

UNIVERSIDAD
SIGLO 21



“JUDICIALIZACIÓN DEL ACCESO A LA SALUD”

T.F.G.

ABOGACÍA

TORO BURGOS, Claudia Valeska

2016

*Dedico este T.F.G. a mí amado hijo, por ser mi fuente de motivación y energía para poder superarme cada día más, esforzándome para dejarle un ejemplo de superación, en busca de un futuro mejor.
Por ser mi compañero en este tramo del sendero.*

Gracias!

RESUMEN

El presente trabajo se propone un abordaje normativo, doctrinal y jurisprudencial de la actualidad en materia de Derecho a la Salud. Se buscará estudiar la naturaleza jurídica de este derecho, sus implicaciones a nivel constitucional y se analizará el alcance de la protección brindada por la constitución, los medios procesales idóneos, y claro, la defensa de estos derechos de carácter vinculante por parte de los tratados internacionales de derechos humanos. Asimismo, se describirá la situación actual del subsistema privado de salud y sus principales problemáticas, a los fines de ponderar los derechos en juego en la relación contractual entre las empresas de medicina prepaga y sus afiliados.

ABSTRACT

The present paper propose a normative, doctrinal and jurisprudential approach to current developments in the Right to Health. It will seek to study the legal nature of this right, its implications at the constitutional level and scope of protection afforded by the Constitution, appropriate means of redress, and of course, the defense of these rights binding will be analyzed by international treaties human rights. Also, the current situation of private health subsystem and their main problems, for the purpose of balancing the rights at stake in the contractual relationship between prepaid medicine companies and their affiliates will be described.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la Salud – Tratados Internacionales – Constitución Nacional – Medicina Prepaga – Incumplimiento contractual – Amparo – Procedimientos administrativos - Afiliados

Índice

INTRODUCCIÓN.....	6
CAPÍTULO I: El Derecho a la Salud.....	9
1. <i>Introducción</i>	9
2. <i>El Derecho a la Salud y su Naturaleza Jurídica en la legislación.</i>	9
3. <i>El bien jurídico contenido en el Derecho a la salud</i>	13
4. <i>La protección del derecho a la vida y el derecho a la salud concebida en la Constitución Nacional y en los Tratados internacionales.</i>	15
5. <i>Conclusiones</i>	22
CAPÍTULO II: El papel del Contrato de la Empresa de Medicina Prepaga.....	24
Introducción.....	24
1. El vínculo contractual entre el afiliado y la Empresa de Medicina.	24
2. Contratos de adhesión y de consumo.	31
3. Principio de excesiva onerosidad del Código Civil.	35
Conclusiones	38
CAPÍTULO III: Las Relaciones de Consumo.....	40
Introducción.....	40
1. Los afiliados como consumidores, la empresa de Medicina como proveedor.....	40
2. Concepto de consumidor. El usuario de la empresa de medicina prepaga.....	43
3. Concepto de proveedor. La empresa de medicina prepaga.....	44
4. Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones	45
5. Función social de la Empresa de Medicina Prepaga	57
CAPITULO IV: Obras Sociales Provinciales	61
1. Reseña histórica del surgimiento de las Obras Sociales	61
2. Sistema de Seguridad Social y el rol del Estado	62
3. Sustentabilidad de las Obras Sociales provinciales. Fortalecimiento	64
4. Plan Médico Obligatorio - Alcances y efectos – Regulación	67
6. Conclusión.....	77
CAPÍTULO V: Los mecanismos para la Protección del derecho a la salud	78
Introducción.....	78

1. Acciones Judiciales. Amparo	79
2. Procedimiento Administrativo	86
Conclusiones	89
CONCLUSIONES.....	90
BIBLIOGRAFÍA.....	93

INTRODUCCIÓN

En la actualidad son tristemente célebres los procesos judiciales que reclaman a obras sociales y empresas de medicina prepaga el cumplimiento de prestaciones de salud fundamentales para la vida y dignidad de sus afiliados.

Si bien, en principio, esta problemática es menos recurrente respecto al sistema público de salud, nos encontramos frente a un derecho constitucional por cuya tutela el Estado Argentino se ha obligado internacionalmente. Es en este punto en el que entran en colisión la libertad contractual y la autonomía de la voluntad, y el Derecho a la Salud consagrado en la Constitución Nacional y Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

El presente trabajo se propone un abordaje normativo, doctrinal y jurisprudencial de la actualidad en materia de Derecho a la Salud. Se buscará estudiar la naturaleza jurídica de este derecho, sus implicaciones a nivel constitucional y se analizará el alcance de la protección brindada por la constitución, los medios procesales idóneos, y claro, la defensa de estos derechos de carácter vinculante por parte de los tratados internacionales de derechos humanos.

Asimismo, se analizará el rol de la medicina prepaga, o seguros privados de afiliación voluntaria, como parte integrante del subsistema privado de la salud, cuyo accionar tiene efectos sobre un bien público, como lo es la salud de la población y el rol del Estado en la regulación de estas relaciones como forma de asegurar el acceso a la salud por parte de los afiliados.

Por último, se intentará esclarecer el concepto de Derecho a la Salud: éste –y guardando lógica con el sentido que la Organización Mundial de la Salud (OMS) imprime sobre él- suele tener un amplio alcance, y referirse no sólo al ámbito físico-corporal, sino también al de la psique y social (Peyrano: 2007), estudiando la definición aportada por dicho organismo, como así también el rol del Estado frente a la comunidad internacional como garante del ejercicio del Derecho a la Salud por parte de los habitantes de su territorio. Para ello, analizaremos las principales decisiones judiciales en la materia y los procedimientos instituidos a los fines de la tutela de este derecho.

La estrategia de investigación a utilizar será por la metodología cualitativa, en la que no se formulan hipótesis. Se establecen anticipaciones de sentido y se formulan supuestos. Estas se van reformulando a medida que progresa el trabajo de campo, en un proceso permanente de ajuste a la naturaleza de los fenómenos observados. (Yuni y Urbano, 2006, p.114).

Se considera pertinente en este caso la utilización del método cualitativo ya que se tratará de utilizar todos los datos encontrados y evaluados para demostrar la realidad desde el punto de vista más objetivo posible, en este caso con qué extensión y alcance es utilizado el derecho a la salud y cuál es su alcance dentro de lo establecido por el marco prestacional de las empresas de Medicina Prepaga. Por otro lado, no se utilizará ningún tipo de extracción de datos del tipo de encuestas o entrevistas, sólo se limitará a recolectar información existente sobre el tema. A través del método cualitativo se pretende comprender el sentido que los sujetos dan a sus acciones. Será necesario el análisis de jurisprudencia y la doctrina desde esta óptica.

Se utilizarán los tres tipos de fuente, a modo de ejemplificar debido al extenso cúmulo de material citaré algunas. Fuentes Primarias: Principalmente se tendrá en cuenta la Constitución Nacional Argentina, los diversos pactos y tratados internacionales con rango constitucional, la Ley 23.660 de Obras Sociales, la Ley 23.661 de Sistema Nacional del Seguro de Salud, Ley 24.455 de Obras Sociales, la Ley 26.682 de Medicina Prepaga, el Plan Médico Obligatorio (PMO); así como también los fallos de los principales tribunales de nuestro país. Fuentes Secundarias: Opiniones doctrinarias, artículos de revistas especializadas, textos de autores especializados en la temática.

En el presente trabajo se proyecta utilizar todas las técnicas e instrumentos de observación y medición (excepto los cuestionarios). Se analizarán los documentos y datos obtenidos a partir de las fuentes (primarias y secundarias), la legislación citada, los fallos jurisprudenciales y la doctrina contenidos en libros y artículos de revistas.

Mediante este análisis se pretende definir de qué manera se convive, entre los principales actores, con la permanente judicialización al acceso a la salud.

En relación a la delimitación temporal y nivel de análisis del estudio, este trabajo abarca un periodo de tiempo más bien exiguo comparado con el tiempo que data la sanción de la Constitución Nacional (sancionada en 1853), ya que el derecho a la salud ha sido

consagrado constitucionalmente en el art. 42° de nuestra Carta Magna, al expresar que los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho [...] a la protección de su salud¹. Observando una clara tendencia de judicializar el acceso a la salud a partir de la reforma constitucional del '94.

Por ello se realizará un análisis de la evolución de la doctrina y la jurisprudencia en los tribunales provinciales en la última década. Además se buceará, en torno a la problemática, como se encuentra legislado en otros ordenamientos jurídicos.

1 Artículo 42, Constitución de la Nación Argentina

CAPÍTULO I: El Derecho a la Salud

1. Introducción

El presente capítulo tiene como finalidad el estudio normativo, doctrinal y jurisprudencial del derecho a la salud. A su vez, se potencializará este estudio con el entendimiento de la naturaleza jurídica de este derecho, sus implicaciones a nivel constitucional, que si bien no son el primer caso de estudio, poseen una interesante importancia en la evolución y desarrollo de este y otros derechos de vital relevancia para la sociedad argentina. Además de esto, se analizará el alcance de la protección brindada por la constitución, los medios procesales idóneos, y claro, la defensa de estos derechos de carácter vinculante por parte de los tratados internacionales de derechos humanos.

2. El Derecho a la Salud y su Naturaleza Jurídica en la legislación.

En orden de comenzar un extensivo proceso, el cual va a tener como objetivo indagar la naturaleza jurídica del derecho a la salud, es sin duda de gran valor definir los conceptos que son competentes a dicha naturaleza pues no se podría comenzar a desarrollar una temática tan interesante como lo es el derecho a la salud; sin antes incurrir en las oportunas definiciones que darán sentido a dicho derecho.

Primigeniamente, el derecho a la Salud -como su denominación lo indica.- es el derecho a poseer la una condición de salud. Por supuesto y notando lo básico del concepto vale definir que es para la legislación y los estudiosos del derecho la “salud” propiamente dicha. Qué manera de empezar la definición que con la propia elaborada por la Organización Internacional de la Salud; la cual de su seno emana: "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades". Es entonces la salud, las circunstancias armónicas donde un individuo o una comunidad- además de no sufrir afecciones lo cual es la cara negativa del propio concepto- gozan de un bienestar físico, mental y social que va a permitir en concordancia con esa misma armonía desarrollar fructuosamente al ser humano.

La salud implica siempre un estado de equilibrio y armonía, no sólo del hombre consigo mismo, vale decir en sus distintas dimensiones morfológica, fisiológica, psíquica y espiritual, sino que también supone relaciones armónicas y estables entre el

hombre y el medio dentro del cual se desenvuelve y que conforma su propia circunstancia, sea esta su grupo familiar, la comunidad política, el ambiente laboral o el ecosistema del que forma parte. (Lapalma, 2006, p22).

No es casualidad que esta conceptualización tenga una importancia trascendental en el contenido del presente escrito, y esto se debe a que podría entenderse que la salud y el derecho a su acceso - además de su desenvolvimiento en todos los espectros antes nombrados.- debe verse como una extensión del propio y primario derecho a la vida.

Si el referido derecho tiene por objeto la defensa de la vida -desde el momento inicial de la misma, con la concepción, y hasta que se verifica la muerte natural- es evidente que todas aquellas acciones u omisiones que representen amenazas o atentados concretos contra la salud de la persona, pueden simultáneamente conspirar contra la vida. En este trabajo hemos intentado perfilar el derecho a la salud como la facultad de toda persona, jurídicamente protegida, de exigir de los demás -erga omnes- las condiciones necesarias para alcanzar el equilibrio, tanto del hombre consigo mismo como del hombre con el medio, que le permita disfrutar de una vida conforme a su dignidad, vida con calidad de vida. (Lapalma, 2006, p5.)

Es menester resaltar que el derecho a la salud no es solamente- como se ha definido- el estado en el cual pueda hacerse exigible- ante el Estado, sus poderes constituidos y representativos en la materia, así como a las entidades privadas de medicina prepaga.- una armonía en el ámbito del desarrollo físico, mental e incluso social, sino que más allá; dicha exigencia va totalmente conexas con la posibilidad de que, en caso de no darse estos estadios de bienestar, pueda ser infringido gravemente el derecho a la vida el cual no solo se consagra en la Constitución Nacional, sino también en muchos tratados internacionales que poseen un rango equivalente a derechos constitucionales los cuales, en breve, serán resaltados para poder conocer la verdadera naturaleza de este importante derecho.

Así mismo, para desenvolver un estudio sobre la naturaleza jurídica del derecho que nos atañe, cabe la salvedad de conocer su ubicación en el marco legal argentino pues, a raíz de esto se concatena sin duda como a través de las leyes y los tratados internacionales es contemplado.

En primer lugar, a nivel territorial directo y competente localizamos el derecho en la Constitución Nacional (en adelante CN) la cual mediante su articulado conseguimos el

derecho a la salud de una forma amplia, cobijada entre otros derechos que son de suma importancia y que no deben ser nunca infringidos:

Art. 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.

Art. 33.- Las declaraciones, derechos y garantías que enumera la Constitución, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados; pero que nacen del principio de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno.²

En principio, la CN establece un espíritu que, para su vieja data, nos relata de una alta madurez del pueblo argentino para el reconocimiento de derechos que por su naturaleza son progresivos y que los mismos quizá, requieran un reconocimiento al momento de su evolución. Pero puntualizando más, este texto indica la gran importancia que (a raíz de la reforma hecha en 1994) se le otorga a los tratados internacionales —de supraconstitucionalidad y de factor internacionalista.— que corresponda a los derechos fundamentales y humanos. Es aquí donde el supremo cuerpo normativo reconoce entonces de manera amplia (pero sin disminuirle en su calidad de importancia) el derecho a la salud, debió tanto a su temprano reconocimiento —como queda evidenciado en el artículo 33 constitucional.— así como de manera extensiva y conexas por los tratados internacionales de derechos humanos.

Todos sabemos lo que significó la reforma constitucional de 1994 en orden a la modernización de nuestro sistema jurídico fundamental. Dentro de este espectro, creemos firmemente que lo más trascendental de la reforma fue la modificación del régimen de fuentes de nuestro sistema jurídico, al derogarse —sin decirlo— la gradación jerárquica de las normas prevista en el art. 31 de la Constitución Nacional (CN) (Constitución- Leyes- Tratados) y configurando un sistema amalgamado con el

² Constitución Nacional de la República de Argentina, Originaria 1853, última reforma 1994.

derecho internacional, al dotar jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos; otorgarle jerarquía superior a las leyes y a los demás convenios internacionales, según quedó plasmado en los incs. 22 y 24 del art. 75. (Avalos, 2015, p1)

Queda más que comprobado, que la CN contiene en si una amplia gama de derechos reconocidos entonces solo por adoptar una postura que, por medio de la equiparación vinculante de tratados internacionales de vital importancia, da lugar a una protección extensiva y del reconocimiento al derecho a la salud. Dicha protección la tocaremos más adelante pues su alcance es tan profundo como la normativa que los defiende.

Pero, ya habiendo ubicado el derecho a la salud, incluso tratando de darle una definición que podría tan solo abarcar en sentido genérico muchas de sus implicaciones; podremos progresivamente comprender que este derecho pertenece categóricamente a la familia de derechos subjetivos. Estos derechos, no son más que aquellos que “aseguran al hombre el goce y respeto de todas las potencias o facultades inherentes a su condición humana, protegiendo las distintas proyecciones físicas o psíquicas de la persona natural” (Resk, 1995, pag 81). Comprendiendo esta su naturaleza jurídica derivada, claro está, de la corriente de derechos naturales. Es por esto que este derecho, al igual que el derecho a la vida son intrínsecos y conexos, extremadamente vinculados e interdependientes, resultando en un necesario e imperativo augurio su protección por parte de la constitución, pero más allá, por parte del espacio abierto que deja esta para el alcance constitucional y legal de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Cabe destacar, que en menores escalafones de la legislación figuran leyes como; la Ley de Trastornos Alimentarios (26.396), la Ley de Medicina Prepara (26.682), la Ley de Fertilización Asistida (26.862), la Ley sobre Derechos de los Pacientes (26.529), la Ley sobre Enfermedades poco frecuentes (26.689), la Ley de Salud Mental (26.657) y la Ley modificatoria de Problemática y Prevención de la Diabetes (26.914), siendo estas ejemplos de cómo el poder legislador del Honorable Senado de la Nación, transpola la voluntad suprema y constitucional de la protección de tan preciado derecho como es la vida, en un medio perdurable que pueda dar a la misma calidad, siendo este uno de los fines últimos del derecho a la salud.

3. El bien jurídico contenido en el Derecho a la salud

Cuando se hace referencia al bien jurídico protegido o exaltado por un derecho, estamos esencialmente tocando la medula espinal doctrinaria que va a identificar por medio de la finalidad del derecho, el objeto que se busca resguardar y que por eso invoca a la norma. Ya hemos destacado que el derecho a la salud es un derecho plenamente subjetivo, teniendo como carácter principal de estos derechos el poder gozar de todas las potencialidades físicas, psicológicas y en fin, humanas, que son inherentes a nuestra naturaleza.

No es de sorprender, que si se ha vinculado esta definición directamente con derechos subjetivos, el bien jurídico protegido posea características de igual cualidad. Como se ha señalado antes y se ha desprendido de la propia definición de salud- previamente citada.- existe una atadura inexorable al derecho a la vida, pues el derecho a la salud no es más (en reducidas pero minuciosas palabras) que el derecho de prevalecer en un constante gozo y disfrute de la vida, pero con la satisfacción de que esta “vida” posea uno o muchos valores que le den un significado persistente, agradable y propio. Esto se conoce como “calidad de vida”, la cual es esa progresividad de vivir cada vez mejor.

El derecho a la salud, siendo por su naturaleza jurídica; subjetiva como antes se ha mencionado, no extraña que para individualizarlos y concretarlos consten de un bien jurídico protegido que sea tan importante como el fin que busca el propio derecho. Por lo general, estos derechos podrían entonces entenderse como derechos absolutos los cuales podría versar con distintas posturas doctrinarias, que bien establecen que los derechos absolutos no podrían tener lugar en un ordenamiento jurídico pues, en ciertas circunstancias los mismos, bien sea por el individuo que los posee o por el *ius imperium* del Estado, podrían ser socavados, vulnerados o modificados, dejando su naturaleza en una forma meramente relativa.

La vida de los individuos y su protección —en especial el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo, que, a su vez, resulta imprescindible para el ejercicio de la autonomía personal. El derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Ley Fundamental, es un derecho implícito, 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, toda vez que un individuo gravemente enfermo no está en condiciones de optar libremente por su propio plan de vida ³

Dado así, los derechos que sostengan una importancia tan vital como lo son los derechos humanos, y derechos tan distinguidos a su vez como comprenden la vida y la salud, deberán ser y entenderse; por naturaleza y necesidad como derechos plenamente absolutos, pues el bien jurídico contenido en ellos es inseparable de la propia vida humana –en caso de la salud, para no redundar en el derecho a la vida.- y esto no daría lugar en ningún ordenamiento jurídico la potestad de prescindir, disponer, negar u omitir esta categoría de derechos.

El segundo de los grandes rasgos que acompañan y definen a los derechos humanos es la pretensión de llevar consigo una particular fuerza vinculante. Se dice así a veces de ellos que son derechos absolutos. Esto es equivalente a decir que los derechos humanos son conjuntos de normas algunas de las cuales no admiten excepciones... Pero esto no es lo que se quiere decir cuando se afirma que los derechos humanos son derechos absolutos. Lo que se quiere afirmar con ello es que los derechos humanos implican deberes de realizar ciertas clases de acciones, y que tales deberes no admiten excepción alguna a priori. En ningún caso pueden tales derechos dejar de ser respetados por ninguna acción de la clase de acciones que exigen o prohíben las normas correlativas. Para apoyar la idea de que puede haber derechos absolutos se ha distinguido (Gewirth) entre satisfacer un derecho, cuando el deber correlativo se cumple, infringir un derecho, cuando el deber correlativo no se cumple, violar un derecho, cuando el derecho es infringido injustificadamente, y sobrepasar (override) un derecho, cuando es infringido justificadamente, es decir, cuando hay justificación para no cumplir el deber correlativo. Un derecho es absoluto -escribe Gewirth- cuando no puede ser sobrepasado en ninguna circunstancia, de forma que no puede ser nunca infringido justificadamente, y debe ser cumplido sin ninguna excepción". Esto basta para hacer notar la dificultad de analizar la idea de derechos humanos como derechos absolutos (Laporta, 1982, p7)

³ Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud — Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar. 18/12/2003 - Fallos: 326:4931

4. La protección del derecho a la vida y el derecho a la salud concebida en la Constitución Nacional y en los Tratados internacionales.

Cabe destacar que la CN, siendo un instrumento supremo regente de todo el ordenamiento jurídico- complementado con la misma fuerza de los tratados internacionales.- ya en su artículo 33 incluso hablando de su vieja data (1853), proponía de manera implícita la protección del derecho a la salud, incluyendo a este dentro de ese abanico de derechos que, para protección del ciudadano argentino, se resguardaban incluso antes de ser concebidos literalmente en una norma específica de menor rango.

Antes de abarcar el amplio espectro de la protección que brinda la CN en la materia del derecho a la vida y el de la salud, así como extensivamente la protección internacional que dan los tratado competentes; es menester hacer un breve repaso de cómo estos derechos han trascendidos en el texto magno con la finalidad de comprender cabalmente la importancia que este mismo le brinda.

Y es que, para advertir la importancia dada de estos derechos hay que saber sin duda – como se ha dicho antes- que los primeros pasos los dio la constitución originaria, con los precitados artículos (30 y 33) los cuales incluso a tempranas épocas donde aún los derechos humanos eran una simple noción teórica, ya este importante texto poseía (quizá sin saberlo el legislador) la capacidad de abrazar una gama de derechos que significaría la evolución más grande, jurídicamente hablando, del siglo XX.

Ya pre-conteniendo estos dispositivos que abrían las puertas a nuevos derechos y tras múltiples reformas en el pasar de los años, el siguiente paso en la cadena evolutiva llega finalmente de la mano con la reforma de 1994, la cual cito su articulado más resaltante en materia de reconocer no solo el amplio derecho a la vida y a la salud, sino el andamiaje de los derechos humanos.

Art. 75.- Corresponde al Congreso:

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos

Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.⁴

Es aquí cuando tras la reforma se da un salto enorme a lo que Damsky (2006, p2) se refiere como “el orden público supranacional sobre los ordenamientos jurídicos internos” los cuales no son más que la amplia gama de tratados internacionales que, tras su reconocimiento y equiparación a normas constitucionales, vienen a sentar un precedente en la historia constitucional de Argentina.

Así mismo se deja entrever la profunda conexión que existe entre el derecho a la salud y el derecho a la vida, todo lo cual implica que ella sea tematizada como un bien, un valor y consecuentemente, como un derecho fundamental adscrito tradicionalmente a la primera generación de derechos, el cual ya no se abastece con la mera omisión de daño, sino que se integra, además, con políticas activas con medidas de acción positiva, y con prestaciones de dar y de hacer. (Campos, 2002, pp 69-76)

Esto es no más, que resaltar aquella importancia suprema que ya habiéndose definido en puntos previos ahora se configura y se congracia a una escala definida dentro de los derechos humanos de primera generación, los cuales por su relevancia son los que primero

⁴ Constitución Nacional de la República de Argentina, Originaria 1853, última reforma 1994.

deben ser reconocidos por los Estados democráticos que, como la República de Argentina, han adoptado el camino de la supranacionalidad e internacionalización de los derechos.

Sin embargo como es de esperarse, la evolución del derecho argentino tras la reforma constitucional de 1994, lleva consigo el estudio de controversias que se presentan en los exégetas del derecho con respecto a las facultades del Estado, y esto se debe a que, como siempre había sido anteriormente; era el Estado por medio de sus poderes constituidos era quien poseía la potestad de legislar y de acatar sus propias normas, así como lo expresa Damsky (2006) "...Así, se verifica en nuestras realidades la existencia de una fuerza del derecho internacional y supranacional sobre los ordenamientos nacionales determinando la crisis de la facultad exclusiva de producir y aplicar el derecho, que hasta ahora detentaba el estado nación" (p168). Continúa planteando la controversia estableciendo características que, a su juicio consideraba era la forma ideal en la que el Estado se veía a sí mismo en sus relaciones de manera tradicional, destacando primordialmente "la exclusividad del ordenamiento, el Estadocentrismo, la predeterminación legal, y la Estabilidad de la esfera pública" (Damsky, 2006, p169).

Efectivamente, es una realidad que para 1994 en la Argentina se comienza a apreciar uno de los ejemplos de evolución jurídica más relevantes de la región con respecto a los derechos que se propugnan en la CN y que quedan ampliados mayoritariamente con los tratados internacionales de derechos humanos.

Así como muy bien quedo planteado por la Corte Suprema de Justicia Nacional; la cual dijo que "hay derechos esenciales e intransferibles del hombre y de la sociedad que aunque no estén expresamente detallados en la constitución son considerados derechos implícitos por el art. 33 y merecen la misma protección de aquellos."⁵ Y pues, para conocer cuál es la vía "idónea" de protección de estos derechos equiparables- véase todos aquellos amparados de manera extensiva por el precitado artículo.- vale la pena traer al ruedo el artículo 43 del texto constitucional:

Art. 43.- Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y

⁵ Fallo Muller, Corte Suprema de Justicia Nacional, 1990.

garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.⁶

Sin salir aun del ámbito territorial, cabe puntualizar señalar que todas aquellas acciones que se ejerzan en contra de derechos fundamentales, constitucionalmente concebidos en el carta magna siendo nominados o no, tendrán por excelencia la vía del amparo constitucional. Este medio judicial se conforma como una de las formas en la que la propia CN indica el proceder a la protección de derechos de primera generación en ella contenidos- incluyendo por supuesto el de la vida y la salud que son materia del actual estudio.- definiendo este procedimiento de la siguiente manera:

El amparo es una acción judicial breve (y subsidiaria para algunos) cuyo fin es proteger derechos y libertades reconocidos en la constitución, tratados o leyes (menos la libertad física protegida por el habeas corpus) lesionados ilegal o arbitrariamente por actos u omisiones de particulares o del Estado. (Orihuela, 2008, p99)

⁶ Constitución Nacional de la República de Argentina, Originaria 1853, última reforma 1994.

Tal como se aprecia en la causa “Campodónico” la cual se inició como un amparo interpuesto contra el Ministerio de Salud y Obra Social de la Nación, con el fin de que el Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas siguiera suministrando al solicitante (un menor de edad que sufría de una patología en la medula ósea) un producto farmacéutico especial el cual era indispensable para su tratamiento. Esta pretensión se fundamentó primordialmente en el peligro inminente que representaría para la vida y la salud del afectado el hecho de que se le interrumpiera el tratamiento. Esto lleva a invocar la protección judicial, en la propia figura del amparo buscando la tutela inmediata de los derechos del afectado, así como el cese de las lesiones que podrían atentar contra su bienestar. Este caso, debido a su sensibilidad en el fondo de la decisión, se llegó tanto en primera instancia como en la apelación a una sentencia favorable por parte del solicitante; exponiendo el tribunal entre sus consideraciones para el fallo que:

- a) los derechos a la vida y a la preservación de la salud reconocidos por los artículos 14, 14 bis, 18, 19 y 33 de la ley fundamental y los tratados internacionales de jerarquía constitucional, conllevan deberes correlativos que el Estado debe asumir en la organización del servicio sanitario.
- b) El principio de actuación subsidiaria que se rige en esta materia se articula con la regla de solidaridad social, pues el Estado debe garantizar una cobertura asistencia a todos los ciudadanos, sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (art 1, Ley 23.661), y ello impone su intervención cuando se encuentra superada la capacidad de prevención de los individuos o pequeñas comunidades⁷

Conformando así-visto como ejemplo el caso anterior- en el ámbito recursivo al amparo como el instrumento procesal idóneo para la protección expedita de derechos que se creen vulnerados por particulares o por el Estado, que para algunos en principio era una vía subsidiaria pero, que hoy en día, ha pasado a ser conocido por su celeridad simplicidad y atención; en la forma que mejor puede defenderse una garantía constitucional infringida mediante una instancia judicial.

Pero además del amparo, y aun sin abandonar la esfera territorial propia argentina, existe otro instrumento procesal que, si bien es relativamente nuevo, figura como más

⁷ CSJN, Campodónico de beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social, Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, 2000.

expedito y más especializado en materia de salud y protección de estos derechos entendido así mismo de carácter urgente y no cautelar el cual va a generar un proceso autónomo (Peyrano (2012, p39.). Este último es denominado; medidas autosatisfactivas. Además de la celeridad que posee naturalmente por la protección que quiere brindarse, este debe ir concatenado con la acreditación por parte del afectado de una fuerte verosimilitud del derecho que invoca (Peyrano, 2014, p18), además de que se solicita por esta vía procesal sea atendible por el órgano judicial.

Seguidamente, dependiendo de las características propias de la controversia presentada, será imperativo o no que el solicitante deba presentar contracautela. De esta misma manera el actor de la medida podrá ejercer el derecho de defensa en juicio que le asiste por imperio constitucional cumpliendo así con el principio de la tutela judicial efectiva. Incluso podrá ser ejercido por medio de la interposición del recurso de apelación contra la resolución que otorgó la medida, con la salvedad por supuesto, que dicha impugnación sólo podrá tener efecto devolutivo para no retrasar el cumplimiento de la medida que ya fue decretada debido a su importancia y fin que persigue y protege.

Ahora bien, yendo más allá de las fronteras nacionales, así como anteriormente se ha recurrido a precisar la naturaleza que le da la CN a las normas internacionales que, por su contenido de protección a derechos tan relevantes como los derechos humanos- incluidos en estos la vida y la salud.- deben ser tratados como mandatos constitucionales directos y vinculantes. Cabe hacer la acotación de mencionar, cuando mucho, los tratados internacionales de los cuales se está aludiendo a la CN de incorporar al sistema jurídico nacional, como son:

-La Declaración Americana De Los Derechos Y Deberes Del Hombre: de esta norma se desprende directamente de su articulado:

*Artículo XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.*⁸

⁸ IX Conferencia Internacional Americana, Declaración Americana De Los Derechos Y Deberes Del Hombre, 1948.

-La Declaración Universal De Los Derechos Humanos: siendo uno de los textos legales internacionales con mayor expansión a nivel global, establece que:

Art.25. 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 alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.⁹

-Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Art 12.

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.¹⁰

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial:

Art.5. En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

⁹ Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), Declaración Universal De Los Derechos Humanos, 1948.

¹⁰ Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 2200 A (XXI) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

IV) *El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales.*¹¹

-Convención sobre los Derechos del Niño:

*Art.17.Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.*¹²

Y es así, como todo el andamiaje jurídico internacional levanta su articulado en defensa a los derechos fundamentales, los cuales teniendo naturaleza subjetiva e irrenunciables por ser propios e inherentes del ser humano, de su dignidad y su integridad, son entonces reconocidos también por la CN y amparados en el territorio nacional con ese apego propio e imperativo a la defensa de normas que hoy nos definen a nivel mundial jurídicamente.

5. Conclusiones

Tras un análisis modesto de las fuentes normativas que amparan el derecho a la salud, no solo podemos apreciar donde está ubicado dentro del sistema jurídico de normas, sino además, se puede dilucidar la evolución normativa y la madurez de una nación que, tras años de percepción normativa llega finalmente tras una reforma constitucional a involucrarse, de manera vinculante y completa, en la protección de los derechos fundamentales. Por el derecho a la salud en sí, se pudo apreciar claramente su importancia como factor de continuidad de la vida que, además de constituir inherentemente esta característica, posee también el valor agregado a la vida misma. Sin este valor, no solo peligraría el hecho existencial de vivir, sino que sería imposible hablar de una vida “con calidad” si el derecho a la salud no está presente.

¹¹ Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 2106 A (XX), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965.

¹² Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 44/25, Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

Además, el derecho a la salud no es protegido *per se* solamente por ser un derecho subjetivo el cual solo involucra su solo reconocimiento en la doctrina jurídica; sino que se resalta la importancia conexas de esta actuación (bien sea judicial o administrativa) que no es más que la forma pura del sistema de justicia de incluirse en el ámbito de la salud, y de esta forma creando sentencias que, como se ha visto, han resquebrajados paradigmas jurídicos en procura del acceso a este derecho. No queda de menos decir que el reconocimiento de un derecho no es más que una concepción ilusoria del mismo, y de allí a procurar su acceso (como es el caso de la salud en Argentina) es donde se aprecia de primera fuente el trabajo y el esfuerzo por hacer valer el derecho en cuestión.

Además de esto cabe destacar la presencia del estado mediante sus poderes constituidos (aparato de justicia) que impulsan la defensa de estos derechos, pues sin acciones coherentes por parte de estos el derecho en cualquiera de sus formas solo sería una bonita pieza de literatura.

CAPÍTULO II: El papel del Contrato de la Empresa de Medicina Prepaga

Introducción

La medicina prepaga, o seguros privados de afiliación voluntaria, es una parte integrante del subsistema privado de la salud, cuyo accionar tiene efectos sobre un bien público, como lo es la salud de la población. Debido a esto es imprescindible la intervención estatal para tutelar dicho bien.

A lo largo de este trabajo se intentara analizar y comprender la relación de estas Entidades de Medicina Prepaga (EMP) con los afiliados o usuarios y el de ambos con el propio Estado. Asimismo se buscara destacar la importancia que tiene proteger a los consumidores de estas Empresas, para así, hacer valer derechos fundamentales como lo son, el Derecho a la Salud y sobre todo a la Vida.

1. El vínculo contractual entre el afiliado y la Empresa de Medicina.

Para lograr comprender la relación contractual entre el afiliado y la Empresa de Medicina es necesario primero abarcar el concepto propio de lo que se entiende por contrato.

De acuerdo al Código Civil y Comercial de la Nación se lo define como el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas de carácter patrimonial¹³.

En este caso en particular el Contrato se caracteriza por ser:

-principal;

-innominado;

-bilateral, ya que desde la celebración del contrato ambas partes se obligan de manera recíproca, la una hacia la otra con prestaciones correlativas;

-consensual, debido a que queda concluido por el simple acuerdo de voluntades, desde que las partes manifiestan su consentimiento el contrato produce sus efectos;

¹³ Artículo 957 del Código Civil y Comercial de la Nación.

-*oneroso*, las ventajas que cada parte procura a la otra son concedidas por una contraprestación;

-*de categoría cerrada*, según Ghersi, Weingarten e Ippólito (1999), el sujeto se transforma en cautivo porque no puede o es muy difícil cambiar de Entidad de Medicina Prepaga;

-*no formal*, debido a que no existe ninguna norma expresa que establezca una formalidad determinada para el acuerdo entre la Entidad de Medicina Prepaga y su usuario, en un comienzo, pueden elegir libremente la manera que quieran para celebrarlo;

-*de confianza*, la elección de una determinada EMP implica una muestra de confianza de la persona en la empresa, una previa búsqueda de información acerca del funcionamiento de la misma;

-*de consumo*, establece una relación de consumo entre la EMP y un destinatario final. El adherente es un consumidor. Esto trae aparejado que la relación contractual que surge de estos contratos se vea regulada también por la Ley 24.240;

-*de adhesión o por adhesión*, este carácter acrecienta el desequilibrio usual entre empresa y usuario. La EMP redacta unilateralmente las fórmulas que forman el contenido del contrato, éste es prefijado e inmodificable. Las cláusulas redactadas de forma previa exigen al usuario que desea incorporarse al sistema, su adhesión, siendo imposible cualquier tipo de negociación;

-*aleatorio*, porque las partes contratantes no conocen las ventajas o desventajas al momento de contratar;

-*de larga duración con elementos de previsión*, se trata de una corresponsabilidad de larga duración, no se trata de contratar una determinada previsión cuando ya se está enfermo, si no de precaverse frente a enfermedades futuras que puedan darse-o no- en ese plazo;

-*de tracto sucesivo o de ejecución continuada*, tanto las obligaciones que asume la EMP como las que asume el usuario tienen sus efectos durante toda la duración del contrato;

-*contiene una obligación de seguridad*, esta consiste en ejecutar el contrato con la mayor diligencia para así preservar de daños a la persona y bienes del afiliado. En el caso de la medicina prepaga el deber de seguridad se ubica por encima de los demás;

- *tiene por objeto un servicio esencial de interés público*, donde los valores en juego son la salud y la vida. Estos valores son considerados por la jurisprudencia como superiores a cualquier otro. La sala C de la Cámara Nacional Civil interpretó que “las garantías constitucionales del derecho a la vida y a la seguridad e integridad de la persona, priman sobre cualquier cuestión comercial de empresas comerciales”, en relación a las obligaciones impuestas a las EMP por las Leyes 24.455 y 24.754.

Retomando la temática de la Medicina Prepaga, podemos sostener que es generadora de diversas problemáticas, la mayoría de las cuales giran en torno al Derecho a la Salud. Estas se desencadenan cuando las prestaciones que brindan las EMP se han visto encarecidas o cuando el usuario requiere más prestaciones de parte de la misma, ya sea debido a su avanzada edad o por padecer afecciones que exigen tratamientos costosos o prolongados.

A continuación enumeraré las principales contiendas que han llegado a la justicia:

- Suspensión de cobertura en forma unilateral.
- Suspensión de la cobertura por cambio de reglamento.
- Negativa de la EMP a brindar tratamientos o prestaciones.
- Aumento unilateral de la cuota.
- Falta de cobertura para portadores de VIH o falta de cumplimiento del Programa Médico Obligatorio (PMO).
- Falta de cobertura por enfermedades que la EMP considera preexistentes.
- Interpretación de cláusulas de los contratos.
- Negativa de la EMP a realizar una afiliación.

Es fundamental indagar en el papel del Derecho a la Salud, para lograr dilucidar completamente la cuestión de fondo de estas problemáticas surgidas entre los usuarios y las empresas de medicina privada y también su interjuego con el derecho del consumidor.

Ambos derechos, tanto el de la Salud como el del Consumidor son protegidos por nuestra Constitución Nacional. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios se encuentran expresamente protegidos por el artículo 42 de la Constitución de la Nación Argentina.

Por consiguiente considerar al afiliado como usuario tiene consecuencias jurídicas, ya que lo hace acreedor de derechos específicos y sujetos a la EMP a ciertas obligaciones.

Según Andrea Fabiana Mac Donald (2010) es el Estado quien debe velar para instaurar el equilibrio en la relación contractual entre las partes. Debemos indagar para continuar con este punto, si la intervención estatal es adecuada en estos casos especiales de contratación, esto se resuelve al interpretar si la obligación surgida de estos contratos se puede encuadrar dentro del marco de un bien público o privado, algunos autores consideran que es un bien privado, y para otros es un bien público si interviene el Estado en la provisión y asignación de recursos.

En este trabajo cómo ya hemos reconocido con anterioridad, consideramos que el Estado debe intervenir de manera inexcusable en esta relación contractual, debido a que el derecho a la salud es un derecho reconocido constitucionalmente.

Las posiciones entre los afiliados y las empresas presentan un gran desequilibrio. Por esto se establece una protección especial del consumidor a través de la legislación. En el caso de nuestro país esto tiene como fuente la Constitución de la Nación Argentina y también la Ley 24.240 que es la Ley de Defensa del Consumidor, a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad.

En esta la relación de consumo entre el usuario y la EMP, no está en juego un bien cualquiera, como ya hemos planteado de manera previa, sino que se trata del derecho a la salud de las personas. Como consecuencia de esto el control y fiscalización entre estas empresas debe ser mayor aún que el estipulado para empresas que se dedican a comercializar otro tipo de bienes y servicios. Este es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio pleno de los demás.

Sin embargo, para lograr imaginar la magnitud de dicho Derecho debemos primero saber a qué nos referimos cuando hablamos de Salud. Para ello recurrimos a la definición que nos proporciona la Organización Mundial de la Salud al considerar que se trata de "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de enfermedad o dolencia".

Castro y Casal (2006) logran comprender de esta manera la causa de las variadas contiendas que se generan entre las EMPs y los usuarios, ya que las fallas o abusos que puedan surgir del cumplimiento de la relación contractual por parte de estas Empresas de Medicina, pueden acarrear un perjuicio hacia la salud de los consumidores y por consiguiente hacia la vida del mismo, derechos tutelados por la Constitución de la Nación Argentina y por los Pactos antes mencionados, entre los cuales podemos destacar:

- la Declaración Universal de Derechos Humanos;
- la Convención Americana sobre Derechos Humanos;
- la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, y;
- el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De este último Pacto se deriva que el Derecho a la Salud impone tres tipos o niveles de obligaciones al Estado:

-La obligación de respetar, que implica que el Estado deberá abstenerse de interferir tanto de manera directa como indirecta en el disfrute al derecho a la salud;

-La obligación de proteger, que requiere que el Estado incorpore medidas que impidan que terceros interfieran en el ejercicio de este derecho, esto se puede concretar adoptando leyes u otras medidas para velar por el acceso igualitario a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella, además de velar porque la privatización de esta no se convierta en una amenaza, y;

-Como última, se encuentra la obligación de cumplir, esta requiere que el Estado adopte medidas apropiadas de carácter legislativo, presupuestario, administrativo, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho de la salud.

Estas autoras sostienen la inexcusable necesidad de que el Estado accione para proteger un bien tan preciado como la salud, que intervenga y así equilibre la relación contractual que surge entre las EMPs y los afiliados.

Aunque los intentos por legislar y lograr una protección absoluta para los usuarios son proporcionales a la relevancia que actualmente importa esta temática, hoy en día sólo poseemos las regulaciones parciales que vienen a paliar la inexistencia de una norma marco, contando con excepciones como lo son las Provincias de Chaco y San Juan, tema sobre el cual haremos una breve descripción en los párrafos subsiguientes. A pesar de esta deficiencia no debemos dejar de reconocer que en el ordenamiento interno, el derecho a la salud se ve protegido por varias leyes de carácter nacional, como la Ley 23.660, la Ley 23.661 y la Ley 26.682.

Anteriormente hemos mencionado como excepción a las Provincias de Chaco y San Juan, adelantando que, actualmente sólo estas provincias poseen un marco regulatorio para este tipo de contratación. Debido a esto no debemos pasar por alto sus grandes avances en este ámbito.

La Provincia de Chaco en el año 1999 sancionó la Ley 4.606 de entidades de medicina prepaga, esta ley constituye para dicha provincia un marco global de regulación del sector. También posee la Ley 5396 que crea el régimen de asistencia para personas mayores de 60 años que entren en emergencia habitacional o alimentaria, establece que la Dirección de Ancianidad podrá requerir la intervención de las EMP.

San Juan por su parte, posee la Ley 7434 dictada en 2003, por la cual crea un Ente Regulador de Prestadores de Servicios Prepagos. A diferencia de la ley de regulación integral dictada por la provincia de Chaco, ésta regula la actividad prepaga en sí, independientemente del objeto de la prestación del servicio o su índole.

Hay casos en donde la regulación no llega a ser total, no se le puede brindar un marco regulatorio integral como hemos apreciado en las Provincias que mencionamos de manera previa, pero esto no significa que no posean leyes que mínimamente regulen las EMP, podemos citar como ejemplo a las siguientes provincias:

-Santiago del Estero, por medio de la Ley 6742 adhiere a la Ley Nacional 25.415 sobre el Programa de Detección Temprana y atención de la hipoacusia estableciendo así la obligatoriedad en todo el territorio de la Provincia la realización de los estudios para la detección temprana de la hipoacusia en sus diferentes grados a todo el recién nacido vivo hasta el tercer mes, también menciona que las EMP tienen la obligación de brindar inexcusablemente las prestaciones establecidas en la ley mencionada, esta provincia también posee la ley 6.036 relacionada con el arancelamiento de las prestaciones de los servicios de salud de la provincia prestados a entidades diversas, entre ellas a los sistemas de medicina prepaga;

-Salta, dicta por la Ley 6841 (1995) un Plan Provincial de Salud que incorpora la figura del hospital público de autogestión y les reconoce el derecho de cobrar los servicios que brindan a terceros pagadores que cubran las prestaciones del usuario de obras sociales, mutuales, empresas de medicina prepaga, etc;

-Misiones, Ley 3472, norma que hace referencia a la modificación al régimen de arancelamiento hospitalario, estableciendo que el Ministerio de Salud Pública podrá transferir a la cuenta de arancelamiento de cada efector bajo el régimen de arancelamiento hospitalario, en contraprestación por los servicios ofrecidos a los beneficiarios de convenios celebrados entre este ministerio con empresas de medicina prepaga, caso de interés, o cualquier otra entidad de cobertura sanitaria, las sumas que se determinen conforme a cada convenio;

-Mendoza, en el año 2000 dicta la Ley 6.835 por la cual se definen las normas de funcionamiento para las emergencias médicas y catástrofe, en la cual le adjudica a las EMP diversos objetivos generales, otras leyes sancionadas son la Ley 5578(1990) y la Ley 7322, de estas últimas, la primera establece que cuando en centros de salud sanitarios asistenciales

de la Provincia se prestare cobertura de salud a pacientes pertenecientes a sistemas de medicina prepaga estos deberán abonar los gastos que hubiera ocasionado la atención de sus usuarios, y la segunda le otorga la posibilidad de acceder a los beneficios de la vacunación a usuarios de las Empresas de Medicina siempre y cuando las EMP tengan un convenio con el Vacunatorio Central en el cual se comprometan a restituir el valor de la práctica y de la vacuna;

-Chubut, a través de la ley 4.688 (2000) la provincia declara de interés provincial la prevención, diagnóstico, tratamiento, actividades de investigación y promoción de la educación para la salud relacionadas con el síndrome de SIDA, y mediante esta ley establece que en la provincia regirá en forma obligatoria los alcances de la Ley Nacional 24.754 de medicina prepaga, en todo lo relacionado con el virus HIV y el síndrome SIDA, determinando como autoridad de aplicación de la ley al Ministerio de Salud;

-Córdoba, que establece a través de la ley 9010 en su artículo 4to que las EMP deberán adecuar sus vademécum al sistema de prescripción de medicamentos genéricos, la autoridad de aplicación de la norma es el Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, ilustrando así la interrelación entre las Empresas de Medicina y el Estado, y;

-Buenos Aires, en el año 2005 se sanciona la Ley 13.380, y se crea el sistema de protección integral de las personas que padecen síndrome autístico, una de las funciones que se le asigna el programa es la de incluir la atención y tratamientos del síndrome autístico dentro de los planes de medicina prepaga.

También cabe destacar el caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que cuenta con la Ley 153 denominada Ley Básica de Salud de la Ciudad, esta ley no contempla al subsector de la medicina prepaga como parte integrante del sistema de salud, no obstante le impone obligaciones a las EMP en aquellos casos en que su inacción implique la erogación de fondos públicos, los cuales deberán ser reembolsados al Tesoro de la Ciudad. La Ciudad ha realizado una intensa labor legislativa, y las normas posteriores a la ley antes mencionada, sí contemplan una serie de obligaciones específicas para estas empresas, ya que ha sancionado leyes de salud pública en donde les adjudica obligaciones, cómo la Ley 712 y la Ley 1688; además de aquellas sancionadas en especial para regular este subsector como la Ley 1517, por la que se crea el Registro Público de Entidades Prestatarias de Servicios de Medicina Prepaga.

2. Contratos de adhesión y de consumo.

En el apartado previo, como un punto necesario para comprender la complejidad de esta relación contractual, debimos detallar que el contrato surgido entre la Empresa de Medicina y el afiliado se caracteriza por ser un contrato de adhesión y también de consumo. Característica que ahora analizaremos con mayor profundidad.

Como interpretan Herrera, Picasso y Caramelo, en el Código Civil y Comercial de la Nación (2015) cabe destacar, que en el código unificado se regula el contrato de consumo y se introducen pautas de interpretación, tanto de las normas como de las disposiciones contractuales, que favorecen a los consumidores, así como el deber de trato digno y no discriminatorio y la defensa contra las prácticas abusivas por parte de quienes tienen una posición dominante en el mercado. Permitiendo así brindar mayor seguridad jurídica y garantizar de mejor manera la defensa de los ciudadanos en tanto consumidores.

Según Hernández (2015) “el contrato por adhesión se ubica dentro del fenómeno de la predisposición contractual” (pp.1), esto quiere decir que el nivel de negociación presente en dicho contrato es mínimo, en este caso específico, los usuarios sólo pueden adherirse al contrato, aceptar o no las cláusulas previamente establecidas por las Empresas de Medicina Prepaga. En sí misma, la predisposición no constituye una práctica disvaliosa, siempre y cuando vaya acompañado de un examen exhaustivo e informado por parte del no predisponente, el futuro afiliado. Esto debe ser así ya que muchas veces las Empresas de Medicina incorporan en sus cláusulas medidas para transferirle ciertos riesgos a los usuarios, se protegen previendo determinados inconvenientes futuros, imposibilitándole a dicho consumidor cualquier tipo de negociación, ya que, debe adherirse o no, al contrato. Su poder de decisión sólo se limita a ese punto.

El Código Unificado, se encarga de disciplinarlo en los arts. 984 a 989 del Código unificado, y de definirlo como aquel contrato mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción¹⁴.

¹⁴ Artículo 984 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Tipificar dicho contrato, supone una consolidación y avance en torno a la protección de la debilidad jurídica, esta se logra ya que la ley misma requiere que las cláusulas generales predispuestas presenten las siguientes características: sean comprensibles; autosuficientes; que la redacción sea clara, completa y fácilmente legible, y; además de que aquellas que reenvíen a textos o documentos que, no se facilitan a la contraparte del predisponente, se tengan por no escritas¹⁵.

El Código al instaurar estos requisitos limita a las EMP, en este caso particular, y les señala el camino en cuanto a la redacción de las cláusulas que formaran parte del contrato, el desequilibrio de esta manera se verá paliado parcialmente por la intervención de la Ley misma.

Según Nicolau Noemí (2009) Una importante corriente de opinión dentro de la doctrina nacional contemporánea sostiene que la recepción expresa del "contrato por adhesión" importa además, aceptar una categoría jurídica, que al igual que ocurre con el "contrato de consumo", implica un quiebre en la noción única de contrato, y marca la apertura hacia una concepción más objetivada (pp.195).

A continuación expondremos la opinión de Hernández (2015), opinión a la que adherimos. Este autor reconoce que hay quienes sostienen que la modalidad de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, constituiría un tercer género de contrato, y se ubicaría a mitad de recorrido entre la regla general, que la representan los contratos discrecionales, aquellos en donde las partes poseen un verdadero poder de negociación; y la otra categoría especial constituida por los contratos de consumo.

A través de la nueva legislación se logró interrelacionar ambos estilos de contratación, ya que en lo que refiere a los contratos de consumo se dispone que se aplica lo dispuesto por las leyes especiales y los artículos 985, 986, 987 y 988, existan o no cláusulas generales predispuestas por una de las partes¹⁶. Los límites expresados por el nuevo Código ya estaban expuestos en la ley Defensa del Consumidor, que tiene por no convenidas a las cláusulas que "limitan la responsabilidad por daños" y que invierten "la carga de la prueba en perjuicio del consumidor", además de establecer como estándares de descalificación a la

¹⁵ Artículo 985 del Código Civil y Comercial de la Nación.

¹⁶ Artículo 1117 del Código Civil y Comercial de la Nación.

"desnaturalización de las obligaciones de las partes" y a la "renuncia o restricción de los derechos del consumidor o ampliación de los derechos de la contraparte".

Esta decisión de política legislativa, coincidiendo con Alterini (1998), entre otros autores, no resulta inadecuada, debido a que al tiempo que venía construyéndose en la jurisprudencia sobre los contratos por adhesión entre empresas¹⁷, se arraigada en la doctrina al amparo del principio de protección de toda "debilidad jurídica" Como ya hemos explicitado con anterioridad a lo largo de este trabajo, la intervención del Estado es imprescindible para combatir el desequilibrio surgido en esta relación contractual, logrando este fin a través de las diversas leyes, pactos y tratados a los que hicimos alusión previamente. Por lo pronto, aunque resulte reiterativo, la reforma en relación a estos contratos, surgida a partir de la Unificación del Código Civil y Comercial es de fundamental interés.

Uno de los mayores aportes de la ley 24.240 ha sido el principio "pro consumidor" enunciado en el artículo 3º y dice que "en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor". De este principio general protectorio derivan reglas particulares para su aplicación como: la irrenunciabilidad de derechos, y el de indemnidad, el consumidor no debe sufrir consecuencias materiales ni morales en la relación de consumo. Luft (2015) considera que a su vez dicho principio cumple una función fundamentadora de la norma, ya que informa e impulsa al legislador, permitiéndole llenar vacíos legales, y conlleva a la interpretación en sentido más favorable para el consumidor.

El consumidor es la parte débil, que se encuentra frente al experto proveedor en una disparidad que el derecho tiene presente, y en consecuencia, construye un régimen tuitivo y equilibrador. En el contrato de consumo no interviene la autonomía de la voluntad, basándose generalmente en cláusulas predisuestas por el proveedor, frente a los cuales el consumidor solo puede aceptar en su integridad, o no contratar¹⁸.

Siguiendo esta postura, como plantea Andrea Fabiana Mac Donald (2010) en el campo de la salud, el consumidor o usuario se encuentra sujeto a condiciones de información

¹⁷ Entre algunos fallos a destacar vale nombrar: "P. Campanario SA C/ Plan Ovalo S.A.", op. cit;"Totalk S.A. c/Minifon S.A.", CNCCom., sala D, Setiembre 11-2002, E.D. 202, pág. 480 y ss.; "Rivas, Rosa c/ Grimoldi S.A.", CNCiv., sala C, Octubre 10/2003, RCyS 2004-674 y ss

¹⁸ Código Civil y Comercial de la Nación analizado, comparado y concordado Dirigido por Alberto J. Bueres.

asimétrica lo que obstaculiza una correcta asignación de sus recursos cuando enfrenta la toma de decisiones. El consumidor o usuario por lo general no posee los conocimientos suficientes respecto a la provisión del servicio como así también en la atención médica ya que el poder de información sobre diagnósticos y terapias más adecuadas como el control la tiene el profesional.

Luft, Marcelo Enrique (2015) ha sostenido que la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga, se encuadra en el marco formal de los negocios comerciales, y que se tiende 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 puedan desconocer un contrato, con la consecuencia de contrariar su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas. Estos contratos de medicina prepaga son contratos innominados de corresponsabilidad de larga duración. Esta última característica es su nota relevante, debido a que la satisfacción de la finalidad perseguida dependerá de la continuidad de la asistencia médica. Mientras que las EMPs obtienen mayores ganancias en el inicio de la relación contractual, en que los pacientes pagan y consumen un bajo nivel de servicios, con el pasar del tiempo, a causa del natural envejecimiento y las enfermedades, es cuando adquiere importancia.

Luft (2015) insiste en que la ley 24.754 representa un instrumento al que recurre el derecho para equilibrar la medicina y la economía. Esto es necesario porque en esta cuestión se ponderan delicados intereses. Debido a que por más que las EMP tengan una constitución de empresa comercial, tienen a su cargo una trascendental función social, que se encuentra por encima de cualquier cuestión comercial.

Si bien las entidades de medicina prepaga asumen un compromiso social a la hora de proteger el derecho a la salud, lo cierto es que presentan similitudes y diferencias con relación a las obras sociales. Les corresponde, en consecuencia, a las EMPs asegurarle a los afiliados la cobertura pactada como la legalmente establecida, ya que por más que la actividad que asumen puede demostrar determinadas características mercantiles, como tienden a proteger

las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas¹⁹, adquieren también un compromiso social para con sus usuarios.

Esto implica que el abuso de parte de las Empresas de Medicina Prepaga, tenga graves consecuencias relacionadas no solo con el Derecho del Consumidor, sino también con el Derecho a la dignidad, salud, e integridad de las Personas. Desconocer dichos derechos implicaría ir en contra de la mismísima Constitución.

El Estado encuentra el fundamento de su intervención en los derechos constitucionalmente protegidos, ya que debe proveerles a todos los ciudadanos una protección total en cuanto a sus derechos personalísimos, y debe a su vez intervenir y aplicar justicia en aquellos casos en los que se genere un abuso derivado de su calidad de consumidor.

3. Principio de excesiva onerosidad del Código Civil.

Como plantea Bueres (2015) el Código Unificado de la Nación se refiere a este principio en el artículo 1091, al establecer que si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevinida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, esta tiene derecho a pedir, la resolución o adecuación del contrato tanto de forma parcial como total. Esta regla sólo puede aplicarse si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia.

El antiguo Código Civil utilizaba, la siguiente formula: "cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato", la que ha sido reemplazada en el Código Civil y Comercial de la Nación por un texto casi totalmente equivalente: "si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su alea propia"

¹⁹ Arts. 3º, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4º y 5º, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental.

La ley de esta manera, protege nuevamente a los consumidores, representados en este caso en particular, por los afiliados de las Empresas de Medicina. Ya que, al especificar en qué ocasiones es procedente la adecuación o resolución, de los contratos en los que una de las prestaciones se torna excesivamente onerosa, evita que las EMP se funden en este derecho para evitar así cumplir con las prestaciones a las que se comprometió. La única excepción que se reconoce para desentenderse del contrato, es que la onerosidad sobreviniente sea extraña al alea del contrato.

Para ilustrar esta cuestión tomamos la sentencia de la Cámara Nacional Comercial., Sala E, del 3 de abril de 1997²⁰, indica que la prestadora de un servicio de medicina prepaga no puede alegar que la prestación a su cargo se haya tornado excesivamente onerosa, ya que la Cámara considera que el sistema de medicina prepaga tiene un ingrediente aleatorio semejante al del seguro, que lo obliga a afrontar esa mayor onerosidad que debió haber tenido en cuenta previamente al efectuar los cálculos actuariales para la fijación del precio del servicio, esta opinión es la que adoptaron Castro y Casal (2006).

Los afiliados buscan, a través de los pagos anticipados, proteger riesgos futuros en su vida o en su salud, se comprometen con una EMP para que ella en el momento en que sea necesaria la erogación de recursos para paliar determinada enfermedad por ejemplo, responda en su lugar. Es ilógico el planteo de las Entidades de Medicina Prepaga, al sostener la onerosidad sobreviniente, ya que se supone que su función dentro del contrato es la de proveer servicios y estos son requeridos por ejemplo a causa de una enfermedad.

Cual sería entonces la contraprestación a brindar, si en el momento en que el afiliado es saludable, la EMP no le corresponde con ningún servicio, y al momento en que es de vital importancia su intervención aluden a que la contraprestación que deben brindar se ha tornado excesivamente onerosa. Si hiciéramos lugar a sus planteos estaríamos permitiendo que este Sistema de Medicina Prepaga incurriera en la figura del enriquecimiento sin causa, instituto repudiado en el Código Civil y Comercial de la Nación.

El Código Unificado al legislar sobre esta temática, permite entrever, lo que hemos explicitado previamente, la importancia que implica otorgarle un marco legal a este estilo de contratación para así regularlo de manera tal, que la desigualdad entre EMP y usuarios se vea

²⁰ Cámara Nacional Comercial., Sala E, del 3 de abril de 1997 “De Oromi Escalada, Mariano c/ Galeno Previsión S.A s/ Sumario”.

paliada, mínimamente de forma parcial. Implica intentar disminuir la desigualdad existente entre las partes antes mencionadas, para así lograr que el cumplimiento del contrato no resulte abusivo. Este marco regulatorio trae aparejado que la discrecionalidad que poseen las EMP se vea limitada, y así se equipare su posición en el contrato al de la parte débil.

Esto no significa bajo ningún punto de vista, que se proteja singularmente a una de las partes de consecuencias destructoras del contrato, sino que se trata de expurgarla de una sobrevenida iniquidad nacida por circunstancias ajenas a las partes y al objeto o fin del negocio contractual²¹.

Debido al tipo de contratación frente a la cual nos encontramos, solemos apreciar como hemos planteado en los apartados anteriores, la modalidad de contrato frente a la cual nos encontramos. Al tratarse de un contrato de adhesión, los afiliados tienen a su discrecionalidad sólo la decisión de ingresar o no en la relación contractual.

Generalmente en las cláusulas de estos contratos, las EMPs transfieren el riesgo mismo al consumidor. Abusando así de su posición dominante respecto al afiliado. Las cláusulas abusivas insertas en los contratos de medicina prepaga alteran la necesaria relación de equivalencia contrariando los principios de buena fe y abuso de derecho. Debido a estas situaciones, nuestro sistema legal, representado tanto por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales, y las Leyes Nacionales y Provinciales, considera necesaria la intervención Estatal para proteger los derechos de los consumidores, entre ellos los derechos fundamentales de toda persona, como lo son el derecho a la salud y a la vida.

El futuro afiliado se ve desvalido frente a estas organizaciones empresariales, por eso es de vital importancia que se siga legislando y dando un marco legal que tipifique esta manera de contratación. Sólo así se lograra que la disparidad entre las partes desaparezca, ya que por más que las EMP sigan siendo empresas que predispongan las cláusulas, y los usuarios no puedan intervenir en la redacción de ellas, será el Estado, a través de las leyes, quien equipare o represente los intereses de los consumidores.

Evitando así que cuando la necesidad del afiliado deje de presentarse como un riesgo incierto para la empresa y se convierta en un hecho tangible, esta no pueda excusarse o escudarse de sus obligaciones mediante cláusulas que desnaturalizan el mismísimo contrato.

²¹ CNCiv, Sala I, 30/IX/97;La Ley, 1998.

Conclusiones

Es inminente la protección del Estado para con los usuarios o consumidores de este subsector privado antes denominado medicina prepaga. Debido a que no solamente los clientes reclaman al este la protección de sus derechos, sino que también el erario público debe distraer recursos destinados a pacientes sin cobertura de ningún tipo para atender patologías y daños a la salud de pacientes cubiertos por un seguro privado, en la medida en que este considere que contractualmente no le corresponde otorgar determinado tipo de prestación y decida negarle la cobertura.

Las estrategias destinadas a resolver estas cuestiones se están gestando orientadas hacia la implementación de mecanismos de tipo regulatorios. Aún con los esfuerzos del Poder Legislativo Nacional en pro de una regulación integral esto sigue siendo una política pendiente.

Mediante la elaboración de este informe se ha logrado la profundización y comprensión de temas o cuestiones que surgen a diario. Destacar que la Medicina Prepaga asume la posición dominante en este estilo de contratación, y explicitar las gravosas consecuencias que le ocasionan a los consumidores sirven como parámetro para realmente observar dichas cuestiones de manera objetiva y destacar así la vital importancia del estado y del Poder Legislativo como entes equiparadores de posiciones en estos contratos.

El abuso de la posición dominante es un hecho cotidiano en la actualidad, y sólo se logra revertir estos conflictos de intereses a través de la intervención estatal, con leyes que limiten o enumeren taxativamente las cuestiones que pueden o no formar parte del objeto de un contrato.

A causa de que la ley surja como elemento regulador de las situaciones de la vida cotidiana, lograr un marco legal absoluto es imposible. Ya que como evoluciona la sociedad, evolucionan las modalidades de contratación, y los diversas cuestiones sobre las cuales se puede contratar.

Por lo pronto la tan aclamada intervención estatal, no solo significa que debe interceder en los contratos ya convenidos, sino que debe constantemente actualizarse,

reformarse y seguir creando leyes que protejan a las partes débiles y que regulen constantemente las nuevas formas de contratación que surgen con el pasar del tiempo.

El derecho es una ciencia dinámica, que necesita constantemente reformularse, para así poder abarcar la mayor cantidad de situaciones de la vida cotidiana.

CAPÍTULO III: Las Relaciones de Consumo

Introducción

El presente apartado se propone abordar las relaciones de consumo que se establecen entre la empresa prestadora de medicina prepaga y sus afiliados en el contexto del ejercicio del Derecho a la Salud en el ámbito privado.

1. Los afiliados como consumidores, la empresa de Medicina como proveedor.

La prestación médica realizada a través de la medicina privada está regulada por una serie de normas de distinto rango y ha sido calificada como un contrato de consumo. En este último punto la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha ratificado la concepción doctrinaria al sostener que resulta aplicable el régimen de defensa del consumidor normado por la ley 24.240 al contrato de cobertura médica celebrado con una empresa de medicina prepaga, en tanto considera que se trata de un contrato de adhesión y de consumo.²² Actualmente la concepción aceptada por el Supremo Tribunal fue receptada por la legislación, en tanto el art. 4° de la Ley Marco Regulatorio de Medicina Prepaga N° 26.682.

Consideramos conveniente que a fin de calificar el vínculo que se establece entre la empresa y los asociados, conviene describir el supuesto fáctico y las diferencias con figuras afines. Estos sistemas de prestación médica son alternativos de la que desarrolla el Estado o la seguridad social, en el sentido de que ejercitan una actividad privada, por ello que el tema se ubica dentro del Derecho Privado. Económicamente tienen una gran similitud con la obra social en el sentido de que se basan en un pago prospectivo, pero éste es compulsivo en aquélla, mientras que el prepago es voluntario, dando lugar a un vínculo contractual.

Se trata de un vínculo contractual mediante el cual una de las partes promete la prestación de servicios médicos a los pacientes, contra el pago de un precio anticipado. (Lorenzetti, 2003) La prestación puede ser desarrollada por el promitente, o bien encargándola a otros a quienes le paga por la prestación dada al paciente, o bien mediante el reembolso de lo que el paciente ha pagado al médico elegido. Jurídicamente, lo esencial es que la empresa asume el deber de prestación de asistencia médica, pudiendo llevarla a cabo

²² C.S.J.N. “E., R. E. c/ Omint SA de Servicios”, Fallo del 13.3.2001. L.L. 2001-B-687

por sí o por otros, y que no presenta un carácter *intuitio personae*. Económicamente, lo primordial es que es una empresa de intermediación, capaz de reunir los recursos suficientes para organizar un sistema de prestación médica para una masa de pacientes.

Se trata de un contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas por el empresario y al que adhiere la otra parte, quedando comprendido de ese modo en la definición elaborada por el art. 984 del C.C. y C.

Definición. El contrato por adhesión es que mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción²³

Tal como se expresó ut supra, el contrato de Medicina Prepaga es un contrato de consumo. A los fines de comprender la figura en estudio es importante analizar la relación que surge de dicho contrato, denominada relación de consumo. En dicha relación dos conceptos surgen palmariamente como partes inescindibles del mismo, el usuario de los servicios de la empresa de medicina prepaga como consumidor y la empresa de medicina prepaga como proveedora de los servicios de salud.

El surgimiento y posterior desarrollo del derecho del Consumidor ha estado signado por la centralidad de la noción de consumidor, no obstante, el concepto de proveedor aparece unido indisolublemente a aquélla, constituyendo su contrapunto necesario. Es importante destacar que el fundamente último del régimen tutelar del consumidor reside en la vulnerabilidad que lo afecta en el seno de un mercado caracterizado por fallas estructurales y regido fundamentalmente por la actividad de los empresarios o profesionales. (Ciuro Caldani, 1997) Se trata de figuras interdependientes, recíprocamente referidas una a otra, así, la figura del consumidor se perfila, explica y adquiere significación cuando un individuo se sitúa delante de un profesional del mercado (proveedor). El vínculo intersubjetivo que reúne jurídicamente a ambos sujetos constituye una relación de consumo.

La construcción contextual o relacional queda expresada claramente en nuestro Derecho positivo, el cual declara que la protección se dispensa en el ámbito de la relación de consumo, como lo demuestran las normas constitucionales como la del art. 42 de la Constitución Nacional

²³ Art. 984. Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Honorable Congreso de la Nación

La doctrina entiende que el trato equitativo y digno que pregonan la Constitución Nacional plasma la idea de preponderancia de la relación de consumo por sobre la figura del contrato. (Sozzo, 2002) En concordancia con ello el Código Civil y Comercial de la Nación dio prioridad a la relación de consumo y optó por regular algunos de sus aspectos más sobresalientes. La decisión, según expresa la Fundamentación del Anteproyecto de 2012, se apoya en la jerarquía constitucional que ostenta el principio protectorio del consumidor y se materializa a través de la consagración de normas que contemplan una protección de mínimos, sin derogar, el régimen especial establecido en la Ley 24.240. Así, las normas del Código referidas a las defensas de los consumidores y usuarios son situadas en el Libro Tercero, Título III, denominado *Contratos de Consumo*. Ellas persiguen delimitar las categorías básicas de la relación de consumo y el contrato de consumo, junto con la reafirmación de la vigencia del principio de tutela que dimana del art. 42 de la Constitución Nacional

*Relación de consumo. Consumidor. Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor. Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*²⁴

*Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.*²⁵

De lo dicho, la relación jurídica de consumo se constituye en la noción articuladora de la protección constitucional y legal, que no sólo sirve para la delimitación del ámbito de

²⁴ Art. 1092. Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación
²⁵ Art. 1093. Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación

aplicación del régimen, sino también, para aportar el contexto explicativo de los conceptos de consumidor y proveedor, claves de acceso al sistema tuitivo (Hernández, 2015).

2. Concepto de consumidor. El usuario de la empresa de medicina prepaga.

El Código Civil y Comercial no deroga a la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, la que queda subsistente en la mayoría de sus disposiciones. No obstante, ello y en aras de sintonizar las disposiciones del nuevo Código con la legislación de materia de derecho del consumo la Ley 26.994 vino a cumplir dicho cometido y conceptualizó al consumidor acorde al nuevo ordenamiento vigente modificando el artículo primero de la Ley 24.240

*Objeto. Consumidor. Equiparación. La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.*²⁶

La doctrina y la jurisprudencia es unánime al entender que los usuarios de las empresas de medicina prepaga quedan comprendidos en dicha conceptualización con los efectos legales de la normativa vigente en materia de Derecho del consumo legisla. Los elementos que estructuran la figura del consumidor establecen por un lado al consumidor directo o contratante, entendido como la persona física o jurídica que adquiere en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Dentro de esta conceptualización podemos incluir al socio de la empresa de medicina prepaga que mediante su aporte periódico contrata los servicios médicos de esta última. Por otro lado, la normativa refiere al usuario o consumidor material o fáctico (o tercero beneficiario), entendido como aquel que simplemente emplea o disfruta de bienes o servicios sin ser parte del contrato de consumo. Dentro de este universo podemos incluir al grupo familiar del socio de la empresa de medicina prepaga que no es parte contratante del servicio, pero sí es usuario del mismo, proyectándose de este modo la protección legal sobre ellos.

²⁶

Art. 1. Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Honorable Congreso de la Nación

3. Concepto de proveedor. La empresa de medicina prepaga.

Las Entidades de Medicina Prepaga son aquellas que, actuando en el ámbito privado, asumen el riesgo económico y la obligación asistencial de prestar los servicios de cobertura médico sanitaria, conforme a un Plan de Salud, (que ofrecen) para la protección, recuperación y rehabilitación de la salud de los individuos que voluntariamente contratan con las mismas, y que, como contraprestación, se obligan al pago de una cuota periódica. (Garay, 2002)

Definición. A los efectos de la presente ley se consideran Empresas de Medicina Prepaga a toda persona física o jurídica, cualquiera sea el tipo, figura jurídica y denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa.²⁷

Las empresas de medicina prepaga pueden adoptar la forma de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, de simples asociaciones o fundaciones que brindan en general, servicios de cobertura de salud a cambio de una cuota mensual.

Desde el punto de vista del Derecho del consumo las empresas de medicina prepaga, cualquiera sea su constitución, son proveedoras del servicio de salud específicamente comprendidos dentro del articulado de la Ley Marco. Existe consenso doctrinario en cuanto a que la noción de proveedor presenta menores niveles de conflicto conceptual que el de consumidor.

Desde una perspectiva normológica, nuestro régimen protectorio, registra una pluralidad de textos que aluden a la figura del proveedor. En primer lugar, podemos mencionar la ley 24.240

Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o

²⁷ Art. 2 Ley 26.682 Marco Regulatorio de la Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación

*usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento. Ante la presentación de denuncias, que no se vincularen con la publicidad de los servicios, presentadas por los usuarios y consumidores, la autoridad de aplicación de esta ley informará al denunciante sobre el ente que controle la respectiva matrícula a los efectos de su tramitación.*²⁸

En el mismo sentido, el art. 1093 del Código Civil y Comercial, captando a todos los contratos de consumo, independientemente de la naturaleza de la relación contractual de que se trate, identifica al proveedor con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social. Las empresas de medicina prepaga integran esta particular conceptualización del concepto en tanto se trata de una prestadora de servicios dirigida a consumidores y usuarios.

De este modo queda establecida la relación de consumo entre el usuario consumidor de la empresa de medicina prepaga como proveedor de servicios. El binomio consumidor – empresario constituye una nota sobresaliente del Derecho Privado contemporáneo dado que

En la actualidad no puede desconocerse la influencia del derecho del consumo (o del consumidor) sobre el derecho común, especialmente sobre la actividad de las empresas, de forma de ser otro ámbito de imprescindible referencia para estudiar, precisamente de modo sistemático y no parcial, la actividad de los operadores del mercado. (Alegria, H. *Proyecto de Código Civil y comercial, derecho comercial y derecho concursal*, 2012, D.C.C.y E. , Año III, N° 5, Pág. 33)

4. Cláusulas que desnaturalicen las obligaciones

La contratación de los servicios médicos prepagos es instrumentada mediante contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas. Esta modalidad favorece la

²⁸

Art. 2 Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Honorable Congreso de la Nación.

incorporación de una amplia gama de cláusulas. Uno de los caracteres que destacan del contrato por adhesión a cláusulas predispuestas está dado por el distinto poder negociador con que las partes concurren a la celebración del convenio, que priva al adherente de toda posibilidad de discusión, reteniendo el predisponente todo el poder jurídico económico del contrato. La incorporación de cláusulas que desnaturalicen las obligaciones constituye, así, un fiel exponente de la prevalencia de la voluntad de quien predispone unilateralmente el contrato. (Ghersí, 1999) La inclusión de este tipo de cláusulas puede traer aparejado un perjuicio excesivo al contratante más débil y también afectar la relación de equivalencia, al desplazar sobre éste gran parte del riesgo económico del contrato y se obtienen como contrapartida mayores beneficios para el predisponente.

El contrato de prestación médica es típicamente un contrato de adhesión con cláusulas impuestas por el prestador del servicio en forma de plan o reglamento, frente al cual, la única opción del futuro adherente es aceptar la propuesta o rechazarla por completo. En tales condiciones, por encontrarse en juego el valor máspreciado del ser humano, que es la propia vida, como así también el innegable derecho a obtener una amplia y completa asistencia sanitaria, resulta equitativo, lícito y jurídicamente correcto que las cláusulas predispuestas que componen dicho contrato deban ser interpretadas en contra del ente prestador del servicio.²⁹

Este tipo contractual es aquel en que la configuración interna del mismo es dispuesta anticipadamente sólo por una de las partes (predisponente, profesional, proveedor, empresario, etc), de modo que, si la otra decide contratar, debe hacerlo sobre la base de aquel contenido. (Stiglitz, 2015). Esto significa que mediante la utilización de este tipo contractual se configura una restricción del principio de libertad de contratación, en perjuicio de quien contrata con una empresa creadora del instrumento contractual.

*Definición. El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.*³⁰

La particularidad del contrato por adhesión, en el sentido de poner al predisponente en mejores condiciones que el consumidor, hacen que la normativa tiende a equilibrar tal

²⁹ C.N.A.C, sala K, Giménez De Rueda, A. M. v. Asociación Civil del Hospital Alemán y otro s/daños y perjuicios. 21/2/1996 JA 1997 III 455

³⁰ Art. 984 Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación

situación poniendo atención en las cláusulas abusivas las cuales se caracterizan porque desnaturalizan (altera, desfiguran) el vínculo obligacional, el que presupone dos centros de interés.

Doctrinariamente, la expresión desnaturalización de la relación obligacional debe entenderse en el sentido de que, por aplicación de una o más cláusulas:

1. se amplíen los derechos del predisponente en perjuicio del adherente;
2. se atribuyan en su favor la posibilidad de alterar en algún sentido la obligación o la carga comprometida;
3. se reduzcan o supriman sus obligaciones o carga;
4. se amplíen las obligaciones o cargas del consumidor o usuario;
5. se supriman o modifiquen, en su contra, sus derechos.

Cuando de todo ello resulte un desequilibrio de los derechos y las obligaciones de tal entidad que quede comprometido el principio de la máxima reciprocidad de intereses al afectarse la relación de equivalencia, estamos hablando que las obligaciones han quedado desnaturalizadas. Así lo entiende la Ley de Defensa al consumidor que expresamente impone que de cláusulas que desnaturalicen las obligaciones se tendrán por no convenidas sin perjuicio de mantener la validez del contrato.

Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor. La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa. En caso en 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, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.³¹

³¹ Art. 37 Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Honorable Congreso de la Nación.

Como puede advertirse de lo hasta aquí expresado, lo distintivo de la situación estudiada radica en la inequitativa situación de desequilibrios, es decir, que las ventajas que obtiene el empresario no tienen una adecuada contrapartida en beneficio del consumidor. La enumeración legal no es taxativa, no agota el amplio espectro que puede presentarse.

La doctrina distingue dos categorías de cláusulas, por un lado, las generales, entendiendo por tales las que desnaturalicen las obligaciones y las que importen renuncia o restricción a los derechos, es decir, cláusulas cuya abusividad no tiene un carácter manifiesto y, por lo tanto, requieren de una apreciación o investigación judicial para ser declaradas como tales. Y, por otro lado, las cláusulas que se encuentran comprendidas expresamente en el texto de la ley. La diferencia es importante ya que, entiende la doctrina, en el caso de las cláusulas generales, su eficacia queda sujeta a valoración judicial, para determinar en cada supuesto concreto si dentro del contexto del contrato reviste el carácter de abusiva. Mientras que, en el segundo caso, la cláusula resulta nula de pleno derecho, sin necesidad de que el carácter de abusiva quede subordinado a la apreciación o criterio judicial, ni sujeto a prueba del consumidor. (Gherssi, 1999).

4.1. Cláusulas abusivas

Las cláusulas abusivas pueden formar parte de contratos formados por adhesión a cláusulas predispuestas, pero también pueden encontrarse en aquellos negociados individualmente, en contratos de consumo sea cual fuere la forma. Si bien este tipo de cláusulas no son de propiedad exclusiva de los contratos formados por adhesión, éstos tienen la particularidad de dar lugar a que su inclusión pueda ser real, abierta o subrepticamente.

Tal como se ha afirmado *ut supra*, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación da al contrato por adhesión un tratamiento, ingresando a la regulación de todos los temas que le son inherentes y diferenciándolo de la categoría de contrato de consumo, con la que, en ocasiones, se identifica cuando el contrato de consumo se perfecciona por adhesión a cláusulas predispuestas. Así da un tratamiento particularizado y conceptualiza las cláusulas abusivas dentro de esta modalidad contractual.

Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas: a) las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; b) las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían

*derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; c) las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.*³²

Primeramente, se puede mencionar que la definición de cláusulas abusivas fue incorporada por el legislador al Título III, que regula los contratos de consumo.

*Regla general. Sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales, es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor.*³³

La jurisprudencia fue unánime en la interpretación de abuso por parte de la empresa de medicina prepaga predisponente en cláusulas que permitían un desequilibrio estructural del contrato en relación a los costos y los contenidos de las prestaciones, declarándolas de suyo abusivas con el efecto legal de tenerlas por no escritas.

Las empresas de medicina prepaga no pueden mediante un proceder unilateral, establecer aumentos automáticos de las cutas o modificar lesivamente los parámetros previstos inicialmente para la prestación del servicio médico, puesto que ello implicaría un peligro, no sólo para el equilibrio contractual, sino también para la protección de la salud de los afiliados.³⁴

Tratándose de contratos de consumo, la cláusula que permite la modificación unilateral del contenido de la prestación debe, en principio, ser calificada como abusiva y, por tanto, capaz de acarrear su nulidad parcial, ello en virtud de lo establecido por el art. 37 inc, a de la Ley 24.240.³⁵

Por otro lado, cabe señalar que el art. 988 del C.C.yC al establecer dos supuestos en que las cláusulas se tendrán por no escritas, alude a dos cláusulas abiertas en las que el Código reproduce el texto del art. 37 incs. a y b de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240. Sobre el particular, cabe señalar que si bien es cierto que existen diversos sistemas de control sobre las cláusulas abusivas, el que mejor satisface, por su plenitud, un sistema de

³² Art. 988. Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación.

³³ Art. 1119. Código Civil y Comercial de la Nación. Honorable Congreso de la Nación.

³⁴ C.N.A.C., Sala C, Healy, Jaime Miguel c/ Vansal S.A. (U.A.I. salud), 14/12/2010, AR/JUR/9458/2010

³⁵ C.N.A.C, Sala A, Cilla, Néstor Reinaldo c/ Galeno Argentina S.A. s/ Sumarísimo, 04/05/2011, AR/JUR/55688/2011

control judicial es aquel que a) incluye una cláusula abierta, b) un elenco de cláusulas nulas de pleno derecho y c) otro de cláusulas presumiblemente nulas o factibles de ser declaradas nulas luego de una apreciación judicial. En cuanto a la cláusula abierta o cláusula general, también referenciada en el apartado anterior, se caracteriza por tratarse de una disposición legal de carácter imperativo, que tiene por objeto o por efecto el control de legitimidad directo de los preceptos de autonomía que integran los contratos. Se fundamenta en la preservación de la equidad y en el principio de buena fe, en el equilibrio del sinalagma, en las reglas esenciales que gobiernan el derecho dispositivo, en la intangibilidad de los derechos de los consumidores en tanto débiles jurídicos, y en la finalidad misma del contrato tal como las partes lo han tenido en vista al concluirlo. (Stiglitz, 2015).

Deben considerarse abusivas las cláusulas contenidas en los contratos de medicina prepaga que permiten a la empresa prestadora del servicio modificar unilateralmente su contenido, pues una decisión contraria implicaría reconocerle un poder negociador abrumador que pondría en peligro el equilibrio contractual y el derecho constitucional a la salud de los afiliados.³⁶

4.2. Cláusulas sorprendidas

Este tipo de cláusulas refiere a aquellas que resultan imprevisibles e inhabituales en los usos del tráfico negocial. La doctrina las califica de insólitas en tanto colocan al consumidor en una situación más desventajosa y que razonablemente no podía imaginar, prever, ni contar con su existencia.

El último párrafo del art. 988 del C.C. y C., incorpora novedosamente en nuestra legislación, las cláusulas sorprendidas al aludir en la disposición al carácter más saliente y definitorio de las mismas: la imprevisibilidad. Esta novedad exige de la doctrina un esfuerzo en su sistematización. Así, se establece que se debe realizar un análisis total del “iter negocial” desde el comienzo de las negociaciones hasta la etapa formativa, lo que incluye la publicidad y, por ende, las expectativas normales generadas en el adherente del contrato. Este tipo de cláusula contradice estructuralmente las expectativas legítimas y normales que genera

³⁶ C.N.A.C, Sala K, V., A. H. c/ Sistema de Protección médica S.A., 01/02/2010, AR/JUR/4158/2010

en el usuario un contrato de la naturaleza de lo concluido y que aparece insólitamente en el contenido del negocio, provocando una desnaturalización de la relación de equivalencia.

Las razones por las que el ordenamiento jurídico reacciona contra esta categoría de cláusulas es porque constituyen un plus por sobre la generalidad de las cláusulas abusivas. En efecto, estas últimas se caracterizan por desnaturalizar el vínculo contractual con daño al consumidor y que no siempre, pero habitualmente, aparecen en los textos contractuales. En cambio, las cláusulas sorprendivas, además de lo expuesto, son inusuales, insólitas y, debutan, se inauguran en la hipótesis concreta, aun cuando se demuestren antecedentes en contratos que instrumenten otros tipos contractuales. (Stiglitz, 2015)

4.3. Caracteres de las cláusulas abusivas

La enunciación de los caracteres de la cláusula abusiva dependen de la concepción que considere que las mismas pueden ser contenido de los contratos, sin consideración a su forma de creación, lo cual implica que su existencia puede encontrarse en los contratos discrecionales o predispuestos, o bien la postura que sostenga que la negociación o tratativa previa del contenido contractual suprime el abuso y que, por lo tanto, sólo interesa el análisis del tema en lo que se refiere a los contratos por adhesión.

Renombrada doctrina entiende que “...el poder de negociación generador de abuso, no es atributo exclusivo ni excluyente de la contratación predispuesta...” (Stiglitz, R. (2015) *Cláusulas abusivas en Tratado del Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley, Tomo II, Pág. 82) Lo que trasciende dentro del análisis de este tipo de cláusula es el poder relativo de negociación de cada una de las partes del contrato. Refiere a la debilidad jurídica o a la desigualdad formal del consumidor en sus relaciones contractuales con el proveedor, lo que favorece que aún en los contratos que en apariencia son paritarios, se incluyan cláusulas abusivas que desnaturalizan la relación de equivalencia.

La interpretación doctrinaria amplia sostiene que la cláusula abusiva indistintamente puede llegar a ser contenido de contratos discrecionales o de contratos predispuestos (Hernández, 2015). Desde este punto de vista la principal característica refiere al desequilibrio significativo entre los derechos del consumidor y las obligaciones y cargas del profesional derivadas del contrato en perjuicio del primero. Este desequilibrio se explica en

los hechos en el abuso del poder de negociación que ostenta el profesional sustentado en su poder técnico, en la información y en el conocimiento que dispone sobre el alcance del contenido contractual propuesto o, en la mayor parte de las ocasiones, predispuesto al consumidor. En la relación de consumo habida entre la empresa de medicina prepaga y el usuario, es la primera quien porta información, aptitudes técnicas y conocimientos del contenido del contrato que, predominantemente, ha creado de forma unilateral, concentrando en sí y frente al contratante, un margen de autoridad o superioridad del que se halla sustraído el consumidor y que lo posiciona en el contrato en situación de predominio. Con ese poder de negociación supone hallarse habilitado para consolidar su posición dominante y lo estimula a incluir cláusulas que, al cabo, provocan un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones que derivan del contrato, en perjuicio del consumidor (Stiglitz, 2015).

Otro de los caracteres de este tipo de cláusula es que su contenido constituya una infracción a las exigencias de la buena fe. La cláusula que infringe la buena fe no requiere para ser considerada abusiva, del auxilio que implica que, por añadidura, consagre un desequilibrio significativo. Lo mismo sucede a la inversa, ya que el abuso que por sí implica una cláusula que fractura significativamente el principio de onerosidad no requiere que, a su vez, importe una infracción al principio de buena fe. Así, la cláusula que importe en perjuicio del consumidor un desequilibrio manifiesto entre los derechos y obligaciones que derivan del contrato de consumo, presupone mala fe del profesional.

Encuadra dentro del concepto de “cláusula abusiva” – art. 37, ley de defensa del consumidor 24.240 – la estipulación que otorga a la empresa de medicina prepaga la facultad unilateral de modificar ilimitada e incausadamente uno de los elementos esenciales del contrato, cual es el precio de la cuota, si se trata de afiliados de avanzada edad – en el caso, un matrimonio de 80 y 76 años respectivamente -, que no cuentan con posibilidades ciertas de ser aceptados por otra entidad, debiendo asimilarse el incremento a una resolución unilateral, ya que de no poder afrontárselo, el consumidor se vería obligado a desasociarse.³⁷

La cláusula abusiva ha de generar un desequilibrio relevante o significativo. Deberá interpretarse como un desequilibrio de negociación, lo que significa que no se toma otra

³⁷ C.A.C.T de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, Asociación Civil Hospital Alemán c/ Ciudad de Buenos Aires, 13/04/2004, AR/JUR/100/2004

referencia que no sea la que esté relacionada con el principio de onerosidad, o sea el cotejo entre provechos y sacrificios, con total exclusión de la ecuación que resulte de una comparación entre el precio afrontado por el bien o servicio recibido.

4.4. Cláusulas de rescisión unilateral

Se trata de una cláusula que habitualmente podemos encontrar en los contratos de medicina prepaga, e implica la reserva por parte de la empresa de la facultad de rescindir unilateralmente el contrato sin expresión de causa y sin derecho alguno al cobro de indemnización, por simple notificación al socio con una antelación que generalmente oscila entre quince y sesenta días.

El ejercicio de la cláusula rescisoria incausada, por parte del entre prepago, conduce a la supresión del servicio asistencial al socio. Esta cancelación puede acarrear consecuencias de distinta entidad para ambos contratantes, pero es evidentemente más gravosa para el adherente al sistema a quien puede ocasionar perjuicios de la más variada índole. La prestación médica suprimida configurará responsabilidad contractual, en especial si la ruptura se produce en un momento crítico del paciente o si el estado del enfermo inspira temores. (Ghersí, 1999) Frente a estas situaciones especiales, el ente no puede amparar su conducta en el hecho de que el contrato ha perdido vigencia o quedó extinguido por cualquier motivo. De este modo, la rescisión del contrato puede constituir una denegatoria en el suministro del servicio médico debido, cuya violación frente a una conducta impositiva del derecho a continuar recibiendo asistencia médica, puede comprometer la vida y la salud del paciente.

La cláusula de rescisión unilateral sufre importantes limitaciones impuestas por el nuevo derecho contractual. Su inserción en contratos con cláusulas predispuestas por quien detenta el poder jurídico económico, los convierte en abusivos en sí mismos, por cuanto destruyen la necesaria relación de equivalencia negocial que debe existir, y se encuentran sujetos a criterios específicos de interpretación, que rigen para los contratos celebrados por adhesión (Hernández, 2015).

Actualmente la Ley Marco Regulatorio de Medicina Prepaga establece que las empresas sólo pueden rescindir el contrato mediante un procedimiento específico.

*Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres cuotas consecutivas o cuando el usuario haya falseado la declaración jurada. En caso de falta de pago, transcurrido el término impago establecido y previo a la rescisión, los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley deben comunicar en forma fehaciente al usuario la constitución en mora intimando a la regularización dentro del término de diez días.*³⁸

Se trata de preservar una relación jurídica cuya nota tipificante es la permanencia y continuidad de las prestaciones médicas, derechos que el socio goza y que merecen especial tutela. Constituyendo éste su requisito esencial, todo mecanismo creado para vulnerar esos derechos, por ejemplo, la reserva de la facultad de rescindir en cualquier tiempo y sin expresión de causa, o la concertación por un tiempo determinado, debe ser analizado cuidadosamente, a fin de no desnaturalizar las obligaciones.

Resulta contrario a los elementales principios de justicia, que una de las partes, la más fuerte de la relación contractual, en este caso, la empresa de medicina prepaga, pueda desligarse del contrato en forma drástica, mediante una mera comunicación de voluntad. Cabe concluir, por lo tanto, en la ineficacia de aquellas cláusulas que le acuerden el derecho de rescindir el contrato en forma unilateral, o bien establezcan modalidades de contratación que no respondan al contenido del negocio.

4.5. Cláusula de exclusión de cobertura

Una de las cuestiones más polémicas en la formación de este tipo de contratos, se encuentra vinculada con las denominadas enfermedades preexistentes. Habitualmente, se puede observar que los contratos, donde se establecen los requisitos y modalidades a que se encuentran sujetas las prestaciones médicas, casi indefectiblemente contienen cláusulas de exclusión de cobertura para los casos de enfermedades crónicas, tratamientos de afecciones quirúrgicas o preexistentes al ingreso del paciente al sistema. De presentarse algunos de estos cuadros reputados por el ente como preexistentes, o de patología secular, su cobertura queda

³⁸

Art. 9. Ley 26.682 Marco Regulatorio de la Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación.

automáticamente excluida, y quedan a cargo del paciente las erogaciones ocasionadas con motivo de su tratamiento. (Gherzi, 1999)

Es condición de admisión la presentación de una declaración jurada acerca del estado de salud del socio y el de su grupo familiar, exigiéndose además que estos datos sean veraces y exactos. El asociado es responsable de la exactitud de esa información suministrada y no puede aducir ignorancia como eximente de responsabilidad. La operatoria habitual es que el socio acceda al sistema prepago sin practicársele revisión médica alguna.

En los contratos de medicina prepaga se insertan, por lo general, cláusulas que hacen referencia a "períodos de carencia" y de "exclusión de cobertura de enfermedades preexistentes". Por las primeras, se estipula un tiempo de espera que debe transcurrir para que el beneficiario acceda a los servicios médicos, y por las segundas, se establecen limitaciones de cobertura de enfermedades preexistentes. Todo ello, sujeto a las especificaciones contenidas en los contratos suscriptos. Se ha señalado que es condición de admisión la presentación de una declaración jurada acerca del estado de salud del socio y el de su grupo familiar, exigiéndose además que esos datos sean veraces y exactos, siendo el asociado responsable de la exactitud de esa información suministrada y no pudiendo aducir ignorancia como eximente de responsabilidad. Esta situación se vincula con la idea que el servicio prepago de salud forma parte de un sistema que se sustenta con el pago de los usuarios, por la cual si los usuarios no aportan o bien si en su declaración jurada falsean enfermedades que luego deben ser soportadas por el sistema, éste puede verse insostenible, es por ello que la doctrina entiende que si se generaliza la falta de pago, o todos los asegurados mienten al contratar ocultando enfermedades preexistentes, o todos sobreutilizan las prestaciones, se produce un descalabro. El incumplimiento de las obligaciones contractuales no se agota en sus efectos bilaterales, sino que es perceptible una repercusión en el sistema (Lorenzetti, 2009)

Este mismo descalabro puede advertirse si se impone una carga pública en un contrato o en un sistema contractual. Por ello, la empresa puede delimitar los riesgos que asegura. De hecho, si asegurara todos los riesgos de una persona durante su vida estaría obrando de mala fe; el riesgo debe ser individualizado para que sea posible establecer un seguro, y ello se hace mediante límites temporales y materiales. El contrato establece que es lo que se asegura, y se excluye lo que no se cubre, lo cual es esencial para el funcionamiento del seguro. De allí que la exclusión de cobertura sea un supuesto de limitación de riesgo, es decir del objeto del

contrato, y sea lícita, y no sea admisible la interpretación analógica ni extensiva. En cambio, si una vez delimitado el objeto, esto es el riesgo asegurado, la empresa desnaturaliza ese riesgo asumido mediante disposiciones que lo trasladan al consumidor, hay una cláusula abusiva (Lorenzetti, 2009). Asimismo, como contrapartida de aquella licitud en la delimitación de riesgos, la empresa tiene el deber de informar al consumidor con claridad sobre estos aspectos, y si lo hace de un modo ambiguo, en caso de controversia en la interpretación de la limitación de los riesgos, habrá una a favor del consumidor (Stiglitz, 2015). Desde la Jurisprudencia se ha sostenido esta interpretación, obligando a la prestación del servicio aun cuando el usuario pudiera obtener la cobertura por otros prestadores que pudieran resultar obligados.

La función sustitutiva o complementaria de la medicina prepaga respecto de otros institutos de la salud – atención pública, obras sociales, seguros de salud, accidentes personales o de riesgos del trabajo, etc – o la naturaleza jurídica del contrato, con una tipicidad incompleta que obliga a recurrir a otros marcos regulatorios para su integración por vía analógica, no es fundamento suficiente para una delimitación del riesgo menor a la que obligatoriamente deben dar cobertura, so pretexto de poder ser atendidos los afiliados por otra vía.³⁹

En ese mismo sendero, se impone también recordar que es reconocido que el asegurado tiene el deber de informar al asegurador las circunstancias relevantes en relación al riesgo asegurado, pues el asegurador no está en condiciones de conocer por sus propios medios todas las circunstancias necesarias para apreciar el riesgo. Es una aplicación de la regla, admitida en Derecho Privado, de que debe informar quien está en mejores condiciones de hacerlo. Y ello se debe a fines de facilitar la evaluación, por parte del asegurador, de si contrata o no, y en caso de hacerlo en qué términos.

También ha de tenerse presente que cuando se celebra un contrato asegurativo, la empresa establece que cubre a su cliente por los eventos futuros, y no sobre los que ya ocurrieron. Ello es fundamental en los contratos de la especie vista. Además de las razones económicas, se supone que los hechos que ya sucedieron se conocen y consecuentemente no hay aleatoriedad.

³⁹ C.A.C.C. de Junín, F.S.S.P.I.F c L.P.A y otros s/ cobro sumario de sumas de dinero, 10/07/2014, AR/JUR/31747/2014

Por ello se dice que la enfermedad que preexiste no integra la cobertura, porque carece de aleatoriedad, es un riesgo conocido. El paciente puede contratar un médico para tratarla, pero no un sistema de seguro de salud, ya que no habría aleatoriedad, sino conmutatividad en el contrato (Lorenzetti, 2009).

La nueva Ley Marco de Regulación de la Medicina prepaga asume una postura tajante y clara al sancionar al usuario que no informa sobre las patologías previas a su ingreso. Así en relación al período de carencia, este, no puede incluir las prestaciones incluidas en el P.M.O, dada la función social específica que cumplen las empresas de medicina prepaga y que desarrollaremos seguidamente. Asimismo determina el alcance material y temporal de la declaración jurada a que se encuentra obligado el usuario del servicio.

*Carencias y Declaración Jurada. Los contratos entre los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley y los usuarios no pueden incluir períodos de carencia o espera para todas aquellas prestaciones que se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio. Las otras modalidades prestacionales y los tiempos previstos en el contrato como período de carencia deben estar suficientemente explicitados en el contrato y aprobados por la Autoridad de Aplicación. Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La Autoridad de Aplicación autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.*⁴⁰

5. Función social de la Empresa de Medicina Prepaga

Las empresas de medicina prepaga cumplen una función social y la doctrina es unánime al sostener que tienen las mismas obligaciones que las obras sociales, debiendo preservar el derecho a la salud y la función social por encima de las normas del derecho privado que llevaron a la emisión de los contratos. La prestación de salud no puede de ninguna manera estar supeditada a la economía del negocio, puesto que las empresas de

⁴⁰ Art. 10 Ley 26.682 Marco Regulatorio de Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación.

medicina prepaga cumplen una función social y la persona que se afilia espera de su empresa la cobertura total de sus requerimientos.

Puesto en otros términos, que esta causa, en rigor, presenta tanto indeterminaciones normativas como fácticas lo que, de más está decirlo, no empece a la necesidad de que se le provea de una adecuada solución, máxime encontrándose en serio riesgo el derecho a la salud de una persona, pero que sí acaso justifica o aconseja un abordaje no tan severa y estrechamente contractual del tema, las particularidades del sistema en el que la relación se inserta, por sobre lo que atañe al riguroso encuadramiento de la vinculación en el marco formal de los negocios comerciales. Y es que no debe olvidarse que si bien a la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga atañe esa índole, en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, también adquieren un compromiso social con sus usuarios que obsta a que, sin más, puedan desconocer un contrato, so consecuencia de contrarias su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas.”⁴¹

Hasta la sanción de la Ley 26.682 Marco Regulatorio de la Medicina Prepaga, no existía una normativa de tales características, en lo que respecta a las empresas prestatarias del servicio de salud, antes contempladas en la ley 24.754. Esta norma, tuvo por único objetivo disponer que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas por obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660. 23.661 y 24.455 con sus respectivas reglamentaciones. (Luft, 2011)

Las empresas de medicina prepaga obtienen mayores réditos en los comienzos de la relación, en que los pacientes pagan, con bajo nivel de consumo de servicios y, con el transcurso de tiempo, dado el natural envejecimiento y las enfermedades, es donde adquiere relevancia en relación a las prestaciones a las que se encuentran obligadas, las cuales dada su naturaleza excluye una posibilidad de previsión en cuanto a sus costos de parte de la prestataria. Si bien los cálculos probabilísticos se han perfeccionado a tal punto que el alea de las empresas de medicina prepaga se ha reducido, se suma el hecho de que se trata de una figura contractual de adhesión y de consumo, lo cual implica que si bien existe una adhesión

⁴¹ C.S.J.N. Etcheverry, R. E. c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios, 13/03/2001

a las cláusulas predisuestas por la empresa, existe un servicio prestado para un destinatario final, siéndole aplicables las disposiciones de la ley 24.240, de la cual se desprende que la interpretación ha de ser favorable al usuario del servicio.

Es en razón de su importante función social que resultan beneficiadas con la exención de pago de ciertos tributos, de lo que no gozan otras empresas comerciales cuyo objeto no tiene esta proyección social. La doctrina se manifiesta a favor de la interpretación que las disposiciones mencionadas, así como otras en materia de salud y asistencia sanitaria, vienen a constituirse en la expresión legislativas de la asunción por parte del Estado Nacional de aquellos compromisos, respecto de materias que por su proximidad con los derechos a la vida y a la dignidad personal deben entenderse entre las señeras del ordenamiento (Luft, 2011). Es el derecho a la salud, que no es un derecho teórico, sino uno que debe ser examinado en estrecho contacto con la realidad social, penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas, correlato de lo cual resultan normas como la analizada, que pretenden, en el ejercicio de potestades reglamentarias asentar una novedosa realidad que reconoce en este campo a nuevos actores institucionales, las empresas de medicina prepaga.

El derecho a la salud está íntimamente relacionado con el derecho a la vida, siendo éste el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional. El hombre es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye un valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental. Nuestro máximo tribunal ha sido coherente con esta concepción en relevantes fallos.

El derecho a la preservación de la salud – comprendido dentro del derecho a la vida - y la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, pero que ello es sin perjuicio de las obligaciones que corresponden a las jurisdicciones locales, obras sociales y entidades de medicina prepaga sobre el tema.⁴²

La nueva normativa sobre la regulación de la medicina prepaga, representa un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, puesto que pondera los delicados intereses en juego, integridad psicofísica, salud y vida de las

⁴² C.S.J.N. Chamorro, Carlos c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo, Sentencia del 01/04/2008. Fallos 331:453

personas, así como también que más allá de su constitución como empresas los entes de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial.

La doctrina es unánime al sostener que les corresponde a las empresas de medicina prepaga efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas, máxime cuando no debe olvidarse que si bien la actividad que asumen pueda representar determinados rasgos mercantiles, en tanto tienen por función la de proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, también adquieren un compromiso social con sus usuarios, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley, so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas. (Luft, 2011)

CAPITULO IV: Obras Sociales Provinciales

1. Reseña histórica del surgimiento de las Obras Sociales

En el apogeo del Estado benefactor, durante la década del '40, se congeniaron tres aristas que dieron surgimiento a las Obras Sociales.

La primera de ellas fueron las demandas de la sociedad de recibir atención sanitaria, la cual desde aquél entonces se comenzó a percibir como un derecho. La segunda, la percepción del Estado como garante del Derecho a la Salud, y finalmente, el nacimiento de las organizaciones estatales y sindicales que comenzaron a reunir a cada uno de los sectores laborales.

A la vez que se sucedían estos radicales cambios a nivel nacional, a nivel mundial también se estaban consolidando sendas modificaciones, tales como la constitución de la Organización Mundial de la Salud, la intervención del Estado en políticas de salud pública, y se comenzaba a discutir acerca de la universalidad de la cobertura médica.

Entrada la década del '40 y una vez consolidado el Estado benefactor, se expandieron los servicios estatales de salud, se invirtió en personal calificado y material para brindar una correcta atención médica a quien lo necesitare, y se convirtió a los hospitales públicos en centros de nuevos profesionales y de atención médica para toda la población y todos los sectores sociales.

Con una intervención mucho más presente de las Obras Sociales sindicales, y si bien estas privilegiaban las necesidades laborales de su sector, uno de los mayores problemas era la falta de higiene en los lugares de trabajo.

Posteriormente, y como consecuencia de los procesos migratorios, los obreros europeos trajeron consigo los ideales de las sociedades de socorro, las cuales brindaban cobertura sanitaria a la vez que brindaban ayuda al deficiente y sobrepasado sistema sanitario estatal.

De esta manera, y con la instalación de tales estructuras se relacionó a las asociaciones sindicales con la solidaridad, atención y ayuda.

Con el transcurrir de los años, se fueron generando numerosas Obras Sociales destinadas a nucleas a los trabajadores de grandes rubros, tales como los estatales, las Obras Sociales mixtas que incluían a jubilados y pensionados, la Obra Social del personal

jerárquico, las Obras Sociales de base provincial o municipal, y las Obras Sociales establecidas por algunos convenios colectivos de trabajo, a la vez que las Obras Sociales de las fuerzas armadas, de seguridad, del Congreso y del Poder Judicial.

En el año 1970 se sanciona la Ley de Obras Sociales la cual introdujo sendas modificaciones al modo en que se gestionaban y controlaban las Obras Sociales.

En principio, establecía que el Estado sería el ente regulador de las mismas, normatizando y organizando el funcionamiento de los entes preexistentes. A su vez, universalizaba la cobertura al declararla obligatoria para todos los trabajadores que encontraran sujetos a convenciones colectivas de trabajo y extendía esta cobertura a su núcleo familiar.

Además, creó el Instituto Nacional de Obras Sociales, organismo descentralizado cuya función era la promoción, coordinación e integración de las Obras Sociales, a la vez que ejecutaba un control técnico, administrativo y contable.

De esta manera, nace el sistema que impera hoy sobre este tipo de servicio brindado a los trabajadores, ya sean estos en relación de dependencia, autónomos, jubilados o pensionados.

2. Sistema de Seguridad Social y el rol del Estado

La Constitución Nacional establece en forma escueta en su Artículo Nro. 14 bis el Derecho a la Salud y la seguridad social.

Al respecto, Aranguren (2015) hace mención a los derechos implícitos consagrados en nuestra Carta Magna

Protección integral de la familia; art. 33 que al hacer alusión a los "derechos implícitos", consagrando en calidad de tales al derecho a la vida y al Derecho a la Salud; el art. 41 que hace referencia al derecho que tienen los habitantes a un "ambiente sano", el art. 42: derecho que tienen los consumidores a la protección de su salud en la relación de consumo, lo cual se aplicaría a la relación con Obras Sociales y Prepagas (pág. 1)

Sin embargo, son numerosas las normas de Derecho internacional que establecen el Derecho a la Salud como Derecho Humano, y obligan a los Estados Parte a la concreción de los objetivos de protección y garantía de tal derecho a todos los seres humanos.

En tal sentido, pueden nombrarse la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Al respecto, es menester indicar que el Estado Nacional es Estado Parte de cada uno de los Tratados Internacionales mencionados. Es por ello, que se encuentra obligado al cumplimiento de lo establecido por aquellos, toda vez que el incumplimiento de sus normas implicaría su responsabilidad internacional y posible juzgamiento ante las Cortes Internacionales.

Así lo explica Aranguren (2015)

Conforme lo expuesto, el Estado Nacional —por sí y/o a través de los organismos reglados— se encuentra estrictamente obligado al cumplimiento de las prestaciones necesarias para resguardar el Derecho a la Salud, esencialmente a través del cumplimiento de los Tratados Internacionales precitados, que tienen primacía sobre las Leyes de la Nación y jerarquía equivalente a la Constitución Nacional, sobre los cuales los jueces han de aplicar —asimismo— los principios acuñados por la Jurisprudencia a nivel internacional —Principio pro homine; Principio de Progresividad; Interdicción de la Regresión en esta materia; Cumplimiento de un Mínimo; Posibilidad de Control Judicial, Operatividad como principio; Imposibilidad para los Estados Federales de excusarse alegando que se trata de una competencia local— de estricta meritución por los jueces (pág. 2)

De esta manera, el Estado ha optado por una posición de garante del Derecho a la Salud, conforme la normativa vigente. En consonancia con ello, numerosa jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación así como de los Tribunales inferiores, que se analizará más adelante, se han pronunciado de conformidad con lo expuesto, estableciendo que el Estado Nacional debe garantizar las prestaciones sanitarias básicas para la población en materia de Salud.

Asimismo, Aranguren (2015) destaca un punto sumamente importante a tener en cuenta

...la tecnología y la medicina avanzan rápidamente y existen nuevos descubrimientos y avances médicos en el tratamiento de diversas enfermedades que aún no insertan en los parámetros legales de protección si deben ser incorporadas. Así, la normativa reglamentaria del Programa Médico Obligatorio (PMO) resulta muchas veces atrasada e insuficiente, lo cual ha generado múltiples fallos judiciales que visualizan al mismo como un piso y no un techo de cobertura de prestaciones y abogan por su continua actualización... (pág. 2).

Dicha situación debe indefectiblemente tenerse en cuenta a los fines de garantizar el Derecho a la Salud, dado que los aspectos legales, lamentablemente, no avanzan a pasos agigantados como bien lo hacen los avances tecnológicos a razón de las investigaciones realizadas. El hecho de que no se incorporen a las prácticas sanitarias básicas los nuevos descubrimientos, generan un efecto negativo y negligente respecto del mejor tratamiento que se le puede brindar a un paciente en estado de enfermedad.

3. Sustentabilidad de las Obras Sociales provinciales. Fortalecimiento

El sector de la salud se ha estructurado de manera tripartita: público, seguridad social y privado. Ello a los fines de brindar las prestaciones de salud ineludibles para satisfacer las necesidades de la población.

En principio, las Obras Sociales Provinciales son

...entes autárquicos, que se sustentan en la filosofía de la seguridad social, los que tienen la finalidad de brindar servicios de salud y sociales a sus afiliados / beneficiarios forzosos, los que son financiados mediante el aporte y la contribución obligatorios, de los trabajadores / empleados públicos y del Estado provincial empleador (Garay y Jaimarena, 2014, pág. 2).

Las Obras Sociales Provinciales nacieron como consecuencia de las prestaciones de la seguridad social que presta el Estado como respuesta a las altas demandas de la población.

Mientras que las Obras Sociales Nacionales son organizaciones de la seguridad social, financiadas a través de los aportes de trabajadores y empleadores, que se encuentran sujetas a contralor estatal e integradas al Sistema Nacional del Seguro de Salud, cuyos fines son la prestación de servicios de salud a los beneficiarios, los que tienen la opción de elegir afiliarse a tales entidades. Es decir, que estas son vigiladas y controladas por la Superintendencia de

Seguros de Salud, ello, a los fines de fiscalizar su funcionamiento administrativo como el régimen de gastos de sus recursos financieros.

Sin embargo, las Obras Sociales Provinciales son

...son entes autárquicos, que se sustentan en la filosofía de la seguridad social, las cuales tienen la finalidad de brindar servicios de salud y sociales a sus afiliados / beneficiarios forzosos, siendo financiadas mediante el aporte y la contribución obligatorios, de los trabajadores / empleados públicos y del Estado provincial empleador. Los beneficiarios de las OSP no tienen el derecho de renunciar ni el de optar por la Obra Social que le ha de prestar los servicios de salud (Garay y Jaimarena, 2014, pág. 4).

En tal sentido, debemos destacar que las Obras Sociales Provinciales funcionan con autarquía administrativa, es decir que tienen su propio presupuesto e individualidad financiera y dictan sus propias normativas, necesarias para el normal desarrollo de sus actividades.

Asimismo, es menester destacar que cuentan con un control administrativo por parte del Estado Provincial, dado que al brindar un servicio esencial para la población, como es el de la asistencia sanitaria, no podrían actuar con discrecionalidad y sin una autoridad ante quien responder por eventuales inconvenientes, aunque no responden a un organismo central como es el caso de las Obras Sociales Nacionales.

El origen de las Obras Sociales Provinciales se remonta al surgimiento del Estado de Bienestar y las condiciones políticas nacionales, tales como el surgimiento del peronismo, las demandas sociales y de salubridad por parte de los trabajadores.

En el año 1955 se creó la primera Obra Social Provincial en San Juan, y desde ese momento en forma paulatina pero ininterrumpidamente se fueron dictando leyes especiales de creación de Institutos Provinciales que con distintas denominaciones, tales como Caja de Servicios Sociales, Institutos de Previsión Social, Institutos de Seguros, etc., conformaron lo que en la actualidad denominamos Obras Sociales Provinciales.

Dicha situación devino, posteriormente, en la redacción del Artículo Nro. 14 bis de la Constitución Nacional, el cual consagró la asistencia sanitaria y de la seguridad social al establecer que:

*El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable.*⁴³

En tal sentido, Ekmekdjian (2002) ha definido a la Seguridad Social como “el conjunto de normas e instituciones destinado a conferir protección al hombre y a su grupo familiar, frente a necesidades económicas provocadas por contingencias económicas” (pág. 218).

Garay y Jaimarena (2014) establecen que

En una noción relacionada con las Obras Sociales provinciales, hay que decir que la seguridad social es el sistema de protección —obligatorio— contra las consecuencias económicamente desfavorables de los riesgos sociales, cuyo beneficiario es el trabajador en relación de dependencia y su grupo familiar primario. Cuando el trabajador participa en su financiación, se denomina "seguro social". El fundamento de la seguridad social es la solidaridad (pág. 2)

Ello implica que las Obras Sociales Provinciales protegen a sus afiliados, como también a su grupo familiar primario, ante las situaciones económicamente desfavorables que puedan ser consecuencia de problemáticas sociales en relación a los estados de salud, brindándoles para ello servicios integrales de salud.

Respecto de su sistema de financiamiento, es menester indicar que las Obras Sociales Provinciales tienen distintos tipos de financiación dependiendo de la situación particular del afiliado o beneficiario.

En tal sentido, y si se tratare de asistencia social, serán financiadas por el Estado; mientras que, en caso de tratarse de un financiamiento concurrente entre el trabajador y el empleador, será contributivo. Si los beneficiarios fueran empleados públicos, los aportes que ellos realicen serán destinados a su financiamiento, mientras que lo que el Estado destine será denominado contribución.

Como se puede observar, las Obras Sociales Provinciales tienen una pluralidad de fuentes de financiación, ello se basa en razones de equidad y justicia social a los fines de que todos los miembros de la sociedad puedan recibir atención sanitaria y asistencia social independientemente de su situación económica.

⁴³ Art. 14° de la Constitución Nacional Argentina.

Garay y Jaimarena (2014) explica que

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

A pesar del gran avance que ha implicado para la población, la creación de este tipo de organizaciones de asistencia médica resulta imperante la creación de un ente destinado al control de las Obras Sociales Provinciales, tal como la Superintendencia de Seguros de Salud, a los efectos de fiscalizar los movimientos financieros y las prestaciones médicas brindadas.

Además, las Obras Sociales Provinciales no han adherido al Plan Médico Obligatorio, al cual nos referiremos más adelante en el desarrollo del presente trabajo, lo cual implica la inexistencia de un menú de prestaciones médico-asistenciales mínimas y homogéneas para todos los afiliados o beneficiarios. Dicha situación, se condice con el hecho de que las regulaciones normativas de estas Obras Sociales se han generado en épocas de gobiernos militares, motivo por el cual es necesaria su inminente modificación a los fines de revestir la legislación vigente de lo estipulado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, lo cual beneficiaría de manera sinigual a los trabajadores.

4. Plan Médico Obligatorio - Alcances y efectos – Regulación

El Plan Médico Obligatorio fue instaurado a través de la Resolución del Ministerio de Salud Nro. 939/00⁴⁴.

Sin embargo, en principio el Plan Médico Obligatorio correspondía únicamente a los agentes de salud al establecerse que

Apruebase el Programa Médico Obligatoria para los Agentes del Seguro de Salud comprendidos en el Art. 1 de la Ley 23660, el catálogo de prestaciones de dicho

⁴⁴ Resolución Nro. 939/00 del Ministerio de Salud de la Nación.

*programa y las guías de orientación para el diagnóstico y tratamiento de los motivos de consulta prevalentes en la atención primaria de salud.*⁴⁵

Posteriormente, el Plan Médico Obligatorio se ampliaría a todos los sectores de la sociedad a través del dictado de la Resolución Nro. 310/04 de la Administración Nacional de la Seguridad Social.⁴⁶

Menossi y Olmo (2015) definen al Plan Médico Obligatorio como

...una canasta básica de prestaciones a través de la cual los beneficiarios tienen derecho a recibir prestaciones médico asistenciales. La Obra Social (obligados de acuerdo al art. 1° de la ley 23.660) debe brindar las prestaciones del PMO y otras coberturas obligatorias, sin carencias, preexistencias o exámenes de admisión (pág. 1).

Como se ha expuesto en forma precedente, las Obras Sociales pueden calificarse como públicas o privadas. En atención a ello, las prestaciones médico-asistenciales ofrecidas eran muy disímiles, al punto que cada una de ellas ofrecían servicios distintos.

El Plan Médico Obligatorio nació como respuesta a esta desorganización, protegiendo y garantizando el Derecho a la Salud como inherente al ser humano por su mera condición de tal.

De esta manera, el Plan Médico Obligatorio establece las atenciones que debe brindar una Obra Social a todos sus afiliados, indistintamente del plan al cual hayan adherido en caso de tratarse de una Obra Social privada.

En tal sentido, el mencionado Plan establece las prestaciones médicas mínimas que se ha de garantizar a sus afiliados, beneficiarios y grupo familiar primario. Siempre podrá otorgar más prestaciones, pero nunca menos que lo establecido por el Ministerio de Salud. Esta cuestión ha traído serias cuestiones que se analizarán más adelante en el presente trabajo.

A través de la Resolución del Ministerio de Salud Nro. 201/02 se establecieron las prestaciones básicas esenciales que deben garantizar las Obras Sociales a toda la población beneficiaria.

Dicha Resolución establece la cobertura de dicho Plan, la misma se divide en los siguientes rubros:

⁴⁵ Resolución Nro. 939/00 del Ministerio de Salud de la Nación.

⁴⁶ Resolución Nro. 314/04 de la Administración Nacional de la Seguridad Social.

- Atención Primaria de la Salud:

...está basado en los principios de la atención primaria de la salud, entendiendo a la misma no sólo como la cobertura para el primer nivel de atención, sino y fundamentalmente como una estrategia de organización de los servicios sanitarios. Por tanto se sostienen los principios de privilegiar la preservación de la salud antes que las acciones curativas, y por tanto reforzar los programas de prevención.⁴⁷

Como puede apreciarse, la atención primaria de salud excede la mera atención básica ante una situación de enfermedad o accidente. Por el contrario, apunta a una mayor conciencia del estado de salud al que cada ser humano apunta y a establecer acciones de prevención de futuras enfermedades posibles.

- Programas de Prevención Primaria y Secundaria: dentro de este acápite el Ministerio de Salud incluyó al Plan Materno Infantil, al Programa de Prevención de Cánceres Femeninos y a la Odontología Preventiva.

- Atención Secundaria: la cual incluye las especialidades médicas mínimas cuya prestación se debe garantizar, entre ellas se encuentran Anatomía Patológica, Anestesiología, Cardiología, Cirugía de cabeza y cuello, Dermatología, Neonatología, Psiquiatría, Terapia intensiva y Urología.

Además, el Plan Médico Obligatorio establece que la Internación, Salud Mental, Rehabilitación, Odontología y Medicamentos se encontrarán cubiertos por las Obras Sociales en el marco del Plan Médico Obligatorio.

Asimismo, el Plan Médico Obligatorio ha dado lugar a numerosas controversias entorno a qué otras prestaciones médicas deberían considerarse incorporadas a dicho Plan y deberían brindarse sin costo extra alguno.

Sobre el particular, se expidió la Sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal al considerar que la Obra Social es el único obligado a responder por las prestaciones de salud que debería recibir un niño con discapacidad.

En atención a ello, la Obra Social argumenta que se encuentra únicamente obligada a prestar los servicios médicos establecidos por el Plan Médico Obligatorio, y que en el caso de autos, por tratarse de un pequeño con discapacidad, que requiere de atención médica especial, no se encuentra obligada a prestar los servicios requeridos.

⁴⁷ Anexo I de la Resolución Nro. 201/02 del Ministerio de Salud.

En primera instancia, se hizo lugar a la demanda entablada, reconociéndose el derecho de un niño con discapacidad a recibir cobertura de salud. Ello, con sustento en la Ley Nro. 24.901, la cual establece un sistema de prestaciones básicas de salud en favor de personas con discapacidad, y el Derecho a la Salud, el cual posee raigambre constitucional y ha sido incorporado a tratados internacionales con jerarquía constitucional.

En tal sentido, la Cámara confirma la sentencia de primera instancia, por cuanto considera que

...la única obligada frente al beneficiario es la Obra Social, más allá de lo que puedan determinar resoluciones administrativas (...) cuando están en juego el derecho a la vida o a la salud e integridad física de una persona, las instituciones que integran el sistema nacional de salud (...) deben extremar al máximo los servicios que proporcionan a fin de lograr la recuperación del paciente, incluso más allá de las exigencias del Programa Médico Obligatorio (...) Por lo tanto, el hecho de que alguna prestación no se encuentre incluida en el PMO no puede ser óbice para su no otorgamiento cuando se encuentra gravemente afectado el Derecho a la Salud, puesto que dicho programa representa una serie de coberturas mínimas que puede extenderse para hacer efectiva la protección constitucional del derecho (pág. 3).⁴⁸

Asimismo, en un caso de similares características la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires le negó la afiliación a un niño hijo de la concubina del afiliado titular, puesto que no se encontraba obligada a incluirlo como miembro del grupo familiar primario ante la inexistencia de un vínculo filial entre ambos.⁴⁹

Ante ello, se interpuso acción de amparo contra la mencionada entidad, a los fines de que se proceda a afiliar al hijo menor de su concubina a los fines de garantizar su Derecho a la Salud, dado que la madre del niño era celíaca, enfermedad celíaca que podría haberse transmitido a su hijo, motivo por el cual era imperante el recibimiento de asistencia médica.

La Obra Social, por su parte, esgrimió como sustento de lo actuado que no se encontraba sujeta al régimen de las Obras Sociales Provinciales, sino que por el contrario

⁴⁸ CNCiv. y Com. Fed., Sala 2º, “L. V. V. y otros c. OSADEF y otro s/sumarísimo”. La Ley Online. Recuperado el 15/05/2016 de <http://laleyonline.com.ar//AR/DOC/2055/2015>

⁴⁹ Juzg. Cont-adm. y Trib. Nro. 14 CABA, “D.G.F. c. OSBA s/ amparo”. La Ley Online. Recuperado el 16/05/2016 de <http://laleyonline.com.ar//AR/DOC/1843/2014>

contaba con un régimen regulatorio propio y se encontraba sujeta a las instancias de control ejercido por el gobierno provincial.

Asimismo, destacó que no se encuentra alcanzada por la normativa que impone el Plan Médico Obligatorio, motivo por el cual se encuentra facultada para regular las prestaciones médicas ofrecidas a sus afiliados.

En tal sentido, el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires entendió que hacía razón al amparista toda vez que señala

...las prestaciones deberían concederse, cuando corresponda, teniendo en cuenta los recursos y la situación del niño y de las personas que sean responsables del mantenimiento del niño, así como cualquier consideración pertinente a una solicitud de prestaciones hecha por el niño o en su nombre (pág. 3).

Asimismo, el decisorio sostiene lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto la misma reconoce el derecho de todos los niños a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, mientras que responsabiliza a todos los Estados Parte de adoptar las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional.

Finalmente, los magistrados ordenan que se brinde - al menor - todos los servicios y prestaciones médicas que pudiera requerir, en igualdad de condiciones que el resto de los beneficiarios.

Otro caso que fue analizado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Salta⁵⁰, es el de un niño que sufrió un accidente mientras jugaba con sus compañeros de escuela y que derivó en que tuviera que ser intervenido quirúrgicamente de inmediato, y cuyo resultado fueran severas secuelas neurológicas, deterioro mental y parálisis espástica.

A raíz de ello, requirió rehabilitación intensiva, controles regulares y medicación. A su vez, y por indicación de los profesionales que lo asistieron, se solicitó al Instituto Provincial de Salta que cubra el tratamiento de equinoterapia, lo cual ayudaría con su recuperación motriz. Ante ello, la Obra Social de dicha provincia rechazó la solicitud de

⁵⁰ CApel. Civ. y Com. Salta, Sala 3º, “G., A. I.; N., M. E. c. Instituto Provincial de Salud de Salta s/ amparo. La Ley Online. Recuperado el 16/05/2016 de <http://laleyonline.com.ar//AR/DOC/4262/2015>

cobertura del tratamiento, aunque en sede judicial se le otorgó razón a la madre del niño quien accionó por vía de amparo.

El juez en su decisorio argumenta que el Estado en una posición garantista debe realizar acciones positivas entorno a la protección de los derechos y garantías de la población, la inobservancia de este deber deviene necesariamente en la atribución de la responsabilidad por esos sucesos, lo contrario importaría que los mismos derechos que protege se tornen ilusorios.

Asimismo, Adet Caldelari (2015) explica que el magistrado entendió que

El sistema de Obras Sociales, como parte de la Seguridad Social, comparte los fines de la misma, por lo que su implementación no debe concebirse en forma restrictiva sino procurando brindar prestaciones integrales (...) Dije que es en situaciones como la presente que se tiene que pasar de las palabras a los hechos y cumplir en este caso la demandada con la misión de liderar el programa de prevención, protección y promoción de la salud, con el compromiso de superar la calidad de los servicios que presta. Tengo muy en cuenta que en definitiva de lo que se trata es una cuestión de costos, cuando la igualdad que la Constitución postula no es una igualdad formal, sino una igualdad sustancial, lo cual traduce que los jueces tienen no sólo el derecho sino la obligación de eliminar discriminaciones arbitrarias. La igualdad ante la ley busca potenciar a los hombres en su desigualdad a los efectos de que ésta no sea la base para fundar la supremacía de unos sobre la inferioridad de los otros, como sabiamente enseñara nuestro maestro Germán Bidart Campos, quien reparaba que si la libertad es el prius del derecho, la igualdad informa sus sentidos. Al igual que la libertad, no son datos o cualidades que integren la realidad humana, sino aspiraciones que operan como principios básicos, razón por la cual el Estado debe remover los obstáculos de tipo social, cultural, político y económico que limitan de hecho la igualdad de todos los hombres... (pág. 2)

Se han reseñado casos en los cuales la vía judicial intentada a los fines de alcanzar la satisfacción de la pretensión es el recurso de amparo.

En tal sentido, se ha discutido respecto de la procedencia o no de los reclamos administrativos previos. Ello, a los fines de tener por agotada la vía administrativa y encontrarse facultado a accionar por vía judicial.

Al respecto, Aranguren (2015) reseña que

...han quedado sin efecto los "recursos administrativos previos", señalados por el art. 2º inc. de la ley 16.986 como así también la imposibilidad de decretar en esta vía la inconstitucionalidad de una norma. Dispuesta también por el art. de la ley 16.986. Así, conforme el art. 43 CN.

La vía de amparo procederá —fuera de los requisitos enunciados de arbitrariedad y/o ilegalidad— siempre que no exista otro medio "judicial" más idóneo, acordándosele una primacía ya de acción directa y no subsidiaria, según se manifestara (pág. 2)

Asimismo, se debe destacar que la procedencia de la acción de amparo acude a una cuestión expedita. Las acciones de amparos son resueltas de manera sucinta, mientras que otros remedios procesales pueden llevar meses o años en resolverse.

En cuestiones de salud es menester actuar de manera expedita, motivo por el cual dilaciones sin sentido no pueden tolerarse, situación a la cual la acción de amparo no se encuentra sujeta.

Sin embargo, se debe tener en consideración que las acciones de amparo son remedios procesales excepcionales, que no proceden en todas las circunstancias.

En tal sentido, se ha analizado la posibilidad de que el juez reconduzca el proceso a la vía procesal que el caso amerite, cuando el amparo no sea procedente.

Sobre ello, Aranguren (2015) explica

...otras posiciones —que compartimos— consideran que el juez se encuentra ampliamente habilitado, en principio y como director del proceso, para determinar el tipo de proceso aplicable, según la naturaleza de la cuestión debatida y la prueba ofrecida aplicable, lo cual se relaciona con las bases y principios sobre los que debe fundarse un moderno servicio de justicia y concepción de la jurisdicción. La jurisprudencia al efecto ha ido avanzando en el criterio de reconducción ex officio propugnado, admitiendo la reconducción de la vía del amparo en caso de incumplimiento de las premisas básicas de la misma, tales como la inexistencia de arbitrariedad y/o ilegalidad manifiesta, a tenor de las pautas dispuestas por el art. 1º de la ley 16.986 y art. 43 de la Constitución Nacional.

También se ha dispuesto la reconducción del proceso de amparo al advertirse su extemporaneidad, de conformidad a lo establecido por el art. 2º inc. e) de la ley 16.986, disponiéndose —de oficio y en el primer proveído— su transformación en

proceso sumarísimo, de acuerdo a las pautas establecidas por el art. 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (pág. 3)

Es decir, que ante los incumplimientos de los requisitos esenciales para la procedencia de la acción de amparo, el juez interviniente podrá disponer que el proceso se realice mediante otra vía judicial propicia para el caso según su temática. Esto no significa que el caso se archivará o se rechazará por incumplir cuestiones formales, sino que por el contrario, se le otorgará prioridad mediante otra vía más idónea.

5. Marco Prestacional de las Obras Sociales. Modificación

Como se ha analizado, el beneficio de las prestaciones médicas que brindan las Obras Sociales se obtienen a través del empleador en la mayoría de los casos.

Dicha situación generó numerosos problemas dado que el trabajador que se encontraba afiliado a una determinada Obra Social, no podía modificar su status hasta cambiar de trabajo. E incluso en tales casos, muchas veces se mantenía la misma Obra Social si la nueva actividad laboral pertenecía al mismo rubro que la anterior.

En tal sentido, Garay y Jaimarena (2016) enuncian las consecuencias de dicha monopolización de afiliados por parte de las Obras Sociales. Entre las más relevantes destacan

- * La Obra Social tenía asegurada una masa de dinero que ingresaba periódicamente a sus arcas;
- * El trabajador no tenía la opción de elegir cambiar de Obra Social (estuviese o no, conforme con el servicio médico que se le brindaba);
- * No había competencia entre las distintas Obras Sociales (ni menos aún, con entidades prestadoras del servicio de salud que no fueran Obras Sociales). Ello (según doctrina imperante en la época), jugaba a manera de rol desmovilizador en la tarea de mejorar la calidad y eficiencia de los servicios prestacionales de la Obra Social (pág. 2)

Dados estos inconvenientes, se dictó el Decreto Nro. 9/93⁵¹, el cual estableció el derecho de opción de Obra Social aunque en una sola oportunidad.

⁵¹ Decreto Nro. 9/93 Opción de Obra Social.

Al respecto, Garay y Jaimarena (2016) enuncian las repercusiones de senda modificación

* El trabajador-afiliado goza del derecho de opción, por el cual puede optar o elegir cuál es la Obra Social o entidad que prefiere le brinde el servicio médico;

* En teoría, la competencia entre Obras Sociales y otras entidades, obliga a las primeras a racionalizar y optimizar sus servicios prestacionales, buscando mejorar constantemente la calidad y eficiencia de la prestación médica;

* Las Obras Sociales deben brindar un piso mínimo de prestaciones médicas, a través de lo que se conoce como Programa Médico Obligatorio (PMO);

* Los afiliados pueden convenir con las Obras Sociales (abonando un precio adicional), una serie de "prestaciones médicas" (no esenciales) por sobre el mínimo legal (pág. 3).

A raíz de lo expuesto, cabe traer a colación un decisorio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación⁵² en el cual se discute la inconstitucionalidad de la Resolución que establece restricciones territoriales a tener en cuenta al momento de ejercer el derecho de opción.

En tal sentido, el Sindicato de Obreros de Estaciones de Servicios, Garages y Playas de Estacionamiento de Chaco solicitó por vía de amparo se declare la ilegalidad e inconstitucionalidad de la Resolución de la Superintendencia de Seguros de Salud Nro. 37/98⁵³, por cuanto establecía que las Obras Sociales no pueden ser elegidas en territorios no contemplados en su estatuto registrado.

La Cámara Federal de Apelaciones de Resistencia entendió que el mencionado dispositivo restringía el derecho a la libre elección de la Obra Social, revocando de esta manera la sentencia de primera instancia.

Ante ello, la Superintendencia de Seguros de Salud recurrió dicho decisorio a través de la interposición de un recurso extraordinario federal, argumentando que la decisión de la Cámara de Apelaciones atentaba contra la división de poderes, se excedía en su facultad de control jurisdiccional y se vulneraron sus derechos de defensa en juicio y legalidad.

⁵² CSJN, "Sindicato de Obreros de Estaciones de Servicios, Garages y Playas de Estacionamiento del Chaco c. Estado Nacional (ANSSAL) s/ acción de amparo y medida cautelar", 12/01/2015. La Ley Online. Recuperado el 20/05/2016 de <http://laleyonline.com.ar//AR/DOC/596/2016>

⁵³ Artículo Nro. 8 de la Resolución Nro. 37/98 de la Superintendencia de Seguros de Salud.

En tal sentido, la Corte entiende que la Resolución fue dictada dentro de los límites de competencia de la Superintendencia de Seguros de Salud. Sin embargo, sostuvo que cualquier actividad que desarrollen las Obras Sociales fuera de su ámbito de actuación resulta inválida. Ello, por cuanto la imposibilidad de elección de Obra Social por cuestiones atinentes al territorio no surgió como consecuencia de la mencionada Resolución, sino como resultado de lo establecido por las leyes precedentes Nros. 23.551⁵⁴ y 23.660⁵⁵.

Al respecto, Garay y Jaimarena (2016) se expiden

A nuestro entender esta perspectiva hermenéutica trazada por la Corte es precisamente un aspecto relevante del fallo. Siguiendo esa línea argumental, podemos afirmar que la restricción no solo no haya parangón exclusivamente en la mentada resolución, sino que además resulta previa y reviste carácter legal y no reglamentario (...) la Corte recuerda la existencia de derechos limitados en contraposición a absolutos, el test de razonabilidad en materia de reglamentación y el examen de proporcionalidad y adecuación en los medios elegidos para alcanzar los objetivos proclamados.

Como corolario concluye que la finalidad de la limitación territorial radica en asegurar que la distancia impida una adecuada y oportuna prestación del servicio de salud a los afiliados. Tal restricción geográfica, remata la Corte, no menoscaba el derecho de opción, ya que se mantiene incólume la posibilidad de los afiliados de obtener la cobertura prestacional de otras O.S. —distintas a la de su misma su rama, actividad u oficio— pero que se encuentran "prima facie" autorizadas y en condiciones para ser optadas en el ámbito territorial de la Provincia del Chaco (pág. 4)

De esta forma, se aclara que el derecho a opción de la Obra Social se mantiene incólume mientras se ejerza dentro del ámbito de competencia territorial que la misma haya establecido en su estatuto. Sostener lo contrario, implicaría que todas las Obras Sociales se encontrarían obligadas a brindar servicios en todo el territorio del país, incluso cuando sus recursos humanos y económicos no se lo permitan.

⁵⁴ Ley de Asociaciones Sindicales Nro. 23.551. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

⁵⁵ Ley de Obras Sociales Nro. 23.660. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

6. Conclusión

El objetivo fundamental de las reformas en materia sanitaria es lograr la equidad entre todos los miembros de la sociedad, garantizar las atenciones médicas básicas y el acceso a los sectores más vulnerables.

El puntapié inicial para ello, fue la consagración del Derecho a la Salud como un derecho constitucional, a la vez que avalado por los diversos tratados internacionales de los cuales la República Argentina es Estado Parte. A su vez, y para garantizar su protección se han habilitado así diversos procedimientos judiciales y se han expedido nuestros magistrados en pos de proteger tal derecho.

La actual organización del sistema de salud y la normativa vigente constituyen formas de cumplir con las obligaciones del Estado en pos de garantizar dicho derecho.

En tal sentido, las Obras Sociales han facilitado el acceso a sus servicios para que la mayoría de la población pueda acceder a sus prestaciones médico sanitarias. Sin embargo, la situación que recae sobre un gran sector de la población, como es el de las personas con discapacidades, los jubilados y pensionados, que han sido y son privados del Derecho a la Salud por los grandes problemas que sufren al intentar ser atendidos por profesionales médicos o acceder a un tratamiento médico, fuerzan a meditar sobre la gran responsabilidad que recae sobre el Estado y los procedimientos que deberá implementar de manera urgente para evitar que el Derecho a la Salud no se vea garantizado.

CAPÍTULO V: Los mecanismos para la Protección del derecho a la salud

Introducción

Antes de comenzar el abordaje del contenido principal del presente capítulo, se intentará esclarecer el concepto de Derecho a la Salud: éste –y guardando lógica con el sentido que la Organización Mundial de la Salud (OMS) imprime sobre él- suele tener un amplio alcance, y referirse no sólo al ámbito físico-corporal, sino también al de la psique y social (Peyrano: 2007).

La mencionada organización indica que “el derecho al “grado máximo de salud que se pueda lograr” exige un conjunto de criterios sociales que propicien la salud de todas las personas, entre ellos la disponibilidad de servicios de salud, condiciones de trabajo seguras, vivienda adecuada y alimentos nutritivos. El goce del derecho a la salud está estrechamente relacionado con el de otros derechos humanos tales como los derechos a la alimentación, la vivienda, el trabajo, la educación, la no discriminación, el acceso a la información y la participación. (OMS: 2015, p.1)

Aranguren (2015) argumenta que el Estado vela por el cumplimiento de los derechos de sus ciudadanos, no sólo de aquellos expuestos en su Carta Magna, sino también aquellos explicitados en los tratados internacionales firmados con otras naciones. Asimismo, la jurisprudencia demuestra la misma creencia, plasmadas en los pronunciamientos de tribunales locales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El derecho a la salud ha sufrido una transformación de gran envergadura desde fines del siglo XX. La metamorfosis padecida por el concepto provocó que su exégesis virara desde un derecho de tipo subjetivo, individual, de ‘primera generación’; a otro de ‘segunda generación’, fundamentalmente social, en el que no sólo interviene el estado sino el resto de la sociedad; para culminar su transmutación en un derecho de ‘tercera generación’- Este último, basado en la solidaridad, paz y cooperación- está ligado al desarrollo de la humanidad, y contempla factores económicos, políticos, sociales e incluso ambientales (Nucciarone: 2015).

1. Acciones Judiciales. Amparo

“El objeto de la acción de amparo es la preservación de la vigencia de los derechos tutelados por la Ley Fundamental”⁵⁶. De acuerdo con los expertos, en materia del derecho a la salud no existe una acción judicial más idónea, debido a la urgencia y rapidez del procedimiento.

Generalmente, los amparos de salud se desarrollan ante una omisión: esto es, la falta de accionar de parte de la empresa de medicina prepaga, el estado o una obra social. Cuando el sujeto en cuestión solicita una prestación médica que le es denegada y pone en severo riesgo la vida de una persona/s, o incluso afecta su calidad de vida, es posible anteponer este recurso.

Indudablemente, el Amparo es un derecho fundamental, y cobra especial relevancia en la materia que le compete a esta investigación. Tal como indica Nucciarone (2015),

“(…) éste es el derecho fundamental que uno mismo quiere proteger al contratar el servicio de medicina prepaga, y es éste el derecho fundamental que constantemente entra en jaque frente a los incumplimientos de las empresas de medicina prepagas. Incumplimientos que se encuentran representados en prácticas abusivas, negativas a la cobertura de determinados tratamientos, medicamentos, o bien la no actualización de la tecnología” (p.1)

Guillermo Peyrano (2007) ha indicado en múltiples oportunidades que el derecho a la salud es un “derecho con raigambre constitucional”⁵⁷ –plasmado en múltiples artículos de la Constitución de la Nación Argentina, entre ellos los 41, 42, 75 incisos 19 y 23, entre otros- indiscutible y personalísimo.

Sin embargo, la relevancia que este particular derecho tiene no sólo en la Carta Magna de nuestro país –así como también en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional- es importante recordar que dicho reconocimiento actual no siempre ha existido.

56 Revista de Derecho Procesal Civil y Comercial. Fecha: 20/03/2015 .Cita IJ-LXXVII-450. Amparo por Salud Mauricio Kalejman.-

57 Expresión que suele emplearse para aludir a ciertos derechos que se encuentran incluidos en los textos constitucionales.

“(…) el derecho a la salud, a diferencia de otros derechos sociales, no tuvo un adecuado tratamiento constitucional en Argentina. La primera referencia al derecho a la salud se encuentra en el texto de la reforma constitucional de 1957, en el artículo 14 bis, que lo menciona de manera indirecta al consignar que el Estado debe otorgar “los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable”, y el establecimiento de un “seguro social obligatorio”. Es decir no existe una garantía expresa a la salud como derecho, sino que la disposición se relaciona con la cobertura de contingencias sociales vinculadas a la inserción laboral formal y asalariada” (Abramovich, Pautáis: 2008, p.263)

Se comprende entonces –y gracias a la jurisprudencia- que este derecho trasciende la calidad de principio, para erguirse como un compromiso: el derecho a la salud “no forma parte simplemente de una declaración de derechos como principios de mera voluntad, sino que debe interpretarse como el compromiso del propio Estado a su tutela, dictando las normas necesarias y velando por su cumplimiento a fin de asegurar la real existencia de este derecho”⁵⁸. En efecto, la jurisprudencia ha establecido que

“la admisibilidad formal y procedencia del Amparo, resulta incuestionable, cuando el bien jurídico afecta la Salud del recurrente y el grave peligro que importaría mayores demora en las largas tramitaciones burocrática, determinan que el amparo es el único recurso idóneo al alcance del enfermo para la protección jurisdiccional de la preservación de la Salud”⁵⁹.

El gobierno nacional inexcusablemente puede evadir el acatamiento de las normas dispuestas: en orden de resguardar el derecho a la salud de sus ciudadanos, debe vigilar la ejecución efectiva de las leyes y tratados⁶⁰ (Aranguren: 2015).

58 Poder Judicial de la Nación. Acción positiva de los órganos del estado como garantes del sistema de salud. Compromisos internacionales explícitos. Leyes 23.660 y 23.661. La Plata, 24 de noviembre de 2009. R.S. 2 T .190 f. 128/129

59 Juz. Crim. N° 3, Mar del Plata 3/5/91 autos: “Navas, Leandro J. c/ Instituto de Obra medica Asistencial”, La Ley, 1991-D, 1979.

60 Especialmente éstos últimos, dado que tienen primacía sobre las Leyes de la Nación y jerarquía equivalente a la Constitución Nacional, sobre los cuales los jueces han de aplicar —asimismo— los principios acuñados por la Jurisprudencia a nivel internacional (tales como el *Principio pro homine*; *Principio de Progresividad*; *Interdicción de la Regresión en esta materia*; *Cumplimiento de un Mínimo*; *Posibilidad de Control Judicial*, *Operatividad como principio*; *Imposibilidad para los Estados Federales de excusarse alegando que se trata de una competencia local*) de estricta meritución por los jueces

Resulta menester no dar por sentada esta claridad normativa: en efecto, no se puede obviar el hecho de que las prestaciones relativas a la salud no alcanzan a la sociedad en su totalidad del mismo modo; y –por tanto- el acceso al derecho se encuentra limitado, restringido e incluso invalidado en una proporción considerable de la misma (Peyrano:2007).

Aranguren (2015) indica en este contexto que la cuestión tiene gran relevancia en la actualidad, lo que da lugar de modo irrevocable a un estado de constante e incesante judicialización de la problemática. Las restricciones en torno a la misma, la inoperancia de los agentes de salud, los problemas propios del contexto social, entre otra considerable cantidad de factores, fomentan el tratamiento de la cuestión y su creciente necesidad de resolución.

En este sentido, Peyrano (2007) argumenta que, al reconocer a la salud como un derecho y valor, cuya conservación no debe permitir ningún tipo de aplazamiento, se ha emprendido una ardua tarea de generación de mecanismos de protección judicial de carácter urgente y expeditivo. De este modo, el respeto por el derecho a la salud adquirirá un alto nivel de eficacia.

Sobre la protección del derecho en cuestión, vale decir en este punto que existen múltiples medidas judiciales. En una primera instancia se hará mención al sistema de medidas autosatisfactivas, que

“se trata de un proceso urgente, caracterizado por la inmediatez y la autonomía de la respuesta jurisdiccional, que se despacha –generalmente- *inaudita et altera pars*, y mediando una fuerte probabilidad de que los planteos procesales serán atendidos; de ahí que su procedencia se supedita a la verificación de los siguientes extremos: a) la acreditación de la existencia de un interés tutelable, cierto y manifiesto; b) cuya tutela sea imprescindible, produciéndose en caso contrario su frustración; c) que el interés del peticionante se circunscriba a la obtención de la solución urgente solicitada, y d) con exigencia de contracautela en caso necesario” (Domski: 2013, p.274)

Uno de los medios existentes a los fines de procurar la protección del Derecho a la Salud, es la Acción de Amparo, que se encuentra prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional. La misma establece que:

“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”⁶¹.

Las medidas de amparo en materia a la protección del derecho a la salud no cuenta con un procedimiento único y propio: sin embargo, tanto en términos de jurisprudencias como de doctrina, se ha aceptado su procedencia sin mayores inconvenientes.

En cuanto a la procedencia del amparo en cuestiones vinculadas a la protección del derecho a la salud, si bien no cuenta con un procedimiento propio, se ha aceptado su procedencia tanto jurisprudencial como doctrinariamente. “Tal doctrina, sentada en la

61 Constitución de la Nación Argentina. Ley N° 24.430 (sancionada en 1853 con las reformas de los años 1860, 1866, 1898, 1957 y 1994). Artículo 43. Sancionada: Diciembre 15 de 1994. Promulgada: Enero 3 de 1995.

“Asociación Benghalensis” y “Campodónico” son los dos pronunciamientos principales en la materia” (Domski: 2013, p.276).

Corbalán (2014) indica en su trabajo que el recurso de amparo es una inevitable “vía de acceso de la jurisdicción”, y su objetivo más primordial resulta en la protección de ciertos derechos: solo mediante la restitución de su ejercicio logrará su cometido. Evitar que estos derechos sean conculcados es vital para el sistema normativo: “(...) es de suma importancia para el fortalecimiento del Estado constitucional de derecho, puesto que a este modelo de Estado no sólo le resulta suficiente el reconocimiento de derechos fundamentales sino que estos también se tornen operativos, siendo crucial a tales efectos el acceso a la justicia” (Corbalán: 2014, p287).

Gran diversidad de objetos pueden ser sujetos del recurso de Amparo. Sin embargo, la temática referida a la salud conserva para sí una especial característica, dado que

“(...) ciertos casos presentan la particularidad de que el objeto del reclamo consiste en una prestación médica (un tratamiento, medicamento, aparato de tecnología médica, una práctica accesoria, etc.) que no se encuentra prevista en una ley especial o formando parte del Programa Médico Obligatorio⁶² —PMO—, v.g., en razón de "no estar contemplada en la normativa vigente y por no ser una prestación "médica" (Cantafio: 2015, p.63)

Comprendiendo los preceptos establecidos en el PMO, se comprende entonces que ha sido concebido como una suerte de “piso prestacional”, un régimen mínimo de asistencia médica que las obras sociales y empresas de medicina prepaga deben garantizar obligatoriamente, sin importar el tipo de cobertura o plan contratado.

Respecto al PMO, vale mencionar que

“Resulta moneda corriente que los Plantes Médicos Obligatorios no se encuentren debidamente actualizados. El avance de la medicina crece día a día a pasos

62 El Programa Médico Obligatorio (PMO) es una canasta básica de prestaciones a través de la cual los beneficiarios tienen derecho a recibir prestaciones médico asistenciales. La obra social debe brindar las prestaciones del Programa Médico Obligatorio (PMO) y otras coberturas obligatorias, sin carencias, preexistencias o exámenes de admisión.

agigantados y siempre se encuentran en el mercado nuevas drogas con mayor eficacia, las que generalmente no alcanzan a ser incluidas en los listados pertinentes.

Por lo tanto, se debe considerar que el PMO no es el límite sino la base a partir de la cual los prestadores de salud deben responder” (Hernández: 2015, p.2)

Lo establecido en el Programa Médico Obligatorio puede ser considerado como una disposición que afecta directamente el derecho a la vida y a la salud, el primer derecho de las personas garantizado en nuestra Carta Magna y los tratados internacionales con jerarquía constitucional.

Por lo general, la presentación de medidas de amparo han estado ligadas al incumplimiento de las practicas medicas básicas –previstas en el PMO-, y a la falta de provisión de medicamentos importantes, aun en los casos de enfermedades de extrema gravedad, dolencias que no admiten dilaciones en su cobertura y que generan la necesidad de su requerimiento por la vía judicial. (Aranguren: 2015).

La jurisprudencia demuestra infinidad de “(...) demandas contra las entidades prestadoras, originadas, no en la ausencia de la prestación, sino en la inadecuación, deficiencia o baja calidad de ella (incumplimiento relativo) (...) (existen) casos de admisión de amparos para la cobertura de tratamientos en centros de salud con suficiente experiencia en la patología (aunque no sean prestadores de la demandada) y con la debida idoneidad (...) (Cantafio: 2015, p.67)

El autor también menciona otro criterio de gran importancia en virtud del cual funciona el amparo, y que se vincula con la situación de urgencia o peligro inminente. En efecto, esta cuestión guarda correspondencia con el estado del paciente y su pronóstico: cualquier demora en el acceso a un medicamento, prestación o terapia puede suscitar una demanda para exigir la cobertura adecuada, con el fin de evitar el empeoramiento de la salud del paciente.

A nivel judicial, se ha enunciado que

El amparo es la vía adecuada para cuestionar la legalidad de la decisión de la empresa de medicina prepaga de cesar una afiliación con base en la mayoría de edad de la beneficiaria del servicio portadora asintomática del virus HIV., en tanto en el caso se

hallan comprometidos los derechos constitucionales a la vida y a la salud y no existiendo una vía procesal más idónea para su tutela.⁶³

Hacia fines de 2010, la Corte Suprema de nuestra Nación analizará uno de los primeros casos que vinculan la problemática de la salud y su solución a través del recurso del amparo.

A los efectos de esta investigación, se analizará el caso Campodónico de Beviacqua Ana c/ Ministerio de Salud y Acción Social⁶⁴. Aquí, el hijo de la parte actora sufre de una grave enfermedad congénita en su medula ósea, lo que terminó disminuyendo su sistema inmunológico. El tratamiento de su condición exigió el suministro de una droga provista por el Banco Nacional de Drogas Antineoplásticas, que depende del Ministerio de Salud de la Nación. Al momento que el organismo mencionado informa a la familia que no continuaría con la entrega del medicamento, se indica que el mismo debe ser otorgado por la obra social a la que se encontraban afiliados: OSPEDYC.

Dado que esta última tenía sus servicios suspendidos –y ante el riesgo que representaba la suspensión del tratamiento- la madre inició una acción de amparo contra el Estado Nacional, con el objeto de que éste garantice el suministro.

El juez de 1ª instancia admite la demanda, y confirma en su sentencia que “la preeminencia del derecho a la vida como primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la CN”, afirmando que “el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos encaminados a promover y garantizar la salud de la población y especialmente de los niños y no puede desligarse válidamente de esos deberes, so pretexto de la inactividad de entidades intermedias (públicas o privadas), máxime cuando todas ellas participan de un mismo sistema sanitario que el propio Estado debe controlar y coordinar en su funcionamiento”.

Es sobresaliente toda consideración sobre los instrumentos internacionales que poseen igual propósito que las medidas previamente mencionadas. En efecto, la normativa global respecto a la protección de la salud y la vida resulta elocuente. Así, tienen jerarquía constitucional –y abordan la temática- la Declaración Americana de los Derechos y Deberes

63 Del voto en disidencia del Dr. Saux-(C. Civ. y Com. Santa Fe, sala 1a, 11/08/1997, -A., P. L. v. N. M.- JA 2001-IV-628)

64 Que data de la fecha 24/10/2000. Fallos 323-3229- Public, J-A- 2001-1- 464.

del Hombre (art. XI); la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25); y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12).

Por otro lado, existen tratados internacionales que –aun sin gozar de jerarquía constitucional- si prevalecen sobre la ley argentina, y que se han convertido en exponentes del asunto. De este modo, se puede mencionar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, instrumentos que –conjuntamente con su protocolo facultativo- fue aprobado el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York, y permaneció abierto a su firma el 30 de marzo del año siguiente.

El artículo 25 de la misma establece que

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud.

El derecho se encuentra reconocido explícitamente en el artículo 10 del Protocolo Adicional de San Salvador de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Corbalán:2014).

2. Procedimiento Administrativo

Por lo general, cuando se introduce una medida de amparo contra una obra social o empresa de medicina prepaga, y el objetivo a corto plazo radica en obtener la cobertura de una prestación, existe la tendencia a demandar como ‘co-legitimado pasivo’ del Estado Nacional (Rodríguez: 2014)

Un amparo motivado por derechos vinculados a la salud debe ser presentado directamente contra la obra social en cuestión, dado que “(...) el vínculo subyacente, donde se efectiviza la omisión prestataria, se entabla entre el ente público no estatal o sujeto privado y el afiliado” (Rodríguez: 2014, p.4). La autora explica luego que ello se produce por dos razones:

- en primer lugar, porque –al ser personas jurídicas- no forman parte de la organización administrativa (pese a la delegación de ciertas prerrogativas de derecho público)

- en segunda instancia, “puesto que ya sea su responsabilidad prestacional subsidiaria o por su poder de policía en el control y fiscalización de la entidad, los extremos de la responsabilidad estatal por actividad ilícita, requieren de un amplio debate y prueba de imposible realización dentro del proceso expedito y rápido de amparo” (Rodríguez: 2014, p.6)

De acuerdo con lo establecido en el artículo 43 de la Carta Magna de Argentina, el amparo ostenta una serie de características distintivas. Las mismas pueden resumirse de la siguiente forma:

- 1.- En lo que refiere a la legitimación activa para promover dicha acción, el texto *ut supra* citado daría lugar a interpretar que cualquier persona puede interponerla.-
- 2.- La acción de amparo presenta las características de ser rápida y expedita, lo que significa que se trata de una vía procesal libre de todo tipo de obstáculos precisamente por la nota distintiva de ser de carácter urgente.-
- 3.- Es un remedio judicial que se utiliza siempre que no exista otro más idóneo, puesto que el amparo solo es procedente cuanto la utilización de otra vía resulta in-idónea para lo que se pretende tutelar.-
- 4.- Se aplica contra todo acto u omisión de autoridades públicas, es decir las acciones de los poderes del Estado.-
- 5.- Que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace derechos.-
- 6.- Con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta.- Es decir, que la vía judicial del amparo sólo será procedente cuando la arbitrariedad o ilegalidad del acto u omisión en cuestión resulta manifiesta luego de un análisis de los hechos y del derecho aplicable. Caso contrario, el amparo dejará de ser la vía más idónea para dar paso a otros medios procesales que podrán ser aplicables al caso.- (Canda: s.f.)

La acción de amparo es admisible en todo tipo de circunstancias, decisiones o autoridad, ya sea pública o privada, y exceptuando -por supuesto- la judicial. Puede ser utilizada en cualquier momento en que se considere que los derechos y garantías reconocidos a nivel constitucional puedan verse restringidos, afectados, alterados, lesionados o amenazados, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. El recurso es un proceso excepcional, que solo puede ser usado en una coyuntura particularmente extrema y delicada: en estos momentos, no se registran otras vías legales apropiadas, al tiempo que los derechos más fundamentales se ven afectados.

Sobre el procedimiento administrativo, vale aclarar que el artículo 321 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece las disposiciones sobre el mismo.

Será aplicable el procedimiento establecido en el artículo 498: 1) A los procesos de conocimiento en los que el valor cuestionado no exceda de la suma de pesos cinco mil (\$5000). 2) Cuando se reclamase contra un acto u omisión de un particular que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta algún derecho o garantía explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución Nacional, un tratado o una ley, siempre que fuere necesaria la reparación urgente del perjuicio o la cesación inmediata de los efectos del acto, y la cuestión, por su naturaleza, no deba sustanciarse por alguno de los procesos establecidos por este Código u otras leyes, que le brinden la tutela inmediata y efectiva a que está destinada esta vía acelerada de protección (...) ⁶⁵.

Por otro lado, el artículo 498 establece que:

En los casos en que se promoviese juicio sumarísimo, presentada la demanda, el juez, teniendo en cuenta la naturaleza de la cuestión y la prueba ofrecida, resolverá de oficio y como primera providencia si correspondiese que la controversia se sustancie por esta clase de proceso. Si así lo decidiese, el trámite se ajustará a lo establecido por el procedimiento ordinario, con estas requisitorias: 1) Con la demanda y la contestación se ofrecerá la prueba y se agregará la documental. 2) No serán admisibles excepciones de previo y especial pronunciamiento, ni reconvencción. 3) Todos los plazos serán de tres días, con excepción del de contestación de demanda, y el otorgado para fundar la apelación y contestar el traslado del memorial, que será de cinco días. 4) Contestada la demanda se procederá conforme al artículo 359. La audiencia prevista en el artículo 360 deberá ser señalada dentro de los diez días de contestada la demanda o de vencido el plazo para hacerlo. 5) No procederá la presentación de alegatos. 8 6) Sólo serán apelables la sentencia definitiva y las providencias que decreten o denieguen medidas precautorias. La apelación se concederá en relación, en efecto devolutivo, salvo cuando el cumplimiento de la sentencia pudiese ocasionar un perjuicio irreparable en cuyo caso se otorgará en efecto suspensivo.

65 Código Procesal Civil y Comercial. Texto actualizado con las modificaciones introducidas por el decreto-ley 8.689/77 y las leyes 10.072, 10.481, 11.173, 11.205, 11.443, 11.453, 11.511, 11.593, 11.874, 11.909, 12.141, 12.318, 12.357, 12.569 y 12.607.

Respecto a la cuestión referida a la caducidad, vale hacer mención al artículo 2º, inciso 'e', de la ley N° 16.986 (Ley de Amparo). La misma establece que el amparo no es admisible cuando (...) la demanda no hubiese sido presentada dentro de los 15 días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse (...).⁶⁶

Conclusiones

Tanto el derecho a la salud como a la vida son derechos fundamentales para todo ser humano, y son garantizados a través de diferentes instrumentos jurídicos. Entre ellos, vale mencionar la Constitución de la Nación Argentina, los Tratados Internacionales con y sin jerarquía constitucional, normas internas, jurisprudencia, y doctrina.

Sin dudas, puede afirmarse que el reconocimiento de la existencia de ciertos derechos fundamentales e inherentes a la calidad humana de las personas ha llevado a las autoridades y tribunales de todo el mundo a considerar su importancia e implementar medidas para promover su protección.

Para que los ciudadanos puedan gozar plenamente de los derechos contemplados, ha sido menester la implementación de un sistema jurídico procesal, que vele por el respeto de los mismos y la efectividad de lo dispuesto en las normativas. Es así que se ha dado lugar a los instrumentos garantes, tales como la medida de Amparo, que permite articular la tutela judicial de los derechos con el ejercicio de los mismos. Gracias a su puesta en marcha, el recurso en cuestión permite que los ciudadanos gocen de una mejor calidad de vida, con respeto y dignidad.

66 Ley 16.986. Ley de acción de amparo. Buenos aires, 18 de octubre de 1966. Boletín oficial, 20 de octubre de 1966

CONCLUSIONES

A través del estudio de las fuentes normativas que amparan el derecho a la salud, no sólo podemos localizar donde está ubicado dentro del sistema jurídico de normas, sino además, se puede apreciar la evolución normativa y la madurez de una nación que logra, luego de un cambio constitucional, a involucrarse en la protección de los derechos fundamentales. En lo que respecta al derecho a la salud en particular, se erige como factor de continuidad de la vida que, además de constituir inherentemente esta característica, posee también el valor agregado a la vida misma. Sin este valor, no sólo peligraría el hecho existencial de vivir, sino que sería imposible hablar de una vida “con calidad”.

El derecho a la salud no es protegido *per se* por su carácter subjetivos sino que el reconocimiento del mismo ha transitado un camino hacia la accesibilidad del mismo. Es menester resaltar que el derecho a la salud no es solamente- como se ha definido- el estado en el cual pueda hacerse exigible- ante el Estado, sus poderes constituidos y representativos en la materia, así como a las entidades privadas de medicina prepaga.- una armonía en el ámbito del desarrollo físico, mental e incluso social, sino que más allá; dicha exigencia va totalmente conexas con la posibilidad de que, en caso de no darse estos estadios de bienestar, pueda ser infringido gravemente el derecho a la vida el cual no solo se consagra en la Constitución Nacional, sino también en los Tratados Internacionales que poseen un rango equivalente a derechos constitucionales, los cuales hemos analizado a lo largo de este trabajo.

Por otra parte, es inminente la protección del Estado para con los usuarios o consumidores del subsector de salud privada, debido a que no solamente los clientes reclaman a éste la protección de sus derechos, sino que también el erario público debe distraer recursos destinados a pacientes sin cobertura de ningún tipo para atender patologías y daños a la salud de pacientes cubiertos por un seguro privado, en la medida en que este considere que contractualmente no le corresponde otorgar determinado tipo de prestación y decida negarle la cobertura.

Las estrategias destinadas a resolver estas cuestiones se están gestando orientadas hacia la implementación de mecanismos de tipo regulatorios. Aún con los esfuerzos del Poder Legislativo Nacional en pro de una regulación integral esto sigue siendo una política pendiente.

Los estudiosos tienen una postura unánime al sostener que les corresponde a las empresas de medicina prepaga efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas. Debe tenerse en claro que, si bien la actividad que asumen pueda representar determinados rasgos mercantiles, tienen por función la facilitación del acceso a los derechos fundamentales de vida, salud, seguridad e integridad de las personas por lo cual cumplen un rol social fundamental. El hecho de que estas empresas invoquen desconocer un contrato o manipulen sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley contraría su propio objeto, que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas.

En este sentido, lamentablemente destacamos que el abuso de la posición dominante es un hecho cotidiano en la actualidad, y sólo se logra revertir a través de la intervención estatal, con leyes que limiten o enumeren taxativamente las cuestiones que pueden o no formar parte del objeto de un contrato.

Esta injerencia estatal no sólo significa que debe interceder en los contratos ya convenidos, sino que debe constantemente actualizarse, reformarse y seguir creando leyes que protejan a las partes débiles y que regulen constantemente las nuevas formas de contratación que surgen con el pasar del tiempo.

Entendemos que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación no es suficiente para frenar el incumplimiento de las empresas de Medicina Prepaga, ya que consideramos que la normativa referente a la prestación de servicios de salud es de orden público y forma parte del Derecho Público.

La regulación de las obligaciones de las empresas de Medicina Prepaga debe ser entendida dentro del Derecho de Acceso a la Salud de todos los habitantes de la Nación, por lo cual la normativa de carácter privado resulta insuficiente para garantizar las prestaciones a las cuales se obligan dichos actores.

El subsistema de salud privada no debe entenderse como un circuito distinto de la salud pública, sino que son complementarios a los fines de asegurar el Derecho a la Salud de quienes requieren prestaciones de salud. Por ende, el control por parte del Estado debe ser riguroso a los fines de que el poder adquisitivo de los ciudadanos sea el factor que determine la accesibilidad al Derecho a la Salud. La existencia de ciudadanos “de primera” y “de

segunda” es una situación inaceptable frente a los compromisos internacionalmente asumidos por la República Argentina.

BIBLIOGRAFÍA

Normas y leyes:

Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), Declaración Universal De Los Derechos Humanos, 1948

Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 2200 A (XXI) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1966.

Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 2106 A(XX), Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, 1965.

Asamblea General de las Naciones Unidas, resolución 44/25, Convención sobre los Derechos del Niño, 1989.

IX Conferencia Internacional Americana, Declaración Americana De Los Derechos Y Deberes Del Hombre, 1948

Constitución de la Nación Argentina, originaria 1853, última reforma 1994

Código Civil y Comercial de la Nación

Ley 16.986. Ley de acción de amparo. Buenos aires, 18 de octubre de 1966. Boletín oficial, 20 de octubre de 1966

Ley de Asociaciones Sindicales Nro. 23.551. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley 24.240 de Defensa del Consumidor. Honorable Congreso de la Nación

Ley 24.455 de Obras Sociales (Promulgada: Marzo 1 de 1995)

Ley 23.660 de Obras Sociales (Promulgada: Enero 5 de 1989)

Ley 23.661 de Sistema Nacional del Seguro de Salud (Promulgada Enero 5 de 1989)

Ley 26.682 Marco Regulatorio de Medicina Prepaga (Promulgada: Mayo 4 de 2011)
Honorable Congreso de la Nación

Decreto Nro. 9/93 Opción de Obra Social.

Resolución Nro. 939/00 del Ministerio de Salud de la Nación

Resolución Nro. 314/04 de la Administración Nacional de la Seguridad Social

Anexo I de la Resolución Nro. 201/02 del Ministerio de Salud

Resolución Nro. 37/98 de la Superintendencia de Seguros de Salud.

Jurisprudencia:

Asociación de Esclerosis Múltiple de Salta c/ Ministerio de Salud — Estado Nacional s/ acción de amparo - medida cautelar. 18/12/2003 - Fallos: 326:4931

CSJN, N° 323: 3229, Campodónico de beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social, Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, 2000

Fallo Muller, Corte Suprema de Justicia Nacional, 1990

Cámara Nacional Comercial., Sala E, del 3 de abril de 1997 “De Oromi Escalada, Mariano c/ Galeno Previsión S.A s/ Sumario”

C.N.A.C, sala K, Giménez De Rueda, A. M. v. Asociación Civil del Hospital Alemán y otros s/daños y perjuicios. 21/2/1996 JA 1997 III 455

C.N.A.C., Sala C, Healy, Jaime Miguel c/ Vansal S.A. (U.A.I. salud), 14/12/2010, AR/JUR/9458/2010

C.N.A.C, Sala A, Cilla, Néstor Reinaldo c/ Galeno Argentina S.A. s/ Sumarísimo, 04/05/2011, AR/JUR/55688/2011

C.N.A.C, Sala K, V., A. H. c/ Sistema de Protección médica S.A., 01/02/2010, AR/JUR/4158/2010

C.A.C.T de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, Asociación Civil Hospital Alemán c/ Ciudad de Buenos Aires, 13/04/2004, AR/JUR/100/2004

C.A.C.C. de Junín, F.S.S.P.I.F c L.P.A y otros s/ cobro sumario de sumas de dinero, 10/07/2014, AR/JUR/31747/2014

C.S.J.N. Etcheverry, R. E. c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios, 13/03/2001 Fallo del 13.3.2001. L.L. 2001-B-687

C.S.J.N. Chamorro, Carlos c/ Sociedad Argentina de Autores y Compositores de Música s/ amparo, Sentencia del 01/04/2008. Fallos 331:453

CNCiv. y Com. Fed., Sala 2º, “L. V. V. y otros c. OSADEF y otros s/sumarísimo”. La Ley Online. Recuperado el 15/05/2016 de <http://laleyonline.com.ar//AR/DOC/2055/2015>

Juzg. Cont-adm. y Trib. Nro. 14 CABA, “D.G.F. c. OSBA s/ amparo”. La Ley Online. Recuperado el 16/05/2016 de <http://laleyonline.com.ar//AR/DOC/1843/2014>

CApel. Civ. y Com. Salta, Sala 3º, “G., A. I.; N., M. E. c. Instituto Provincial de Salud de Salta s/ amparo. La Ley Online. Recuperado el 16/05/2016 de <http://laleyonline.com.ar//AR/DOC/4262/2015>

CSJN, “Sindicato de Obreros de Estaciones de Servicios, Garages y Playas de Estacionamiento del Chaco c. Estado Nacional (ANSSAL) s/ acción de amparo y medida cautelar”, 12/01/2015. La Ley Online. Recuperado el 20/05/2016 de <http://laleyonline.com.ar//AR/DOC/596/2016>

Autores:

Abramovich, V.; Pautáis, L. (2008). *El derecho a la salud en los Tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina*. Salud colectiva v.4 n.3. Lanús sept/dic. 2008

Alegria, H. (2012) *Proyecto de Código Civil y comercial, derecho comercial y derecho concursal*, D.C.C.y E., Año III, N° 5

Aranguren, Beatriz E (2015). *Amparo de salud. Proyecciones actuales en el orden nacional y en la provincia de Entre Ríos*. Publicado en: DJ13/05/2015. Cita Online: AR/DOC/648/2015

Avalos, Eduardo, Derecho a la salud: Una visión desde la jurisprudencia, 2015

Bidart Campos, Germán José, la salud-bien jurídico-valor, en bioética entre utopías y desarraigos, Buenos Aires, 2002

Canda, Fabián Omar (s.f.). *Requisitos de procedencia de la acción de amparo individual*. Consultado el 9 de abril de 2016. Disponible en: http://www.gordillo.com/pdf_unamirada/12canda.pdf

Cantafio, F. (2015) *Amparos de salud: actualización en doctrina y jurisprudencia*. Revista de Derecho de Familia y de las Personas. Junio 2015, Editorial La Ley. AR/DOC/433/2015

Castro, B. y Casal A. (2006). *Regulación de la Medicina Prepaga* (s/d)

Chiappini, J.; Chiappini, J. E. (2015), *Código Civil y Comercial. Comentarios sumarios. Banco de Datos*. Rosario, FAS

Cifuentes, Santos E. (h.) (2009). *Derecho a la salud. Amparo*. Cobertura de prestaciones médicas. Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de Resistencia, sala II, L., A. E. S/acción de amparo. La Ley Online, AR/JUR/150/2009.

Damsky, I. A. (2006). *La construcción del derecho a la salud en Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos*. In Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico (pp. 161-206). Universidad Nacional Autónoma de México.

de Corbalán, M. V., & Samudio, M. (2014). *Clima organizacional de enfermería en los hospitales regionales del Instituto de Previsión Social*. Memorias del Instituto de Investigaciones en Ciencias de la Salud, 11(2), 41-54.

Garay, O. E.(2002) "*La medicina prepaga*", Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc

Garay, O. E (2014). *Fallo comentado: Swiss Medical S.A. s/ amparo de salud*. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala III. Publicado en: LA LEY 16/03/2015, 16/03/2015.

Gherzi, C. A; Weingarten, C; Ippolito S.(1999) *Contrato de Medicina Prepaga*, Buenos Aires, Astrea

Hernández, C. A. (2015). *El contrato por adhesión en el Código Civil y Comercial de la Nación* (s/d)

Hernández, V. (2015) *La acción de amparo, el derecho a la salud y la responsabilidad del Estado*. Diario Civil. Número 38. Publicado el 27 de julio de 2015. Consultado el 12 de abril de 2016. Disponible en:

<http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/08/Doctrina1711.pdf>

Hernández, C. (2015) *Relación de Consumo*, en *Tratado de Derecho del Consumidor* Tomo I, Buenos Aires, La Ley

Isaac Augusto Damsky, *La construcción del derecho a la salud en Argentina a partir de la internacionalización de los ordenamientos jurídicos*, 2006.

Kalejman, M. (2015) *Amparo por Salud*. Revista de Derecho Procesal Civil y Comercial. Cita IJ-LXXVII-450.-

Lapalma (2006), *Contenido del derecho a la salud*, Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario, Universidad Católica Argentina.

Laporta, Francisco J, *Are there any absolute Rights? Human Rights*. The University of Chicago Press, Chicago, 1982

Lloveras De Resk, María Emilia y otras, *Lecciones de Derecho Civil segunda edición, tercera reimpresión*, Córdoba, 1995.

Lorenzetti, R. L. (2009) *Consumidores*, 2da. Ed., Santa Fe, Rubinzal Culzoni

Luft, M. E. (2011) *El rol social que asumen las empresas de medicina prepaga en la relación de consumo como prestatarias del servicio de salud*, en *Régimen jurídico de la medicina prepaga* (2011), Medina, G. Buenos Aires, La Ley.

Luft, M. E. (2015). *El derecho a la vida y la relación de consumo*, (s/d)

Mac Donald, A. F. (2010). *Los consumidores y el servicio a la salud en la Argentina*. Recuperado de: www.microjuris.com.ar

Maraniello, P.A (2015). *El amparo en la argentina. Evolución, rasgos y características especiales*. Consultado el 5 de abril de 2016. Disponible en: <http://patriciomaraniello.com.ar/home/wp-content/uploads/2015/01/El-amparo-en-la-Argentina-MARANIELLO-CORRECCIONES-ACEPTADAS.pdf>

Medina, G. (2011) *Régimen jurídico de la medicina prepaga*, Buenos Aires, La Ley

Menossi, M.P; Olmo, J.P (2015). *La protección integral del derecho a la salud*. DFyP. Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II OSADEF y otro s/ sumarísimo.

Nucciarone, G.A. (2015). *El derecho de la salud, ¿en camino a ser una rama autónoma del derecho? Enfoque tridimensionalista*. Consultado el 26 de marzo de 2016. Disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/01/22/el-derecho-de-la-salud-en-camino-a-ser-una-rama-autonoma-del-derecho-enfoque-tridimensionalista-2/>

Nucciarone, G.A (2015). *Multiplidad de Amparos en búsqueda de la protección del derecho fundamental de salud en jaque*. Diario Civil N° 37-20.07.2015

Organización Mundial de la Salud (2015). *Salud y derechos humanos. Nota descriptiva N° 323* Diciembre de 2015. Consultado el 6 de Abril de 2016. Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs323/es/>

Orihuela, M.A (s/d), *Constitución Nacional de la República de Argentina comentada, Originaria 1853, última reforma 1994*, 4ta edición, La Ley.

Peyrano, G. F. (2007). *El derecho personalísimo a la salud y su protección*. Revista de la Colección de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario. Editorial El Derecho, Buenos Aires.

Peyrano, J. W (2012)., *Medida autosatisfactiva y tutela anticipada de urgencia* (s/d)

Peyrano, J. W. (2014), *La medida autosatisfactiva, hoy*, LL, Columna de opinión.

Rodríguez Traversa, M.L (2014) *Amparo contra Obras sociales: acerca de la improcedencia de demandar de manera directa al Estado Nacional*. 21 de Octubre de 2014. InfoJus

Sozzo, G. (2002) *Daños sufridos por consumidores (Jurisprudencia y cambios legislativos)* en *Derecho Privado y Comunitario*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni

Stiglitz, G., Hernández, (2015) C. *Tratado de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley

Stiglitz, R. S. (2015) *Cláusulas abusivas*, en *Tratado de Derecho del Consumidor*, Buenos Aires, La Ley.