

Diario Civil Nro 37- 20.07.2015

## MULTIPLICIDAD DE AMPAROS EN BUSCA DE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL DE SALUD EN JAQUE. INCUMPLIMIENTOS.- MEDICINA PREPAGA.

*Por Gabriela Alejandra Nucciarone*

### I.- Introducción

*Las contrataciones que efectúa el consumidor para satisfacer sus necesidades fundamentales, en su gran mayoría, como aquellas referidas al suministro de luz, agua, las vinculadas a educación, seguridad y salud, se prolongan en el tiempo. Esto ocurre lógicamente porque todas esas necesidades no se satisfacen ni se agotan de manera instantánea.*

*En este marco, las relaciones contractuales se tornan más complejas, debido a que las prestaciones no permanecen inmutables durante toda la vida del contrato, sino que por diversas variables exógenas y endógenas se modifican, en especial las referidas al precio y a la tecnología.*

Frente a los distintos conflictos que se suscitaban en estos tipos de contratos de larga duración, se nos presentan herramientas que nos brinda la Ley 24.240 y la reforma del año 1994 de la Constitución Nación.

Algunos años después de contar con la referidas normas pero con un vacío legal frente al contrato de medicina prepaga, se sancionó la Ley 26.682. Pero se evidencia aún en los días que corren que todo este abanico legal no logra detener, ni prevenir al consumidor de las constantes prácticas abusivas, que se detectan en las constantes negativas a otorgar las prestaciones debidas. Esto lleva al desenlace de la resignación o bien la acción de amparo.

### II. El derecho de la Salud como derecho fundamental de la contratación con las medicinas prepagas.

*Lo hemos dicho ya en varias oportunidades y merece ser repetido en esta ocasión. Es un postulado holgadamente superado que la salud es solo ausencia de enfermedad. La organización mundial de la salud ha dicho pues que la salud, es un estado de completo bienestar físico, mental y social, lo cual involucra la anticipación, prevención y la ejecución de la medicina individual y social.*

*Es un recurso para la vida diaria, no el objetivo de la vida. Se trata de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales, así como las aptitudes físicas. Hoy en día, la dimensión espiritual de la salud goza de un reconocimiento cada vez mayor. La OMS considera que la salud es un derecho humano fundamental y, en consecuencia, todas las personas deben tener acceso a los recursos sanitarios básicos. Entendemos que ello constituye una comprensión holística de la salud<sup>1</sup>.*

*Parecería una verdad de Perogrullo decir que, éste es el derecho fundamental que uno mismo quiere proteger al contratar el servicios de medicina prepaga, y es éste el derecho fundamental que constantemente entra en jaque frente a los incumplimientos de las empresas de medicinas prepagas. Incumplimientos que se encuentran representados en practicas abusivas, negativas a la cobertura de determinados tratamientos, medicamentos, o bien la no actualización de la tecnología*

*Nos encontramos frente a un derecho fundamental, protegido por la más jerárquica de las normas, como lo es la Constitución Nacional, pero también con normativa específica como la Ley que regula la actividad de las empresas de Medicinas Prepagas 26.682, la Ley del paciente 26529, o bien la Ley de muerte digna Ley 26742, entre otras.*

No es cualquier derecho el que se encuentra comercializado en el contrato de medicina prepago, lo que esta en juego es el derecho de la salud, y por ello no se puede esbozar un análisis jurídico de la dicha contratación sin tener presente ello. Esto hace que se deba ser más riguroso y menos contemplativo frente a los incumplimientos de la medicina prepaga.

Sin embargo la asimetría de poder y la posición dominante que tienen las empresas de medicina prepaga, hacen que comercialicen este servicio a fin de lograr maximizar sus beneficios económicos, como si estuvieran ofreciendo cualquier bien o servicios que nada tenga que ver el derecho constitucional fundamental.

---

### **III.- La acción de amparo frente al incumplimiento contractual**

El Estado logra su cometido y obliga al ciudadano a ingresar al sistema de prestación privada de salud. Pero luego no ejerce, el debido control sobre las empresas prestadoras de tal servicio. Librando a ellas el manejo absoluto del mismo.

Sin dudas ello viene provocando, el gran crecimiento de amparos relacionados con la denegación o restricción de prestaciones, por parte de las empresas de medicina prepaga.

El análisis jurisprudencial nos marca que esta modalidad en la prestación del servicio de salud, ha llevado a sus socios, afiliados a la judicialización permanente para proteger el derecho de la salud.

Vemos a diario, como frente a la negativa de la empresa de medicina prepaga a cumplir con la prestación debida, ya sea otorgar determinadas prótesis, o medicación específica de altos costos, o cubrir un tratamiento para paliar una enfermedad o bien para lograr la procreación mediante métodos asistidos, los afiliados tienen al menos tres caminos, o bien se resignan a la negativa y abonan en forma particular el tratamiento o la medicación, o bien se resignan y no pueden lograr satisfacer su derecho de salud, o bien acuden en reclamo a la vía judicial mediante la acción de amparo.

Dicha acción, regulada también en la carta magna en el Art. 43, prevé una acción expedita y rápida (...) contra todo acto y 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 la constitución o un tratado o una ley.

La pregunta que nos inquieta, es si este constate y cada vez más habitual obligado acceso a la acción de amparo, para lograr que las empresas de medicina prepagas cumplan con las prestaciones a su cargo, no genera en el usuario y su grupo familiar nuevos daños, frente a la espera, los gastos y la angustia que se agregan al sufrimiento, que en todos los casos, tanto el paciente como su familia lleva consigo por el daño propio de la enfermedad.

Si bien la gran mayoría de estos amparos concluyen con resultados positivos para los accionantes, durante el transcurrir de la acción judicial, no caben dudas que las empresas de medicina prepagan logran beneficios económicos, en tanto logran diferir la prestación en el tiempo. Lo que acompañado por los avatares de la economía actual, o bien por el propio desenlace de la enfermedad hacen que su prestación se diluya. Este accionar comúnmente se lo denomina “incumplimiento eficiente”, instituto trabajado en la doctrina nacional por el jurista Ghersi.

Es por ello que si bien se celebra la existencia de la acción de amparo para lograr el cumplimiento de la prestación, entendemos que este camino de acceso a la prestación de salud, genera nuevos daños en este derecho fundamental.

### **IV.- Algunas reflexiones finales**

Sabemos que nos encontramos frente a un sistema de salud absolutamente mercantilizado. Producto de la ineficiencia del Estado en brindar a los ciudadanos un adecuado sistema sanitario.

Difícilmente se logre desarmar esta compleja y entrelazada estructura desplegada en la privatización del sistema sanitario. Pero lo que es posible lograr es un mayor control, con acciones de prevención que desalienten a las empresas de medicina prepagas a seguir denegando prestaciones de alto costo en forma sistemática, que obligan al usuario al reclamo y judicialización de su salud.

Para esto contamos en la actualidad con normativa calificada<sup>ii</sup>, que si bien podrá ser perfeccionada, hoy nos alcanza para la aplicación de sanciones punitivas, multas que se impongan frente al proceder inescrupuloso de las empresas de medicina prepaga disuadiéndolas a incurrir en el incumplimiento de las prestaciones a su cargo.

---

<sup>i</sup> Brena Sesma Ingrid, “El derecho y la salud- Temas a reflexionar”, Universidad Nacional Autónoma de Méjico, 2004, pág. 104.

<sup>ii</sup> Ley 24.240 y sus modificatorias especialmente la 26.361, Ley de medicina prepaga 26.682