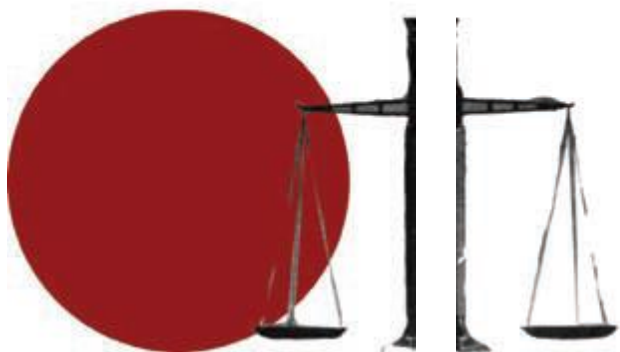




REVISTA
SEMESTRAL DE
DOCTRINA,
JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACION

Año IV – Número 9

MAYO DE 2013

ISSN: 2618-4133

DOCTRINA JURÍDICA

© Derechos Reservados

Perspectivas Jurídicas

Reg. Dirección Nacional de

Derecho de Autor

Buenos Aires, Argentina

ISSN: 2618-4133

SUMARIO

SECCION DOCTRINA

BANCHIO, Pablo R.: "La falta de admisión de las personas con enfermedades congénitas en las empresas de medicina prepaga y el Derecho a la Salud" 3

SECCION JURISPRUDENCIA

EXCMA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION, "Bruno Arnaldo Luis c/ La Nación S.A.", Buenos Aires, 24 de agosto de 2001 (Primera Parte)..... 30



DOCTRINA JURÍDICA

Año IV – Número 9

Mayo de 2013

ISSN 2618-4133

Director/Editor responsable:

Pablo R. Banchio

Secretario de Redacción:

Marta S. Marín

Redacción:

Zapata 517 5° "C" (C1426ABF)

Ciudad de Buenos Aires

Argentina

Tel: (+54-11) 4774-5586

pbranchio@hotmail.com

SECCION DOCTRINA

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	4
I. REALIDAD SOCIAL. DIMENSION SOCIOLOGICA DEL DERECHO	4
a) LAS ENFERMEDADES CONGÉNITAS: SU ORIGEN Y DESARROLLO ¹	4
a.a.) IMPACTO DE LAS ENFERMEDADES CONGENITAS SOBRE EL PACIENTE Y SUS FAMILIARES	6
b) LA TRIPLICIDAD DEL SISTEMA SANITARIO ARGENTINO	7
c) LA EMPRESA MÉDICA	9
c.a.) LA EMPRESA	9
c.b) NATURALEZA JURIDICA DE LA EMPRESA MÉDICA. SU INDETERMINACIÓN.....	10
c.c) TIPOS DE EMPRESAS MÉDICAS - BREVE DESCRIPCIÓN DE LAS MÚLTIPLES FORMAS	11
II. MARCO LEGAL.....	13
a) EL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA. LA DIMENSION NORMOLOGICA	13
a.a) DESCRIPCIÓN	13
a.b) CARACTERES PRINCIPALES DEL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA.....	13
a.c) OBJETO DEL CONTRATO: DELIMITACIÓN DEL RIESGO CUBIERTO	15
a.d) ENFERMEDADES PREEXISTENTES EN EL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA	20
a.e) LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS	21
b) EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PRESTACIONES QUE SON OBLIGATORIAS PARA LAS EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGA. LA OBLIGACIÓN DE DAR SERVICIOS MÍNIMOS.....	24
III. CONSIDERACIONES DE VALOR SOBRE LA MEDICINA PREPAGA. DIMENSION DIKELOGICA DEL DERECHO.....	26
IV. CONCLUSIÓN.....	26
BIBLIOGRAFÍA.....	28

Pablo R. Banchio

LA FALTA DE ADMISIÓN DE LAS PERSONAS CON ENFERMEDADES CONGÉNITAS EN LAS EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGA Y EL DERECHO A LA SALUD

INTRODUCCIÓN

Ante la necesidad de elegir un tema para llevar a cabo la investigación que conforma el presente trabajo, decidimos que debería ser uno que nos interesa en particular, que nos afecte o lo haya hecho en algún momento de la vida.

Este estudio es a los efectos de entender en su totalidad, la justa o no, situación por la que pasan aquellos que nacen con enfermedades congénitas. Para ello consideramos de suma importancia introducirnos, como primera medida, en lo que realmente son estas enfermedades, en qué consisten, a quienes afectan y como se generan. Todo ello para lograr discernir la situación concreta por la que pasan las personas involucradas en nuestro tema de análisis.

Luego entendemos que es necesario abarcar de manera integral al otro sujeto involucrado: la empresa médica.

Una vez analizados ambos sujetos de la relación planteada considero que es necesario adentrarnos en el marco legal en el que estas partes se encuentran insertas. La manera en la que se les dio "estructura jurídica", cómo se desarrollaron a la hora de insertarse en el mundo legal.

También incursionaremos en qué es lo que piensan los doctrinarios que escribieron al respecto y cómo consideran ellos la presente cuestión. Y finalmente, cuál es la legislación que versa sobre la misma.

Finalizado el recuento ut supra descripto la intención es poder arribar a una conclusión que pueda resolver la multiplicidad de preguntas que se nos plantean al respecto.

I. REALIDAD SOCIAL. DIMENSION SOCIOLOGICA DEL DERECHO

a) LAS ENFERMEDADES CONGÉNITAS: SU ORIGEN Y DESARROLLO¹

A los efectos de instalarnos en el tema de estudio del presente trabajo es necesario definir lo que se entiende por "enfermedad congénita".

La OMS (Organización Mundial de la Salud) definía el estado de salud como "el completo bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad", definición harto discutida que llevó tanto a la evolución como a la involución de la misma². Fue por

ello que treinta años después, la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de la Organización Panamericana de la Salud, reunida en Alma-Ata, Unión de Repúblicas Soviéticas Socialistas, del 6 al 12 de septiembre de 1978, sustituyó el artículo "el" por el artículo indeterminado "un".

Esto continúa siendo insuficiente, ya que, como señala Pregno: "Entendemos que el esmero por delimitar es palmario y necesario, pero no suficiente. La extensión del concepto sigue siendo excesivamente amplia, si bien más permeable debido a que habilita que el "estado de completo bienestar" sea uno de los posibles"¹.

En este orden de ideas y habiendo reseñado lo que se entiende mundialmente por "enfermedad" nos adentramos específicamente en aquellas llamadas congénitas. Estas son anomalías estructurales macroscópicas externas detectables en la vida extrauterina, es decir, que se pueden percibir a simple vista, con solo mirar al paciente. El momento en el que son detectables de forma definitiva es cuando la madre da a luz.

A su vez dentro de las enfermedades congénitas se hallan múltiples y diferentes tipos de patologías "Literalmente, patología es el estudio (logos) del sufrimiento (pathos). Más específicamente, es una disciplina que conecta la ciencia básica y la práctica clínica y se dedica al estudio de los cambios estructurales y funcionales en las células, tejidos y órganos que subyacen a la enfermedad La patología intenta explicar los cómo y porqués de los signos y síntomas manifestados por los pacientes"²

Según Robbins y Cotran, en su libro introductorio al tema en análisis llamado "Patología estructural y funcional", dentro de un proceso patológico existen cuatro aspectos que forman parte del núcleo. Estos son:

- causa (etiología)
- mecanismo de desarrollo (patogenia)
- alteraciones estructurales (cambios morfológicos)
- consecuencias funcionales (significado clínico)

El primero de estos aspectos es aquel que toma relevancia en el marco de las enfermedades congénitas ya que son dos las causas principales de factores etiológicos. Para este autor estas son: los factores intrínsecos o genéticos (vg. Trisomía del par 21, comúnmente conocida como Síndrome de Down) y los factores adquiridos (p. ej, infecciosos, nutricionales, químicos, físicos y ambientales). Ambos son generadores de enfermedades congénitas.

Este tipo de dolencias se manifiestan desde el mismo momento del nacimiento y son

¹ Conviene v. especialmente: PREGNO, Elián; Revista Del Centro De Investigaciones De Filosofía Jurídica Y Filosofía Social Publicada El Martes 27 de abril De 2010. "El Derecho De La Salud Como Nueva Rama Del Mundo Jurídico. Una Respuesta Jurídica Justa" p.98.-

² ROBBINS y COTRAN, (2005), Patología estructural y funcional (7ma edición), Madrid - España, Editorial Elsevier, p. 4.

producidas tanto por un trastorno durante el desarrollo embrionario, como durante el parto y puede corresponder a defectos hereditarios o a factores ambientales.

Se entiende por congénito a cualquier rasgo que se encuentre presente desde el mismo momento en que una persona nace, es decir, se adquiere durante el proceso de formación del feto dentro del útero (desarrollo embrionario), durante el proceso del parto, o bien, por defecto hereditario. Este último modo de adquisición de las mismas envuelve a su vez a las llamadas enfermedades genéticas.

Como dice Bruce M. Carlson³, el concepto de enfermedad congénita incluye aquellas anomalías tanto estructurales (p. Ej. Luxación congénita de cadera) como funcionales (p. Ej. Hiperplasia suprarrenal congénita), metabólicas (p. Ej. Fibrosis quística) y del comportamiento (p. Ej. Síndrome de down).

Luego de esta introducción al mundo de las enfermedades congénitas y a su modo casi invisible de adquisición por parte de quienes las padecen, es fácil advertir que siendo ellas prácticamente innumerables, son miles aquellos que se encuentran fuera del sistema de asistencia médica privada.

a.a.) IMPACTO DE LAS ENFERMEDADES CONGENITAS SOBRE EL PACIENTE Y SUS FAMILIARES⁴

La experiencia de la especialista en neurología la médica neuróloga Ora Clara Martín que me acompaña en el presente acápite la ha llevado a detectar cuales son aquellos efectos secundarios que se desarrollan masivamente en el núcleo personal y familiar de un paciente que padece una dolencia congénita.

Tanto el enfermo como su familia presentan cambios en el comportamiento, por lo cual necesitan ser tratados al respecto, para ello requieren atención psicológica e incluso psiquiátrica en algunos casos.

En muchas oportunidades no aceptan la enfermedad que padecen o simplemente le restan importancia, poniéndose en riesgo de manera permanente. Esto es lo que se conoce como comportamiento autodestructivo, generalmente manifestado a través de situaciones cotidianas que logran pasar inadvertidas por sus familiares, como verbigracia, el abandono de la toma de medicamentos.

Es por este motivo que estos pacientes necesitan imperiosamente, desde temprana edad y junto con su familia, educación sobre cómo comportarse durante su crecimiento en cuanto al avance de la enfermedad. Deben ser instruidos sobre la forma de interactuar con ellos, sobre todo en aquellos momentos más intensos emocionalmente, que todos o la mayoría deben transitar.

³ CARLSON, Bruce M.; "Embriología humana y biología del desarrollo", Capítulo: Desarrollo temprano y relación entre el feto y la madre, p. 132.

⁴ Escrito con la colaboración de las opiniones de la Dra. Clara Martín, médica neuróloga, matrícula nacional n° 126833. Experiencia profesional: Presta actualmente funciones en el Instituto del Callao, el Sanatorio de la Trinidad Mitre, el Hospital Italiano y el Sanatorio Anchorena.

Esto se debe a que quienes padecen estas dolencias, han tenido sobreprotección médica y familiar desde el momento mismo del nacimiento (mismo momento en que la enfermedad se manifiesta) lo que los convoca a mantener un papel pasivo y dependiente con respecto a quienes los rodean. Claro está que como decimos *ut supra*, esto puede evitarse o morigerarse instruyendo a los involucrados acerca de cómo convivir con la patología.

Además, en la mayoría de los casos los pacientes se enfrentan a nuevas limitaciones a medida que son adultos, por lo que la permanencia bajo atención profesional debe ser ininterrumpida. Ellos así lo necesitan.

Es justamente en la etapa de su crecimiento como personas y desarrollo que en todo el grupo familiar aparece la ansiedad y la depresión debiendo ésta intentar ser mitigada con ayuda profesional.

La Dra. Martín afirma que uno de los ejes de los problemas que genera esta cuestión es la falta de familiarización con las malformaciones y sus repercusiones sociales, médicas y epidemiológicas. Esto debe entenderse tanto de parte de la sociedad, que incluye a la familia y al paciente mismo, como respecto de los organismos y organizaciones que deben ampararlos y darles un lugar.

Para finalizar afirma, que el más grande inconveniente al que nos enfrentamos es que estos pacientes es su mayoría requieren más amplio número de horas médicas, más amplio número de días de internación, de medicamentos, de insumos y de procedimientos invasivos. Esto aumenta el costo y tiempo de hospitalización, produciendo un alto impacto desde el punto de vista económico para las instituciones proveedoras de salud en todas sus variantes, las cuales explicamos a continuación.

B) LA TRIPLICIDAD DEL SISTEMA SANITARIO ARGENTINO

Tres subsistemas integran el sistema de salud de la República Argentina, éstos se encuentran orientados a la atención médica reparadora de la enfermedad y centrados en la institución hospitalaria y difieren en varios aspectos, *verbigracia* en los servicios que brindan, en los recursos con los que cuentan y en el *target* poblacional al que apuntan. Estos son:

- ~ Sistema Público: tiene financiación y provisión pública.
- ~ Sistema de Seguridad Social: está compuesto por las Obras Sociales.
- ~ Sistema de Seguro Voluntario Prepago: se organiza según los cálculos de riesgo actuarial.

Esta modalidad tripartita involucra desarticuladamente a cada uno de los sistemas pese a su coexistencia. Por lo expuesto es necesario hacer una descripción de las características principales de cada uno de ellos, a los efectos de lograr un panorama general de la Medicina en nuestro país.

Seguimos en la siguiente clasificación al Martín Sancaró, quien realizó una síntesis de los subsistemas a los efectos explicativos de los mismos. Es la que sigue:

"El subsistema público, cuyos recursos' provienen del sistema impositivo, provee servicios de salud en forma gratuita a través de una red de hospitales públicos y centros de atención primaria de la salud (aproximadamente cerca de 15 millones de personas se atienden exclusivamente en este subsistema).

El subsistema privado, que se financia a partir del aporte voluntario de sus usuarios, agrupa bajo la denominación global de empresas de medicina prepaga a un amplio conjunto de entidades privadas (más de 3,3 millones de afiliados).

Y el subsistema de la seguridad social, que agrupa a: El Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados o PAMI, que brinda cobertura a aproximadamente 3.200.000 beneficiarios y que fue creado para atender a las personas mayores de 60 años. Las obras sociales provinciales (más de 5 millones de afiliados). Las obras sociales de seguridad, Fuerzas Armadas, universitarias y del Poder Legislativo y Judicial. Los agentes del seguro de salud que comprenden, entre otras, las obras sociales de dirección y las obras sociales sindicales (aproximadamente 11 millones de beneficiarios). Estas obras sociales tienen un organismo de control y fiscalización: la Superintendencia de Servicios de Salud."⁵

Volviendo sobre el sistema privado, -que es aquel al que estamos abocados en el presente- podemos hablar de la "privatización del sector salud"⁶.

Éste se organiza por medio de empresas comerciales comúnmente llamadas Empresas de Medicina Prepaga o Seguros Privados de Salud. En las últimas décadas del siglo XX el brindar prestaciones médicas se inspiró en el propósito de lucro y la población se fue volcando al sistema privado. Esto se debió a múltiples causas, por ejemplo:

~ Ausencia de prestaciones;

~ Insuficiencia de atención reparadora, preventiva y de diagnóstico: ~ Insuficiencia de oportunidad y continuidad del tratamiento;

~ Demora en acceder a un servicio de salud efectivo por parte de los usuarios del sistema estatal y de obras sociales.

Las causas mencionadas provocan que, aún hoy, vastos sectores poblacionales que tienen la posibilidad de acceder económicamente al sector privado opten por éste.

⁵ SANCARÓ, MARTÍN; "El sistema de salud en nuestro País". Recuperado desde: <http://www.fatfa.com.ar/notas/2011/04abril11/sistemasalud.html>.

⁶ En lo sustancial seguimos a: URBINA, PAOLA ALEJANDRA; "El acceso a la medicina prepaga en Argentina y el MERCOSUR. Perspectivas del Derecho Privado ante las exigencias sociales y económicas del nuevo milenio". TESIS DOCTORAL, UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES, p. 29.-

C) LA EMPRESA MÉDICA

La medicina prepaga privada en la Argentina se manifiesta a través de una empresa, es la llamada empresa médica.

Este tipo de organización puede adoptar para su funcionamiento, entre otras, la forma de sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, simple asociación y su objetivo es brindar servicios de salud a cambio de una cuota, la cual generalmente es mensual. Esta actividad no posee regulación legal específica, y es por ello que los contratos de afiliación se rigen por las normas generales, así como también es de aplicación la Ley de Defensa del consumidor.

"El término 'empresa' nos sirve para referirnos a todo tipo de organización, sea pública o privada, prestador directo o agente financiero; el término 'médica' facilita darle una connotación especial que permite incorporar una finalidad publicística."⁷

Existen múltiples acepciones del término en cuanto a su definición, algunas severamente criticadas por los doctrinarios, las analizaré brevemente a continuación:

C.A.) LA EMPRESA

A la hora de hacer una valoración acerca de la empresa podemos hacerlo tanto subjetiva como objetivamente.

Desde el punto de vista subjetivo la empresa emana del sujeto, del hombre empresario considerado como la evolución del anticuado comerciante y dando la posibilidad de que se creen nuevas categorías jurídicas a los efectos de la evolución del mercado y del suministro de servicios organizado en una estructura. En el mundo existen legislaciones que adoptaron este punto de vista, verbigracia, en el artículo 2082 del Código Civil italiano de 1942 y en el artículo 25 del Código Comercial de Colombia encontramos esta concepción.

Objetivamente, en cambio, se la concibe como una organización. "La empresa es la organización de los factores de la producción para la fabricación o intercambio de bienes y servicios destinados, en principio, al mercado de consumidores, con un fin económico, en el que el lucro no es decisivo"⁸.

La ley 20.744 define a la empresa como la "organización instrumental de medios personales, materiales e inmateriales, ordenados bajo una dirección para el logro de fines económicos o beneficios". Adopta una perspectiva objetiva.

Fontanarrosa define a la empresa como "una organización sistemática de actividades y de medios, apta para determinar una serie notable de relaciones jurídicas y que tiene por

⁷ LORENZETTI, RICARDO LUIS; "La empresa médica", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1998, p.25.

⁸ ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos J., "Derecho de la empresa", Depalma, Buenos Aires, 1971. Citado en "La empresa médica", LORENZETTI, RICARDO LUIS; Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1998, p.25

objeto suministrar a otras utilidades de naturaleza variada⁹.

C.B) NATURALEZA JURIDICA DE LA EMPRESA MÉDICA. SU INDETERMINACIÓN

En cuanto a la ubicación del concepto dentro de la ciencia jurídica algunos autores coinciden en que pertenece exclusivamente al Derecho Comercial (Derecho Mercantil), lo cual es seriamente dudoso ya que de esta manera se excluye la noción de que en las relaciones mercantiles hay necesariamente otra parte y de que esta modalidad prestataria de servicios médicos se instrumenta a través de un contrato, lo cual nos inserta automáticamente en el Derecho Contractual (dentro de la rama del Derecho Civil), y nos lleva a pensar. .. ¿dónde queda el Derecho del Consumidor y la responsabilidad por daños?

Este cuestionamiento es analizado en la actualidad por muchos civilistas y comercialistas a nivel mundial, ejemplo de ello es la publicación jurista especializado en la temática Faustino Beraun Barrantes en enero del corriente año:

"Actualmente, la Teoría de la Unificación del Derecho Comercial con el Derecho Civil en las Obligaciones, en algunos países ha hecho desaparecer los Códigos de Comercio, venidos a menos, porque ya no sirven para resolver los problemas mercantiles, los mismos que son resueltos por las normas generales de contratación del Código Civil. Es decir, se está produciendo en la práctica la civilización del derecho mercantil.

En conclusión, podemos señalar que el paradigma predominante en el Derecho Comercial es la Teoría de la Unificación del Derecho Comercial con el Derecho Civil¹⁰.

Lorenzetti también menciona el arduo debate en su libro sobre la empresa médica¹¹, pero simplifica las consecuencias que éste produce, diciendo:

"El problema no es la mercantilización del Derecho Civil o la civilización del Derecho Mercantil, sino el de captar las relaciones entre las empresas y el resto de los individuos"¹².

Siendo que la empresa en todas sus modalidades admite múltiples formas y estructuras organizativas, a la hora de determinar su naturaleza jurídica, a los efectos de encontrar a aquellos pasibles de ser responsabilizados, según el decir de Lorenzetti en su libro "La Empresa Medica", la ley deja de lado el término y la conceptualización de la "empresa" y abre el juego, "dejando la puerta abierta para que sean varios los sujetos imputados (por ej.: el médico, el anestesista, la empresa de medicina prepaga, el elaborador del medicamento, la clínica)." Así, tomando este camino, la ley utiliza otra terminología como ser "quienes comercializan", o habla simplemente de "personas físicas o jurídicas". Festejo

⁹ FONTANARROSA, Rodolfo O., Derecho Comercial Argentino, Zavallía, Buenos Aires, 1956, p. 156.-

¹⁰ BERAUN BARRANTES, FAUSTINO; "Los Paradigmas Del Derecho Comercial", Recuperado desde: <http://faustinoberaunbarrantes.blogspot.com/2011/11/los-paradigmas-delderechocomercial.html>

¹¹ "La empresa médica", RICARDO LUIS LORENZETTI, Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1998.

¹² Conf. SCANNICCHIO, "La actividad empresarial y los particulares en el proceso económico", en UPARI, Niccolo (dir.), Derecho Privado. Un ensayo para la enseñanza, trad. De M. García Amigo, Real Colegio de España, Bolonia, 1980, p.480. Citado en "La empresa médica", LORENZETTI, RICARDO LUIS; Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1998, p.27.

la elección como modo de finalizar con los 'imputados fantasmas' que lejos están de poder asumir sus responsabilidades.

A raíz de lo expuesto, puedo concluir con lo siguiente:

La "empresa medica" como tal, sólo es pasible de ser utilizada terminológicamente y no como una institución jurídica en sí misma. Dice Lorenzetti:

" ... Utilizamos el término empresa como categoría conceptual genérica, que admite como especies la existencia de sujetos jurídicos individuales o plurales, que desempeñen la actividad referida"¹³.

Como bien dice Lorenzetti en su Tratado de los Contratos al analizar a las Empresas de Medicina Prepaga, "lo esencial es que la empresa asume el deber de prestación de asistencia médica, pudiendo llevarla a cabo por sí o por otros, y que no presenta un carácter *intuito 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"¹⁴.

Puntualmente en relación con la empresa de medicina prepaga la Ley 26.682¹⁵ en su artículo 2º las define como 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.

C.C) TIPOS DE EMPRESAS MÉDICAS - BREVE DESCRIPCIÓN DE LAS MÚLTIPLES FORMAS

Como se dijo anteriormente, tanto el concepto EMPRESA en sí mismo, como el de EMPRESA MÉDICA particularmente, aceptan múltiples formas y organigramas en cuanto a su funcionamiento y puesta en práctica. He aquí una sintética descripción de algunas de las posibilidades que existen al respecto:

- PRESTADORES INDIRECTOS:

Son aquellas empresas que recaudan el dinero que aportan los afiliados y luego contratan con la clínica que presta directamente el servicio. La característica principal que presentan no es la prestación de servicios sanitarios propiamente dicha, sino, específicamente el financiamiento de los mismos. Entre ellas encontramos:

.-las obras sociales,

¹³ LORENZETTI, RICARDO LUIS; "La empresa médica", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1998, p.28.

¹⁴ LORENZETTI, RICARDO LUIS; "Tratado de los contratos", Santa Fe, Editorial Rubinzal Culzoni, 1999, 1º ed, p. 201.

¹⁵ Ley 26.682, Sancionada el 4 de Mayo de 2011 y Promulgada el 16 de Mayo 16 de 2011.

-la medicina prepaga (es ésta la modalidad a la que estamos abocados en el presente trabajo).

- PRESTADORES DIRECTOS:

El objeto de este tipo de empresas es particular. Consiste en una obligación de hacer que involucra la prestación de servicios médicos a terceros. Encontramos:

-sanatorios,

-clínicas (prestan servicios a través de médicos que contratan)

A su vez estos tipos de prestaciones pueden llevarse a cabo tomando formas variadas.

Naturalmente esto se encuentra íntimamente ligado a la libertad de contratación (Autonomía de la voluntad) en términos asociativos que existe tanto en nuestra legislación como en la legislación comparada. Lo importante en este plano, que es aquello a tener en cuenta principalmente por los profesionales de las ciencias jurídicas, es que, dependiendo de la modalidad adoptada, se establecerán las responsabilidades que surgieren derivadas de un incumplimiento dañoso¹⁶. Ejemplos de éstos son:

- PROFESIONALES INDIVIDUALES ASOCIADOS:

Es un tipo llevado a cabo por prestadores directos que dan servicio a pacientes, aunque, normalmente, actúan dentro de una empresa médica. Son:

-médicos dependientes, equipos médicos.

- EMPRESAS-Médicas Especializadas:

Son un subtipo dentro de lo que fue definido como EMPRESA MEDICA, ya que presentan particularidades que no son desarrolladas por el resto de las mismas. Son ejemplos de éstas:

-centros de internación psiquiátrica, geriátricos,

-empresas proveedoras de medicamentos, etc.

- REDES DE PRESTADORES:

Es un tipo de organización compleja entre los modos de prestación médica y los modos de financiamiento de las mismas. Lorenzetti las denomina "redes contractuales conexas". Son extremadamente complejas y exceden ampliamente el margen de estudio del presente.

¹⁶ LORENZETTI, RICARDO LUIS; "La empresa médica", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1998, p.31.

II. MARCO LEGAL

A) EL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA. LA DIMENSION NORMATIVA

A.A) DESCRIPCIÓN

Los contratos de medicina prepaga se desarrollan dentro de un sistema de prestación médica de índole privada, es por este motivo que debemos ubicarlos dentro del DERECHO PRIVADO PATRIMONIAL.

Sin embargo, no podemos negar su gran semejanza con la obra social, ya que ambos tipos de servicio se basan en el pago prospectivo de una prima por parte de los usuarios, pero que se presenta de forma diferente: es COMPULSIVO en el caso de las obras sociales, y VOLUNTARIO para las empresas de medicina prepaga. Esta última opción es aquella que da lugar al CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA que aquí analizaremos.

Los contratos que se utilizan disponen diferentes alcances de cobertura, proporcionales al precio de las referidas cuotas, las cuales se pagan por adelantado (pago prospectivo), debido a que ante la falta de pago de las mismas opera la suspensión del servicio, con el consecuente ingreso del contrato en su faz patológica. Sin embargo, también existe la posibilidad de encontrarnos con contratos en los que el pago, pese a ser anticipado en forma periódica, es complementado con refuerzos posteriores a la prestación. Para Lorenzetti "el pago anticipado es la esencia del sistema, y las otras formas son complementarias"¹⁷.

Como el sistema de 'prepago' es una forma de "captación del ahorro público" (ventas de ahorro previo, seguro, medicina prepaga.), éstas coinciden en su masividad. Así, el Estado debe intervenir -y lo hace- con el propósito de "garantizar el interés público comprometido", mediante actividades consideradas fundamentales:

-Controlando la solvencia de las empresas captadoras de ahorro, supervisando los contratos que se celebran a fin de evitar cláusulas abusivas.

-Fiscalizando la actividad misma en sus aspectos sanitarios¹⁸.

A.B) CARACTERES PRINCIPALES DEL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA¹⁹

1.- CONTRATO DE ADHESIÓN, CLAUSULAS PREDISPUESLAS

Este tipo de contrato es, a las claras, un contrato de adhesión debido a que existe una organización - empresa que mediante planes de diferentes categorías y con disimilitud de

¹⁷ LORENZETTI, RICARDO LUIS; "Tratado de los contratos", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1999, 1 ed, p. 201.

¹⁸ Según LORENZETTI, RICARDO LUIS; "Tratado de los contratos", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1999, 1° ed., p. 200.

¹⁹ Conviene v. especialmente GHERSI CARLOS y WEINGARTEN (Directores); "Tratado de derecho a la salud y responsabilidad médica", Buenos Aires, 2012, Editorial La Ley.

servicios a brindar, pre-dispone las cláusulas. De esta manera, el consumidor se limita a escoger la opción de cobertura que más cumple con sus expectativas o simplemente aquella que esté a su alcance económico.

Sobre este tipo de contratación se expidió, entre otras, la Sala L de la Cámara Nacional Civil, diciendo: " ... La libertad de contratación que beneficia a los profesionales liberales encuentra su límite en la función social que cumplen como prestadores de servicios esenciales para la comunidad. Por tanto, si tales prestaciones parten de un acuerdo de voluntades a través de un contrato de adhesión y se cumplen bajo la faz de organización empresarial con fines mercantiles de lucro, la exigencia de la buena fe debida se torna de interpretación más rígida ... (*Arenas, E c/Centro Médico Santa Fe S-A. C. y otro si Sumario. 28-05-96*)"²⁰.

2.- CONTRATO DE CONSUMO

Asimismo, nos encontramos ante un contrato de consumo ya que el servicio prestado es a un destinatario final. Esto implica que le sea aplicable la ley 24.240 de la Ley de Defensa del Consumidor, que en su artículo primero delimita su objeto diciendo:

"La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes

- servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio
- de su grupo familiar o social. Queda comprendida la adquisición de derechos en tiempos compartidos, clubes de campo, cementerios privados y figuras afines.

Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo²¹.

3.- ALEATORIEDAD

Con respecto a la aleatoriedad el Dr. Ricardo Luis Lorenzetti la ha planteado como un problema.

El primer obstáculo que el autor encuentra es al identificar al contrato de medicina prepaga con un contrato de ahorro previo para bienes. Dice que entre ambos contratos sólo existe una "diferencia formal de metodología contractual con encubrimiento de un contrato de financiamiento"²². Entonces ¿por qué a una persona que desea retirarse del sistema de medicina prepaga no se le reintegran las cuotas abonadas si no utilizó ninguna

²⁰ ROSALES, PABLO OSCAR y LOVECE, GRACIELA; "Selección de Jurisprudencia sobre Contrato de Medicina Prepaga", www.pablorosales.com.ar/files/17.doc...

²¹ Ley n° 24.240 Sancionada: 22 de septiembre de 1993. Promulgada: 13 de octubre de 1993. Publicada: Boletín Oficial: 15 de octubre de 1993.

²² Según LORENZETTI, RICARDO LUIS; "Tratado de los contratos", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1999, 1° ed., p. 205.

prestación?

Hay autores que explican esto diciendo que el canon mensual que pagan los afiliados es tanto una contraprestación como una cuota de inversión, sirviendo para facilitar recursos a la empresa en su desarrollo²³.

Es por esto que no caben dudas de que nos encontramos en presencia de un contrato absolutamente aleatorio, ya que ninguna de las partes sabe si el afiliado deberá recibir servicios médicos, lo cual claramente depende de un acontecimiento incierto y coincide con la definición de 'aleatorio' que da la Real Academia Española al definirlo como: "dependiente de algún suceso fortuito"²⁴.

Otro de los problemas que manifiesta haber encontrado es la facilidad que existe en la actualidad para una de las partes, de disminuir notablemente la aleatoriedad y de esta manera trasladar los riesgos a la otra. En este sentido dice:

"... no se juega al todo o nada, ya que el cálculo probabilístico permite establecer un margen de riesgos acotado. Los siniestros que ocurren tienen una frecuencia estadística, pueden ser compensados, diversificados y en suma, controlados de modo tal que existe una posibilidad cierta de ganancia. La masividad de la contratación, cálculo actuarial y la tecnología informática permiten que la empresa asegurativa sea previsible. Este dato no transforma al contrato en conmutativo. Una persona contrata sin saber si se va a enfermar o no, y por esa razón es que está dispuesta a pagar menos dinero que si fuera un acontecimiento seguro. Si ya estuviera enferma o existiera una posibilidad cierta, tendría que ir al médico y pagaría más. Este nivel de incerteza lo incita a ahorrar, a prevenir futuros acontecimientos, a buscar seguridad."

Entonces, estamos de acuerdo en que la traslación del riesgo sin asumir ninguno es contraria a la buena fe debida por las partes en todo tipo de contrato. Está prohibida. En cambio las empresas de medicina prepaga sí están legitimadas para "difundir los riesgos en función de un cálculo probabilístico". Una cosa es absolutamente disímil de la otra. "Si el alea queda a cargo de una sola de las partes, y la otra tiene una certeza de ganar, la cláusula es nula"²⁵.

A.C) OBJETO DEL CONTRATO: DELIMITACIÓN DEL RIESGO CUBIERTO²⁶

1.-LA EXTENSION DE LA COBERTURA

Determinar los límites de la obligación de la empresa de medicina prepaga a prestar asistencia médica también es materia de conflictos.

²³ Conviene v. especialmente: GHERSI, CARLOS ALBERTO, WEINGARTEN, CELIA e IPPOLITO, SILVIA, "Contrato de medicina prepaga", segunda edición, EDITORIAL ASTREA, 1999.

²⁴ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Recuperado de: http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=cultura

²⁵ Según LORENZETTI, RICARDO LUIS; "Tratado de los contratos", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1999, 1° ed., p. 206.

²⁶ En lo sustancial seguimos a: LORENZETTI, RICARDO LUIS; "La empresa médica", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1998.

Como se dijo anteriormente dentro de los diferentes planes proporcionados por las empresas y entre los que el consumidor debe elegir, se cubren distintas patologías o servicios a brindar, con distintos precios y calidades en la cobertura. Es por esto que lo primero que hay que determinar es cuál es el riesgo cubierto y luego, hasta cuándo se debe la atención.

Hay dos soluciones doctrinarias para la delimitación del riesgo.

La primera es interpretarla restrictivamente sin posibilidad de analogía dentro de la lista que le proporciona al paciente la organización, a fin de incluir cuáles son los riesgos que no serán cubiertos. En este sentido es de aplicación el artículo 218 inciso 7 del Código de Comercio cuando dice:

"Siendo necesario interpretar la cláusula de un contrato, servirán para la interpretación las bases siguientes: ... En los casos dudosos, que no puedan resolverse según las bases establecidas, las cláusulas ambiguas deben interpretarse siempre en favor del deudor, o sea en el sentido de liberación."

La segunda alternativa deviene de la calificación del contrato como "de adhesión" y se considera que habiendo dudas acerca de las delimitaciones de prestación la duda juega en contra de aquel que estipuló las cláusulas. Del mismo modo, al ser un contrato de consumo también está en juego el principio del *'favor consumatore'*²⁷.

Para Lorenzetti si se aplica la primera de las posibilidades el peligro se encuentra en que podrían dejar debilitados a aquellos consumidores que contrataron creyendo que estaban cubiertos y luego se ven privados de la cobertura. Y si se optara por la segunda de las vías se provocaría el efecto contrario al obligar a la empresa a asumir riesgos no previstos y así generar el desequilibrio del contrato. De ninguna de las formas es justo. Así las cosas el autor propone lo siguiente:

"... la empresa puede delimitar los riesgos que asegura siendo lícita esta determinación e insusceptible de ser declarada abusiva, y no es admisible la interpretación analógica ni extensiva (STIGLITZ, R.). Como contrapartida la empresa tiene el deber de informar al consumidor con claridad sobre estos aspectos, y si lo hace de un modo ambiguo, habrá una interpretación a favor del consumidor. De tal manera, si la empresa informa adecuadamente y sin ambigüedades cual es el riesgo cubierto, el juez no tendrá la posibilidad de introducir otros aspectos no incluidos, se podrá objetar que esta solución es contraria al consumidor. No es así, puesto que en general las legislaciones que tienen por finalidad la protección del consumidor instrumentan un catálogo de cláusulas abusivas de las que excluyen las obligaciones nucleares, es decir, la relación precio-prestación principal..."²⁸.

Podemos concluir al respecto de lo antedicho en que existe un problema principal que

²⁷Según LORENZETTI, RICARDO LUIS; "Tratado de los contratos", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1999, 1° ed., p. 208.

²⁸ LORENZETTI, RICARDO LUIS "Tratado de los contratos", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1999, 1° ed., p. 209.

encierra a todos los aspectos derivados generando múltiples sub-problemas: el de la falta de transparencia en la información brindada a los consumidores-pacientes-clientes.

2.-LA INTERPRETACION DE TERMINOS AMBIGUOS EN LA DELIMITACIÓN DEL RIESGO

La necesidad de establecer una metodología de la interpretación de los contratos es determinar aquello que una de las partes tenía derecho a inferir de la actitud de la otra y viceversa. Como dice Lorenzetti: "Cada uno es responsable de sus propios actos en cuanto crean expectativas"²⁹.

En nuestro país existen principalmente dos normas que marcan el camino a seguir a la hora de la interpretación de los contratos. Estas son, ley 24.240³⁰ de Defensa del Consumidor y el Código Civil Argentino.

La primera de ellas en la segunda parte de su artículo 37 dice:

"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."

Y el artículo 1198 del Código Civil, en su primer párrafo, incorpora a nuestra legislación el principio general de la buena fe en el ámbito contractual al decir lo siguiente:

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

Hay varios aspectos de este principio, verbigracia:

~ La buena fe objetiva: como sinónimo de lealtad al respecto de la palabra empeñada y en el obrar leal y sincero.

~ La buena fe-creencia: se relaciona con la protección de la confianza al respecto de la apariencia generada por las partes. Tiene un perfil protectorio.

Como ya ha sido mencionado en el presente trabajo, al tratarse el contrato de medicina prepaga de un contrato de adhesión, la responsabilidad al respecto de la expectativa creada, debe ser relacionada con la obligación de informar de manera clara y transparente.

El autor al que seguimos en el presente acápite dice siguiendo al jurista alemán Karl Larenz:

"En la contratación masiva, el estándar no es un sujeto en particular, sino el hombre medio integrante del grupo de destinatarios. Como las condiciones generales se redactan en

²⁹ LORENZETTI, RICARDO LUIS "La empresa médica", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1998, p. 145.

³⁰ Ley 24.240; sancionada el 22 de septiembre de 1993; promulgada parcialmente el octubre de 1993; publicada en el Boletín Oficial del 15 de octubre de 1993.

miras a una categoría de sujetos y en atención a una clase de actividades, se puede extraer de ello un concepto general"³¹.

Así, con esta posición sobre la importancia de la información en este tipo de contratos con cláusulas predisuestas, el autor plantea la siguiente técnica de interpretación:

"Si se discute si una enfermedad o un tratamiento están o no incluidos, la empresa deberá probar que informó sobre la existencia de planes que lo cubrían y que este optó por uno que excluía la prestación. De esta manera se motiva a la empresa a informar con claridad"³².

3.-LA OBLIGATORIEDAD DE LA OFERTA A TRAVÉS DE LA PUBLICIDAD

La publicidad es de gran importancia en la medicina prepaga para promover los servicios ofrecidos. Crea expectativas, destaca aspectos particulares de los beneficios que poseen las empresas y es necesaria para su difusión.

La ley de defensa del consumidor³³, que como ya dijimos es aplicable al contrato de medicina prepaga por ser este un contrato de consumo. Ésta en su artículo 8 establece los efectos de la publicidad en cuanto a la oferta:

"Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios prospectos, circulares u otros medios de difusión obligan al oferente y se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor."

En este sentido, la tarea del juzgador será la de determinar cuál ha sido la expectativa creada a través de la publicidad, como así también la cantidad de información que puso la empresa a disposición del consumidor para impulsar su decisión.

La Ley 26.682³⁴ en su artículo 8º, prescribe que los sujetos comprendidos en el nuevo régimen legal únicamente pueden utilizar modelos de contratos previamente autorizados por la Autoridad de Aplicación y en su artículo 9º establece que los usuarios pueden rescindir en cualquier momento el contrato celebrado, sin limitación y sin penalidad alguna, debiendo notificar fehacientemente esta decisión a la otra parte con treinta (30) días de anticipación, en tanto que los prestadores sólo pueden hacerlo cuando el usuario incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o cuando 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 ley referenciada deben comunicar en forma fehaciente al usuario la constitución en mora intimando a la regularización dentro del término de diez (10) días.

³¹ LORENZETTI, RICARDO LUIS "La empresa médica", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1998, p. 145.

³² Idem, p. 146.

³³ Ley 24.240; sancionada el 22 de septiembre de 1993; promulgada parcialmente el 13 de octubre de 1993; publicada en el Boletín Oficial del 15 de octubre de 1993.

³⁴ Ley 26.682, Sancionada el 4 de Mayo de 2011 y Promulgada el 16 de Mayo 16 de 2011.

4.-EXCLUSION DE LA COBERTURA

La 'exclusión de la cobertura' consiste en aquellas enfermedades y tratamientos que no se encuentran incluidos dentro de las prestaciones del contrato. Lorenzetti las considera válidas, únicamente cuando se haya brindado información detallada y clara al consumidor acerca de la falta de las mismas en su plan, siempre y cuando haya mediado además el rechazo de parte del mismo, ante el ofrecimiento de las mismas en alguna de las alternativas presentadas por el prestador³⁵.

En nuestro país, el artículo 37 de la ley de Defensa del Consumidor establece como cláusula abusiva a aquella que excluye o limita la responsabilidad, pero lo hace refiriéndose a las obligaciones, y no al objeto del contrato. De esta forma nuestra legislación entiende que la exclusión de la cobertura por parte de la empresa no es una limitación de responsabilidad, por el contrario, si un tratamiento o enfermedad están incluidos en el plan elegido por el usuario, la prestadora no tiene la posibilidad de limitar su responsabilidad o exonerarse de ella.

El artículo 7 de la Ley 26.682 (sobre el que volveremos mas adelante) establece la obligación de los prestadores establecidos por el nuevo régimen legal de cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el Programa Médico Obligatorio vigente según Resolución del Ministerio de Salud de la Nación y el Sistema de Prestaciones Básicas para Personas con Discapacidad prevista en la ley 24.901 y sus modificatorias.

5.-EL ESTABLECIMIENTO DE PERIODOS DE CARENIA

El período de carencia es un lapso de tiempo en el cual el paciente-afiliado a la empresa de medicina prepaga, debe pagar la prima sin recibir prestaciones. La edad del afiliado, en algunos casos, también constituye un límite a los efectos de acceder a todos o a determinados planes.

Sin embargo, no en todos los casos los prestadores utilizan el período de carencia como modalidad contractual, pero cuando así lo hacen, generalmente, la prima aumenta en forma considerable.

El origen de estos modos de contratación es la naturaleza asegurativa del contrato y su finalidad es la de permitirle a la empresa acumular valores aportados por el cliente "previo a que ingrese al sistema con derechos efectivos"³⁶.

La Ley 26.682 en su artículo 10 reza textualmente: "Los contratos entre los sujetos comprendidos en el artículo 1º 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

³⁵ LORENZETTI, RICARDO LUIS; "La empresa médica", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1998, p. 149.

³⁶ Idem, p. 151.

de carencia deben estar suficientemente explicitados en el contra-to 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"³⁷.

A.D) ENFERMEDADES PREEXISTENTES EN EL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA

Para lograr un mayor entendimiento es de suma importancia explicar el concepto de "enfermedad preexistente".

Se entiende por enfermedades preexistentes a aquellas no conocidas en el momento en que el afiliado ingresa en la prepaga, y que, ya sea que hayan sido declaradas, o no, conocidas, o no, quedan excluidas de la responsabilidad de la prestadora, quien no va a dar cobertura a las prestaciones que de dicha dolencia deriven, o bien, dará de baja directamente al afiliado en cuestión, dejándolo despojado de cobertura médica. Al respecto existe un fallo de la Cámara de apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Azul, de julio de 2007, que resulta muy claro en el tema, y donde se establece: "En un contrato de medicina prepaga constituye una carga de la empresa adoptar aquellas medidas que considere pertinentes a los fines de delimitar la cobertura asumida. No puede negar la cobertura de una patología considerándola como preexistente o crónica si no ha realizado ninguna revisión médica en el momento en que el paciente adhirió a la cobertura. Está a cargo de la empresa el conocimiento previo del estado de salud del paciente (Dr. Peralta Reyes, sin disidencia) *C. de C., LA c/A.MAR. (Asoc. Mutual de ayuda Recip.) S/Amparo*³⁸.

Sin embargo, es difícil encontrar comunión en las corrientes doctrinarias que han desarrollado este concepto debido a que como expresa la Doctora Celia Weingarten " ... ciertas enfermedades, por sus características, no permiten determinar con precisión su origen, como así tampoco el tiempo de evolución ... "³⁹. "Así por ejemplo, se pueden citar casos en que la prepaga da de baja a un afiliado por haber sufrido un infarto, argumentando que poseía una enfermedad preexistente, cuando el afiliado nunca había tenido conocimiento ni síntomas de un problema coronario. Muchas veces las enfermedades tienen orígenes anteriores desconocidos y con imposibilidad de ser conocidos por los pacientes, por ello quien debe probar la preexistencia, el conocimiento por parte de los afiliados y que se falseó la declaración jurada de ingreso, no es otro que la prepaga"⁴⁰.

³⁷ Ley 26.682, Sancionada el 4 de mayo de 2011 y Promulgada el 16 de Mayo 16 de 2011.

³⁸ PAGINA OFICIAL DEL DEPARTAMENTO DE ORIENTACIÓN AL CONSUMIDOR DEL MINISTERIO DE PRODUCCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS.AIRES: www.consumocuidado.gba.gov.ar/ ..
./med_prepaga_fund_clausula%20abusiv a1.rtf

³⁹ "El contrato de medicina prepaga y las cláusulas abusivas". Cláusulas abusivas 1. Director GHERSI, Carlos A. Ed. Juris. 1999. pág. 29.-

⁴⁰ www.consumocuidado.gba.gov.ar/downloads/medyrepaga_fund/clausula%20abusiva 1. rtf

Todos estos inconvenientes surgen ya desde el inicio del contrato, porque desde el preciso instante en que se celebra el mismo, la empresa manifiesta que sólo dará cobertura por los eventos futuros, y no así sobre los ya ocurridos. La suposición es debido a que en los sucesos previos no existe alea, siendo riesgos conocidos.

Ahora bien, si se toma a la preexistencia como el origen de la enfermedad, un extenso número de enfermedades -por no decir todas ellas- quedarían excluidas del servicio a brindar y carecería de total sentido afiliarse a una empresa de medicina prepaga.

Lo más usual en los contratos es tomar a las preexistencias como aquellas enfermedades que el asociado padece al contratar, pero la posibilidad de determinar con certeza y en su máxima extensión esta circunstancia es fácticamente nula, ya que los costos serían sumamente excesivos (V.g. Haciendo un mapeo genético) y ninguna de las partes estaría dispuesta a asumir esa carga.

Es por esto que, como bien dice el Dr. Lorenzetti "no hay otro modo de conceptualizar la preexistencia que utilizando el concepto de manifestación de la enfermedad"⁴¹. A estos fines, las aseguradoras, utilizan el método de las declaraciones juradas de los ingresantes y el examen médico de ingreso como medios probatorios principales.

Si en un caso en particular se celebrara un contrato presuponiendo que el paciente se encuentra sano, y luego se determinara que el mismo posee alguna dolencia y que ésta era conocida por él, ésta manifestación se traduce en un vicio contractual en el momento mismo de la celebración. Va de suyo que se produciría de forma automática la anulación del mismo a modo de efecto jurídico directo. En cambio, si nos encontráramos frente a un paciente que posee una enfermedad a las claras preexistente, la empresa aseguradora entenderá que ésta no es un riesgo cubierto y va a poder excluir la cobertura de la misma.

A.E) LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Los contratos de medicina prepaga tienen la particularidad de ser contratos por adhesión, es decir, aquellos en los cuales las cláusulas son redactadas unilateralmente por el prestador del servicio. Por esa característica es probable que los mismos contengan cláusulas que favorezcan indebidamente al proveedor. Son las denominadas cláusulas abusivas. La Ley de Defensa del Consumidor, n° 24.240⁴² hace referencia a este tipo de cláusulas en su artículo 37 al hablar de la interpretación de los contratos. Dice:

"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

⁴¹ LORENZETTI, RICARDO LUIS; "Tratado de los contratos", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1999, 1° ed, p. 215.

⁴² Ley 24.240; sancionada el 22 de septiembre de 1993; promulgada parcialmente el 13 de octubre de 1993; publicada en el Boletín Oficial del 15 de octubre de 1993.

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"

A su vez, el Decreto n° 1798/94⁴³ reglamenta el artículo 37 de la Ley 24. 240 de Defensa del Consumidor, diciendo:

"Se considerarán términos o cláusulas abusivas las que afecten inequitativamente al consumidor o usuario en el cotejo entre los derechos y obligaciones de ambas partes."

El Ministerio de Economía de la Nación, en un artículo publicado en diversas páginas de Internet de Organismos Públicos⁴⁴ enumera entre las principales cláusulas abusivas de los contratos de medicina prepaga a las siguientes:

"1) Exclusión en el tratamiento de afecciones crónicas o congénitas:

La cláusula no enumera expresamente determinadas afecciones cuyo tratamiento se excluye. Aun en el caso en que fueran enumeradas, la exclusión en cuanto a su atención podría entrar en colisión con las obligaciones de la Res. 247/96 - Plan Médico Obligatorio, o resultar abusiva por desnaturalizar el servicio de salud ofrecido.

2) Periodos de carencia para la prestación de servicios: Considerando que la Res. PMO establece las carencias, es decir los períodos mínimos de espera para la prestación de determinados servicios, que se pueden disponer en la prestación de servicios médicos, la fijación de otros períodos implicaría la ampliación de derechos a favor del prestador, además de la colisión con la normativa vigente.

3) Cesión de los derechos por parte del afiliado, en caso de atención de daños provenientes de accidentes de tránsito:

Resultaría abusiva porque el afiliado cede el total de derechos de reclamo, y no hasta la cubrir el monto de los gastos efectivamente cubiertos por la prestadora.

⁴³ Resolución n° 1798/94, Decreto Reglamentario de La Ley 24240 de Defensa del Consumidor. Sancionado: 13 de Octubre de 1994, Publicado en el Boletín Oficial del 18 de Octubre de 1994.-

⁴⁴ <http://www.servicios.laplata.gov.ar/sistema-municipal-de-defensa-delconsumidor/medicinaprepaga>

4) Cuota adicional al cumplir mas de 65 o 70 años:

En principio, el no informar en el momento de la contratación el incremento futuro de la cuota resultaría una forma de eludir un elemento que es esencial para la existencia del contrato como lo es la determinación del precio. Por otra parte debe considerarse que, a partir de determinada edad, la mayoría de las empresas que brindan este servicio rechazan la solicitud de ingreso del afiliado, razón por la cual un aumento excesivo o desconocido por el particular al momento de la edad referida podría resultar una exclusión abusiva.

5) Falta de firma del usuario en los contratos:

Al no requerir la firma del afiliado para su concreción, la empresa podría estar incumpliendo el deber de información en forma veraz, eficaz y adecuada, conforme al arto 4° de la ley 24.240.

6) Rescisión sin expresión de causa:

En cuanto autoriza a las partes a rescindir el contrato, en cualquier momento y sin expresión de causa. Resultaría abusiva dado que no es posible poner en un plano de igualdad al adherente y a la empresa respecto de las consecuencias de la ruptura contractual; a la prestadora esta situación podría significarle sólo la pérdida de uno de sus cientos o miles de afiliados, en cambio, para el afiliado, podría implicar la pérdida de cobertura en un momento de extrema necesidad, la imposibilidad de acceder a otra cobertura por mayoría de edad, enfermedad, embarazo, etc., o, en el mejor de los casos, la pérdida de la antigüedad obtenida."

La primera de las enumeradas en este artículo es, a las claras, aquella que describe la naturaleza del problema que nos planteamos en el presente estudio. El Ministerio es contundente incluso aclarando que no sólo se considera abuso insertar en el contrato de medicina prepaga una cláusula negando atención a las afecciones congénitas en general, sino que es abusivo incluso si se las especifica individualizando cada enfermedad por separado.

En este comunicado el Poder Ejecutivo es conciso en aclarar que esto es así debido a que colisiona con la legislación vigente, más específicamente con la Resolución n° 247/96, que reglamenta el Plan Médico Obligatorio, e incluso por quitarle la naturaleza propia a lo que realmente involucra la celebración de un contrato de medicina prepaga, que es el ofrecimiento de un servicio de salud, con la carga moral que esto implica.

B) EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN SOBRE PRESTACIONES QUE SON OBLIGATORIAS PARA LAS EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGA⁴⁵. LA OBLIGACIÓN DE DAR SERVICIOS MÍNIMOS.

Es necesario hacer una reseña histórica legislativa para poder comprender cuales son las obligaciones legales en cuanto a las prestaciones debidas, que tienen las Empresas de Medicina Prepaga.

Uno de los primeros antecedentes del proceso legislador de los servicios médicos en la República Argentina es la ley 23.660⁴⁶, que crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud. Este sistema consiste en un conjunto de prestaciones esenciales, que deben ser garantizadas a los beneficiarios por los Agentes del Seguro de salud comprendidos en el artículo primero de la misma. La ley fue publicada en el año 1989, y fue en ese entonces también que se ordenó a la Administradora Nacional de Servicios de Salud (ANSSAL) lo relativo a su supervisión. Años más tarde, en 1996 este organismo de contralor fue reemplazado por la Superintendencia de Servicios de Salud que creó el Poder Ejecutivo mediante el decreto 1615/96.

En febrero de 1995 fue sancionada la Ley 24.455⁴⁷ que regula y actualiza las prestaciones obligatorias que deberán incorporar aquellas beneficiarias del fondo de redistribución de la Ley n° 23.661. De este modo ordena en su primer inciso la cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por algunos de los retrovirus humanos y también para aquellas que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y/o las enfermedades intercurrentes. En su segundo inciso hace lo propio ordenando cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas que dependan física o psíquicamente del uso de estupefacientes, y en el tercer inciso obliga a otorgar cobertura para los programas de prevención del SIDA y la drogadicción.

En el año 1997 entra en vigencia la Ley n° 24.754, que ordenó a las Empresas o entidades que presten servicios de Medicina Prepaga cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial, las mismas "prestaciones obligatorias" dispuestas para las obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, Y sus respectivas reglamentaciones. Es decir que esta ley obliga a prestar a partir del 2 de abril de 1997 una cantidad de prestaciones médicas que antes no se encontraban obligadas a prestar las empresas de medicina prepaga.

Estas prestaciones habían sido reguladas por la Resolución del Ministerio de Salud y Acción Social n° 247/96⁴⁸, que aprueba el Programa Médico Obligatorio (PMOE) - hoy actualizada -, que consistía (y aún lo hace), en un conjunto de prestaciones esenciales que

⁴⁵ En lo sustancial sigo: Monografía: "El derecho a la salud y el incumplimiento de los prestadores", autores: CONFORTI, Maria Cristina; SCARAVILLI, Natalia Silvana Martinuzzi, Mario Crespo. Curso Anual de Auditoria Médica, 2005.

⁴⁶ Ley n° 23.660, Sancionada: diciembre 29 de 1988, Promulgada: Enero 5 de 1989, Publicada: Boletín Oficial del 20 de enero de 1989.

⁴⁷ Ley n° 24.455 Sancionada: 8 de febrero de 1995. Promulgada: 1 de marzo de 1995. Publicada: Boletín Oficial del 8 de marzo de 1995.

⁴⁸ Resolución 247/1996 del Ministerio de Salud y Acción Social, promulgada el 17 de mayo de 1996.

deben garantizar a sus beneficiarios los Agentes del Seguro de salud que se encuentran comprendidos en el artículo 1 de la Ley 23.660. Tanto las Empresas de Medicina Prepaga como las obras sociales, deben basarse en esta reglamentación para controlar las prestaciones a que están obligados, con la finalidad de hacerlas satisfactorias, tanto desde el punto de vista prestacional, como administrativo.

La Resolución N° 201/2002⁴⁹ del mes de Abril del año 2002, establece el Programa Médico Obligatorio de Emergencia (PMOE) compuesto por el conjunto de prestaciones básicas esenciales que deben ser garantizadas por los Agentes del Seguro de Salud (comprendidos en el artículo 1° de la Ley N° 23.660).

Esta resolución (201/02), que actualiza a la 247/96, dice en su ANEXO 1: "este programa es de carácter obligatorio para los Agentes del Seguro de Salud, quienes no son meramente financiados del sistema, sino, y por sobre todo, responsables de la cobertura de la salud de la población beneficiaria".

El Programa Médico Obligatorio de Emergencia dista de ser una norma cerrada o rígida, toda vez que en el momento mismo de su creación fue ordenada su actualización periódica.

El PMOE debe ir avanzando y transformándose de la mano de la ciencia. Como dice el Dr. Julio Aren en su obra "Régimen legal de las obras sociales. Agentes del seguro Nacional de Salud"⁵⁰, es racional que el Programa Médico Obligatorio evolucione junto con el avance de la ciencia médica y las técnicas que ésta utiliza.

La nueva ley n° 26.682 establece el marco regulatorio de la medicina prepaga junto con su reglamentación por decreto 1993/2011⁵¹

En su capítulo III, establece en el artículo 7° la obligación de los sujetos comprendidos en el artículo 1° de cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el programa médico obligatorio vigente según resolución del ministerio de salud de la nación y el sistema de prestaciones básicas para personas con discapacidad prevista en la ley 24.901 y sus modificatorias, pudiendo ofrecer planes de coberturas parciales en servicios odontológicos, servicios de emergencias médicas y traslados sanitarios de personas y aquellos que tengan un padrón de usuarios inferior a cinco mil, pero con la salvedad que en todos los casos la prescripción de medicamentos debe realizarse conforme la ley 25.649, también cabe aclarar que quedan excluidas de dicha ley las cooperativas y mutuales, asociaciones civiles y fundaciones; y obras sociales sindicales.

⁴⁹ Resolución 201/2002 del Ministerio de Salud y Acción Social, promulgada el 19 de abril de 2002.

⁵⁰ AREN, Julio; Régimen legal de las obras sociales. Agentes del seguro Nacional de Salud. Lexis Nexis, 2007.

⁵¹ Ley 26.682, Sancionada el 4 de mayo de 2011 y Promulgada el 16 de mayo 16 de 2011.

III. CONSIDERACIONES DE VALOR SOBRE LA MEDICINA PREPAGA. DIMENSION DIKELOGICA DEL DERECHO.

Habiendo abarcado tema que nos ocupa en sus marco social y legal-legislativo, considero que es de suma importancia hacerlo también en su aspecto valorativo. Para ello aprovecharemos las enseñanzas de Ciuro Caldani quien en sus "Notas Jusfilosóficas para la comprensión de la Medicina Prepaga" analiza su Dimensión Dikelógica dentro del mundo jurídico.

La Medicina Prepaga importa la necesidad de integrar los valores salud, utilidad, justicia y humanidad (tenida en cuenta como el deber de ser cabal con nuestro ser), lo que en la práctica es por demás difícil.

Lo importante sería tratar de evitar con sumo cuidado que se considere de forma excesiva al valor salud llevando a su avance ilegítimo respecto de la utilidad, justicia e incluso la humanidad.

Para Ciuro Caldani "La medicina prepaga debe inspirarse en el sentido humanista que toma a cada individuo como un fin y no como un medio, lo que es importante, por ejemplo, para la adjudicación ("alocación") de recursos. Aunque se desenvuelve en un marco básico del humanismo abstencionista, debe cuidar no caer en el individualismo y a menudo exige un despliegue intervencionista (paternalista), que ha de estar atento para no desbarrancarse en el totalitarismo⁵².

IV. CONCLUSIÓN

El presente trabajo es el producto de una investigación que abarca varios aspectos de una misma problemática. Consideré necesario hacerlo desde distintos ángulos para así lograr una mejor comprensión del tema dada su gran complejidad.

El hecho de que los involucrados sean personas que se encuentran transitando una situación de vida no placentera, generalmente de sufrimiento, impotencia, inseguridad y, en muchos de los casos, de ignorancia al respecto de lo que les está sucediendo a sí mismos o a sus seres queridos, hace a nuestro entender, aún mas importante su estudio en profundidad.

No debemos olvidar tampoco que este tipo de enfermedad tiene su etapa de detección en el momento del nacimiento de las personas, momento que, como sabemos, generalmente es de gran expectativa dentro del núcleo familiar, lo que provoca que sean épocas muy duras para el círculo íntimo del paciente, que lejos esta de tener "ganas" de velar por aquello que simplemente les corresponde y que debe ser atendido, pero por aquellos que

⁵² CIURO CALDANI, MIGUEL ANGEL; "Notas Jusfilosóficas para la comprensión de la Medicina Prepaga", Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, 1990, p, 79.

están obligados a su protección.

La Organización Mundial de la Salud define la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de afecciones o enfermedades, y considera el derecho a la salud como derecho implícito del ser humano que deriva del derecho a la vida.

Según esta definición, el derecho a la salud no es solamente el derecho a estar sano, sino que también abarca un abanico de otras libertades y derechos más amplios, entre los que encontramos el derecho a un "sistema de protección de la salud" cuyo fin es dar a todos igualdad de posibilidades para gozar de una mejor calidad de ésta. Y es aquí en la igualdad donde es dable hacer hincapié, ya que a veces es desde la más temprana edad de los pacientes que nuestro sistema y sus vacíos les hace notar sus diferencias, lo que les genera un dolor y sufrimiento adicional e innecesario, tanto a ellos, como a sus familias.

Es imperiosa la aceptación de la cobertura de las Enfermedades Congénitas como un derecho, generando así el fin de la mecánica de demandar a las empresas de medicina prepaga a los efectos de que sean aceptados los pacientes de este tipo, ya que, al ejecutarse dichas sentencias, lejos de otorgar una dádiva, consideramos que quienes brindan el servicio simplemente están haciendo efectivo tal derecho.

Imaginamos una balanza en la que de un lado se encuentra una persona que transita una problemática en su salud y del otro las ganancias económicas de una empresa privada. Lo consideramos más que inapropiado.

Las empresas de medicina prepaga se esconden y escudan en la existencia, que a veces deriva en abuso, del instituto de las enfermedades preexistentes, en desmedro del derecho a la salud que le asiste a sus afiliados y a aquellos que desean afiliarse.

¿Dónde queda el derecho a la salud que nos garantiza la Constitución Nacional?

¿Aquellos que nacen con una enfermedad congénita no lo tienen? ¿Dónde está la igualdad que tanto se predica? Esto nos preguntamos ante el hecho de que se los pueda excluir del sistema privado. Creemos que debe existir la obligación para las empresas de medicina prepaga de incluir este tipo de patología en su marco de cobertura, aunque esto acarree para éstas la pérdida de parte de sus abultadas ganancias. Consideramos que debería de obligárseles a otorgar la cobertura a todo niño que nazca con estas dolencias sin hacer ninguna diferencia con los niños sanos y sin necesidad de reclamo alguno.

Si con respecto al HIV o a la obesidad, enfermedades que luego de años de lucha lograron su cobertura, nadie duda acerca del derecho que les es debido, ¿por qué se olvidan las enfermedades congénitas? Creemos que se debe a la falta de información que existe al respecto. Y, sobre todo, al resguardo legislativo de los intereses económicos de unos pocos contra el desmedro de muchos que sufren y que nadie protege.

Es necesario que el Estado, a través de leyes, sean nacionales o provinciales, adopte acciones positivas tendientes a proteger a quienes se encuentran en esta situación,

comenzado por plasmar en el derecho lo que en los hechos viene sucediendo, aquella tendencia jurisprudencial que se está adoptando y que necesita de su reglamentación efectiva.

Debemos contar con una reglamentación específica que, siguiendo los criterios legales, médicos, éticos y sociales que los legisladores estimen correctos, permitan a los afectados gozar plenamente del derecho a elegir cual quieren que sea su cobertura médica, si la pública o la privada. Que les permita optar y que no se los excluya de un tipo de cobertura solo por poseer una enfermedad.

Abogamos para que en la era de la inclusión (en la que todos nos jactamos de serlo y enarbolamos la bandera de la igualdad) ésta se conceda de forma efectiva y legal a todos y a cada uno desde el mismo momento del nacimiento. Si los sanos pueden elegir que los enfermos también lo puedan hacer y que nada ni nadie les haga sentir que son diferentes.

Para que el Estado argentino no permita que las empresas que lucran con la salud de las personas afecten su vida marcando la diferencia que justamente es la que debemos dejar de lado para general la igualdad. Que no rechacen a una persona por haber nacido con una afección. Que no dañen a familias enteras indicando sus debilidades. Que no gane el enriquecimiento económico por sobre todas las cosas. Que las leyes no se los permitan. Que finalmente se haga justicia.

BIBLIOGRAFÍA

TEXTO:

1.- CARLSON, Bruce M., "Embriología humana y biología del desarrollo", Capítulo: Desarrollo temprano y relación entre el feto y la madre.

2.- CONFORTI, Maria Cristina, Natalié Scaravilli, Silvana Martinuzzi, Mario Crespo Monografía: "El derecho a la salud y el incumplimiento de los prestadores", autores:. Curso Anual de Auditoria Médica - 2005.

3.- FONTANARROSA, Rodolfo O., Derecho Comercial Argentino, Zavalía, Buenos Aires, 1956.

4.- GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia (Directores) (2012) "Tratado de derecho a la salud y responsabilidad médica", Buenos Aires, Editorial La Ley.

5.- GHERSI, Carlos Alberto, WEINGARTEN, Celia e IPPOLITO, Silvia, "Contrato de medicina prepaga", segunda edición, EDITORIAL ASTREA , 1999.

6.- GHERSI, Carlos Alberto (Director), "El contrato de medicina prepaga y las cláusulas abusivas". Cláusulas abusivas 1. Ed. Juris. 1999.

7.- LORENZETTI, Ricardo Luis, "La empresa médica", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1998.

8.- LORENZETTI, Ricardo Luis, "Tratado de los contratos", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1999, 1 ED.

9.- ROBBINS y COTRAN, (2005), Patología estructural y funcional (7ma edición), Madrid - España, Editorial Elsevier.

10.- URBINA, Paola Alejandra, "El acceso a la medicina prepaga en Argentina y el MERCOSUR. Perspectivas del Derecho Privado ante las exigencias sociales y económicas del nuevo milenio". TESIS DOCTORAL, UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y SOCIALES.

11.- ZAVALA RODRIGUEZ, Carlos J., "Derecho de la empresa", Depalma, Buenos Aires, 1971.

BIBLIOGRAFÍA WEB:

MARTIN SANCARO, "EL SISTEMA DE SALUD EN NUESTRO PAÍS", .. <http://www.fatfa.com.ar/notas/2010/04abril10/sistemasalud.html>

FAUSTINO BERAUN BARRANTES, "LOS PARADIGMAS DEL DERECHO COMERCIAL", " <http://faustinoberaunbarrantes.blogspot.com/2010/01/los-paradigmas-del-derechocomercial.html>",

PABLO OSCAR ROSALES - GRACIELA LOVECE, "Selección de Jurisprudencia sobre Contrato de Medicina Prepaga", .. www.pablorosales.com.ar/files/17.doc...

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: " <http://buscon.rae.es/drae/SrvltConsulta?TIPOBUS=3&LEMA=cultura>"

PAGINA OFICIAL DEL DEPARTAMENTO DE ORIENTACIÓN AL CONSUMIDOR DEL MINISTERIO DE PRODUCCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: www.consumocuidado.gba.gov.ar/med_prepaga_fund_clausula%20abusiva1.rtf

www.consumocuidado.gba.gov.ar/downloads/med_prepaga_fund_clausula%20abusiva1.rtf

PAGINA OFICIAL DE LA MUNICIPALIDAD DE LA PLATA: <http://www.servicios.laplata.gov.ar/sistema-municipal-de-defensa-del-consumidor/medicinaprepaga>"

SECCION JURISPRUDENCIA

LIBERTAD DE PRENSA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION,
"BRUNO ARNALDO LUIS C/ LA NACIÓN S.A.", BUENOS AIRES, 24 DE
AGOSTO DE 2001 (PRIMERA PARTE)

El actor promovió demanda contra 'S. A. La Nación', reclamando los daños y perjuicios que dijo haber sufrido, a raíz de las publicaciones aparecidas en el citado diario los días 31 de marzo de 1992 y subsiguientes, en las que se lo vinculaba como posible partícipe en el atentado a la Embajada de Israel. Afirmó que había mediado desidia en las diligencias previas a la difusión de la especie, importando ello un abuso de la libertad de prensa, y, por otra parte, que se había vulnerado su derecho a la Intimidad, de rango constitucional, protegido, a su vez, por el artículo 1071 bis del Código Civil (y. fs.19/25 del expediente principal, foliatura a citar en adelante)

El Juez de Primera Instancia, rechazó la acción sustentada en el primer argumento, sobre la base en lo esencial, de juzgar aplicable al caso la doctrina de la Corte a partir del caso Campillay c/ La Razón' (Fallos: 308:389). Consideró, sin embargo, lesionado el derecho a la intimidad del actor en los términos del dispositivo legal antes referido, haciendo lugar a la demanda sólo en este último aspecto (y. fs.87/91).

Apelado el decisorio por ambas partes, la Sala 'K, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, lo confirmó en lo principal, y, además, lo revocó parcialmente, desestimando también el resarcimiento basado en el artículo 1071 bis del Código Civil (y. fs. 144/154).

Para resolver de ese modo, sostuvo que el "Thema decidendi" giraba en torno a determinar si se habían cumplido los recaudos que la Corte Suprema considera fundamentales para brindar adecuada protección a la garantía de publicar ideas por la prensa. Luego de aludir a precedentes, del Tribunal que destacaron la necesidad de armonizar el ejercicio de la libertad de expresión con otros derechos constitucionales, como la privacidad, la moral, y el honor de las personas, se detuvo en analizar los principios establecidos en la doctrina del caso 'Campilla en orden a que, la seriedad en la difusión de noticias que puedan rozar la reputación de las personas, impone el deber de propalar la información atribuyendo su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial, o dejando en reserva la Identidad de los implicados en el hecho ilícito. Circunscrita la cuestión a dilucidar si en el sub lite se habían cumplido estos requisitos, el a-quo, compartiendo el criterio del juez de grado, se inclinó por una respuesta afirmativa.

Dijo que "La Nación" atribuyó la Información a la fuente de que provino, toda vez que la asignó a fuentes del Gobierno', al 'Ministerio del Interior, y a 'fuentes militares', agregando que las mismas no imputaron al actor su participación en el atentado, sino que, por el contrario, alejaron esa posibilidad al calificar a esas hipótesis de "poco valederas".

Frente al argumento referido a la falta de precisión en señalar el origen de la noticia, respondió que el periodista, por vía de principio, debe mantener en secreto dicha fuente, lo que constituye una manifestación del secreto profesional reconocido por el artículo 43 de la Constitución Nacional. Juzgó en definitiva, que en el caso se cumplió con la exigencia de atribuir directamente la noticia a su fuente, no siendo, empero, necesario identificarla por nombre y apellido.

A continuación, el sentenciador se ocupó de demostrar que - opuestamente a lo afirmado por el actor -, las noticias difundidas por 'La Nación', habrían utilizado el tiempo de verbo potencial a que alude el precedente 'Campillay' concluyendo que no se le imputó el atentado al accionante, que en ningún momento se empleó el presente del Indicativo para acusado, que el diario no hizo suya esa información, y que se ubicó al demandante como un posible o eventual partícipe, siempre en un plano hipotético o conjetural. Añadió que las versiones de las fuentes a que alude el diario demandado, tendían más bien a desvincularlo del atentado, y que todo lo expuesto denotaba la prudencia y circunspección con que procedió el diario "La Nación".

Sostuvo que entre el derecho a publicar las ideas por la prensa sin censura previa y buscar, recibir y dar información en un caso de resonancia institucional e internacional, como el atentado a la Embajada de Israel, y el derecho del actor a defender su honor y privacidad, optaba sin hesitación por el primero, con la expresa salvedad de que ello es así en el caso ocurrente, debido a que las circunstancias fácticas que lo rodean, autorizan a llegar a esa conclusión.

En cuanto a la queja del actor referida a la mención de su nombre por el diario, el sentenciador entendió que el precedente Campillay no exige la concurrencia de dos requisitos, sino que el empleo de la conjunción disyuntiva en la doctrina de este fallo, alude a una opción entre ellos, y en consecuencia — concluyó -, si el diario utilizó el tiempo de verbo potencial, pudo mencionar el nombre del actor.

Finalmente; consideró que la doctrina de la real malicia — invocada por el accionado en su contestación a la demanda -, coadyuva al rechazo total de los agravios de la parte actora. Dijo que, si bien esta doctrina fue omitida por el juez de grado — que se pronunció sobre la base de otros argumentos -, la circunstancia de haber sido reiterada por el demandado en su contestación de agravios, facultaba a la Alzada para considerarla en su misión revisora, por estar incorporada a la causa.

Estimó que el actor, en su condición de militar, reviste la calidad de hombre público, o, en el peor de los casos, de persona privada vinculada a un acontecimiento público de primera magnitud, y, en ese carácter - dijo -, la doctrina de la real malicia le resulta plenamente aplicable, toda vez que el actor no demostró que el diario accionado hubiera publicado la noticia a sabiendas de su falsedad, o sin preocuparse por su certeza.

Al tratar el agravio de la parte demandada concerniente a la admisión parcial de la acción por el inferior - que juzgó lesionado el derecho a la intimidad " en el artículo 1071 bis del Código Civil-, la Sala K entendió que, en el caso, no se dan las condiciones y requisitos que la doctrina y la jurisprudencia exigen considerar vulnerada la intimidad de una persona. Adujo que las referencias periodísticas a las sanciones disciplinarias del actor, aludían a un ámbito que excede lo íntimo de la vida privada o familiar, ya que se referían a su experiencia profesional en el Ejército Argentino, aunque no tenían relación con el hecho principal que motivó la noticia. Esta en interpretación del juzgador, la razón fundamental que impide el resarcimiento con apoyo en el artículo 1071 bis del Código Civil.

Contra este pronunciamiento, el actor dedujo recurso extraordinario, cuya denegatoria motiva la presente queja.

Se agravia el recurrente, pues: entiende que el caso resultaron confrontados derechos constitucionales como el honor la honra y la Intimidad, con otros de igual rango, como informar y publicitar Ideas y noticias periodísticas, y el a quo realzó un derecho sobre otro, al interpretar que no hubo arbitrariedad en la difusión de la noticia y en la violación de sus derechos.

Afirma que se trata de un tema institucional y trascendente, pues se corre el riesgo que el derecho a informar, se transforme en ilimitado, por encima de la ética y el respeto por la persona.

Tacha de arbitraria a la sentencia, en orden a que la misma consideró reunidos los requisitos de la doctrina del fallo "Campillay", cuando, según el recurrente, ninguno de ellos se ha cumplido.

Niega que haya quedado claramente acreditada la directa atribución de la noticia a la fuente de la que provino, pues — dice — una vaga alusión a "fuentes militares", "fuentes de gobierno", "fuentes del Ministerio del Interior, no es la "fuente pertinente" de la que habla la doctrina referida, y lo coloca en un verdadero estado de indefensión, ya que, al no haberse precisado el origen de la especie, no tiene a quien dirigir sus reclamos. Agrega que el secreto profesional al que alude el juzgador con base en el artículo 43 de la Constitución Nacional, nada tiene que ver con el tema en debate, ya que no ha sido cuestionado por el quejoso. Manifiesta que su planteo es diferente, pues está dirigido a señalar que el hecho de precisar la fuente hace derivar cualquier eventual responsabilidad en el caso, y como el diario 'La Nación' no lo hizo, su obrar deviene arbitrario y resulta responsable de sus actos.

Afirma que, en el caso, la llamada 'fuente pertinente', era la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que entendía en la causa, y que podría haber dado la mejor Información.

Alude luego el apelante al uso de verbo potencial, alegando que el a quo no trató sus argumentos basados en el artículo 902 del Código Civil, y referidos a que el demandado debía conocer las normas gramaticales dadas por la Real Academia Española, para las que no existen los tiempos de verbos potenciales, sino las frases potenciales, que no son las que utilizó el demandado.

Aduce que el título del periódico del día 31 de marzo de 1992, se halla en presente del indicativo. Manifiesta que dicho título, que dice 'Atentado: Investigan a un mayor retirado', escrito de manera asertiva, atrae al público ávido por conocer detalles, y que el lector, al recorrer el contenido de la noticia para saber quien es el mayor investigado, se encuentra con todos los datos del accionante, quedando la sensación en el entornó de su persona, que lo están investigando.

En cuanto al tercer requisito del fallo 'Campillay relativo a la reserva de la identidad de los implicados, afirma que medió total falta de discreción, ya que se dieron todos los datos del apelante, y que además se le atribuyó un viaje a Libia. Expresa que esta noticia no se ampara en el derecho de prensa, pues el afectado no es funcionario, ni una figura pública, sino un militar retirado, y que tampoco es un particular involucrado en el hecho.

Relaciona esta reflexión con la doctrina de la real malicia, y manifiesta, en primer lugar, que no deba haberse resuelto en base a ella, pues el juez de grado no la aplicó al sentenciar, y la Cámara confirmó la sentencia en base a argumentos similares; independientemente de la aplicación de esta doctrina. Discurre que su tratamiento devino, entonces, abstracto e inconducente, ya que no integraba la litis, lo que coloca a su parte en una situación más gravosa, vulnerándose con ello la Igualdad en el proceso.

En segundo lugar sostiene que esta doctrina resulta inaplicable porque su parte — reitera —, es solamente un particular al que la publicación involucró periodísticamente, y, por lo tanto, no debe probar la malicia en la difusión de la noticia, ni su mala fe. En ese orden; afirma que conforme emana de la jurisprudencia de V.E; para aplicar esta doctrina cuando se trata de un particular, su vinculación con un acontecimiento público debe ser de carácter jurídico, y no periodístico, y que el quejoso no tuvo ningún nexo jurídico en la causa del atentado, sino que el periódico lo involucró periodísticamente, sin que tuviera nada que ver.

*Sin perjuicio de que - a su entender - esta doctrina deviene inaplicable, agrega que el diario obró con culpa grave, y que con ella también se materializa la real malicia. Reitere

que el demandado no solamente no verificó la seriedad y veracidad de la información, sino que, conociendo su fragilidad, lanzó sin embargo todos los datos personales del recurrente, vinculándolo con el atentado, sin importado los perjuicios que causarla.

Se agravia, además, por cuanto considera vulnerado arbitrariamente su derecho a la Intimidad en los términos del artículo 1071 bis del Código Civil. Manifiesta que la difusión de sus antecedentes militares perjudicó su imagen, ya que no venían a nada en la publicación, y los legajos no son documentos puestos a disposición del público. Agrega que la noticia de los viajes a Libia dañó aun más su concepto, dado a que en la conciencia informativa, es un país supuestamente vinculado al terrorismo, y que la difusión de sus negocios comerciales, constituyen una violación a su esfera privada, por el solo hecho de darlos a conocer.

Por último, se queja por las costas impuestas por los rubros desistidos a fs. 73, alegando que el desistimiento después del traslado de la demanda no debe ser con costas, atento a que la otra parte no trabajó en el tema por no producirse la prueba.

III

Previo a examinar el fondo del asunto, procede recordar que, conforme lo ha establecido el Tribunal, cuando el recurso extraordinario se funda, como ocurre en el caso, por un lado, en agravios de naturaleza federal, tales como la confrontación de derechos constitucionales y la inteligencia de las cláusulas de la Constitución Nacional que los instituyen, y de otro, en la arbitrariedad del pronunciamiento, corresponde considerar en primer término esta última, pues de existir arbitrariedad, deviene insustancial el tratamiento de los demás argumentos, ya que no habría sentencia propiamente dicha (y. doctrina de Fallos: 312:1034; 317:1455; y sentencia de fecha 17 de marzo de 1998, dictada en los autos S. 268, L. XXXIII, caratulados Stoll, Violeta Andrea s/ sucesión testamentaria — proceso especiar, entre-otros).

-IV

*Surge de la reseña que antecede, que el a-quo estimó que la cuestión a decidir consistía en comprobar, conforme a los precedentes doctrinarios del Tribunal, si concurrían en la especie las condiciones esenciales para proporcionar la debida protección a la libertad de prensa, y juzgó, en primer lugar, que el sub-tite reunía los requisitos de la doctrina del caso "Campillay".

*Sin embargo, el fallo carece de los fundamentos adecuados para autorizar esa conclusión, toda vez que - en mi parecer -, realiza una consideración y valoración defectuosas de extremos conducentes del proceso en el marco de precedentes jurisprudenciales del Tribunal.

En efecto, la doctrina introducida por la sentencia dictada en el caso Campillay (Fallos: 308:789), y desarrollada posteriormente en causas como "Abad y "Granada" (Fallos:315:632; y 316:2394), ha establecido que el medio que difunde una Información eventualmente difamatoria para un tercero, no responde civilmente por ella, cuando utiliza un tiempo de verbo potencial, o cuando omite la Identidad de los implicados, o cuando atribuye sinceramente la noticia a otra fuente.

Respecto a este último recaudo, la Corte tiene dicho que para eximir de responsabilidad al informador, éste debe atribuir directamente la noticia a una fuente identificable, y transcribir en forma sustancialmente fiel lo manifestado por la misma (y. doctrina de Fallos: 316:2417). Esta expresa referencia a la identificación de la fuente, y a la fidelidad en su transcripción, nos permite concluir que una correcta comprensión de esta doctrina, exige que la mención de la fuente sea clara y precisa, circunstancia que no ocurre en autos, toda vez que la alusión a "fuentes del Gobierno", "fuentes allegadas al Ministerio del Interior, o "fuentes militares", resulta evidentemente genérica e incierta, en grado tal, que — como afirma el quejoso - no permite acreditar la seriedad de la noticia, ni reconocer a su emisor originario, para, eventualmente enderezar la demanda contra él, colocando al afectado en estado de indefensión. Máxime cuando V.E. también ha

establecido que ante una situación potencialmente injuriosa o calumniosa de un ciudadano cualquiera, el editor o radiodifusor en sobreaviso, debe ser particularmente cauto en cerciorarse del posible fundamento verídico del suceso o acontecimiento (y. doctrina de Fallos: 308:510; 310:508, entre otros).

Por otra parte, a mi entender, tampoco se encuentra adecuadamente configurada en el sub-lite la causal de eximición de responsabilidad, basada en la utilización del tiempo de verbo potencial, desde si bien la sentencia señala que el contenido de la ubica al recurrente como un posible o eventual partícipe, en un plano conjetural, sin embargo, el a quo omite considerar que el título publicado en la primera página del diario del día 31 de marzo de 1992, expresa literalmente "Atentado: investigan a un mayor del ejército (y. fs. II). La posterior aclaración en el texto que le sigue - escrito con., letras más pequeñas -, acerca de las dudas sobre la presunta vinculación del actor con el hecho, y el empleo del tiempo de verbo 'potencial en el desarrollo de la noticia, no restan gravedad a fa primera aseveración, efectuada en tiempo presente y destacada en uno de los titulares de esa edición del periódico, cuya apreciación — reitero — no realiza el a quo en ese marco.

En cuanto al restante requisito del precedente Campillay relativo a la abstención de difundir la identidad de los presuntos implicados, es claro que el diario no solamente publicó el nombre del recurrente, sino que además divulgó datos de su legajo personal y de sus actividades comerciales (y. fs. 11 y 12), antecedente que refuerza la conclusión a la que ambo en el párrafo que antecede.

La sentencia cuestionada, incluyó, además, como argumento coadyuvante al rechazo de los agravios de la parte actora, la aplicación al caso de la doctrina de la real malicia.

Procede recordar al respecto, que la Corte adoptó, a partir del precedente de Fallos: 314:1517, el standard jurisprudencial creado por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *New York Times vs. Sullivan* (376 U.S. 255; 1964) - y sus complementarios, los precedentes *Curtis Vs. Butts* (388 U.S. 130, 1967); *Resenbloom VS. Matromedia* (403 U.S. 29; 1971) y *Gertz va. Welch* (418 U.S. 323, 1974) -, que se ha dado en llamar la doctrina de la real malicia y cuyo objeto es procurar un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieren sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos, figuras públicas y aún particulares que hubieran intervenido en cuestiones de interés público objeto de la información o de la crónica. Esta doctrina se resume en la exculpación de los periodistas acusados criminalmente o procesados civilmente por los daños y perjuicios causados por informaciones falsas, poniendo a cargo de los querellantes o demandantes la prueba de que las Informaciones falsas lo fueron con conocimiento de que eran falsas o con imprudente y notoria despreocupación sobre si eran falsas. El punto de partida está en el valor absoluto que debe tener la noticia en si, esto es, su relación directa con un interés público y su trascendencia para la vida social, política o Institucional (y. doctrina de Fallos: 320:1272, y sus citas).

En este contexto, cabe tener presente que VE. ha establecido, que lo esencial para evaluar el grado de tutela constitucional en maten de libertad de expresión a la luz de la reseñada doctrina, radica en precisar las condiciones que rodean a quien es objeto de la noticia y no al sujeto que la propala (Fallo citado, considerando 11°).

En atención a ello, entiendo que la aplicación al sub-lite que el sentenciador realizó de esta doctrina, tampoco se adecua a las circunstancias concretos del caso, toda vez que, por un lado, no atiende a la doctrina de que no se encuentra acreditado que el actor, aludido en la noticia, revista la calidad de hombre público por su condición de militar -. como dogmáticamente sostuvo la sentencia -: antes bien, de las constancias de la causa, surge - sin que, al menos, haya sido controvertido-, que se trata de un agente retirado que desarrolla actualmente actividades comerciales, situación que no permite calificarlo como personaje o figura pública. Y por otro, en este, contexto, también resulta arbitrera por falta de fundamento, la afirmación de que esta persona haya intervenido en la cuestión de interés público que fue objeto de la noticia, desde que - siempre según los elementos de autos -, no aparece que haya sido imputada, ni investigada en el hecho, ya que, según sus propios dichos no impugnados (cuya consideración omite el a-año sólo una vez, y luego de cuatro años, fue citada a deponer como testigo.

-VI-

Como colofón, creo necesario puntualizar, con arreglo a la doctrina de V.E., que es ocioso, a esta altura de la educación democrática, resaltar la importancia esencial que tiene el resguardo de la libertad de prensa como garantía indispensable de la salud republicana. Pero aun la más trascendente de las garantías constitucionales tiene su preciso límite, cual es el respeto irrestricto de dichas garantías, porque sin este respeto a ese límite, se caería en su absolutización desnaturalizada, transmutándose, de manera automática, en un dispositivo de inaceptables consecuencias nocivas. En nombre del ejercicio de una libertad tan decisiva como la de prensa, no se puede escudar el avasallamiento de la honra y de los derechos personales de los individuos, desde que la defensa de la dignidad de los seres humanos es, precisamente, el valor más excelso del sistema democrático y, en cambio, su negación, su maltrato, la malignidad más detestable de los autoritarismos y las tiranías. De allí que, a mi criterio, resulta ser tan obligatorio, por parte de la justicia, velar por el respeto a ultranza de la libertad de prensa, como hacerlo a su vez a favor de la honra de los ciudadanos, cuando un abusivo uso de aquélla ha venido a lesionarlos.

Por todo ello, opino que corresponde hacer lugar a la queja, declarar procedente el recurso extraordinario, y disponer vuelvan los actuados al tribunal de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo expuesto. FELIPE DANIEL OBARRIO

Buenos Aires, 10 de diciembre de 1999.

Vistos los autos: "Recurso hecho deducido por la actora en la causa Bruno, Arnaldo Luis c/ Sociedad Anónima La Nación", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que contra el pronunciamiento de la Sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al modificar el de primera instancia, rechazó la demanda de daños y perjuicios deducida por un ex militar con fundamento en que unas notas periodísticas publicadas en el diario La Nación habrían afectado su honor e intimidad al vincularlo como probable partícipe en el atentado a la Embajada de Israel y divulgar aspectos de su vida privada, el vencido interpuso el recurso extraordinario cuya desestimación dio motivo a la presente queja.

2º) Que, a tal efecto, después de hacer una breve reseña de los hechos de la causa y de recordar conocidos principios atinentes a la libertad de prensa y al deber de resguardar el honor de las personas, la mayoría del tribunal sostuvo que al mencionar como origen de la noticia a "fuentes del gobierno", al "Ministerio del Interior" y a "fuentes militares", la demandada había ajustado su conducta a las pautas establecidas en el fallo "Campillay" pues, según estimó, no era necesario individualizarlas con mayor precisión debido a que los periodistas tenían el derecho a mantener en secreto la procedencia de la información, salvo que estuviera en peligro la libertad de un inocente sometido a proceso penal.

3º) Que el a quo transcribió distintos párrafos de las notas cuestionadas y afirmó que el aludido diario había actuado con prudencia y circunspección al divulgar la noticia porque el actor nunca había sido señalado como autor o partícipe cierto en el ataque terrorista, ya que cuando se aludió al militar retirado siempre se había utilizado un tiempo de verbo en potencial e indicado en forma reiterada que las fuentes de información consultadas se inclinaban a desvincularlo del hecho y no a involucrarlo.

4º) Que la alzada adujo también que la circunstancia de haber proporcionado el nombre y apellido no implique el medio periodístico pudiera invocar a su favor la doctrina del referido fallo, la cual sólo exigía que el órgano de prensa transcribiera fielmente la información suministrada por otro medio o utilizara un tiempo de verbo potencial o mantuviera en reserva la identidad de los posibles afectados, mas no requería la concurrencia de todos esos requisitos ya que bastaba con el empleo de uno solo de ellos.

5°) Que, por último, el tribunal consideró que el peticionario -por su condición de militar re revestía el carácter de "hombre público" o, en el peor de los casos, de persona privada vinculada a un acontecimiento público de primera magnitud, motivo por el cual resultaba de aplicación la doctrina de la real malicia, que exige -tratándose de noticias inexactas o agraviantes- la prueba de que el medio periodístico había difundido la información con conocimiento de que era falsa o con absoluta despreocupación por saber si era o no cierta.

6°) Que el apelante sostiene que la sentencia es arbitraria porque al efectuar una interpretación inadecuada de los requisitos exigidos por la doctrina "Campillay" y admitir la cita genérica de las fuentes de información, se lo ha colocado en estado de indefensión al no tener a quien reclamar por el contenido de esa noticia, aparte de que la alusión a la existencia del secreto profesional de los periodistas resulta un argumento inadecuado para eximir de responsabilidad al órgano de prensa.

7°) Que e]. apelante aduce también que la alzada no ha ponderado e]. título del artículo publicado el 31 de marzo de 1992, que en forma asertiva lo vinculaba con el atentado terrorista, ni el hecho de que en el texto de la nota se su ministraban sus datos personales, circunstancias que demos traban el apartamiento de la doctrina del fallo aludido por la cámara. Expresa que no correspondía aplicar el estándar de la "real malicia" pues, en el caso,, se trataba de un simple particular »que se había visto involucrado involuntariamente en la difusión de una nota periodística que resultaba falsa.

8°) Que en autos existe cuestión federal en los términos del inc. 3° de]. art. 14 de la ley 48, ya que, si bien es cierto que se trata de un supuesto de responsabilidad civil, la alzada decidió en forma contraria a las pretensiones del recurrente el planteo constitucional que ha sido materia del litigio, a saber, e]. alcance inadecuado que se le asignó a la doctrina sentada por este Tribunal en la causa "Campillay" y la consecuente afectación del derecho al honor y la intimidad que gozan de protección constitucional.

9°) Que en el referido precedente esta Corte resolvió que un enfoque adecuado a la seriedad que debe privar en la misión de difundir noticias que puedan rozar la reputación de las personas -admitida aun la imposibilidad práctica de verificar su exactitud- imponía propalar la información atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencia]. o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho (Fallos: 30.8:789, considerando 70; Fallos: 310:508; 316:2394 y 2416; 317:1448; 321:3170)

10) Que, con relación al primer recaudo, el Tribunal ha expresado que el medio periodístico se exime de responsabilidad cuando atribuye sinceramente la noticia a una fuente dado que aquélla dejaría de serle propia, ello pues cuando se adopta esta modalidad se transparenta el origen de las informaciones' y se permite a los lectores relacionarlas no con el medio a través del cual las han recibido, sino con la específica causa que las ha generado. Los afectados por la información resultan beneficiados, de este modo, en la medida en que sus eventuales reclamos -si ellos se creyeran con derecho-, podrán ser dirigidos contra aquellos de quienes las noticias realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión (Fallos: 316:2416, considerando 10 y 2394, considerando 6°). En orden al cumplimiento de esta pauta y con arreglo a la finalidad señalada, se ha destacado que la información debe atribuirse a una fuente identificable (Fallos: 319:2965, considerando 7°), lo que supone una alusión precisa que permita individualizar en forma- inequívoca el origen de la noticia propalada. Esta regla, por otra par te, no sufre una real excepción por la circunstancia de que se haya admitido -bajo el amparo de esta doctrina- a la reproducción de una manifestación anónima, ya que, como bien destacó el Tribunal en esa oportunidad, los objetivos de la exigencia comentada se encontraban ampliamente satisfechos en el caso, desde que la aclaración del carácter anónimo de la fuente permitía a los lectores formarse un juicio certero acerca del grado de credibilidad que merecían las imputaciones publicadas por el medio (Fallos: 319:2965, considerando 9°)

11) Que, de acuerdo con lo expuesto, en la especie no se ha dado cumplimiento con la primera pauta sentada por esta Corte desde que las alusiones a las fuentes en los términos ya reproducidos constituyen una referencia genérica e incierta que no permite reconocer el emisor original de la noticia. En este sentido, no resulta admisible el argumento de la alzada referente a que la fuente de información no debía ser identificada en forma específica a fin de preservar el secreto profesional de los periodistas, hoy reconocido expresamente en el art. 43 de la Constitución reformada en el año 1994.

12) Que, en efecto, la exigencia de identificar la fuente a los fines de exonerar de responsabilidad al medio -cuyo preciso alcance y finalidad fue objeto de examen ut supra no puede desvirtuarse mediante su ocultamiento al amparo de secreto de las fuentes de información, pues basta ría su simple invocación para conceder a los órganos de prensa una suerte de "bill de indemnidad" para propalar cualquier tipo de noticias sin importar si sc5n verdaderas o falsas o si han afectado el honor o la intimidad de los aludidos en dicha información.

13) Que, por lo demás, la conclusión sentada no importa menoscabo alguno a la pretendida reserva de las fuentes periodísticas, ya que, si el medio quiere preservar su confidencialidad y propalar igualmente una noticia con evidente potencialidad calumniosa o difamatoria, se encuentra a su alcance -como eximente frente a cualquier responsabilidad ulterior- apelar a cualquiera de las restantes directivas indicadas en e). fallo "Campillay", sea tanto a la reserva de la identidad de los imputados como a la utilización del modo, potencial en los verbos, absteniéndose de ese modo de efectuar consideraciones de tipo asertivo.

14) Que bajo la óptica de esta última regla jurisprudencial, cabe señalar que de la lectura de las distintas notas publicadas los días 30 y 31 de marzo y 1° y 2 de abril de 1992, no se desprende que el diario La Nación haya formulado una imputación clara y concreta sobre la supuesta participación del demandante en el atentado a la Embajada de Israel pues en reiteradas oportunidades expresó que la participación del ex militar o de un pariente suyo en el referido atentado constituía una "hipótesis más de trabajo de los investigadores, cuyos orígenes desconocían las fuentes consultadas", o que no eran "hipótesis valederas" o se "trataban de simples versiones lanzadas al azar como tantas otras que aparecieron en los medios periodísticos".

15) Que si bien el título de la nota publicada el 31 de marzo de 1992 -en primera página- expresaba literalmente "Atentado investigan a un mayor del ejército", la aseveración contenida en esta línea no es suficiente para atribuir responsabilidad a la demandada, pues antes de suministrar los datos personales del actor y bajo el subtítulo encabezado en negrita "Sin precisiones", se aclaró expresamente que había dudas ' su presunta vinculación con el grupo loca], que (había colaborado] con los autores del ataque á la embajada israelí" y que esa no era una hipótesis muy valedera, aparte de que ese mismo día se publicó en otra página un título que decía "conjeturas sobre la actuación de un militar" y allí se volvieron a plantear idénticas dudas sobre la veracidad de la versión que involucraba al ex militar en el ataque terrorista.

Por lo demás, las características reseñadas marcan un claro distingo con respecto, al antecedente de Fallos: 317:1448, en donde el título de la noticia encerraba directa mente una clara imputación delictiva -propia del diario- formulada de forma asertiva y con expresa mención de la identidad del implicado, por alusión al seudónimo con el que se lo conocía públicamente.

16) Que el diario La Nación publicó el 10 de abril de 1992 un artículo en el que daba cuenta de que el demandante había presentado un escrito ante este Tribunal negando cualquier tipo de vinculación con el atentado y poniéndose a disposición de las autoridades judiciales que instruían la causa penal para que lo investigaran, circunstancia que revelaba que la demandada no sólo "se había comportado con cautela al formular las aclaraciones necesarias referentes a la sospecha de inexactitud que pesaba sobre las versiones periodísticas que aludían al demandante, sino que no había tenido ningún inconveniente en divulgar la actitud adoptada por el ex militar frente a los rumores que lo

relacionaban con el atentado y que habían sido difundidos por distintos medios periodísticos.

17) Que al no haberse utilizado en las notas impugnadas frases asertivas que vincularan al actor con el atentado y al formular las aclaraciones necesarias referentes a la sospecha de inexactitud que pesaba sobre esas especies periodísticas, el diario La Nación se ha ajustado a una de las pautas establecidas por esta Corte en el fallo "Campillay", circunstancia que priva de antijuridicidad a la conducta del demandado y torna innecesario avanzar en el examen de otro nivel de argumentos invocados por el a quo para fundamentar su ausencia de responsabilidad.

18) Que los agravios del apelante vinculados con la afectación de su derecho a la intimidad y la imposición de costas por unas partidas indemnizatorias que fueron desistidas después de la notificación de la demanda, remiten al examen de cuestiones de hecho y derecho común y procesal, materia propia del tribunal de la causa y ajena -como regla y por su naturaleza- al remedio del art. 14 de la ley 48, máxime cuando la decisión apelada se sustenta en argumentos suficientes que, más allá de su acierto o error, bastan para excluir la tacha de arbitrariedad

Por lo expresado y oído el señor Procurador Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso interpuesto y se confirma la sentencia, con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Reintégrese el depósito. Hágase saber, agréguese la queja al principal y, oportunamente. Julio S Nazareno.- Eduardo Moline O'connor.- Augusto Cesar Belluscio (Según Su Voto).- Guillermo Antonio Lopez -Enrique Santiago Petracchi- Adolfo Roberto Vazquez.- Gustavo A. Bossert (Según Su Voto).- Antonio Boggiano (Según Su Voto)