

Curso Anual de Auditoria Medica - 2005

Monografía:

“El derecho a la salud y el incumplimiento de los prestadores”

Maria Cristina Conforti

Natalia Scaravilli

Silvana Martinuzzi

Mario Crespo

INDICE

| | | |
|----|---|----|
| 1. | <u>INTRODUCCIÓN AL DERECHO A LA SALUD</u> | 1 |
| 2. | <u>BREVE RESEÑA DE LA EVOLUCION LEGISLATIVA Y SUS CONSECUENCIAS</u> | 2 |
| 3. | <u>MEDICINA PREPAGA: FALTA DE REGULACION, DERECHO A LA SALUD E INCUMPLIMIENTOS PRESTACIONALES</u> | 4 |
| | A. <u>REGULACIONES VIGENTES</u> | 4 |
| | B. <u>CASOS JURISPRUDENCIALES</u> | 6 |
| 4. | <u>CONCLUSIONES</u> | 16 |

1. INTRODUCCIÓN AL DERECHO A LA SALUD

La Organización Mundial de la Salud la ha definido de la siguiente manera: "La salud no es algo puramente negativo, como si la salud, en general, consistiere en la simple exclusión de la enfermedad corporal y de las tareas físicas, como si la salud mental, en particular, no significara otra cosa que la ausencia de toda alienación o anomalía. La salud comprende positivamente el bienestar espiritual y social de la humanidad y, por este título, es una de las condiciones de la paz mundial y de la seguridad común." Con ello podemos concluir que la salud es una integración tanto de bienestar físico y mental, como de bienestar social.

Hasta la mitad del siglo XX, la atención médica en la República Argentina se ha venido prestando básicamente a nivel estatal, a través de la asistencia en Hospitales Públicos y centros de salud. Esto cambió en nuestro país a mediados del siglo XX con la Constitución del 49, que introdujo cláusulas económicas y sociales, y si bien se aplicó durante un lapso breve, indujo a la llegada del Art. 14 bis con la reforma de 1957.

Es una creación, relativamente moderna, originada en el "Constitucionalismo Social", corriente que, a principios del siglo XX agregó a los tradicionales derechos "del hombre y del ciudadano" (vida, libertad) y económicos (propiedad, circulación, trabajar, ejercer industria lícita, etcétera), otros de naturaleza distributiva como "salario justo", "huelga", "vivienda digna" y "seguridad social". Por esta vía se instala el "Derecho a la Salud", comprendido como una de las especies del género de los derechos sociales.

Es dable resaltar que "del constitucionalismo clásico o moderno al constitucionalismo social media todo un cambio en la sociedad y se registra una doble transformación a nivel del Estado y a nivel de los derechos de las personas: a) del estado abstencionista se paso al Estado intervencionista, y b) se complementaron los derechos individuales con la incorporación de derechos sociales y económicos."¹

Hoy el derecho a la salud se encuentra expresamente enunciado en el Art. 42 de la Carta Magna, incorporado con la reforma constitucional de 1994, el que reza en su primer párrafo: "Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno". La cláusula hace referencia al derecho a la salud emergente de la relación de consumo y del uso de bienes y servicios." La norma trata de evitar menoscabos que pueden producirse en el consumidor a causa de bienes o servicios de mala calidad. Es evidente que el Estado debe actuar con toda diligencia cuando corra peligro la salud o la seguridad de las personas, tratando también de llevar armonía al mercado y evitar contrataciones abusivas."²

Este Derecho a la Salud es recogido en varios Tratados Internacionales a los que nuestro país ha adherido y que contienen jerarquía o supremacía constitucional a través del Art. 75 inc. 22. de la C.N. que los menciona expresamente, y al Art. 31 del C.N. que establece que la Constitución Nacional, las leyes de la Nación y los tratados con potencias extranjeras son la ley suprema. Ello no solo significa que otras normas de inferior gradación jerárquica no podrán contradecirlas sino también que los actos de Estado y de los privados deberán amoldarse a ellas.

Entre los Tratados Internacionales pueden mencionarse:

¹ Helio Juan Zarina, Constitución Argentina Comentada y Concordada, Comentario del Art. 14 bis.

² Helio Juan Zarina, Constitución argentina Comentada y Concordada, Comentario del Art. 42.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948) dice en su Art. 11: "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 de la comunidad". Y en su Art. 7 versa sobre el derecho de protección a la maternidad y a la infancia.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948) reza en su 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...".

El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Asamblea General de las Naciones Unidas, New York, 1966. Aprobado por la República Argentina en 1986) dice en su Art. 12: "Los Estados parte en el presente pacto, reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

La Declaración de Derechos del Niño y la Convención de los derechos del Niño (arts. 6, 23, 24 y 26) establecen el derecho al desarrollo saludable y normal y a crecer y desarrollarse en buena salud.

Declaración Sociolaboral, suscripta en 1998 en Río de Janeiro, en una reunión cumbre del MERCOSUR, en ella se reconoce a la salud y seguridad en el trabajo.

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, Art. 20: "Se garantiza el Derecho a la Salud integral... Se aseguran a través del área estatal de salud... las acciones de... atención y atención gratuitas... Se entiende por gratuidad que las personas queden eximidas de cualquier pago directo...".

En síntesis, podemos observar una constitucionalización del derecho a la salud a partir de la reforma de 1994 y un gran interés por parte del Estado al asumir compromisos internacionales con la aprobación de los tratados internacionales que versan, entre otros temas, sobre la materia a que se refiere este trabajo. El Estado tiene la obligación, tal como lo menciona el PDESC, de adoptar todas las medidas tendientes a alcanzar el más alto nivel posible en materia de salud. Esto está estrictamente relacionado con el principio de progresividad, debe tenderse a la plena realización de este derecho. Por otra parte, debemos tener en cuenta en este análisis que la obligación del Estado de dar cumplimiento a estas normas queda supeditada a la real asignación de presupuesto en materia de salud. La situación que atraviesa nuestro país tanto en materia económica como social, hace que se frustre el cumplimiento de las obligaciones internacionales asumidas. Pero a pesar de ello, aunque los recursos asignados sean escasos o insuficientes, el Estado debe garantizar que ha adoptado todas las medidas tendientes a garantizar el derecho a la salud.

2. BREVE RESEÑA DE LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y SUS CONSECUENCIAS

Las Obras Sociales han sido las primeras prestadoras de medicina en todo el país, y a raíz de la insuficiencia y crisis de la política hospitalaria nacional y provincial, fue cubriendo en favor de sus trabajadores afiliados la cobertura de salud.

La misma, se extendió en forma privada a prestadores que carecían del formato legal de las obras sociales, pero que venían a prestar la misma cobertura de salud.

La ley 23.660, crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud, colocando como principales agentes del mismo a las Obras Sociales y a las Asociaciones de Obras Sociales, a las que las coloca bajo

la supervisión de la Administradora Nacional de Servicios de Salud (ANSSAL) que mas tarde seria reemplazada por la Superintendencia de Servicios de Salud, creada por el decreto 1615/96.

En el año 1995 se sanciona la ley 24.455 que establece las prestaciones mínimas y obligatorias para los casos de las patólogas de SIDA y/o enfermedades intercurrentes, y adicciones a los estupefacientes, reglamentada por el Decreto 580/95.

En fecha 17 de mayo de 1996, toma cuerpo el proyecto presentado por la comisión redactora del Programa de Salud, aprobado por el Ministerio de Salud y Acción Social, a través de la Resolución N° 247/96, que describe las prestaciones mínimas y obligatorias para los Agentes del Seguro de Salud, que entrarían en vigencia a los 180 días de su publicación en el Boletín Oficial. Esta resolución es la clave del mínimo contenido prestacional de las obras sociales, y de las empresas de medicina prepaga, tal como se describe continuación.

La ley 24.754, publicada en el Boletín Oficial el 2 de enero de 1997, obliga a prestar a partir del 2 de abril de 1997 una cantidad de prestaciones medicas, que antes no se encontraban obligadas a prestar las empresas de medicina prepaga.

Esta ultima ley es sumamente resistida por dichas empresas, puesto que ha equiparado sus obligaciones prestacionales a las de las obras sociales y asociaciones de obras sociales, agentes del seguro de salud, quebrando la ecuación financiera prestacional a la que estaban acostumbradas, hasta su entrada en vigencia.

Tanto las obras sociales como las empresas de medicina prepaga, fueron hasta ahora concientes de los vacíos normativos, contractuales y legales como de las zonas grises en materia prestacional a las que se encontraban sometidos.

En el año 2000 el Ministerio de Salud de la Nación creó el Programa Médico Obligatorio (PMO) mediante la Res 939/00. Señalaba el Ministro de Salud que: "Es una política de Estado en Salud la determinación de un conjunto de servicios de carácter obligatorio como piso prestacional por debajo del cual ninguna persona debería ubicarse en ningún contexto".

En Marzo del 2002 se dicta el decreto N° 486 que declara la emergencia sanitaria nacional en virtud de la situación economico financiera, y por ende social, que atravesaba nuestro pais.

El Decreto establece en su art. 18: "Facúltase al MINISTERIO DE SALUD para definir, dentro de los TREINTA (30) días de la vigencia del presente, en el marco del Programa Médico Obligatorio (PMO) aprobado por Resolución del citado Ministerio N° 939 del 24 de octubre de 2000 y sus modificatorias, las prestaciones básicas esenciales a las que comprende la emergencia sanitaria. A esos fines se considerarán prestaciones básicas esenciales las necesarias e imprescindibles para la preservación de la vida y la atención de las enfermedades, las que deben garantizar como prioridad el SISTEMA NACIONAL DEL SEGURO DE SALUD y el INSTITUTO NACIONAL DE SERVICIOS SOCIALES PARA JUBILADOS Y PENSIONADOS, mientras subsista la situación de emergencia". A raíz de este decreto, el Ministerio de Salud firmó la Resolución N° 201 en el mes de Abril del mismo año que establece el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE) integrado por el conjunto de prestaciones básicas esenciales garantizadas por los Agentes del Seguro de Salud comprendidos en el artículo 1° de la Ley N° 23.660.

De la simple lectura del decreto 486/02 y de la Resolución del Ministerio de Salud 201/02, se advierte que el derecho a la salud queda reducido a una declaración vacía de contenido, dado que el nuevo PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO DE EMERGENCIA (en adelante PMOE) anula casi de raíz una de las fases de la atención integral de la salud, como es la prevención.

Se observa que la falta de medidas de prevención no sólo redundan en desmedro de la salud de la población, sino que también constituye una lesión a los intereses del Estado, en tanto la

protección de la salud de una población enferma requerirá inversiones muy superiores, que atentarán contra el mismo objetivo que el Decreto declara perseguir.

No puede compararse el gasto que demanda la recuperación de la salud -que además conlleva una sobrecarga de sufrimiento en las personas afectadas- con el que requieren las medidas de prevención.

En síntesis, el nuevo decreto permite que el estado reduzca ciertos estándares de salud, tanto de Atención Primaria, Secundaria, Plan Materno Infantil, Consultas médicas domiciliaria, Salud Mental, Odontología, el régimen de los Medicamentos y algunas prestaciones que figuran codificadas en NN.

3. MEDICINA PREPAGA: FALTA DE REGULACION, DERECHO A LA SALUD E INCUMPLIMIENTOS PRESTACIONALES

Hasta los '70 la actividad desarrollada por las empresas de medicina prepaga (EMP) era considerada como marginal al sistema de salud, pero dado su crecimiento y expansión, hoy es innegable que forma parte integrante de mismo. Un punto relevante de toda esta problemática es que las EMP nunca fueron alcanzadas por ninguna regulación de índole sanitaria.

Por ello, desde los ámbitos de generación de políticas de salud comenzó a verse la necesidad de actuar sobre un sector cuya existencia tiene hoy no solo una amplia repercusión sobre la salud de la población, sino también sobre los restantes subsistemas, ya sea por acción o por omisión.

a. REGULACIONES VIGENTES

La mayoría de la población cuenta con la cobertura de algún sistema de seguro médico. Según los datos del último Censo Nacional de Población y Vivienda, 52% de los argentinos tiene cobertura privada o de las obras sociales, mientras que el 48% debe recurrir al hospital público como única alternativa.

A pesar de que pasaron ya cuatro décadas desde que se introdujo el sistema de las prepagas en el país, todavía no hay ninguna legislación que las regule, quedando comprendidas bajo la ley de defensa del consumidor. Al mismo tiempo, las obligaciones tributarias son muy desparejas en relación con el seguro social y el impuesto al valor agregado tuvo diferentes grados de aplicación en un período muy corto.

Otro punto crítico del sector es el Programa Médico Obligatorio (PMO). Hasta el dictado de la Ley 24.754, que obligó a las empresas a cubrir las prestaciones consignadas en el PMO, estas brindaban servicios de cobertura que incluían mayor o menor cantidad de prestaciones según lo estipulado en el contrato firmado con el usuario. Pero a partir de ese momento, las empresas se vieron obligadas a brindar como mínimo la cobertura comprendida en el PMO.

El PMO obliga a las prepagas a cubrir por lo menos las mismas prestaciones que las obras sociales. Vigente desde fines de 1996, este régimen comprende la atención primaria, incluida la materno-infantil y las enfermedades oncológicas, a través de médicos de cabecera y especialistas. El PMO establece también que desde el momento de la afiliación el beneficiario está cubierto en su atención médica, ya que no pueden existir períodos de carencia o exclusiones. A pesar de ello, las prepagas suelen excluir de su menú de atención la toxicomanía, la geriatría, los trasplantes o el SIDA. Y es justamente en este punto donde queremos detenernos.

Sin una regulación específica para el sector, a partir de la sanción de la mencionada Ley, los usuarios apelan ante las oficinas de defensa del consumidor y logran, en general, resultados favorables de cobertura.

Desde el sector empresario señalan que el problema es que el PMO debe ser aplicado tanto por las obras sociales gremiales como por las prepagas, cuando estas últimas no reciben subsidios del Estado a través del Fondo de Distribución Solidaria.

La medicina prepaga, a diferencia de las obras sociales, se basan en un contrato individual que no incluye el principio de solidaridad, no está exenta de impuestos y no tiene financiación estatal.

En la medicina prepaga los precios que se estipulan en cada uno de los planes ofrecidos están basados en cálculos actuariales sobre el riesgo de cada individuo. En las obras sociales se establece un sistema por el cual el afiliado aporta una parte de su salario, sin tener en cuenta variables como la edad o la cantidad de familiares a cargo del titular.

Las empresas de medicina prepaga son administradoras de recursos destinados a la salud. Los asociados contratan un plan de cobertura médica con una gama de servicios y se comprometen a pagar una cuota periódica fija. La compañía debe administrar esos recursos, adjudicándolos a cada paciente de acuerdo con su necesidad y con el tipo de plan contratado. Se trata de entidades privadas y, mayoritariamente, con fines de lucro.

En cambio, las obras sociales son entidades de derecho público no estatal, y no tienen fines de lucro. También son diferentes en el sistema de afiliación: en las obras sociales es compulsiva, mientras que en las prepagas, en tanto servicio privado, es voluntaria. Los recursos económicos de las obras sociales provienen de los aportes de empleados, mientras que los recursos de las prepagas provienen del pago de las cuotas de sus asociados, que se relacionan con el nivel de cobertura del plan elegido. Existe en los sistemas prepagos un estricto régimen de admisión. El ejemplo típico es que no se cubre ningún parto con menos de nueve meses de antigüedad. En las obras sociales, el trabajador y su familia tienen derecho a las prestaciones desde el momento mismo en que se le realiza el descuento correspondiente.

Por todo esto, las empresas de medicina prepaga han manifestado su oposición a cumplir con el PMO, por un tema de costos. Y si bien el PMO fue considerado desde el inicio como un piso, o como indicó el Banco Mundial como un “paquete de prestaciones básicas”, para las empresas de medicina prepaga es en realidad un techo.

Al respecto, Philip Musgrove (Banco Mundial) señaló: “lo más difícil es balancear las tareas de protección al consumidor con las necesidades de proteger adecuadamente la estabilidad y la viabilidad financiera y técnica de las empresas que venden o administran los seguros”. Luego agregó: “el problema es hasta donde proteger al consumidor sin forzar la quiebra de la empresa y hasta donde proteger a la empresa sin explotar al consumidor”. Por esto, se requiere la existencia de una ley adecuada de regulación de medicina prepaga.

Una variable clave para aumentar la competencia sin debilitar el sistema en su conjunto es establecer un menú de prestaciones (el PMO) sostenible. De hecho, a medida que se aumenta la cobertura, se está concentrando el mercado, ya que serán menos los ofertantes que podrán competir. El PMO debe ser revisado y redefinido, no una vez, sino de forma periódica y sobre fundamentos epidemiológicos (incluir la cobertura de las principales enfermedades prevalentes), garantizando su sostenibilidad actuarial (evaluar los riesgos que involucra cada prestación para cada grupo etario) y estableciendo prioridades de inclusión a través de criterios de eficiencia (medir el impacto de la inclusión de cada prestación en términos de carga de morbilidad y costos, para luego ordenarlas según su importancia).

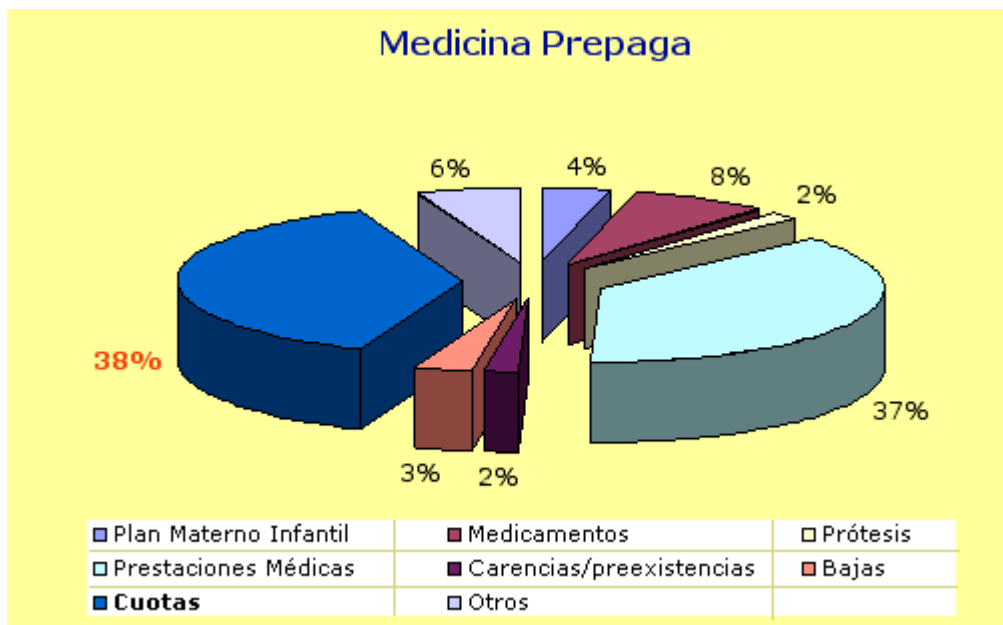
Pero por el momento, sin la existencia de una legislación que establezca un marco regulatorio donde deben actuar estas empresas, la forma de custodiar engaños o “letras chicas” es la autoridad que emana de de la Secretaría de Defensa del Consumidor. Los reclamos de los usuarios son una verdadera preocupación para las compañías.

Por otra parte, cuando los beneficiarios recurren a la justicia, los jueces suelen otorgar derechos amplios para que se les provea una prestación o un medicamento que esta acotado por el programa médico obligatorio o por considerar el asegurador que no es costo efectivo como para financiarlo. Los jueces suelen actuar en este caso con una marcada benevolencia y al mismo tiempo ignorancia sobre las restricciones económico financiera del sistema y lo que es más grave aún sobre las características de funcionamiento del mismo.

El organismo encargado de sancionar a las empresas de medicina prepaga cuando no cumplen es la Subsecretaría de Defensa del Consumidor. Este organismo tiene poder sancionatorio en caso de arbitrariedad, ilegalidades y falta de cobertura. En los casos de falta de información, engaños o incumplimientos de aspectos comerciales, se aplica la Ley del Consumidor 24.240 y cuando surgen problemas de cobertura se aplica la ley 24.754. Rige una combinación de ambas leyes.

Cuando se realiza una denuncia, se hacen audiencias de conciliación y si no se llega a un acuerdo se aplica una multa. Pero son casos puntuales. Lo que se requiere es una ley específica que salga a poner claridad en el sector.

Durante los meses de enero y febrero de 2005, Defensa de la Competencia recibió 1.545 reclamos por abusos o incumplimientos de las prepagas.



b. CASOS JURISPRUDENCIALES

C. Nac. Com., sala C, 25/02/2005 - Boscolo, Elsa v. Hospital Alemán. (Expediente: 120.891/2001)

Del voto del Dr. Di Tella:

"La actora promueve acción de amparo contra Asociación Civil Hospital Alemán, a fin de que se le brinde a su hija la atención médica necesaria por encontrarse ésta embarazada y próxima al momento del parto. Basa su pretensión en que siendo ella y su hija, desde su nacimiento, asociadas al de ese hospital, al quedar la menor embarazada en forma imprevista, se le negó la cobertura por no encontrarse cubierta por el "Plan Maternal" y que pese a ofrecer abonar los 10 meses de "tiempo de espera" para acceder al mismo no obtuvo que ello fuese aceptado por la demandada, quien a su vez le propuso derivarla al Hospital de Clínicas, alternativa que no aceptó. Invoca en su apoyo la resolución 247/96 del Ministerio de Salud y Acción Social que aprueba el Programa Medico Obligatorio (PMO) para los Agentes del Seguro de Salud..."

"Entiende que si bien el Hospital Alemán es privado, su función no deja de ser pública por tener como misión esencial la protección de la salud y que por ello el establecimiento debe "dejar el comercio", no exigiendo requisitos como el de pertenecer al Plan Maternal 10 meses antes del embarazo. Peticiona en concreto que la demandada cubra todos los gastos, honorarios, material descartable que necesite en el parto su hija menor, ya sea por vía natural, inducido o cesárea, como así también la inmediata atención que necesite su hija..."

"La accionada contesta la demanda impetrada en su contra solicitando el rechazo de la acción de amparo, con imposición de costas. Previas consideraciones sobre lo normado por el Manual General del Plan Medico del Hospital Alemán, el Reglamento General del Plan Medico y el denominado Programa Medico Obligatorio, manifiesta que la actora no puede desconocer cuál es la cobertura con la que cuenta su hija, toda vez que de la aplicación de las normas invocadas por su contraria no resulta obligatoria la cobertura requerida, habida cuenta que no es un Agente del Seguro de Salud, y que la accionante no contaba con cobertura por maternidad al no ser adherente titular ni haber optado por el beneficio "Cobertura Especial de Maternidad" establecido en el acápite denominado Beneficios del Reglamento General..."

"En efecto la pretendida expresión de agravios no consiste, a mi entender, en una "crítica concreta y razonada" de las conclusiones del fallo recurrido..."

"La queja no alcanza a torcer las consideraciones que hace la primer sentenciante respecto de la ley 24754, por la que la prestación de servicios de la medicina prepaga a cargo de empresas o entidades privadas debe cubrir en sus planes de cobertura médica asistencial las prestaciones mínimas obligatorias dispuestas para las obras sociales a través del Programa Medico Obligatorio..."

Por ello, la Camara declara desierto el recurso interpuesto por la Asociación Civil Hospital Alemán y confirma el fallo de primera instancia con costas a la vencida.

C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., sala 1ª, 22/06/2004 - Centro de Educación Médica e Investigaciones Clínicas Norberto Quirno v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

Del voto del Dr. Centenaro:

"Las presentes actuaciones se inician ante una denuncia efectuada el 15/3/2001 por Juan Podcaminsky contra CEMIC, por presunta infracción a la ley 24240 en la Dirección de Defensa del Consumidor, al denegarle a este afiliado la cobertura del 100 % del valor de la insulina y el 70 % de las tiras reactivas. Éste es insulino dependiente desde hace aproximadamente 18 años y se atiende en el CEMIC desde muchos años antes de que se le declarara la enfermedad. Al tomar conocimiento de que las obras sociales estaban anoticiando a sus afiliados la entrega de medicamentos con un 100 % de descuento para una nómina de ellos, entre los cuales figuraba la insulina, se comunica, por nota del 18/1/2001, con la recurrente solicitando le informara su determinación sobre la citada ley, ya que al no proceder de la misma forma que las demás instituciones lo afectaría en cuanto al costo de permanencia en una u otra entidad..."

"La denunciada le contesta, el 6/2/2001, que no le correspondía ni contractual ni legalmente la cobertura del 100 % de los medicamentos para el control de la diabetes. Aclara que la resolución 301/99 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación dispuso la inclusión del "Programa Nacional de Diabetes" dentro de las Prestaciones Médicas Obligatorias (PMO) en vigencia para las obras sociales y no aplicable a las empresas del sector privado. Manifiesta que la unilateral modificación de los contratos de medicina prepaga que la apelante celebrara con sus afiliados, que tuvo lugar en virtud de la ley 24754, obliga a las entidades que prestan estos servicios a incluir en sus planes las mismas prestaciones mínimas que brindaban en ese momento las obras sociales, con lo cual se amplió la cobertura mínima a lo dispuesto por la resolución 247/96 del Ministerio de Salud y Acción Social, vigente en el mes de marzo de 1997. Aduce que atento a esta normativa cubre el 50 % del costo de los medicamentos diabéticos requeridos por el denunciante. Agrega que la ley 24754 no designa al Ministerio de Salud y Acción Social como entidad rectora de las empresas privadas de medicina prepaga, ni tampoco le otorga facultades para ampliar en el futuro la cobertura mínima obligatoria que dichas entidades privadas deben dar. Finalmente, concluye que la circunstancia de incluir desde mayo de 1999 a los insumos para el control y tratamiento de la diabetes dentro del PMO, sólo implica que resultará obligatoria la cobertura del 100 % de los mismos para aquellas entidades que están sometidas a las decisiones de este organismo público (Obras Sociales)..."

"La parte apelante cuestiona la imposición de la multa por encontrarla responsable de la infracción al Art. 19 de la ley 24240. Ésta manifiesta que siempre ha respetado los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias que surgen del contrato de prestación de servicios médicos. Sostiene que CEMIC se compromete a brindar asistencia médica al afiliado dentro de las condiciones detalladas en el Reglamento General y en cada Plan de Afiliación en particular. Agrega que en el Reglamento se incluyen las ampliaciones a la cobertura dispuestas por la ley 24754, limitándolas a lo establecido en la resolución 247/MSAS/96. Destaca que en sus enunciados no se incluye la ley del diabético posteriormente reglamentada. Aduce que la relación contractual entre él y el denunciante se rige por el principio de autonomía de la voluntad y libertad de contratación, debiendo encuadrarse dicha convención en lo dispuesto por el Art. 1197 del CCiv. y en el derecho privado patrimonial. Contradice la calificación de las cláusulas contractuales como de adhesión al considerar que en el caso no se dan los presupuestos para que esa doctrina sea aplicable. La parte recurrente añade que toda delimitación de los riesgos a cubrir por los planes de salud es una facultad del ente organizador del sistema, y constituye una característica propia de la medicina prepaga, que contiene rasgos aseguraticios. Concluye en que no cabe duda que el obrar del CEMIC fue contractualmente correcto y conformado a la legislación vigente en su recta apreciación para nada abusivo ni contrario a derecho..."

"El segundo planteo se refiere a la afirmación de la administración que la parte apelante habría incumplido con las prestaciones obligatorias que le impondría la ley 24754, interpretando incorrectamente el alcance de la norma y buscando trasladar al CEMIC ciertas obligaciones que son propias del Estado. Interpreta, con respecto a la ley 24754, que el legislador se refirió a las prestaciones obligatorias que en aquel entonces estaban dispuestas y no a lo que en el futuro se dispusiera sobre el particular. Agrega que si hubiese querido establecer una obligación diferente o más amplia, debería haber utilizado un adjetivo más preciso u otro tiempo de verbo donde se defina un ámbito temporal más extenso. Asume que la ley pretendió que las entidades de medicina prepaga brindaran las mismas prestaciones medico asistenciales mínimas que en aquél entonces otorgaban las obras sociales a sus afiliados. Estas eran determinadas por la resolución 247/MSyAS/96 que aprobaba el Plan Medico Obligatorio. Añade que la ley 24754 no mencionó a la ley del diabético (ley 23753) dentro de su texto, siendo que la misma era anterior a su dictado, concluyendo que no la incluyó dentro de la cobertura mínima obligatoria para el sector de la medicina prepaga. Si bien reconoce que la ley 24754 es imperativa, no es de orden público. Advierte que no se lo puede obligar a otorgar la cobertura reclamada cuando existen obras sociales que únicamente mediante fondos de redistribución o subsidios estatales, a los que la parte recurrente no tiene acceso, la pueden brindar..."

"La ley 24754 determina la obligación de las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga de cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura asistencial las mismas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales por las leyes 23660, 23661 y 24455 y sus respectivas reglamentaciones. El PMO, se define como el régimen de Asistencia Obligatoria para todas las Obras Sociales del Sistema de la ley 23660 y 23661. Todos los Agentes del Seguro involucrados en las mencionadas leyes deben asegurar a sus beneficiarios o a través de efectores contratados que se garanticen las prestaciones de prevención, diagnóstico y tratamiento médico y odontológico. No pueden establecerse períodos de carencia, ni coseguros o co-pagos, fuera de lo expresamente indicado en este PMO. La atención primaria debe contemplar los programas generales de promoción y prevención, en coincidencia con los implementados por la autoridad de aplicación jurisdiccional (conf. Esta sala in re "Agencia Adventista de Desarrollo y Recursos Asistenciales v. GCBA s/ Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", expte. 125/0, de fecha 16/10/2003)..."

"Ahora bien, con fecha 24/10/2000 se aprueba la resolución 939/2000 , que reforma el Programa Médico Obligatorio aprobado por la resolución 247/96. El Art. 7 establece que: ... Se mantiene a cargo de los Agentes del seguro la cobertura de medicamentos establecida en otras normativas vigentes: -resolución 301/99 MS y AS. Cobertura de insulina (100 %) antidiabéticos orales (70 %) y tiras reactivas (400 anuales)..."

"No puede dejar de soslayarse que una vez que el Programa Médico Obligatorio es modificado por uno nuevo, éste altera las prestaciones que tenían las partes. En consecuencia, a la luz de la ley 24754, el CEMIC estaba obligado, al momento en que el consumidor le solicitó información sobre la cobertura de medicamentos, a cubrir las prestaciones mínimas incluidas en el Programa Médico Obligatorio impuesto por la resolución general 939/2000 del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación..."

"De lo manifestado precedentemente se desprende que CEMIC ha infringido la obligación establecida en el Art. 19 de la ley 24240, el cual establece el deber de quienes presten servicios de cualquier naturaleza, de respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, reservas y demás circunstancias conforme a los cuales habían sido ofrecidos, publicados o convenidos..."

"A mayor abundamiento, la parte denunciada añade que si lo sostenido por la autoridad de aplicación fuera correcto de acuerdo al Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE) vigente desde el 2001, la cobertura de la diabetes es realizada por las Obras Sociales por medio del Fondo de Redistribución o con subsidios estatales (conf. Art. 7.5 de la resolución M.S.P. 201/2002) beneficios que no son extensibles a la medicina privada..."

Sin pretender emitir opinión sobre el contenido del PMOE traído a colación por la parte recurrente, esta sala ha manifestado in re "Total Medica S.A. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ Otras causas con trámite directo ante la Cámara de Apelaciones", expte. RDC 161/0, de fecha 4/3/2004, que "... la circunstancia de que las obras sociales puedan recurrir a subsidios para cubrir el costo de las prótesis e implantes no cancela el deber de las empresas de medicina prepaga de afrontar tales gastos. Aquí es preciso tener en cuenta que las obras sociales están sujetas a una regulación muy estricta, conf. Ley 23660, donde se establecen diversos requisitos y exigencias relativos, entre otros aspectos, al destino de sus gastos administrativos (Art. 22), a sus reservas y disponibilidades (Art. 23), encontrándose también sujetas a un severo sistema de control y sanciones. Dichas entidades, además, son consideradas como los agentes naturales del sistema nacional de seguro de salud, tal como lo dispone el Art. 15 de la ley 23661, sistema de salud que se basa en el principio de solidaridad, 'en consecuencia con los dictados de una democracia social moderna', conf. Art. 1 in fine. No cabe duda que la inserción de las obras sociales en el sistema nacional de seguro de salud tiene su relevancia al momento de regular lo relativo al PMO, de forma que ciertas prestaciones a las que están obligadas las obras sociales puedan compensarse por medio de subsidios, según las reglas del sistema. Pero esas peculiaridades que hacen a la aplicación del PMO a las obras sociales en nada inciden cuando se trata de analizar la situación

de las empresas de medicina prepaga, que deben cumplir el PMO con independencia de las referidas modalidades propias de las obras sociales. En suma: la empresa de medicina prepaga no puede evadir su obligación de prestar ciertas prestaciones con el argumento de que las obras sociales cuentan con una posibilidad que ellas no tienen a su alcance. Y es que las obras sociales, como se dijo, forman parte de un sistema donde, a diferencia del caso de la empresa actora (una sociedad anónima), prima la solidaridad sobre el ánimo de lucro, sistema que incluye un sinnúmero de reglas y disposiciones que no pueden extrapolarse sin más de un ámbito a otro." (del voto del Dr. Horacio G. Corti).

"Cabe señalar que el perjuicio resultante de la infracción para el denunciante es enorme, ya que se encontró sin la cobertura del 100 % para la insulina y el 70 % para las tiras reactivas, teniendo que afrontar él mismo la diferencia resultante. Se trata de la falta de cobertura de una prestación esencial que involucra seriamente el derecho a la vida del afiliado. Otro factor a tener en cuenta es la posición en el mercado del infractor. En este caso de Centro de Educación Médica e Investigación Clínicas Norberto Quirno. Por último, es de notorio conocimiento lo costoso que son los insumos para el tratamiento de la diabetes, gastos no irrogados totalmente por la prepaga en virtud de haber negado el acceso a la cobertura obligatoria de los medicamentos tal cual es concebida por la resolución 939/2000..."

Se Rechazo el recurso de apelación interpuesto por Centro de Educación Médica e Investigación Clínicas Norberto Quirno, se confirmo la sentencia de Primera Instancia con costas a la vencida.

C. Nac. Civ., sala B, 19/05/2005 - K. S. H. v. Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires.

"Se trata en el caso de una demanda de amparo promovida por S. H. K. contra la Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires. La parte actora sostiene en el inicio que desde hace aproximadamente siete años se atendía en los consultorios externos del Hospital Italiano en forma particular, siendo su principal problema de salud, detectado por los médicos tratantes, su hipertensión arterial. Agrega que en febrero de 2003 decidió afiliarse al Plan de Salud del mencionado centro asistencial, suscribió a tal efecto la declaración jurada correspondiente en la que denunció su problema de hipertensión, se sometió al examen físico que se le efectuara en dicho hospital, se aceptó tal afiliación y abonó la primera cuota. En marzo de 2003 se le diagnostica una insuficiencia renal crónica y se le indica un tratamiento sustitutivo de la función renal con urgencia. Manifiesta que conforme al diagnóstico que se realizó, fue ordenada una fístula arteriovenosa nativa, cirugía que consistente en una abertura que se realiza en las arterias y venas con el fin de iniciar la hemodiálisis..."

"Señala que, con anterioridad a su afiliación al Plan de Salud del Hospital Italiano, no se le había detectado la insuficiencia renal que padece, no obstante ser paciente del hospital desde muchos años antes, y que el 6/3/2003 el Dr. Daniel Bracco emitió un informe médico para la cirugía ambulatoria, la cual sería cubierta por el hospital conforme se deja constancia en la documental que agrega y se programó la operación para el día 14/3/2003. No obstante ello el 11/3/2003, la demandada le notifica mediante carta documento que fue dado de baja del plan de salud, en los términos de la cláusula E8 a, de los reglamentos del plan, esto es, *la información falsa o incompleta sobre datos declarados en la solicitud de ingreso y/o enfermedades preexistentes del titular o algún miembro del grupo...*"

"Considera que la conducta de la demandada es autocontradictoria y violatoria del principio de los propios actos conforme lo dispone el Art. 16 CCiv. Invoca la vigencia del sistema de cobertura médica obligatoria, creado por las leyes 23660 y 23661 que regularán el régimen de Obras Sociales y de los demás agentes del Seguro del Sistema Nacional de Seguro Social y la cobertura por parte de las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga, como mínimo de las mismas prestaciones obligatorias dispuestas por las obras sociales conforme a las leyes mencionadas en los términos del Art. 1 ley 24754 y del Programa Médico Obligatorio..."

"Por su parte la demandada alega que, en su primera consulta como asociado, se emitió una receta para la confección de una fístula arteriovenosa y consigna el diagnóstico presuntivo de insuficiencia renal crónica, ordenándosele la realización de los estudios de laboratorio necesarios para corroborarlo, el que es confirmado...Agrega que el médico tratante ordenó la confección de la fístula necesaria para la diálisis antes de tener los resultados de laboratorio por una sola razón: porque el paciente le confió una situación urgente que dolosamente había omitido en su declaración jurada al solicitar el ingreso, de manera tal que el accionante omitió declarar su real estado de salud para ser admitido...Ante tal situación, considera que hizo uso de un derecho legítimo en la esfera del contrato suscripto con el actor, al ejercitar la cláusula de rescisión, poniendo énfasis en que la decisión de rescindir el contrato no se debe por sí sola a la existencia de una enfermedad preexistente o a las características de esta enfermedad, sino al hecho de que K. falseó los datos de su declaración jurada u omitió mencionar cierta información que hubiera conformado el perfecto consentimiento de su parte al contratar...Considera que aun si se decidiera por la continuidad del contrato de prestación médica, el mismo debe regirse por las modalidades del reglamento en cuanto a los plazos de carencias y espera fijados en cada caso, esto es, la cirugía menor (colocación de la fístula) con 90 días de carencia y la hemodiálisis con 180 días de carencia. La cobertura total para cirugías y prácticas de alta complejidad motivadas en patologías preexistentes, 540 días desde la asociación, por lo tanto llevando el actor 20 días de asociado ni la cirugía ni la hemodiálisis se hallaban cubiertas..."

La demandada plantea en subsidio la inconstitucionalidad de la ley 24754.

"Conforme lo expuesto supra, el actor fue atendido por médicos de la institución demandada con anterioridad a su solicitud de ingreso en el de salud y en su historia clínica figuraban los datos que, según la accionada, omitió denunciar en forma deliberada; sin embargo ninguna prueba obra en la causa que permita inferir el conocimiento por parte del actor de su enfermedad o la omisión dolosa que pretende achacarle la demandada. Lo que sí surge de manera indubitada es el conocimiento que tenía la accionada de la situación médica del actor, a través de la intervención de sus profesionales, la enumeración de los síntomas que se consignan en la historia clínica que obra a fs. 2/3 y lo asentado en la declaración jurada que luce a fs. 71/72 en la que el actor manifiesta tener hipertensión, encontrándose medicado con antihipertensivos...Entiende la sala que ello es suficientemente demostrativo de la falta de diligencia puesta por la demandada en la evaluación de la enfermedad padecida por el actor, desde que contaba con elementos más que suficientes para ponderar si resultaba o no prudente asociarlo al plan de salud en cuestión..."

"... En el caso de autos, el actor cumplió con la totalidad de los trámites a su cargo, sometiéndose a los exámenes médicos requeridos previos a la afiliación, en los que intervinieron profesionales de dicha institución, de manera tal que si no se ponderó la totalidad de la información consignada en la historia clínica labrada en oportunidad de ser atendido en los consultorios externos del hospital y no se relacionaron tales datos con los informados en la declaración jurada o en la entrevista personal realizada, es responsabilidad de la accionada, no pudiendo revertirse en contra de quien pretende atención médica..."

"En orden a lo expuesto, no habiendo acreditado la demandada la omisión dolosa y el falseamiento de datos que imputa a la parte actora, en cuanto al conocimiento de la enfermedad preexistente y a su sintomatología, cabe concluir que la demandada no se encontraba facultada para hacer efectiva la rescisión unilateral del contrato pactada en él, por lo que el comportamiento adoptado importa un temperamento arbitrario en los términos del Art. 43 CN..."

Por las razones expuestas, se confirma el fallo del a quo, se hace lugar a la acción de amparo y los agravios no serán atendidos.

C. Nac. Civ., sala C, 28/12/2004 - A. P., C. M. y otro v. Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica.

Del voto del Dr. Posse Saguier:

"Por sí y en representación de su hija menor de edad C. M. A. P., promovió demanda contra Medicus S.A. de Asistencia Médica y Científica a fin de que se condene a ésta a proveer, sin cargo adicional alguno, toda prestación médico asistencial necesaria para tratar la discapacidad severa que padece la menor, y a pagar la indemnización por los daños materiales y el moral sufridos como consecuencia de la negativa de la demandada a otorgar ese tipo de cobertura."

"La juez de grado hizo lugar parcialmente a la demanda, condenando a la empresa de medicina prepaga, por un lado, a pagar la suma de \$ 9600 en concepto de reintegro de gastos y, por otro, a brindar, sin costo adicional, toda prestación médica asistencial necesaria para el tratamiento de la discapacidad que aqueja a C. M. A. P. en los términos de la ley 24901 y durante toda la vigencia del contrato..., rechazó lo reclamado a título de daño moral y por tratamiento psicológico."

Contra dicho pronunciamiento apelan ambas partes.

"...La empresa apelante cuestiona la admisión de este aspecto de la pretensión, con fundamento en la inexistencia de normativa que le imponga el cumplimiento de prestaciones médicas en los términos de la ley 24901..."

"En tal sentido, el Art. 1 ley 24754 dispone que las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deben cubrir en sus planes de cobertura, como mínimo, las mismas prestaciones obligatorias a cargo de las obras sociales, de acuerdo a lo establecido por las leyes 23360, 23661 y 24455 con sus respectivas reglamentaciones..."

"A mayor abundamiento, la exégesis que propicio de la normativa implicada -leyes 23661, 24455, 24754 y 24901- reconoce el alcance de la denominada "discriminación inversa", según la cual, es obligación congresional dictar la legislación que tutele grupos tradicionalmente minoritarios, como en el caso sucede con los discapacitados (conf. Carnota, W., "Los valores constitucionales y la medicina prepaga", publicado en LL 1998-F-564/566)."

Esta sala tuvo ocasión de afirmar que "...las garantías constitucionales del derecho a la vida, a la seguridad e integridad de la persona, priman por sobre cualquier cuestión comercial de empresas comerciales" ("T., J. M. v. Nubial S.A. s/amparo", del 14/10/1997, publicado en JA 1998-II-430).

Respecto al Daño Moral:

Cuestiona la actora que la magistrada de la instancia anterior haya desestimado el daño moral reclamado.

En la especie, se trata de la responsabilidad derivada de la conducta adoptada por la demandada en el marco de la relación jurídica de asistencia médica que la vincula con la parte actora. Por ende, la expresa negativa a cumplir con la cobertura médica en los términos indicados en el apartado precedente, constituye un incumplimiento contractual que autoriza la procedencia del daño moral de conformidad a lo prescripto por el Art. 522 CCiv.

Sin dejar de advertir que en esta órbita del régimen de responsabilidad la procedencia del resarcimiento en concepto de daño moral debe ser juzgada con criterio restrictivo, estimo que las circunstancias que presenta el caso conducen a reconocer -desde ahora- la efectiva configuración del daño extrapatrimonial reclamado.

Frente al argumento expresado por la a quo para desestimar este rubro de la cuenta indemnizatoria -inexistencia de dolo-, estimo oportuno destacar que luego de la reforma introducida por la ley 17711, el Código Civil utiliza en forma indistinta las expresiones "daño moral" como "agravio moral" para referirse al daño moral, ya sea provocado por culpa o dolo, para cuya comprensión basta reflexionar sobre la letra del actual Art. 1078 como la del mencionado Art. 522 (conf. esta sala, "Parra v. Plus Médico S.A. Planificación Médica Privada", L. 175265, del 7/11/1995).

Respecto de la inexistencia de elementos de juicio trascendentes de los que pueda inferirse un daño a las afecciones legítimas, juicio que también ha sido expresado por la sentenciante para denegar el pedido, en un caso que presenta similares características con el presente dado que - como aquí- se encontraba involucrado el incumplimiento de una empresa de medicina prepaga, la sala F -que también integro- tuvo oportunidad de señalar mediante el voto del Dr. Zannoni, "que para el afiliado el contrato de prestación de asistencia médica prepaga satisface un interés no patrimonial -la preservación de la vida y de la salud- que no es reductible a valoraciones preponderantemente pecuniarias, y ello aunque sean objetivamente patrimoniales las prestaciones exigibles a las partes de la relación... El incumplimiento imputable a la empresa que se ha obligado a prestar los servicios médicos importa para el afiliado un daño extrapatrimonial directo porque para éste la prestación incumplida atañe a un interés no patrimonial suyo, como lo es la cobertura de la salud, en sentido amplio" (causa L. 348711 del 30/9/2002).

En la especie, no puede soslayarse el estado de angustia y aflicción que seguramente experimentó la menor afiliada, con motivo de la falta de reconocimiento de la integridad de la cobertura médica debida.

Por otra parte, cuadra también recordar que la fijación del daño moral es de difícil determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas de los damnificados, los padecimientos experimentados, es decir, agravios que se configuran en el ámbito espiritual de las víctimas y que no siempre resultan claramente exteriorizados, hallándose así sujeto su monto a una ponderada discrecionalidad del juzgador (conf. sala F, en causas L. 109079, del 16/9/1992; 71635, del 19/3/1991, entre otras).

Pese a dicha inherente complejidad, el juzgador se ve compelido a determinar la indemnización; no se trata de compensar dolor con dinero, sino de tratar de otorgar a la víctima cierta tranquilidad de espíritu en algunos aspectos materiales de su vida a fin de mitigar sus padecimientos.

En la especie, es evidente la pérdida del sentimiento de tranquilidad y seguridad que debió sufrir la menor (conf. Zavala de González, Matilde, "Las personas sin discernimiento y las personas jurídicas como sujetos pasivos de daño moral", JA 1985-I-794), si se tiene en cuenta la naturaleza del contrato de que se trata, el cual, precisamente, tiene en miras garantizar el derecho a la salud, a la integridad de la persona e, incluso, a la vida. De allí, entonces, la indudable aflicción que debió padecer ante la negativa a la cobertura médica en los términos reclamados en la demanda y la incertidumbre vivida desde entonces hasta el reconocimiento de su derecho en este pronunciamiento, máxime teniendo en cuenta el nivel de atención que exige la enfermedad que la afecta.

Conforme las particularidades antes reseñadas, lo que se desprende de las actuaciones sobre medidas precautorias que tengo a la vista (expte. 59122/01), la edad de la reclamante y que en el caso se encuentra comprometido un bien inherente a la dignidad de la persona, considero razonable cuantificar la indemnización en favor de la menor demandante en la suma de \$ 10.000, por estimarla adecuada y razonable (conf. Art. 165 CPCCN.).

Respecto del Tratamiento psicológico:

De las constancias del expediente no se advierte, en consonancia con el tenor del ofrecimiento de prueba, que la actora -pese a que se trataba de una prueba a su cargo (Art. 377 CPCCN.)- haya acreditado la existencia de algún tipo de trauma o patología psíquica que merezca su rehabilitación terapéutica.

Por todo ello, se confirme la sentencia en lo principal que decide, y que se la modifique admitiéndose el daño moral reclamado por la menor, el que se fija en la suma de \$ 10.000, y rechazándose el rubro "reintegro de gastos" con costas a la demandada.

C NAC. CIV., Sala H, 20/02/1998- Peña de Márquez Iraola, Jacoba M v. Asociación Civil Hospital Alemán.

El fallo trata de una persona que estaba asociada al sistema de medicina prepaga del Htal. Alemán y que necesitaba un trasplante de hígado por estar afectada por una Hepatitis C. La discusión gira en entorno a si la prestación estaba incluida en el contrato.

La sentencia de Primera Instancia "declara la existencia de un vínculo contractual que ligaba a los intervinientes, cuyo contenido no comprendía los trasplantes hepáticos, que no se realizaban en el país, y permitiendo entre las cláusulas convenidas, la exclusión de cobertura, pero sujeta a plazos que la demandada no ha respetado, tiene por demostrada la culpa en virtud de la cual declara resuelto el contrato, difiriendo la determinación de las indemnizaciones correspondientes a la etapa de ejecución. Desestima la indemnización pretendida en concepto de daño moral en función de la naturaleza de la obligación y porque no se ha demandado por mala praxis, por lo que la enfermedad que padecía la accionante constituía un casus respecto de la accionada. En razón de ello, rechaza la demanda en relación a los gastos médicos ocasionados por el trasplante y al daño moral, declarando disuelto el contrato a partir del 10/1/91 y condenando a la accionada a abonar los descuentos de medicamentos reclamados, cuyo monto será fijado en la etapa de ejecución de sentencia por vía incidental."

Por mayoría de votos, la Cámara decide modificar la sentencia de grado, imponiendo las costas de la Primera Instancia a la parte demandada, y confirmar la misma en todo lo demás que ha sido materia de apelación y de agravio. Las costas de la alzada se imponen a la parte actora, vencida en sus pretensiones.

La Corte Suprema revoco dicho pronunciamiento y mando a la Cámara a dictar nueva sentencia.

La Cámara de Apelaciones acogió el pedido de reembolso de los gastos ocasionados y el 50% de los gastos para medicamentos inmunosupresores pero desestimó el daño moral alegado.

Del Comentario al fallo de la Cámara de los Dres. Carlos A. Ghersi y Celia Weingarten:

"El voto de la mayoría dice que como el contrato de medicina prepaga no incluía expresamente esta practica terapéutica y en el país recién se comenzaba a experimentar, debía interpretarse que estaba excluido y pretender una cobertura económica en el extranjero resultaba no acorde con la finalidad económica."

"El voto de la minoría dice que el contrato tiene la finalidad de prestar un servicio de salud, por consiguiente esta incluido, y además todo contrato de prestación de salud debe integrar los avances científicos y en cuanto a la ecuación económica no hay estudios que permitan asegurar el quiebre de la demandada."

Para abordar la temática han tenido en cuenta algunos puntos:

a) Contrato de medicina prepaga y sistema económico (apreciaciones jurídicas y económicas)

El contrato de medicina prepaga es un contrato de adhesión, por lo que el usuario es la parte débil que adhiere a cláusulas predispuestas.

"El Dr. Chaval dice que el trasplante no es "acorde con la finalidad económica" y esto lo señala como criterio, de tal forma que las empresas no prestan un servicio de salud, sólo prestan algunos servicios de salud; nosotros añadiríamos los más elementales, los que no requieran un esfuerzo económico, de tal forma que las ganancias se aseguren sin riesgos (absolutamente contrario a la ideal del riesgo empresario que los comercialistas nos enseñan en las universidades argentinas)..."

El Dr. Kiper nos dice: "Las empresas se han obligado a prestar un servicio de salud y esto no puede restringirse con cláusulas ambiguas; además, la idea de salud debe estar constantemente avalada con 'avances científicos' (textual del Sr. Camarista) y debe tratarse de una 'buena práctica de servicio'" (textual).

"Si el trasplante es la alternativa vital de un ser humano para salvar su vida, la empresa debe realizarlo si científicamente puede y si no, debe cubrir su gasto donde pueda realizarse, esto es comercializar un servicio de salud; lo otro es comercializar sólo algunos y debe decírsele expresamente, así no engañamos a los consumidores con publicidades llenas de empatía ilusoria..."

b) Los derechos de las partes en función de la causa motivo, el fin del contrato y su teleología

"En cuanto al primero tiene que ver con el actual rol neoliberal de esta posmodernidad: la salud no tiene un privilegio en las funciones, es atendida con la limitación de recursos que el economicismo determina, con lo cual desalienta a los ciudadanos a recurrir al hospital público quedando este último para las clases marginales..."

"En general la clase media que poseía obras sociales importantes ha emprendido la retirada de esa solución por su deterioro y si la conserva, trata de alcanzar una medicina prepaga como complementaria..."

"El hecho es que la decisión por una medicina prepaga como causa motivo determinante del contrato surge de la cobertura de una necesidad y publicidad- apariencia, pues el contratante, futuro usuario, no puede verificar la cuantía y calidad de los servicios hasta que cada uno de ellos es requerido..."

La causa motivo se relativiza en estos contratos.

"Por el contrario se fortalece el fin del contrato, pues la idea es precisamente el servicio de salud y la objetivación del concepto es realizada en conjunto por las empresas y en particular por cada una de ellas..."

c) La publicidad y el contrato

"Éste es sin duda otro de los temas centrales de los contratos de medicina prepaga, pues la publicidad implica una serie de imágenes, folletos y lenguaje simbólico que en conjunto determinan en el hombre común la suscripción del mismo..."

"Observémoslo del lado opuesto: ninguna empresa de medicina prepaga expresa con claridad los rubros que no cubre; es más, se encargan de brindar una imagen de integralidad y luego mediante el juego perverso de las cláusulas cruzadas en los reglamentos tratan de ir limitando los derechos de los usuarios..."

"Hoy por suerte contamos desde el derecho de fondo con la Ley de Defensa de los Derechos del Consumidor que regula la publicidad (aún no tan completa como quisiéramos) en su Art. 8 estableciendo que las precisiones en la publicidad integran la oferta -uno de los términos del consentimiento- asentimiento- y por ende el contrato."

d) La ley del Consumidor 24240

El Dr. Kiper, con un criterio que creemos valiosísimo para futuros pronunciamientos, sostiene la aplicación de la Ley del Consumidor y respecto de ello queremos hacer algunas reflexiones.

"La Ley del Consumidor ha reformado el Código Civil y el de Comercio...esto significa una cuestión trascendental en materia de contratos pues en la misma hay dos formulaciones importantes: una relacionada con los contratos de consumo o uso, que indican los arts. 1 y 2 de la misma ley, es decir principios especiales para esta categoría de contratos y una segunda, en dos formulaciones: por un lado la creación de principios generales para los contratos en general y por otra especial para los contratos de adhesión, esta última como una nueva estructura que ahora se regula expresamente..."

CNCiv., Sala K, 18/12/200- "D.L.C., G.A. y otros c/Swiss Medical Group S.A. s/Acción de Amparo"

La Empresa de Medicina Prepaga ofreció un equipo de menor valor al indicado por el profesional tratante para atender con carácter urgente las necesidades de un menor discapacitado. Contra dicho acto el actor promovió Acción de Amparo, que se rechazó "in limine" en primera instancia. Concedido el recurso de apelación opuesto por los actores, la Cámara revocó el pronunciamiento del juez de grado. En primer lugar, coincido con la postura adoptada por el tribunal, ya que el juez de grado, haciendo uso de las facultades que le confiere el artículo 34 inciso 5 apartado b) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pudo haber señalado los defectos u omisiones que hubiese advertido, ordenando su posterior subsanación dentro de un concreto plazo. Máxime cuando la Acción de Amparo tenía por objeto lograr la cobertura médica de un menor discapacitado auditivo, encontrándose en juego el Derecho a la Salud del actor. Con dicho rechazo "in limine" queda demostrado un cercenamiento de los principios y garantías constitucionales. Por tal motivo, se resalta la actitud del Tribunal que revoca la resolución recurrida y urge al Juez de origen a que se expida con la premura necesaria sobre la Medida Cautelar interpuesta.

CNCiv., Sala A, 8/04/2003 "M.C., L. y otros c/Omint S.A. s/Acción de Amparo"

La actora promovió Acción de Amparo para que la Empresa de Medicina Prepaga le brinde cobertura integral a un menor discapacitado que padecía un trastorno de índole genética, pidiéndose una medida cautelar innovativa. Tanto el juez de grado como la Cámara hacen lugar a la petición.

La Ley 24.901 de Discapacidad prevé una cobertura Integral para las Personas Discapacitadas. Debe tomarse como "cobertura integral", toda aquella que sea necesaria para mejorar la calidad de vida del beneficiario, tanto las de tipo educacional como así también el resto de las diligencias terapéuticas y las prestaciones preventivas.

4. CONCLUSIONES

Consideramos que en la jerarquía de valores constitucionales, los derechos a la vida, la salud y la integridad física tienen mayor peso que otros, que protegen situaciones de carácter patrimonial.

Cuando se habla del alcance del Programa Médico Obligatorio (PMO), creemos que marca el piso y no el techo como opinan algunas empresas. El PMO es la canasta de prestaciones básicas que todo seguro de salud debe cubrir en forma obligatoria.

De la exposición de los casos jurisprudenciales podemos ver que las EMP se resisten al cumplimiento del PMO (que como dijimos es piso y no techo). Cuestionan la constitucionalidad de la ley 24.754 que las coloca en pie de igualdad con las Obras Sociales en cuanto al cumplimiento de los servicios médicos prestacionales. Fundan sus pretensiones en las cláusulas de los contratos que firman con sus afiliados, contratos de adhesión con cláusulas predispuestas a veces bastante ambiguas, que como ya vimos dejan al beneficiario en condiciones de inferioridad frente a dichas empresas. A pesar de todo ello, vimos que frente a los mencionados incumplimientos los

jueces han brindado su atención a las necesidades básicas de los afiliados, y a preservar el derecho a la salud y a la vida.

El sistema de las Obras Sociales se basa en la solidaridad, donde cada afiliado aporta en proporción a su salario, y, a la vez, las diferencias que resultan en los aportes no repercuten en el servicio prestado. Tampoco existen diferencias de cuotas por causa de la edad de los beneficiarios. De esta manera, en los sistemas basados en la solidaridad se tienen en cuenta las diferencias en las capacidades económicas de los afiliados (mayor o menor capacidad contributiva en función del ingreso) y se les brinda la misma cobertura a todos ellos. Lo que no sucede con las EMP, que brindan un servicio prestacional de acuerdo al plan que abona cada afiliado. Es por ello que no creemos conveniente, como hemos visto anteriormente, que las EMP sustenten sus argumentos en base a que las Obras Sociales cuentan con el Fondo Solidario de Predistribución para afrontar ciertos gastos.

Creemos conveniente resaltar el Art. 12 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Los Estados parte en el presente pacto, reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental". Esta enunciación es la mas acertada para tener en cuenta en los tiempos que corren. Nuestro país se ha visto, y se ve hoy en día, afectado de duras crisis sociales y económicas. Ello frustra de plano el cumplimiento de las obligaciones a las que se ha comprometido en materia internacional. Se observa un marcado retroceso y deterioro del sistema de salud. Sin embargo, no debemos olvidar los compromisos asumidos, sobre todo cuando están en juego nuestros derechos más importantes.