la lealtad y confianza recíprocas.* Esta transgresión puede manifestarse de muy diversas maneras. Una de las más significativas es la utilización de cláusulas oscuras, ambiguas o de casuismo exagerado. Son numerosas las sentencias –como hemos de verlo más adelante- según las cuales el ambiguo contenido de una cláusula conduce al abuso de la libertad contractual. Ello así porque tal imperfección estorba la determinación exacta del efecto obligacional (CNCom., sala C, 25/06/87, “Flehner, Eduardo J. c. Optar S. A.”, en L. L. 1987-E: 178)<sup>200</sup>.

#### g. Pautas generales de interpretación

---

<sup>199</sup> A esta conclusión llegó el Tribunal al resolver un caso en que se demandaba el retiro de árboles por la mera violación de las distancias reglamentarias, sin invocación de ningún daño cierto, riesgo o peligro de daño, molestia de cierta intensidad, o inconveniente de envergadura.

<sup>200</sup> En la especie, el Tribunal modificó la sentencia apelada en cuanto rechazó la indemnización por daño moral, e hizo lugar al mismo. El caso fue originado al haberse negado la prepaga a reintegrar los gastos incurridos con motivo de la atención médica de la cónyuge del actor, alegando que los mismos se habrían devengado dentro del período en que no existía cobertura por enfermedades preexistentes. Dijo el Tribunal: “*No puede caber duda que el instrumento [...] resulta oscuro en los alcances que pueda determinarse de su contenido, toda vez que de él no surge claramente que la demandada no cubriera determinadas enfermedades [...] Esta omisión u oscuridad del texto no permite una interpretación que perjudique a Flehner [pues si] hubiese podido tomar conocimiento de la totalidad de las mismas [las cláusulas] en tiempo oportuno, no habría admitido las cláusulas que limitan claramente sus derechos al extremo de hacer peligrar la consecución de la finalidad prevista en el contrato*”.

a) El abuso no se presume. Obviamente, *“La posición dominante no es en sí misma ilícita ni disvaliosa<sup>201</sup> ya la predisposición de condiciones es un recurso necesario para las modernas formas de contratación masiva”* (GREGORINI CLUSELLAS, 1993: 70-71), pues simplifica y reduce los costos de las negociaciones.

Así, no es abusivo el ejercicio de esa posición si la prestataria exige el exacto cumplimiento de lo pactado, sin desviación de la finalidad normal del derecho, ni ejercicio contrario a la moral y a las buenas costumbres. En consecuencia, no existe abuso de posición dominante si se estipula la exclusión de reembolsos por atenciones realizadas fuera de los municipios donde la empresa tiene médicos propios, porque no se priva de la atención, toda vez que puede presentarse en cualquiera de los servicios propios con una credencial y ser atendido (2ª Vara Civil de São Jose dos Campos, “Ministerio Público v. Clínica São Jose Ltda”, en *Revista Direito do Consumidor*, junio 1996, nº 18: 209<sup>202</sup>).

b) La valoración de todas las circunstancias que rodean el caso. El carácter abusivo del ejercicio de la posición dominante se aprecia después de un análisis cualitativo<sup>203</sup> del conjunto de las disposiciones o cláusulas del contrato mediante el cual se configura, en beneficio y en detrimento de cada una de las partes contratantes.

En este sentido se declara que *“Es misión de los jueces analizar con cuidado el estricto cumplimiento de los derechos y obligaciones*

---

<sup>201</sup> Por referirse a un estado de hecho que opera más allá de la concreta voluntad de la prestataria.

<sup>202</sup> Así se concluyó afirmando la validez de la estipulación examinada en un caso donde se cuestionaba la validez de cláusulas que establecían exclusiones de cobertura en un seguro de salud organizado por una clínica.

<sup>203</sup> Obsérvese que un análisis de tipo cuantitativo nos acercaría a la lesión, la cual, como sabemos, es admitida en forma muy restringida por los sistemas jurídicos de la región.

*emergentes de este tipo de contratación masiva [...], que puede comprometer la vida o integridad física de los beneficiarios”* (CNCiv., sala H, 04/06/98, B. V. v. Amil Asistencia Médica Internacional S. A. s/amparo).

#### h. Casos

En derecho mercosureño se pueden alinear algunos criterios que de consuno con los principios generales de interpretación de los contratos (Argentina: art. 1198, 1º párr. C. Civ. cit.; Brasil: arts. 112-114 C. Civ.<sup>204</sup>; Paraguay: arts. 708-714 C. Civ.<sup>205</sup>; Uruguay: arts. 1297-1305 C. Civ.<sup>206</sup>),

---

<sup>204</sup> El art. 112 establece que en las declaraciones de voluntad se atenderá más a la intención que al sentido literal de las palabras.

Art. 113: *“Los negocios jurídicos deben ser interpretados conforme a la buena fe y los usos del lugar de su celebración”.*

El art. 114 estipula que en los negocios jurídicos la renuncia debe ser interpretada restrictivamente.

<sup>205</sup> Art. 708: *“Al interpretarse el contrato se deberá indagar cual ha sido la intención común de parte y no limitarse al sentido literal de las palabras.*

*Para determinar la intención común de las partes se deberá apreciar su comportamiento total, aun posterior a la conclusión del contrato”.*

Art. 709: *“Las cláusulas del contrato se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del contexto general”.*

Art. 710: *“Por generales que fueren las expresiones usadas en el contrato, éste no comprende sino los objetos sobre los que las partes se han propuesto contratar”.*

Art. 711: *“Cuando en un contrato se hubiere hecho referencia a un caso con el fin de explicar un pacto, no se presumirá excluidos los casos no expresados, a los que, de acuerdo con la razón, puede extenderse dicho pacto”.*

Art. 712: *“Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos y a las reglas de la equidad”.*

Art. 713: *“Las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato así como en formularios dispuestos por uno de los contratantes, se interpretarán, en caso de duda, a favor del otro”.*

la doctrina y la jurisprudencia interpretativa imperante configuran abuso de posición dominante. Tales son:

---

Art. 714: *“Si a pesar de la aplicación de las normas precedentes, subsistiere la obscuridad del contrato, deberá este ser entendido en el sentido menos gravoso para el obligado, si fuere a título gratuito; y en el sentido que realice la armonización equitativa de los intereses de las partes, si fuere a título oneroso.*

*El contrato debe ser interpretado de buena fe”.*

<sup>206</sup> Art. 1297: *“Las palabras de los contratos deben entenderse en el sentido que les da el uso general, aunque el obligado pretenda que las ha entendido de otro modo”.*

Art. 1298: *“Habiendo ambigüedad en las palabras, debe buscarse más bien la intención común de las partes que el sentido literal de los términos”.*

Art. 1299: *“Las cláusulas equívocas o ambiguas deben interpretarse por medio de los términos claros y precisos empleados en otra parte del mismo escrito, cuidando de darles no tanto el significado que en general les pudiera convenir, cuanto el que corresponde por el contexto general”.*

Art. 1300: *“Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultare la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza del contrato y a las reglas de la equidad”.*

Art. 1301: *“Los hechos de los contrayentes, posteriores al contrato, que tengan relación con lo que se discute, servirán para explicar la intención de las partes al tiempo de celebrar el contrato”.*

Art. 1302: *“Las cláusulas ambiguas se interpretan por lo que es de uso y costumbre en el lugar del contrato”.*

Art. 1303: *“Las cláusulas de uso común deben suplirse en los contratos, aun cuando no se hallen expresadas en ellos”.*

Art. 1304: *“En los casos dudosos que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse a favor del deudor. Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de su falta de explicación”.*

Art. 1305: *“Por generales que sean los términos de un contrato, sólo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado”.*

a) Si la prestataria modifica<sup>207</sup> (Argentina: art. 37, inc. a L. C.<sup>208</sup>; Brasil: arts. 51, inc. XIII C. C. y 15 L. M. P.<sup>209</sup>; Paraguay: arts. 28, inc. e L. C. y 21, inc. a Decreto n° 20.553<sup>210</sup>; Uruguay: art. 31, párr. 4° L. C.<sup>211</sup>) o rescinde unilateral y arbitrariamente el contrato (Argentina: art. 37, inc. a L. C. cit.; Brasil: art. 51, inc. XI C. C. y 13, inc. II b L. M. P.<sup>212</sup>; Paraguay:

---

<sup>207</sup> Merece este calificativo, entre otras: a) *La sustitución de los prestadores que redundan en una disminución de la calidad científica, tecnológica* (GHERSI-WEINGARTEN-IPPÓLITO, 1993; LORENZETTI, 1997; ZENTNER, 1999. En sentido concordante: CNCiv., sala C, 19/11/99, “C., J. R. v. Mutual Médicos Municipales”, en J. A. 09/08/00, n° 6206: 52, con nota aprobatoria de Celia WEINGARTEN: “Calidad de vida: Continuidad del tratamiento y derecho al no sufrimiento”. En el caso, el tribunal ordenó, a título de cautelar innovativo, el restablecimiento en forma inmediata de la atención médica de internación en las mismas condiciones en que se venía efectuando antes de la decisión de la prepaga de excluir al usuario de la misma y trasladarlo a otra institución que, a juicio de éste, no poseía las mismas definiciones de calidad para el tratamiento de su dolencia –leucemia mieloblástica aguda-. La anotadora afirma: “...privar al paciente de continuar con el tratamiento ya iniciado, que por otra parte era la única opción terapéutica para salvar su vida, implica una violación al derecho personalísimo al no sufrimiento como parte integrante del derecho a la salud e integridad psicofísica del individuo y a la calidad de vida [...]. Un incumplimiento al débito asistencial...” y terapéutica de los servicios prometidos pues, desde esta perspectiva, el tener que establecer nuevos vínculos con médicos y enfermeras constituye una amenaza a la salud psíquica y bienestar general.; y b) *la alteración unilateral del precio.*

<sup>208</sup> Art. 37: “*Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones...*”.

<sup>209</sup> Art. 51: “*Son nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas al suministro de productos y servicios que: [...] XIII - autoricen al proveedor modificar de manera unilateral el contenido o la calidad del contrato, después de su celebración...*”.

El art. 15 prohíbe modificar las contraprestaciones pecuniarias en razón de alcanzar el usuario los 60 años.

<sup>210</sup> Art. 28: “*Se considerarán abusivas [...] las cláusulas o estipulaciones que: [...] e) permitan al proveedor la variación unilateral del precio o de otras condiciones del contrato*”.

<sup>211</sup> Art. 31: “*Son consideradas cláusulas abusivas [...]: las cláusulas que autoricen al proveedor a modificar los términos del contrato*”.

<sup>212</sup> Art. 51: “*Son nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas al ofrecimiento de productos o servicios que: [...] XI: autoricen al proveedor a cancelar el contrato unilateralmente, aunque igual derecho sea conferido al consumidor*”.

El art. 13 en su inc. b prohíbe la rescisión del contrato, salvo por fraude o falta de pago por un período superior a 60 días.

arts. 28, inc. a L. C. y 28 Decreto n° 20.553<sup>213</sup>; Uruguay: art. 31, párr. 5° L. C.<sup>214</sup>)<sup>215</sup>.

En nuestro modo de ver, trátase no solo de un abuso de posición dominante, por frustrar la cobertura esperada por el usuario, sino también un acto discriminatorio, a tenor de las pautas que examinaremos en infra 5 al que remitimos.

b) Si la prestataria establece restricciones en la cobertura que privan al usuario de una adecuada prestación (véase supra 2).

La restricción puede presentarse en tres versiones:

1. En contradicción con una regla de inclusión general. Conforme a lo expresado (véase supra 1 d, b) todo lo que no está expresa y claramente excluido o debidamente acreditado está incluido en la cobertura.

Esta regla hermenéutica se impone en razón de expresas disposiciones legales (Argentina: arts. 1198 C. Civ. cit., 218, inc. 3° Código de Comercio, 3° y 37, inc. c 2° párr L. C.<sup>216</sup>; Brasil: arts. 423 C.

<sup>213</sup> Art. 28: “Se considerarán abusivas [...] las cláusulas o estipulaciones que: a) desnaturalicen las obligaciones...”.

<sup>214</sup> Art. 31: “Son consideradas cláusulas abusivas, sin perjuicio de otras, [...]: la cláusula resolutoria pactada exclusivamente a favor del proveedor”.

<sup>215</sup> Ha dicho LORENZETTI (1998) que el usuario paga más al principio y gana al final, mientras que respecto de la empresa se da el caso inverso. Por consiguiente, la rescisión en razón de una determinada edad del usuario afecta la corresponsabilidad de larga duración, frustrando el elemento de previsión del contrato.

<sup>216</sup> Art. 218: “Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: [...] 3) Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero; si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos, y a las reglas de la equidad”.

Art. 3°: “...En caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor”.

Civ. y 47 C. C.<sup>217</sup>; Paraguay: arts. 712 y 713 C. Civ. y 27 L. C. –aunque la solución del art. 24 del Decreto n° 20.553 es contraria a la que hemos expuesto-<sup>218</sup>; Uruguay: arts. 1304, 2° párr. C. Civ., 296, 3° párr. Código de Comercio[[http://leyes.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoComercio/Cod\\_Com.htm](http://leyes.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoComercio/Cod_Com.htm), fecha de captura: 22/11/06] y 13, 2° párr. L. C.<sup>219</sup>). Se consagra en los distintos proyectos de reforma de la legislación civil argentina (Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987: art. 1197, 3 c<sup>220</sup>; Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de

Art. 37, inc. C, 2° párr.: *“La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor”.*

<sup>217</sup> El art. 423 estipula que en los contratos de adhesión las cláusulas ambiguas o contradictorias deberán interpretarse en el sentido más favorable al adherente.

Art. 47: *“Las cláusulas contractuales serán interpretadas de la manera más favorable para el consumidor”.*

<sup>218</sup> Art. 712: *“Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos y a las reglas de la equidad”.*

Art. 713: *“Las cláusulas insertas en las condiciones generales del contrato así como en formularios dispuestos por uno de los contratantes, se interpretarán, en caso de duda, a favor del otro”.*

Art. 27: *“Las cláusulas contractuales serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor”.*

Art. 24: *“Se deberá entender que las prácticas y servicios no incluidos expresamente, quedan excluidos de las prestaciones a brindar por las entidades prestadoras de servicios de salud pre-paga a los usuarios”.*

<sup>219</sup> Art. 1304, 2° párr.: *“...las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudor, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de su falta de explicación”.*

Art. 296, 3° párr.: *“Las cláusulas susceptibles de dos sentidos, del uno de los cuales resultaría la validez, y del otro la nulidad del acto, deben entenderse en el primero. Si ambos dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos y a las reglas de la equidad”.*

Art. 13, 2° párr.: *“Cuando en la oferta se dieran dos o más informaciones contradictorias, prevalecerá la más favorable al consumidor”.*

<sup>220</sup> Art. 1197, 3: *“En los contratos predispuestos c) Las cláusulas ambiguas serán interpretadas contra el predisponente”.*

1993: art. 1198, 3, c<sup>221</sup>; Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993: art. 936<sup>222</sup>; Proyecto de Código Civil de 1998: art. 1032, inc. a<sup>223</sup>), resulta reiteradamente apoyada en las ocasiones en que se abordó el problema en las reuniones de juristas: VIII Jornadas de Derecho Civil, La Plata, Buenos Aires, 1981<sup>224</sup>; XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1997<sup>225</sup>, y se acentúa en el supuesto de contrato de prestación médica, dado la jerarquía de los valores que se hallan en juego: la vida y el derecho a obtener una adecuada asistencia médica.

La jurisprudencia ha hecho aplicación de este principio al justificar la imposibilidad de la prepaga de alegar la exclusión de la prestación en base a una cláusula que ella misma redactó utilizando términos imprecisos, y que, tratándose de un contrato de adhesión rige el principio contra proferentem o contra el estipulante<sup>226</sup>, pesando sobre el predisponente la carga de ser particularmente claro (CNCom., sala B,

<sup>221</sup> Art. 1198: *“Las cláusulas ambiguas serán interpretadas contra el predisponente”.*

<sup>222</sup> Art. 936: *“En los contratos formados por adhesión y, en general, en los de contenido predispuesto [...] las cláusulas ambiguas serán interpretadas contra el predisponente”.*

<sup>223</sup> Art. 1032: *“Las cláusulas vagas o ambiguas deben ser interpretadas: a) en sentido contrario a quien las redactó aunque se trate de un contrato discrecional”.*

<sup>224</sup> Conclusión de la Comisión n° 3 sobre Contratos con contenido predispuesto. Condiciones negociales generales, recomendación n° 2: *“Interpretación e integración. a) Las condiciones generales deben ser interpretadas, en caso de oscuridad o duda, en contra del predisponente y a favor del adherente”.*

<sup>225</sup> Conclusión de la Comisión n° 3 sobre Contratos: autonomía de la voluntad. Problemática actual: *“Las cláusulas ambiguas deben ser interpretadas en contra del predisponente y a favor del adherente”.*

<sup>226</sup> Aunque el fenómeno de la contratación uniforme era extraño a esa época, el principio ya era conocido en Roma y en las Ordenanzas de Bilbao: *“Cuando en las estipulaciones se duda que es lo que se haya hecho, las palabras han de ser interpretadas en contra del estipulante”* (Digesto, libro 45, tomo 1, ley n° 38. Traducción de Juan Carlos REZZÓNICO [1987: 588]). Es a partir de su incorporación al Código Civil italiano de 1942 (art. 1370) que se configura como protección al adherente de la contratación uniforme.

15/04/93, “Odriozola Belén, Pedro y otro c/Optar S. A.”, en *L. L.* 1993-E: 64, con nota aprobatoria de Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS: “Contratos de adhesión. La conveniencia de normas específicas”<sup>227</sup>; T. A. C. de 4º Turno, 25/07/94, “Larre Borges, Marcos y otro c/Sociedad Hospital Británico en el Uruguay” –Daños y Perjuicios, en *L. J. U.*, tomo 126-2002, caso nº 12.723<sup>228</sup>; CNCiv., sala B, 23/03/95, “A. C. c. Centro Médico Santa Isabel S. A.”, en *L. L.* 1996-C: 235, con nota aprobatoria de Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS: “La obligación de seguridad en el contrato de medicina prepaga”<sup>229</sup>; C. S. J. N., “Romero Victorica de Del

---

<sup>227</sup> La Cámara resolvió que ante la dudosa inclusión del tratamiento de procreación asistida “GIFT” en la cobertura contratada, la empresa debe cubrirlo. Entendió el Tribunal que no puede la prepaga alegar la exclusión de una prestación en base a una cláusula redactada por ella misma en términos imprecisos...*desde que las limitaciones de las prestaciones deben incluirse expresamente en cumplimiento del principio según el cual la puesta en conocimiento pesa sobre el estipulante*”.

El jurista Eduardo GREGORINI CLUSELLAS anotando este caso afirma: “La imprecisión lesiva en el sub-examine resulta de la discrepancia entre los expertos sobre los alcances de la cláusula exoneratoria y si ella comprendía o no la procreación asistida. Se duda sobre si el método Gif es o no una forma de ‘trasplante e implantación de células’ que es el género de prestación excluido textualmente. Ello acredita, cuando menos, una razonable incertidumbre para el adherente, a quien no pueden exigírsele más conocimientos que los ‘standard’ sobre la materia. Ante la particularidad de la adhesión, la cláusula que exonera al predisponerte en forma ambigua violenta la debida lealtad, que había requerido en el caso la referencia indubitable a la procreación asistida. Ello es también una exigencia de la condición de predisponerte, y la consiguiente mayor obligación por las consecuencias posibles de los hechos”.

<sup>228</sup> El Tribunal entendió que ante la ambigua categorización del contrato ha de interpretarse como de asistencia plena bajo prepago y no como seguro individual de internación médico quirúrgica, desde que “La ambigüedad de la redacción [...] ha de interpretarse, en todo caso en contra de los intereses limitantes del demandado [...] sin olvidar que la conclusión viene impuesta además por el carácter del contrato (de adhesión)”.

<sup>229</sup> En el caso, se estableció la ineficacia de la cláusula que excluía los tratamientos sobre esterilidad, andrología, impotencia sexual y hemodinamia. El argumento más saliente de la sentencia fue el siguiente: “Si bien estas afecciones no están incluidas como principio, no se hallan descartadas [...] de forma que no puede sostenerse sin más que la lineal interpretación de la cláusula conduzca a la consecuencia de tener por excluida la cobertura del tratamiento requerido por el actor [pues] para la interpretación de los contratos de ‘adhesión’ y de las omisiones, oscuridades, indefiniciones y todo otro tipo de imperfecciones [...] no ha de seguirse un criterio que implique agravar la situación de la parte que adhiere, sino de aquella que dispuso”.

GREGORINI CLUSELLAS comentando este fallo dice: “...el argumento del ente médico para liberarse [de la responsabilidad por la defeción sexual permanente que padeciera el usuario como consecuencia del tratamiento médico recibido no obstante la

Sel, María del Rosario c/Qualitas Médica S. A. s/ordinario”, 15/12/98, fallos 321: 3493<sup>230</sup>), no sólo porque él redacta las condiciones del contrato –con lo que tuvo la posibilidad de fijar en forma precisa e indubitable la extensión clara de sus obligaciones-, sino porque se halla en juego un bien al cual nuestra sociedad valora y ve ligada su subsistencia, la protección de la salud (CNCiv., 16/04/97, “Oezen, G. B. y otro v. Medicorp Argentina s/daños y perjuicios”). Y no es claro, por ejemplo, cuando excluye el derecho a la internación en letras bien pequeñas (Tribunal de Justicia de São Paulo, AP. 240-429, 16. c., in RT. 719.129<sup>231</sup>).

También se ha preconizado que si la prepaga u obra social demandada no realizó examen médico de ingreso previo a la admisión y se ha limitado a conformarse con una declaración jurada, no está en condiciones de alegar una enfermedad preexistente que, por otra parte, no probó (CCiv. y Com. Junín, 23/12/94, “Feroldi, Osvaldo L. c. A. P. S. Obra Social”, en L. L. B. A. 1995: 605<sup>232</sup>; CNCiv., sala G, 19/05/05, “K. S.

---

*limitación referida] fue la exoneración contractual de la especie de prestación médica requerida por el paciente, argumento que aparece desvirtuado por los hechos, amén de tratarse de un contrato de adhesión en que la máxima interpretativa ‘in dubio contra proferentum’ aplica”.*

<sup>230</sup> Se trataba, en la especie, de una usuaria cuyo parto prematuro –producido como consecuencia de una intervención quirúrgica a la que la demandada brindó cobertura como estaba estipulado- no fue cubierto por la prepaga por producirse durante el período de carencia.

La Corte consideró que la apelación no había observado el principio según el cual en los contratos con cláusulas predispuestas en caso de duda debe prevalecer la interpretación contra el autor de las cláusulas fundándose en que “...no valoró adecuadamente que de no ser por el proceso patológico sufrido por la actora, el parto –de acuerdo con su fecha probable- se hubiera producido después del período de carencia y que el nacimiento pretérmino tuvo lugar como consecuencia de una intervención quirúrgica a la que la demandada brindó cobertura como estaba estipulado. El acabado examen de estas circunstancias era imprescindible a fin de mantener el equilibrio de la prestación salvaguardando la regla pacta sunt servanda frente a las limitaciones del poder negociador de la adherente”.

<sup>231</sup> Se invoca como razón que tal proceder “...evidencia que la contratada no cumplió con la obligación de dar claridad a las limitaciones del derecho del consumidor”.

<sup>232</sup> Entendió el Tribunal, quien menciona, además del sustento propio el apoyo de autores como GHERSI, WEINGARTEN E IPPÓLITO que “El examen médico previo constituye una carga que debe cumplir el ente, de manera tal de poder fijar con precisión la extensión de la cobertura asumida, y cuya inobservancia obsta a considerar a una

H. c. Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires”, en *E. D.* 214: 323<sup>233</sup>; Proceso n° 2.0000.00.458108-6/001, relator Valdez Leite MACHADO, 10/11/05, en [www.jurisway.com.br, fecha de captura: 07/03/07]<sup>234</sup>; Proceso n° 20000110818176, acuerdo 248645, relator Romão C. OLIVEIRA, 17/04/06, site cit.<sup>235</sup> En sentido concordante: III Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1993<sup>236</sup>; GHERSI-WEINGARTEN-IPPÓLITO, 1993).

2. Por debajo del piso mínimo impuesto por ley. Así, la sala B de la Cámara Nacional en lo Comercial admitió la acción de amparo interpuesta

---

*enfermedad como preexistente o crónica. Entendemos que constituye una carga que resulta imprescindible de pretender ampararse en una cláusula de preexistencia, cuya no realización trae como consecuencia la asunción de los riesgos...”.*

<sup>233</sup> Se trataba, en la especie, de una empresa de medicina prepaga que rescindió en forma unilateral el contrato de cobertura médica, argumentando que el usuario omitió denunciar una enfermedad preexistente –insuficiencia renal- en la solicitud de admisión. El Tribunal al confirmar la sentencia de primera instancia que hizo lugar a la acción de amparo incoada por el usuario contra la prestataria del servicio de salud dijo: “...el actor cumplió con la totalidad de los trámites a su cargo, sometién dose a los exámenes médicos requeridos previos a la afiliación, en los que intervinieron profesionales de dicha institución, de manera tal que si no se ponderó la totalidad de la información consignada en la historia clínica labrada en oportunidad de ser atendido en los consultorios externos del hospital y no se relacionaron tales datos con los informados en la declaración jurada o en la entrevista personal realizada, es responsabilidad de la accionada, no pudiendo revertirse en contra de quien pretende atención médica [...] no habiendo acreditado la demandada la omisión dolosa y el falseamiento de datos que imputa a la parte actora, en cuanto al conocimiento de la enfermedad preexistente y a su sintomatología, cabe concluir que la demandada no se encontraba facultada para hacer efectiva la rescisión unilateral del contrato...”.

<sup>234</sup> En el caso, se ordenó a la prestataria del servicio de salud realizar la cirugía de reducción de estómago que necesitaba el usuario por entender que la empresa que no somete al usuario a un estudio médico de ingreso no puede negarse a cumplir su contraprestación.

<sup>235</sup> En el caso, originado al haberse negado la empresa a cubrir los gastos del tratamiento médico quirúrgico argumentando dolencia preexistente del usuario, se estimó improcedente tal negativa por no haber sometido al usuario a examen médico previo a la contratación.

<sup>236</sup> Conclusiones de la Comisión n° 2 sobre Traslado de riesgos al consumidor en la contratación de medicina prepaga, recomendación n° III, d: “El examen previo a [la] admisión constituye una carga para la empresa: si se omitiere no podrá alegarse en el futuro la preexistencia de la enfermedad”.

por una asociación dedicada a la defensa de consumidores y usuarios a fin de que la prepaga demandada cese en su práctica abusiva de imponer períodos de carencia<sup>237</sup> y preexistencia<sup>238</sup> para las prestaciones previstas en el Plan Médico Obligatorio.

Expresó que: *“...habiéndose dictado la ley 24.754, que establece que todas las empresas de medicina prepaga deben brindar a sus asociados las prestaciones previstas en el PMO, la imposición de períodos de carencia para aquellas prestaciones contenidas en dicho plan, implica un obrar arbitrario e ilegítimo contrario a los derechos a la vida y a la salud...”* (CNCom., sala B, 22/04/05, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Compañía Euromédica de Salud S. A.”, en L. L., 25/01/06: 1).

3. En contradicción con la finalidad asistencial del contrato. En este aspecto contamos con varios precedentes jurisprudenciales en donde las restricciones en la cobertura son interpretadas con este alcance.

Así, cabe mencionar, un valioso precedente jurisprudencial en el que se estableció la ineficacia de la cláusula que imponía períodos de carencia para las internaciones hospitalarias en carácter de urgencia, considerando que siendo la finalidad de los planes de asistencia a la salud *“...garantir, sin límite financiero, la asistencia a la salud del consumidor y de su familia o dependientes [...] es obligatoria la cobertura plena de las internaciones hospitalarias en carácter de urgencia y/o emergencia por los planes de salud, así como las ocurridas durante el período de carencia contractual”* (Proceso n° 1.0024.05.739462-9/001,

---

<sup>237</sup> Se trata de lapsos iniciales de espera fijados para evitar a la prestataria la asunción de elevados costos en forma inmediata, en los que, pese a abonar su cuota, el usuario no tiene derecho a determinadas prestaciones, como, por ejemplo, once meses para gozar de cobertura por parto, y generan la cautividad del usuario, que si pasa a otra empresa deberá soportar nuevamente esos períodos de carencia.

<sup>238</sup> Implica la negativa a la atención de enfermedades existentes con anterioridad a la contratación.

relator Domingos COELHO, 28/06/06 [www.jurisway.com.br, fecha de captura: 07/03/07]).

La incolumidad del cumplimiento de la prestación por parte de la empresa ha fundado también otras sentencias poniéndose de relieve que el contrato es aleatorio<sup>239</sup>, pero para ambos contratantes, resultando inadmisibles una cláusula que neutralice el riesgo, lo excluya o lo limite por cuanto contravendría la finalidad de la prestación asistencial médico-hospitalaria. Si el usuario está obligado a pagar la cuota, no es lícito que la empresa quede asegurada contra las internaciones más demoradas (Tribunal de Justicia de São Paulo, Ac. 12, Cám. Civ., Ap. 188, 788, relator Erix FERREIRA, 28/04/92, en *Revista Direito do Consumidor*, junio 1996, nº 18: 194<sup>240</sup>; Proceso nº 1.0145.04.154287-2/001, relator Irmair FERREIRA CAMPOS, 27/10/05, en [www.jurisway.com.br, fecha de captura: 07/03/07]<sup>241</sup>; Proceso nº 1.0024.03.990131-9/001, relator Antônio

---

<sup>239</sup> El contrato aleatorio ha sido definido por la doctrina como aquel en el que las partes no conocen la entidad de las ventajas al momento de contratar, sino en un momento posterior (GARRIDO-ZAGO, 1995; MESSINEO, 1986; MOSSET ITURRASPE, 1992). En nuestro caso, para el usuario el aspecto aleatorio consiste en que si tiene la suerte de no necesitar los servicios médicos contratados habrá realizado un gasto que no le aportó más que la tranquilidad de sentirse protegido frente a la enfermedad. Y para la empresa el riesgo es que el usuario requiera servicios más onerosos que el dinero con el que contribuyó al sistema.

<sup>240</sup> Lo interesante del caso es que si bien acontece con anterioridad a la sanción del Código del Consumidor, los jueces aplicaron los principios jurídicos de éste último para resolver la cuestión, respondiendo a las exigencias de una justicia que imponía perentoriamente la necesidad de intervenir donde el legislador no intervenía. Es así que se declaró abusiva la cláusula que disponía que en ningún caso habrá derecho a una internación superior a sesenta días. El fundamento principal fue que el contrato es aleatorio, pero para ambas partes y, por tanto, es inadmisibles una cláusula que neutralice, excluya o limite el riesgo, pues si el álea queda a cargo de una sola de las partes, y la otra tiene la certeza de ganar, la cláusula es nula.

<sup>241</sup> En el caso, se consideró abusiva la cláusula que limitaba el número de días de internación del usuario. En lo sustancial resolvió el Tribunal en dicho caso que tal cláusula “...restringe el derecho inherente a la naturaleza del contrato de prestación de servicios de asistencia médica y hospitalaria, afectando el equilibrio contractual y la buena fe objetiva, imprescindibles en los contratos de consumo”.

DE PADUA, 25/07/06 site cit.<sup>242</sup>; Proceso n° 20050110404899, acuerdo 249903, relator Vera ANDRIGHI, 12/07/06, site cit.<sup>243</sup>; Proceso n° 2006.001.40924, relator Luiz Fernando DE ANDRADE PINTO, 26/09/06, site cit.<sup>244</sup>).

c) Si la prestataria estipula su liberación arbitraria de responsabilidad. Tal sucede en estas situaciones:

1. Cuando la prestataria desplaza exclusivamente sobre los prestadores contratados la responsabilidad emergente de las consecuencias patrimoniales del incumplimiento derivado del obrar de éstos, porque esto implicaría además de un enriquecimiento sin causa, pasar por alto no sólo la prohibición de dispensa anticipada del dolo (argentina: art. 507 C. Civ.<sup>245</sup>; Brasil: art. 146 C. Civ.<sup>246</sup>; Paraguay: art. 421 C. Civ.<sup>247</sup>; Uruguay: art. 1346, 2° párr. C. Civ.<sup>248</sup>), de la culpa grave (VIII

---

<sup>242</sup> En el caso, se consideró abusiva la cláusula que limitaba el tiempo de internación a tenor de lo dispuesto por el art. 51, IV C. C. pues no compete al usuario decidir el tiempo que permanecerá internado, sino al médico interviniente.

<sup>243</sup> En el caso, también se consideró abusiva la cláusula que limitaba el tiempo de internación del usuario.

<sup>244</sup> En el caso, se consideró abusiva la cláusula que imponía períodos de carencia para las internaciones en caso de emergencia por entender que el período de 12 horas previsto en la ley n° 9.656/98 no es suficiente para estabilizar la salud de la usuaria. Se expresó en los fundamentos que toda disposición que limita o excluye la cobertura en los casos de emergencia se revela leonina y, como tal, debe considerársela como no escrita.

<sup>245</sup> Art. 507: *“El dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación”*.

<sup>246</sup> Art. 146: *“El dolo incidente obliga a satisfacer los daños y perjuicios...”*.

<sup>247</sup> Art. 421: *“El deudor responderá por los daños y perjuicios que su dolo o su culpa irrogare al acreedor en el cumplimiento de la obligación [...] La responsabilidad por dolo no podrá ser dispensada”*.

<sup>248</sup> Art. 1346, 2° párr.: *“Aun en el caso de que la falta de cumplimiento provenga de dolo del deudor, los daños y perjuicios que no están fijados por la ley o convenidos*

Jornadas de Derecho Civil, La Plata, Buenos Aires, 1981<sup>249</sup> y Jornadas Rosarinas de Derecho Civil. Homenaje al 30º aniversario de la Reforma al Código Civil, Rosario, 1998<sup>250</sup>) y de todo pacto que importe limitar la responsabilidad por daños (Argentina: art. 37, inc. a L. C.<sup>251</sup>; Brasil: art. 51, inc. III C. C.<sup>252</sup>; Paraguay: art. 28, inc. a L. C.<sup>253</sup>; Uruguay: art. 31, párr. 2º L. C.<sup>254</sup>, ratificada por el art. 5º del Decreto-Ley nº 15.181/81, regulatorio de la asistencia médica colectiva y privada<sup>255</sup>) –criterio interpretativo éste que coincide con el expuesto en las V Jornadas

---

*por los contratantes, no deben comprender, respecto de la pérdida sufrida por el acreedor y el lucro del que se le ha privado, sino lo que ha sido consecuencia inmediata y directa de la falta de cumplimiento”.*

<sup>249</sup> Recomendación nº 2, b aprobada por la Comisión nº 3 sobre Contratos con contenido predispuesto. Condiciones negociales generales: En una reforma del Código Civil se deberá declarar “...la ineficacia de la cláusula que exonere o limite la responsabilidad por culpa grave o dolo del predisponente...”.

<sup>250</sup> Conclusión de la Comisión nº 11 de lege lata correspondiente al tema Responsabilidad de los Profesionales: “Las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad son inválidas cuando las prohíbe la ley, dispensan el dolo o la culpa grave, o se refieren a daños a la vida o a la integridad corporal. Las contenidas en condiciones generales son también inválidas cuando el aceptante no tiene intención real de renunciar. Esta situación queda excluida si se halla en situación de debilidad jurídica [...], o se afecta la relación negocial”.

<sup>251</sup> Art. 37: “Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que [...] limiten la responsabilidad por daños”.

<sup>252</sup> Art. 51: “Son nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas al suministro de productos y servicios que: I - impidan, exoneren o atenúen la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los productos y servicios [...]; III - transfieran responsabilidades a terceros...”.

<sup>253</sup> Art. 28: “Se considerarán abusivas [...] las cláusulas o estipulaciones que: a) eliminen o restrinjan la responsabilidad por daños”.

<sup>254</sup> Art. 31, párr. 2º: “Son consideradas cláusulas abusivas [...]: Las cláusulas que exoneren o limiten la responsabilidad del proveedor por vicios de cualquier naturaleza de los servicios, salvo que una norma de derecho lo habilite o por cualquier otra causa justificada”.

<sup>255</sup> Art. 5º: “Sin perjuicio de la responsabilidad personal de los profesionales que trabajen en entidades de asistencia médica, éstas responderán por acciones u omisiones que violen las disposiciones legales y reglamentarias que regulan su actividad”.

Rioplatenses de Derecho (San Isidro, Buenos Aires, 1989)<sup>256</sup>- sino también los principios que gobiernan la responsabilidad contractual por el hecho ajeno, toda vez que la prestataria se vale de terceros<sup>257</sup> para la ejecución de su plan de cobertura médica, y responde por el accionar de éstos<sup>258</sup>. Así lo interpreta la doctrina (ETCHEVERRY, 2002; GAMARRA, 1978: 241; SZAFIR-VENTURINI, 1989: 57, entre otros<sup>259</sup>), los distintos proyectos de reforma de la legislación civil argentina: Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987 (art. 521)<sup>260</sup>; Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993 (art. 521)<sup>261</sup>; Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993 (art. 1584)<sup>262</sup>; Proyecto de

---

<sup>256</sup> Conclusión de la Comisión nº 1 sobre Derecho de salud. Medicina prepaga, recomendación nº 2, D: *“Responsabilidad. En la ejecución del contrato de servicio de salud por ‘lista cerrada’, el incumplimiento del prestador indicado acarrea la responsabilidad objetiva de la empresa de medicina prepaga”*.

<sup>257</sup> Con la expresión “terceros” nos referimos a todas aquellas personas ajenas al vínculo contractual utilizadas voluntariamente por la prestataria en la ejecución del contrato.

<sup>258</sup> Desde luego tiene una acción recursoria contra éstos que incurrieron en culpa o dolo.

<sup>259</sup> A este respecto dice el jurista argentino Raúl ETCHEVERRY que la organización empresaria ofrece ciertas garantías a los enfermos y pacientes que, basados en la buena fe, la apariencia y la razonabilidad, indican una responsabilidad directa por daños infligidos a los mismos. Siguiendo este cauce expresa con razón GAMARRA: *“La utilización de auxiliares [terceros], que cooperen en el cumplimiento de la obligación, o incluso sustituyan enteramente al deudor en este menester, no es tan solo una facultad o derecho del deudor, sino una necesidad de la época contemporánea [...] pero la libertad inevitablemente tiene como reverso la cara amarga de la responsabilidad, cuando me sirvo de auxiliares para realizar la prestación, debo responder por ellos”*. Y ello es así pues como lo sostienen las juristas uruguayas Dora SZAFIR y Beatriz VENTURINI el deber de reparar el daño emerge del incumplimiento del vínculo contractual por parte de la entidad deudora de la prestación, sin interesar que la falta haya sido cometida por dependientes o auxiliares.

<sup>260</sup> Art. 521: *“El obligado responde por los terceros que haya introducido en la ejecución de la obligación, y por las cosas de que se sirve o tiene a su cuidado”*.

<sup>261</sup> El art. 521 repite el texto del Proyecto de Unificación en estos términos: *“El obligado responde por los terceros que haya introducido en la ejecución de la obligación...”*.

<sup>262</sup> El art. 1584 establece la responsabilidad refleja del deudor por *“...las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones”*.

Código Civil de 1998 (art. 1657)<sup>263</sup> y la jurisprudencia. Así, aplicando este criterio ha expresado que la sujeción de los usuarios al régimen establecido por el ente organizador, debiendo ser éstos atendidos únicamente por profesionales que integran sus listas, determina que el incumplimiento por parte de los médicos actuantes preestablecidos, con respecto a los deberes inherentes a la profesión, importa para la entidad el incumplimiento de la obligación primordial asumida en el contrato (CNCiv., sala L, 28/05/96, “Arenas, E. v. Centro Médico Santa Fe S. A. C. y/u otro s/ordinario” cit.).

En sentido análogo se ha dicho que *“...el hecho de tratarse de un sistema cerrado<sup>264</sup> de prestaciones médicas aumenta la responsabilidad de la entidad prestataria de los servicios de salud [...] El organizador debe responder no sólo por los servicios que pone a cargo del usuario, sino también por la omisión en el servicio, y por la eficiencia con que se lo presta”* (CNCiv., sala K, 21/02/96, “Giménez de Rueda, A. M. v. Asociación Civil del Hospital Alemán y otro s/daños y perjuicios”, en J. A. 1997-III: 455 cit.).

Por ello se ha resuelto que cabe responsabilizar a la prestataria en base a la responsabilidad por el hecho ajeno, desechándose así la falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada en los siguientes casos:

---

<sup>263</sup> Art. 1657: *“Toda persona responde por el hecho que compromete la responsabilidad directa de los terceros que están bajo su dependencia, o de los que autoriza para actuar en el ámbito de su propia incumbencia, se sirve u obtiene provecho...”*.

<sup>264</sup> Los sistemas de medicina prepaga pueden ser estructurados como cerrados, abiertos o mixtos. El sistema cerrado es el que obliga al usuario a ir a un determinado servicio organizado por la prestataria; el sistema abierto permite al usuario ir a cualquier médico de una determinada área geográfica, cuyo arancel será abonado por el sistema; y el sistema mixto es el que ofrece un listado de médicos y de servicios asistenciales entre los que el usuario puede elegir. Por lo general, en nuestro medio se opera con sistemas cerrados o mixtos.

- Si el usuario es víctima de un defecto organizacional. (CNCiv. y Com. Fed., sala 1ª, 25/06/99, “Cema v. Clínica Saint Exilien S. A.”, fallo n° 101.781<sup>265</sup>; T. A. C. de 3º Turno, 29/03/00, “Peyejero, Oscar y Blanca, Donate c/Asociación Española de Socorros Mutuos” –Daños y Perjuicios, Ministra redactora: Doctora Bernadette MINVIELLE [[www.tribunales.com.uy/tribunales/seccion.asp?f=sentencias](http://www.tribunales.com.uy/tribunales/seccion.asp?f=sentencias), fecha de captura: 02/03/07]<sup>266</sup>).

- Si el usuario es víctima de mala praxis médica (Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil de Décimo Segundo Turno, 15/10/84, “F. de A. S. E. c/A. E. P. de S. M.” –Daños y Perjuicios, en *L. J. U.*, tomo 94-1987, caso n° 10.770 y fallo confirmatorio del T. A. C. de 4º Turno de 18/08/86<sup>267</sup>; T. A. C. de 4º Turno, 25/07/94, “Larre Borges, Marcos y otro

---

<sup>265</sup> En el caso, el daño provino de un incendio originado en notorias deficiencias edilicias.

<sup>266</sup> El caso fue originado al haber sido lesionado un menor de edad durante la consulta pediátrica a raíz de un mechero encendido para calentar agua destinada a tomar el té. El Tribunal ratificó la sentencia de primera instancia en cuanto al mérito referido a la responsabilidad de la prestataria por daño moral. En lo sustancial, el fundamento del fallo fue: *“Debe verse que se trata de un accidente ocurrido en un lugar no habilitado a tal fin, en tanto poseía elementos de riesgo para niños de corta edad donde predomina el carácter lúdico. El equipamiento y acondicionamiento del consultorio no era apto para llevar a cabo una atención pediátrica, fincando en ello el incumplimiento del contrato mutuo o hecho ilícito fundante de la responsabilidad contractual y aquiliana”*.

<sup>267</sup> El caso –primero publicado en relación a la actuación de un Instituto de Medicina Altamente Especializada, o sea, aquél que, según definición del Decreto n° 36/80 (Registro Nacional de leyes y decretos, tomo 1, semestre 1, año 1980: 123), reglamentario del Decreto Ley n° 14.897 [[www.parlamento.gub.uy/leyes/TextoLey.asp?Ley=14897&Anchor=](http://www.parlamento.gub.uy/leyes/TextoLey.asp?Ley=14897&Anchor=), fecha de captura: 25/03/07], primero relativo a esta materia, refiere al *“...diagnóstico y el tratamiento de afecciones cuya complejidad requiera un elevado nivel de especialización técnica así como un alto costo de montaje y mantenimiento”*- fue originado en un cateterismo mal realizado, pues derivó en la amputación del brazo derecho del usuario. El sentenciante de primera instancia fundó su decisión en el hecho de que la mutualista cumple sus fines estatutarios a través del servicio prestado por el Instituto de Medicina Altamente Especializada –derivando a éste su afiliado enfermo- y en la circunstancia de que –de acuerdo a los Estatutos del Instituto de Medicina Altamente Especializada actuante- el afiliado es la institución médica y no el asociado a ésta. El Tribunal Civil de 4º Turno compartió estas consideraciones, expresando como apoyo de la condena dispuesta que el concepto de auxiliar enunciado en el art. 1555 C. Civ. es más amplio

c/Sociedad Hospital Británico en el Uruguay” –Daños y Perjuicios, en *L. J. U.*, tomo 126-2002, caso n° 12.723<sup>268</sup>; TApelCivyComAsunción, sala 2, 12/02/02, “Gelabert, Norberto y otro c. Golden Cross Asistencia Internacional de Salud S. R. L.”, sentencia n° 05, en *L. L. P.* 2002: 431 cit.<sup>269</sup>; S. C. J. , 14/11/03, “O. B. y otros c/Casa de Galicia” –Daños y Perjuicios, en *L. J. U.*, caso n° 14.922, sentencia n° 325, Ministro redactor: Doctor VAN ROMPAEY<sup>270</sup>; T. A. C. de 6° Turno, 14/04/04, “M. T. c/Sindicato Médico del Uruguay” –Daños y Perjuicios, sentencia n° 61, Ministro redactor: Doctor HOUNIE<sup>271</sup>; T. A. C. de 4° Turno, 26/05/04, “R. P. /C. A. S. M. U. y otros” –Daños y Perjuicios, en *L. J. U.*, tomo 132-2005, caso n° 15.093, sentencia n° 102, Ministro redactor: doctor TURELL<sup>272</sup>;

---

que el de dependiente y alcanza a toda persona ajena al vínculo contractual utilizada voluntariamente por el deudor en la ejecución del contrato.

<sup>268</sup> Se trataba en el caso de una menor de edad que había quedado con gravísimas lesiones neurológicas –imposibilidad de caminar, correr, jugar, entre otras-, como consecuencia del suministro de gas protóxido nitroso, en lugar de oxígeno, durante el acto quirúrgico. El Tribunal resolvió en igual sentido que el sentenciante de primera instancia considerando que la prestataria del servicio de salud se sirve de la actividad de la anestesista para el cumplimiento de su prestación y responde por el accionar de ésta.

<sup>269</sup> Entre los considerandos del fallo el Tribunal expresó: “*Considerando que [...] El hecho de tercerizar los servicios del seguro médico en otra persona, de ninguna manera implica eximición de responsabilidad por parte del que terceriza*”.

<sup>270</sup> Se trataba en el caso de un usuario que falleció con motivo del alta médica sin diagnóstico pese a la mediana sospecha de que podía tener apendicitis. Dijo el Tribunal: “*Sin dudas desde el reingreso del paciente al sanatorio hasta su fallecimiento se agravó el comportamiento culposo de la obligada [la prepaga] y sus dependientes, por cuanto frente a la sintomatología detectada en su anterior internación, pero ahora agravada, no se intervino de inmediato [todo lo cual] determinó la pérdida de posibilidad de una atención adecuada y como consecuencia el fallecimiento del paciente...*”.

<sup>271</sup> Se trataba en la especie de una usuaria que había quedado con graves secuelas como consecuencia de una cesárea que uno de los médicos dependientes de la prepaga le practicó.

<sup>272</sup> Se trataba en el caso de un usuario que había quedado con un grado de incapacidad plena para el desarrollo de su tarea específica como chofer profesional, así como de su capacidad general de trabajo en forma irreversible, como consecuencia de su intoxicación con mercurio durante el desarrollo del acto quirúrgico. Dijo el Tribunal: “*Si bien la obligación a cargo de los cirujanos actuantes debe ser calificada de medios, la derivada del acto extra médico de monitoreo debe entenderse de resultado, por lo que la intoxicación del paciente en la oportunidad es generadora de responsabilidad, por violación de la obligación de seguridad de cargo del instituto...*”.

CNCiv., sala D, 07/06/05, “M., S. M. c. Lecumberri, Luis E.”, [www.laleyonline.com.ar, fecha de captura: 25/06/07]<sup>273</sup>).

2. Cuando la prestataria exige que el usuario, un familiar o un tercero de aquél, cumpla con determinados requisitos formales para activar la cobertura. Esto sucede, por ejemplo, cuando la prestataria exige caución, depósito o cualquier otro título de crédito (Brasil: resolución normativa n° 44, editada por la Agencia Nacional de Salud Suplementaria –ANS-<sup>274</sup> en 2003 [www.ans.gov.br, fecha de captura: 10/05/07]) para realizar consultas (Despacho n° 020/2004/CEP<sup>275</sup>-RN 44/ANS, Río de Janeiro, 23/06/04<sup>276</sup>; Despacho n° 028/2004/CEP-RN 44/ANS, Río de Janeiro, 21/07/04<sup>277</sup> [www.ans.gov.br/portal/site/consultas/consultas.asp,

---

<sup>273</sup> En el caso, originado en la obstrucción del uréter izquierdo de resultados de una intervención quirúrgica de histerectomía, dijo el Tribunal: “*Cuando el servicio médico es brindado a través de una empresa de medicina prepaga, la empresa organizadora del servicio de salud, no puede desligarse de responsabilidad ante el acaecimiento de un ocasional daño causado al paciente por el personal médico escogido, lo cual es derivación de la aplicación del art. 504 del Cód. Civil, ya que el ente organizador ha estipulado con los médicos, clínicas y demás prestadores y participantes un servicio a favor de terceros –afiliados-, quienes tienen acción directa contra el médico en caso de incumplimiento de la obligación nacida de aquella estipulación a su favor y también contra la entidad organizadora en razón del contrato de asistencia*”.

<sup>274</sup> Compete a la Agencia Nacional de Salud suplementaria –ANS- el control del sector privado de la salud.

<sup>275</sup> La CEP –Comisión Especial Permanente- es el órgano encargado de recibir denuncias de prácticas que vulneran la prohibición de exigir caución, depósito u otros títulos de créditos por parte de las prestatarias de servicios privados de salud (resolución normativa n° 44 cit.).

<sup>276</sup> Se trata de una denuncia oriunda de “Disque ANS” efectuada por una usuaria contra la Clínica Pediátrica 24 horas –Pediatria 24 horas s/c Ltda. contratada por la prepaga UNIMED MACEIÓ-COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA para la prestación de servicios de salud a raíz de que su hija pudo obtener la atención médica requerida sólo después de emitir un cheque-caución, alegando la denunciada que la usuaria adeudaba la cuota de la prepaga. La Comisión Especial Permanente –CEP- comprobó que la conducta denunciada constituye una práctica ofensiva de la resolución normativa n° 44.

<sup>277</sup> En el caso, Medicar Pronto Clínica Ltda. exigió a la denunciante la emisión de un cheque para que su hija pudiera acceder a la atención médica de urgencia que

fecha de captura: 10/05/07]; exámenes (Proceso n° 33902.222.380/2003-88<sup>278</sup>, site cit.), internaciones (Despacho n° 009/2004/CEP-RN 44/ANS, Río de Janeiro, 03/03/04, site cit.<sup>279</sup>) o cirugías (Despacho n° 010/2004/CEP-RN 44/ANS, Río de Janeiro, 12/03/04<sup>280</sup>; Despacho n° 012/2004/CEP-RN 44/ANS, Río de Janeiro, 12/03/04, site cit.<sup>281</sup>) o a quien fue intervenido quirúrgicamente de urgencia que al día siguiente gestione la orden de internación; al médico actuante que solicite por escrito el traslado de urgencia en ambulancia (CNCiv., sala C, 15/02/94, “Diez Ruiz, Aurelio c/Intercorp S. A.”, en J. A. 1994-IV: 456<sup>282</sup>), o bien,

---

necesitaba aduciendo su retraso de dos días en el pago de la cuota a la prepaga u operadora Master Plan Asistencia Médica Ltda.. Se determinó la vulneración de la resolución normativa n° 44 por parte de Medicar Pronto Clínica Ltda.

<sup>278</sup> En la especie, la denunciante afirma que su hijo, afiliado a la prepaga PREVIMINAS, afectado de un súbito malestar fue llevado al Hospital Vera Cruz Life Center donde se le exigió como garantía para realizar una endoscopia la emisión de un cheque, alegándose que no se había podido contactar a la empresa para autorizar la realización de tal examen. Se consideró que tal proceder constituía una conducta contraria a la resolución normativa n° 44.

<sup>279</sup> En el caso, el Vitória Apart Hospital, prestador de servicios de la prepaga Asistencia Médica Internacional Ltda. exigió al usuario como requisito previo para proceder a la internación solicitada por el médico del plantel debido a una crisis de asma, la emisión de un cheque aduciendo enfermedad preexistente. Se determinó la vulneración de la resolución normativa n° 44.

<sup>280</sup> En el caso, la Clínica Medicar exigió a la denunciante la emisión de un cheque para que su hija pudiera acceder a la atención médica de urgencia que requería, argumentando su retraso de dos días en el pago de la cuota a la prepaga Master Plan Asistencia Médica Ltda. Se comprobó que la práctica denunciada es ofensiva de la resolución normativa n° 44.

<sup>281</sup> En la especie, la Maternidad Hospital Octaviano Neves se negó a realizar la cirugía ginecológica que necesitaba la usuaria alegando que la prepaga ADMÉDICO-ADMINISTRACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS DE EMPRESA LTDA no había autorizado tal procedimiento debido a su retraso de cuatro días en el pago de la cuota.

<sup>282</sup> En el caso, el actor reclama contra la prepaga los gastos vinculados a la intervención quirúrgica de urgencia a que debió ser sometido –oclusión vascular aguda del miembro inferior derecho-, pues pese a corresponder al plan de salud convenido no fueron reconocidos por ésta.

La Cámara modificó parcialmente la sentencia de primera instancia y condenó a la empresa a reintegrar el monto abonado por el reclamante en concepto de gastos por habitación. En lo sustancial consideró: *“No es admisible la posibilidad de eludir la responsabilidad asumida por la demandada, excusándose en la falta de denuncia en tiempo oportuno de la internación del actor. De existir una cláusula en tal sentido habría*

cuando a pesar de haber sometido al usuario a diversas auditorías médicas internas favorables a la prestación solicitada, le exige aportar la documentación necesaria sin individualizarla (Juzg. Crim. y Corr. n° 3, Mar del Plata, 14/02/96, “V. V. D. c. Instituto Médico Asistencial y/u otro”, en *L. L.* 1997-B: 297, con nota aprobatoria de Germán J. BIDART CAMPOS: “El derecho a la salud y el amparo”<sup>283</sup>).

3. Cuando la prestataria impone topes resarcitorios. En este caso rigen las leyes y Código del Consumidor y Usuario (Argentina: art. 37, inc. b<sup>284</sup>; Brasil: art. 51, inc. XVI<sup>285</sup>; Paraguay: art. 28, inc. g<sup>286</sup>; Uruguay: art.

---

*que considerársela inválida, pues dentro del complejo sistema creado para atención social de la salud, no es razonable hacer depender, sin más, el nacimiento de la obligación de responder por los gastos de la atención médica contratada, de la gestión y presentación de la orden el primer día hábil siguiente a la internación”.*

<sup>283</sup> El argumento más saliente de la sentencia fue el siguiente: “*Considerando [...], la decisión de la obra social demandada que, luego de dos auditorías médicas internas favorables a la prestación solicitada, estableció que la afiliada debería aportar la documentación necesaria sin individualizarla, implica una virtual denegación de prestaciones necesarias para el derecho constitucional a la atención de la salud y, por tanto, se presenta manifiestamente arbitraria e ilegítima, pues configura una omisión constitucional”.*

BIDART CAMPOS anotando este fallo reconoce que el derecho de la actora a la prestación médica correspondiente a su dolencia se empalma con la obligación estatal de remover los obstáculos de cualquier naturaleza para prestarle una tutela judicial efectiva y promoverle su desarrollo personal integral, pero cuando alude a la tutela judicial efectiva parece limitarla a la acción de amparo.

<sup>284</sup> Art. 37: “...se tendrán por no convenidas: [...] b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte”.

<sup>285</sup> Art. 51: “Son nulas de pleno derecho, entre otras las cláusulas contractuales relativas al suministro de productos y servicios que: [...] XVI - posibiliten la renuncia al derecho de indemnización por mejorías necesarias...”.

<sup>286</sup> Art. 28: “Se considerarán abusivas y conllevan la nulidad de pleno derecho y, por lo tanto, sin que se puedan oponer al consumidor las cláusulas o estipulaciones que: [...] g) impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor”.

31, párr. 8<sup>o287</sup>). Este fue también el criterio del III Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1993, Comisión n° 2, recomendación n° IV sobre Traslado de riesgos al consumidor): *“...el establecimiento de topes resarcitorios importan un traslado implícito de riesgos propios de la empresa al ámbito del consumidor...”*. Correlativamente el IV Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1995, Comisión n° 6, recomendación n° 1) sugirió incorporar al código civil esta fórmula: *“Todo método, tope, tarifa o fórmula que no asegure [la] reparación integral y la tutela de los derechos fundamentales de las víctimas, adolece del vicio de inconstitucionalidad, por apartamiento de la realidad económica...”*. Y esa realidad económica denota que la reparación integral constituye el principio rector de la responsabilidad por daños.

4. Cuando la prestataria impone la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del usuario. Así lo disponen las leyes y Código del Consumidor y Usuario (Argentina: art. 37, inc. c L. C.<sup>288</sup>; Brasil: art. 51,

---

<sup>287</sup> Art. 31: *“Son consideradas cláusulas abusivas sin perjuicio de otras: las cláusulas que impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación legalmente a cargo del proveedor”*.

<sup>288</sup> Art. 37: *“Se tendrán por no convenientes: [...] c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”*.

inc. VI C. C.<sup>289</sup>; Paraguay: art. 28, inc. c L. C.<sup>290</sup>; Uruguay: art. 31, párr. 6° L. C.<sup>291</sup>.) y calificada doctrina (GHERSI-WEINGARTEN-IPPÓLITO, 1993).

No es otra la inteligencia que puede dársele al punto en virtud de lo prescripto por los códigos procesales civiles de los Estados Partes (Argentina: art. 377<sup>292</sup>; Brasil: art. 333<sup>293</sup> [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/LEIS/L5869.htm, fecha de captura: 28/10/06]; Paraguay: art. 249<sup>294</sup> [www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=3405, fecha de captura: 25/10/06]; Uruguay: art. 139.1<sup>295</sup> [www.parlamento.gub.uy/Leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17250 &Anchor=, fecha de captura: 25/10/06]) pues para la demandada la prueba de que se brindó la prestación debida reviste la entidad de un hecho extintivo, cuya prueba no puede sino estar a su cargo.

---

<sup>289</sup> Art. 51: “Son nulas de pleno derecho, entre otras, las cláusulas contractuales relativas al suministro de productos y servicios que: [...] VI - establezcan la inversión de la carga probatoria en perjuicio del consumidor”.

<sup>290</sup> Art. 28: “Se considerarán abusivas [...] las cláusulas o estipulaciones que: [...] c) contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”.

<sup>291</sup> Art. 31: “Son consideradas cláusulas abusivas sin perjuicio de otras [...]: Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la carga de la prueba en perjuicio del consumidor cuando no corresponda”.

<sup>292</sup> Art. 377: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer.

*Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.*

<sup>293</sup> El art. 333 establece que la carga de la prueba incumbe al demandado en cuanto a la existencia de un hecho modificativo o extintivo del derecho del actor.

<sup>294</sup> Art. 249: “Carga de la prueba. Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer”.

<sup>295</sup> Art. 139.1: “Corresponde probar, a quien pretende algo, los hechos constitutivos de su pretensión; quien contradiga la pretensión de su adversario tendrá la carga de probar los hechos modificativos, impeditivos o extintivos de aquella pretensión”.

i. El control del abuso de la posición de prevalencia

Se trata de determinar a quién le pertenece el poder de controlar el abuso de la posición dominante de las prestatarias de servicios de salud y en qué consiste este control, esto es, cuál es la sanción de tal conducta.

a) La autoridad de control. El derecho interno de los Estados Partes insta un control directo de contenido por parte del juez de las cláusulas abusivas (Argentina: art. 37, inc. c último párr. L. C.<sup>296</sup>; Brasil: art. 51, inc. 2º C. C.<sup>297</sup>; Paraguay: art. 51, inc. 8º L. C.<sup>298</sup>; Uruguay: art. 31, último párr. L. C.<sup>299</sup>) pero dispone, al mismo tiempo, un control administrativo previo al asignar a la autoridad de aplicación fiscalizar que los contratos de adhesión no contengan cláusulas abusivas y la atribución de adoptar las medidas necesarias para modificar los contratos-tipo (Argentina: art. 38 L. C.<sup>300</sup>; Brasil: art. 55, inc. 1º C. C.<sup>301</sup>; Paraguay: art. 41, inc. c L. C.<sup>302</sup>; Uruguay: art. 40 L. C.<sup>303</sup>).

---

<sup>296</sup> Art. 37, último párr.: “...Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato”.

<sup>297</sup> Art. 51, inc. 2º: “La nulidad de una cláusula contractual abusiva no invalida el contrato, excepto cuando su ausencia, a pesar de los esfuerzos para integración, resulte onerosa para cualquiera de las partes”.

<sup>298</sup> Art. 51: “... los jueces a petición de parte podrán: [...] 8. dejar sin efecto, las cláusulas dispuestas en los contratos normados por el artículo 28”, esto es, las cláusulas abusivas.

<sup>299</sup> Art. 31, último párr.: “La inclusión de cláusulas abusivas da derecho al consumidor a exigir la nulidad de las mismas y en tal caso el juez integrará el contrato...”.

<sup>300</sup> Art. 38: “... La autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares, no contengan cláusulas de las previstas en el artículo anterior —dice refiriéndose a las cláusulas abusivas—. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido”.

Por lo tanto, al lado de la posibilidad de un control judicial de toda cláusula que corresponda a la definición de cláusula abusiva (Uruguay: art. 30 L. C.<sup>304</sup>) o a la lista simplemente indicativa que consta en las leyes de defensa del consumidor (Argentina: art. 37 y resolución n° 53/03 que lo reglamenta[infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/8000084999/84410/norma.htm, fecha de captura: 12/03/07]; Brasil: art. 51; Paraguay: art. 28) o en la L. M. P. brasileña (arts. 13, inc. II, 14 y 15), la Administración debe vigilar que los contratos de medicina prepaga o seguros de salud no contengan cláusulas abusivas, lo cual, por cierto no basta en Argentina, Paraguay y Uruguay hasta tanto el subsector de servicios médicos tenga su propia ley.

## b) La Sanción.

### 1) Principio

---

<sup>301</sup> Art. 55, inc. 1°: *“El Gobierno Federal, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios fiscalizarán y controlarán la producción, industrialización, distribución, la publicidad de productos y servicios y el mercado de consumo, interesados en la preservación de la vida, de la salud, de la seguridad, de la información y del bienestar del consumidor, estableciendo las normas que sean necesarias”.*

<sup>302</sup> Art. 41: *“El Ministerio de Industria y Comercio, sin perjuicio de las funciones específicas del mismo, en su carácter de autoridad de aplicación de la presente ley, tendrá las siguientes facultades y atribuciones: [...] c) disponer la realización de inspección y pericias vinculadas con la aplicación de esta ley”.*

<sup>303</sup> Art. 40: *“El ministerio de economía y finanzas a través de la Dirección General de Comercio, será la autoridad nacional de fiscalización del cumplimiento de la presente ley -y, por tanto, que los contratos no contengan cláusulas abusivas-, sin perjuicio de las competencias constitucionales y legales atribuidas a otros órganos y entes públicos”.*

<sup>304</sup> Art. 30: *“Es abusiva por su contenido o por su forma toda cláusula que determine claros e injustificados desequilibrios entre los derechos y obligaciones de los contratantes en perjuicio de los consumidores, así como toda aquella que viole la obligación de actuar de buena fe”.*

Corresponde analizar aquí cuál es la sanción que recae sobre la prestataria cuando pese a la prohibición expresa de la ley, se vale de cláusulas abusivas para la ejecución de su programa prestacional.

Pues bien. En los sistemas jurídicos mercosureños, el control del abuso de la posición de prevalencia tiene por objeto, como principio general, el de permitir reencauzar tal posición declarando la nulidad parcial del contrato, lo que significa que la cláusula mediante la cual se configura el abuso es nula, amputándose al contrato de la cláusula anulada a fin de que el usuario a quien se le ha impuesto no pueda estar ligado a ella.

No obstante el contrato por entero puede ser nulificado.

Con esta inteligencia del asunto cuadra examinar las circunstancias por las que puede el contrato de medicina prepaga o seguro de salud ser parcial o totalmente nulificado.

## 2) Causas de nulificación parcial

Entre las principales causas que nulifican parcialmente el contrato podemos mencionar, en relación a las cuestiones que aquí interesan, aquellas cláusulas que actúan ya por desnaturalizar el servicio de salud (Argentina: art. 37, inc. a L. C.; Paraguay: art. 28, inc. a L. C.)<sup>305</sup>, como ocurre con la rescisión o modificación unilateral del contrato (Brasil: art.

---

<sup>305</sup> Es de advertir que el legislador argentino y paraguayo se ha abstenido de definir qué cláusulas quedan comprendidas en esta genérica prohibición. Tal vez por entender, no sin razón, que estas debían ser más que obra del legislador, de la ciencia del derecho. Sin perjuicio de lo antedicho nos parece más apropiada la técnica legislativa adoptada por el Código del Consumidor brasileño y la Ley del Consumidor uruguayo que contienen una larga enunciación de cláusulas abusivas, porque solucionan de antemano controversias que puedan suscitarse al respecto.

En suma, para nosotros desnaturalizan la obligación de brindar el servicio de salud aquellas cláusulas de cuya aplicación se siga un apartamiento de la finalidad asistencial del contrato celebrado.

51, incs. X, XI y XIII C. C.; Paraguay: art. 28, inc. e L. C.; Uruguay: art. 31, párrs. 4º y 5º) y las restricciones de la cobertura que privan al usuario de una adecuada prestación (véase, supra 2); ya por liberar arbitrariamente de responsabilidad –el desplazamiento exclusivo de responsabilidad sobre los prestadores contratados para la provisión de servicios, la exigencia de determinados requisitos formales para activar la cobertura, la imposición de topes resarcitorios y la inversión de la carga de la prueba; y finalmente por implicar renuncia o restricción de derechos del usuario<sup>306</sup>, la falta o deficiente información, la inadecuada prestación médica, la renuncia al derecho a ser resarcido de los daños sufridos y la discriminación.

Estas causas de nulificación parcial alcanzan también su reconocimiento en los distintos proyectos de reforma de la legislación civil argentina (Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987: art. 1157<sup>307</sup>; Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993: art. 1157<sup>308</sup>; Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993:

---

<sup>306</sup> Acerca de este último punto es preciso señalar que a pesar que la normativa no define cuáles son estos derechos, pensamos que los mismos se refieren al contrato, esto es, al derecho obligacional y contractual supletorio (Argentina: art. 3º L. C.; Brasil: art. 7º C. C.; Paraguay: art. 7º L. C.; Uruguay: art. 1º, párr. 2º L. C.). Finalmente se puede concluir que los principales derechos serían: el derecho a la información, a prestaciones médicas adecuadas, al resarcimiento de los daños sufridos y a no ser discriminado.

<sup>307</sup> El art. 1157 del proyecto establece la invalidez de las siguientes condiciones predisuestas: “1) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones, limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales, o la limiten por daños materiales sin una adecuada equivalencia económica. 2) las cláusulas que importen renuncia o restricción a sus derechos o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias, salvo, en ambos casos, que conforme a las circunstancias haya conocido, o usando la debida diligencia haya debido conocer estas cláusulas antes de cumplir el contrato, y las haya aprobado expresa o especialmente por escrito...”.

<sup>308</sup> Art. 1157: “En los contratos con cláusulas predisuestas por una de las partes o que hagan referencia a condiciones generales, se tendrán por no convenidas las cláusulas o condiciones: 1. Que desnaturalicen la finalidad del contrato, limiten la responsabilidad del predisponente por daños corporales o la limiten por daños materiales. 2. Que importen renuncia o restricción a sus derechos, o amplíen los derechos del predisponente que resulten de normas supletorias, salvo que, por causas justificadas, hayan sido aprobadas expresa y especialmente por escrito”.

art. 870<sup>309</sup>; Proyecto de Código Civil de 1998: art. 1033<sup>310</sup>), que mejoran la técnica adoptada por las leyes del consumidor de los Estados Partes al explicitar cuáles son los derechos a los que se refiere.

### 3) Alcance de la nulificación total. La regla es la nulidad parcial

La nulificación del negocio es puramente residual y no se extiende sino a aquellas situaciones previstas por la ley.

En consecuencia, para ello se requiere: 1º) que el usuario la pida (Argentina: art. 37, in fine L. C.); 2º) que el juez considere que tal nulificación es procedente para evitar un grave perjuicio para la prestataria (Brasil: art. 51, parágrafo 2º C. C.; Uruguay: art. 31, in fine L. C.).

### 4) Apreciación crítica de la sanción en análisis

---

<sup>309</sup> Art. 870: “En los contratos con cláusulas predispuestas o que hagan referencia a condiciones generales o sean concluidos por adhesión, se tendrán por no convenidas: 1. Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones del predisponente sin una adecuada equivalencia económica. 2. Las que importen renuncia o restricción a los derechos del aceptante, o amplíen derechos del predisponente que resulten de normas supletorias, salvo, en ambos casos, que el aceptante, conforme a las circunstancias, hubiese debido conocer esas cláusulas antes de concluir el contrato y las hubiese aprobado expresamente por escrito”.

<sup>310</sup> Art. 1033: “En los contratos predispuestos se tienen por no convenidas las estipulaciones que, por sí solas o combinadas con otras: a) Desnaturalicen las obligaciones de las partes. b) Limiten la responsabilidad del predisponente por daños al proyecto de vida. c) Limitan la responsabilidad del predisponente por daños patrimoniales sin una adecuada equivalencia económica. d) Importan renuncia o restricción a los derechos del no predisponente, o ampliación de los derechos del predisponente, que resultan de normas supletorias. e) Obligan al no predisponente a pagar intereses, si su tasa excede sin justificación y desproporcionadamente el costo del dinero para deudores en operaciones similares”. Como se podrá observar, la fórmula del artículo citado precedentemente mejora la técnica legislativa de los proyectos de 1987 y 1993 al excluir las excepciones previstas en los mismos.

Consideramos estéril la reglamentación precedente, por las siguientes razones:

En primer lugar, porque ella quiebra el sistema legal de la responsabilidad civil que los propios códigos han adoptado (Argentina: art. 906 C. Civ. cit.; Brasil: art. 389 C. Civ. cit.; Paraguay: art. 372 C. Civ. cit.; Uruguay: art. 1323 C. Civ. cit.). Pues si se impusiera la sanción del abuso de la posición de prevalencia al irresponsable, esto es al usuario, quedaría desvirtuado el principio básico según el cual la responsabilidad está en relación directa con el posible daño.

En segundo lugar, porque tal sanción establecida es impropia y contradictoria, por la latitud de esa comprensión, de la regla general de la normativa –la de conservación del contrato- e incongruente con ella. Y porque conduciría a resultados gravemente injustos.

Impropia, porque la mención *“En caso que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial [normas éstas que se integran con las de defensa del consumidor, según el art. 3º de la L. C.], el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas”* (Argentina: art. 37, in fine L. C.) sobra por quedar siempre comprendida en la alusión del inc. b del mismo artículo, de modo que bastará demostrar, por ejemplo, que la vulneración del deber de información implica restringir el derecho del usuario a una información plena y adecuada para concluir que no cabe la nulidad total: “hay nulidad parcial”, pues queda tácitamente regido por art. 37, inc. b.

Esta conclusión se ve corroborada por otras dos consideraciones.

Si contrariamente a lo expuesto, la previsión del art. 37, inc. b no se refiriese, por ejemplo, a la restricción del derecho del usuario a la información la ley habría contemplado un supuesto de aplicación

imposible. Pues si no puede oponerse a la prestataria la restricción de tal derecho es exactamente por esta imposibilidad. Luego, cabe concluir que toda vez que el usuario se encuentre en una situación en que se restringe su derecho a la información se le podrá argüir con esta para desposeerlo de derechos adquiridos a menos que se aplique el principio cuya fundamentación legal se busca.

Y aún cuando no existiera el inc. b del art. citado, el verbo “*tendrá*” que confiere al usuario una atribución librada en su ejercicio a su sola discreción no le consigna un derecho estricto. Si de ello se tratara, el legislador habría puesto el acento en los extremos condicionantes del derecho del usuario, por ejemplo, bajo una fórmula como la siguiente: “La sanción a la vulneración del deber de información es su nulidad parcial, subsistiendo en consecuencia el contrato. No obstante, el contrato puede ser totalmente nulificado cuando la prestación tempestiva y adecuada no pueda lograrse”. Pero no se han encarado objetivamente los presupuestos de un derecho protectorio, sino que se ha querido deferir la decisión del asunto al arbitrio del usuario, dependiente de su propio buen sentido: así todo queda librado a la ponderación del usuario. De donde se sigue que la amenaza de no obtener la prestación médica tempestiva y adecuada llevará al usuario a no plantear ningún tipo de reclamación de nulidad total. Piénsese que la ruptura del vínculo contractual presupone, en la mayoría de los casos, la imposibilidad de obtener la satisfacción de las necesidades de salud en cualquier otra empresa ya que debido a la existencia de una enfermedad previa a este ingreso a una nueva prepaga, la edad avanzada o simplemente a los períodos de carencia que deberá sortear en la mayoría de las mismas, no contará con ninguna prestataria que tome a su cargo la prestación médica que necesita.

Sin embargo si se tiene en cuenta que la ley desarrolla una serie de instrumentos que permiten la obtención del propósito que guió al usuario hacia la contratación –el disponer que las precisiones formuladas

en la publicidad o en otros medios de difusión comprometen a la prestataria a brindar, en los hechos, aquello que ofrece, tal como lo ha hecho (art. 8° L. C.) y la interpretación contractual contra stipulatorem (art. 37, párr. 2° L. C.) y de buena fe (art. 1198 C. Civ.), que es fuente de integración según el art. 3° de la ley- se perfila más claramente que la nulidad total es una circunstancia excepcional y en todo caso limitada al supuesto en que al usuario le interese deshacerse del vínculo y obtener un resarcimiento pleno (art. 1056 C. Civ.)<sup>311</sup> ya que en este supuesto la conservación del contrato contrariaría la propia finalidad del instituto de preservación del contrato.

Luego la vulneración del deber de información en el período precontractual y contractual produce una nulidad parcial. Con lo cual la comprensión del art. 37, in fine resulta a todas luces impropia.

Y decimos contradictoria porque la nulidad total del negocio en los casos en que de la invalidez sobrevenga un perjuicio excesivo para la prestataria o la pérdida de causa del contrato o, lo que es lo mismo, la imposibilidad de la prestataria de cumplir con la prestación de salud no tiene razón de ser sino para convalidar los abusos que éstas, amparadas en su posición de prevalencia, impongan como condición de acceso a los servicios de salud a los usuarios, criterio inadecuado para cumplimentar la propia finalidad de la normativa protectora: impedir tales abusos.

Esta finalidad tutelar sólo puede alcanzarse mediante la aplicación del instituto de la nulidad parcial, pues sólo entonces el usuario obtiene el servicio de salud requerido. Lo contrario implicaría obligar al usuario a

---

<sup>311</sup> Art. 1056: *“Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas”.*

soportar las consecuencias derivadas de la actuación disvaliosa y preordenada<sup>312</sup> de la prestataria.

Finalmente, entendemos que la nulificación total del contrato no consulta satisfactoriamente las exigencias de justicia, pues no es posible que quien no abusó deba soportar las consecuencias derivadas de la actuación voluntaria de la prestataria.

En suma, opinamos que las frases estipuladas en los arts. 37, in fine (Argentina), 51, parágrafo 2º (Brasil) y 31, in fine (Uruguay) no llenan función alguna, siendo aconsejable su eliminación. Ello nos lleva a proponer la modificación que a continuación sugerimos.

#### 5) Reforma que se sugiere

Para eliminar los inconvenientes que hemos expresado supra sugerimos un leve retoque. Para ello basta aligerar a los arts. 37, in fine (Argentina), 51, parágrafo 2º (Brasil) y 31, in fine (Uruguay) de las frases a las que aluden que por lo que hemos explicado no se justifican. Por tanto el abuso de la posición de prevalencia en los contratos de adhesión a los servicios de medicina prepaga o seguro de salud debe ser sancionado con la nulidad parcial del contrato y su integración judicial revisionista<sup>313</sup> inexcusable.

En efecto, creemos que la integración revisionista logra, concretamente, mediante la aplicación al contrato de las normas que la

---

<sup>312</sup> Entiéndase por “conducta preordenada” la anticipación mental de sucesos que pueden ocurrir. En nuestro asunto, que las cláusulas o prácticas abusivas habrían de nulificar el contrato por la intervención judicial.

<sup>313</sup> Acerca de la importancia de la integración en el negocio jurídico contractual, ver Eduardo L. GREGORINI CLUSELLAS: “La interpretación integradora, la integración del contrato y las pautas legales”, en *L. L.* 1998-B: 1260-1267.

prestataria hubiera modificado o alterado a su favor<sup>314</sup> o, en su defecto, mediante su reconstrucción teniendo en cuenta la naturaleza asistencial de la relación y los derechos y obligaciones de los contratantes, corregir el desbalance prestacional y coadyuva al despliegue de los efectos que un contrato válidamente celebrado debe producir en el mundo jurídico, al permitir no solo que el contrato sobreviva y, con ello, que el usuario obtenga el servicio de salud requerido, sino también, que las prestaciones se equilibren, situando al usuario en el estadio anterior al surgimiento del perjuicio. Y así resulta de los proyectos de reforma de la legislación civil argentina (Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987: art. 1037<sup>315</sup>; Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993: art. 1037<sup>316</sup>; Proyecto de Código Civil de 1993: art. 689; Proyecto de Código Civil de 1998: art. 907 y fundamentos n° 160<sup>317</sup>).

Lo necesario de este recurso se justifica por la propia finalidad de la normativa protectora, pues el efecto restitutorio como consecuencia típica de la aniquilación del contrato es inidóneo para aquellos casos en que la norma prohibitiva tiene una finalidad tutelar, ya que el usuario que es, precisamente, quien debe ser tutelado, perdería el propósito del contrato.

---

<sup>314</sup> Destacan los juristas españoles Luis DIEZ PICAZO y Antonio GULLON (1973) que esta sustitución legal evita que, mediante estipulaciones contrarias a la ley, una de las partes pueda tener en sus manos la posibilidad, cuando quisiera, de anular el negocio en su totalidad.

<sup>315</sup> Art. 1037: *“Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que resulten de la ley. Deben presumir la validez del acto y, en su caso, procurarle eficacia”*.

<sup>316</sup> El art. 1037 repite el texto del Proyecto de Unificación de 1987.

<sup>317</sup> El art. 907 otorga facultades a los jueces para *“...modificar las estipulaciones de los contratos”* a pedido de parte cuando así lo autoriza la ley, y aún de oficio *“...si es transgredida una norma indisponible”*.

En los Fundamentos n° 160 se declara que *“...los tribunales están habilitados para intervenir en los contratos predispuestos y en los contratos celebrados por adhesión, principalmente para evitar su desnaturalización, la cual constituye un standard de gran amplitud, que permite abarcar un extenso universo de situaciones, y que concierne al mantenimiento de la equivalencia en la relación comercial de cambio conforme a la totalidad de las circunstancias del caso”*.

Sin perjuicio del criterio que venimos sosteniendo, creemos, particularmente referido a la acción del usuario que pretenda deshacerse del vínculo y obtener un resarcimiento pleno que la cuestión no puede resolverse con absoluto rigor y que no es contrario a la finalidad de la normativa tutelar admitir como remedio excepcional –in extremis- la nulidad total del contrato, con arreglo a la cual, en el supuesto en que el usuario no pueda obtener la prestación médica requerida y le interese deshacerse del vínculo corresponde hacer caer la contratación que, de no contemplarse en este caso concreto conduciría a un resultado inícuo o groseramente injusto, pues tal como hemos venido sosteniendo, la conservación del contrato vale en cuanto instrumento para la obtención de lo querido por el usuario.

Es por ello que pensamos que aunque se reconozca como regla la nulidad parcial, puede admitirse como solución de equidad en el caso en que el usuario quiera deshacerse del vínculo la nulidad total.

## 5. Derecho a no ser discriminado

### a. Generalidades

El derecho a no ser discriminado constituye una especie dentro del género derechos humanos, tiene entidad como valor jurídico autónomo y en materia sanitaria hace jugar otros derechos esenciales como el de libertad de contratar de la prestataria por un lado, con el de la salud e igualdad de oportunidades del usuario, asociado a su libertad personal. Sabemos que el ejercicio del poder dominante no es absoluto, que el mismo se ejerce de acuerdo a la función social para la cual ha sido conferido, y encuentra su límite en el ejercicio del derecho a la salud por parte del usuario de los servicios médicos prepagos. La armonización de

estos derechos en base a la equidad es tarea del juez, quien deberá decidir en el caso concreto, en el cual hay que discernir –con auxilio de la prudencia- el derecho de cada uno.

En ese marco hemos de develar cómo se enuncia; cómo se fundamenta; y cómo se manifiesta en el mundo jurídico.

#### b. Cómo se enuncia y fundamenta

El principio que tratamos puede enunciarse del siguiente modo: toda prestataria que, con sus acciones u omisiones excluya deliberadamente a determinada categoría de personas del ámbito de sus negocios, en lo que concierne a las prestaciones de salud, está obligada a restablecer el derecho quebrantado, y, en caso contrario a resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

Para algunos, la no-discriminación, se vincula directamente con valores morales. Se afirma, por ejemplo, que el soporte básico de la justicia distributiva es la no-discriminación, en el sentido de “*dar a cada uno lo suyo*”<sup>318</sup>. Esa caracterización como acto justo resulta claramente explicativa porque su consideración nos permite advertir con facilidad que la discriminación opera cuando en virtud del ejercicio irregular de alguna potestad se priva a alguien de lo que es suyo.

Si bien es mucho lo que puede decirse desde el punto de vista iusfilosófico acerca de este tema, no se trata sólo de una cuestión ética.

---

<sup>318</sup> Como subraya el profesor español Javier HERVADA: “*se dice a cada uno porque la justicia mira a todos y a cada una de las personas humanas –o personas morales- que tienen un título sobre algo, sea éste de derecho positivo o de derecho natural. La justicia da lo suyo a cada titular de un derecho [...] No es en virtud de abstracciones o de grandes grupos, sino en virtud de las relaciones sociales singulares y concretas*” (1994: 36-38).

Este enfoque nos permite advertir que siempre son individuos particulares los que padecen los efectos de la discriminación.

La no-discriminación es un elemento fundamental de las relaciones jurídicas y, por consiguiente, se torna necesario analizarla también con los instrumentos técnicos de la dogmática jurídica. Ello así, pues considerarla como un simple derecho equitativo significaría, en última instancia, renunciar a precisarla desde el punto de vista de la teoría jurídica.

El camino pasa, entonces, por fundamentar el principio enunciado desde los puntos de vista normológico, sociológico y axiológico<sup>319</sup>.

Desde el enfoque normológico, la enunciación del principio de no-discriminación que proponemos, expresa con términos precisos su estructura básica y contiene, como toda norma jurídica, el antecedente y su consecuencia.

El antecedente tiene dos presupuestos:

a) Que haya acciones u omisiones de la prestataria. Es una expresión suficientemente genérica como para comprender, valga la redundancia, cualquier acción u omisión de la misma;

b) Que las acciones u omisiones de la prestataria sean aptas para excluir deliberadamente a determinados individuos, en lo que concierne a los servicios de sus prestaciones. Decimos “excluir deliberadamente”, pues no cualquier exclusión puede ser protegida, sino solo la que es arbitraria –discriminar es distinguir una persona de otra sin la debida discriminación, según el Diccionario de la lengua española (1998)<sup>320</sup> y es

---

<sup>319</sup> A tal fin puede emplearse el método propuesto por el jurista argentino-alemán Werner GOLDSCHMIDT (1988).

<sup>320</sup> El mencionado Diccionario enseña:

- Discernir: 1ª acepción: distinguir una cosa de otra, señalando la diferencia que hay entre ellas.

tal por ser intrínsecamente arbitraria-. La arbitrariedad ante las acciones u omisiones de la prestataria se relaciona, desde el punto de vista jurídico con la “suficiente diligencia” que en el derecho de los Estados Partes se mide con los parámetros del Código Civil (Argentina: art. 512 cit.; Brasil: art 186; Paraguay: art. 421 cit.; Uruguay: art. 1344 cit.)<sup>321</sup>. No se trata de proteger una distinción razonable, genuina, y sólo ha de decidirse en el caso concreto.

Es por eso que la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal confirmó el pronunciamiento recurrido que rechazó la acción de daños y perjuicios entablada contra la empresa de medicina prepaga que se negó a afiliarse a la accionante. El caso fue originado al haber sido rechazada la solicitud de afiliación de la actora que, como empleada, estaba afiliada por su patrona a la prepaga a raíz de la rescisión de dicha cobertura médica. La acción se funda en el art. 1071 C. Civ. y en la “discriminación” de la que dice haber sido objeto, sin ofrecer la prueba de los requisitos de procedencia de los institutos esgrimidos por la recurrente. El Tribunal considerando que la negativa de la empresa de afiliarse a la accionante no resultaba abusiva ni discriminatoria, declaró: *“...del mismo modo que no se puede consagrar una negativa arbitraria e infundada a celebrar un contrato de afiliación, mucho menos puede admitirse una imposición hueca de sustento direccionada a que se extienda –directamente-*

---

- Discriminar: 1ª acepción: separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra; 2ª acepción: dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etcétera.

- Distinguir: conocer la diferencia que hay entre unas cosas y otras.

- Indiscriminadamente: 1ª acepción: sin discriminación.; 2ª acepción: sin la debida discriminación.

<sup>321</sup> En sentido análogo se expresa el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 en su art. 1604: *“Para la apreciación de la diligencia se aplican las siguientes reglas: a) cuanto mayor es el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible; b) en las relaciones jurídicas que suponen una confianza especial, se toma en cuenta la condición propia del agente; c) la falta extrema de diligencia configura culpa grave, que es asimilada al dolo”.*

*cobertura médico asistencial a una persona proponente*” (CNCiv., sala G, 18/11/05, “Marcuzzi de Jiménez Zapiola, Inés c. Swiss Medical S. A.”, en *L. L.* 2006-A: 799).

En consecuencia, la noción de no discriminación no quiere decir indiferenciación absoluta<sup>322</sup> pues ello equivaldría tanto como impedir la sanción de normas<sup>323</sup>, sino protección contra la diferenciación contraria al

---

<sup>322</sup> En la jurisprudencia se ha afirmado este principio. Por ejemplo: En el caso “García Monteavaro, Julio Efraín c/Amoroso y Pagano s/bonificación Estatuto del Periodista”, de 14/06/57, fallos 238: 60. En la especie, el agravio del actor se sustentaba en que el texto del art. 46 del Estatuto del Periodista Profesional (ley n° 12.908) que acuerda a “...todo empleado que tenga una antigüedad en el servicio superior a cinco años, [el] derecho, en caso de retiro voluntario, a una bonificación de medio mes de sueldo por cada año de servicio que exceda de los cinco y hasta un máximo de tres meses...” es inconstitucional, entre otras cuestiones, por contrariar la garantía de la igualdad, al crear un beneficio a favor del periodista que no estaba acordado a los demás empleados u obreros. El Tribunal desestimó el planteamiento formulado por el recurrente, conforme a la sentencia que enuncia: “No cabe argüir que el texto del art. 46 de la ley 12.908 es violatorio de la igualdad por el mero hecho de que acuerda al periodista un beneficio que en igualdad de circunstancias –la del retiro voluntario- no ha sido reconocido por otros estatutos, pues tanto valdría pretender que el Estatuto del Periodista es también inconstitucional en todo aquello que pudiera diferenciarlo de los estatutos de otros gremios y que también lo serían estos últimos en cuanto contemplaran de diversa manera las cargas patronales o los beneficios del trabajador [...] La garantía del art. 16 de la Constitución Nacional no impone una rígida igualdad, pues entrega a la discreción y sabiduría del Poder Legislativo una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, siempre que las distinciones o clasificaciones se basen en diferencias razonables y no en propósitos de hostilidad contra determinadas clases o personas”.

También en el caso “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Laboreau, Heberto Alejandro c/Clapes, Teresa Manuela Ferreiro de”, de 12/02/71, fallos 279: 19 el agravio de la actora se fundaba en que los preceptos de los arts. 69 de la ley n° 16.739, 2° de la ley n° 17.607 y 680 del Código Procesal argentino son inconstitucionales porque autorizan a iniciar la acción de desalojo antes de haber vencido el término de la locación, por entender que tal facultad vulnera la garantía de la igualdad que consagra el art. 16 de la Constitución Nacional, al otorgar a los locadores una ventaja procesal de la que no gozan los inquilinos cuando han de demandar a los primeros por incumplimiento de las obligaciones emergentes del mismo contrato. La Corte considerando que la garantía constitucional de la igualdad no estaba vulnerada pues “...la norma legal no fija distinciones irrazonables o es inspirada en fines de ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas [...] toda vez que la desocupación del inmueble sólo se cumplirá una vez vencido el plazo convenido en el contrato, circunstancia ésta que excluye la existencia del perjuicio alguno al locatario...”, descartó la queja de orden constitucional que invocó la recurrente.

<sup>323</sup> De hecho, la igualdad indiferenciada conduciría a normas discriminatorias. Recuérdesse que “discriminar” no es sólo tratar de modo diferente situaciones que son idénticas, sino también tratar de idéntica manera situaciones que son diferentes. Así, por ejemplo, no hay discriminación cuando el legislador trata de forma no idéntica a niños y

principio de igualdad civil, que consiste en avasallarlo en detrimento de ciertas personas físicas (C. S. J. N., “Muñiz Barreto de Alzaga, Juana Magdalena Ana y otros c/Destefanis, Antonio s/reajuste arrendamiento”, 10/05/68, fallos 270: 374<sup>324</sup>; C. S. J. N., “Repetto, Inés c. Provincia de Buenos Aires”, 08/11/88, en L. L. 1989-B: 351<sup>325</sup>), por ejemplo, y en relación a las cuestiones que aquí interesan, en razón de su edad, enfermedad o discapacidad<sup>326</sup>, que reafirma la idea de que solo puede

---

adultos, ya que ambas situaciones difieren sensiblemente pero sí cuando trata de forma idéntica a quienes infringen la ley y a quienes no.

<sup>324</sup> En el caso, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del artículo de una ley por entender que no se conformaba con el principio de igualdad ante la ley de la Constitución Nacional. Se trataba del art. 8° de la ley n° 14.451 con relación a los derechos que se reconocen en su art. 7°. En efecto, el art. 7° de la ley citada disponía: *“En los contratos de arrendamientos prorrogados por el art. 1 de esta ley, regirán mientras dure la misma, los precios que las partes convengan. En caso de desacuerdo serán fijados por los organismos de aplicación de la ley a pedido de cualquiera de las partes interesadas. En tal supuesto, el precio del arrendamiento no podrá exceder del 6% sobre el valor del predio estimado en función de su productividad y calculada ésta sobre el decenio inmediato anterior...”*. A su vez, el art. 8° establecía: *“Los organismos de aplicación de la ley no autorizarán aumentos en los precios de arrendamientos de acuerdo con lo preceptuado en el art. 7 de la presente, en los casos en que el locador sea una sociedad anónima, en aquéllos en que los predios constituyendo cuatro o más unidades económicas y se hallen íntegramente arrendados o cedidos en aparcerías a cuatro o más arrendatarios o aparceros, ni en los casos en que siendo varios los titulares de dominio se mantenga una estructura de colonia de renta”*. Dijo el Tribunal: *“...resulta claramente discriminatorio y hostil para determinadas categorías de personas la circunstancia de que, reconociendo la ley el derecho a reajustar los precios de los arrendamientos, ello no obstante se obligue a algunos a seguir percibiendo un canon que puede resultar no remunerativo o aun deficitario; esto exclusivamente sobre la base de haberse hecho uso del derecho de adoptar determinada forma societaria de tener una mayor capacidad económica”*.

<sup>325</sup> En la especie, el Tribunal declaró la inconstitucionalidad del art. 5°, inc. a del Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto establecía el requisito de ser argentino nativo para ejercer la docencia en carácter de titular o interino de un establecimiento de enseñanza privada, por contraponerse al art. 20 de la Constitución Nacional. La actora era norteamericana y había obtenido título habilitante con validez nacional y provincial.

<sup>326</sup> Empleamos la noción “discapacidad” para aludir a las diferentes limitaciones funcionales que se registran en las personas, sean éstas 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.

probar su respeto a la igualdad civil quien emplea la diligencia adecuada al caso<sup>327</sup>.

El concepto enunciado contiene también la respectiva consecuencia jurídica, de tal modo que, dados los recaudos exigidos, la prestataria que haya discriminado:

a) está obligada a restablecer el derecho quebrantado. Con ello queremos significar que debe adoptar medidas de adecuación de las prestaciones a las necesidades específicas de las personas con afecciones, discapacidad o mayores de 60 años que, de forma eficaz y práctica y sin que constituyan discriminación en sí mismas<sup>328</sup>, faciliten la accesibilidad de las personas con afecciones, discapacidad o mayores de 60 años en igualdad de condiciones que los demás miembros de la sociedad. La obligación de restablecer el derecho quebrantado tiene su fuente, no en el negocio jurídico, sino justamente en el principio de no-discriminación.

b) en caso contrario, está obligada a resarcir los daños y perjuicios ocasionados. Se trata de un criterio objetivo de imputación con

---

<sup>327</sup> La trascendencia que le asignamos al mencionado principio responde a la asunción de que el centro de la cuestión en lo relativo al derecho a la salud de las personas mayores de 60 años, con enfermedad o discapacidad no radica tanto en su reconocimiento sino más bien en garantizarlo para que puede ser ejercido en igualdad de condiciones que las personas más jóvenes y sanas.

<sup>328</sup> No se trata de consagrar el derecho quebrantado afectando el derecho de igualdad de terceros, sino de adoptar acciones adecuadas para garantizar y hacer efectivo el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con afecciones, discapacidad o mayores de 60 años. La lesión a la calidad u optimización del servicio de salud del resto de los ciudadanos constituye un ejemplo de lo que hay que evitar.

El tema ha sido exhaustivamente estudiado a través del desenvolvimiento del concepto de "discriminación inversa". Para un análisis con mayor detalle véase, por ejemplo, EKMEKDJIAN, M. y SIEGLER, P.: "Discriminación inversa: un fallo trascendente de la Corte Suprema de los EE. UU.", en *E. D.* 93: 877; GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L.: "Las acciones contra la discriminación. La discriminación inversa. Sus límites y riesgos", en *L. L.* 2003-B: 970.

fundamento en el riesgo que asume quien toma la decisión de excluir del ámbito de sus negocios a determinada categoría de personas.

La norma jurídica que enunciamos tiene su fuente inmediata en numerosas disposiciones legales y su fuente mediata en la justicia.

Entre las disposiciones legales, cabe mencionar que son los pactos internacionales (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948<sup>329</sup>, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948<sup>330</sup>, Carta de las Naciones Unidas de 1948<sup>331</sup>, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966<sup>332</sup>, Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969<sup>333</sup>, Convención sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979<sup>334</sup> y las Personas con

---

<sup>329</sup> Capítulo I, art. II: *“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración [entre ellos la salud] sin distinción de raza, sexo idioma, credo ni otra alguna”.*

<sup>330</sup> Art. 2º: *“Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración [entre ellos la salud], sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...”.*

<sup>331</sup> Cuyo art. 3º establece entre los objetivos fundamentales de la Organización *“...el desarrollo y estímulo del respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.* Queda claro que esta enumeración es meramente ejemplificativa, pudiendo extenderse a las que tienen por objeto la salud de las personas.

<sup>332</sup> Parte II, art. 2º, 2: *“Los Estados Partes en el presente Pacto [Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay lo son] se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian [entre ellos la salud], sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

<sup>333</sup> Parte I, capítulo I, art. 1º: *“Los Estados Partes en esta Convención [Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay lo son] se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella [entre ellos la salud] y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.*

<sup>334</sup> Parte I, art. 1º: *“...la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer,*

discapacidad de 1999 cit. cap. I, G)<sup>335</sup> los que marcan los standards internacionales en materia de igualdad y no-discriminación que hoy forman parte del derecho interno de los Estados Partes<sup>336</sup>.

En el ámbito constitucional de éstos, Argentina consagra la igualdad ante la ley (art. 16), reconoce los derechos implícitos (art. 33), entre los cuales está el de no ser discriminado, que en la relación de consumo hay un derecho a un trato equitativo (art. 42), establece el amparo colectivo como defensa contra toda forma de discriminación (art. 43), dispone la *“igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna”* (art. 75, inc. 19) y la obligación del Poder Legislativo de *“...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”* (art. 75, inc. 23).

Brasil establece la igualdad ante la ley (art. 5º), prohíbe la discriminación (arts. 3º y 5º) y consagra el derecho al tratamiento no arbitrario (art. 196).

Paraguay reconoce la igualdad de las personas en dignidad y derechos, prohíbe la discriminación y dispone la obligación del Estado de

---

*independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”.* Como se puede observar, la definición de discriminación que nos brinda esta norma es más amplia que la que contienen los otros instrumentos internacionales por cuanto se refiere no solo al objetivo discriminatorio de las distinciones sino también a los resultados de la discriminación cuando ésta produzca un menoscabo en el ejercicio y goce de los derechos humanos.

<sup>335</sup> La enumeración de los instrumentos internacionales de apoyo contra la discriminación podría ampliarse, pero hemos hecho referencia sólo a aquéllos que – desde nuestro punto de vista- son válidos para aventar la discriminación con base en la salud.

<sup>336</sup> La repetición aquí de las leyes por los cuales fueron incorporados al derecho interno sería harto tediosa, por lo que remitimos al lector a cap. 2, G.

impedir los factores que la mantengan o propicien (art. 46) así como la de garantizar la atención de la salud de toda persona en la tercera edad o discapacitada.

Uruguay consagra la igualdad ante la ley no reconociendo otra distinción sino la de los talentos (art 8°).

El panorama constitucional descrito denota un modo diferente de la consideración del individuo en relación a los contratos celebrados para el acceso a los servicios, achicando notablemente la ampliada libertad contractual consagrada por el constitucionalismo clásico. El Estado adquiere una potestad reguladora a pesar de darse dentro del contexto de la década de los noventa, de desregulación económica y privatización de los servicios públicos.

En otro orden, completan el panorama jurídico vigente la resolución n° 124/96 del Grupo Mercado Común (anexo: inc. 2°) que garantiza el tratamiento igualitario del usuario cuando contrate; las leyes n° 23.592/88 (Argentina: art. 1°<sup>337</sup>) contra todo acto de discriminación (Legislación Argentina, XLVIII-D: 4179), 17.330 [[www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17330&Anchor=](http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17330&Anchor=), fecha de captura: 25/10/06] y 17.338 [[www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17338&Anchor=](http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17338&Anchor=), fecha de captura: 25/10/06] (Uruguay) que prohíben la discriminación contra las personas con discapacidad y contra la mujer respectivamente,

---

<sup>337</sup> El art. 1° de la referida norma titulada "Derechos y Garantías Constitucionales. Actos discriminatorios. Sanciones para quienes los ejecuten" establece que incurre en una conducta discriminatoria: "*Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional...*"; y aunque la enumeración no es taxativa, indica que "*A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos*". Y También establece el derecho del damnificado a "*...dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización [y] a reparar el daño moral y material ocasionados*", entendido éste, en nuestro caso, como toda exclusión o limitación por razones de edad, enfermedad o discapacidad de atención de la salud.

las leyes y Código de consumidores y usuarios (Brasil: art. 6º, inc. III; Paraguay: art. 14, inc. F; Uruguay: art. 6º, párr. 3º) y la L. M. P. brasileña que privilegia la atención de las personas mayores de 65 años (art. 18).

Desde el punto de vista sociológico hay que destacar la gravitación de los comportamientos sociales en el sentido y los alcances de la no-discriminación.

Cuando un ordenamiento jurídico adopta el principio de no-discriminación, expresa una determinada concepción de la vida social y muestra que la sociedad ha decidido condenar las conductas discriminatorias.

Pero, en ocasiones, en el seno de la propia sociedad, por vía de ejemplaridad se van gestando nuevos comportamientos que, al reiterarse sin censura social, terminan por considerarse normales, convirtiéndose en costumbre<sup>338</sup>.

Es buen ejemplo de ello advertir cómo en el caso que nos ocupa las circunstancias señaladas que son fundamento de actos de discriminación (véase infra, c) son la materia normal y corriente de segmentación del mercado de la salud a los fines del marketing; fundamento de determinación de categorías y reglas de selección de clientes en el mercado de las prestaciones de salud, e informan pautas culturales que sirven a la desintegración social pues estigmatizan a nuestros mayores y a quienes portan alguna patología y los marginan de la sociedad. El desconocimiento 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

---

<sup>338</sup> La costumbre es, como señala el jurista francés Francisco GÉNY (1925) un hecho o un conjunto de hechos, reveladores de un sentimiento jurídico, que la práctica constituye con carácter de necesidad, de manera tal que lo impone, en caso necesario, en virtud de una regla dotada de sanción pública.

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 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 le 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.

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.

Pero no todo es negativo en la realidad social contemporánea. Tal el caso, por ejemplo, de la creciente intervención judicial en el ámbito de la autonomía privada cuando se trata de corregir que una persona por razones de enfermedad, discapacidad o edad, ya sea en el acceso o durante la relación contractual, sea tratada de una manera directa o indirecta<sup>339</sup> menos favorable que otra que no lo sea en una situación análoga o comparable.

---

<sup>339</sup> Un caso común de discriminación directa sería una cláusula contractual que estableciera que las personas con H. I. V. no pudieran afiliarse a una prepaga o seguro de salud. En cambio, al mismo resultado podrá arribarse, pero a través de una

Desde la perspectiva axiológica, hay que destacar, en primer término, que el principio de no-discriminación realiza plenamente la justicia distributiva y retroalimenta además la justicia conmutativa. La primera, por cuanto constituye un claro supuesto de dar a cada uno lo suyo: quien sustrae o impide acceder o gozar del bien jurídico salud a quien le corresponde por título o derecho, incluyéndolo en alguna de las categorías sospechosas o en cualquier otra forma de arbitrariedad que desconozca su título o derecho debe restablecerlo o resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

Es así que si en un caso en que se aplique el principio de no-discriminación en salud se advierte desde el complejo axiológico que algunos de los otros valores del mundo jurídico- orden, poder, cooperación, entre otros- pueden verse afectados, es la justicia la que debe ser realizada, que es un valor superior, aunque a veces se afecten los otros valores.

La segunda, pues la vulneración habitual y constante de la justicia distributiva termina por alterarla.

Es buen ejemplo de ello advertir cómo la generación de una gran masa de excluidos del sistema de salud privado suscita la aparición de un nuevo minusválido económico todo con miras al fin exclusivo de lucro sin tomar en consideración el derecho a la salud y sin advertir el compromiso social que asumen las empresas de garantizarlo.

Entrando ahora al estudio de la justicia en la aplicación concreta del principio de no-discriminación, la cuestión que se plantea es ver si tal significa dar a todos lo mismo. Creemos que no lo es, porque el principio de no-discriminación, en cuanto manifestación de la justicia, debe dar a

---

discriminación indirecta, con una cláusula que estableciera entre los requisitos para afiliarse a una prepaga o seguro de salud el estar sano. Esa cláusula no aludiría directamente a las personas con H. I. V., pero la consecuencia sería la misma. Esto es, mediante la discriminación indirecta se establece un factor de distinción que repercute desproporcionadamente sobre un grupo social, en este caso, las personas con H. I. V.

cada uno lo suyo, esto es, un trato que obedezca exclusivamente a razones objetivas de la titularidad de un derecho o de su ejercicio. Pero no impide que la prestataria otorgue trato desigual en situaciones desiguales, porque el principio se refiere a identidad de situaciones. De allí que deba considerarse legítimo que la prestataria brinde prestaciones de salud más sofisticadas a los usuarios con mayor poder adquisitivo, con prescindencia de las características físicas de los mismos. La interpretación jurisprudencial sobre el particular es coincidente, entendiéndose que lo que se prohíbe son las discriminaciones arbitrarias.

c. Cómo se manifiesta en el mundo jurídico.

El principio de no-discriminación está presente en múltiples hechos y relaciones jurídicas, pero el ámbito de sus mayores despliegues es en materia contractual y, específicamente, en lo que concierne a los servicios de salud, en lo que respecta al acceso y a la relación misma. Para concluir, pasaremos revista a algunas de esas manifestaciones particulares.

El negocio jurídico es la expresión cabal de la autonomía de la voluntad y un elemento propulsor de la economía. No obstante, se reconoce que ello no implica que la autodeterminación no encuentre límites, como el de la exigencia de confianza (véase supra, 1), justicia sinalagmática (véase supra, 4) y, como no puede ser de otra manera, no-discriminación.

Naturalmente, si el principio de autonomía de la voluntad rigiera en absoluto, sin límite alguno en razón de la prohibición de discriminar, toda tutela jurídica establecida para aventarla se tornaría absolutamente estéril.

Aun así, el principio de autonomía de la voluntad, y la existencia de atribuciones discrecionales en el ámbito de los contratos de medicina prepaga o seguros de salud a favor de las prestatarias de estos servicios, ha excluido del ámbito de la discriminación la tutela de las desigualdades lesivas del derecho a la salud.

Advertir el sentido discriminatorio de determinadas acciones u omisiones que provienen de los contratos de prestaciones de salud claramente exclusivos o deficientemente cumplidos implica la necesidad de un examen riguroso de los diferentes modos de burlar el principio de no-discriminación.

A cuento viene observar, de qué manera 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, puede conducir 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 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).

Pero aun luego de lo antes dicho ya en la etapa precontractual se introducen por medio de la oferta o en la formación del negocio, institutos discriminatorios.

Ello así, pues para efectuar la segmentación del mercado se utilizan determinadas variables que son causa de discriminación y, por tanto, del avasallamiento o restricción del derecho a la salud.

Observamos además que muchas de ellas coinciden con las denominadas “*categorías sospechosas*”<sup>340</sup> o son portadoras de datos sensibles<sup>341</sup> de los usuarios, como es el padecer alguna enfermedad crónica. Entre estas variables podemos señalar:

- a) Variables demográficas: edad;
- b) Variables psicográficas: enfermedad o discapacidad.

Si tenemos en cuenta que “*La cultura posmoderna, estimula el consumo de bienes entendido más como `valores de signo´ que como `valores de uso´, y que si el consumo de bienes en términos de `valores de uso´ implica un límite coherente por parte de las demandas del consumidor, en cambio, en términos de `valores de signo´, su consumo no supone lo mismo, entonces, comprenderemos porqué la actividad de comercialización, publicidad, etcétera de bienes y servicios puede ser causa de discriminaciones, alentadas por la misma, debido a que propician esta distorsión de valores por parte de los consumidores y usuarios*” (LASH, 1990: 64-65).

Un buen ejemplo de ello, lo otorga la necesidad que se planteó de dictar leyes que obligaran a las prestatarias de servicios de salud no sólo a ampliar la cobertura escasa que hasta el momento venían otorgando, sino a adecuar los contratos a las prestaciones mínimas impuestas por ley, y no en base al modelo de solicitante del servicio por problemas menores que se ha impuesto a través de la publicidad. En fin de cuentas es a causa y como efecto de esta modalidad de comercializar los servicios de salud, y con el deseo de no sentirse discriminados que los

---

<sup>340</sup> Constituyen “*categorías sospechosas*” los criterios de selección que se aplican para excluir a un grupo social de la protección de un derecho fundamental.

<sup>341</sup> “*Datos sensibles*” son aquellos que revelados pueden ser causa de discriminación.

usuarios estaban silenciando ciertas patologías para, precisamente, responder al modelo señalado de escasa atención y así poder acceder a las prestaciones de salud.

Creemos que este ejemplo ilustra sobre porqué consideramos que la actividad publicitaria en su conjunto puede devenir en actividad sospechosa de propiciar discriminaciones.

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. Vemos luego algunos casos en la casuística.

Pero también hemos advertido formas de discriminación que resultan del cumplimiento deficiente, o del liso y llano incumplimiento de las prestaciones pactadas o verosímilmente esperadas por el usuario. En este aspecto puede ser necesario el examen de la virtualidad discriminatoria de la modificación unilateral del contrato o la suspensión unilateral de la cobertura médica. Conducen a la exclusión y disfunción del servicio de salud materializado en el contrato que es un instrumento esencial en nuestro sistema económico y que ha exhibido, en el curso de su desenvolvimiento severas reformulaciones. Su examen profundo excede los límites de este trabajo.

Será suficiente señalar, a modo de ejemplo, de qué manera 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. Esa situación concurre a producir una “*alta concentración de poder*” (SCHAFER-OTT, 1991: 28)<sup>342</sup> 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. Vemos abajo algunos casos en la casuística.

d. Casuística: análisis de los distintos supuestos jurisprudenciales de la discriminación.

Por lo general, en estos servicios las discriminaciones adquieren a veces formas encubiertas; de eso dan cuenta algunos de los casos que a continuación presentamos.

1) CNCom., sala C, 20/05/96, “H. M. y otros c. Programa de salud S. A.”, en L. L. 1996-E: 187. El juez de primera instancia ordenó restablecer la cobertura médica contratada por los actores, uno de los cuales padecía una enfermedad crónica que requería atención médica especializada y permanente, y el transcurso de “períodos de carencia” exigidos por otras entidades prepagas lo hubieran privado de atención con riesgo para su salud. Surge de los antecedentes y de los autos referidos que se tienen a la vista ad effectum videndi que la demandada

---

<sup>342</sup> Los autores citados dicen: “*Si por el contrario, un contrato no es ventajoso para las partes en el momento en que se concreta, sin que una de las dos haya renunciado conscientemente a ello, desde una visión económica sólo puede darse la explicación de que, o el contrato no ha tenido lugar de buena fe, o han aparecido riesgos con los que las partes no contaron al celebrarlo y/o para los que no encontraron una regulación. En estos casos no se cumplen las condiciones del contrato perfecto, afirmándose entonces que no se puede pretender –desde una perspectiva económica– que el contrato tenga validez alguna y por ello debe ser corregido por el ordenamiento jurídico*”.

conocía, al tiempo de suspender unilateralmente la cobertura médica que M. H. padecía graves problemas de salud. Esta sala confirmó lo sustancial de la decisión del señor juez a quo. Se consideró que el incumplimiento imputable a la empresa que se ha obligado a prestar los servicios de salud constituye un abuso del derecho (art. 1071 C. Civ.) e importa para el afiliado un daño moral considerando que *“...no puede dudarse de la incidencia de ese proceder de la demandada en el ánimo de los actores, por cuanto, además de estar reñido con el principio de buena fe en la extinción de los contratos [...] hubo de afectar legítimos sentimientos de los miembros de la familia [...] relacionados con la protección de la salud, generando un estado de incertidumbre que aparece como incongruente con la finalidad propia de este tipo de sistemas”*.

2) CNCiv. y Com. Santa Fe, sala 1ª, 11/08/97, “A. P. L. v. N. M.”, en J. A. 2001-IV, fascículo nº 11. En el caso, el tribunal consideró abusiva la decisión de la empresa de medicina prepaga que, valiéndose de cláusulas contractuales sobrevinientes, dispuso la rescisión unilateral del contrato en forma intempestiva e injustificada, y la consiguiente interrupción de las prestaciones, con el advenimiento de la mayoría de edad de la usuaria del servicio portadora asintomática del virus H. I. V.

3) Qualitas Médica S. A. s/Ley 24.240, D. N. C. I. nº 711/98. En el caso, se consideró que la exclusión de cobertura de todo gasto médico asistencial originado en el virus H. I. V. significa no solo un acto de discriminación, violatorio de normas de orden público, sino además el avasallamiento de la dignidad de las personas y de sus derechos individuales.

4) C. S. J. N., 13/03/01, “Etcheverry, R. E. c/Omint S. A. y Servicios s/amparo”, fallos 324: 680. Se trata de un contrato de medicina prepaga suscripto por el empleador. El amparista se agravia porque se otorga una irrazonable preeminencia a la subsistencia de la relación laboral por sobre el abono de la cuota, no obstante haberse extinguido aquélla en 1993, no alterándose nunca la ecuación económica del acuerdo, pese a modificarse la relación originaria. En el caso, el usuario informa a la empresa donde trabajaba que los estudios médicos le detectaron H. I. V. Es de destacar que no solo se le rescinde su contrato de trabajo sino que, además debe soportar en encubierto interés de la empresa de medicina de suspenderle la cobertura, alegando que la conclusión de la relación laboral trae aparejada la rescisión del contrato de medicina, aun cuando ofrece continuar por su cuenta con el pago de las cuotas respectivas. Resulta evidente que la negativa de la prepaga obedeció a su intención de desentenderse de la continuidad del tratamiento de la dolencia padecida por el actor. En realidad la prestataria encubre que los reales motivos de la suspensión es la condición de infectado del actor. Así lo expresa el voto del Doctor Adolfo Roberto VÁZQUEZ en el fallo reseñado con estas palabras: *“...si se repara en que el amparista por ser portador del virus H. I. V. requerirá atención médica especial de por vida, puede extraerse que la negativa de la prepaga obedeció a su intención de liberarse del riesgo empresario”*.

5) CNCiv., sala G, 06/04/01, “E., C. v. SPM Sistema de Protección Médica S. A.”, en J. A. 12/09/01, nº 6263: 52. Esta sala ordenó restablecer la cobertura médica contratada por el actor, portador de H. I. V., con SPM Sistema de Protección Médica S. A., prestataria de un servicio de medicina prepaga. En el caso, la demandada se niega a afiliarse al usuario en forma privada luego de concluido el vínculo laboral, por su condición de portador del virus H. I. V. Fue así que lo entendió el Tribunal al

declarar: *“La medida cautelar por la cual la medicina prepaga debe continuar prestando sus servicios al actor en forma privada por haber perdido aquél su obra social, no significa la imposición de la celebración de un nuevo contrato en violación al principio de libertad contractual sino de **ponderar la razonabilidad de la negativa en función de la afección acreditada...**”* (la bastardilla nos pertenece).

6) CNCiv., sala I, 09/08/01, “Ghislieri, Viviana L. v. Medicus S. A.”, en J. A. 2002-I, fascículo nº 13: 76. Se trata de un contrato de medicina prepaga a través de la relación laboral. En el caso, se trata de una persona que además de quedar cesante en su trabajo se le da de baja de la cobertura médica alegando que habiéndose concluido la relación laboral ello trae como consecuencia la conclusión del contrato de medicina prepaga, aun cuando ofrece continuar por su cuenta con el pago de las cuotas. Si se repara en que la actora padecía un quiste endométrico que requería intervención quirúrgica, puede deducirse que la negativa de la empresa obedeció a su deseo de liberarse del costo de la misma. Esto es, la prepaga encubre que los reales motivos de la baja es la afección que padecía la actora. Así lo declaró el Tribunal al expresar: *“Es claro así que antes de su baja Ghislieri padecía ya la afección de marras recibiendo atención de Medicus [...] y que lo hizo saber en la solicitud de ingreso, nada de lo cual, por ende, pudo ser ignorado por la demandada cuando rechazó esa solicitud. Consecuentemente, [...] el rechazo de la inscripción para admitirla más tarde, quizás una vez superada la contingencia y evitar los gastos consiguientes importó un abuso de derecho por parte de Medicus”*.

7) CNCiv., sala L, 21/11/03, “M., J. A. y otro c. Medicus S. A. de Asistencia Médica y Científica”, en L. L. 2004-B: 9980. Esta sala confirmó la resolución de primera instancia que hizo lugar a la acción de amparo

promovida contra la empresa de medicina prepaga con el objetivo de que ésta prestara el tratamiento médico intensivo que el hijo menor de los actores requería por el trastorno generalizado del desarrollo con retardo mental que padecía. El caso fue originado al haberse negado la cobertura de dicho tratamiento por la demandada alegando que el trastorno del menor no se hallaba incluido dentro de lo contractualmente pactado entre las partes. El Tribunal considerando que el derecho a la salud se halla tutelado tanto en la Constitución Nacional como en los pactos internacionales y leyes nacionales, normas a las que no son ajenas las empresas de medicina prepaga, declaró: *“La empresa de medicina prepaga a la cual los actores están afiliados no puede negarse a prestar el tratamiento médico intensivo que el hijo menor de aquéllos requiere por padecer un trastorno generalizado del desarrollo [...], pues si bien tales empresas realizan una actividad comercial, tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, adquiriendo un compromiso social con sus usuarios que obsta a que, sin más, puedan desconocer el contrato que hubieran celebrado, ya que deben efectivamente asegurar a sus beneficiarios las coberturas pactadas y las legalmente establecidas por el art. 1 de la ley 24.754...”*.

8) C. S. J. N., 18/12/03, “Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta v. Ministerio de Salud”, fallos 326: 4931. La Corte, de conformidad con lo dictaminado por el Procurador General declaró admisible el recurso extraordinario interpuesto por el Estado Nacional (Ministerio de Salud) y confirmó la sentencia apelada en lo principal que hizo lugar a la acción de amparo iniciada por la Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta en cuanto declaró la nulidad de la resolución n° 1/01 del Ministerio de Salud de la Nación modificatoria de la similar n° 939/00 Programa Médico Obligatorio en lo que respecta al punto medicamentos de las enfermedades esclerosis múltiple y síndrome desmielizante aislado y

excluyó del tratamiento allí prescripto a aquellas personas que, en la provincia de Salta, sufran de esclerosis múltiple sin haber tenido dos brotes o exacerbaciones en los dos últimos años o padezcan síndrome desmielinizante aislado y alto riesgo de conversión a esclerosis múltiple definitiva.

El argumento del Ministerio de Salud para sostener la validez de la resolución fue la salvaguarda de los enfermos de las posibles reacciones y contraindicaciones del fármaco frente a la inexistencia de diagnósticos certeros.

El argumento era débil para ser admitido porque el diagnóstico y la prescripción de las drogas que combatan o atenúen la dolencia en cuestión es tarea de los profesionales médicos de esta enfermedad –y no de una autoridad administrativa- de quienes es impensable que prescriban un medicamento que no resulte conveniente para su tratamiento y, en realidad, encubría que los reales motivos de la exclusión de cobertura del remedio por las obras sociales y prepagas es la condición de portador/a de una enfermedad discapacitante de alto riesgo y baja incidencia. Así lo entendió el Máximo Tribunal al fundar su decisión: *“La modificación introducida al originario Plan Médico Obligatorio en lo referente a la cobertura de medicamentos en los casos de esclerosis múltiple, sus clases y variantes lesiona el derecho a la salud de quienes sufren esta enfermedad discapacitante –garantía resguardada no sólo por normas nacionales sino también de protección internacional que tienden a una actitud de apoyo progresivo en el tratamiento de estas manifestaciones del aparato neurológico-. Este precepto no sólo marca una desigualdad de trato entre enfermos de una misma clase [...] Si el fin de eliminar la cobertura del 100 % es evitar el medicamento para aquellos con síndrome desmielizante aislado o que tengan esclerosis múltiple pero no hayan tenido dos brotes o exacerbaciones en los últimos dos años, en aras de proteger la salud, no se entiende lógicamente que sí se pueda*

*mantener para los mismos casos si ya han iniciado el tratamiento. O se ´protege la salud` en todos los supuestos en iguales condiciones, en cuyo caso el Ministerio debería limitar todos esos tratamientos en lugar de asegurarles cobertura, aun los que están en curso de ejecución, o el argumento es netamente falaz”.*

9) CNCiv., sala C, 28/12/04, “A. P., C. M. y otro c. Medicus S. A. de Asistencia Médica y Científica”, en L. L. 25/04/05: 8. El Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia en lo principal y consideró que la empresa de medicina prepaga demandada tenía la obligación de brindar las prestaciones médico asistenciales necesarias para tratar la discapacidad severa padecida por la hija menor de la actora sin cargo adicional alguno, admitiendo la indemnización en concepto de daño moral a favor de la menor.

El planteo de la demandada se apoyaba en la ausencia de expresa previsión en la ley n° 24.901<sup>343</sup> (Legislación Argentina 1997-D: 3798) que le impusiera cubrir prestaciones médico asistenciales a favor de las personas con discapacidad.

Se quiere ver en la inexistencia de normativa que le imponga el cumplimiento de prestaciones médicas en los términos de la ley n° 24.901 una causal para desentenderse del cumplimiento de la cobertura médica con relación a una menor discapacitada.

Prescindiendo de la intención que pudo guiar a la prepaga, no es posible desconocer que una atenta lectura de toda la normativa comprometida en el caso permite advertir la debilidad del argumento de la

---

<sup>343</sup> La citada norma instauró un sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindar una cobertura integral (art. 1°), que coloca a cargo de las obras sociales enunciadas por el art. 1° de la ley n° 23.660 (art. 2°), quienes brindarán las prestaciones por sí o por medio de servicios contratados y, en el caso de sujetos carentes de cobertura dentro de ese subsistema, del Estado (arts. 3° y 4°).

demandada. Bien pudo decir el Tribunal: *“...si la ley 24.754 determinó que las empresas o entidades que prestan servicios de medicina prepaga debían cubrir en sus planes de cobertura médico asistencial, como mínimo, las mismas ‘prestaciones obligatorias’ dispuestas para las obras sociales conforme a lo establecido por las leyes 23.660, 23.661, 24.455 y sus respectivas reglamentaciones, entre las que [...] obligatoriamente se encuentra la de brindar todas aquellas que requiera la rehabilitación de las personas con discapacidad como también la de asegurar la cobertura de los medicamentos necesarios para esos fines (art. 28 de la ley 23.661), no resulta irrazonable ni tampoco injustificado –además de que torna efectivas las directrices antes reseñadas- concluir en que pesa sobre la demandada, por imperio legal y pese a la ausencia expresa de previsión contractual, la obligación de brindar las prestaciones reclamadas por la accionante. [De ahí que] a poco que se reflexione sobre los términos aducidos en apoyo de la postura, puede apreciarse que el planteo sólo es tal en apariencia”.*

10) Dictamen INADI n° 100/04. Este organismo actuó a raíz de una denuncia recibida, efectuada por una persona afiliada al Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno –CEMIC-, a quien se le negaba la posibilidad de afiliarse a su esposo de 62 años de edad, porque no admitían personas mayores de 60 años. Se determinó la discriminación en razón de la edad. Por aplicación del art. 1071 C. Civ., INADI consideró que había de parte de la empresa un abuso del derecho a su libertad de ejercer el comercio y seleccionar a quienes prestaba o no el servicio de salud, dada las características del objeto de la prestación. El argumento más saliente del dictamen fue el siguiente: *“...si el CEMIC asegura que no cuenta con ninguna norma interna que disponga el rechazo de la afiliación de una persona mayor de 60 años, y no existiendo*

*otra causal que justifique la no incorporación [...] más que la edad, constituye una conducta discriminatoria el negarse a admitirlo...”.*

11) Dictamen INADI n° 119/04. Este organismo también actuó ante una denuncia efectuada por un usuario cuyo reingreso a la prepaga después de quedar desempleado fue rechazado por padecer H. I. V. Se determinó la discriminación en razón de su patología. Se expresó en los fundamentos que *“...si bien la denunciada enumera una cantidad de incumplimientos de parte del denunciante a través del tiempo, cabe inferir que no fueron estos antecedentes los decisivos para ponerle fin al vínculo que fue sostenido por ella a pesar de esas irregularidades, sino el alto costo del tratamiento del denunciante [...] se ha utilizado un criterio, para el análisis y decisión del caso por parte de la denunciada, que puede considerarse enmarcado en la ley 23.592”.*

12) Dictamen INADI n° 120/04. Este organismo actuó a raíz de una denuncia recibida, efectuada por una persona a quien se le negaba la posibilidad de afiliarse a la cobertura médica del CEMIC porque padecía una enfermedad denominada “epilepsia del adulto”. Se determinó la discriminación en razón de enfermedad declarando que, *“...en principio, el poseer una enfermedad no constituye un criterio válido para impedir el ingreso por sí mismo [...] La enfermedad no debe tener un carácter estigmático es decir que sin merecer un análisis suficiente la persona quede excluida de la posibilidad de contratar un servicio más apto que la asistencia pública, cuyas carencias no resulta necesario destacar, porque esto resultaría discriminatorio al ser contrario a la justicia o a la naturaleza de las cosas...”.*

13) CNCom., sala C, 08/03/05, “Revello Llerena, Ricardo E. c/Qualitas Médica S. A. s/sumarísimo” [EIDial.com, AA2916, fecha de captura: 20/02/07] En el caso, la prepaga modificó unilateralmente el contrato de medicina prepaga que lo vinculaba con el actor, imponiéndole un aumento de un 25 % en la cuota correspondiente, alegando que el aumento se debía a que las personas mayores de 70 años incrementan notoriamente el uso de los servicios, tornando necesario el mayor importe para mantener la ecuación que permitiera el normal funcionamiento de la empresa. Expresó que cuando el usuario cumple 69 años se le envía una nota recordándole el cambio de categoría a partir de los 70 años a fin de que decida continuar con el contrato o renunciar a él. Se agravan las condiciones a partir de cierta edad, confiriendo a la empresa la atribución de fijar una cuota adicional pese a haber aportado las cuotas durante muchos años en períodos de menor vulnerabilidad. Con el agravante de que si el actor no pudiera o no quisiera pagar el incremento y debiera rescindir el contrato muy posiblemente no pueda contratar otra cobertura médica porque el sistema no se lo permitiría por razones de edad.

Se ordenó a Qualitas S. A. abstenerse de aplicar incremento diferencial por razones de edad, en el contrato de medicina prepaga que vinculaba a las partes.

14) Juzgado de Faltas nº 2, La Plata, 30/06/05, “Gómez, Luis c. AMSA SPM”, en *L. L.* 2005-E: 315. El juez Municipal de Defensa del Consumidor ordenó a la empresa que se abstenga de incrementar el monto de la cuota por la prestación del servicio médico contratado por el usuario como así también respecto de todos aquellos casos en que dicha modificación obedezca únicamente a la circunstancia de cumplir años –en el caso, se le incrementó la cuota por haber cumplido 60 años de edad- ya que se encuentra involucrado un derecho de posible afectación de incidencia colectiva.

15) Proceso nº 70012132031, relator Artur Arnildo LUDWIG 31/08/05 site cit. Se trata de un contrato de medicina prepaga a través de la relación laboral. En el caso, la aseguradora o prepaga modificó el contrato que la vinculaba con el actor, alegando que la conclusión de la relación laboral trae aparejado la rescisión de la cobertura grupal anteriormente contratada y su traspaso a la modalidad individual. Si se repara en que la esposa del actor se encontraba embarazada, puede advertirse que la negativa de la empresa a mantenerlo en la modalidad contratada obedeció a su deseo de liberarse del costo del parto.

16) 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. También se trata de un contrato a través de la relación laboral. En el caso, la Cámara no hizo lugar al recurso de apelación interpuesto por la prestataria y confirmó la decisión del juez de primera instancia, que ordenó restablecer la cobertura médica contratada ante la decisión de la empresa de suspenderle la misma alegando que la conclusión de la relación laboral trae como consecuencia la conclusión del contrato de medicina prepaga, aun cuando el usuario asume pagar la cuota correspondiente. Pues bien, el usuario padecía una cardiopatía grave que requería atención, situación conocida por la empresa y que denota los reales motivos de la suspensión de la cobertura. El Tribunal considerando que el argumento de la prepaga para excluir al usuario de la cobertura no tenía sustento pues, como es sabido, quien paga el plan de salud no es el empleador sino el usuario en forma indirecta, declaró que debía aplicarse el art. 31 del Código del Consumidor, según el cual el usuario tiene derecho a permanecer en el referido plan desde que asuma el pago del mismo.

d. Carácter meramente enunciativo de esta enumeración

El examen que a continuación presentamos es meramente ejemplificativo de las cuestiones más señaladas que han dado lugar a planteos antidiscriminatorios en el sistema de salud.

Podemos ofrecer, para indicar caminos de profundización de esta investigación, la estadística de materias sobre las que versaron denuncias de discriminación en el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI)<sup>344</sup> durante los últimos años (Fuente: Elaboración propia en base a los datos suministrados por el INADI, marzo de 2007), dado que en la Agencia Nacional de Salud Suplementaria brasileña no se registran denuncias en tal sentido e ignoramos si las hay en Paraguay y Uruguay porque tal información que obra en poder de la Superintendencia de Salud paraguaya<sup>345</sup> (ley n° 2.319/06 [art. 12]<sup>346</sup> [www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=3987, fecha de captura: 25/10/06] y Decreto n° 20.553/06 [art. 11]<sup>347</sup> [www.leyes.com.py/rubro1.php?r1=25&r2=25&titulo=Sector%20Salud, fecha de captura: 23/02/07]) y la Oficina de atención al Usuario del Ministerio de Salud Pública de Uruguay<sup>348</sup> (comunicación personal, 11 de septiembre de 2007) reviste carácter confidencial.

---

<sup>344</sup> Creado por ley n° 24.515/88 [www.observatoriodelosderechoshumanos.org/modules.php?name=News&file=article&sid=15, fecha de captura: 15/04/07], funciona dentro del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, con facultades de recibir denuncias, emitir dictámenes sobre las mismas, mediación, presentaciones judiciales como acompañante o querellante, elaborar políticas nacionales y adoptar medidas para combatir y prevenir la discriminación.

<sup>345</sup> La Superintendencia de Salud paraguaya, conforme a la ley n° 2.319/06 es el Organismo Técnico de Control y Supervisión del sistema Nacional de Salud.

<sup>346</sup> Art. 12: *“Las informaciones, datos y/o documentos de terceros que haya adquirido o adquiere la Superintendencia, en ejercicio de sus funciones son de carácter confidencial”.*

<sup>347</sup> Art. 11: *“De las reservas de las actuaciones. Las informaciones, datos y documentos de terceros, que obren en poder de la Superintendencia de Salud en virtud de sus funciones, son de carácter reservado, salvo que la ley disponga lo contrario”.*

<sup>348</sup> Según Decreto n° 15/06 (Registro Nacional de leyes y decretos, tomo 1, semestre 1, año 2006: 172), la Oficina de Atención al Usuario del Ministerio de Salud Pública de Uruguay, actúa en segunda instancia cuando la denuncia realizada en la

Sin embargo, el hecho de que no se registren denuncias o éstas sean mínimas no siempre significa que no existan casos en los cuales la situación se ha verificado. Tales, por ejemplo, los señalados supra, d. además, seguramente de otros tantos en los cuales el usuario no ha actuado. En este sentido hay que advertir que muchos desconocen sus derechos y, aún conociéndolos, les cuesta vencer el temor de tipo reverencial a que por quejarse no se les brinde una prestación médica adecuada por parte de las prestatarias, lo cual, sin duda, no hace sino ahondar la subordinación estructural del usuario<sup>349</sup>.

Partiendo de este concepto presentamos los datos estadísticos extraídos del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI). Sobre el total de 84 denuncias recibidas en 2004<sup>350</sup>, 6 fueron contra empresas de medicina prepaga.

En cuadro resulta:

<b>MOTIVOS</b>	<b>DESESTIMADAS</b>	<b>ACEPTADAS</b>
Edad	0	1
Enfermedad	3	2

f. El rol del Estado: el bien público. El bien común

---

Oficina de Atención al Usuario del servicio privado donde éste se asiste no obtuviera respuesta dentro del plazo de veinte días a partir de la presentación o ésta no sea satisfactoria.

<sup>349</sup> En este sentido la educación de los usuarios –a cuya concreción deben proveer el Estado y las asociaciones de consumidores y usuarios- tiene mucho que aportar. Pero la educación de los usuarios, en el correcto sentido que le atribuimos, es una educación informativa para que conociendo cuáles son sus derechos, puedan ejercerlos.

<sup>350</sup> Pues en los períodos 2001-2003 y 2005-2006 no se registran denuncias contra prepagas.

Ante la contundencia del contexto descripto, entendemos que incumbe, sin duda alguna al Estado<sup>351</sup> arbitrar los medios a su alcance para asegura a todas las personas su acceso a las prestaciones de salud evitando así generar la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio del derecho a la salud.

La lesión del derecho a la salud mengua el bien común. Vale advertir para justificarlo cómo la generación de una gran masa de excluidos del sistema de salud privado suscita nefastas derivaciones que de allí resultan al bien común, en primer lugar porque produce efectos sensibles en el sistema público quien, como garante final debe hacerse cargo de quienes pudiendo pagar se los excluye del sistema, y en segundo lugar, porque al hacerlo mengua el acceso de quienes no pueden pagar.

## 6. Derecho a una pronta resolución de los conflictos

Remisión.- En el cap. IV, E y sigs. analizaremos este derecho, que se concreta en la exigencia de que los conflictos en la relación de consumo en que está en riesgo la salud se resuelvan en el tiempo debido.

## E. CONCLUSIONES

---

<sup>351</sup> Ello no implica desconocer la responsabilidad que les cabe a las empresas. Aún así, no es menos cierto que las ataduras jurídicas con que ellas cuentan son insuficientes frente a la magnitud de los requerimientos. Por ello, y hecha la salvedad que antecede, enfatizamos una vez más, que es el Estado quien, como garante final, cuenta con la autoridad legítima y los medios indispensables para afrontar los problemas que encierra la prestación del servicio de salud en la región.

La protección de la salud es un derivado del derecho a la vida, y comprende la integridad psicofísica del ser humano, reconocida por textos constitucionales y tratados internacionales (véase supra cap. I, II g y IV).

Es por tal causa que el usuario tiene derecho a ser protegido en las diversas etapas del contrato, para evitar daños a su integridad psicofísica.

De esta suerte, si bien en el MERCOSUR no hay aún una normativa específica en esta materia, se ha establecido una gran cantidad de normas que en forma indirecta apuntan a amparar la salud.

Podemos citar la regulación del Grupo Mercado Común respecto de la información (resoluciones n° 124/96 [art. 1°], 125/96 [anexo, punto III, 1° párr.] y 21/04); de la adecuada prestación de los servicios (resolución n° 124/96: anexo, inc. 8°); de reparación de los daños patrimoniales y morales (resolución n° 124/96: anexo, inc. 5°); de prácticas comerciales leales (resolución n° 124/96: art. 3°); de no discriminación (resolución n° 124/96: anexo, inc. 2°); de celeridad en la resolución de los conflictos (resolución n° 124/96: anexo, inc. VI).

A pesar de ello, el marco normativo del MERCOSUR no cuenta, hasta el momento, con normas comunitarias sobre protección del usuario de los servicios médicos prepagos, ni tampoco se han emitido aún, pautas mínimas para la armonización legislativa.

Es así que el Grupo Mercado común mediante la resolución n° 126/94, dispone que *“...hasta que sea aprobado el reglamento común para la defensa del consumidor en el MERCOSUR, cada Estado Parte aplicará su legislación de defensa del consumidor y reglamentos técnicos pertinentes a los servicios comercializados en su territorio”* (art. 2°).

Por ello es que actualmente, el régimen del MERCOSUR para la defensa del usuario de los servicios médicos prepagos consiste en la aplicación de la legislación nacional vigente en cada país donde se produce su comercialización.

Claro que entre los Estados Partes del MERCOSUR sólo cuenta con ley vigente de defensa del usuario de los servicios médicos prepagos el Brasil (L. M. P. nº 9.656/98). Los restantes cuentan normativas dictadas por los Ministerios de Salud insuficientes y con leyes de defensa del consumidor, cuyas disposiciones son aplicables al mismo.

Desde el punto de vista comparativo entre las normas de defensa del consumidor de los cuatro Estados Partes, puede destacarse que, no obstante que el Código brasileño prevé un sistema de protección más amplio que los restantes coinciden en las soluciones a las cuestiones más relevantes. Por ello entendemos que existe un nivel mínimo de armonía legislativa entre los mismos pues:

- Son similares los standards de información exigidos por todas las leyes en relación a los servicios, prohíben la publicidad engañosa y otorgan fuerza vinculante al contenido de los anuncios publicitarios;
- Prohíben las cláusulas de inversión de la carga de la prueba, de limitación de responsabilidad, de rescisión o modificación unilateral e incausada;
- Consagran el principio general de interpretación “in dubio pro consumidor” y;
- Establecen una responsabilidad objetiva.

Sin embargo, lamentamos que estas disposiciones no se traduzcan en un comportamiento social empresario<sup>352</sup> consecuente con los principios jurídicos establecidos, porque las transacciones quedan bajo el amplio régimen, nacional e internacional, señalado anteriormente.

Ya hemos apuntado el debilitamiento significativo en la posición del usuario de los servicios médicos prepagos y de la autonomía de la voluntad de su parte, al no poder negociar las condiciones de su contratación sino sólo adherir a lo ya predispuesto por la empresa prestataria del servicio. En este orden, no creemos osado sostener que ni siquiera la prohibición de las cláusulas abusivas impide al usuario ser víctima de actos de discriminación en lo que respecta al acceso a los servicios o a todo el desarrollo del negocio. La amplísima jurisprudencia contra estas empresas de servicios así nos lo muestra.

La pregunta que cabría formular, entonces, es porqué las empresas persisten en esta actitud. Algunas de las razones se podrían ubicar en:

#### 1. La falta de regulación del contrato en Argentina, Paraguay y Uruguay.

---

<sup>352</sup> Entendemos que la responsabilidad de estas empresas está en relación directa con el poder que se les otorga, esto es, a mayor poder, más responsabilidad. Y el poder debe concebirse no sólo desde el ámbito objetivo sino también como poder sustantivo.

Antiguamente se partía de la idea inversa: las empresas no se equivocan. En la década de los años setenta, se establece el principio de responsabilidad social empresaria ante la necesidad de minimizar el impacto de las acciones de las empresas en el medio ambiente y de reconstruir la credibilidad de éstas ante escándalos del tipo *watergate*. Después se amplió a otras cuestiones y, por ende, al sector servicios.

Importa señalar que –como es sabido– a través de un comportamiento social responsable, esto es, leal, ético y de juego limpio –el *fair play* de los juegos– la empresa legitima su existencia y accionar; pero esta no constituye un valor en sí misma, sino que debe existir para garantizar su supervivencia. En fin de cuentas las empresas que sobreviven son aquellas que generan internamente un sentido de pertenencia entre sus miembros y, externamente, una confianza en sus consumidores de que sus necesidades son satisfechas por una empresa comprometida con la sociedad en su conjunto.

2. En general, la ausencia de un Estado eficiente que controle el cumplimiento de los contratos, del modo que lo establecen las leyes y Código de defensa de consumidores y usuarios (Argentina: art. 38 cit.; Brasil: art 51, inc. 1º cit.; Paraguay: art: 41, inc. c cit.; Uruguay: art. 40 cit.), con imposición de severas sanciones por incumplimiento o deficiencias en los servicios que sirvan como instrumentos realmente disuasorios de esas prácticas dañosas que perjudican la salud y la vida del sector de la población que los emplea, pero también el interés económico de los Estados Partes, por los efectos sociales disvaliosos que tales prácticas conllevan.

Si bien las leyes y Código de defensa de consumidores y usuarios (Argentina: art. 47, inc. b; Brasil: arts. 56, inc. I y 61, 66, 67, 75, 76, 77, 78 y 79; Paraguay: art. 51, inc. 5º; Uruguay: art. 47, párr. 3º), la ley de medicina prepaga brasileña (art. 27), el Decreto paraguayo nº 20.553 (art. 35) y el Decreto-Ley uruguayo nº 15.181 (art. 12, inc. C)<sup>353</sup> establecen multas a quienes las/los infrinjan –figura afín a los daños punitivos-<sup>354</sup>

---

<sup>353</sup> Esas multas oscilan los 500 a 500.000 pesos (Argentina) y los 2.000 a 200.000 pesos o las 20 y 4.000 unidades reajustables (Uruguay: Decreto y L. C. respectivamente) y serán graduadas de acuerdo a la gravedad de la infracción hasta el límite de 50.000 reales (Brasil: C. C. y L. M. P. respectivamente) y desde un valor de 50 jornales hasta el 5 % del monto de la facturación promedio mensual de los últimos 12 meses o de acuerdo al caudal económico de la empresa (Paraguay: Decreto y L. C. respectivamente).

<sup>354</sup> Se ha definido a los daños punitivos –traducción no muy feliz del inglés punitive damages- como aquellas “sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se suman a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado, que están destinados a punir inconductas del demandado y a prevenir hechos similares en el futuro” (PIZARRO, 1993: 291-292). Se trata, en otras palabras, de sanciones que no consisten ya en reparar el mal que se ha causado, sino en hacer sufrir al infractor un mal sobre sí mismo en su persona o en sus bienes. Los daños punitivos tienen entonces, como bien lo afirma Sebastián PICASSO, “...un propósito netamente sancionatorio, y revisten particular trascendencia en aquellos casos en que el responsable causó el daño a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva superaría el valor que debería eventualmente desembolsar en concepto de indemnización de daños” (2007: 1). Su origen se sitúa en el Common Law pero se aplican más frecuentemente en los Estados Unidos. Ha tenido recepción legislativa, entre otros países, en Canadá, Australia, Nueva Zelanda y

cumplirían con aquella función disuasoria, a excepción de Brasil que impone severas penas pecuniarias contra quienes infrinjan las normas de defensa del consumidor y usuario<sup>355</sup>, pero lamentablemente las mismas

---

Sudáfrica. No así por los países herederos del derecho continental europeo, como Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay.

<sup>355</sup> Art. 61: *“Constituyen delitos contra las relaciones de consumo previstas en este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y leyes especiales, las conductas tipificadas en los siguientes artículos.*

*Art. 66: Hacer una afirmación falsa o engañosa, u omitir información relevante sobre la naturaleza, característica, calidad, cantidad, seguridad, desempeño, durabilidad, precio o garantía de productos o servicios:*

*Pena - Detención de tres meses a un año y multa.*

*§ 1. Incurrirá en las mismas penalidades quien patrocine la oferta.*

*§ 2. Si el delito es doloso:*

*Pena - Detención de uno a seis meses o multa.*

*Art. 67: Hacer o promover publicidad que sabe o debería saber ser engañosa o abusiva:*

*Pena - Detención de tres meses a un año y multa.*

*Art. 75: Quien incurra, de cualquier forma, en los delitos referidos en este Código, incide en las penalidades prescritas en la medida de su culpabilidad, así como el director, administrador o gerente de la persona jurídica que promueva, permita o por cualquier otro modo apruebe el suministro, oferta, exposición para la venta o mantenimiento en depósito de productos o la oferta y prestación de servicios en las condiciones caracterizadas como prohibidas.*

*Art. 76: Son circunstancias agravantes de los delitos tipificados en este Código:*

*II - ocasionar grave daño individual o colectivo;*

*IV - cuando son cometidos:*

*a) ... por persona cuya condición económica y social sea manifestadamente superior a la de la víctima;*

*b) en detrimento de [...] menor de dieciocho o mayor de sesenta años o de personas portadoras de deficiencia mental impedidas o no;*

*V - ser practicados en operaciones que incluyan [...] servicio esencial.*

*Art. 77: La penalidad pecuniaria prevista en esta Sección será fijada en días-multa, correspondiente al mínimo y al máximo de días de duración de la pena privativa*

son tan endeble que no ofrecen incentivo alguno para el cumplimiento. Ello no significa que justifiquemos su omisión, sino simplemente que con ser importante, la recurrencia a tales sanciones no basta, pues sus montos son insuficientes para privar a las prestatarias de las ganancias o ventajas obtenidas y efectivamente probadas o razonablemente valuadas por el juez.

La cuestión no es entonces menor, toda vez que muchos usuarios en la región ansían no tener que emprender lentos y costosos procesos judiciales –con el consiguiente costo del sistema procesal, que podría tener otro destino socialmente más beneficioso- para lograr el cumplimiento de las normas por parte de las prestatarias de servicios de salud.

---

*de libertad prescrita para el delito. En la individualización de esta multa, el juez observará lo dispuesto en el art. 60, §1 del Código Penal.*

*Art. 78: Además de las penalidades privativas de libertad y de multa, pueden ser impuestas, cumulativa o alternadamente, observado lo dispuesto en los artículos 44 a 47, del Código Penal:*

*I - la privación temporaria de derechos;*

*II - la publicación en medios de comunicación de gran circulación o audiencia, a expensas del condenado, de noticia sobre los hechos y la condenación;*

*III - la prestación de servicios a la comunidad.*

*Art. 79: El monto de la fianza, en las infracciones que trata este Código, será establecido por el juez o por la autoridad que presida la investigación, entre cien y doscientas mil veces el valor del Bonos del Tesoro Nacional (BTN) o índice equivalente que lo venga a sustituir.*

*Párrafo único. Si así lo recomienda la situación económica del inculpado, la fianza podrá ser:*

*a) reducida hasta la mitad de su valor mínimo;*

*b) aumentada por el juez hasta veinte veces”.*

## CAPÍTULO IV

### LA TUTELA DEL USUARIO Y DEL DERECHO A LA SALUD

#### I. GENERALIDADES

Para que el derecho a la salud pueda ser tal, hemos dicho ya en el inicio, debe poder ser ejercido ciertamente y, en caso de negativa, exigir su respeto inmediato contra quien o quienes lo impidan.

En tal sentido, consideramos que el punto medular de la cuestión se centra en el actual fortalecimiento de la figura de los jueces como “controladores y protectores” de los ciudadanos dentro de nuestra sociedad y, por tanto, en la necesidad de contar éstos con herramientas procesales idóneas para satisfacer aquello de “dar a cada uno lo suyo” en forma rápida y eficaz, sin dilaciones que conviertan en abstracta la decisión judicial.

Con un criterio funcional del derecho entendemos que el bien jurídico que está en juego no puede protegerse a través del sistema clásico –tradicional- del proceso de dos partes, donde cada una busca solucionar su problema particular.

En consecuencia, no creemos osado sostener que la solución para este tema no encaja en los esquemas ortodoxos ni fue contemplada en los códigos y leyes del siglo pasado. Por ello señalamos que hay que repensar esta cuestión sin perder de vista el derecho a la salud que se desea tutelar, adecuadamente, ante los requerimientos del presente.

Aceptando la necesidad de tutelar el derecho a la salud deberemos plantearnos su funcionalidad actual en el espectro de su custodia, legitimación y procedimientos previstos ante su vulneración.

## II. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LOS ESTADOS PARTES

### A. Advertencia previa

Es sostenida por la doctrina la teoría de que debe admitirse la tutela judicial expedita del derecho a la salud, pero aun las legislaciones no se encuentran suficientemente desarrolladas en la materia y en el MERCOSUR no existe de hecho ese imprescindible resguardo.

A partir de estas carencias, ha de evaluarse el estado de la cuestión, reparando, asimismo, que en la órbita del derecho a la salud del usuario de los servicios médicos prepagos recién nos encontramos en una etapa de presentación del tema, de exteriorización de las múltiples notas que lo caracterizan, de la importancia que reviste la consideración de la cuestión y de que previo a la formulación de propuestas, y acaso posterior consagración de las normas que regulen los diversos aspectos de esa tutela, se halla la necesidad de formar conciencia al respecto.

Sin embargo, como se irá desarrollando en los párrafos siguientes, va abriéndose camino –a través de la elección de este tema en trabajos científicos, congresos, jornadas- un acelerado avance que se comprueba en la toma de posición de la importancia de la materia.

De allí que no ha de extrañar que la defensa de este derecho se vaya soportando, en creciente medida, en asociaciones de defensa de consumidores y usuarios que se consideran habilitadas a interponer recursos y acciones administrativas o judiciales, contra los actos, hechos u omisiones que vulneran este derecho.

La cuestión referida a la protección del derecho a la salud, en el MERCOSUR, lleva al análisis de la legislación, doctrina y jurisprudencia.

Abordaremos sucesivamente los aspectos que se relacionan con los órganos a los que se confía su custodia, los procedimientos previstos, el alcance de la legitimación que se requiere para asumir su defensa y los distintos legitimados. Finalmente, intentaremos obtener las conclusiones correspondientes.

## B. Órganos de control

La tutela del derecho a la salud, en el MERCOSUR está encomendada a los órganos administrativos y a la jurisdicción judicial.

1. La competencia de la Administración deriva de la propia naturaleza de las normas a través de las cuales se tiende a proteger a los consumidores de bienes y usuarios de servicios ante la desigualdad que entrañan los contratos de consumo.

El ejercicio del poder de policía por parte del Estado origina la fuente jurígena de las restricciones a las prestatarias en aras de la igualdad real de los contratantes.

En ese contexto, es la propia Administración, en sus distintos niveles, la que lleva la carga de hacer observar el cumplimiento de las reglamentaciones y, para asegurarlo, está facultada para aplicar sanciones mediante típicas penalidades administrativas en caso de infracción: apercibimiento, multa, pérdida de concesiones, entre otras (Argentina: art. 47 L. C.; Brasil: art. 56 C. C.; Paraguay: art. 51 L. C.; Uruguay: art. 51 L. C.) y para remitir las actuaciones al juez competente si del sumario surgiese la eventual comisión de un delito (Argentina: arts. 45 a 51 L. C.).

El trámite administrativo, sin costo alguno, se inicia de oficio o a requerimiento de quien invoque un interés particular o actúe en defensa del interés general de los usuarios (Argentina: art. 45 L. C.; Brasil: art. 55 C. C.; Paraguay: art. 45 L. C.; Uruguay: art. 42 L. C.) resolviéndose previa instancia conciliadora (Argentina: art. 45, párr. 2º L. C.; Paraguay: art. 41, inc. e L. C.; Uruguay: art. 42, párr. 7º L. C.). La instancia revisora jurisdiccional posibilita el contralor de legitimidad de la decisión.

Si bien este trámite en el área de la administración y aun su ulterior revisión en sede judicial, tienden a preservar, en forma inmediata, la legalidad del acto administrativo y la incolumidad de la prestación del servicio de salud amparan al usuario únicamente de modo mediato, pues carecen de la eficacia y efectividad para evitar, con la máxima urgencia que los daños se produzcan, o, siquiera amenacen a ese bien vital que compromete la suerte de toda la sociedad (ver cap. I, VI B).

2. Los jueces comunes, por su parte, conocen originariamente de los conflictos en que se alega la violación del derecho a la salud. Para ello no existen competencias especiales, pero sí un procedimiento excepcional: la acción de amparo (Argentina: art. 43 C. N.; Brasil: art. 5º, inc. LXIX C. N.; Paraguay: art. 134 C. N.; Uruguay: arts. 7º, 72 y 322 C. N. que, si bien no lo establecen expresamente, avalan su operatividad y ley nº 16.011).

3. El arbitraje en materia de consumo, como mecanismo alternativo de solución de conflictos, es previsto en forma expresa por el derecho argentino (art. 59 L. C.), que insta a la autoridad de aplicación a promover la organización de tribunales arbitrales, que actuarán según el caso, como amigables componedores o como árbitros de derecho e, implícitamente, por el derecho brasileño y paraguayo al considerar abusivas las cláusulas

que impongan la utilización obligatoria del arbitraje (Brasil: art. 51, inc. VII C. C.; Paraguay: art. 28, inc. d L. C.).

4. También se propicia como mecanismo alternativo la creación de procedimientos extrajudiciales por las prestatarias, para la recepción de reclamos y solucionar las controversias con los consumidores y usuarios (Directrices de las Naciones Unidas: art. 29; Argentina: art. 59 L. C.; Brasil: art. 4º, inc. V C. C.; Paraguay: art. 47, inc. b L. C.; Uruguay: decreto n° 15/006).

En ese sentido, la legislación autoriza a las asociaciones de consumidores y usuarios a recibir reclamos, facilitar el acercamiento de las partes e instar a la conciliación extrajudicial (Argentina: arts. 56, inc. d y 58 L. C.; Paraguay: art. 47 L. C.).

### C. Procedimiento

En el trámite ante la administración, se aplican normas procedimentales –administrativas- que, en general, no difieren de las que regulan el proceso común. No obstante, se destacan algunos principios básicos diferenciales que lo gobiernan: informalismo, simplificación y amplios poderes del órgano para el esclarecimiento de las cuestiones debatidas. Las reglas en la instancia revisora judicial –contencioso administrativa- son, en cambio, más formalistas y no se diferencian, en general, de las aplicables al proceso civil; el juez o tribunal no ejerce mayores poderes procesales que los que se conceden al juez civil.

El juez o tribunal civil está facultado para sustanciar las cuestiones del derecho común –nulidades, interpretaciones judiciales, cumplimiento de contratos, rescisiones, prevención de daños, entre otras- y para declarar la inconstitucionalidad del acto u omisión de la prestataria que,

en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta la salud como derecho eminente del usuario en el marco del amparo.

D. Legitimación.- La pregunta es quien o quienes pueden iniciar el procedimiento administrativo –denuncias- o promover una acción o recurso de amparo.

### 1. Particulares

En el derecho interno de los Estados Partes se admite la legitimación a los “particulares” para llevar individualmente ante la administración y ante los tribunales de justicia acciones en defensa del derecho a la salud.

### 2. El Defensor del Pueblo y las asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios

Si bien legalmente sólo el usuario tiene un verdadero derecho subjetivo o derecho a secas, el que genera las únicas pretensiones que se pueden hacer valer en juicio, no puede dejar de consignarse que en la legislación vigente (Argentina: arts. 43, 2º párr. C. N y 55 L. C.; Brasil: art. 82, inc. IV C. C.; Paraguay: art. 276 C. N. y 47, incs. b y c L. C.) se confía al Defensor del Pueblo y a las asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios legitimación para impugnar actos lesivos del derecho a la salud de quienes, sin ser perjudicados directamente –los perjudicados directos son los “afectados”- se ven agraviados porque los

efectos dañinos de la conducta cuestionada inciden sobre ellos, esto es, sobre lo colectivo.

Así, por ejemplo, si se rescinde o modifica el contrato por haber alcanzado el usuario determinada edad o por contraer una enfermedad, el agravio incide sobre todos los usuarios que están próximos a alcanzar tal edad o padecen tal enfermedad, que colectivamente son discriminados aunque en potencia o de manera mediata o indirecta. Por ello, además de la acción que pueda o no plantear el afectado –el excluido de la cobertura o el que no la recibe en la calidad debida –los demás miembros del colectivo pueden buscar la protección reparadora del agravio colectivo, a través de un representante de todos ellos, por ministerio de la constitución o legislación infraconstitucional que es el Defensor del Pueblo, o por las asociaciones constituidas para tal fin.

Con todo, los motivos más frecuentes de denuncias ante Asociaciones de Defensa de Consumidores y Usuarios han sido: el incumplimiento de la oferta y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos (Dirección General de Defensa del Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, comunicación personal, 4 de mayo de 2007; Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur – Proconsumer- [[www.proconsumer.org.ar](http://www.proconsumer.org.ar), fecha de captura: 26/04/07]; Consumidores y Usuarios Asociados de Uruguay –CUA-, comunicación personal, 8 de mayo de 2007), así como, -exceptuando a los servicios prepagos top<sup>356</sup>- la mala calidad e ineficiencia de los servicios de salud (Liga Uruguaya de Defensa del Consumidor –LIUDECO-, comunicación personal, 25 de abril de 2007). En cuanto a las denuncias efectuadas ante la Defensoría del Pueblo éstas han sido escasas. Por ejemplo, la Defensoría del Pueblo de Paraguay recibe aproximadamente 1 a 10

---

<sup>356</sup> Los servicios prepagos top tienen un precio de hasta el doble o el triple de los comunes. En estos, por ejemplo, la hora y los análisis se obtienen en el día, los médicos respetan muy puntualmente los horarios y las intervenciones quirúrgicas suelen ser planificadas en forma rápida.

denuncias al año referente a refinanciamientos y gestiones (comunicación personal, 27 de septiembre de 2007).

#### E. Evaluación sintética

Como conclusión de este capítulo, puede afirmarse, en general, que si bien los órganos, legitimación y procedimientos previstos para la defensa de los derechos de los usuarios de los servicios médicos prepagos constituyen herramientas de gran utilidad, resultan insuficientes para implementar concreta y eficazmente la protección del mismo.

Los órganos administrativos de defensa del consumidor y usuario en el MERCOSUR son centralizados, jerárquicamente irrelevantes e intrascendentes.

Si bien en Argentina, a nivel nacional, funciona una Dirección, ocupa el quinto lugar en la escala ministerial y no se ocupa exclusivamente de la defensa del usuario, sino conjuntamente con la lealtad comercial.

Seguramente la excepción, en la región, está constituida por algunos órganos administrativos brasileños (PROCON), en los Estados de São Paulo y Río Grande do Sul, cuya actuación es reconocida por su eficiencia, al igual que el Ministerio Público de esos Estados.

A ello se suma la debilidad que también caracteriza a las asociaciones de consumidores y usuarios –a excepción de la asociación brasileña IDEC, con sede en São Paulo, caracterizada por una actuación idónea- y la escasa fuerza de acción de los entes públicos reguladores.

Finalmente, la insuficiencia de los instrumentos previstos para la protección del usuario, se agudiza en la medida que el procedimiento judicial del amparo aparece enfrentado con los postulados de celeridad y

eficacia consagrados por la normativa interna (Argentina: art. 42 C. N., Brasil. art. 6º, inc. VI C. C.; Paraguay: art. 38 C. N. y 6º, inc. f L. C.; Uruguay: art. 6º, párr. 8 L. C.), comunitaria (proyecto de Reglamento Común para la defensa del consumidor en el MERCOSUR: resolución nº 124/96 Grupo Mercado Común, anexo, inc. VI) e internacional (Directrices de las Naciones Unidas) para la prevención y solución de conflictos.

Aquí entra en nuestra escena el derecho del usuario a una pronta resolución de los conflictos en que está en juego su salud. Entendemos que este derecho –al estar vinculado a la situación existencial- sólo puede instrumentarse a través de una vía procesal rápida y la pregunta que se impone es aquella que intenta verificar cuál de las especies que participan del género “proceso urgente” constituye el carril procedimental idóneo para asegurar prestaciones médicas de urgencia negadas por la prestataria.

Y esta pregunta nos lleva a plantear, a su vez, cinco interrogantes, esenciales –a nuestro juicio- para tratar de dar una respuesta a esta cuestión:

1. Si es verdad que la figura del amparo y la medida cautelar, entre otros instrumentos procesales que se subsumen dentro de la categoría de los procesos urgentes, acuñan la efectividad de los derechos humanos en todos los aspectos, o hay ámbitos en que el amparo y la medida cautelar no tienen porqué cobrar ese significado.

2. Si el amparo y la medida cautelar constituyen las únicas vías para la protección del derecho a la salud, excluyendo a todas las demás, o más bien estas vías deben funcionar siempre que no exista otro medio procedimental más idóneo.

3. Si lo “idóneo” puede entenderse de una sola forma o el término “idóneo” es polisémico y para comprenderlo necesitamos analizar los valores que están en juego.

4. Si lo prioritario para este medio procedimental “idóneo” no debe ser lo formal, sino, sencillamente, lo “material”.

5. Si solo la medida procesal de celeridad judicial, que tenga por base-marco posibilitar al más necesitado del accionar del poder judicial tener un real y rápido acceso a la concreción de sus derechos, pero no renuncie a las aportaciones de otros mecanismos, hace posible la configuración teórico-práctica de un derecho a una pronta resolución de los conflictos.

#### F. Tres hipótesis para una pronta resolución de los conflictos

Con respecto a estas cinco cuestiones pretende el presente trabajo aventurar tres hipótesis, que trataremos de contrastar en este punto convirtiéndolas en tesis:

1. La primera de ellas consiste en afirmar que el elemento distintivo del amparo y la medida cautelar no es siempre la necesaria efectividad. Así es en algunos asuntos pero no en otros.

Fallarían, pues, la arquitectónica formal<sup>357</sup> en el sentido de que el marco del amparo y la medida cautelar no es válido para dar adecuada

---

<sup>357</sup> Creemos que esta falencia se relaciona con el peso del tecnicismo estricto como método de solución de controversias que forjó el liberalismo positivista que, en el caso que nos ocupa, aparece desbordado porque ya ni su estructura ni el andamiaje en que se soporta son aptos para satisfacer la función social ni la finalidad última de hacer justicia que es lo prometido por el derecho de fondo.

satisfacción a todos los derechos, sino que algunos derechos requieren un tipo procedimental distinto, como es el caso de la salud.

2. En segundo lugar puede decirse que el amparo y la medida cautelar no son las únicas vías que permiten activar el derecho a la salud para hacerlo efectivo, sino que precisamos otro mecanismo procesal para responder al reto de una tutela judicial efectiva y sin demoras indebidas.

Sin duda la realidad manda y el amparo y la medida cautelar se han ido mostrando insuficientes como instrumentos procedimentales y garantía de los contenidos del derecho a la salud, pues, como se sabe, requieren la iniciación de una pretensión principal.

Obligar al usuario ante una situación donde su vida está en grave peligro a sustanciar un juicio que no le interesa ni le sirve por cuanto deviene en abstracto una vez que se resuelve la medida urgente esgrimida cuando lo único que pretende es que se le suministre la prestación médica que considera más adecuada para su caso, implicaría ignorar el deber judicial de tutelar el derecho a la vida, que incluye el derecho a la atención de la salud; específicamente, significaría no hacer cesar un daño que disminuye instante tras instante su calidad de vida y, por tanto, su dignidad<sup>358</sup>.

3. En tercer lugar, creemos que no se ajusta a la realidad del fenómeno jurídico tratar de entenderlo recurriendo a dos mecanismos procesales de celeridad judicial. Por el contrario, cada uno de estos instrumentos tiene un peso específico en cada uno de los aspectos del derecho de fondo y es imposible prescindir de alguno de ellos.

---

<sup>358</sup> Señala con razón el jurista español Jesús GONZÁLEZ PEREZ: *“La dignidad humana es intangible porque así se ha decidido [...] El Derecho positivo sólo será Derecho en la medida que sus normas sean expresión de aquellos principios y regulen los procedimientos idóneos para su plena realización en la vida social”* (1986: 19).

En orden a estas ideas se concluye que frente a los valores ultraconstitucionales comprometidos en este punto, tales como el derecho a la salud y, eventualmente, el derecho a la vida del usuario<sup>359</sup>, es imperioso contar con un mecanismo idóneo y efectivo, que comporte la modulación de dichos valores, anticipándose a la causación o agravación de su vulneración, para tutelar integral y oportunamente el derecho a la atención sanitaria, frente a un cuadro en el cual la demora en la sustanciación del proceso podría tornar ilusorio tal derecho.

Creemos que la medida autosatisfactiva –denominación pergeñada por el jurista argentino Jorge W. PEYRANO- puede aportar la rapidez y eficacia en este trascendental sentido.

De ahí que intentemos en el siguiente punto calibrar la idoneidad de la medida autosatisfactiva como herramienta del derecho fundamental a la salud.

G. Propuesta para la aplicación de la medida autosatisfactiva al campo de la medicina privada

Habida cuenta de que el carril procedimental depende en último término de los valores en juego, proponemos la medida autosatisfactiva como una suerte de solución urgente no cautelar<sup>360</sup>, que se agota –de ahí

---

<sup>359</sup> Estos valores requieren inmediatez porque son temporales y espaciales. De allí que fuera de tiempo y lugar debidos dejen de ser prioridades para convertirse simplemente en un no valor, colocando en sumo peligro la salud, que es la vida del usuario.

<sup>360</sup> Cabe señalar que tal medida es conocida en doctrina y jurisprudencia con diferentes nombres, tales como anticipación de tutela (MORELLO), cautela material (BERIZONCE), sentencias anticipatorias (RIVAS), tutela inhibitoria (LORENZETTI) y anticipo de jurisdicción (C. S. J. N. “Camacho Acosta, Máximo c/Grafi Graf S. R. L. y otros”, en *L. L.* 1997-E: 652. En la especie el Máximo Tribunal admitió el “anticipo de jurisdicción” al resolver un caso en que un empleado que sufrió la amputación de su antebrazo izquierdo por una máquina de propiedad de los demandados, reclamó junto

lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable sin oír a la prestataria y sin necesidad de interponer una coetánea o ulterior pretensión principal para evitar su caducidad o decaimiento; que se expresa en situaciones donde está en riesgo la salud del usuario, que es su propia vida. Que se expresa en ellas quiere decir que la medida autosatisfactiva es la resultante de un doble movimiento: del proceso “inductivo” por el que se configura a partir del valor que está en juego, y del proceso “deductivo” por el que el valor se aplica como *“...imperativo de una sociedad que quiere establecer un sistema de preferencias o metas seleccionadas: primero los seres humanos”* (GHERSI, 2001: 80).

De la potenciación de este doble proceso y de la encarnación en magistrados que lo hagan operativo –como bien dice el Proyecto de Código Civil argentino de 1998 (art. 396) ordenando lo necesario para evitar o prevenir futuros daños, en nuestro caso, a la salud- depende –a nuestro juicio- la única esperanza de crear una justicia acorde con un derecho a la salud sustentable.

---

con la demanda por daños y perjuicios el dictado de una medida cautelar innovativa que impusiera a los demandados el pago de una prótesis en reemplazo de su antebrazo.

La Corte revocó la sentencia de la Cámara y considerando que el caso requería una decisión jurisdiccional eficaz pues la tardanza en la colocación de la prótesis al momento de la sentencia definitiva le provocaría un perjuicio irreversible en la posibilidad de recuperación física y psíquica, declaró procedente la medida. El argumento de la Corte fue: *“...si bien es cierto que las resoluciones adoptadas en materia de medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso extraordinario, tal principio cede cuando la decisión produce un agravio de insuficiente, tardía o dificultosa reparación ulterior, o bien cuando la alteración de la situación de hecho o de derecho pudiera influir en la sentencia o convertiría su ejecución en ineficaz o imposible”*. También dijo: *“...la Alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuizgamiento, pues en ciertas ocasiones –como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa- existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar – mediante esa vía- un agravio causado a su integridad física y psíquica tutelada por el art. 5º, inc. 1º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”*. He aquí la cuestión: de no accederse al “anticipo de jurisdicción” solicitado por el actor, se produciría un daño irreparable. La originalidad del proceso reside en la consagración pretoriana de un verdadero anticipo parcial de la tutela de mérito y en la traspolación a nuestro medio de los recaudos exigidos por el art. 273 del Código Procesal brasileño para habilitar el dictado de una sentencia anticipatoria. Por ello este fallo constituye el “leading case” de las medidas autosatisfactivas.

Sin embargo, puede plantearse una divergencia fundamental según la significación que se le asigne al valor que está en juego. Así podría afirmarse que es inconstitucional el proceso de las medidas autosatisfactivas porque al despacharse sin oír a la contraparte afectaría el “debido proceso”. Nosotros creemos que no por postergarse o invertirse el principio de bilateralidad a los fines de asegurar una tutela eficaz deja por ello de ser constitucional el proceso de las medidas autosatisfactivas. Considerando el valor de jerarquía superior que autoriza tal postergación, como debe ser, ese proceso será siempre constitucional. A este respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia Nacional que “...*el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional*” (fallos 310: 112)<sup>361</sup>. “*El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de la naturaleza trascendente-, su persona es inviolable. El respeto por la persona humana es un valor fundamental, jurídicamente protegido, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*” (fallos 316: 479)<sup>362</sup>, y que siempre que sea forzoso optar por la salvación de uno entre dos valores jurídicos contrapuestos, la elección efectuada a favor del que posee mayor jerarquía de ningún modo puede ser considerada irrazonable (fallos 246: 345<sup>363</sup>; 253: 133<sup>364</sup>).

---

<sup>361</sup> Tal la conclusión a la que arribó la Corte en el caso “Cisilotto, María del Carmen Baricalla de c/Estado Nacional (Ministerio de Salud y acción Social) s/amparo” al confirmar la sentencia apelada por la actora, por la cual se denegó su reclamo tendiente a que el Estado Nacional a través del Ministerio de Salud y Acción Social le suministrara el denominado complejo crotoxina A y B, que requería la enfermedad cancerosa que padecía su hijo menor de edad, por entender que los motivos puestos de manifiesto por el órgano legalmente autorizado -que acreditan que dicha sustancia no provoca, aquí y ahora, efectos curativos- son inequívocamente exactos.

<sup>362</sup> Criterio éste seguido por la Corte en el caso “Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar”, referido a la objeción a una transfusión de sangre, fundada en convicciones íntimas de carácter religioso, al revocar el pronunciamiento que obligaba al actor a actuar contra los mandatos de su conciencia religiosa por considerar que la dignidad humana debe prevalecer aquí frente al perjuicio que posiblemente causaría la referida ausencia de transfusión sanguínea.

<sup>363</sup> Criterio éste que sirvió de fundamento a la Corte al resolver un caso (“Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Prattico, Carmelo y otros

Quizás ayude en pro de suscitar el convencimiento respecto de la necesidad de reconocer e instrumentar la medida autosatisfactiva, traer a cuento algunos pronunciamientos jurisprudenciales donde resulta a todas luces evidente que ninguna demanda se quería o podía promover después de lograda la solución urgente que los casos requerían. En el primer caso se trataba de una menor de edad que padecía de insuficiencia respiratoria crónica e hipertensión pulmonar que se hallaba conectada a un equipo de oxigenoterapia a domicilio provisto por la obra social a través de la empresa AGA-Gases Lomas S. A. Sucedió que al ser despedida su madre de la clínica donde trabajaba, la empresa AGA le avisó que desconectaría y se llevaría el equipo que proveía el oxígeno a su hija. Ante ello la madre de la menor se presentó judicialmente solicitando la extensión de la cobertura del equipo de oxigenoterapia, imprescindible para la vida de la menor, hasta que el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires le proporcionara los equipos que su hija necesitaba, obteniendo resolución favorable que adquiriera firmeza, aplicando el Tribunal –con muy buen criterio- el procedimiento previsto para las medidas cautelares genéricas previstas en el art. 232 del Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires (ALJA 1968-B:1446) adaptado a las exigencias de sencillez y urgencia de las medidas

---

c/Basso y Cía”) en el cual el problema debatido era el conflicto entre la libertad de contratar del empleador con la libertad contra la opresión del empleado u obrero. El caso fue originado al haberse impuesto a los empleadores el pago de un aumento mínimo de emergencia –de sueldos y salarios-. El recurso se fundó en el art. 17 de la Constitución Nacional, esto es, en la supuesta vulneración de la libertad de contratar y la libre actividad privada que conlleva la imposición del referido pago al crear un impuesto en provecho de particulares. La Corte considerando que los decretos contra los que se dirigía la impugnación del apelante ninguna relación guardaban con el ejercicio del poder impositivo pues constituían manifestaciones del Poder de policía del Estado Nacional declaró que toda vez que la libertad de contratar del empleador entre en conflicto con la libertad contra la opresión del empleado u obrero, esta última debe prevalecer sobre aquélla, porque posee mayor jerarquía.

<sup>364</sup> A esta conclusión ha llegado la Corte, al confirmar la sentencia apelada y denegar la personería política del Partido Obrero en el caso “Partido Obrero (Capital Federal) s/personería” por entender que su actuación se traduciría en peligro cierto y real para la subsistencia del Estado democrático, esto es, que el interés sujeto a reglamentación y el interés beneficiario de ella no pueden coexistir de ninguna manera, debiendo sacrificar el interés del menos valioso.

autosatisfactivas a fin de brindar una tutela integral y oportuna al derecho a la atención sanitaria. El fundamento del fallo fue: *“Ante el derecho de vivir, personalísimo, y más que esencial esencialísimo [...] pues de él dependen todos los demás bienes, se tiene derecho a que los demás se abstengan de atacarlo, a la conservación de la vida y al goce de ella. Y en la dimensión jurídica, el goce comporta su defensa [...] la distracción judicial ante la exigencia constitucional-procesal de una tutela judicial efectiva y sin demoras indebidas tendría como consecuencia un daño irreparable de bienes esencialísimos, como son la salud y la vida de una niña oxigenodependiente, sólo evitable si la pretensión se acoge en tiempo oportuno”* (Tribunal de Familia de Lomas de Zamora n° 3, 21/05/99, “S. M. I.”, en J. A., 07/06/00, n° 6197: 82, con nota aprobatoria de Carlos GHERSI: “Derecho civil constitucional a la salud. Medidas autosatisfactivas”)<sup>365</sup>.

En otro caso producido con motivo de la interrupción del tratamiento que como portador del virus H. I. V. requería el accionante en razón de que sus escasos recursos le impedían afrontar el costo, el Tribunal dispuso, en calidad de medida autosatisfactiva, que la prestataria le suministre de manera regular, continua y permanente los medicamentos necesarios para el tratamiento de su enfermedad. Se expresó en los fundamentos que estando en juego uno de los derechos más relevantes, como el derecho a la salud, es menester su tutela inmediata a través de una medida autosatisfactiva (Juzg. Nac. Civ. N° 67, 08/09/99, “R. D., J. S. v. Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica”, en

---

<sup>365</sup> El anotador afirma que *“El Tribunal de Familia de Lomas de Zamora [...] da en los presentes autos un claro ejemplo de un Poder Judicial al servicio de los seres humanos, como debe ser, con celeridad, en protección de la vida y obligando a las empresas, más allá de su carácter privado y esencialmente economicista, a cumplir con el rol social que deben tener”*.

J. A. 2001-II: 454, con nota aprobatoria de Carlos GHERSI: “El derecho constitucional a la salud y el P. M. O.: Las medidas autosatisfactivas”<sup>366</sup>.

Por fin, destacamos otro caso originado al haber sido dilatada la entrega del medicamento prescrito para el tratamiento de la grave enfermedad oncológica que padecía la accionante, quien promovió acción de amparo a efectos de que cesara la falta de atención médica que la perjudicaba. El Tribunal considerando que el amparo no resultaba idóneo como carril procedimental en autos, pues deviene abstracta la cuestión una vez que se resuelve la medida urgente solicitada simultáneamente, porque coinciden ambas pretensiones, declaró procedente la medida urgente solicitada, en calidad de autosatisfactiva (Tribunal de Familia de Lomas de Zamora nº 3, 24/05/01, “M. H. N. v. Pami”, en J. A. 29/08/01, nº 6261: 74, con nota aprobatoria de Carlos GHERSI: “Medidas autosatisfactivas: El poder judicial y los derechos humanos”)<sup>367</sup>.

En los casos expuestos, ¿Cuál otra cosa podían requerir los accionantes, que simplemente, procurar que rápida y eficazmente se les suministre la prestación médica de urgencia para resguardar su salud o la de su grupo familiar? ¿Qué acción principal podrían éstos haber iniciado, o, el Tribunal haber dado cabida para mantener la solución de urgencia obtenida?

Es más. Supongamos que se está violando el derecho del usuario a no ser discriminado mediante la rescisión del vínculo contractual en razón de haber alcanzado determinada edad o advertir que padece una enfermedad ¿no podría éste reclamar judicialmente la cesación inmediata

---

<sup>366</sup> El anotador dice que la aplicación de la medida autosatisfactiva por parte de la magistrada en el caso de autos constituye “...una justicia acorde con un derecho a la salud sustentable, en un país civilizado, que pretende ser del primer mundo, pues la salud y la vida de los habitantes no saben de derechos per se o en expectativa de reconocimiento”.

<sup>367</sup> El anotador califica a la sentencia como trascendental y “...señera en la protección del ser humano ante la adversidad de la enfermedad y la crueldad del sistema, que muchos funcionarios sobreponen a la vida de las personas”.

del acto discriminatorio sin tener que promover un ulterior proceso sustantivo tal como lo manda el art 1º de la ley antidiscriminatoria argentina nº 23.592?

Creemos que el texto y espíritu del art. 1º de la ley citada precedentemente está diciendo que rápidamente deberá hacerse cesar todo acto que vulnere el derecho a no ser discriminado sin condicionar tal cese a la promoción de un juicio principal. Ello sin perjuicio de que se pueda optar por algún otro proceso urgente.

No es casual entonces que la Corte Suprema de Justicia Nacional haya declarado que la garantía constitucional de la defensa en juicio y del debido proceso –el proceso justo- no se agota con el cumplimiento formal de los trámites previstos en las leyes adjetivas sino que se extiende a la necesidad de obtener una rápida y eficaz decisión judicial, evitando, dentro de los límites de lo razonable y conforme a las circunstancias de cada caso, una dispendiosa y eventualmente inútil actividad jurisdiccional (“Hussar Otto vs. ANSES”, 10/10/96 [www.laleyonline.com.ar, fecha de captura: 03/10/07])<sup>368</sup>; Es ese “ya” –no después- de la tutela efectiva que vemos con singular necesidad en el campo de la salud. Y nada más auspicioso para caminar en esa dirección que postular la utilidad de una tutela diferenciada: la medida autosatisfactiva como instrumento procesal para asegurar prestaciones médicas de urgencia negadas por la prestataria.

### III. HACIA UNA CONCIENTIZACIÓN MÁS GENERALIZADORA

---

<sup>368</sup> Criterio éste seguido por el Tribunal al confirmar la sentencia apelada que declaró la inconstitucionalidad del art. 24 de la ley nº 24.463 por entender que al imponerle al actor –quien había solicitado el reajuste de su haber jubilatorio y, al ser éste denegado, apeló ante la ex Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social- iniciar un nuevo juicio ante juzgados de primera instancia lesionaba el principio de preclusión y las garantías de defensa en juicio (arts. 17 y 18 C. N.), razón por la cual solicitó se dictara la sentencia sin más trámite.

Queremos destacar lo que hemos señalado precedentemente (véase supra, II. A). En el MERCOSUR el estado actual de la cuestión debatida se circunscribe a tanteos sucesivos que distan de haber alcanzado metas definitivas, circunstancia que hace aflorar su debida atención.

Ciertamente, puede afirmarse que la protección de la salud del usuario de los servicios médicos prepagos dista de tratarse de una cuestión puramente académica, toda vez que ella se centra en un horizonte de amplísimas repercusiones. De ahí que el plantear el problema de la protección jurídica del usuario en la región, hace a una exigencia fuerte y real.

#### IV. BASES DE POLÍTICA PROPUESTAS

##### A. Recomendaciones:

1. La extensión de la legitimación procesal que se reconoce en los organismos representativos que, dentro de los parámetros prefigurados han asumido la representación de los usuarios no puede controvertirse. La necesidad de preservar la salud de las personas justifica plenamente la solución legal. Ella impide toda dilación o negativa de índole procesal para sustanciar la acción preventiva de protección fundada sobre el interés legítimo o la personería del peticionario.

2. 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.

3. Debe reconocerse a los usuarios legitimación activa para interponer la medida autosatisfactiva contra las prestatarias de servicios de salud que con sus acciones u omisiones comprometan su salud.

4. Los alcances de la cosa juzgada de la medida que decrete 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 prestataria.

5. Finalmente, se deberá auspiciar la búsqueda de soluciones en el ámbito regional que, respetando las particularidades de cada país, posibiliten a un futuro la vigencia de un derecho común.

B. Para arbitrar esos postulados programáticos básicos, se hace indispensable subrayar algunas cuestiones que exigen un mayor desarrollo. Así:

1. Es insuficiente encomendar a la administración la tutela del derecho a la salud pues ampara al usuario únicamente de modo mediato.

2. Es indiscutible que para dar adecuada tutela al derecho a la salud es preferible una legitimación combinada puesto que el bien jurídico a tutelar se cubre mejor si el reconocimiento es concurrente.

3. Tampoco es suficiente el régimen del amparo y la medida cautelar – entre otros instrumentos procesales que se subsumen dentro de la categoría de los procesos urgentes- como carril procedimental para asegurar prestaciones médicas de urgencia negadas por la prestataria.

4. La efectiva vigencia del derecho a la salud está condicionada a que la función judicial asuma la cuota de compromiso social con los problemas de nuestro tiempo, lo que demanda el tránsito desde el garantismo formal a un garantismo funcional, teleológico, que facilite y no malogre la operatividad con celeridad y anticipándose a la causación o agravación del daño a la salud.

5. Coetáneamente debe cambiar de orientación el concepto que tradicionalmente se ha afianzado del debido proceso –el proceso justo- que se ve constreñido a brindar concesiones a esta nueva dimensión de tutela a fin de cumplimentar el propósito de afianzar la justicia enunciado por las Constituciones Nacionales de los Estados Partes (Argentina: Preámbulo; Brasil: art. 3º, Inc. I; Paraguay: Preámbulo; Uruguay: art. 30 en forma implícita en el derecho de petición). No debe perderse de vista que tal “...propósito liminar y de por sí operativo, que no sólo se refiere al Poder Judicial, sino a la salvaguarda del valor justicia en los conflictos jurídicos concretos que se plantean en el seno de la comunidad” (C. S. J.

N., "Bramajo, Hernán Javier s/incidente de excarcelación", 12/09/96, fallos 319: 1840)<sup>369</sup>.

C. Por último, en el diseño de una política procesal factible, nos parece que no puede prescindirse de aquellas herramientas procesales que se han mostrado eficaces para dar soluciones urgentes a lo pretendido por los postulantes.

En este sentido el derecho argentino ha receptado a través de una reglamentación legal en el orden provincial, la medida autosatisfactiva.

Entendemos que esta vía expeditiva, que ha impedido en resonantes conflictos que la acción o la omisión arbitraria de las prestatarias y aún del Estado, pudiera hacer ilusoria la efectividad del derecho a la salud, con solo correcciones que atiendan a las características destacadas de este derecho, puede constituirse en una canalización operativa que acuerde, concretamente, la tutela efectiva que se postula.

Es de señalar al respecto que una incipiente jurisprudencia, de modo valiente y en ausencia de toda reglamentación legal de carácter general ha acogido la admisibilidad de este instrumento procesal permitiendo, de este modo, la adecuada salvaguarda de la salud (Tribunal de Familia de Lomas de Zamora n° 3, 21/05/99, "S. M. I.", en *J. A.*, 07/06/00, n° 6197: 82, con nota aprobatoria de Carlos A. GHERSI: "Derecho civil constitucional a la salud. Medidas autosatisfactivas" cit.; Juzg. Nac. Civ. n° 67, 08/09/99, "R. D., J. S. V. Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica", en *J. A.* 2001-II: 454, con nota aprobatoria de Carlos

---

<sup>369</sup> Criterio éste que sirvió de fundamento a la corte al revocar la resolución que concedió la excarcelación al procesado por estricta aplicación de lo dispuesto por el art. 1° de la ley n° 24.390, al cumplir los tres años de detención en prisión preventiva, por cuanto su aplicación conducía a resultados que no armonizaban con los principios axiológicos enunciados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a consecuencias notoriamente disvaliosas.

A. GHERSI: “El derecho constitucional a la salud y el P. M. O.: Las medidas autosatisfactivas” cit.; Tribunal de Familia de Lomas de Zamora n° 3, 29/08/01, “M. H. N. V. Pami”, en *J. A.*, 29/08/01 n° 6261: 74, con nota aprobatoria de Carlos A. GHERSI: “Medidas autosatisfactivas: El poder judicial y los derechos humanos” cit.).

Creemos que en la mecánica de tal medida, revalidada por la ley del consumidor argentina (arts. 52 y 53)<sup>370</sup> y las leyes reglamentarias en algunas provincias nacionales (art. 300 bis del Código Procesal de La Pampa [Legislación Argentina 1999-C: 3969] y 5° de la ley provincial de Santa Fe n° 11.529 de protección contra la violencia familiar [Legislación Argentina 1998-A:1178])<sup>371</sup>, Código Procesal Civil brasileño (art. 273<sup>372</sup>), -

---

<sup>370</sup> Pensamos que el art. 52 al disponer que “...el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados...” pretende evitar la causación de daños antes que repararlos, toda vez que admite que la existencia de una amenaza seria de lesión o de daño a los derechos de los consumidores y usuarios habilita los reclamos jurisdiccionales. Por consiguiente, este artículo otorga a los consumidores y usuarios una “acción específica”, sin perjuicio de la acción de amparo que otorga el art. 43 de la Constitución Nacional, procedente siempre que “...no exista otro medio judicial más idóneo”.

Como bien lo señala PEYRANO, el art. 52 “Al hablar de intereses amenazados consagra claramente la posibilidad de promover acciones preventivas” (2002: 6). De este modo la ley del consumidor no sólo brinda tutela contra la violación de la norma jurídica, sino también ante la amenaza de lesión de los derechos del consumidor y usuario así como sujetos difusos, superando el modelo clásico según el cual la jurisdicción interviene con carácter sancionatorio y una vez violado el derecho y no cuando éste se halla amenazado. ¿Cuándo podría estar amenazado el derecho del usuario de los servicios médicos prepagos? Por ejemplo, cuando la empresa decide interrumpir la prestación ante la necesidad del usuario de ser intervenido quirúrgicamente.

Si a ello se añade que el art. 55 legitima a las asociaciones para promover acciones preventivas y que el art. 53 determina que se aplicarán las normas del proceso de conocimiento más abreviado, resulta clara la amplitud del instituto en análisis.

Entonces creemos que la medida autosatisfactiva puede asumir un rol fundamental en la realización de la función preventiva y funcional del derecho, y, que si bien no encuadra dentro de la categoría de los procesos de conocimiento, sería muy útil para asegurar prestaciones médicas de urgencia por su forma brevísima y respuesta jurisdiccional inmediata.

<sup>371</sup> Art. 300 bis: “Medidas autosatisfactivas: Quien se encuentre en situación prevista por los artículos 299 de este Código y de la ley 703 y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento, podrá solicitar al juez que adopte las medidas autosatisfactivas que sean necesarias, en caso de que la protección judicial no pueda ser lograda por otra vía legal eficaz.

Para ello deberá explicar con claridad en qué consiste su derecho y su urgencia y aportar todos los elementos probatorios que fundamenten la petición.

---

*El juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la medida. Cuando sea posible, la sustanciará previa y brevemente con quien corresponda...”*

*Art. 5º: “Medidas Autosatisfactivas. El juez interviniente, al tomar conocimiento de los hechos denunciados, medie o no el informe a que refiere el Artículo anterior, podrá adoptar de inmediato alguna de las siguientes medidas, a saber:*

*a) Ordenar la exclusión del agresor de la vivienda donde habita con el grupo familiar, disponiendo – en su caso – la residencia en lugares a los fines de su control.*

*b) Prohibir el acceso del agresor al lugar donde habita la persona agredida y/o desempeña su trabajo y/o en los establecimientos educativos donde concurre la misma o miembros de su grupo familiar.*

*c) Disponer el reintegro al domicilio a pedido de quien ha debido salir del mismo, por razones de seguridad personal.*

*d) Decretar provisoriamente cuota alimentaria, tenencia y derecho de comunicación con los integrantes del grupo familiar, sin perjuicio de la aplicación de las normas vigentes de similar naturaleza.*

*e) Recabar todo tipo de informes que crea pertinente sobre la situación denunciada, y requerir el auxilio y colaboración de las instituciones que atendieron a la víctima de la violencia.*

*El juez tendrá amplias facultades para disponer de las precedentes medidas enunciadas en la forma que estime más conveniente con el fin de proteger a la víctima; hacer cesar la situación de violencia, y evitar la repetición de hechos de agresión o malos tratos.*

*Podrá asimismo, fijar a su arbitrio y conforme a las reglas de la sana crítica el tiempo de duración de las medidas que ordene, teniendo en cuenta el peligro que pudiera correr la persona agredida; la gravedad del hecho o situación denunciada; la continuidad de los mismos; y los demás antecedentes que se pongan a su consideración.*

*Posteriormente a la aplicación de las medidas urgentes antes enunciadas, el juez interviniente deberá dar vista al Ministerio Público y al presunto autor de la agresión a los fines de resolver el procedimiento definitivo a seguir. “*

<sup>372</sup> *Art. 273: “El juez podrá, a requerimiento de parte, anticipar, total o parcialmente, los efectos de la tutela pretendida en la petición inicial, desde que, existiendo prueba inequívoca, se convenza de la verosimilitud de la alegación y: 1) Exista fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación; 2) Esté caracterizado el abuso de derecho de defensa o el manifiesto propósito retardatorio (malicioso) del demandado...”.*

El artículo citado prevé la anticipación de la tutela. No obstante, es de destacar que el mismo está ubicado entre las disposiciones generales de los procesos de conocimiento y no dentro de los procesos cautelares. No es un procedimiento accesorio de otro principal.

país donde se la conoce con el nombre de tutela anticipatoria-, Protocolo de Medidas Cautelares del MERCOSUR (Ouro Preto, 1994 [www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm, fecha de captura: 25/10/06])<sup>373</sup>, proyectos de reforma (Argentina: art. 1549, último párr. del Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993<sup>374</sup>, art. 396<sup>375</sup> del Proyecto de Código Civil de 1998, art. 21 bis del Código Procesal de Santa Fe [cit. de Roberto VÁZQUEZ FERREYRA y Marcos L. PEYRANO: “La medida autosatisfactiva y su aplicación efectiva en el campo de la medicina prepaga”, en *J. A.* n° 6169, Buenos Aires, 24/11/99: 31] y 67 Anteproyecto de Código para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Ibidem) y 67 del Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires [Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998]<sup>376</sup>), ámbitos

---

<sup>373</sup> Entendemos que dicho Protocolo incluye la posibilidad de esta medida sui generis sin vulnerar su art. 3° en cuanto admite “...medidas cautelares preparatorias, incidentales de una acción principal y que garanticen la ejecución de una sentencia”.

<sup>374</sup> Art. 1549: “Los jueces podrán disponer medidas tendientes a evitar la producción de daños futuros, salvo que ellas afecten garantías constitucionales. Las asociaciones representativas de intereses colectivos están legitimadas para iniciar acciones preventivas vinculadas a su objeto”.

<sup>375</sup> El art. 396 consagra el deber de evitar el daño, una de cuyas formas es a través de la tutela inhibitoria del juez para evitar o prevenir futuros daños, por lo cual el artículo otorga al tribunal la posibilidad de ordenar lo necesario para lograr ese objetivo.

<sup>376</sup> Art. 21 bis: “Los jueces —a pedido de parte, respaldado por prueba que aparentemente demuestre una probabilidad cierta de que lo postulado resulte atendible y que es impostergable prestar tutela judicial inmediata- deberán, excepcionalmente, ordenar medidas autosatisfactivas...”

Art. 67 del citado Anteproyecto de Código para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: “Medidas autosatisfactivas. En aquellos supuestos excepcionales en que:

*Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto.*

*Su tutela inmediata sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración.*

*No fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo,*

*Si el juez lo entendiere necesario se efectivizará contracautela. Se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique bajo la responsabilidad del peticionante”.*

Art. 67 del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires: “En aquellos supuestos excepcionales en que: 1. Se acredite la existencia de un interés tutelable cierto y manifiesto. 2. Su tutela inmediata es

científicos (VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, La Paloma, Uruguay, 1995<sup>377</sup>; XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 1995<sup>378</sup>; Jornada de difusión de la Medida Autosatisfactiva, Rosario, 1997<sup>379</sup>; Congreso Internacional sobre la Persona y el Derecho sobre el Fin del Siglo, Santa Fe, 1997<sup>380</sup>; XIX Congreso Argentino de Derecho Procesal, Corrientes, 1997<sup>381</sup>; IX Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil,

---

*imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración. 3. No fuere necesaria la tramitación de un proceso de conocimiento autónomo. 4. Si el juez lo entendiere necesario se efectivizará contracautela. Se podrán disponer las medidas que la índole de la protección adecuada indique, bajo la responsabilidad del peticionante”.*

<sup>377</sup> Conclusión de la Comisión n° 1 sobre Medidas Cautelares: *“Las exigencias de la vida jurídica actual han determinado la necesidad de crear estructuras destinadas a la resolución urgente de pretensiones en forma definitiva al margen de la tutela cautelar y provisional clásicas”.*

<sup>378</sup> Conclusión de la comisión n° 4 correspondiente al tema n° 2: *“La categoría del ‘Proceso urgente’ es más amplia que la de ‘Proceso Cautelar’. Así, la primera comprende también las denominadas medidas autosatisfactivas y las resoluciones anticipatorias”.*

<sup>379</sup> En la ocasión se informó acerca del funcionamiento e importancia de dicha medida, en el campo del Derecho Civil en general como en el campo del Derecho de Familia, en el Derecho Comercial en general y, en particular, en el Derecho Societario así como en el Derecho Laboral.

<sup>380</sup> Conclusión de la Comisión n° 2 sobre Derecho de Daños: *“Daño ambiental: Deben contemplarse los efectos expansivos de la sentencia de condena, en juicio por daño ambiental. Dar plena cabida para los litigios ambientales, a las medidas cautelares de no innovar, innovativas y de anticipación o autosatisfactivas, que permitan anticipar en forma total o parcial el resultado buscado en la sentencia de mérito”.*

<sup>381</sup> Conclusiones de la Comisión de Derecho Procesal Civil y Concursal sobre La reforma procesal civil. Bases, presupuestos y propuestas para un código general del Proceso: *“Resulta imperioso reformular la teoría cautelar ortodoxa, dándose así cabida legal a los procesos urgentes y a la llamada medida autosatisfactiva. La medida autosatisfactiva es una solución urgente no cautelar, despachable in extremis, que procura aportar una respuesta jurisdiccional adecuada a una situación que reclama una pronta y expedita intervención del órgano judicial. Posee la característica de que su vigencia y mantenimiento no depende de la interposición coetánea o ulterior de una pretensión principal. Su dictado está sujeto a los siguientes requisitos: concurrencia de una situación de urgencia, fuerte probabilidad de que el derecho material del postulante sea atendible; quedando la exigibilidad de la contracautela sujeta al prudente arbitrio judicial. Hasta tanto se regule legalmente la medida autosatisfactiva, puede fundamentarse su dictado en la potestad cautelar genérica o en una válida interpretación analógica extensiva de las disposiciones legales que expresamente disciplinan diversos supuestos que pueden calificarse como medidas autosatisfactivas”.*

Comercial, Procesal y Laboral, Junín, Buenos Aires, 2000<sup>382</sup>) y calificada doctrina (DE LOS SANTOS, 1997; GALDÓS, 1997; GHERSI, 2000 y 2001; GÓMEZ SOSA, 1998; MORELLO, 1995; PEYRANO, 1996 y 1998; VÁZQUEZ FERREIRA, 1997, por citar algunos trabajos al respecto) se ha de encontrar una fuente de referencia y fundamento suficiente para asegurar de una manera real, rápida, económica y eficaz las variadas y complejas situaciones comprometidas.

## V. CONCLUSIONES

1º) La cuestión referida a la protección procesal de la salud de los usuarios de los servicios médicos prepagos se encuentra, en el MERCOSUR, en una etapa de conocimiento de su real significación.

Su difusión a través de su tratamiento cada vez más intenso, permite vislumbrar su importancia y la necesidad de arbitrar en la política legislativa, los medios y garantías que permitan la completa y adecuada tutela de la misma.

2º) Reconociendo la cooperación integrativa de todas las ramas del derecho, creemos que el derecho procesal está en condiciones de acompañar útilmente no solo en las diversas cuestiones concernientes al procedimiento, sino también para orientar las pautas que debe propiciar la política de fondo.

---

<sup>382</sup> Conclusiones de la Comisión nº VII: “a) Se recomienda legislar prioritariamente –de manera no demasiado detallista- las formas urgentes del moderno proceso civil argentino (medidas autosatisfactivas, tutela anticipada, etc.). Sin perjuicio de ello, se estima que pueden despacharse pretorianamente con el marco normativo actual; y b) El régimen del amparo no siempre resulta idóneo para servir de carril procedimental para las vías urgentes del proceso civil”.

3º) Conviene resaltar, en esta etapa, la necesidad de no perder de vista una visión regional que pueda acumularse en bases uniformes, pues, desde el punto de vista comparativo las normas de los Estados Partes prevén acciones judiciales colectivas y preventivas.

## CAPÍTULO V

### **UN NUEVO ENCUADRE DE LA SALUD: DESDE LA PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO Y DE LA SALUD**

#### I. GENERALIDADES

Es indiscutible que para dar adecuada tutela al usuario de los servicios médicos prepagos el Derecho Privado debe variar su ropaje bajo nuevas bases, asumiendo nuevos y más dinámicos roles, precisamente en punto a la protección del derecho a la salud del usuario.

Desde esta perspectiva, el panorama descrito en torno a la problemática que encierra la prestación del servicio de salud en la región acusa una modalidad de tutela tridimensional para atender a la realidad viva del fenómeno en juzgamiento.

#### II. DIMENSIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO Y DE LA SALUD

Pero este trabajo no sólo tiene en miras verificar cuáles son realmente las necesidades que pueden autodefinir los usuarios de los servicios médicos prepagos, sino también propone un vasto programa de reformas para superarlas.

Es así que una profundización de nuestro análisis nos ha de llevar necesariamente a concebir la importancia de una visión tridimensional del derecho y de la salud en el mundo contemporáneo, esto es, la dimensión jurídica, la transnacional y la socioeconómica que resultan, como veremos, imposible considerarlas como compartimentos estancos.

##### A. La dimensión jurídica

Con esta dimensión pretendemos la implementación de estructuras normativas que atiendan a la problemática que encierra la prestación del servicio de salud en la región.

#### B. La dimensión transnacional

A través de la misma se intenta la adecuación del derecho a la salud a ciertos principios universales que sobrepasan las fronteras de los Estados nacionales, tales como la igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal<sup>383</sup>.

#### C. La dimensión socioeconómica

Mediante esta dimensión proponemos resolver la problemática que encierra la prestación del servicio de salud en la región mediante un cierto dirigismo gubernamental -logrado a través de reglas de contextura imperativa que permitan la entrada del orden público económico-social<sup>384</sup> a la relación contractual con el ente prestador del servicio de salud-, que permita poner límite a la voluntad individual de las empresas que brindan servicios de medicina prepaga y cumplimentar así la función ordenadora de conductas humanas que corresponde cumplir al ordenamiento jurídico, en lo que nos importa, para la efectiva vigencia del derecho a la salud. La imperatividad de estas normas es forzosamente inexcusable. El interés general que denota la protección de la salud y, por ende, la de la propia

---

<sup>383</sup> Por “accesibilidad universal” se entiende la condición que deben cumplir los servicios de salud para ser comprensibles y utilizables por todas las personas de la forma más autónoma posible, sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse.

<sup>384</sup> Desde nuestro punto de vista pensamos que el orden público económico podría otorgar equilibrio económico-social a la relación contractual con el ente prestador del servicio de salud, conduciéndola hacia una posición en que se desenvuelva en concordancia con el objeto fin individual y el objeto fin social, pues aun cuando la empresa persiga un legítimo fin de lucro, eligió hacerlo por medio del suministro de prestaciones de salud, esto es, por medio de un vínculo en que se halla implicado un derecho fundamental.

vida para el importante sector de la población que acude a la contratación de los servicios médicos prepagos con las empresas que los ofrecen, no hace sino confirmar tal aserto.

### III. DOBLE PROGRAMA DE REFORMAS

Para armonizar dichas pautas valorativas, y para llegar a cumplimentarlas consideramos necesario un doble programa de reformas buscando la efectividad del derecho a la salud y la protección ágil y expedita contra su vulneración.

#### A. La regulación de los planes de medicina prepaga

##### 1. Concepto de regulación

Regular en salud es ajustar el funcionamiento del mercado de prepagos al objetivo público asumido por el Estado que toda la población tenga acceso a los servicios de salud.

##### 2. Fundamentos

La regulación se fundamenta en el hecho de que en el libre juego de la oferta y la demanda de servicios de salud no da cuenta de las verdaderas necesidades de los usuarios. Como directa consecuencia de esta constatación es que existen importantes experiencias de autorregulación –desde la óptica consumerista<sup>385</sup>- de agrupaciones de empresas. Así, basándonos en la información que gentilmente nos ofreciera la Dirección General de Defensa del Consumidor del Ministerio de Industria y Comercio paraguayo (comunicación personal, 20 de julio de

---

<sup>385</sup> Se denomina “consumerismo” al consumo crítico, responsable y solidario. Mientras que “consumismo”, significa individualista, irreflexivo, que se agota o destruye recursos.

2007) podemos mencionar como ejemplo a la Cámara de Instituciones Médicas y Asistenciales del Paraguay (C. I. M. A. C.) que incentiva a las empresas privadas agremiadas a que desafíen al Estado con iniciativas de mejoramiento de los servicios y de las condiciones de acceso a los mismos.

### 3. Antecedentes legislativos

En Argentina, la regulación específica de la medicina prepaga registra varias tentativas que si bien constituyen un importante avance en la obtención de un justo equilibrio entre las prestatarias y los usuarios no imponen, en la mayoría de los casos, una protección adecuada al sujeto contratante débil del negocio jurídico:

Primero, porque no avanzan decididamente sobre un punto central, cual es el alcance que ha de tener la prestación debida (Expediente n° 4.381-D-2006, en *Trámite Parlamentario* n° 106, impulsado por las diputadas Graciela ROSSO y Patricia VACA NARVAJA; Expediente n° 4.790-2005, en *Trámite Parlamentario* n° 113, impulsado por el diputado Leopoldo MOREAU; Expediente n° 6.597-D-2005, en *Trámite Parlamentario* n° 180, impulsado por el diputado Miguel BONASSO; Expediente n° 2.886-D-2003, en *Trámite Parlamentario* n° 80, impulsado por los diputados Leopoldo MOREAU, Víctor FAYAD, Graciela GASTAÑAGA, Miguel MASTROGIÁCOMO, Roberto ÁBALOS, Miguel INSFRAN, Alejandro BALIÁN y Claudio PÉREZ MARTÍNEZ; Expediente n° 2.738-D-2003, en *Trámite Parlamentario* n° 76, impulsado por los diputados Tomás PRUYÁS, Rafael GONZÁLEZ, Hugo CETTOUR, Teresa FERRARI DE GRAND, Dante ELIZONDO, Guillermo AMSTUTZ, Octavio CERESO, Francisco SELLARÉS, Julio SOLANAS y Julio AHUMADA). Del conjunto de los proyectos analizados en este trabajo, el único que se refiere a ello es el impulsado por los diputados María Fabiana RÍOS, Carlos Alberto RAIMUNDI, Marta Olinda MAFFEI, Elsa Siria QUIROZ,

Delia Beatriz BISUTTI, Leonardo Ariel GORBACZ, Marcela Virginia RODRÍGUEZ, Eduardo Alfredo DI POLLINA, Eduardo Gabriel MACALUSE y Alicia Ester TATE (Expediente nº 6.161-D-2006, en *Trámite Parlamentario* nº 152) pero lo hace de manera decepcionante pues no hace otra cosa que establecer una pauta impuesta ya por ley: ésta debe incluir como mínimo el cumplimiento del Programa Médico Obligatorio y/o el plan que lo sustituya (art. 7º).

Segundo, porque no aseguran la continuidad de la afiliación en el caso de contratos corporativos y, con ello, la continuidad de tratamiento de personas con enfermedades crónicas o de mayor edad. Por el contrario y, exceptuando al proyecto impulsado por el diputado Miguel BONASSO (Expediente nº 6.597-D-2005 cit.: art. 8º)<sup>386</sup>, pasan por alto este tema (Expedientes nº 6.161-D-2006 cit.; 4.790-D-2005 cit.; 2.886-D-2003 cit.) o lo encaran de la peor forma (Expediente nº 4.381-D-2006 cit.: art. 15)<sup>387</sup>.

Tercero, porque hacen diferencias injustificadas entre los ancianos (Expedientes nº 6.161-D-2006 cit. [art. 17] y 4.381-D-2006 cit. [art. 11, párr. 2º]) y los menores (Expediente nº 4.381-D-2006 cit. [art. 14]). En

---

<sup>386</sup> Art. 8º: “Contratación indirecta. Continuidad. Opción del adherente. Los contratos de medicina prepaga celebrados entre un proveedor y un tercero contratante no podrán contener cláusulas que establezcan el cese de la prestación de los servicios cuando éstos se hubieran pactado a favor de un adherente indirecto y éste se encontrara vinculado con el tercero contratante mediante una contratación de carácter laboral, corporativo o similar, siendo ésta la causa del contrato de medicina prepaga en los casos en los que aquella contratación se hubiere extinguido por cualquier circunstancia. Tampoco serán afectados los derechos del grupo familiar del adherente derivados del contrato que lo hubiera incorporado indirectamente”.

<sup>387</sup> Establece el art. 15: “El usuario que hubiera pertenecido a una EMPP [abreviación de Empresa de Medicina Prepaga] por contratación grupal o corporativa y hubiera cesado su vínculo con la empresa que realizó el contrato con la EMPP, podrá ser admitido, si lo solicita, en alguno de los planes de la EMPP reconociéndose la antigüedad, teniendo un plazo de 60 días desde el cese hasta la futura contratación”.

Este criterio defiere al arbitrio de la empresa el conservar o no los usuarios, de donde resultaría que se desvinculará de aquellos que revistan un mayor riesgo, esto es, enfermos o de mayor edad.

En tales condiciones, sostenemos que indudablemente el proyecto en cuestión consolida uno de los problemas más comunes: la selección adversa y, por ende, discriminatoria, constituyéndose en un grosero agravio a la interpretación judicial ya consolidada sobre esta lamentable situación (véase cap. IV d).

efecto, los citados proyectos dicen que los únicos ancianos que no sufrirán aumento de cuotas serán los que lleven más de 10 años afiliados a las empresas de medicina prepaga y que los únicos menores que tendrán cobertura médica serán los que superen el año de vida, contrariando no sólo los tratados internacionales, la Constitución Nacional y la ley n° 23.592 cit. sino también, en el caso de los menores, la Resolución ministerial del Ministerio de Salud n° 247/96 que crea el Programa Médico Obligatorio (Boletín Oficial, 17/05/96) y, lo que es peor aún, el propio art. 2° del mismo proyecto que dice que se debe cubrir el Programa Médico Obligatorio y, por tanto, el Plan Materno Infantil, esto es, el embarazo completo y el parto hasta el primer año de vida, con cobertura integral, sin coseguros y 100 % en medicamentos, así como al recién nacido. Como se observa un despropósito.

Cuarto, porque autorizan a las empresas a modificar las condiciones contractuales por causas fundadas en incorporación de servicios, tecnologías o prestaciones (Expedientes n° 6.161-D-2006 cit. [art. 14] y 6.597-D-2005 cit. [art. 6°, inc. b]), estipulación inválida por atentar sustancialmente a la calidad de la prestación (véase cap. III 2 b, 3) y ser reveladora de una precariedad en las relaciones contractuales en perjuicio de los usuarios que no resulta tolerable.

Quinto, porque no establecen reglas claras acerca de qué hacer cuando una prestación no es provista o lo es en la forma indebida, pues sólo apuntan a la aplicación de sanciones pero no al cumplimiento de la prestación médica requerida (Expedientes n° 6.161-D-2006 cit. [art. 15]; 4.381-D-2006 cit. [art. 21]; 4.790-D-2005 cit. [art. 16]; 6.597-D-2005 cit. [art. 15]; 2.886-D-2003 cit. [art. 16] y; 2.738-D-2003 cit. [art. 20]).

Sexto, porque no establecen criterios para la publicidad de los reclamos realizados por los usuarios y las decisiones de la autoridad de aplicación al respecto.

En suma, y más allá de otras observaciones que merezcan los proyectos analizados en este trabajo, es por las razones expuestas que

sostenemos que no imponen una adecuada protección al usuario de los servicios médicos prepagos.

#### 4. Regulación de los planes de cobertura médica prepaga

Creemos que la regulación del mercado de los prepagos debe guiarse por un modelo económico, reglamentando el menú de prestaciones que debe ser brindado por las empresas, pero también por un modelo sanitario que responda a los objetivos de salud pública de cada Estado Parte, cual es la accesibilidad universal y la calidad y eficiencia de las prestaciones médicas.

#### 5. requisitos para una regulación económica y sanitaria

##### a. Requisitos para una regulación económica

- 1) *El control del ingreso en la actividad*, consiste en la exigencia de solvencia financiera. Esto involucra establecer un fondo de reserva como garantía de que se cumplirá con la prestación debida.
  
- 2) *El control del funcionamiento de la empresa*, mediante un contralor y seguimiento de los contratos, tanto en el aspecto jurídico como médico. Esto implica controlar y prevenir problemas como la selección discriminatoria, la omisión o deficiente información y la inidoneidad de las prestaciones, evitando de esta manera el abuso contractual y la discriminación, esto es, la inequidad en el acceso a la salud,

entendida como la injusticia en los efectos del negocio de la medicina privada<sup>388</sup>.

b. Requisitos para una regulación sanitaria

- 1) Incorporar incentivos fiscales para que las empresas promuevan la salud. De esta manera se busca que las empresas reduzcan las tasas de determinadas patologías, como, por ejemplo, la tasa de infartos o de cánceres de pulmón.
- 2) Imponer sanciones a quienes no promuevan la salud.

B. La armonización de la legislación de los Estados Partes en materia de protección del usuario de los servicios médicos prepagos

1. Generalidades

Como es sabido los modelos de integración entre Estados responden al mayor o menor grado de compromiso que aquéllos están dispuestos a asumir con respecto a sus relaciones económicas recíprocas y frente a terceros países.

Así, por ejemplo, en un *Área de Preferencias Económicas* el compromiso es mínimo, ya que se limita al reconocimiento recíproco de ventajas arancelarias con relación a determinados productos, excepciones y con plazos de duración, mientras una *Zona de Libre Comercio* implica un nivel mayor de compromiso, pues los Estados Partes

---

<sup>388</sup> Ha de presidir esta interpretación la convicción de que se quiere encarar como interés jurídico relevante todo lo que tiene relación con las necesidades primarias y fundamentales que los servicios de salud deben satisfacer a favor de las personas. El acceso a estos servicios es un derecho que no se hace efectivo de cualquier manera. Aquí subyace la desigualdad y es necesario el equilibrio que el Estado está obligado a garantizar.

se comprometen a eliminar progresivamente sus ventajas arancelarias y comerciales a fin de incluir lo sustancial de sus respectivos comercios.

En un escalón más arriba se encuentran los modelos de *Unión Aduanera* y *Mercado Común* que, además de abarcar las ventajas arancelarias, presuponen la adopción de una política comercial externa consensuada, esto es, la pérdida de una porción de autonomía para entablar negociaciones económicas con terceros países. El *Mercado Común* supone, además, la libre circulación de mercaderías, servicios, personas y capitales, resultando su constitución un proceso lento, que demanda la armonización y complementación de las legislaciones nacionales.

De lo establecido en el Tratado de Asunción de 1991<sup>389</sup> y de la evolución del proceso de integración se desprende que el MERCOSUR constituye una *Unión Aduanera* que aspira transformarse en un *Mercado Común*, objetivo que logrará cuando incluya un mayor desarrollo de políticas para la eliminación de obstáculos a la libre circulación de servicios, personas y capital.

Sin perjuicio de lo antedicho, cuando en el MERCOSUR se habla de *Mercado Común* hay que hacerlo en relación a la idea que los Estados Partes han establecido en el Tratado de Asunción. El MERCOSUR es el "*Mercado Común*" descrito en el art. 1º del Tratado.

En este mercado conformado por alrededor de 220 millones de habitantes, la armonización de la legislación en materia de protección del usuario de los servicios médicos prepagos resulta un tópico decisivo pues las regulaciones protectorias deben tender a mejorar la accesibilidad a las

---

<sup>389</sup> Primer documento jurídico fundacional del MERCOSUR. Constituye el último eslabón de un largo proceso que empezó en 1948 con la creación de la Organización de Estados Americanos y continuó con la constitución del Banco Interamericano de Desarrollo, el Sistema Económico Latinoamericano, la Asociación Latinoamericana de Libre comercio (1960) –cuyos objetivos fueron reformulados con la Asociación Latinoamericana de Integración (1980)-, el Protocolo de Expansión Comercial celebrado entre Uruguay y Brasil y el Convenio Argentino Uruguayo de Cooperación Económica. En este marco y teniendo en cuenta la experiencia europea es que se llega a la firma del Tratado de Asunción.

prestaciones de salud y con ello, el nivel de vida de los habitantes de la región sin perjudicar a aquellos usuarios que cuentan con un sistema de protección más elevado.

Para lograr este objetivo es imprescindible compatibilizar los ordenamientos nacionales de protección de los usuarios.

A continuación señalamos las etapas que han atravesado estas negociaciones, los obstáculos que enfrenta y nuestra propuesta para superarlos, con el objeto de que logre adoptarse un Estatuto mínimo que establezca un sistema único de protección jurídica de los usuarios de los servicios médicos prepagos del MERCOSUR.

## 2. La armonización mínima necesaria en esta materia

Todo proceso de armonización debe partir del reconocimiento de las asimetrías o diferencias, como las que pueden trazarse entre Brasil que cuenta con un Código del Consumidor y una ley especial que regula la temática y el resto de los Estados Partes que poseen, en su mayoría, además de una cláusula constitucional (Argentina: art. 42; Paraguay: arts. 27, in fine y 38) leyes de defensa del consumidor y usuario.

Aceptadas las diferencias, el objetivo a alcanzar es consagrar normas jurídicas comunes que reflejen una armonía entre los niveles de protección de los usuarios que cada legislación interna prevé.

No se trata de nivelar hacia abajo sino de establecer pautas que aproximen los criterios jurídicos<sup>390</sup> y amparen la situación de los usuarios en el mercado regional, de forma tal que la calidad y eficiencia de los servicios de salud y la información y selección de los usuarios relativa a ellos no varíe de un país a otro, y de que simultáneamente esas pautas

---

<sup>390</sup> Tal como lo explicita LIMA MARQUES *“Debemos evitar que eligiendo un método de unificación o de una armonización máxima el MERCOSUR baje el nivel de protección a los consumidores de la región, haciendo al MERCOSUR andar en contramano de la historia y de la experiencia europea que produce una legislación mínima y extremadamente social en materia de derecho del consumidor”* (1999: 37).

no perjudiquen a aquellos usuarios que cuentan con un sistema de protección más elevado.

Por lo dicho, creemos que la armonización de las legislaciones nacionales relativas a los derechos de los usuarios de los servicios médicos prepagos debe tender a:

a. Lograr una elevación de la calidad de vida

Tal noción es establecida en el Preámbulo del Tratado de Asunción (site cit.) al expresar el propósito de “...*ampliar la oferta de bienes y servicios disponibles, a fin de mejorar la calidad de vida de sus habitantes*”. La armonización debe tender, por tanto, a garantizar que los servicios de salud prestados en el mercado regional sean adecuados a la finalidad asistencial del contrato, así como también a amparar los derechos a una información suficiente y veraz, al resarcimiento por los daños sufridos, a ser protegido contra el abuso de la posición de prevalencia, a no ser discriminado y a una pronta resolución de los conflictos cuando todos éstos sean vulnerados.

b. Evitar que las normas de defensa del usuario de los servicios médicos prepagos perjudiquen a los usuarios brasileños que son los que cuentan con un sistema de protección más elevado

En este sentido, el art. 1º del Tratado de Asunción estipula como uno de sus objetivos la eliminación de las “...*restricciones no tarifarias a la circulación de mercaderías o cualquier otra medida de efecto equivalente*”.

Las restricciones no tarifarias devienen de las divergencias jurídicas que presentan los Estados debido a que han desarrollado políticas regulatorias en materia sanitaria en el caso brasileño por un lado, y políticas de desregulación en el caso de Argentina, Paraguay y

Uruguay, por el otro. Por consiguiente, la integración en un mercado común exige no solo la supresión de aranceles sino además la eliminación de las restricciones que se han individualizado en el mercado regional.

Cabe recordar como criterio a seguir, el vertido en la V reunión de Ministros de Economía y Presidentes de Bancos Centrales del MERCOSUR de abril de 1993, en la que se insta a que en el trabajo de armonización se tome como referencia, entre las normas nacionales, *“...la más exigente y próxima a los padrones internacionales”*, aunque este criterio no haya sido tomado en cuenta por los órganos del MERCOSUR.

### 3. La X Reunión del Grupo Mercado Común (Acta nº 2/93)

En esta Reunión se estableció que *“...hasta que se dé la armonización, prevalecerá la legislación vigente en el país de destino de los bienes y servicios que circularán en el Mercado Común del Sur...”*.

### 4. Proceso hacia la elaboración de un marco normativo común

#### a. La resolución nº 126/94 del Grupo Mercado Común

Esta resolución, aprobada el 16 de diciembre de 1994, es la principal resolución del MERCOSUR sobre derecho del consumidor. A través de la misma, el Grupo Mercado Común instruyó a la Comisión Defensa del Consumidor a elaborar un proyecto de “Reglamento Común para la Defensa del Consumidor” en el que debían considerarse, entre otros, los siguientes temas: Principios Generales, Oferta de Servicios, Prácticas Abusivas, Publicidad Engañosa y Responsabilidad Objetiva.

Se dispuso que *“...hasta que sea aprobado un Reglamento común para la defensa del consumidor en el MERCOSUR, cada Estado Parte aplicará su legislación de defensa del consumidor y reglamentos técnicos*

*pertinentes, a los productos y servicios comercializados en su territorio”* (art. 2º). Y se estipuló que en ningún caso, dicha legislación y reglamentos técnicos podrían imponer a los productos y servicios oriundos de los demás Estados Partes exigencias superiores a las que se aplican a los productos y servicios oriundos de terceros países. Esta cláusula refleja, por tanto, el principio de la nación más favorecida, por el cual los Estados Partes se reconocen recíprocamente un tratamiento similar al que le acuerdan a terceros países en cuanto a la calidad de los productos y servicios que se comercializan en sus territorios.

Se afirma que las normas mercosureñas deben guiarse por los standards internacionales de calidad, seguridad y buena fe en las relaciones de consumo y por los standards nacionales más rigurosos.

Esta resolución es transitoria y permanecerá en vigor hasta que sea aprobado el reglamento común para la defensa del consumidor del MERCOSUR (art. 2º).

b. El Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en Materia de Relaciones de Consumo del Consejo Mercado Común (Decisión nº 10) aprobado en la reunión de Fortaleza, de 17/12/96

Este Protocolo, que regula cuestiones procesales, tiene por objeto determinar la jurisdicción internacional en materia de relaciones de consumo que vinculen a proveedores y consumidores que posean domicilio en diferentes Estados Partes o en el mismo Estado Parte, cuya prestación se realiza en otro Estado Parte.

El Protocolo asigna jurisdicción internacional en las demandas entabladas por el consumidor a los jueces o tribunales de su domicilio, y a la opción de aquél, a los jueces del lugar de celebración del contrato, de cumplimiento de la prestación del servicio, de entrega de los bienes o del domicilio del demandado.

A fin de determinar la legitimación activa para entablar la demanda considera consumidor al destinatario final de la adquisición y a todo aquel que se encuentra expuesto a una relación de consumo.

Además como novedad permite que el proveedor demandado realice diversos actos procesales ante los jueces de su domicilio, quienes remitirán las actuaciones al juez interviniente.

Desde esta óptica si bien el Protocolo constituye un importante avance en el proceso de armonización, hasta ahí llegó el avance, pues su aprobación en el ámbito de cada uno de los Estados Partes sólo podrá iniciarse después de la aprobación por el Consejo del Mercado Común, del Reglamento Común MERCOSUR para la Defensa del Consumidor (art. 18). Pero como dicho Reglamento aun no se ha aprobado, entendemos que las normas procesales son inoperantes ante la falta de normas de fondo que deberían aplicar los tribunales a los cuales se les asigna la jurisdicción internacional.

c. Las resoluciones nº 123/96, 124/96, 126/96 y 127/96

A través de estas resoluciones, el Grupo Mercado Común aprueba los derechos básicos del consumidor, pero al igual que el Protocolo de Santa María, supedita su aplicación al dictado del Reglamento Común del Consumidor.

d. El Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR

En noviembre de 1997 los Estados Partes aprobaron en el seno del Comité Técnico nº 7 el referido Proyecto a los fines de su elevación al Consejo del Mercado Común.

El Protocolo tiene como ámbito de aplicación el MERCOSUR y cada uno de los estados Partes. Define los conceptos de consumidor,

proveedor, servicios y relación de consumo y reconoce como derechos básicos del consumidor, entre otros, la información suficiente, la prestación de servicios en forma adecuada y eficaz, la protección de la salud, seguridad e intereses económicos.

Además regula las condiciones de la oferta de servicios, garantía contractual, cláusulas abusivas y publicidad engañosa y contiene un anexo en el que enumera determinadas cuestiones que continuarán siendo objeto de deliberaciones entre los Estados Partes hasta alcanzar un acuerdo que permita su posterior incorporación al Protocolo. Tal, por ejemplo, lo relativo a la publicidad abusiva.

Consecuentemente, el Protocolo constituye el puntapié inicial de la complementación normativa en materia de protección de consumidores y usuarios pero sólo eso, pues un mes después las conversaciones se estancaron al negarse Brasil a aprobarlo alegando que el mismo implica una rebaja en el grado de protección al consumidor conferido por la legislación brasileña.

e. La declaración política de los presidentes y otras resoluciones que han alcanzado el tema

La declaración conjunta de los presidentes de los Estados Partes, de 10 de diciembre de 1998, expresa que la defensa del consumidor constituye un elemento indisociable del desenvolvimiento económico equilibrado del MERCOSUR, y que los presidentes pretenden proporcionar un nivel de protección adecuado a los consumidores, armonizando las legislaciones de manera tal de garantizar, entre otros, el derecho a la adecuada protección de la salud y seguridad, la información, la reparación de los daños sufridos, la protección de los intereses económicos y el acceso a la justicia. Creemos que es precisamente sobre esta temática donde el Comité Técnico nº 7 debe actuar.

Por otra parte, el acuerdo transfronterizo, suscripto el 14 de abril de 2004 entre Brasil y Uruguay permite que más de 700 mil personas que viven próximas a las fronteras de esos países puedan tener acceso a los servicios de salud de ambos lados.

Además, el Subgrupo de Trabajo n° 11 “Salud”<sup>391</sup> ha hecho referencia a la necesaria integración de los sistemas de salud del MERCOSUR a fin de resolver la inequidad vivida en las fronteras<sup>392</sup>.

Y, por último, debemos considerar el Programa “Salud en la Frontera” mediante el cual el Grupo de Trabajo Itaipú/Salud apoya las acciones encaminadas a integrar la salud en la frontera.

#### f. Evaluación sintética

A pesar de que todos los instrumentos mencionados constituyen un importante paso adelante creemos que el objetivo instrumental señalado en todos ellos no se ha podido concretar, con lo que se ha revitalizado el valor de los compromisos asumidos.

#### 4. Sugerencia de una nueva resolución

Frente a la reseña precedente, vemos que la necesidad de sostener la urgencia de implementar pautas mínimas para la armonización de las legislaciones en lo que respecta al sector salud, no sólo descansa en los compromisos comunitarios asumidos, sino en la

---

<sup>391</sup> Estructurado en octubre de 1998, es uno de los 14 Subgrupos que compone el Grupo Mercado Común. Su función es armonizar las legislaciones de los Estados Partes referentes a bienes, servicios, materias primas y productos del área salud. Actúa, entre otras, en el área de prestación de servicios de salud.

<sup>392</sup> La falta de recursos humanos especializados, la insuficiencia de equipamientos para la realización de procedimientos de mediana y alta complejidad y las distancias entre los municipios y los centros de referencia son las principales causas de las dificultades en el acceso a la salud (GALLO-COSTA-MORAES, 2004).

falta de una legislación integral que actúe como correctora de los efectos distorsivos que presenta la prestación del servicio de salud en la región.

Esta carencia podría conducir al Subgrupo de Trabajo n° 11 "Salud" y al Comité Técnico n° 7 a manifestarse sobre la necesidad de establecer pautas mínimas para regular la relación de consumo en que la prestación sea relacionada con la salud de las personas mediante principios rectores de orden público que no puedan soslayarse, los cuales 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.

## CAPÍTULO VI

### CONCLUSIONES

#### I. EL ACCESO A LA SALUD EN ARGENTINA Y EL MERCOSUR

##### A. Los problemas que anidan en la cuestión desde una perspectiva comunitaria

El derecho a la salud y su materialización en el efectivo acceso a la prestaciones de salud no es otro que el derecho a la información suficiente y veraz, a prestaciones médicas adecuadas para atender satisfactoriamente todo tipo de enfermedad, a ser resarcido por los daños sufridos, a no ser sojuzgado ni discriminado en la relación de consumo por parte de las prestatarias de servicios de salud, así como también a una pronta resolución de los conflictos cuando estos derechos no puedan ser ejercidos ciertamente.

Esto es, los usuarios cuyos derechos se encuentran garantidos por la mayoría de las Constituciones Nacionales de los Estados Partes en sus arts. 42 (Argentina), 5º inc. XXXII (Brasil), 27 in fine y 38 (Paraguay) tienen derecho a un trato equitativo y digno, lo que significa que no pueden sus derechos ser cercenados sin una causal objetiva y razonable que lo justifique en razón de su inferioridad estructural, edad, enfermedad, discapacidad o cualquier otra condición personal o social.

Cabe preguntarse entonces si existe una justificación objetiva y razonable para que las prestatarias de servicios de salud en la región decidan no informar con exactitud y claramente el contenido del plan de cobertura médica ofrecido, abusar o discriminar con motivo de la relación de consumo. Creemos que no. Un pequeño muestreo esclarecerá sobre lo que queremos llamar la atención:

## 1. El Pacto de San José de Costa Rica y la interpretación en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Partes de los tratados que versan sobre Derechos Humanos

Uno de los principales argumentos vertidos por las prestatarias de servicios de salud se encuentra en el hecho de que la actitud tomada de decidir no informar suficientemente, abusar o discriminar en el camino de acceso a la salud, no constituye una conducta violatoria del Pacto de San José de Costa Rica, puesto que en virtud del principio de autonomía de la voluntad y de libertad de contratación, pueden hacerlo.

Recordamos aquí que el art. 1º del Pacto dice: *“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio, a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

Entendemos que entre los criterios que determinan que un acto o conducta sea discriminatorio según el art. 1º de dicho Pacto, la expresión *“otra índole”* puede atribuirse a la inferioridad estructural, edad, enfermedad o discapacidad de las personas.

Interpretarlo de modo diferente sería reducir taxativamente un Instrumento Internacional sobre Derechos Humanos sólo a determinadas circunstancias fácticas.

Entre los derechos humanos el más preciado es el derecho a la vida, y debe ser entendido ampliamente puesto que es la base de todos los demás. El derecho a la vida comprende el derecho a la salud, que no es otro que el derecho a la atención sanitaria el cual, siendo la base de todos los demás, no sólo es operativo sino que no puede ser afectado o

menoscabado por decisión alguna. Las leyes no lo pueden quitar, limitar ni amparar discriminaciones que lo vulneren.

## 2. La libertad de contratación y los límites impuestos por la ley

Aducen las prestatarias de servicios médicos prepagos que encontrándose bajo la órbita del Derecho Privado tienen plena vigencia los principios de autonomía de la voluntad y de libertad de contratación, que poseen también consagración constitucional, y que por ello contratan cómo y con quiénes desean y que los usuarios no pueden desconocer la vigencia de estos principios como ámbito normativo que regula la actividad de las prestatarias de servicios de salud.

Al respecto creemos que si bien el principio de autonomía de la voluntad y las bases sobre las que descansa, esto es, la libertad de contratar, que da derecho a contratar o a no contratar y la libertad contractual, que da derecho a regular el contrato conforme al propio albedrío, debe ser ejercido con la mayor amplitud posible, como derecho reconocido y garantizado por el ordenamiento jurídico de los Estados Partes, su uso se encuentra regulado por ley, la cual no tolera su ejercicio abusivo, esto es, el privilegio ilimitado de conducir un negocio como a uno le plazca, porque *“...no es posible dejar que los derechos subjetivos se desentiendan de la justicia o se desvíen del fin para el cual han sido reconocidos, y se utilicen, en cambio, como armas de agresión para sojuzgar y explotar a los demás. [...] La libertad, que está adscripta al ejercicio regular de los derechos [...] no se la debe considerar como un fin absoluto al que sea menester sacrificar incluso al hombre mismo...”* (LLAMBÍAS, 1993: 179).

De esta manera, se debe dar primacía a una amplia cobertura médica en la medida de lo posible, lo cual nos permitirá utilizar como

criterio hermenéutico para la interpretación de los contratos de medicina prepaga, el principio de “favor debilis”, que junto con el principio de buena fe, igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal deben ser los cinco ejes reguladores que impidan la inequidad en el acceso a la salud en la región.

Ello así, pues en nuestra opinión otro límite al abuso del derecho lo constituye la prohibición de discriminar. En principio, pues, excede los límites impuestos por la moral la conducta seguida por la empresa que niega la prestación de servicios médicos, esenciales para la salud y la vida, a quien los requiere con único fundamento en la edad, enfermedad o discapacidad de las personas. Y es contraria a la moral su actitud porque no ignora la necesidad de acceder a tales prestaciones como recaudo de calidad de vida que, por otra parte, es lógico que se preserve, y de las que es muy difícil autoabastecerse por su onerosidad. Y, porque para evitar prestar el servicio que, piensa, podría resultarle oneroso, aprovecha las facultades que le brinda su reglamento interno que, ella misma redacta, el hecho de la víctima –por ejemplo, no informar ser portador de alguna patología o el quedar cesante de su trabajo- para desvincularse indebidamente de estas personas. En otras palabras -y como creemos haberlo demostrado- la discriminación opera cuando en virtud del ejercicio irregular de la libertad de contratar y de la libertad contractual de las empresas que brindan servicios de medicina prepaga se limita o priva a nuestros mayores, enfermos o discapacitados, por el solo factor de ser tales, de la posibilidad de acceder a la atención de su salud y, con ello, el goce de su derecho a la salud sin restricciones. La exposición de la casuística nos ha develado nítidamente este concepto (véase cap. 3, 5 d).

En consecuencia, consideramos que la inferioridad estructural, la edad, enfermedad o discapacidad no son suficientes motivos para limitar y/o vulnerar el derecho a la salud, y que para justificar dicha limitación y/o vulneración se requieren otros parámetros.

Además creemos que dichas causales no son válidas para impedir que algunas personas tengan acceso a la atención de su salud.

Si bien consideramos que las cláusulas que limitan riesgos en la actividad empresaria son lícitas, y ajustadas al contrato de medicina prepaga, deben basarse en un criterio objetivo distinto de la inferioridad estructural, la edad, enfermedad o discapacidad –en el caso de las discriminaciones directas-, así como de aquél criterio que aun cuando sea formalmente objetivo, produzca un resultado adverso para quienes presentan estas características –en el supuesto de las discriminaciones indirectas- porque si solo se basan en las causales mencionadas, tal como parece surgir de la jurisprudencia analizada en este trabajo, son no sólo abusivas, sino también discriminatorias y, por ello, eliminables. Exigencia que se desprende del reconocimiento amplio del derecho a la salud a todos los habitantes, sin especificación de ninguna índole.

### 3. La normativa reguladora del accionar de los entes que brindan servicios de medicina prepaga

Frente a la insuficiencia del marco regulatorio de los derechos y obligaciones recíprocas en el mercado de la medicina prepaga, cualquier controversia deberá ser analizada en base a los lineamientos de las leyes de defensa de consumidores y usuarios.

Si bien estas leyes constituyen una herramienta de gran utilidad pues moderan excesos y arbitrariedades que pudieran surgir en este tipo de contratos son manifiestamente insuficientes para resolver la amplia gama de conflictos que pudieran darse<sup>393</sup>. Esta situación lleva a que sea imprescindible atender las nuevas exigencias de tutela que generan las

---

<sup>393</sup> No afecta esta conclusión los cambios aprobados por el Congreso Nacional a la ley argentina n° 24.240 de defensa del consumidor, no obstante su carácter progresivo (Expediente n° 1.061-D-2006, gentileza de la Dirección de Información Parlamentaria).

relaciones de consumo en este tipo de contratación, que no pueden limitarse a transitar nada más que el derecho administrativo, a poner coto a los abusos de las empresas ni a visualizar una posterior instancia judicial con sólo los parámetros del clásico proceso civil.

Y es, entonces, que el Derecho Privado debe acelerar su puesta al día, encarar un replanteo crítico y dar luz verde a nuevas propuestas que atiendan a la contratación de servicios médicos prepagos en el tratamiento de la protección del consumidor en el MERCOSUR.

B. Contenido de las ponencias, su relación con otras ideas y bases que en ellas se proponen

En general, la armonización de las legislaciones de Defensa del Consumidor y Usuario ha sido reclamada en numerosos encuentros jurídicos: Seminario Internacional “MERCOSUR y el Derecho” (São Paulo, 1996)<sup>394</sup>; V Congreso Internacional de Derechos de Daños (Buenos Aires, 1997)<sup>395</sup>; IV Congreso brasileño y I Congreso Interamericano de Derecho del Consumidor (Río Grande do Sul, 1998)<sup>396</sup>. Y, específicamente, en lo que respecta al sector salud: Congreso Internacional sobre el

---

<sup>394</sup> Como conclusión general se planteó la necesidad de que los compromisos asumidos en torno a la defensa del consumidor sean transformados en medidas de carácter concreto: la armonización legislativa.

<sup>395</sup> En las conclusiones de la Comisión n° 1 sobre MERCOSUR. Derechos del consumidor frente a empresas transnacionales y la globalización de la economía, se recomendó: *“Exigir a las autoridades que efectivicen la regulación de la Defensa del Consumidor en el MERCOSUR con el máximo de protección. Particularmente que se respete el compromiso de establecer pautas mínimas”*.

<sup>396</sup> Este criterio fue sostenido por el jurista brasileño NEWTON DE LUCCA en la ponencia sobre El MERCOSUR y la defensa de los consumidores brasileños, al expresar que la armonización se impone necesaria en todo proceso de integración, como pretende ser el MERCOSUR.

MERCOSUR (Buenos Aires, 2004)<sup>397</sup>; II Coloquio “Los Jueces y la Evidencia Científica: Un acercamiento de los jueces a las ciencias” (Buenos Aires, 2006)<sup>398</sup> donde además se preconizó la regulación legal del mercado de la medicina prepaga a fin de tutelar al usuario de los servicios médicos prepagos. Esta solución concuerda con lo recomendado por el III Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1993)<sup>399</sup>, el Congreso Multidisciplinario sobre Responsabilidad Civil, Seguros y Contralor Estatal (Buenos Aires, 1997)<sup>400</sup> y las Jornadas Rosarinas de Derecho Civil (Rosario, 1998)<sup>401</sup>, así como, por las asociaciones de Defensa de Consumidores y Usuarios (Dirección General de Defensa del Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, comunicación personal, 4 de mayo de 2007; Consumidores y Usuarios Asociados de Uruguay, comunicación personal, 8 de mayo de 2007; Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur [[www.proconsumer.org.ar](http://www.proconsumer.org.ar), fecha de captura: 26/04/07]), la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires (comunicación personal, 16 de mayo de 2007) y la Superintendencia de Servicios de Salud y Ambiente de la República Argentina

---

<sup>397</sup> La conformación del Sistema de Integración de la Salud del MERCOSUR (SIS-MERCOSUR) con el objeto de establecer e implementar la agenda de transformaciones que los servicios de salud requieren, fue la propuesta general del congreso.

<sup>398</sup> Dichas ideas fueron auspiciadas por el magistrado Luis ÁLVAREZ JULIÁ y el Gerente de Asuntos Jurídicos de la Superintendencia de Servicios de Salud José Pedro BUSTOS en el panel “Amparos y Medidas Cautelares”.

<sup>399</sup> Conclusión de la Comisión n° 2 sobre Traslado de riesgos al consumidor en la contratación de medicina prepaga, recomendación n° III, e: *“Es necesario el control estatal de las empresas prestatarias directas o no de los servicios de salud, las cuales carecen al momento de todo contralor”*.

<sup>400</sup> Ponencia del jurista Dante CRACOGNA sobre Naturaleza jurídica del contrato de medicina prepaga: *“Teniendo en cuenta la importancia económica alcanzada por esta actividad y su innegable repercusión social aparece conveniente hacerla objeto de una regulación legal específica que tome en consideración sus características propias”*.

<sup>401</sup> Conclusión de la Comisión n° 1 sobre Derecho de salud. Medicina prepaga, recomendación C: *“El Estado debe regular y controlar la participación de la actividad privada en la satisfacción del derecho a la salud”*.

[[www.ademp.com.ar/revistas/pdf\\_revistas/ademp70.pdf](http://www.ademp.com.ar/revistas/pdf_revistas/ademp70.pdf), fecha de captura: 10/05/07].

Queda así planteada la idea armonizadora y reguladora.

## II. NUESTRA TESIS

El tratamiento que desde el Derecho Privado se le ha dado a la cuestión del acceso a la salud en Argentina y el MERCOSUR enfatizando, en general, el criterio interdisciplinario de su abordaje nos permitió plantearnos una serie de interrogantes para los cuales arriesgamos algunas hipótesis de trabajo.

Por una parte, especulamos con la relación entre la insuficiencia de reglas imperativas que permitan la entrada del orden público económico-social a la relación contractual con el ente prestador del servicio de salud que está por detrás de la problemática que encierra la prestación de tal servicio, y la inequidad en el acceso a la salud en la región. Así como también con la relación entre la armonización de la legislación de los Estados Partes en lo que respecta al sector salud, y el acceso equitativo a la misma.

Más allá de las características que el derecho a la salud adquiere a partir de mediados del siglo XX, las ideas traídas por el Constitucionalismo Social de mediados de ese siglo no tuvieron la proyección histórica, jurídica y social deseada por los defensores de esas propuestas.

Entonces la desestructuración de los Estados originariamente inclinados a resguardar marcos normativos defensores de los derechos sociales que desde los gobiernos de desarrollaban para la inserción en el mercado global pudieron haber marcado una tendencia en cuanto al

escepticismo social que despierta este derecho debido a la carencia de garantías primarias –normas imperativas- y secundarias –herramientas procesales idóneas- que reviste.

La desregulación del mercado de la salud como facilitadora de las prácticas irresponsables de alguna manera, influyó en la construcción de 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 en la forma debida, alternándose esta relación entre el abuso y la discriminación.

Probablemente, esta relación reprodujo en estas tierras las formas evitables del proceso de transición hacia el mercado abierto y competitivo. Pero también podemos especular que algunas de estas prácticas empresariales se consolidaron en función de condiciones objetivas que se fomentan a partir de la irresponsabilidad social, pues la actividad que asumen estas empresas no es la provisión de un aparato de telefonía celular ni de un tiempo compartido –aun cuando sean éstas actividades importantes en otro aspecto, entiéndasenos bien-, sino la cobertura de un derecho personalísimo como es la salud, donde lo que se encuentra en juego es nada menos que la vida, cuya preservación es la columna vertebral de la inclusión de las personas en la sociedad, entre otras variables.

Asentados en esa inercia convendría ofrecer alguna de las alternativas que, como posibles medidas a adoptar en nuestro derecho, hemos venido analizando en este trabajo, siempre teniendo presente que constituyen sólo 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 ecuánime 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 inequidad 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. 2º 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 éste 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.).

Sólo 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>402</sup> para reforzar el cumplimiento de las obligaciones de las empresas de servicios médicos.

---

<sup>402</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*

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, 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.

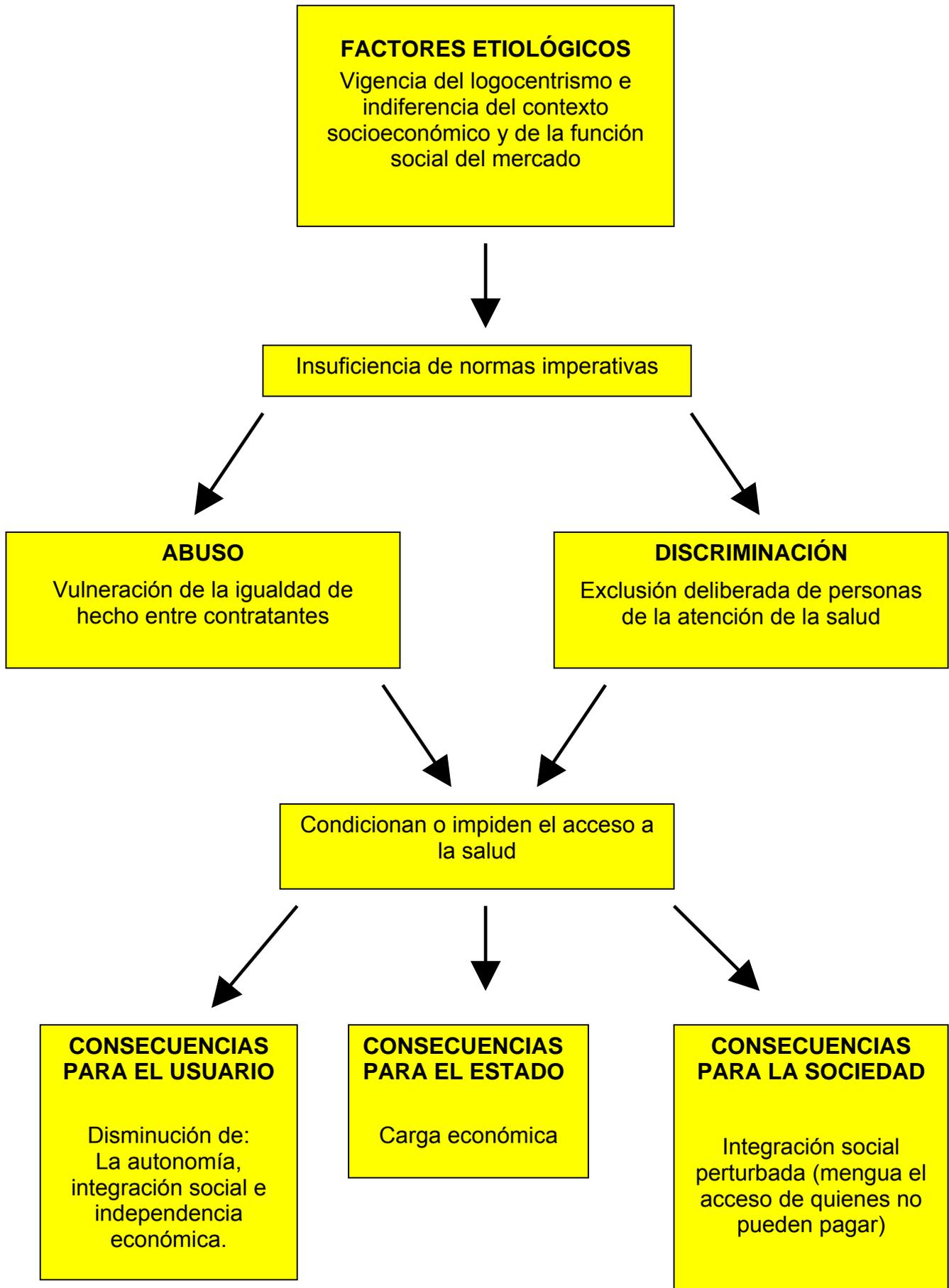
La fórmula adoptada como recomendación es viable si se la confronta con las legislaciones vigentes en cada Estado Parte; y es factible atendiendo a la realidad político-económica y social de cada uno de los Estados involucrados.

---

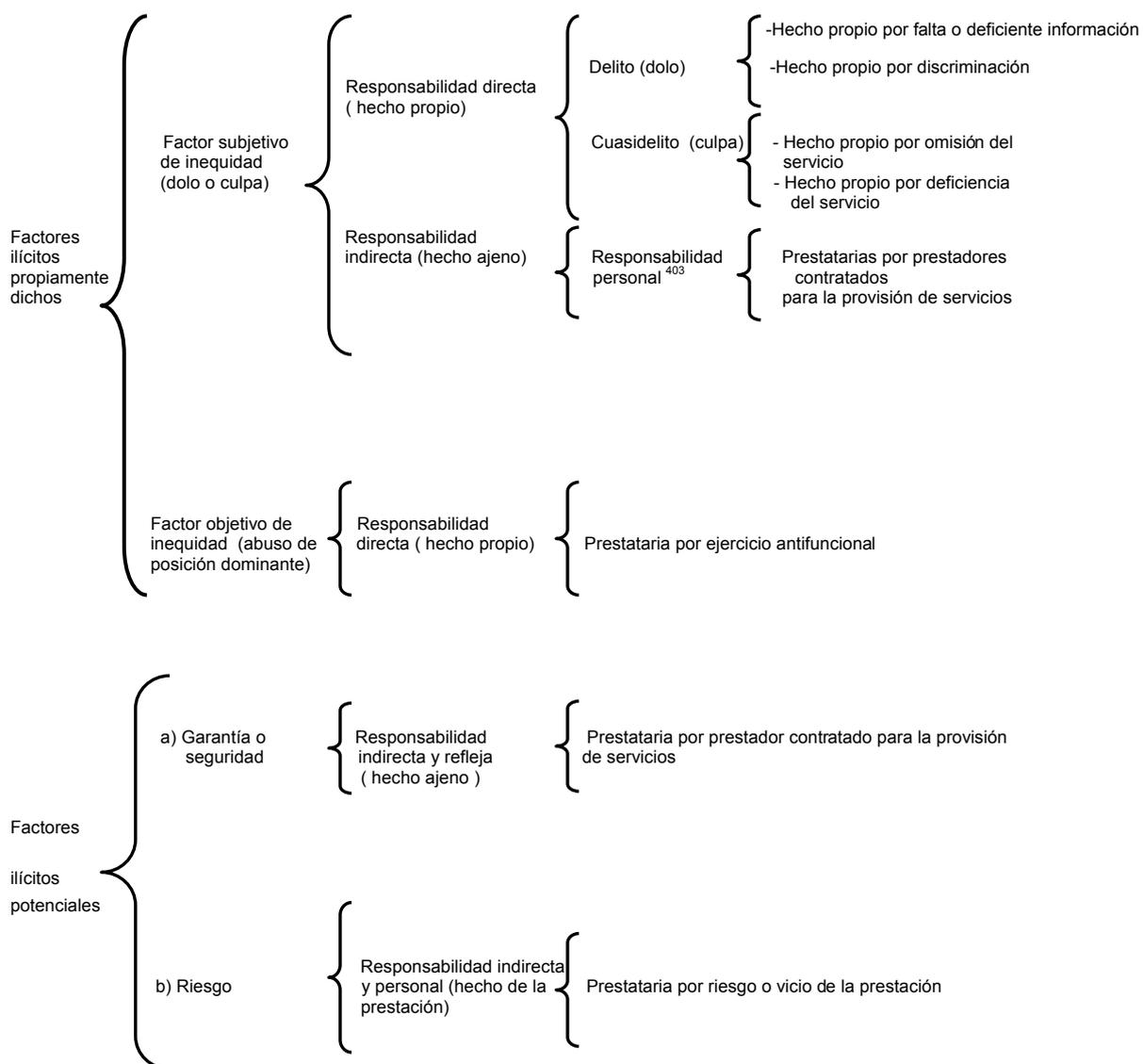
*consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del 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 nº 1061-D-2006, gentileza de la Dirección de Información Parlamentaria).*

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.

PROCESO QUE CONDUCE A LA INEQUIDAD EN EL ACCESO A LA SALUD EN ARGENTINA Y EL MERCOSUR ANEXO N° 1



CUADRO DEMOSTRATIVO DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS FACTORES DE INEQUIDAD EN EL ACCESO A LA SALUD EN ARGENTINA Y EL MERCOSUR Y RÉGIMEN PROPUESTO PARA SUPERARLOS ANEXO Nº 2



<sup>403</sup> Sin perjuicio de la acción recursoria contra los prestadores contratados por aplicación de la solución de equidad (Argentina: art. 907 C. Civ.; Brasil : art. 80 C. Civ. ; Paraguay: art. 284 C. Civ.; Uruguay: art. 1308 C. Civ.).

## ABREVIATURAS

ALJA .....	Anuario de Legislación y Jurisprudencia Argentina
art./arts. ....	artículo/artículos
Cám. Fed. de Apel. ....	Cámara Federal de Apelaciones
CNCiv. y Com. Fed. ....	Cámara Nacional Civil y Comercial Federal
CNCom. ....	Cámara Nacional Comercial
CNCont. Adm. Fed. ....	Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal
CNFed. ....	Cámara Nacional Federal
cap. ....	capítulo
cit. ....	cita/citada/citado
C. Civ. ....	Código Civil
C. C. ....	Código del Consumidor
C. Com. ....	Código de Comercio
C. N. ....	Constitución Nacional
C. S. J. N. ....	Corte Suprema de Justicia de la Nación
D. N. C. I. ....	Dirección Nacional de Comercio
E. D. ....	revista "El Derecho"
inc./incs. ....	inciso/incisos
J. A. ....	revista de Jurisprudencia Argentina
Juz. Crim. y Corr. ....	Juzgado Criminal y Correccional
Juzg. Nac. ....	Juzgado Nacional
Juzg. Nac. Com. ....	Juzgado Nacional Comercial
L. C. ....	Ley del consumidor
L. J. U. ....	revista jurídica "La Justicia Uruguaya"
L. L. ....	revista jurídica Argentina "La Ley"
L. L. P. ....	revista jurídica paraguaya "La Ley"
L. M. P. ....	Ley de medicina prepaga
Pág.....	Página/páginas

párr./párrs. .... párrafo/párrafos  
P. M. O. .... Programa Médico Obligatorio  
sigs. .... siguientes  
S. C. J. .... Suprema Corte de Justicia  
T. A. C. .... Tribunal de Apelaciones en lo Civil  
TApelCivyComAsunción .. Tribunal de Apelaciones en lo Civil y Comercial  
de Asunción  
T. S. J. .... Tribunal Superior de Justicia

**AUTORES CITADOS**

**ABEL I FABRE**, Francesc: *Bioética: orígenes, presente y futuro*, Madrid, 2000.

**ALTERINI**, Atilio A.: “Los contratos de consumo”, en L. L. 1993-E: 1058-1071.

**BADENI**, Gregorio: *Reforma constitucional e instituciones políticas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1994.

**BIANCHI**, Patrizio: *Construir el mercado. Lecciones de la Unión Europea: el desarrollo de las instituciones y de las políticas de competitividad*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 1997.

**BIDART CAMPOS**, Germán J.: “El derecho a la salud y el amparo”, en L.L., 1997-B: 297-298.

**BOFFI BOGGERO**, Luis María: *Tratado de las obligaciones*, tomo 3, Astrea, Buenos Aires, 1975.

**BOLZÁN DE MORAES**, José Luis: “El derecho a la salud en Brasil” [[www.bioetica.org/bioetica/doctrina6htm](http://www.bioetica.org/bioetica/doctrina6htm), fecha de captura: 16/06/06]

**BUERES**, Alberto J.: *Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos*, Abaco, Buenos Aires, 1981.

**BUSTAMANTE ALSINA**, Jorge: *Teoría general de la responsabilidad civil*, 3º edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1980.

**CALEGARI DE GROSSO**, Lydia E.: “Apuntes preliminares para el estudio del contrato en el MERCOSUR”, en *J.A.*, 26/01/96, nº 6178: 6-16.

**CARAMELO DÍAZ**, Gustavo D.: “Medidas cautelares en resguardo del derecho a la salud. Los niños, los discapacitados y las obligaciones de las empresas de medicina prepaga”, en *J.A.*, 2006-I, fascículo nº 12: 33-45.

**CARRASCO**, J.: *Responsabilidad Médica y Psiquiatría*, Colex, Madrid, 1998.

**CASARES**, Mónica; **ALTERINI**, María José: “Contrato de medicina prepaga”, en LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Contratos especiales en el siglo XXI*, Abeledo- Perrot, Buenos Aires, 2000: 241-257.

**CASTEL**, Robert: “Entrevista a Robert Castel”, en *La ciudad futura- Documentos de trabajo*, Buenos Aires, junio de 1996: 10.

**CORTINA**, Adela: *Ética aplicada y democracia radical*, Tecnos, Madrid, 1993.

**DIEZ PICAZO**, Luis; **GULLON**, Antonio: *Instituciones de derecho civil*, volumen II, Madrid, 1973.

**DO AMARAL JÚNIOR**, Alberto: “O principio de vinculação da mensagem publicitária”, en *Revista Direito do Consumidor*, nº 14: 41-43. Traducción propia.

**ETCHEVERRY**, Raúl A.: “Responsabilidad de las empresas de prestaciones médicas”, en *J. A.* 2002-III, fascículo nº 3: 3-10.

**EKMEKDJIAN**, Miguel Angel; **SIEGLER**, Pedro: “Discriminación inversa: un fallo trascendente de la Corte Suprema de los EE. UU.”, en *E. D.* 93: 877-890.

**FERRAJOLI**, Luigi: “El derecho como sistema de garantías”, en *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

\_\_\_\_\_ : *El garantismo y la filosofía del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, 2001.

**GALDÓS**, Jorge Mario: “Un fallido intento de acogimiento de una medida autosatisfactiva”, en *L. L.* 1997-F: 482-493.

**GALLO**, Edmundo; **COSTA**, Laís; **MORAES** Adnei: “La integración de los sistemas de salud que atienden a la población fronteriza de los países del MERCOSUR-SIS MERCOSUR”, en *Congreso Internacional sobre el MERCOSUR*, Buenos Aires, 2004.

**GAMARRA**, Jorge: *Anuario de derecho civil*, tomo 27.

\_\_\_\_\_ : *Tratado*, tomo XVII, 1978.

**GARRIDO**, Roque Fortunato; **ZAGO**, Jorge Alberto: *Contratos civiles y comerciales*, parte especial, Universidad, Buenos Aires, 1995.

**GÉNY**, Francisco: *Introducción filosófica al Derecho*, Reus, Madrid, 1925.

**GHERSI**, Carlos; **WEINGARTEN**, Celia e **IPPOLITO**, Silvia: *Contrato de medicina prepaga*, Astrea, Buenos Aires, 1993.

\_\_\_\_\_ : “Los nuevos derechos civiles constitucionales: El derecho a la vida y la salud, el amparo y las medidas innovativas para la operatividad de los derechos”, en *J. A.*, 03/11/99, nº 6166: 80-81.

\_\_\_\_\_ : “Derecho civil constitucional a la salud: Medidas autosatisfactivas”, en *J. A.*, 07/06/00, nº 6197: 85-86.

\_\_\_\_\_ : “El derecho constitucional a la salud y el PMO.: Las medidas autosatisfactivas”, en *J. A.*, 23/05/01, nº 6247: 65-67.

\_\_\_\_\_ : “Medidas autosatisfactivas: el poder judicial y los derechos humanos”, en *J. A.*, 29/08/01, nº 6261: 78-80.

**GOLDSCHMIDT**, Werner: *Introducción filosófica al derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1988.

**GOMES JUNIOR**, Luiz Manoel: “O Direito Difuso a informação Verdadeira e a sua proteção por meio das ações coletivas-a função social da informação”, en *Revista Cej*, nº 29, abril/junio, Brasília, 2005: 95-100. Traducción propia.

**GÓMEZ SOSA**, Segundo: “Especialidades sustanciales y procesales de las medidas cautelares en el ámbito del derecho de familia y sucesorio”, en *Libro de Ponencias de las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Procesal de Uruguay*, 1995.

**GONZÁLEZ PEREZ**, Jesús: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.

**GREGORINI CLUSELLAS**, Eduardo Luis: “Contratos de adhesión. La conveniencia de normas específicas”, en *L. L.*, 1993-E: 64-71.

\_\_\_\_\_ : “La obligación de seguridad en el contrato de medicina prepaga”, en *L. L.*, 1996-C: 232-241.

\_\_\_\_\_ : “La interpretación integradora, la interpretación del contrato y las pautas legales”, en *L. L.*, 1998-B: 1260-1267.

\_\_\_\_\_ : “Las acciones contra la discriminación. La discriminación inversa. Sus límites y riesgos”, en *L. L.* 2003-B: 970-984.

\_\_\_\_\_ : “Los servicios de medicina prepaga. La extensión contractual y legal de la cobertura”, en *L. L.*, 2005-A: 1282-1288.

**HABERMAS**, Jürgen: *Facticidad y validez*, Trotta, Madrid, 1998.

**HERVADA**, Javier: *Introducción crítica al Derecho Natural*, 8ª edición, EUNSA, Pamplona, 1994.

**HOMERO**: *La Ilíada*.

**HOOF**, Pedro Federico: “Derechos individuales vs. Derechos colectivos en salud: ética y justicia”, en *L. L.*, 2004-C: 1320-1327.

**KEMELMAJER DE CARLUCCI**, Aída: “Publicidad y consumidores”, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, tomo 5, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994:63-169.

**LASH**, Scott: *Sociología del posmodernismo*, traducción de Martha Eguía, Amorrortu, Buenos Aires, 1990.

**LE TOURNEAU**, Philippe: *Droit de la responsabilité et des contracts*, Dalloz, París, 2004. Traducción propia.

**LEMUS**, Jorge Daniel: "Salud Pública", en *Seminario: Problemas actuales de la Investigación en el campo de la Bioética*, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 2003.

\_\_\_\_\_ : "Una herramienta esencial", en *La Nación*, 15/08/04: 20

**LIMA MARQUES**, Claudia: *Contratos no Código de Defesa do consumidor*, 2ª edición, Revista Dos Tribunales, São Paulo, 1995. Traducción propia.

\_\_\_\_\_ : "Direitos do consumidor no MERCOSUL: algumas sugestões frente ao impasse", en *J. A.* 11/08/99, nº 6154: 63-52. Traducción propia.

**LINARES QUINTANA**, Segundo V.: "El derecho constitucional en la postguerra. El Constitucionalismo Social", en *L. L.*, Buenos Aires., 15/04/46.

**LYONS**, Albert S.; **PETRUCELLI** R. Joseph: *Historia de la medicina*, Doyma S.A., Barcelona, 1980.

**LÓPEZ**, Ernesto: *Globalización y democracia*, Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 1997.

**LORENZETTI**, Ricardo Luis: *Responsabilidad civil de los médicos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986.

\_\_\_\_\_ : “Principios generales de calificación de la cláusula abusiva en la ley 24.240”, en *L. L.*, 1994-C: 918-922.

\_\_\_\_\_ : “La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al Derecho del área regional MERCOSUR”, en *L. L.* 1996-E: 1303-1320.

\_\_\_\_\_ : “Cláusulas abusivas en el contrato de medicina prepaga”, en *L. L.* 1997-III: 788-800.

\_\_\_\_\_ : *La empresa médica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1998.

\_\_\_\_\_ : “Seguro de salud y medicina prepaga”, en BARBATO, Nicolás H., *Derecho de seguros*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001: 409-427.

**LOVECE**, Graciela I.; **GARCÍA OCIO**, Alejandro M.: *Derechos del consumidor*, La Ley, Buenos Aires, 2005.

**LLAMBÍAS**, Jorge Joaquín: *Tratado de Derecho Civil*, parte general, tomo II, Emilio Perrot, Buenos Aires, 1993.

**MALIANDI**, Ricardo: “Violencia y actitud crítica”, en *Escritos de filosofía*, Academia Nacional de Ciencias, nº 9, Buenos Aires, 1982: 17-38.

\_\_\_\_\_ : “La crisis de nuestro tiempo y la dialéctica de la desconfianza”, en *Escritos de filosofía*, Academia Nacional de Ciencias, Buenos Aires, año VI (julio-diciembre), 1983: 83-93.

\_\_\_\_\_ : *Cultura y conflicto. Investigaciones éticas y antropológicas*, Biblos, Buenos Aires, 1984.

\_\_\_\_\_ : *Dejar la posmodernidad. La ética frente al irracionalismo actual*, Almagesto, Buenos Aires, 1993.

\_\_\_\_\_ : "Paradigmas de aplicabilidad ética", en *El giro aplicado. Transformaciones del saber en la filosofía contemporánea*, Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, 2002: 95-104.

\_\_\_\_\_ : *Ética: conceptos y problemas*, Biblos, Buenos Aires, 1994.

**MAYO**, Jorge: "Sobre las denominadas obligaciones de seguridad", en *L. L.* 1984-B: 949-962.

**MESSINEO**, Francesco: *Doctrina general del contrato*, tomo I, Ejea, Buenos Aires, 1986.

**MORELLO**, Augusto M.: "La cautela autosatisfactiva", en *J. A.* 1995-IV: 414-416.

**MOSSET ITURRASPE**, Jorge: *Contratos*, Ediar, Buenos Aires, 1992.

\_\_\_\_\_ : "Introducción al Derecho del Consumidor", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, tomo 5, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993: 7-30.

**PEYRANO**, Jorge W.: "Informe sobre la medida autosatisfactiva", en *L. L.* 1996-A: 999-1002.

\_\_\_\_\_ : “Régimen de las medidas autosatisfactivas: nuevas propuestas”, en *L. L.* 1998-A: 968-972.

\_\_\_\_\_ : “La acción preventiva: modalidad a tener presente si se quiere un sistema jurisdiccional en sintonía con la hora actual”, en *J. A.*, 08/05/02, fascículo nº 6: 6.

**PICASSO**, Sebastián: “Sobre los denominados daños punitivos”, en *L. L.*, 13/11/07: 1-5.

**PINARD**, Gustavo: *Los derechos humanos en las constituciones del MERCOSUR*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996.

**PIZARRO**, Ramón D.: “Daños punitivos”, en *Derecho de Daños*, segunda parte, La Rocca, Buenos Aires, 1993: 291-292.

**REZZÓNICO**, Juan Carlos: *Contratos con cláusulas predispuestas*, Astrea, Buenos Aires, 1987.

\_\_\_\_\_ : *Principios fundamentales de los contratos*, Astrea, Buenos Aires, 1999.

**RICHTA**, Radovan: *La civilización en la encrucijada*, Ayuso, Madrid, 1974.

**ROBLES**, Gregorio: *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*, Civitas S. A., Madrid, 1997.

**ROSADO DE AGUIAR JUNIOR**, Ruy: “Os Contratos Nos Códigos Civis francês e brasileiro”, en *Revista Cej*, nº 28, enero/marzo, Brasilia, 2005: 5-14. Traducción propia.

**ROSENVALLON**, Pierre: *La nueva cuestión social*, Manantial, Buenos Aires, 1995.

**SANTAMARÍA PASTOR**, Juan Alfonso: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, 1988.

**SCHAFFER**, Bernard H.; **OTT**, Claus: *Manual de análisis económico del Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1991.

**SCHIAVONE**, Miguel Ángel: "Salud Pública", en *Seminario: Problemas actuales de la Investigación en el campo de la Bioética*, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, 2003.

**STIGLITZ**, Gabriel A.: "Publicidad de fármacos, automedicación y defensa del consumidor", en *L. L.*, 1987-C: 721-725.

**TEDESCHI**, Sebastián Ernesto: "El waterloo del Código Civil Napoleónico. Una mirada crítica de los fundamentos del Derecho Privado Moderno para la construcción de sus nuevos principios generales ", en **COURTIS**, Christian (comp.), *Desde otra mirada. Textos de teoría crítica del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 2001.

**TOBAR**, Federico: "Tendencias en la regulación de planes de medicina prepaga", en *J. A.*, 24/11/99, nº 6169: 20-28.

**TRIGO REPRESAS**, Félix A.: *Reparación de daños por mala praxis médica*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995.

**VATTUONE**, Lucy F. de: *Educación para la salud*, El Ateneo, Buenos Aires, 1990.

**VAZQUEZ FERREYRA**, Roberto A.: *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y la ley de contratos de trabajo*, Vélez Sarsfield, Rosario, 1988.

\_\_\_\_\_ : “Las medidas autosatisfactivas en el Derecho de Daños y en la tutela del consumidor”, en *L. L.* 1997-E: 1440-1446.

**VENTURINI**, Beatriz; **SZAFIR**, Dora: *Responsabilidad civil de los médicos y de los centros asistenciales*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1989.

**WEINGARTEN**, Celia; **LOVECE**, Graciela: “Protección del usuario de los servicios médicos prepagos”, en *L. L.*, 1997-C: 548-557.

\_\_\_\_\_ ; **GHERSI**, Carlos A.: “Contrato de medicina prepaga (La integralidad de la prestación frente a la última opción terapéutica: El trasplante de órganos)”, en *J. A.*, 24/11/99, n° 6169: 35-39.

**ZENTNER**, Diego H.: “Perfiles actuales y cláusulas abusivas en el contrato de medicina prepaga”, en *J. A.*, 24/11/99, n° 6169: 40-45.

**ZULETA PUCEIRO**, Enrique: *Interpretación de la ley. Casos y materiales para estudiar la ley*, La Ley, Buenos Aires, 2003.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

**ARGENTINA:** Anteproyecto de Código para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [cit. de Roberto VAZQUEZ FERREYRA y Marcos L. PEYRANO: “La medida autosatisfactiva y su aplicación efectiva en el campo de la medicina prepaga”, en *J. A.* n° 6169, Buenos Aires, 24/11/99: 31].

\_\_\_\_\_ : Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998

\_\_\_\_\_ : Anteproyecto de Código Procesal de la Provincia de Santa Fe [cit. de Roberto VAZQUEZ FERREYRA y Marcos L. PEYRANO: “La medida autosatisfactiva y su aplicación efectiva en el campo de la medicina prepaga”, en *J. A.* n° 6169, Buenos Aires, 24/11/99: 31].

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala D, 23/08/79, “Cerquetti, Albino v. Cruz Azul S. A.”, en *J. A.* 1979-IV: 663-666.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala B, 24/09/86, “Königsberg, Alejandro V. y otra a. Almagro Construcciones S. A.”, en *J. A.*, 1987-IV: 400-406.

\_\_\_\_\_ : CNCom., sala C, 25/06/87, “Flehner, Eduardo J. c. Optar S. A.”, en *L. L.* 1987-E: 178-181.

\_\_\_\_\_ : T. S. J. de Córdoba, sala Civ. y Com., 30/05/91, “Bissio de Gotuso, M. v. Sabattini V. y otro s/Daños y perjuicios” [www.LexisNexisonline n° 32/1799, fecha de captura: 03/10/07].

\_\_\_\_\_ : CNFed. Civil y Com., sala III, 04/09/91, en *L. L.* 1991-A: 661.

\_\_\_\_\_ : CNCom., sala C, 17/06/92 “Cohen Jaime R. v. acción Médica S. A.”, en *J. A.* 1992-IV: 437.

\_\_\_\_\_ : CNCom., sala B, 15/04/93, “Odrizola Belén, Pedro y otro c/Optar S. A.”, en *L. L.* 1993-E: 64-73.

\_\_\_\_\_ : “Faoro de Estele Oliva v. Corpus Cobertura Médica S. A. s/sumarísimo”, 09/08/93.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala C, 15/02/94, “Diez Ruiz, Aurelio v. Intercorp S. A.”, en *J. A.*, 1994-IV: 456-460.

\_\_\_\_\_ : CCiv. y Com. Junín, 23/12/94, “Feroldi Osvaldo c. APS Obra Social”, en *L. L. B. A.*, 1995: 605-611.

\_\_\_\_\_ : CNCom., sala B, 14/03/95, “Anzorena, Ricardo v. Asistencia Médica Privada S. A. s/sumario”.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala B, 23/03/95, “A., C. c. Centro Médico Santa Isabel S. A.”, en *L.L.*, 1996-C: 232-241.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala C, 07/11/95, “Parra, Eduardo v. Plus Médico S. A. Planificación Médica Privada s/daños y perjuicios”, en *J. A.* 1998-III, síntesis.

\_\_\_\_\_ : Juzg. Crim. y Corr. nº 3, Mar del Plata, 14/02/96, “V. V. D. c. Instituto Médico Asistencial y/u otro”, en *L. L.* 1997-B: 297-300.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala K, 21/02/96, “Giménez de Rueda, A. M. v. Asociación Civil del Hospital Alemán y otro s/daños y perjuicios”, en *J. A.* 1997-III: 455-462.

\_\_\_\_\_ : CNCom., sala C, 20/05/96, "H. M. y otros c. Programa de Salud S. A.", en *L. L.* 1996-E: 186-188.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala L, "Arenas, Enrique c. Centro Médico Santa Fe S. A. y otro, en *L. L.*, 1997-C: 548-555.

\_\_\_\_\_ : CNCont. Adm. Fed., sala II, 08/10/96, "Medicus S.A. c/Secretaría de Comercio e Inversiones, resolución D. N. C. I. n° 39/96", en *E. D.*, 171:199-204.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala C, 15/05/97, "Billardo, Edmundo v. Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S. A. s/ordinario".

\_\_\_\_\_ : CCiv. y Com. Santa Fe, sala 1ª, 11/08/97, "A., P. L. v. N. M.", en *J. A.*, 2001-IV, fascículo. n° 11: 83-95.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., 16/09/97, "Oezen, G. B. y otro v. Medicorp Argentina s/daños y perjuicios".

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala C, 14/10/97, sin nombre s/amparo, en *E. D.* 174: 696-700.

\_\_\_\_\_ : Disposición D. N. C. I. n° 164/97, "R. S. v. Tecnología Integral Médica T. I. M. S. A. s/ley 24.240".

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala H, 20/02/98, "Peña de Márquez Iraola, J. M. v. Asociación Civil Hospital Alemán s/daños", en *J. A.* 1998-IV: 494-509.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala H, 04/06/98, "B. V. v. Amil Asistencia Médica Internacional S. A. s/amparo".

\_\_\_\_\_ : Juzg. Nac. Com. n° 17, 1/06/98, “B. S., S. R. v. Amil Asistencia Médica Internacional S. A. s/sumarísimo”, expediente n° 88.170/97, 1ª instancia firme.

\_\_\_\_\_ : CNCom., sala A, 29/06/98, “Lucero, Carlos A. v. Isaura S. A.”, en *L. L.*, 24/03/99.

\_\_\_\_\_ : “Qualitas Médica S. A. s/ley 24.240”, D. N. C. I. n° 711/98.

\_\_\_\_\_ : Tribunal de Familia de Lomas de Zamora n° 3, 21/05/99, “S. M. I.”, en *J. A.*, 07/06/00, n° 6197: 82-84.

\_\_\_\_\_ : CNCiv. y Com. Fed., sala 1ª, 25/06/99, “Cema v. Clínica Saint Exilien S. A.”, fallo n° 101.789.

\_\_\_\_\_ : Juzg. Nac. Civ. n° 67, 08/09/99, “R. D., J. S. v. Obra Social de la Unión Obrera Metalúrgica”, en *J. A.*, n° 6247: 64-65.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala C, 19/11/99, “C., J. R. v. Mutual Médicos Municipales”, en *J. A.* 09/08/00, n° 6206: 52.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala I, 07/03/01, “Schneider, Luisa v. Omint S. A.”, en *J. A.* 20/06/01, n° 6251: 67-69.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala G, 06/04/01, “E., C. v. SPM Sistema de Protección Médica S. A.”, en *J. A.* 12/09/01, n° 6263: 52-53.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala I, 09/08/01, “Ghislieri, Viviana L. v. Medicus S.A.”, en *J. A.*, 2002-I, fascículo n° 13: 76-80.

\_\_\_\_\_ : Tribunal de Familia de Lomas de Zamora n° 3, 29/08/01, “M. H. N. v. Pami”, en *J. A.*, 29/08/01, n° 6261: 74-78.

\_\_\_\_\_ : Juzg. Nac. 1ª Instancia en lo Civil n° 3, 19/07/02, “T. J. y otro c/Swiss Medical S.A.”, expediente n° 41.835 /2002.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala M, 16/09/02, “B. de K. S., G. H. v. G., J. A. y otros”, en *J. A.* 2003-I: 604-610.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala L, 21/11/03, “M., J. A. y otro c. Medicus S. A. de Asistencia Médica y Científica”, en *L. L.* 2004-B: 980-981.

\_\_\_\_\_ : CContencioso administrativo y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires” [[www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar), fecha de captura: 25/06/07].

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala C, 28/12/04, “A. P., C. M. y otro c. Medicus S. A. de Asistencia Médica y Científica”, en *L. L.* 25/04/05: 8.

\_\_\_\_\_ : CNCom., sala C, 08/03/05, “Revello Llerena, Ricardo E. c/Qualitas Médica S. A. s/sumarísimo”, [[www.EIDial.comAA2916](http://www.EIDial.comAA2916), fecha de captura: 07/03/07]

\_\_\_\_\_ : CNCom., sala B, 22/04/05, “Unión de Usuarios y Consumidores c. Compañía Euromédica de Salud S. A.”, en *L. L.* 25/01/06: 1.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala G, 19/05/05, “K. S. H. c. Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires”, en *E. D.* 214: 323.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala D, 07/06/05, “M., S. M. c. Lecumberri, Luis E.” [[www.laleyonline.com.ar](http://www.laleyonline.com.ar), fecha de captura: 25/06/07].

\_\_\_\_\_ : CNCom., sala A, 14/09/05, “Lepanto, Hernán v. SPM”, en *J. A. 2006-I*, fascículo nº 12: 32-33.

\_\_\_\_\_ : CNCiv., sala G, 18/11/05, “Marcuzzi de Giménez Zapiola, Inés c. Swiss Medical S. A.”, en *L. L. 2006-A*: 798-801.

\_\_\_\_\_ : Juzg. Cont. Adm., Departamento Judicial de Bahía Blanca, expediente nº 3956/2006, 03/04/06, “Harfield, Hugo c/Dirección Obra social Personal Municipal s/amparo”.

\_\_\_\_\_ : CFed. Mar del Plata, expediente. nº 35.172, 10/04/06, “Marceillac Juan Ignacio c/ Telefónica Comunicaciones Personales S. A. s/sumarísimo”.

\_\_\_\_\_ : CNCom., sala A, 31/10/06, “Z., J. A. c. Sistema de Protección Médica S. A. (SPM)”, en *L. L. 19/03/07*: 11.

\_\_\_\_\_ : C. S. J. N. fallos, 31: 274; 238: 60; 246: 345; 253: 133; 270:374; 324: 680; 324: 754; 279: 19; 310: 112; 316: 479; 319: 1840; 321: 1684; 323:1339; 323: 3229; 324: 3569; 325: 677; 326: 4931; “Hussar, Otto v. Ansés”, sentencia del 10/10/96; “Camacho Acosta, Máximo c/Grafi Graf S. R. L. y otros”, en *L. L. 1997-E*: 652-654; sentencia del 24/10/00, causa nº 823.XXXV; 11/10/05, “Zarrillo, Osvaldo P. v. Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados”, en *J. A. 2006-I*: 798-801; “Sánchez, Norma Rosa c/Estado Nacional y otro s/acción de amparo”, sentencia nº 730. xl (es copia); 16/05/06, “Reynoso, Nilda Noemí c/I. N. S. S. J. P. s/amparo”, R. 638. xl.

\_\_\_\_\_ : Código Civil, A-Z editora, 19ª edición, Buenos Aires, 1994.

\_\_\_\_\_ : Código de Comercio, A-Z editora, 18ª edición, Buenos Aires, 1996.

\_\_\_\_\_ : Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Zavallá, Buenos Aires, 1996.

\_\_\_\_\_ : Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires (ALJA 1968-B: 1446).

\_\_\_\_\_ : Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa, ley provincial n° 1.828, (Legislación Argentina 1999-C: 3969).

\_\_\_\_\_ : Constitución Nacional (Legislación Argentina 1995-A: 26).

\_\_\_\_\_ : Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, área de Salud e Integración Social, comunicación personal, 16 de mayo de 2007.

\_\_\_\_\_ : Dictámenes INADI n° 100/04; 119/04 y 120/04 (INADI).

\_\_\_\_\_ : Dirección General de Defensa del Consumidor del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, comunicación personal, 4 de mayo de 2007.

\_\_\_\_\_ : Honorable Cámara de Diputados de la Nación. Dirección de Información Parlamentaria.

\_\_\_\_\_ : VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, La Plata, Buenos Aires, 1981.

\_\_\_\_\_ : X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1985.

\_\_\_\_\_ : V Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1987.

\_\_\_\_\_ : III Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1993.

\_\_\_\_\_ : I Jornadas de Derecho Civil de Morón, Buenos Aires, 1994.

\_\_\_\_\_ : IV Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1995.

\_\_\_\_\_ : XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 1995.

\_\_\_\_\_ : V Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1997.

\_\_\_\_\_ : Congreso Multidisciplinario sobre Responsabilidad Civil, Seguros y Contralor Estatal, Buenos Aires, 1997.

\_\_\_\_\_ : XIX Congreso Argentino de Derecho Procesal, Corrientes, 1997.

\_\_\_\_\_ : Jornada de difusión de la Medida Autosatisfactiva, Rosario, 1997.

\_\_\_\_\_ : Seminario Internacional "Derecho de la Integración. Los Jueces ante el MERCOSUR".

\_\_\_\_\_ : Congreso Internacional sobre la Persona y el Derecho sobre el Fin del Siglo, Santa Fe, 1997.

\_\_\_\_\_ : XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 1997.

\_\_\_\_\_ : Jornadas Rosarinas de Derecho Civil. Homenaje al 30º Aniversario de la reforma al Código Civil, Rosario, 1998.

\_\_\_\_\_ : IX Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal y Laboral, Junín, Buenos Aires, 2000.

\_\_\_\_\_ : II Coloquio “Los Jueces y la Evidencia Científica: Un acercamiento de los Jueces a las Ciencias”, Buenos Aires, 2006.

\_\_\_\_\_ : Leyes nº 22.802 (Legislación Argentina 1983-A: 96); 23.054 [<http://std.saij.jus.gov.ar>, fecha de captura: 12/11/06]; 23.179, site cit.; 23.313, site cit.; 23.592 (Anales de Legislación Argentina XLVIII-D: 4179); 23.660 (Legislación Argentina 1989-A: 51); 23.661 (Legislación Argentina 1989-A: 58); 23.849, site cit.; 24.240 (Legislación Argentina 1993-C: 3012) y su ampliatoria ley nº 24.999 (Legislación Argentina 1998-C: 283); 24.455 (Legislación Argentina 1995-A: 114); 24.515 [[www.observatoriodelosderechoshumanos.org/modules.php?name=News&file=article&sid=15](http://www.observatoriodelosderechoshumanos.org/modules.php?name=News&file=article&sid=15), fecha de captura: 15/04/07]; 24.754 (Legislación Argentina 1997-A: 3); 24.901 (Legislación Argentina 1997-D: 3798); 25.280, site cit. y; Ley provincial de Santa Fe nº 11.529 (Legislación Argentina 1998-A: 1178).

\_\_\_\_\_ : Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, 2º edición, Buenos Aires, 1987.

\_\_\_\_\_ : Proyecto de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de 1993, en *Orden del día nº 1322/1993*.

\_\_\_\_\_ : Proyecto del Poder Ejecutivo de 1993, en *Diario de Asuntos Entrados*, año IX-nº 81, Dirección Publicaciones, Buenos Aires, 1993.

\_\_\_\_\_ : Proyecto de Código Civil de la República Argentina, en *Antecedentes Parlamentarios*, nº 7, La Ley, Buenos Aires, 1999.

\_\_\_\_\_ : Proyecto de ley: “Régimen para las instituciones de medicina prepaga”, Expediente nº 2.738-D-2003, en *Trámite Parlamentario* nº 76.

\_\_\_\_\_ : Proyecto de ley: “Regulación de las personas físicas y de las entidades o empresas que presten servicios de cobertura de la atención y el tratamiento de la salud humana”, Expediente nº 2.886-D-2003, en *Trámite Parlamentario* nº 80.

\_\_\_\_\_ : Proyecto de ley: “Regulación de las personas físicas y de las entidades o empresas que presten servicios de cobertura de la atención y el tratamiento de la salud humana”, Expediente nº 4.790-D-2005, en *Trámite Parlamentario* nº 113.

\_\_\_\_\_ : Proyecto de ley: “Ley de regulación del contrato de medicina prepaga”, Expediente nº 6.597-D-2005, en *Trámite Parlamentario* nº 180.

\_\_\_\_\_ : Proyecto de ley: “Marco regulatorio de empresas de medicina prepaga”, Expediente nº 4.381-D-2006, en *Trámite Parlamentario* nº 106.

\_\_\_\_\_ : Proyecto de ley: “Creación del régimen de regulación de las entidades de medicina prepaga”, Expediente nº 6.161-D-2006, en *Trámite Parlamentario* nº 152.

\_\_\_\_\_ : Resolución ministerial n° 247/96 Programa Médico Obligatorio (Boletín Oficial, 17/05/96).

\_\_\_\_\_ : Resolución n° 53  
[infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/8000084999/84410/norma.htm, fecha de captura: 12/03/07].

\_\_\_\_\_ : Superintendencia de Servicios de Salud del Ministerio de Salud y Ambiente de la República Argentina  
[www.ademp.com.ar/revistas/pdf\_revistas/ademp70.pdf, fecha de captura: 10/05/07].

**ASOCIACIÓN PROTECCIÓN CONSUMIDORES DEL MERCADO COMÚN DEL SUR** [www.proconsumer.org.ar, fecha de captura: 26/04/07].

**BRASIL:** Código Civil  
[www.planalto.gov.br/ccivil\_03/LEIS/2002/L10406.htm, fecha de captura: 28/10/06].

\_\_\_\_\_ : Código Defensa del Consumidor  
[www.planalto.gov.br/ccivil\_03/LEIS/L8078.htm, fecha de captura: 25/10/06].

\_\_\_\_\_ : Código de Proceso Civil  
[www.planalto.gov.br/ccivil\_03/LEIS/L5869.htm, fecha de captura: 28/10/06].

\_\_\_\_\_ : Seminario Internacional "MERCOSUR y el Derecho", São Paulo, 1996.

\_\_\_\_\_: IV Congreso brasileño y I Congreso Interamericano de Derecho del Consumidor, Río Grande Do Sul, 1998.

\_\_\_\_\_: Constitución Nacional  
[[www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)].

\_\_\_\_\_: Decretos Legislativos nº 27 [https://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao, fecha de captura: 12/11/06]; 28, site cit. y; 93, site cit.

\_\_\_\_\_: Despacho nº 009/2004/CEP-RN 44/ANS, Río de Janeiro, 03/03/04 [www.ans.gov.br/portal/site/consultas/consultas.asp, fecha de captura: 10/05/07]. Traducción propia.

\_\_\_\_\_: Despacho nº 010/2004/CEP-RN 44/ANS, Río de Janeiro, 12/03/04, site cit.

\_\_\_\_\_: Despacho nº 012/2004/CEP-RN 44/ANS, Río de Janeiro, 12/03/04, site cit.

\_\_\_\_\_: Despacho nº 020/2004/CEP-RN 44/ANS, Río de Janeiro, 23/06/04, site cit.

\_\_\_\_\_: Despacho nº 028/2004/CEP-RN 44/ANS, Río de Janeiro, 21/07/04, site cit.

\_\_\_\_\_: Ley nº 9.656 [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/LEIS/L9656.htm, fecha de captura: 25/10/06].

\_\_\_\_\_ : “Perfil del sistema de salud de Brasil”  
[[www.lachsr.org/documents/perfildelsistemadesaluddebrasil\\_Es.pdf](http://www.lachsr.org/documents/perfildelsistemadesaluddebrasil_Es.pdf), fecha de captura: 05/03/07].

\_\_\_\_\_ : Tribunal de Justicia de São Paulo, AP.240, 16.c, in RT.719.129.  
Traducción propia.

\_\_\_\_\_ : Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, ac. da 2ª C., Ap. 4.055/95,  
en *Revista Direito do Consumidor*, nº 18, Revista dos Tribunais, junio  
1996: 178 [cit. de Ricardo L. LORENZETTI: “Cláusulas abusivas en el  
contrato de medicina prepaga”, en *L. L.* 1997-III: 794].

\_\_\_\_\_ : 2ª Vara Civil de São Jose dos Campos, “Ministerio Publico v.  
Clinica São Jose Ltda.”, en *Revista Direito do consumidor*, nº 18, dos  
Tribunais, junio 1996: 209. Traducción propia.

\_\_\_\_\_ : Proceso nº 33902.222380/2003-88  
[[www.ans.gov.br/portal/site/consultas/consultas.asp](http://www.ans.gov.br/portal/site/consultas/consultas.asp), fecha de captura:  
10/05/07]. Traducción propia.

\_\_\_\_\_ : Proceso nº 70012132031, 31/08/05 [[www.jurisway.com.br](http://www.jurisway.com.br), fecha  
de captura: 07/03/07]. Traducción propia.

\_\_\_\_\_ : Proceso nº 1.0145.04.154287-2/001, 27/10/05, site cit.

\_\_\_\_\_ : Proceso nº 2.0000.00.458108-6/001, 10/11/05, site cit.

\_\_\_\_\_ : Décima Sétima Câmara Civil de Tribunal de Justiça do Estado de  
Minas Gerais, “Central Nacional UNIMED Cooperativa Central c. Roberto  
FONTES CINTRA”, 20/01/06, site cit.

\_\_\_\_\_ : Proceso nº 20000110818176, acuerdo nº 248645, 17/04/06, site cit.

\_\_\_\_\_ : Proceso nº 1.0024.05.739462-9/001, 28/06/06, site cit.

\_\_\_\_\_ : Proceso nº 20050110404899, acuerdo nº 249903, 12/07/06, site cit.

\_\_\_\_\_ : Proceso nº 1.0024.03.990131-9/001, 25/07/06, site cit.

\_\_\_\_\_ : Proceso nº 2006.001.40924, 26/09/06, site cit.

\_\_\_\_\_ : Resolución Normativa nº 44 [[www.ans.gov.br](http://www.ans.gov.br), fecha de captura: 10/05/07].

**“CONSTITUCIÓN DE LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD”**, en *Organización Panamericana de la salud: documentos básicos*, documento oficial 240, Washington, 1991: 23.

### **CONSTITUCIÓN**

### **EUROPEA**

[[www.realinstitutoelcano.org/especiales/constitucioneuropea/nuevo/](http://www.realinstitutoelcano.org/especiales/constitucioneuropea/nuevo/), fecha de captura: 25/10/06].

**CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**, opinión consultiva nº 02/1982, 24/09/82.

### **DIRECTRICES SOBRE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR DE LAS NACIONES UNIDAS**

[[www.redpuentes.org/centro-de-documentos/DocsG/directrices-de-nu-sobre-proteccion-del-consumidor.doc/view](http://www.redpuentes.org/centro-de-documentos/DocsG/directrices-de-nu-sobre-proteccion-del-consumidor.doc/view), fecha de captura: 30/10/06].

**ENCÍCLICAS: CENTESIMUS ANNUS** (JUAN PABLO II, en *Clarín*, Documento, Buenos Aires, 03/05/91) **Y LABOREM EXERCENS** (JUAN PABLO II, en *Colección de Documentos Pontificios en la Cuestión Social*, Paulinas, Buenos Aires, 1993).

**NORMATIVA COMUNITARIA:** Resoluciones nº 126/94 [www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm, fecha de captura: 10/12/06]; 123/96 site cit.; 124/96 site cit.; 125/96 site cit.; 126/96 site cit.; 42/00 site cit.; 73/00 site cit.; 21/04 site cit.; 25/04 site cit.; 28/04 site cit.; 18/05 site cit.; 45/06 site cit.; 65/06 site cit. y; 12/07 site cit.

\_\_\_\_\_ : Decisión nº 10/96 [www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm, fecha de captura: 10/10/07].

\_\_\_\_\_ : Opinión Consultiva nº 1/2007 [www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/PrimeraOpinionConsultiva\_versiónFinal.pdf, fecha de captura: 29/10/07].

\_\_\_\_\_ : Protocolo de Medidas Cautelares [www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm, fecha de captura: 25/10/06].

\_\_\_\_\_ : Protocolo de Ouro Preto [www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm, fecha de captura: 10/06/06].

\_\_\_\_\_ : Tratado de Asunción [www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/es/index.htm, fecha de captura: 10/06/06].

**PARAGUAY:** TApelCivyComAsunción, sala, 12/02/02, “Gelabert, Norberto y otro c. Golden Cross Asistencia Internacional de Salud S. R. L.”, sentencia nº 05, en *L. L. P.* 2002: 431.

\_\_\_\_\_ : Código Civil  
[[www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=2609](http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=2609), fecha de captura: 25/10/06].

\_\_\_\_\_ : Código Procesal Civil y Comercial de la Nación  
[[www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=3405](http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=3405), fecha de captura: 25/10/06].

\_\_\_\_\_ : Constitución Nacional  
[<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.html>, fecha de captura: 28/10/06].

\_\_\_\_\_ : Decreto nº 20.553  
[[www.leyes.com.py/rubro1.php?r1=25&r2=25&titulo=Sector%20Salud](http://www.leyes.com.py/rubro1.php?r1=25&r2=25&titulo=Sector%20Salud), fecha de captura: 23/02/07].

\_\_\_\_\_ : Defensoría del Pueblo de la Nación, comunicación personal, 27 de septiembre de 2007.

\_\_\_\_\_ : Leyes nº 1 [http://[leyes.com.py/cronologico\\_listar.php?a=1989](http://leyes.com.py/cronologico_listar.php?a=1989), fecha de captura: 12/11/06]; 4 [http://[leyes.com.py/cronologico\\_listar.php?a=1992](http://leyes.com.py/cronologico_listar.php?a=1992), fecha de captura: 12/11/06]; 57 [http://[leyes.com.py/cronologico\\_listar.php?a=1990](http://leyes.com.py/cronologico_listar.php?a=1990), fecha de captura: 12/11/06]; 1.215 [http://[leyes.com.py/cronologico\\_listar.php?a=1986](http://leyes.com.py/cronologico_listar.php?a=1986), fecha de captura: 12/11/06]; 1.334 [www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=1307, fecha de captura: 25/10/06].

25/10/06] y 2.319 [[www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=3987](http://www.senado.gov.py/leyes/?pagina=leyes&id=3987), fecha de captura: 25/10/06].

\_\_\_\_\_ : Ministerio de Industria y Comercio. Dirección General de Defensa del Consumidor, comunicación personal, 20 de julio de 2007.

\_\_\_\_\_ : “Perfil del sistema de salud de Paraguay” [[www.lachsr.org/documents/perfildelsistemadesaluddeparaguay\\_Es.pdf](http://www.lachsr.org/documents/perfildelsistemadesaluddeparaguay_Es.pdf), fecha de captura: 05/03/07].

**PRINCIPIOS DEL UNIDROIT** [[www.unidroit.org](http://www.unidroit.org), fecha de captura: 28/10/06].

**REAL ACADEMIA ESPAÑOLA:** Diccionario de la Lengua Española, 21ª edición, tomo I, 1998.

**REGLAMENTO DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA Nº 1408/71** del Consejo de 14/06/71 (Diario Oficial L 028 de 30/01/97, doc 397 RO 118).

**SOCIEDADES COMERCIALES LEY 19.550. TEXTO ORDENADO POR DECRETO 841/84 Y MODIFICACIONES**, Az editora, 14ª edición, Buenos Aires, 1996.

**TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA** (Roma, 25/03/57 [[www.pnsd.msc.es/Categoria2/legisla/pdf/i12.pdf](http://www.pnsd.msc.es/Categoria2/legisla/pdf/i12.pdf), fecha de captura: 03/08/06].

**URUGUAY:** Código Civil [[http://sip.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/cod\\_civilindice.htm](http://sip.parlamento.gub.uy/codigos/codigocivil/2002/cod_civilindice.htm), fecha de captura: 25/10/06].

\_\_\_\_\_ : Código de Comercio  
[\[http://leyes.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoComercio/Cod\\_Com.htm\]](http://leyes.parlamento.gub.uy/Codigos/CodigoComercio/Cod_Com.htm),  
 fecha de captura: 22/11/06].

\_\_\_\_\_ : Código Procesal Civil y Comercial  
[\[www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17250&Anchor=\]\(http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17250&Anchor=\)](http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17250&Anchor=),  
 fecha de captura: 25/10/06].

\_\_\_\_\_ : Constitución Nacional [[www.parlamento.gub.uy-Constitución](http://www.parlamento.gub.uy-Constitución)  
 de la república-2004-Microsoft internet explorer, fecha de captura:  
 25/10/06].

\_\_\_\_\_ : Consumidores y Usuarios Asociados, comunicación personal,  
 8 de mayo de 2007.

\_\_\_\_\_ : VII Jornadas Rioplatenses de Derecho, Punta del Este, 1994.

\_\_\_\_\_ : Decretos nº 15 (Registro Nacional de leyes y decretos, tomo  
 1, semestre 1, año 2006: 172) y 36 (Registro Nacional de leyes y  
 decretos, tomo 1, semestre 1, año 1980: 123) y Decretos-Leyes nº 14.897  
[\[www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=14897&Anchor=\]\(http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=14897&Anchor=\)](http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=14897&Anchor=),  
 fecha de captura: 25/03/07] y; 15.181  
[\[www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=15181&Anchor=\]\(http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=15181&Anchor=\)](http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=15181&Anchor=),  
 fecha de captura: 25/03/07].

\_\_\_\_\_ : Leyes nº 16.343  
[\[www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=16343&Anchor=\]\(http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=16343&Anchor=\)](http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=16343&Anchor=),  
 fecha de captura: 25/10/06]; 17.250  
[\[www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17250&Anchor=\]\(http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17250&Anchor=\)](http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17250&Anchor=),  
 fecha de captura: 25/10/06]; 17.330  
[\[www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17330&Anchor=\]\(http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17330&Anchor=\)](http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17330&Anchor=)

=, fecha de captura: 25/10/06] y; 17.338  
[www.parlamento.gub.uy/Leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17338&Anchor  
=, fecha de captura: 25/10/06].

\_\_\_\_\_ : Liga Uruguaya de Defensa del Consumidor, comunicación personal, 25 de abril de 2007.

\_\_\_\_\_ : Ministerio de Salud Pública. Oficina de Atención al Usuario, comunicación personal, 11 de septiembre de 2007.

\_\_\_\_\_ : “Perfil del sistema de salud de Uruguay”  
[www.lachsr.org.documents/perfildelsistemadesaluddeuruguay\_Es.pdf,  
fecha de captura: 05/03/07].

\_\_\_\_\_ : Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo civil de Décimo Turno, 15/10/84, “F. de A. S. E. c/A. E. P. de S. M.” –Daños y Perjuicios, en *L. J. U.*, tomo 94-1987, caso n° 10.770 y fallo confirmatorio del T. A. C. de 4° Turno de 18/08/86.

\_\_\_\_\_ : Juzgado Letrado de Primera Instancia de 17° Turno, 07/06/93, “Larre Borges, Marcos y otra c/Sociedad Hospital Británico en el Uruguay y otra” –Daños y Perjuicios, en *L. J. U.*, tomo 126-2002, caso n° 12.723.

\_\_\_\_\_ : T. A. C. de 5° Turno, sentencia n° 57, Montevideo, 24/03/99, “Martínez, Alvaro c/Círculo Católico de Obreros del Uruguay s/daños y perjuicios” [www.tribunales.com.uy/tribunales/seccion.asp?f=sentencias, fecha de captura: 02/03/07].

\_\_\_\_\_ : T. A. C. de 3º Turno, 04/10/99, “E. R. y otros c/M. C. – Responsabilidad Médica”, en *L. J. U.*, tomo 121-2000, caso nº 13.951, Ministra redactora: Bernadette, MINVIELLE.

\_\_\_\_\_ : T. A. C. de 3º Turno, 29/03/00, “Pellejero, Oscar y Blanca, Donate c/Asociación Española de socorros Mutuos” –Daños y Perjuicios, Ministra redactora: Bernadette MINVIELLE, site cit.

\_\_\_\_\_ : T. A. C. de 6º Turno, 18/07/02, “W. M. y otros c. C. A. S. M. U.” –Daños y Perjuicios, en *L. J. U.*, tomo 123-2003, caso nº 14.567, Ministro redactor: BOSSIO.

\_\_\_\_\_ : S. C. J., 14/11/03, “O. B. y otros c/Casa de Galicia” –Daños y Perjuicios, en *L. J. U.*, caso nº 14.922, sentencia nº 325, Ministro redactor: VAN ROMPAEY.

\_\_\_\_\_ : S. C. J., 26/03/04, “I. S. c. Centro Psiquiátrico I. S. A.”, en *L. J. U.*, tomo 131-2005, caso nº 15.045, Ministro redactor: VAN ROMPAEY.

\_\_\_\_\_ : T. A. C. de 6º Turno, 14/04/04, “M. T. c/Sindicato Médico del Uruguay” –Daños y Perjuicios, en *L. J. U.*, tomo 134-2006, caso nº 15.274, Ministro redactor: HOUNIE.

\_\_\_\_\_ : T. A. C. de 4º Turno, 26/05/04, “R. P. /C. A. S. M. U. Y OTROS” –Daños y Perjuicios, en *L. J. U.*, tomo 132-2005, caso nº 15.093, Ministro redactor: TURELL.

\_\_\_\_\_ : T. A. C. de 5º Turno, 25/06/04, “A. B. c/Asociación Española 1ª de socorros Mutuos” –Daños y Perjuicios, en *L. J. U.*, caso nº 15.264, Ministra redactora PRESA.

## INDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN .....	3

### CAPÍTULO I

#### ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA SALUD

I. GENERALIDADES .....	6
II. HISTORIA. ANTECEDENTES .....	6
A. Categoría histórica .....	6
B . Antecedentes .....	6
C. Aparición del derecho a la salud .....	9
D. Recopilaciones locales .....	10
E. Evolución del derecho a la salud .....	10
F. Contenido originario .....	13
G. Nacionalización de las regulaciones .....	14
H. La Doctrina de la Iglesia Católica .....	17
I. El funcionalismo social .....	17
III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS MERCOSUREÑOS.....	17
A. Antecedentes coloniales .....	18
B. Antecedentes anteriores a la constitucionalización .....	18
IV. SANCIÓN DE LAS CONSTITUCIONES DE LOS ESTADOS PARTES.....	18
A. Antecedentes de las constituciones de los Estados Partes .....	18
B. Principales reformas .....	19
V. CONTENIDO DEL DERECHO A LA SALUD .....	21
A. Generalidades .....	21
B. Contenido actual. Bases en las que se asienta .....	21
VI. JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL DERECHO A LA SALUD.....	26
A. Generalidades .....	26
B. El interés individual y el interés social como fundamento del derecho a la salud .....	26
VII. OTROS PERFILES ACTUALES DEL DERECHO A LA	

SALUD.....	28
A. Generalidades .....	28
B. Internacionalización .....	28
C. Privatización .....	29
D. Armonización e integración. La Unión Europea y el Nafta .....	30
VIII. CONCLUSIONES .....	33

## CAPÍTULO II

### **LAS NUEVAS EXIGENCIAS DE TUTELA: EXPERIENCIAS Y ALTERNATIVAS PARA REPENSAR LA PROBLEMÁTICA QUE ENCIERRA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE SALUD Y ASEGURAR UNA ADECUADA TUTELA AL USUARIO DE LOS SERVICIOS MÉDICOS PREPAGOS**

I. GENERALIDADES .....	35
II. EL AGOTAMIENTO DEL CICLO DE FIN DE SIGLO Y EL DESAFÍO DEL NUEVO MILENIO.....	35
III. FACTORES QUE VULNERAN LAS EXIGENCIAS DE LA REALIDAD Y MUESTRAN AL SISTEMA JURÍDICO COMO INSUFICIENTE PARA TUTELARLAS CON EFECTIVIDAD.....	44
A. La indiferencia del contexto socioeconómico .....	44
B. La inevitable observación respecto del problema de la “función social” del mercado .....	44
C. La vigencia del logocentrismo .....	45
IV. CONCLUSIONES .....	49

## CAPÍTULO III

### **LOS ALCANCES DEL DERECHO DEL USUARIO DE LOS SERVICIOS MÉDICOS PREPAGOS**

I. DERECHO DEL CONSUMIDOR Y USUARIO .....	50
A. Generalidades .....	50
B. Noción .....	50
1. Terminología.....	50
2. Concepto doctrinario .....	50

a. Teoría finalista .....	51
b. Teoría maximalista .....	51
c. Análisis crítico de las teorías .....	51
C. El criterio de las legislaciones del MERCOSUR.....	51
D. Naturaleza jurídica .....	52
II. EL CONSUMIDOR O USUARIO .....	52
A. Generalidades .....	52
B. Conceptos doctrinarios del consumidor o usuario .....	52
1. Doctrina subjetiva.....	53
2. Doctrina objetiva .....	53
3. El concepto adoptado por las legislaciones nacionales de los Estados Partes, el proyecto de armonización del derecho de protección del consumidor y el Tribunal Permanente de Revisión del MERCOSUR.....	53
C. Alcance y fundamentos de la protección del consumidor o usuario.....	58
III. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL USUARIO DE LOS SERVICIOS MÉDICOS PREPAGOS.....	59
A. Generalidades .....	59
B. Nacimiento .....	59
C. Obligaciones del usuario .....	59
1. Abonar los pagos en término .....	60
2. Usar con ecuanimidad de los medios jurisdiccionales o extrajurisdiccionales concernientes a los conflictos que puedan llegar a suscitarse .....	61
D. Derechos del usuario .....	62
1. Derecho a la información .....	62
a. Generalidades.....	62
b. Concepto .....	65
c. Naturaleza jurídica .....	66
d. Extensión.....	66
e. Objeto. Contenido del deber de informar.....	77
f. La carga probatoria de la información.....	81
g. El resarcimiento debido ante su omisión .....	82
2. Derecho a prestaciones médicas adecuadas .....	83
a. Qué se entiende por prestación médica adecuada .....	83
b. Requisitos .....	88
c. Objeto .....	100
d. Fundamentos .....	100
e. Efectos .....	101
3. Derecho al resarcimiento de los daños sufridos.....	102
a. Generalidades .....	102
b. Concepto.....	103
c. Naturaleza jurídica .....	103
d. Procedencia .....	104

e. Sistema legal .....	104
4. Derecho a ser protegido contra el abuso de la posición de prevalencia.....	107
a. Concepto .....	107
b. Análisis de los elementos .....	108
c. Naturaleza jurídica .....	109
d. Fundamento.....	109
e. Finalidad .....	110
f. Pautas para caracterizar el abuso .....	110
g. Pautas generales de interpretación.....	112
h. Casos .....	114
i. El control del abuso de la posición de prevalencia .....	136
5. Derecho a no ser discriminado .....	146
a. Generalidades .....	146
b. Cómo se enuncia y fundamenta .....	147
c. Cómo se manifiesta en el mundo jurídico.....	159
d. Casuística: análisis de los distintos supuestos jurisprudenciales de la discriminación .....	163
e. Carácter meramente enunciativo de esta enumeración .....	173
f. El rol del Estado: El bien público. El bien común .....	175
g. Derecho a una pronta resolución de los conflictos. Remisión.....	176
IV. CONCLUSIONES .....	176

## CAPÍTULO IV

### LA TUTELA DEL USUARIO Y DEL DERECHO A LA SALUD

I. GENERALIDADES .....	183
II. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LOS ESTADOS PARTES.....	184
A. Advertencia previa .....	184
B. Órganos de control .....	185
C. Procedimiento .....	187
D. Legitimación .....	188
1. Particulares .....	188
2. El Defensor del Pueblo y las asociaciones de defensa de los consumidores y usuarios .....	188
E. Evaluación sintética .....	190
F. Tres hipótesis para una pronta resolución de los conflictos .....	192
G. Propuesta para la aplicación de la medida autosatisfactiva al campo de la medicina privada .....	194
III. HACIA UNA CONCIENTIZACIÓN MÁS GENERALIZADORA .....	200
IV. BASES DE POLÍTICA PROPUESTAS .....	201

V. CONCLUSIONES .....	209
-----------------------	-----

## CAPÍTULO V

### UN NUEVO ENCUADRE DE LA SALUD: DESDE LA PERSPECTIVA TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO Y DE LA SALUD

I. GENERALIDADES .....	211
II. DIMENSIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO Y DE LA SALUD.....	211
A. La dimensión jurídica .....	211
B. La dimensión transnacional .....	212
C. La dimensión socioeconómica .....	212
III. DOBLE PROGRAMA DE REFORMAS .....	213
A. La regulación de los planes de medicina prepaga .....	213
1. Concepto de regulación .....	213
2. Fundamentos .....	213
3. Antecedentes legislativos.....	214
4. Regulación de los planes de cobertura médica prepaga.....	217
5. Requisitos para una regulación económica y sanitaria .....	217
B. La armonización de la legislación de los Estados Partes en materia de protección del usuario de los servicios médicos prepagos .....	218
1. Generalidades .....	218
2. La armonización mínima necesaria en esta materia .....	220
3. La X Reunión del Grupo Mercado Común .....	222
4. Proceso hacia la elaboración de un marco normativo común.....	222
a. La resolución n° 126/94 .....	222
b. El Protocolo de Santa María sobre Jurisdicción Internacional en materia de Relaciones de Consumo .....	223
c. Las resoluciones n° 123/96, 124/96, 126/96 y 127/96 .....	224
d. El Proyecto de Protocolo de Defensa del Consumidor del MERCOSUR.....	224
e. La declaración política de los presidentes y otras resoluciones que han alcanzado el tema .....	225
f. Evaluación sintética .....	226
5. Sugerencia de una nueva resolución .....	226

## CAPÍTULO VI

## CONCLUSIONES

I. EL ACCESO A LA SALUD EN ARGENTINA Y EL MERCOSUR .....	228
A. Los problemas que anidan en la cuestión desde una perspectiva comunitaria .....	228
1. El Pacto de San José de Costa Rica y la interpretación en el ordenamiento jurídico interno de los Estados Partes de los tratados que versan sobre Derechos Humanos .....	229
2. La libertad de contratación y los límites impuestos por la ley .....	230
3. La normativa reguladora del accionar de los entes que brindan servicios de medicina prepaga .....	232
B. Contenido de las ponencias, su relación con otras ideas y bases que en ellas se proponen .....	233
II. NUESTRA TESIS .....	235

## ANEXOS

Nº 1: PROCESO QUE CONDUCE A LA INEQUIDAD EN EL ACCESO A LA SALUD EN ARGENTINA Y EL MERCOSUR.....	244
Nº 2: CUADRO DEMOSTRATIVO DEL FUNCIONAMIENTO DE LOS FACTORES DE INEQUIDAD EN EL ACCESO A LA SALUD EN ARGENTINA Y EL MERCOSUR Y RÉGIMEN PROPUESTO PARA SUPERARLOS .....	245
ABREVIATURAS .....	246
AUTORES CITADOS Y FUENTES DE INFORMACIÓN .....	248