

DERECHO DE LOS CONSUMIDORES A LA SALUD*

THE RIGHT OF CONSUMERS TO HEALTH

DIREITO DOS CONSUMIDORES À SAÚDE

*Sandra Lima Alves Montenegro***
Universidad de Las Américas - Ecuador

Recibido: 30/10/2014

Aceptado: 20/11/2014

Resumen

En Ecuador y en Brasil los desafíos sociales son parecidos y tanto comparar cuanto compartir experiencias puede ayudar el avance del conocimiento sobre nuestros problemas sociales y el análisis jurídico. Las violaciones al Derecho a la salud en el mercado de productos y servicios en materia de salud pueden ser muy dañosas a la población en general y especialmente a los consumidores empobrecidos y en situación de riesgo social. Los servicios y productos deben atender a las normas de calidad previstas en la legislación y en los principios de Derecho. En la experiencia brasileña se pueden encontrar algunas posibles reacciones en defensa de estos derechos, en especial el apoyo de un poder judicial que haga efectiva la protección del consumidor en materia de salud.

Palabras clave: Salud; consumidor; mercado de la salud; teoría de la cualidad.

Summary

In Ecuador and Brazil social challenges are similar, and comparing and sharing experiences can help to advance our understanding about our social problems and legal analysis. Violations of the right to health in the consumer market of products and services in health can be very harmful to the overall population and especially to the impoverished consumers and the ones in social risk situation. Services and

products must meet the quality standards provided for in the legislation and in the principles of law. In the Brazilian experience we can find some possible reactions in defense of these rights, especially the support of a judicial power that guarantees the protection of the consumer in matters of health.

Keywords: Health; consumer; healthcare market; theory of quality.

Resumo

No Equador e no Brasil os desafios sociais são semelhantes e tanto a comparação quanto o compartilhamento de experiências podem ajudar o avanço da análise jurídica e conhecimento sobre nossos problemas sociais. As violações do direito à saúde no mercado de produtos e serviços dessa área pode ser muito prejudicial à população em geral e, especialmente, aos consumidores em situação de risco social e de pobreza. Os serviços e produtos devem atender aos padrões de qualidade previstos na legislação e nos princípios do direito. Na experiência brasileira se podem encontrar algumas possíveis reações em defesa desses direitos, especialmente o apoio de um poder judicial que garante a proteção dos consumidores em questões de saúde.

Palabras clave: Saúde; consumidor; saúde complementar; teoria da qualidade.

* Investigación iniciada para la V Conferencia Internacional de Derecho Económico en la Universidad Andina el 13 de noviembre de 2013. Es el tema de investigación actual de la autora en la Universidad de las Américas de Quito (UDLA).

** Profesora investigadora de la Facultad de Derecho de la UDLA. Máster en Derecho Civil, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil.

Al igual que Argan, personaje principal *Le malade imaginaire*, de Molière, padece una enfermedad imaginaria, un hipocondríaco esclavo de su supuesta enfermedad, que consume cuanto medicamento existe para evitar morir.

Se encuentra rodeado de gente impostora e interesada en su fortuna, corremos el mismo riesgo de los oportunistas que explotaban a Argan. Estos, 340 años después continúan existiendo, agravados por la mercantilización de la prestación de los servicios de salud, por la desigualdad social y por la vulnerabilidad de los usuarios de los sistemas de salud en desarrollo como el de Ecuador y Brasil.

CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA SALUD

Tanto Ecuador como Brasil tienen parte de su territorio cubierto por la selva Amazónica¹; poseen diversidad de etnias que a su vez, aportan una variedad de características traducidas en distintos fenotipos y genotipos, así como una compleja variedad cultural y problemas de salud. La riqueza de su naturaleza decora los dos países y permite a la población aprovechar de su variado paisaje.

No obstante, su exuberancia también es un desafío. Parte de su población vive en lugares de difícil acceso, lo que genera riesgos y los problemas de salud son tan distintos como su naturaleza.

Ecuador tiene 24 provincias, 221 cantones, alrededor de 1500 parroquias urbanas y rurales y, desde el año 2008, cuenta con una nueva organización político-administrativa dividida en siete regiones o zonas, así como los Distritos Metropolitanos de Quito, de Guayaquil y el Régimen Especial de Galápagos.² Brasil tiene 26 Estados y el Distrito Federal (donde se

Ecuador y Brasil son países que en muchos aspectos son comparables. Los dos atraviesan un importante momento de desarrollo social, con profundos cambios en materia de salud y ciudadanía. Para aumentar sus posibilidades de éxito, la reflexión comparativa suele ser muy útil, rica y puede reservarnos algunas buenas sorpresas. Por esta razón, este trabajo se encuentra dividido en tres partes: la primera sobre las consideraciones generales de la coyuntura de salud de ambos países; la segunda, las características del derecho del consumidor; y la tercera el derecho del consumidor en el mercado de la salud y la manera en que el Estado interviene para garantizar el respeto del derecho del consumidor a la salud.

encuentra la capital federal, Brasilia), organizados en cinco regiones: Sur, Sudeste, Centro Oeste, Nordeste y Norte (OPAS 2012, 80 y 108).

El proyecto de “microplanificación” de Ecuador³ también busca acercar la gestión de la salud a las necesidades regionales, de manera que las administraciones públicas distritales se encarguen cada vez más de prestar un servicio público de calidad.

La gestión de la salud, en Brasil, es regionalizada y compartida⁴ entre la Unión (el Gobierno Federal), los 26 Estados, el Distrito Federal y los 5.561 municipios (OPAS 2012, 80).

Para conocer los números de la situación de la salud de estos dos países, presentamos una tabla de indicadores básicos⁵ elaborada en combinación con datos recolectados entre 2012 y 2014 por la Organización Panamericana de la Salud y por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE).

1. En 2010, el 37,98% del área total del territorio ecuatoriano era considerado protegido y de igual modo, el 26,00% del territorio brasileño (Protected Planet Report 2012).
2. La organización del Estado está prevista en la Constitución Política de la República del Ecuador, art. 242. “El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales.” El Código Orgánico de Organización Territorial delimita con más precisión el tema.
3. Sobre la división administrativa del Ecuador y la microplanificación, ver el *Proceso de desconcentración del ejecutivo en los niveles administrativos de planificación*, elaborado por Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo en 2012.
4. La previsión de la administración regionalizada de la salud, implementada en 1996, fue introducida en 1988 por la Constitución de la República Federativa del Brasil en el Art. 198. Las acciones y los servicios públicos de salud integran una red regionalizada y jerarquizada y constituyen un sistema único, organizado de acuerdo con las siguientes directrices: I. descentralización, con dirección en cada esfera de gobierno; II atención integral, con prioridad para las actividades preventivas, sin perjuicio de los servicios asistenciales; III participación de la comunidad. Párrafo único. El sistema único de salud será financiado, en los términos del artículo 195, con recursos del presupuesto de la Seguridad Social, de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal y de los Municipios, además de otras fuentes.
5. Los indicadores básicos seleccionados para el Ecuador y el Brasil no son siempre del mismo año, pero indican de manera mediana la situación de los dos países. Los gráficos están en el libro *Salud en las Américas 2012*, OPAS Organización Panamericana de la Salud. Organización Mundial de la Salud. En la p. 81, 82 para Brasil y 109, 110 para Ecuador.

Pese a que los índices sociales de Brasil y Ecuador han subido, se percibe que todavía queda mucho por hacer para reducir las inequidades sociales y mejorar la salud de la población.

Según el Índice de Desarrollo Humano de 2013 (Human Development Report 2014), Ecuador obtiene 0,711 y Brasil, 0,744. Si se compara Ecuador y Brasil, por ejemplo, con Canadá, reconocida por su calidad de vida y su sistema de salud⁶, encontramos uno de los valores más altos del mundo.

El Índice de Desarrollo Humano es 0,902. Sin embargo, el indicador sociales más bajo respecto de Ecuador es la pobreza, “cero” en Canadá, contra 36% de Ecuador y 21,4% en Brasil. Los índices de alfabetismo, en Canadá es del “100%” contra el 84% (2009) y 91,6 % (2012) de Ecuador, mientras que Brasil tiene el 90% (2010) y 90,4% (2012).

Estas cifras señalan que Ecuador y Brasil necesitan que la intervención del Estado sea más fuerte, no tanto para mejorar los indicadores sociales, como para evitar abusos en detrimento de grupos sociales en situación de riesgo. En 1990, Brasil y Ecuador, la mayoría de su población era menos de 35 años. En 2010, Ecuador continúa con el mismo índice poblacional, lo que facilita la planificación a futuro de la salud pública. En Brasil, en cambio, el proceso de envejecimiento poblacional empezó en los últimos 20 años.

No obstante, ambos países tienden a sobrecargar sus finanzas para mantener al grupo de los adultos mayores que vivirá más y tendrá más gastos con la salud y, al mismo tiempo, habrá menos gente joven que en la década de 1990.

Esta realidad es una preocupación transferida al ámbito de las cartas políticas fundamentales, generando en los dos países textos similares. En Brasil (1988) y Ecuador (2008) está regulado constitucionalmente un sistema de salud pública que busca garantizar el derecho de todos, sin discriminación, al acceso universal e integral a la salud.

El artículo 32 del texto de la Constitución de la República del Ecuador anuncia:

La salud es un derecho que garantiza el Estado, cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos, entre ellos el derecho al agua, la alimentación, la educación, la cultura física, el trabajo, la seguridad social, los ambientes sanos y otros que sustentan el buen vivir.

El Estado garantizará este derecho mediante políticas económicas, sociales, culturales, educativas y ambientales; y el acceso permanente, oportuno y sin exclusión a programas, acciones y servicios de promoción y atención integral de salud, salud sexual y salud reproductiva. La prestación de los servicios de salud se regirá por los principios de equidad, universalidad, solidaridad, interculturalidad, calidad, eficiencia, eficacia, precaución y bioética, con enfoque de género y generacional (Constitución de la República del Ecuador, art. 32).⁷

Del mismo modo, Brasil garantiza a todos el acceso a la salud, atribuyendo al Estado el deber de asegurarlo.

La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que tiendan a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros riesgos y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación (Constitución de la República Federativa del Brasil 1988, Art. 196).

Pero la realidad de un país en vías de desarrollo con el fin de vencer el desafío de ofrecer, de manera gratuita, el acceso a la salud de calidad no corresponde con el deseo expreso del legislador constituyente.

El deber del Estado de formular y garantizar las políticas públicas de salud, universalizar la atención en salud, garantizar las prácticas de salud ancestral, cuidar a los grupos de atención prioritaria (personas

6. Canadá es el país que tiene los mejores índices de salud de las Américas y como Ecuador y Brasil, adopta prioritariamente el sistema público de asistencia a la salud. Sobre Canadá, ver OPAS, 85. También contrasta el indicador de mortalidad materna (por 100.000 nacidos vivos), de 2007, en Canadá: 6,5, comparado con 69,7 en Ecuador y 72,3 en Brasil.

7. Véanse también, la Constitución de la República del Ecuador, los artículos 358 al 366 que tratan sobre el sistema de salud.

adultas mayores, niños, mujeres embarazadas, discapacitados), está regulado en el artículo 35 de la Constitución de Ecuador de 2008.⁸

En Brasil, el sistema público de salud se materializa a través del Sistema Único de Salud (SUS)⁹, que cubre al 75% de la población, también beneficiada con tratamientos de salud bucal y provisión de medicamentos. El SUS tiene más de 400.000 camas de atención y más de 60.000 centros para consultas (OPAS 2012, 82).

Como consecuencia de este complejo panorama, la prestación de salud en Brasil incluye la figura del 'usuario' de la red pública gratuita de servicios de salud (SUS), donde no hay relación de consumo¹⁰ y la figura del 'consumidor' de la red privada, que paga de manera directa por los servicios que recibe y por contratos de asistencia a la salud (planos y seguros de

salud). Sin embargo, hay profesionales, hospitales y clínicas que la mayoría de las veces actúan en los dos ámbitos (público y privado).

El derecho a la salud es de interés de todos, pero el costo del tratamiento es un importante elemento a ser considerado para el presupuesto del Estado y para el consumidor que busca la asistencia por la red privada (de manera directa o por contratos de seguros de salud, de medicina prepagada).¹¹ En casos de conflicto de intereses, la intervención del Estado se hace indispensable. Esta intervención limita la libertad del mercado de la salud de buscar el lucro cuando viola el derecho fundamental a la salud, como ocurre en la punición a quien exige garantías financieras para prestar el servicio de salud de emergencia¹² o limitando la autonomía privada cuando vulnera el equilibrio contractual en la relación de consumo.

DERECHO DEL CONSUMIDOR

El derecho del consumidor se aplica a todos los productos y servicios disponibles en el mercado de consumo. La protección del consumidor está integrada en el anterior texto constitucional en Ecuador (1998) como Derechos Civiles, en el artículo 23, numeral 78, y en el artículo 92, en la protección de los consumidores. La nueva Constitución de 2008 reafirma la defensa del consumidor en varias partes. Primero, en el artículo 23, numeral 7, por asegurar la calidad y adecuación de los bienes y servicios públicos o privados; después en el capítulo 5, artículos del 52 al 55 y en el artículo 244, numeral 8.

El primer instrumento normativo específico de defensa del consumidor en Ecuador fue publica-

do en la R.O. 520 el 12 de setiembre de 1990, que fue remplazada por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, R.O. 116, de 10 de julio de 2000 y su reglamento general en el R.O. 287, de 19 de marzo de 2001.

En Brasil, la protección del consumidor ingresa en la legislación brasileña por la Constitución de 1988, que tiene dos artículos sobre el asunto: en el capítulo de los Derechos Fundamentales, el artículo 5º, XXXI: "el Estado promoverá, en la forma de la ley, la defensa del consumidor", y el artículo 170, que incluye el respeto al consumidor como un principio del Orden Económico.¹³ En la misma Constitución, el artículo 48 de las "Disposiciones Constitucionales

8. Sobre el Ecuador, véase el análisis del Censo de 2010: "69,2% de los ecuatorianos no tienen ningún tipo de cobertura de seguro médico" y el "19,7% está afiliado al IESS y tan sólo un 1,4% tiene algún seguro privado". Roberto Andrade justifica el elevado número de filiaciones al IESS no por su cualidad especial, sino por su obligatoriedad a todo trabajador, profesional, campesino o administrador de negocio. Resalta que gran parte de las empresas privadas logran precios cercanos a los públicos, pero en ese mercado débil solo hay 20 empresas privadas en todo país, también según el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC). Encuesta Nacional de Empleo y Desempleo Urbano 2010.
9. El *Sistema Único da Saúde* es reglado por la *Lei Orgânica da Saúde*, Ley 9.080 de 1990. El sistema de salud ecuatoriano está regulado por Ley Orgánica de La Salud, publicada en el R.O. 423, de 22 de diciembre del 2006 y el Reglamento a la Ley Orgánica de Salud publicado en el RO de 30 de Octubre del 2008.
10. La antigua polémica de la aplicación del Código de Defensa del Consumidor a las prestaciones de salud por el SUS ya no resulta relevante. En ese sentido, véase la decisión del Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação Cível nº254113/RS, 4ª Turma, Rel. Juez Ramos de Oliveira, juzgado en 05.12.2000, citada por Cláudia Lima Marques y Cristiano Heineck Schmitt.
11. En 2011, en cuatro artículos publicados en el periódico El Telégrafo, César Paz y Miño analiza el Sistema Privado de Seguros Médicos y Medicina prepagada en Ecuador. En este sentido indica que existían 450 tipos de aseguramientos, 63% cerrados y 37% abiertos (Cesar Paz y Miño. Medicina pre-pagada y seguros médicos (El Telégrafo, mayo 2011).
12. La Ley No 12.653/2012 modificó al Código Penal: "Condicionamento de atendimento médico-hospitalar emergencial. Art. 135-A. Exigir cheque-caução, nota promissória ou qualquer garantia, bem como o preenchimento prévio de formulários administrativos, como condição para o atendimento médico-hospitalar emergencial: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada até o dobro se da negativa de atendimento resulta lesão corporal de natureza grave, e até o triplo se resulta a morte."
13. Art. 170: "El orden económico, fundado en la valoración del trabajo humano y en la libre iniciativa, tiene por fin asegurar a todos una existencia digna, de acuerdo con los dictados de la Justicia Social, observando los siguientes principios: (...) V defensa del consumidor".

Transitorias” determina que en 180 días el Congreso Nacional haría una proposición de un Código de Defensa del Consumidor para debates. El Código de Defensa del Consumidor (CDC) surge como ley el 11 de setiembre de 1990,¹⁴ casi 2 años después.¹⁵

El derecho del consumidor surge para reequilibrar las relaciones jurídicas desiguales entre los dos polos de la relación de consumo: los “prestadores de servicios y productos”, y los consumidores finales, que son, por su propia naturaleza, vulnerables.¹⁶ En ese sentido, establece que todos los productos y servicios introducidos en el mercado sean adecuados al consumo y seguros para salud del consumidor, de su familia y de todos los que estén expuestos a ellos. Igualmente la cualidad y universalidad de los servicios de salud en Ecuador están garantizadas en la Ley Orgánica de Salud, reforzados sólo posteriormente por la Ley Orgánica del Consumidor.

Además de asegurar la cualidad y adecuación, el Código del Consumidor presenta una respuesta social a la crisis de las fuentes de las obligaciones, en un mundo masificado, con relaciones despersonalizadas, con una imposibilidad real de negociación de los términos de los contratos como se hacía en otros tiempos; intenta restablecer el equilibrio y la justicia registrando los deberes que se deben respetar para colocar un producto o servicio en el mercado, esto es, que sean adecuados a su finalidad y que sean seguros para el consumo.¹⁷ De esta manera, la relación jurídica no está determinada por las partes contratantes, sino por la relación de hecho, y la jurídica, de consumo. La Teoría de la Calidad¹⁸ nace para proteger la ‘confianza’ del consumidor sobre los productos o servicios disponibles en el mercado, en el sentido de que los mismos tengan calidad por adecuación y seguridad (Marques 2002, 979-986).

En Ecuador y en Brasil, la protección del consumidor tiene por objetivo proteger al consumidor, es decir, al destinatario final de hecho y económico de bienes (productos) y servicios. Los dos países tienen en común, conforme lo mencionado, una población vulnerable y expuesta a la pobreza y que no está completamente alfabetizada.

La defensa de los derechos del consumidor es la regulación de la relación de consumo y también la defensa de los más débiles. Hay, no obstante, una importante diferencia entre la manera en la que Ecuador y Brasil estructuran sus leyes: en Ecuador se registran también los deberes de los consumidores;¹⁹ en Brasil, solamente sus derechos.

La protección de la salud pasa también por un comportamiento colaborativo por parte del consumidor. El consumidor tiene obligación -registra la ley- de “evitar cualquier riesgo que pueda afectar su salud y vida, así como la de los demás, por el consumo de bienes o servicios lícitos” y, también, de “informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse”.²⁰

No obstante, la información sólo puede ser aprovechada por el consumidor en caso de ser emitida de manera adaptada y accesible. Además de la realidad de gran analfabetismo en los dos países, en Ecuador se reconoce que son también lenguas oficiales el castellano, el kichwa y el shuar. Esas últimas están previstas en la Constitución con el compromiso de que serán respetadas y de que su uso será estimulado por el Estado. Luego, para transmitir la información de forma accesible, hay que respetar las necesidades y características de la parte de la población más vulnerable por la situación de la pobreza, del analfabetismo y con la particularidad de la lengua en Ecuador.

14. Esto tuvo lugar un día antes de la fecha de la primera Ley de Defensa del Consumidor ecuatoriana, que fue reglamentada el 19 de febrero de 1991. Estas fueron reemplazadas por la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ahora vigente No 116, de 10 de julio de 2000 y el Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor No 287, de 19 de marzo de 2001.

15. Ley No 8.078 de 11 de setiembre de 1990.

16. Sobre el problema de la vulnerabilidad ver Lozes 1998; Fonatine 1996; Filomeno 2001.

17. Ver Filomeno 2001.

18. Sobre la “Teoria da Qualidade” ver Marques 2002, 985.

19. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor de Ecuador, Ley No. 116, de 10 de julio de 2000, en su artículo 5 plantea que “Son obligaciones de los consumidores: 1. Propiciar y ejercer el consumo racional y responsable de bienes y servicios; 2. Preocuparse de no afectar el ambiente mediante el consumo de bienes o servicios que puedan resultar peligrosos en ese sentido; 3. Evitar cualquier riesgo que pueda afectar su salud y vida, así como la de los demás, por el consumo de bienes o servicios lícitos; y, 4. Informarse responsablemente de las condiciones de uso de los bienes y servicios a consumirse”.

20. El deber de informarse responsablemente sería, en la opinión de Victor Cevallos, la más importante de las obligaciones del consumidor (Cevallos 2012, 399). La Ley Orgánica del Consumidor atribuye al consumidor el deber mismo de informarse sobre las contraindicaciones de medicamentos, las dosis, etc. Con deberes de buscar información el consumidor, tampoco libera al proveedor de poner todas las informaciones esenciales de manera clara, comprensible y de fácil acceso al consumidor.

Teniendo en cuenta que la salud es un bien valioso a ser protegido, la ley establece que, en caso de un accidente de consumo, el proveedor²¹ tiene la obligación de indemnizar civilmente el “hecho del servicio” o el “hecho del producto”. En la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor ecuatoriana y en el Código de Defensa del Consumidor (CDC) brasileño, los proveedores responden de forma solidaria por los daños causados al consumidor por vicios o defectos en productos (bienes) o servicios, en los términos, respectivamente, de los artículos 28²² y 12.²³ El CDC establece la responsabilidad objetiva²⁴ y solidaria de toda la cadena de proveedores, en la cual son integrados tanto el proveedor “real” (el fabricante, el productor y el constructor), como el “presunto” (el importador del producto industrializado o *in natura*); y el proveedor “aparente” (que hace creer al consumidor que es el proveedor real por poner su nombre o marca en el producto colocado en el mercado).²⁵

En los dos textos legales hay una figura con restricción de responsabilidad. La Ley ecuatoriana registra al ‘transportista’; la brasileña, al ‘comerciante’.

En Ecuador, el transportista responde solamente por el daño ocurrido por causa del transporte.²⁶

En Brasil, el comerciante, que contrata directamente con el consumidor y es por él conocido, tiene una responsabilidad subsidiaria cuando el fabricante, el constructor, el productor o el importador no pueden ser identificados o cuando no están claramente identificados en el producto; o cuando no conservan correctamente los productos perecibles.²⁷

Cuando se trata de productos nocivos por su naturaleza, que agregan riesgos calificados como “normales y previsibles”, como es el caso de los medicamentos, su carga de peligro no “induce defecto” y su venta es solamente tolerada con gran responsabilidad de información.²⁸ Los medicamentos siempre serán vendidos con “folletos explicativos”.²⁹

El daño al consumidor, a su salud, por una prestación de los servicios con defectos es indemnizado, en Brasil, por las reglas de la responsabilidad civil objetiva,³⁰ según la cual no hay necesidad de probar

21. El derecho brasileño utiliza la expresión “fornecedor” para indicar el proveedor de productos o servicios que sea persona natural o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, así como sujeto despersonalizado, que desarrollen actividad de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, exportación, distribución o comercialización de productos o servicios (CDC, Art. 3).
22. Según el artículo 28 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, “serán solidariamente responsables por las indemnizaciones civiles derivadas de los daños ocasionados por vicio o defecto de los bienes o servicios prestados, los productores, fabricantes, importadores, distribuidores, comerciantes, quien haya puesto su marca en la cosa o servicio y, en general, todos aquellos cuya participación haya influido en dicho daño. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Tratándose de la devolución del valor pagado, la acción no podrá intentarse sino respecto del vendedor final”.
23. Según el artículo 12 del CDC “O fabricante, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e o importador respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparacão dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes de projeto, fabricacão, construçã, montagem, fórmulas, manipulaçã, apresentacão ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informacões insuficientes ou inadequadas sobre sua utilizaçã e riscos. § 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurancã que dele legitimamente se espera, levando-se em consideraçã as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentacão; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulaçã. § 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado. § 3º O fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: I - que não colocou o produto no mercado; II - que, embora haja colocado o produto no mercado, o defeito inexistente; III - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro”.
24. En la opinión de Cevallos, en el texto del artículo 28 “aparentemente se establece la responsabilidad objetiva” (Cevallos 2012, 364).
25. La inspiración viene del Derecho Comunitario Europeo, por la Directiva N.º. 374 de 1985 (Zelmo 2001, 161).
26. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, artículo 28, parte final: “El transportista solo responderá por los daños ocasionados al bien con motivo o en ocasión del servicio por él prestado”.
27. Art. 13, CDC. Ver Zelmo 2001, 171.
28. Art. 8 y 9 del CDC. Ver también Zelmo 2001, 147.
29. La información de los medicamentos es de gran importancia para el Derecho brasileño. No solamente el Código de Defensa del Consumidor se ocupó de sus reglamentos, como también el Ministerio de la Salud y la autoridad independiente competente por supervisión las medicaciones -ANVISA- *Agência Nacional de Vigilância Sanitária*. La CF/88 establece en el artículo 200 que “Al sistema único de salud le corresponde, además de otras atribuciones, en los términos de la ley: I- controlar y fiscalizar procedimientos, productos y sustancias de interés para la salud y participación en la producción de medicamentos, equipamientos, inmunobiológicos, hemoderivados y otros insumos; II. ejecutar las acciones de vigilancia sanitaria y epidemiológica, así como las de la salud del trabajador; III. ordenar la formación de recursos humanos en el área de salud; IV. participar en la formulación de la política y de la ejecución de las acciones de saneamiento básico; V. incrementar en su área de actuación y desarrollo científico y tecnológico; VI. fiscalizar e inspeccionar alimentos, incluyendo el control de su valor nutritivo, así como bebidas y aguas para consumo humano; VII. participar en el control y fiscalización de la producción, transporte, guarda y uso de sustancias y productos psicoactivos, tóxicos y radiactivos; VIII. colaborar en la protección del medio ambiente, incluyendo el de trabajo”.
30. CDC, Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparacão dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informacões insuficientes ou inadequadas sobre sua fruiçã e riscos. § 1º O serviço é defeituoso quando não fornece a segurancã que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideraçã as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - o modo de seu fornecimento; II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi fornecido. § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoçã de novas técnicas. § 3º O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar: I - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexistente; II - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.

la culpabilidad. Pero sigue subjetiva, con base en la culpa o el dolo, la responsabilidad civil del profesional liberal,³¹ así como la del médico o la del odontólogo que prestan servicio de manera autónoma o que son propuestos (representantes) de clínicas, de hospitales, de centros médicos. Mientras las clínicas, hospitales, centros médicos respondan objetivamente, los representantes y empleados sólo responden si la conducta es culposa o dolosa.

Todas las personas que sufren daños en una relación de consumo son equiparadas al consumidor, incluso si son ‘terceros’. Esa medida legal de equi-

paración tiene la finalidad de proteger a todos los espectadores, “*bystanders*”, porque todos en la sociedad tienen derecho a no sufrir daños injustos causados por productos y servicios inseguros (Marques 2002, 288).³²

En lo que toca al tema principal de este trabajo, el derecho del consumidor de un lado sirve para garantizar que los productos y servicios ofertados en el mercado sean adecuados y seguros para el consumo; del otro, es aplicable justamente con un conjunto de reglas particulares al competitivo mercado de *planes y seguros* privados de salud.

EL DERECHO DEL CONSUMIDOR EN EL MERCADO DE LA SALUD

El Estado interviene para garantizar el respeto del derecho del consumidor en el disputado mercado de la salud.³³

La Constitución brasileña de 1988 reza que:

Art. 199. La asistencia sanitaria es libre para la iniciativa privada.

1°. Las instituciones privadas podrán participar de forma complementaria del sistema único de salud, según las directrices de este, mediante contrato de derecho público o convenio, teniendo preferencia las entidades filantrópicas y las que no tengan fines lucrativos.

2°. Está prohibido el destino de recursos públicos para auxilio o subvenciones a las instituciones privadas con fines lucrativos.

3°. Está prohibida la participación directa o indirecta de empresas o capital extranjero en la asistencia sanitaria en el País, salvo en los casos previstos en ley.

4°. La ley dispondrá sobre las condiciones y los requisitos que faciliten la extracción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines

de trasplante, investigación y tratamiento, así como la extracción, procesamiento y transfusión de sangre, prohibiéndose, todo tipo de comercialización.

En caso de que una persona necesite de tratamiento de salud y lo haga por prestadores de servicios privados (médicos, clínicas, hospitales, centros de salud), con pago directamente al ofertante (prestador) del servicio o por intermedio de un contrato de asistencia a la salud, su relación jurídica será reglada por el Código de Defensa del Consumidor.

El mercado privado de la salud y de la tecnología es fuerte en Brasil, aun cuando toda la población es potencialmente usuaria de la red pública y gratuita. En 2012 se estimaba que el 25% de la población brasileña, más de 47 millones 645 mil personas, recurren a este mercado privado (abiertos y cerrados) de planos y seguros de salud.³⁴ También está el caso de los que contratan directamente a médicos privados.

En Ecuador, el mercado en el 2014 tiene cerca de 700.000 personas afiliadas a Seguros de Salud y de Medicina prepagada. Este sector registró un creci-

31. CDC, Art. 14, § 4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.

32. Sobre el tercero equiparado, comenta Marques que el mismo tiene todos los derechos asegurados al consumidor. Ver también sobre el tema Zelmo 2001, 179.

33. La Constitución Federal brasileña de 1988 ilumina el asunto sin dejar dudas: “Son de relevancia pública las acciones y servicios de salud correspondiendo al poder público disponer, en los términos de la ley, sobre su regulación, fiscalización y control, debiendo ejecutarse directamente o a través de terceros y, también, por persona física o jurídica de derecho privado” (Art. 197).

34. Sobre la organización de la red privada de empresas que posibilitan el acceso a la salud en el Brasil es importante ver la Ley N° 9.656, de 3 de junio de 1998. En Ecuador se aplica la Ley 98-08.

miento de ingresos del orden de 11% con relación al año de 2011.³⁵ El mercado privado de la salud en Brasil tiene operadores de servicios de salud que ofrecen tres grandes modalidades de contratación: los ‘planos’ privados de asistencia a la salud cerrados a grupos o colectividades en general por motivo de trabajo por ejemplo; los ‘planos’ abiertos de asistencia a la salud y también los seguros privados, de naturaleza financiera con servicios de reembolso en caso de gastos en materia de salud (Ley 9656).³⁶

En el sistema de “Planos de Salud” se da el pago mensual de un contrato que garantiza, de ser necesario, el acceso al servicio de salud. Ese pago puede ser asumido por el propio beneficiario (contratante) o por su empleador como una ventaja laboral en planos colectivos. Normalmente sólo hay derecho del beneficiario de realizar el tratamiento en una red de servicios de salud pre-aprobada de la contratada. En los casos conocidos como ‘seguros de salud’, tiene lugar el pago mensual de un contrato que garantiza el reembolso del gasto con salud.

Obtener la atención a la salud sin planes de salud o seguros privados es más oneroso. Para acceder a la medicina privada (particular) hay que tener dinero para pagar directamente por un servicio costoso que solamente es reglado por el mercado y las reglas de oferta/demanda. Se puede pagar 200 dólares por una consulta privada de un médico. Para una consulta privada con un especialista, el pago puede ser fácilmente de más de 300 dólares.

Además, para obtener ayuda en una red contratada de la Operadora hay que procurar conocer cuáles son los espacios y profesionales que se encuentran asociados a la red. Para la formación de la red de servicios de salud, cada profesional de salud (y hospital, centro o clínica de salud) elige si quiere asociarse a la red privada, lo que se hace por un contrato asociativo para la prestación de salud. A partir de la firma de

ese contrato individual, se da la adhesión del médico (hospital, centro o clínica de salud) al grupo de prescriptores de servicio de salud de la operadora, y sus consultas pasan a tener un precio fijo, establecido por la “Operadora” del “Plano de Salud” y cancelado por ella (no por el consumidor). También ocurre que todos los usuarios que estén adheridos a cierto plan de salud pasen a tener la opción de consultar el servicio de este nuevo médico asociado.

Un seguro privado -complementario a la prestación de salud por parte del Estado- depende de su viabilidad económica y se basa en cálculos actuariales para medir los riesgos y el costo de la utilización de la prestación de salud, que, a su vez, depende de la edad del beneficiario o beneficiarios y de los beneficios ofrecidos. Entonces, hay que destacar que, de la misma forma que los gestores de la red pública eligen los tratamientos y medicamentos que esta puede ofrecer, la ‘cobertura’ garantizada por el contrato privado de salud de una Operadora también es limitada.

Las Operadoras necesitan de viabilidad económica para funcionar e, independiente de sus costos de funcionamiento, pueden tener finalidad lucrativa o no. Algunas son gestoras de una red propia de servicios y otras pasan a terceros la ejecución de la prestación de la salud. Los contratos también pueden ser singulares, familiares o colectivos. En todos los casos de beneficio de grupo, estamos frente a una modalidad de vinculación asociativa,³⁷ donde los costos son compartidos por el grupo para que se tenga la ventaja deseada en el contrato. Así, los más jóvenes también pagan por el costo de los más viejos, y el cálculo actuarial se proyecta en el futuro, de forma que se mantiene un equilibrio que vuelve al contrato viable.

No obstante, el límite de la planificación de los beneficios, los tratamientos o procedimientos que estaban disponibles a los usuarios fue, por mucho

35. Datos divulgados por la asambleísta en Pamela Falconi en el periódico El Telégrafo del 21 mayo de 2014 y por la Asociación de Empresas de Medicina Prepagada del Ecuador (Aeemip), el 31 de mayo de 2014 por Sebastián Angulo.

36. En Ecuador el sistema de Medicina Prepagada es una categoría más genérica y, de acuerdo con el Ministerio de Salud Pública, se debe entender por tal “el sistema organizado y establecido por las empresas autorizadas, para la gestión de atención médica, y de la prestación de los servicios de salud y/o para atender o prestar directa o indirectamente estos servicios, mediante el cobro regular de un precio pagado anticipadamente por los contratantes, a través del contrato especial (Ministerio de Salud Pública, Reglamento general sustitutivo para la aplicación del proceso de licenciamiento en los establecimientos de servicios Salud).

37. Ihering alerta que la satisfacción del interés egoísta como el fin que estructura los pactos, pero las personas pueden caminar juntas (asociándose) cuando la satisfacción de sus intereses individuales resultan en un fin común (Ihering 1953, 59 y ss).

tiempo, decidido unilateral y libremente por las Operadoras por medio de los contratos de adhesión. Con eso, muchos abusos ocurrieron en una relación polarizada y marcada por una enorme desigualdad de fuerzas.

En 1998, una ley federal fijó los “procedimientos básicos” obligatorios a cualquier contrato de “Plano de Salud” o de “Seguro de Salud” en Brasil, independientemente de la modalidad de su gestión o de su naturaleza.³⁸ En el plano básico de referencia fijado por ley, algunos procedimientos no fueron contemplados. Con eso la Operadora pasó a tener el “derecho a la exclusión”, por ejemplo, de tratamientos clínicos o quirúrgicos experimentales, meramente estéticos, así como de las atractivas técnicas de procreación médicamente asistida, de oferta de medicamentos importados no nacionalizados y de tratamientos ilegales o poco éticos, como se define en el aspecto médico, o no reconocidos por las autoridades competentes.³⁹

En el 2000, teniendo en cuenta la fuerza del mercado de la salud y el gran número de personas afiliadas a la asistencia complementaria privada, se crea en el Brasil una autoridad independiente para reglar, hacer la supervisión y mapear el mercado de la salud: la Agencia Nacional de Salud (Suplementar) (ANS).⁴⁰

La ANS hace su papel para evitar abusos y para que los planes funcionen bien, sin aumentos de precios excesivos, entre otras prácticas. Por ejemplo, periódicamente la ANS incluye nuevos procedimientos de oferta obligatoria a los usuarios del servicio complementario de salud.⁴¹

Ese mercado privado de Operadoras de Salud, marcado por la libre competencia y que funciona de forma complementaria a la atención del Estado, fue también garantizado en la Constitución Federal de 1988. De hecho, su artículo 199 afirma que “La asistencia sanitaria es libre para la iniciativa privada”. Sin embargo, la intervención del Estado en ese mercado privado es indispensable para restablecer el equilibrio entre prestación y contraprestación de los servicios y también para reducir las injusticias en el derecho de acceso a la salud.

Una dura realidad es la protección de la salud del adulto mayor o, como se dice en Brasil, de la tercera edad. Un índice de precios para contratos individuales de medicina prepagada indicaba que un adulto mayor que buscase una “cobertura básica” pagaría en promedio 254,50 dólares (R\$ 579,45) por mes, con ofertas que variaban entre 149,80 (R\$ 340,98) y 916,60 dólares (R\$2.086,79) por mes.⁴²

El Estado ha intervenido en los casos de los contratos de medicina que intentan gravar duramente los grupos que hacen el cambio de faja etaria para una edad mayor. O sea, en Ecuador y en Brasil, la protección de los adultos mayores se torna una preocupación de fundamento de solidaridad social, pues los rendimientos decaen con la reducción de la capacidad de trabajo y justamente es el momento en el cual el mantenimiento de la salud es más costoso. Los grupos de gestión de salud hacen los cálculos actuariales por causa del aumento de edad e imponen incrementos de precios que impiden la continuidad de contratos por precio inviables al consumidor.⁴³

38. Ley 9.656 de 3 de junho de 1998 regula los Planos de Salud, y los contratos de asistencia complementaria del sistema de salud. La ley se aplicó a todos los contratos celebrados a partir de la fecha de su vigencia y los antiguos podrían adaptarse a las nuevas reglas. La ley en el art. 10, § 2o fijaba, a partir del 3 de diciembre de 1999, la fecha para que las Operadoras adaptaran sus actuales y futuros contratos. La retroactividad de la Ley 9.656 fue objeto de muchas discusiones judiciales.

39. La Ley 9656/98 fue modificada por la Medida Provisória N° 2.177-44, de 2001, dando como resultado una nueva redacción para el artículo 10, que hace la exclusión de procedimientos obligatorios del “plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar”: I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim; III - inseminação artificial; IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética; V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados; VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar; VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes; X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente”.

§ 1o As exceções constantes dos incisos deste artigo serão objeto de regulamentação pela ANS. (Redação dada pela Medida Provisória n° 2.177-44, de 2001)

§ 3o Excluem-se da obrigatoriedade a que se refere o § 2o deste artigo as pessoas jurídicas que mantêm sistemas de assistência à saúde pela modalidade de autogestão e as pessoas jurídicas que operem exclusivamente planos odontológicos. (Redação dada pela Medida Provisória n° 2.177-44, de 2001)

§ 4o A amplitude das coberturas, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, será definida por normas editadas pela ANS. (Incluído pela Medida Provisória n° 2.177-44, de 2001)

40. Creada por la Ley N° 9.961, de 28 de enero de 2000.

41. Como ejemplo leer la Resolución Normativa N° 211 de 15/04/2011.

42. Investigación de precios de Planes individuales entre septiembre y primera semana de octubre de 2012. Paquetes básicos. Disponible en <http://noticias.r7.com/economia/noticias/plano-de-saude-basico-para-idoso-saudavel-custa-ate-r-2-000-compare-precos-20121009.html?question=0>

43. Sobre la importancia de poteger el acceso a la salud del adulto mayor ver Estatuto do Idoso, Ley No 0.741 de 2003, y por la doctrina ver Marques 2003.

La mayor parte de las contiendas en el área, demanda la aplicación de las reglas del contrato, la prohibición de abusos y la garantía de tratamiento de las enfermedades que están entre las que más asisten a la población. Muchas veces se logra solucionar el problema con la Operadora o con la ANS, pero si hay alguna polémica o si la Operadora considera que se está agregando onerosidad excesiva al contrato, el problema sólo es solucionado en juicio. De esa forma, sin acuerdo entre las partes, el acceso a la justicia es garantizado en el Brasil en la Constitución Federal de 1988 y en la práctica. El consumidor va pedir la ayuda del Juez, y las sentencias, de manera general, contemplan el acceso a la salud garantizando el tratamiento demandado.

El derecho a la salud es un derecho social, es un derecho humano y en Brasil se consolida también como un derecho subjetivo de pretensión contra el Estado, en caso de denegación del tratamiento deseado. Con eso, se desarrolló una nueva y fuerte actividad judicial que se encuentra entre el bienvenido tratamiento necesario a la vida y a la salud, y entre sueños milagrosos influenciados por la esperanza de recuperar la salud, de los cuales se pueden aprovechar laboratorios, empresas farmacéuticas y prestadores de salud poco éticos.

Algunas veces la sentencia judicial ordena un tratamiento algo insólito; otras veces, lleva a un aumento demasiado grande del costo de la prestación, generando desequilibrio actuarial del sistema. Hay protestas sobre el exceso de protección al consumidor, pero siguen existiendo más de 1500 Operadoras de salud, lo que indica que todavía hay un mercado económicamente interesante.⁴⁴

No obstante, hay que señalar que la búsqueda de ayuda en el poder judicial en Brasil tiene ultrapasado

el razonable acceso a la justicia. La intervención del juez en materia de salud toma proporciones gigantescas. En abril de 2011 una investigación logró localizar, en la justicia estatal y federal, 240.980 demandas de reconocimiento del derecho a la salud.⁴⁵ A mediados del 2014, las demandas llegaron a 392.921.⁴⁶

Las demandas judiciales se originan también del gran miedo de la muerte, del miedo de no recibir el tratamiento correcto. El juez encuentra coraje e inspiración a veces en la esperanza de ser el héroe que derrota la enfermedad,⁴⁷ contra la finitud humana.

En general, cuando se da el caso de una demanda por incumplimiento de la ley o de una cláusula contractual, la intervención del juez ocurre de la manera esperada, con la utilización del Código de Defesa del Consumidor⁴⁸ y, especialmente, de la Ley 9.656/1998.⁴⁹ No obstante, algunas curiosidades empiezan a tomar fuerza en la jurisprudencia. Por ejemplo, el “Supremo Tribunal Federal” (STF) -la Corte constitucional brasileña-, además de tener muchas sentencias sobre inclusión de tratamientos o medicaciones no incluidos en la gama ofrecida por el SUS o por seguros privados, ordenó que se pagaran tratamientos experimentales. Es decir, que se pagaran tratamientos que, por riesgo a la salud de los usuarios, no tienen todavía la seguridad necesaria para comercialización en el mercado.

En la Corte Constitucional brasileña el primer precedente en ese sentido fue uno de concesión de tratamiento experimental en Cuba para una enfermedad ocular que genera la pérdida gradual de la visión (la “retinitis pigmentosa”).

El tratamiento impone un costo alto sin que se garantice un resultado seguro, pero el procedimiento sigue siendo pedido por los enfermos, y algunas ve-

44 “Em dezembro de 2012, o mercado de Saúde Suplementar chegou a 47,9 milhões de vínculos a planos de assistência médica e 18,6 milhões a planos exclusivamente odontológicos. Mais de 1.500 operadoras ativas produziram uma receita de contraprestações de cerca de R\$ 95 bilhões. No ano, observou-se crescimento de 2,1% no número de beneficiários de planos de assistência médica e 12,2% de receita” (Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos / Agência Nacional de Saúde Suplementar, mar. 2012).

45 En investigación hecha en el año de 2010 para el grupo de trabajo do CNJ -Consejo Nacional de Justicia.

46 Datos favorecidos por las asesorías de imprenta de cada tribunal hasta junio de 2014 y compilados en el sistema de control del Conselho Nacional de Justiça, en el Fórum da Saúde.

47 Sobre la inspiración del juez en las demandas de derecho a la salud, fue escrita una interesante tesis de doctorado: *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar* (de Araújo 2008).

48 La aplicación del Código del Consumidor a las relaciones jurídicas regladas por el microsistema de la Ley 9656/98 no encuentra más dudas. Fue objeto de la “Súmulas”469 - “Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano” en el Superior Tribunal de Justiça.

49 Ley N° 9.656, de 3 de junio de 1998. Sobre los planos y seguros privados de asistencia a la Salud.

ces es concedido por el Poder Judicial, y otras no.⁵⁰ Y esto a pesar de que el Ministerio de la Salud ha intentado bloquear este tipo de tratamiento por medio de la edición de una Ordenanza (“Portaría” No 763, de 07.04.1994), que recomienda que no se conceda ese tratamiento experimental.

El Poder Judicial brasileño tiene diferentes decisiones en razón de la división político-geográfica del país, pero de Norte a Sur y de Este a Oeste se encuentran sentencias sobre el derecho del acceso a la salud. Es interesante destacar el punto de vista que se consolida en los tribunales, de acuerdo con el cual una Operadora de salud no puede negar un tratamiento ‘experimental’, mismo que haya sido excluido por la

Ley de la salud complementar (Ley 9.656, Art.10⁵¹) o por cláusula contractual, cuando se considera que el consumidor a él tiene derecho.

Cuando una medicación que tiene registro en el Brasil requiere ser utilizada para un tratamiento diferente de su destino inicial y se la procura para un caso concreto, hay sentencias que reconocen el derecho del médico de hacer una prescripción “off-label” y que obligan a la Operadora privada a garantizar el tratamiento solicitado por el consumidor.⁵² Algunas sentencias también admiten la importación de medicaciones sin registro de la autoridad de vigilancia sanitaria sean importadas para consumo interno.⁵³

CONCLUSIÓN

A pesar de esas sentencias, se debe mencionar que el acceso a un tratamiento de salud sin seguridad también puede constituir una nueva forma de riesgo a los (derechos de los) consumidores. La novedad no significa necesariamente un mejor tratamiento y la oferta en el mercado no debe ser permitida sin que las pruebas científicas garanticen la seguridad de su adopción. En un mundo globalizado y de fuerte consumo y competitivo, el éxito en el mercado se impone muchas veces por el nuevo, pero el nuevo puede tener el mismo resultado -o uno equivalente- que el antiguo. Una enfermedad para la cual ya exista un tratamiento que sea eficaz puede seguir siendo tratada de la misma manera sin que tengamos problemas de salud. Para una enfermedad para la cual no haya tratamiento con un buen resultado, el descubrimiento de un nuevo procedimiento crea la esperanza de salud.

Esas y otras cuestiones relativas al derecho del consumidor a la salud seguirán teniendo efecto tanto en la salud pública y los presupuestos nacionales, como en el mercado privado y en la rentabilidad de

sus operadores. Por lo tanto, reflexiones sobre el derecho del consumidor a la salud probablemente serán cada vez más importantes para el orden económico. En este sentido, el conocimiento de lo que ocurrió y ocurre en Brasil puede ser de utilidad para Ecuador, pues estudiar la evolución de prácticas jurídicas y sociales de otros países puede ayudarnos a pensar en soluciones para cuestiones que ahora se nos presentan.

Al recordar que la lucha por la vida involucra a todos, y que la enfermedad agrava la debilidad de quien ya es vulnerable, Molière logró captar en el personaje Argan, la fragilidad de la naturaleza humana, que por miedo a la muerte se enferma, y en la enfermedad se esclaviza y entrega todo lo que tiene para recuperar la salud. Por suerte logra un final feliz al descubrir el engaño. En 1673 el anciano Argan enfrentaba el desafío de la fragilidad humana frente a la enfermedad y la explotación económica. Ojalá que, como el personaje imaginario, resistamos a los miedos y nos inspiremos en la solidaridad para defender el equilibrio contractual y la justicia social.

50 Favorables al tratamiento, pues el aspecto financiero no puede restringir el derecho a la salud: RE 368564 de 13 de abril de 2011; REsp 353.147/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, juzgado en 15.10.2002, DJ 18.8.2003. Contrarios al pago del tratamiento en el extranjero porque no hay prueba científica de su eficacia: MS 8.895/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, 07/06/2004. RE 560780, 19/09/2011; RE 542641 28/05/2010. STJ REsp 978096 25/03/2011.

51 Ley No 9.656, Art. 10 (traducción libre) “Está excluido de las coberturas obligatorias: I - el tratamiento clínico o quirúrgico experimental; V - oferta de medicamentos importados no nacionalizados; VIII-tratamientos ilegales o poco éticos, como se define en el aspecto médico, o no reconocidos por las autoridades competentes”.

52 Como ejemplo de este punto ver la decisión del Superior Tribunal de Justicia, STJ, REsp 668.216/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. en 15.3.2007.

53 Como ejemplo de una decisión en este sentido, ver Tribunal de Justicia do Estado de São Paulo, TJSP. Ap. Cív. No 603 491-4/0-00 - São Paulo/Foro Regional de Pinheiros - Relator: José Percival Albano Nogueira Junior - 18.12.08.

ANEXOS

TABLAS DE INDICADORES ECUADOR y BRASIL

| INDICADORES SOCIALES BÁSICOS | ECUADOR | BRASIL |
|---|--------------------|--------------------|
| Población 2014 ⁵⁴ | 15.982.551 | 202.033.670 |
| Pobreza (%) (2009) | 36,0 | 21,4 |
| Alfabetismo (%) | 84,2 (2009) | 90,0 (2010) |
| Tasa de alfabetización de personas de 15 años y más de edad- 2012 ⁵⁵ | 91,6% | 90,4% |
| Esperanza de vida al nacer (años) (2010) | 75,4 ⁵⁶ | 73,2 ⁵⁷ |
| Esperanza de vida al nacer – 2012 (Human Development Report 2013) | 75,8 años | 73,8 años |
| Mortalidad infantil (por 1000 nacidos vivos) | 14,6 (2010) | 17,1 (2009) |
| Mortalidad materna (por 1000.000 nacidos vivos) (2009) | 69,7 | 72,3 |
| Médicos por 1000 habitantes | 1,7 (2008) | 1,6 (2007) |
| Camas por 1000 habitantes | 1,5 (2009) | 2,4 (2010) |
| Cobertura de atención del parto (%) | 71,4 (2008) | 98,9 (2009) |
| Población malnutrida 2010 – 2012 (Food security indicators 2012) | 18,3 % | 6,9 % |
| Población con acceso a agua potable – 2010 (World Health Statistics 2012.) | 94% | 98% |
| Población con acceso a alcantarillado – 2010 (World Health Statistics 2012.) | 92% | 79% |

| INDICADORES SOCIALES BÁSICOS | CANADÁ |
|--|---------------|
| Esperanza de vida al nacer – 2012 (Human Development Report 2013.) | 81,1 años |
| Población malnutrida 2010 – 2012 (Food security indicators. In: FAO. FAOSTAT. 2012.) | Inferior a 5% |
| Población con acceso a agua potable – 2010 (World Health Statistics 2012.) | 100% |
| Población con acceso a alcantarillado – 2010 (World Health Statistics 2012.) | 100% |

54 World Urbanization Prospects: The 2014 Revision 2004. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division. New York, 2014. Population at mid-year.

55 Human Development Report. 2014. *Adult literacy rate (% aged 15 and above)*. New York: United Nations Development Programme (UNDP).

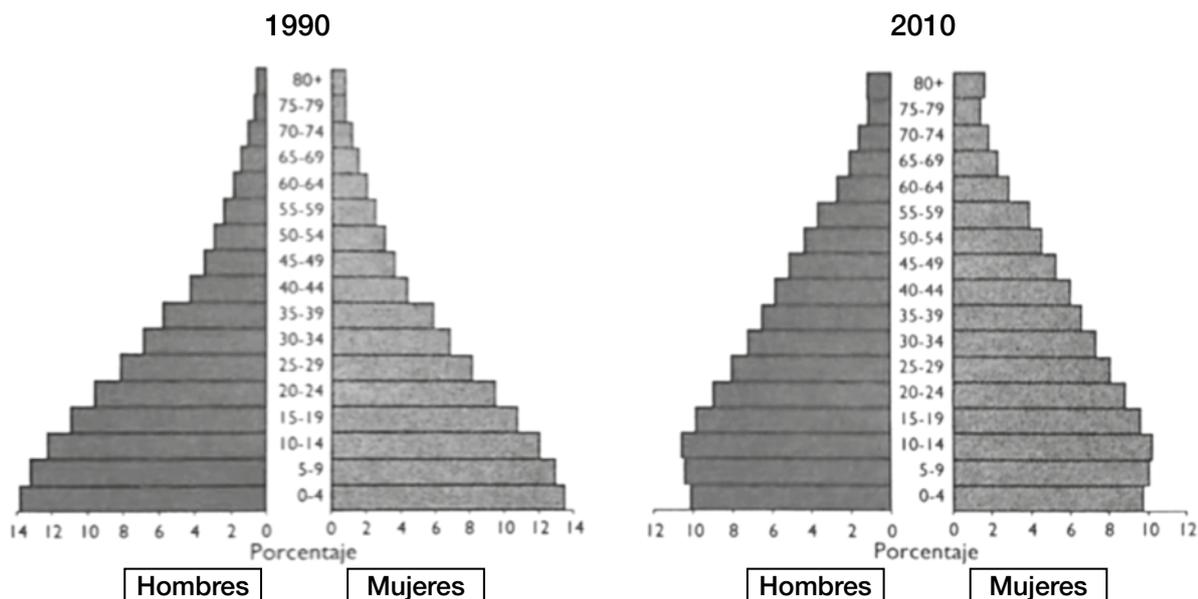
56 Mujeres 77,0 años y hombres 69,4 años (OPAS 2012, 81).

57 Mujeres 78,5 años y hombres 72,5 años (OPAS 2012, 109).

| Objetivos del Milenio: 1- Erradicar la pobreza extrema y el hambre (United Nations Statistics Division, DESA, Millennium Development Goals Indicators - 2013). | ECUADOR | BRASIL | CANADÁ |
|---|----------------|---------------|---------------|
| Meta 1: Reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, el porcentaje de personas cuyos ingresos sean inferiores a un dólar (PPC - paridad de poder de compra, que elimina la diferencia de precios entre los países) por día. Proporción de la población que percibe menos de 1 dólar al día | (2010) 4,6% | (2009) 6,1% | sin dato% |
| Participación de los 20% más pobres de la población en los ingresos o en el consumo nacional | (2010) 4,3% | (2009) 2,9% | 7,2% |
| Meta 2: Reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, el porcentaje de personas que padecen hambre. Prevalencia de niños (menores de 5 años) con bajo peso | (2004) 6,2% | (2007) 2,2% | sin dato% |
| Proporción de la población con consumo de calorías por debajo del nivel mínimo (población malnutrida) | (2012) 16,3% | (2012) 6,9% | sin dato% |

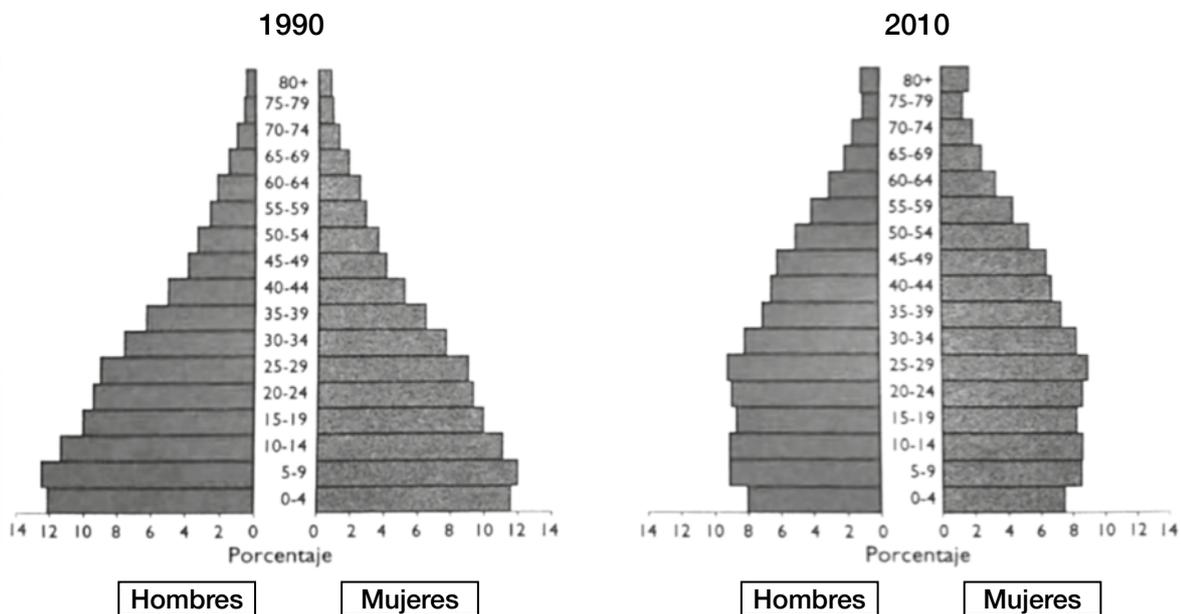
| Objetivos del Milenio: 5 - Mejorar la salud materna (United Nations Statistics Division, DESA, Millennium Development Goals Indicators - 2013). | ECUADOR | BRASIL | CANADÁ |
|--|---|--|--|
| Meta 1: Reducir, entre 1990 y 2015, la razón de mortalidad materna en tres cuartas partes. Tasa de mortalidad materna | (2010) 110,0 cada 100.000 nacidos vivos | (2010) 56,0 cada 100.000 nacidos vivos | (2010) 12,0 cada 100.000 nacidos vivos |
| Proporción de partos asistidos por profesional de salud cualificado | (2004) 98,2% | (2006) 97,0% | (2007) 100,0% |

Estructura de la población por edad y sexo, Ecuador, 1990 y 2010



Fuente: OPAS 2012.

Estructura de la población por edad y sexo, Brasil, 1990 y 2010



Fuente: OPAS 2012.

BIBLIOGRAFÍA

- Andrade Malo, Roberto. 2011. Seguros de Salud en Ecuador. RESEÑA LEGISLATIVA No. 196, Semana del 14 al 18 de 02/2011. Disponible en www.ecuadorlibre.com/images/stories/pdf/resena196.pdf (Consulta: 15 de octubre 2014).
- Angulo, Sebastián. 2014. Datos divulgados por la Asociación de Empresas de Medicina Prepagada del Ecuador (Aeemip). Diario *El Comercio*, 31 de mayo de 2014.
- Brasil. Agência Nacional de Saúde Suplementar. 2012. Caderno de Informação da Saúde Suplementar: beneficiários, operadoras e planos (mar. 2012).
- Cabana, Roberto M. Lozes. 1998. Defensa Jurídica de los más Débiles. *Revista de Direito do Consumidor*, 28 (Outubro/desembro): 7-21.
- Cevallos Vásquez Víctor. 2012. *Libre Competencia Derecho de Consumo y Contratos, T. II*. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Ciarlini, Alvaro Luiz de Araújo. 2008. *O direito à saúde entre os paradigmas substanciais e procedimentais da Constituição: para uma compreensão agonística dos direitos fundamentais sociais, na busca do equilíbrio entre autonomia e bem-estar*. Tesis presentada al grado de doctor, 20 de mayo de 2008.
- Constancio, Felipe y Carolina Martins 2012. R7. Plano de saúde básico para idoso saudável custa mais de R\$ 2.000 ao mês. Disponible en <http://noticias.r7.com/economia/noticias/plano-de-saude-basico-para-idoso-saudavel-custa-ate-r-2-000-compare-precos-20121009.html?question=0> (Consulta: 15 de octubre de 2014).
- Denari, Zelmo. 2001. Da Qualidade de Produtos e Serviços, Da Prevenção e da Reparação dos Danos. Coord. Ada Pellegrini Grinover; Antonio Herman de Vasconcellos; Daniel Roberto Fink Benjamin; José Geraldo Brito Filomeno; Kazuo Watanabe; Nelson Nery Júnior y Zelmo Denari: Forense Universitária.
- Falconí, Pamela. 2014. Diario El Telegrafo, 21 mayo de 2014. Disponible en <http://www.telegrafo.com.ec/economia/item/medicina-prepagada-mueve-1-000-millones-anuales-documento.html> (Consulta: 15 de octubre 2014).
- Filomeno, José Geraldo Brito. 2001. Da Política Nacional de Relações de Consumo. En *Codigo Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Coord. Ada Pellegrini Grinover; Antonio Herman de Vasconcellos; Daniel Roberto Fink Benjamin; José Geraldo Brito Filomeno; Kazuo Watanabe; Nelson Nery Júnior y Zelmo Denari. Forense Universitária.
- Fonatine, Marcel. 1996. La protection de la partie faible dans les rapports contractuels En *La protection de la partie faible dans les rapports contractuel: comparaisons franco-belge*, Dir. Jacques Ghestin y Marcel Fontaine. Paris: L.G.D.J.
- Food Security Indicators. 2012.FAO. FAOSTAT. FAO Statistical Yearbook 2012. Disponible en <http://www.fao.org/economic/ess/ess-fs/ess-fadata/en/> (Consulta: 19 de abril 2013).
- Human Development Report. 2014. *Adult literacy rate (% aged 15 and above)*. New York: United Nations Development Programme (UNDP), 2014.
- , 2014. *Sustaining Human Progress: Reducing Vulnerabilities and Building Resilience*. New York: United Nations Development Programme. Disponible en <http://hdr.undp.org/en/2014-report/download> (Consulta: 14 de julio 2014).
- , 2013. *The Rise of the South: Human Progress in a Diverse World*. New York: United Nations Development Programme, 2012. Disponible en <http://hdrstats.undp.org/en/indicators/69206.html> (Consulta: 19 de abril 2013).
- Ihering, Rudolf Von. 1953. *A Evolução do Direito*. Salvador Bahia: Livraria Progresso Editora.

- Marques, Cláudia Lima y Cristiano Heineck Schmitt. s/f. *Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor*. Disponible en <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/24753-24755-1-PB.pdf> (Consulta: 15 de octubre 2014)
- Marques, Cláudia Lima. 2003. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas”. En *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Organização de Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do advogado.
- , 2002. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Molière. 1999. *Le Malade Imaginaire*. Paris: GALLIMARD.
- Organización Panamericana de la Salud, Organización Mundial de la Salud. Oficina Regional para las Américas. 2012. *Salud en las Américas. Panorama regional y perfiles del país*. Disponible en http://issuu.com/publisenplades/docs/proceso_de_desconcentracion_del_ejecutivo/13?e=0 (Consulta: 15 de octubre de 2014).
- Paz y Miño, Cesar. 2011. Medicina pre-pagada y seguros médicos (I). Diario *El Telégrafo*, 1 Mayo de 2011.
- , 2011. Medicina pre-pagada y seguros médicos (II). Diario *El Telégrafo*, 8 Mayo de 2011.
- , 2011. Medicina pre-pagada y seguros médicos (III). Diario *El Telégrafo*, 15 Mayo de 2011.
- , 2011. Medicina pre-pagada y seguros médicos (IV). Diario *El Telégrafo*, 29 Mayo de 2011.
- Protected Planet Report. 2012. *Tracking Progress Towards Global Targets for Protected Areas*. Cambridge: United Nations Environment Programme, World Conservation Monitoring Centre. Disponible en <http://www.unep-wcmc.org/> (Consulta: 20 de junio de 2013.)
- Salem, Ana Carolina. 2013. *Academia Medica. Remuneração dos médicos por especialidade e o mercado médico no Brasil*. Disponible en <http://academiamedica.com.br/remuneracao-dos-medicos-por-especialidade-e-o-mercado-medico-no-brasil/> (Consulta: 5 de diciembre de 2014).
- Schmitt, Cristiano Heineck. 2004. Indenização Por Dano Moral Do Consumidor Idoso no Âmbito dos Contratos de Planos e de Seguros Privados de Assistência à Saúde. *Revista de Direito do Consumidor*, 51(julio-septiembre): 130 a 153,
- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. 2012. *Proceso de desconcentración del ejecutivo en los niveles administrativos de planificación*. Disponible en http://issuu.com/publisenplades/docs/proceso_de_desconcentracion_del_ejecutivo/13?e=0 (Consulta: 10 de septiembre de 2013).
- United Nations Statistics Division, Department of Economic and Social Affairs, Millennium Development Goals Indicators. 2013. Disponible en <http://mdgs.un.org/unsd/mdg/Data.aspx> (Consulta: 20 de septiembre 2014).
- World Health Statistics. 2012. *World Health Organization*. Ginebra: WHO Press. Disponible en http://www.who.int/gho/publications/world_health_statistics/2012/en/index.html (Consulta: 19 de abril 2013).
- World Urbanization Prospects. 2014. *The 2014 Revision. United Nations, Department of Economic and Social Affairs, Population Division*. New York: Population at mid-year. Disponible en <http://esa.un.org/unpd/wup/CD-ROM/Default.aspx> (Consulta: 25 de agosto 2014)

Legislación

Brasil

Agencia Nacional de Saúde. ANS. Resolução Normativa No 211 de 15/04/2011.

- CNJ-Consejo Nacional de Justicia. *Relatório atualizado da resolução 107*. Disponible en http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/relatorio_atualizado_da_resolucao107.pdf (Consulta: 15 de octubre 2014).
- Código de Defensa del Consumidor. Ley N° 8.078, del 11 de septiembre de 1990.
- Conselho Nacional de Justiça. *Fórum da Saúde. Demanda nos tribunais*. Disponible en <http://www.cnj.jus.br/images/programas/forumdasaude/demandasnostribunais.forumSaude.pdf> (Consulta: 15 de octubre de 2014).
- Constitución de la República Federativa del Brasil de 1988.
- Ley No 9.656, de 3 de junio de 1998. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9656compilado.htm (Consulta: 15 de octubre de 2014)
- Ley N° 9.961, de 28 de enero de 2000. Crea la “Agência Nacional de Saúde Suplementar”. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9961.htm (Consulta: 15 de octubre de 2014)
- Ley N° 8.078, de 11 de septiembre de 1990. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm
- Lei Orgânica da Saúde, Ley 9.080 de 1990.
- Ley N° 12.653/2012 modificó el Código Penal.
- Ecuador**
- Constitución Política de la República del Ecuador 2008.
- Constitución Política Nacional de 1998.
- Ley 98-08, publicada en el Registro Oficial 12 de 26 de agosto de 1998.
- Ley de defensa del consumidor de 19 de febrero de 1991.
- Ley Orgánica de Defensa del Consumidor No 116 de 10 de julio de 2000.
- Ley Orgánica de La Salud, publicada en el R.O. 423 de 22 de diciembre del 2006.
- Ministerio de Salud Pública. *Reglamento general substitutivo para la aplicación del proceso de licenciamiento en los establecimientos de servicios Salud*. Disponible en: https://aplicaciones.msp.gob.ec/upload/upload/00001032_2011_00001032.pdf (Consulta: 15 de octubre 2014).
- Reglamento a la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor No 287 de 19 de marzo de 2001.
- Reglamento a la Ley Orgánica de Salud publicado en el RO de 30 de Octubre del 2008.
- Jurisprudencia**
- Brasil**
- Superior Tribunal de Justiça, REsp 668.216/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, j. en 15.3.2007
- Superior Tribunal de Justiça. MS 8.895/DF, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, 07/06/2004.
- Superior Tribunal De Justiça. REsp 353.147/DF, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, juzgado en 15.10.2002, DJ 18.8.2003.
- Superior Tribunal de Justiça. REsp 978096 25/03/2011.
- Superior Tribunal de Justiça. “Súmulas” 469.
- Supremo Tribunal Federal RE 368564 de 13 de abril de 2011.
- Supremo Tribunal Federal. RE 560780, 19/09/2011.
- Supremo Tribunal Federal. RE 542641 28/05/2010.
- Tribunal de Justiça de São Paulo. TJSP. Ap. Cív. n° 603 491-4/0-00 - São Paulo/Foro Regional de Pin-

heiros - Relator: José Percival Albano Nogueira
Junior - 18.12.08

Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Apelação
Cível nº254113/RS, 4ª Turma, Rel. Juiz Ramos de
Oliveira, julgado em 05.12.2000