

EL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA. ANÁLISIS CON ESPECIAL ÉNFASIS EN LA REGULACIÓN DEL TÍTULO III DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Por Graciela Ritto

Fecha de recepción: 22 de mayo de 2016

Fecha de aprobación: 20 de junio de 2016

Resumen

Es sin lugar a dudas, uno de los derechos de trascendencia innegable, el derecho a la salud que hoy tiene raigambre constitucional a través del artículo 42 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, que incorpora con jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos.

La consagración de dicho derecho en nuestra Constitución Nacional le garantiza la máxima protección jurídica y su tutela judicial efectiva, si correspondiere.

El 9 de abril de 1985, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó las Directrices de la ONU para la Protección de los Consumidores -modificada en 1999-, declaración de derechos que hoy goza de reconocimiento internacional y establece el derecho a la salud como una de las directrices de importancia para todos los consumidores que incluye la protección física de los mismos.

Es evidente que la vinculación médico paciente ha evolucionado desde el vínculo de confianza y el paternalismo hacia una relación más igualitaria y de respeto que se traduce en el consentimiento informado, pero ello sin desconocer que en el caso de la medicina prepaga se ha afianzado la relación empresario-cliente.

Y la nueva realidad nos lleva a hablar en este marco de pacientes-consumidores, que están además tutelados por la legislación consumeril.

No menos importante, es la sanción de la ley 26.682 del 16 de mayo de 2011 que es el primer marco regulatorio de los contratos de medicina prepaga, ya que la anterior 24.754 de 1996 sólo obligaba a dichas empresas a cubrir las prestaciones obligatorias dispuestas por las obras sociales.

Sin embargo, dichas empresas han causado y causan daños a los pacientes–consumidores que hoy tienen una mayor y mejor protección legal y a esos daños queremos referirnos, a manera de reseña ejemplificadora.

En el moderno derecho de daños, que tiene raigambre constitucional, paradigma expresamente incorporado en el CCyCN, es nuestra preocupación analizar la jurisprudencia que reivindica al damnificado, paciente-consumidor.

Ello así, el CCyC incorpora en el Título III los contratos de consumo, como un núcleo duro de protección que se complementa con las leyes especiales y por cierto ese Título alcanza a los contratos de medicina prepaga, temática que analizaremos con especial énfasis.

Abstract

It is without a doubt one of the rights of undeniable importance, the right to health has constitutional foundation today through Article 42 and 75 inc. 22 of the Constitution, which incorporates constitutional status to human rights treaties.

The consecration of this right in our Constitution guarantees the maximum legal protection and effective legal protection, if applicable.

On April 9, 1985, the United Nations General Assembly adopted the UN Guidelines for Consumer Protection (mod. 1999), bill of rights that today enjoys international recognition and establishes the right to health as one of the important guidelines for all consumers including physical protection thereof.

It is evident that the doctor-patient relationship has evolved since the bond of trust and paternalism towards a more egalitarian and respectful relationship that results in informed consent, but this does not deny that in the case of health insurance plans has strengthened the relationship entrepreneur - client.

And the new reality leads us to speak in this context of patients - consumers, who are also protected by the consumeril legislation.

No less important is the enactment of Law 26,682 of May 16, 2011 which is the first regulatory framework contracts prepaid medicine, since the previous 24,754 1996 only forced these companies to meet statutory benefits mandated by the social works.

However, these companies have caused and cause harm to patients - consumers today have more and better legal protection and those damages we mean, by way of exemplifying review.

In the modern tort law, which has constitutional foundation, paradigm expressly incorporated in the CCyCN, our concern is to analyze the case law that vindicates the victim, patient - consumer and / or worker.

This way, the CCYC incorporated in Title III consumer contracts, such as a hard core of protection is complemented by special laws and by the way that reaches Title prepaid medical contracts, subject to be discussed with special emphasis.

Resumo

É sem um dos direitos de inegável importância dúvida, o direito à saúde tem base constitucional hoje através do artigo 42 e 75 inc. 22 da Constituição, que incorpora o status constitucional aos tratados de direitos humanos.

A consagração deste direito na nossa Constituição garante a proteção jurídica e uma efectiva protecção jurídica máxima, se for o caso.

Em 09 de abril de 1985, a Assembléia Geral das Nações Unidas adoptou as directrizes das Nações Unidas para a Protecção dos Consumidores (mod. 1999), declaração de direitos de que hoje goza de reconhecimento internacional e estabelece o direito à saúde como uma das orientações importantes para todos os consumidores, incluindo a protecção física dos mesmos.

É evidente que a relação médico-paciente evoluiu desde o vínculo de confiança e do paternalismo para uma relação mais igualitária e respeitosa que resulta em consentimento informado, mas isso não nega que, no caso de planos de seguro de saúde tem fortalecido o relacionamento empreendedor - cliente.

E a nova realidade nos leva a falar nesse contexto de pacientes - os consumidores, que também são protegidos pela legislação consumeril.

Não menos importante é a promulgação da Lei 26.682 de 16 de maio de 2011, que é os primeiros contratos quadro regulamentar medicina pré-pagos, uma vez que o anterior 24.754 de 1996, apenas forçado essas empresas para satisfazer os benefícios legais exigidas pela obras sociais.

No entanto, essas empresas causaram e causam danos aos pacientes - os consumidores de hoje têm mais e melhor jurídico de protecção e esses danos queremos dizer, a título de exemplificação avaliação.

No direito penal moderno, que tem base constitucional, paradigma expressamente incorporada na CCyCN, a nossa preocupação é analisar a jurisprudência que reivindica a vítima, paciente - consumidor.

Desta forma, o CCYC incorporadas no Título III contratos de consumo, tais como um núcleo duro de protecção é complementado por leis especiais e pela maneira que atinge Título pré-pago contratos médicos, assunto a ser discutido com ênfase especial.

Palabras clave

Contrato de medicina prepaga, paciente-consumidor, contratos de consumo en el CCyC.

KeyWords

Contract prepaid medicine, patient-consumer, consumer contracts in the CCyC.

Palavras chave

Contrato pré-pago medicina, paciente-consumidor, contratos de consumo no CCYC.

1 El contrato de medicina prepaga

a) Concepto

La misma ley 26.682 en su art. 2 se encarga de definir qué entiende por empresa de medicina prepaga, diciendo que es:

.....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.

Paralelamente la L.D.C. en el art. 2 dispone que proveedor

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

Por su parte afiliado o usuario será aquel al que contrate con la empresa de medicina prepaga para que esta última le brinde los servicios propios del contrato en cuestión.

Asimismo, la legislación del consumidor define al usuario como "toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

En la misma línea de ideas, se señala que: el de medicina prepaga es un contrato atípico multiforme de características sui generis, con afinidades con las figuras de la locación de servicio o de obra, que integra un sistema de vínculos contractuales organizado por la empresa.

Es un contrato bilateral, consensual, oneroso, aleatorio en el vínculo con el adherente, nominado a partir de la vigencia de la ley 26.682 y atípico, generalmente de adhesión bajo fórmulas predispuestas, de consumo, de ejecución continuada o de tracto sucesivo, que tiene por objeto un servicio esencial de interés público y que por lo general establece un vínculo directo con una red contractual conexas, que es la de los prestadores contratados por la empresa organizadora del sistema para que proporcionen atención médica a sus adherentes.

Se trata de contratos que se estructuran siguiendo los patrones y principios que gobiernan al contrato de seguro -v.gr., uniformidad y dispersión del riesgo- y que deben atender de un modo primordial a la finalidad asistencial que constituye su causa.

No es intuito personae, de modo que las prestaciones pueden ser brindadas a través de profesionales dependientes o por contratados al efecto pero sí es un contrato de confianza y la elección de la empresa por el usuario se fundamenta en el staff de profesionales que ofrece y publicita.

En definitiva, deseamos resaltar su carácter aleatorio, de adhesión y de consumo que nos lleva a la aplicación del CCyC y complementariamente a la de la

LDC, y por supuesto la conexidad contractual que implican diversas relaciones jurídicas con un objetivo económico común.

Siguiendo a Lorenzetti (2006), podemos sintetizarlo diciendo que es "un contrato mediante el cual una de las partes se obliga a prestar servicios médicos a los pacientes, por sí o por terceros, sujeta a la condición suspensiva de que se dé una determinada enfermedad en el titular o beneficiarios, contra el pago de un precio anticipado y periódico" (p. 152).

Es así que nos encontramos frente a prestadores directos del servicio de salud, como lo son las clínicas, sanatorios u hospitales, quienes brindan el servicio a través de los médicos que contratan.

Y prestadores indirectos, donde aparecen las obras sociales, el seguro de salud y la medicina prepaga, cuya característica común es que son empresas que recaudan el dinero que aportan sus afiliados y luego contratan con terceros para que presten el servicio médico a sus afiliados.

b) El marco regulatorio y la normativa aplicable:

Es oportuno señalar que el Marco regulatorio de Medicina Prepaga (Ley 26.682) establece en su artículo 4º que es autoridad de aplicación de la ley el Ministerio de Salud de la Nación y en lo que respecta a la relación de consumo y a la defensa de la competencia, serán autoridades de aplicación las establecidas en las leyes 24.240 y 25.156 y sus modificatorias, según corresponda.

Y en lo relativo a la adhesión a cláusulas predispuestas, también nos parece importante la previsión del artículo 8 de la ley 26.682 que regula que las empresas de medicina privada sólo pueden utilizar modelos de contratos autorizados por la autoridad de aplicación.

En esta, inteligencia, desde hace tiempo nuestro más Alto Tribunal ha señalado que: "la trascendencia social de la actividad que llevan a cabo las empresas de medicina prepaga amerita la intervención estatal y que aún cuando la

actividad que asumen presenta rasgos mercantiles, no cabe desatender que ellas tienden a proteger la vida, la integridad y la salud de las personas por lo que adquieren un cúmulo de compromisos que exceden o trascienden el mero plano comercial". (CS, 2002/04/16, P.de M.I.J.M c/Asociación Civil Hospital Alemán).

Además, la CSJN ha dicho que: "en los casos de contratos con cláusulas predispuestas cuyo sentido es equívoco y ofrece dificultades para precisar el alcance de las obligaciones asumidas por el predisponente, en caso de duda debe prevalecer la interpretación que favorezca a quien contrató con aquel o contra el autor de las cláusulas uniformes (doctrina de Fallos, 317:1684; 321 3943). Esta regla hermenéutica impone en razón de expresas disposiciones legales (arts. 1198, Cód. Civil, 218, inc. 3 Cód. de Comercio, 3 ley 24.240), y se acentúa en el supuesto del contrato de prestación médica, habida cuenta de la jerarquía de los valores que se hallan en juego; la vida y el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia médica. (CSJN, Fallos: 321:3943).

No podemos ignorar que hoy la regla hermenéutica que ha propiciado nuestro más Alto Tribunal la imponen los arts. 961, 987 y 988 del CCyC y el art. 3° de la LDC como desarrollaremos más adelante.

Tal como desarrolla Weingarten (2015):

la superioridad cultural científica de la empresa, la influencia de la publicidad, muchas veces engañosa, que promete determinada cobertura que luego difiere de la realidad y se descubre sólo en la inminencia de la prestación, la falta de información necesaria para que pueda determinar los verdaderos alcances de la relación contractual, la incorporación de cláusulas abusivas, etc., contribuyen a acentuar tal desigualdad. (p. 405)

Se trata de un contrato de consumo al que le es aplicable la Ley de Defensa del Consumidor, y así lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación y por supuesto hoy, el Título III del CCyC.

c) El contrato de adhesión y de consumo y las obligaciones que de ello derivan:

Ya adelantamos que el contrato de medicina prepaga es un contrato de adhesión a cláusulas predispuestas y que es un contrato de consumo.

En lo referido a la adhesión, hoy la doctrina y la jurisprudencia es conteste en sostener la interpretación a favor del adherente. (C Civ y Com de San Martín, Sala I, 24/2/94, Santa Ana c/Luján Luis). Y los arts. 1094 del CCyC y 3º de la Ley 24.240 establecen el principio in dubio pro consumidor, que pensamos adquiere mayor trascendencia jurídica, cuando el consumidor, lo es de un contrato de medicina prepaga, en el que está en juego el derecho de base constitucional a la salud y a la vida.

Asimismo dichos principios son receptados por el Código Civil y Comercial de la Nación que incorpora el tratamiento de los contratos de adhesión en la Segunda Sección del capítulo 3, Formación del Consentimiento del Título II, Contratos en general.

En lo que se refiere a la adhesión a cláusulas generales predispuestas como forma del consentimiento, se establecen en el nuevo Código los requisitos que deben reunir: ser comprensibles y autosuficientes, la redacción debe ser clara, completa y fácilmente inteligible y se tienen por no escritas las que reenvían a textos o a documentos que no se entregan a la contraparte del predisponente en forma previa o simultánea a la conclusión del contrato, se regula la interpretación en contra del predisponente en el caso de ambigüedad de las cláusulas predispuestas, se establecen cláusulas abusivas en este tipo de contratación como fórmula abierta y las facultades judiciales en estos casos.

ARTÍCULO 988.- Cláusulas abusivas. En los contratos previstos en esta sección, se deben tener por no escritas:

las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente;

las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente o, amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias;

las que por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

Y luego se consagra el control judicial de las cláusulas abusivas:

“ARTÍCULO 989.- Control judicial de las cláusulas abusivas. La aprobación administrativa de las cláusulas generales no obsta a su control judicial. Cuando el juez declara la nulidad parcial del contrato, simultáneamente lo debe integrar, si no puede subsistir sin comprometer su finalidad”.

Es importante destacar que hasta la sanción del CCyC los contratos de adhesión sólo estaban regulados en el art. 38 de la Ley de Defensa del Consumidor que únicamente preveía el control de la autoridad de aplicación de las llamadas cláusulas ineficaces.

La regulación además de establecer un diálogo de fuentes (derechos fundamentales de la CN, principios general de protección del CCyC, y reglamentación de las leyes especiales) otorga un mayor marco protectorio a las llamadas formas modernas de contratación.

A mayor abundamiento, el Código regula los contratos de consumo, definiéndolos en el artículo 1093. En lo que se refiere a la relación de consumo, el CCyC introduce los contratos de consumo como fragmentación del tipo general de contratos que influye en los tipos especiales.

ARTÍCULO 1093.- Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona física o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social.

En dicho concepto, encuadra sin lugar a dudas, el contrato de medicina prepaga celebrado entre un usuario final y una empresa prestadora de servicios que tiene por objeto el uso de esos servicios por parte del usuario.

Y en lo que respecta a la interpretación prevé el artículo 1094 del CCyC, la más favorable al consumidor:

ARTÍCULO 1094.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Cabe recordar que esta regla interpretativa ya ha sido establecida por el artículo 37 de la ley 24.240.

Asimismo, el art. 1095 regula:

“Interpretación del contrato de consumo. El contrato se interpreta en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existen dudas sobre los alcances de su obligación, se adopta la que sea menos gravosa”.

Por supuesto, toda esta hermenéutica legal regirá en el contrato de medicina prepaga, sin desconocer que ya estos principios estaban consagrados en la LDC y han sido proclamados por la jurisprudencia en la ejecución de estos contratos, antes inclusive de que dispusiera expresamente dicha aplicación, el marco regulatorio específico.

Cabe señalar finalmente, que el CCyC contempla la definición de contrato de consumo, el principio de protección al consumidor, la interpretación el contrato de consumo en el sentido menos gravoso para el consumidor, el consumidor expuesto a prácticas comerciales abusivas, el trato digno, no discriminatorio, el deber de información, la publicidad ilícita y la función preventiva de la responsabilidad civil en estos casos, la aplicación de lo dispuesto para los contratos de adhesión a los contratos de consumo en el caso de cláusulas abusivas, la definición de cláusula abusiva y la situación jurídica abusiva.

d) Las cláusulas abusivas en el contrato de medicina prepaga: Resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica–Defensa del Consumidor:

La Resolución 9/2004 de la autoridad de aplicación propone un listado de posibles cláusulas abusivas en el contrato de medicina prepaga, en concordancia con el art. 37 de la LDC, pero paradójicamente no establece la sanción de nulidad por lo que desnaturaliza la finalidad de la norma que pretende implementar.

Ello así, enumera posibles cláusulas abusivas relativas a la modificación unilateral del contrato por parte del proveedor, salvo en los contratos por tiempo indeterminado y si los cambios estuviesen expresamente previstos en el contrato y se refieran a incorporación de servicios, tecnologías y prestaciones, no alteren el objeto del contrato ni importen un desmedro en la calidad de los servicios, no afecten a un consumidor en particular y sean notificados con 60 días de anticipación.

También se consideran abusivas las cláusulas que establezcan el cese de la prestación de los servicios originados en un contrato celebrado por el proveedor y un tercero, cuando tal prestación tenga origen en una contratación de carácter corporativo o similar, o provenga de una relación laboral entre el consumidor y el tercero contratante con el proveedor, sea porque se hubiere rescindido o resuelto tal contrato o porque hubiere cesado el vínculo entre el consumidor y el tercero que diera origen a las prestaciones, y no se prevea que el consumidor tendrá derecho a que se le brinde cobertura a través de una contratación directa con el proveedor.

La temática de las cláusulas abusivas en este contrato es particularmente sensible por el derecho en juego, que es el de la salud y porque como ya señalamos es un contrato de confianza, en el que una organización brinda un determinado staff profesional que cubre determinadas contingencias.

La cláusula abusiva es aquella que habiendo o no sido negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor (art. 1119 CCyC).

Sin perjuicio de ello, en todos los reglamentos de las empresas subsisten cláusulas abusivas referidas a preexistencia de enfermedades, períodos de carencia no incluidos en el PMO, sustitución de prestadores y servicios en desmedro de la atención debida, supresión durante la etapa contractual de alguna prestación médica, límites en los días de internación.

2) Los deberes que surgen del contrato.

a). La integralidad de la prestación asistencial:

A partir de la reforma de 1994, como ya señaláramos, los derechos a la salud y a la vida tienen raigambre constitucional, a través de los Tratados de Derechos Humanos contenidos en el 75. inc. 22.

Consecuentemente, y ante el incumplimiento de las empresas de medicina prepaga de las obligaciones que conlleva la prestación de un servicio de interés general, nuestros Tribunales ante la falta de un marco regulatorio específico, recurrieron a la tutela brindada por la manda constitucional.

Ello así, la Cámara Nacional Civil, Sala B, H ha enfatizado que:

El principio rector es la integralidad de la prestación asistencial (arts. 740 y 742 del CC). Tal principio ha fundado distintas sentencias con sustento en los derechos y garantías constitucionales, poniéndose de relieve que quienes brindan un servicio deben prestarlo de la forma más segura posible, las obligaciones que asumen están presididas por una principal que es conseguir la salud del paciente o acercarlo cuanto más sea posible a ese estado ideal, y en ese propósito debe realizar aquellos pasos que conduzcan al más adecuado tratamiento, agotando todas las medidas que importen disminuir, no de incrementar, los riesgos priorizando los derechos de los pacientes (CNCiv, Sala B, 23/03/1995, La Ley, 1996-C, 233).

En esa línea de ideas, Ghersi y Weingarten (2008) sostienen que:

Partiendo de la integralidad del derecho a la salud, pensamos que los planes que ofrecen las empresas al segmentar la prestación, son abusivas. Los elementos diferenciadores de esos planes, pensamos que no pueden estar relacionados con la medicina y la salud, sino con cuestiones accesorias, mejoras de hotelería, salvo

cuando la hotelería está relacionada con la patología y así por ejemplo, un paciente que debe estar en una habitación individual y con confort, vg. una embarazada en estado crítico. (p. 308)

Consecuentemente, cuando las empresas no cumplen con su obligación de brindar un tratamiento acorde con el desarrollo científico, por exceder el contenido del contrato y el PMOE, se ha dicho que:

De allí que si el progreso médico – científico descubre una nueva y mucho más eficaz anestesia o una droga para calmar los dolores más crueles de una enfermedad Terminal, resulte manifiestamente inaceptable que los prestadores de salud se nieguen a proporcionarlas a sus afiliados invocando, como pretexto, que todavía no la han incorporado a su vademécum o no han sido todavía incluidas en el PMO. La inamovilidad reglamentaria no puede ser elevada al rango de un impedimento para negarle al “homo patien” el medicamento o la técnica capaz de aminorar su sufrimiento, sino se transformaría en los vehículos de la iniquidad y del alzamiento inadmisibles contra las normas de mayor jerarquía de la Nación. (CNFed. Civ y Com, Sala II, 28/11/2006, I.R.A. c/Ostel s/amparo, considerando 10)

En similar tendencia, Lorenzetti (2006) explica que la obligación que asume la empresa de medicina prepaga es el suministro de servicios médicos y ello presenta múltiples problemas referidos a la calidad de los mismos, al mantenimiento de la calidad en el tiempo y a la mejora de la misma en relación a los cambios tecnológicos.

Por cierto, si el ofrecimiento de los servicios era acorde con los avances científicos y tecnológicos al momento de la suscripción del contrato, de ello deriva la obligación implícita de mantenerlos actualizados dada su característica de plazo indeterminado.

Sobre esta temática se ha pronunciado también nuestra CSJN en E.R.E. c. Omint. S.A de Servicios con motivo de un transplante hepático realizado en el exterior y cuya cobertura no estaba incluida en el contrato que vinculaba a las partes. Sostuvo entonces que:

En caso de duda, la determinación del alcance de la cobertura debe estarse en contra del predisponente (art. 1198, Cód. Civil y Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240) "lo que se acentúa en el supuesto del contrato de prestación médica,

habida cuenta de la jerarquía de los valores que se hallan en juego: la vida y el derecho a obtener conveniente y oportuna asistencia sanitaria" (consid. 9).b) "Que tal derecho se vería frustrado si se admitiera que la falta de exclusión de un tratamiento no importa su lógica inclusión en la cobertura pactada, siendo inadmisibles la referencia histórica al estado del conocimiento médico existente al tiempo de la contratación, toda vez que se traduciría —con grave detrimento del servicio de salud— en la privación de los adelantos terapéuticos que el progreso científico incorpora —en forma casi cotidiana— al campo de las prestaciones médico asistenciales (consid. 10). .

b) El deber de información:

Lorenzetti (2006) enfatiza que 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.

Como contrapartida, afirma que la empresa tiene el deber de informar al consumidor con claridad estos aspectos y si lo hace de un modo ambiguo, habrá una interpretación a favor del consumidor.

Por cierto, esta facultad de las empresas, está bastante acotada en la actualidad a partir de lo prescripto en el artículo 7º de la ley 26.682 que enumera taxativamente los supuestos de coberturas parciales. Y podemos afirmar que hoy aún más, atento la incorporación del deber de información en el art. 1100 del CCyC que textualmente prevé para los contratos de consumo que:

Art. 1100.— Información. El proveedor está obligado a suministrar información al consumidor en forma cierta y detallada, respecto de todo lo relacionado con las características esenciales de los bienes y servicios que provee, las condiciones de su comercialización y toda otra circunstancia relevante para el contrato. La información debe ser siempre gratuita para el consumidor y proporcionada con la claridad necesaria que permita su comprensión.

Gherzi y Weingarten (2008) consideran que no pueden excluirse las prestaciones que están incluidas en el PMO y que el usuario debe ser informado desde el comienzo en forma clara y fehaciente de las exclusiones.

En dicha inteligencia, la Cámara Nacional Civil sostuvo que:

Cabe incluir las prestaciones oncológicas en el marco del contrato de prestación de servicios médicos concertado entre las partes, pues en el contenido de este no se menciona en ningún momento la exclusión de dichas prestaciones. Por tanto y tratándose de un contrato en el que el consentimiento se prestó por adhesión a condiciones generales, las cláusulas ambiguas u oscuras deben ser interpretadas en contra del disponente (art. 1198 del CC). Máxime cuando la protección de los consumidores (entre los que se incluyen los de asistencia médica) tiene raigambre constitucional, de conformidad con lo establecido por el art. 42 de la Constitución Nacional. (Rosetti de Marasco Patricio B c/ Policlínica Privada de Medicina y Cirugía S.A., JÁ, 10/03/2004, considerando 6).

c) La publicidad: La publicidad constituye hoy oferta contractual y ello no admite dudas a partir del artículo 8º de la ley 24.240. ARTICULO 8º.- “Efectos de la Publicidad. 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”.

Asimismo, el CCyC introduce dicho carácter vinculante de la publicidad en el art. 1103, con lo que adquiere particular relevancia dicha publicidad en el contrato de medicina prepaga, en lo que se refiere a las coberturas y a las posibles exclusiones, a los días de internación y a los servicios. Art. 1103.CCyC— “Efectos de la publicidad. Las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión se tienen por incluidas en el contrato con el consumidor y obligan al oferente”.

Lorenzetti (2006) dice que en la medicina prepaga tiene mucha importancia ya que la publicidad es necesaria para promover los servicios que se ofrecen y para ello se destacan aspectos de la prestación, o de la calidad de la misma, o se crean expectativas de cumplimiento. La Cámara Nacional Civil ha manifestado que:

la exigencia de informar a los potenciales usuarios sobre las características de la eventual prestación o las modalidades... suele efectuarse mediante anuncios publicitarios genéricamente destinados a los integrantes del grupo social...los mensajes publicitarios pueden ser válidamente incorporados a la etapa formativa previa a la formación del contrato y en cuanto determinantes a menudo de la celebración de la operación, comprometen a su responsable a brindar , en los

hechos, aquello que se ofrece, tal como lo ha presentado.(Sala B, 24/09/86, p. 401.).

Consecuentemente, Gherzi (2008) afirma que esos anuncios publicitarios constituyen un acto propio que el empresario no puede contradecir mediante una conducta incompatible con otra anterior, sustituyéndola por una prestación asistencial diferente a la publicitada, frustrando las legítimas expectativas del contratante.

El autor está referenciando la doctrina de los actos propios, atento que las precisiones contenidas en la publicidad integran el contrato.

Y el CCyC además contempla la publicidad engañosa abusiva en su art. 1101:

Art. 1101.— Publicidad. Está prohibida toda publicidad que:

- a) contenga indicaciones falsas o de tal naturaleza que induzcan o puedan inducir a error al consumidor, cuando recaigan sobre elementos esenciales del producto o servicio ;
- b) efectúe comparaciones de bienes o servicios cuando sean de naturaleza tal que conduzcan a error al consumidor ;
- c) sea abusiva, discriminatoria o induzca al consumidor a comportarse de forma perjudicial o peligrosa para su salud o seguridad.

La norma está basada en el art. 37 del Código de Defensa del Consumidor de Brasil.

Y para dicha publicidad engañosa y/o abusiva, que es lamentablemente usual en la medicina prepaga, el CCyC introduce la función preventiva de la responsabilidad civil en el art. 1102:

Art. 1102.— Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria.

d). La obligación de seguridad: Está regulada en el art. 5º de la LDC. Es una obligación contractual de resultado y su incumplimiento trae aparejada la responsabilidad objetiva de la empresa deudora.

El artículo 5º de la LCD establece la obligación de seguridad en forma expresa en todo tipo de contratos de consumo y que el factor de atribución aplicable al caso no es otro que la garantía. Artículo 5º: “Protección al consumidor: Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios”.

Gregorini Clusellas (1996) dice que

La medicina prepaga asume una obligación de seguridad, la cual, en el caso es excepcionalmente de medios, pues, su característica habitual es la de ser una de resultados. Esta obligación acompañará a la obligación central, siendo ambas igualmente importantes, aunque una aparezca como principal y otra como anexa en el rango obligacional. (“La obligación de seguridad de la clínica”, párr. 2).

Agrega, que:

la obligación de seguridad será entonces directa, no refleja, y la responsabilidad por su incumplimiento objetivo, y condicionada al acierto o desacierto de la prestación médica efectuada por los profesionales, brindadas por el ente para ejecutar el contrato. Mediando culpa del médico que atendió al paciente (responsabilidad subjetiva), el ente que por su intermedio cumplió la prestación a su cargo, responderá objetivamente, aún cuando no hubiera incurrido en culpa.

Y concluye que en síntesis su obligación de seguridad únicamente quedará cumplida efectuando una prestación médica técnicamente inobjetable, pues de acreditarse que no fue así, responderá.

No podemos obviar recordar que en la temática que nos ocupa, se ha sostenido tradicionalmente que la responsabilidad civil tenía su fundamento en una estipulación a favor de terceros (1027 CCyC, 504 del entonces CC), pero dicha responsabilidad se encuadra en la actualidad, en la relación de consumo.

El deber de seguridad comprometido por el ente asistencial configura una obligación de resultado que éste asume, aunque va referido —en la casi generalidad de los casos— a una obligación de medios (que es la contraída por el profesional médico).

Fue Lorenzetti (2006) quien ha dicho que:

no puede analizarse la vinculación jurídica en cuestión como una estipulación a favor de terceros, porque los dos centros de interés principales son los del paciente que paga y los de la entidad médica que presta el servicio. El problema a resolver se vincula con esta relación jurídica y no con la que se entabla entre el médico y la clínica con efectos subsidiarios hacia terceros. El paciente no es tercero, sino parte.

Consecuentemente, ante la defectuosa prestación de servicios médicos por parte de las empresas de medicina prepaga, resulta de aplicación el estatuto del consumidor. (art .5º), sin perjuicio de que el profesional médico que incurra en mala praxis deberá responder según las normas del derecho común, ya que el art. 2 de la ley 24.240, lo excluye expresamente de su órbita

3. Análisis de algunos aspectos del marco regulatorio específico: ley 26.682

a) El PMO y las coberturas parciales:

Artículo 7º: Obligación: Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley deben 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.

Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden ofrecer planes de coberturas parciales en:

- a) Servicios odontológicos exclusivamente;
- b) Servicios de emergencias médicas y traslados sanitarios de personas;
- c) Aquellos que desarrollen su actividad en una única y determinada localidad, con un padrón de usuarios inferior a cinco mil.

La Autoridad de Aplicación podrá proponer nuevos planes de coberturas parciales a propuesta de la Comisión Permanente prevista en el artículo 6º de la presente ley.

Todos los planes de cobertura parcial deben adecuarse a lo establecido por la Autoridad de Aplicación.

El plan médico obligatorio, es aquél de asistencia obligatoria que, según Resolución N° 247/96, se estableció solo para las obras sociales del sistema comprendidas en las leyes 23.660 y 23.661, haciéndose extensivo su alcance a las Empresas de Medicina Prepaga.

La ley además de requerir el PMO, sólo autoriza determinadas coberturas parciales que enumera taxativamente.

Nos parece fundamental esta regulación dado que limita jurídicamente las exclusiones de cobertura que han generado daños al paciente – consumidor históricamente y que eran lamentablemente práctica habitual en este tipo de empresas.

Por otra parte, además de la mayor tutela jurídica para los pacientes, el artículo 24 del marco regulatorio prevé que toda infracción a la presente ley será sancionada por la Autoridad de Aplicación -apercibimiento, multa, cancelación de la inscripción en el Registro.

Si bien, la graduación de dichas sanciones es una potestad discrecional de la Administración, la empresa tiene el derecho a la substanciación del sumario correspondiente para la defensa de sus derechos, siendo de aplicación la Ley nacional de procedimientos administrativos, 19.549.

b) La rescisión por los usuarios y por las empresas:

ARTÍCULO 9º —Rescisión. 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. Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o cuando el usuario haya falseado la declaración jurada. En caso de falta de pago, transcurrido el término impago

establecido y previo a la rescisión, los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley deben comunicar en forma fehaciente al usuario la constitución en mora intimando a la regularización dentro del término de diez (10) días.

En términos de Lorenzetti (2006), la rescisión unilateral incausada era legítima si estaba prevista para ambas partes y en su caso reanalizaría si era abusiva en el caso concreto.

La ley ha acotado la posibilidad de rescisión por parte de las empresas a la falta de pago de 3 cuotas consecutivas, previa constitución en mora y a la falsedad de la declaración jurada del paciente.

Analiza Weingarten (2015), que el sistema de 3 cuotas impagas es absolutamente abusivo e inconstitucional y que la jurisprudencia lo ha considerado excesivo y ha obligado a las empresas a mantener la prestación en caso de peligro de salud y de vida.

Por otra parte, consideramos que la falsedad de la declaración jurada, es una situación abusiva en los términos del art. 1120 del CCyC, prevista paradójicamente por la ley, dado que son las empresas las que deberían realizar los estudios correspondientes antes del ingreso al futuro consumidor, que no tiene porque conocer patologías preexistentes y ello en el marco de la buena fe, que debe imperar en toda relación contractual, de conformidad con el art. 961 del CCyC.

Así se ha dicho oportunamente que:

Quando la empresa no disponga el examen médico obligatorio como requisito de admisión, no puede beneficiarse con esa omisión, ya que surge como un imperativo de su propio interés, con lo cual las consecuencias de su no realización únicamente recaen en el ente, quien en el futuro no podrá alegar la preexistencia de alguna enfermedad (de modo similar al examen preocupacional de la Ley de Accidentes de Trabajo para diferenciar la incapacidad propia del trabajador al momento de su ingreso de aquella que es consecuencia del trabajo realizado por el empleador. (CCivCom. Junín, 23/12/1994, Feroldi, Osvaldo L, c A.P.S Obra Social, considerando 5).

Pero lo cierto, es que el marco regulador, la ley especial, hoy incorpora la falsedad de la declaración jurada como causal de rescisión y entonces tendremos que analizar la prelación normativa que introduce el CCyC para poder invocar su abusividad en los términos del art. 1119 del CCyC.

Recordemos que el art. 963 del CC establece que cuando concurren disposiciones del Código y de alguna ley especial, el orden de prelación es el de las normas indisponibles de la ley especial y de este Código pero que dicho orden se complementa con el art. 1094 ya mencionado, que prevé que en caso de duda sobre la interpretación de este Código o de las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor.

Y sin embargo, esta postura no ha sido sostenida por nuestra jurisprudencia, en un fallo del Juzgado Federal de Salta N° 1, en autos "Issa Nazr, Nicolás Miguel c/Swiss Medical S.A. s/ prestaciones quirúrgicas", sobre la rescisión de un contrato de medicina prepaga originada en la falsedad de la declaración jurada en que incurrió el actor, quien padecía una patología cardíaca. Al hacerlo -denegando la acción de amparo interpuesta por el actor- sus fundamentos se han detenido en el régimen instaurado por la Ley 26.682 Marco Regulatorio de Medicina Prepaga, en particular, en el artículo 9°.

Compartimos lo señalado por Urbina (2016), que al comentar este decisorio ha señalado que:

Desde nuestra perspectiva, el vínculo entre las empresas de medicina prepaga y quienes recurren a su contratación debe ser evaluado conforme al objeto del contrato suscripto: la cobertura de un derecho personalísimo, como es la salud, que es la vida. Ello, desafortunadamente no aconteció en el caso que comentamos, pues los magistrados no emplearon el poder inherente, que tienen de evitar acontezcan daños si, jurídicamente, son y pueden ser evitados. (p. 217)

En virtud de lo expuesto, si bien destacamos la existencia del marco regulatorio, el mismo deja subsistente la problemática de la preexistencia vinculada con la declaración jurada del usuario.

El decreto 1993/2011 reglamentario de este artículo, establece en el inciso b), que para que proceda la rescisión del contrato celebrado "...deberá acreditarse que el usuario no obró de buena fe en los términos del artículo 1198 del CODIGO CIVIL. (hoy 961 del CCyC).

El usuario, entonces, que carece de conocimientos en la materia, solo puede desvirtuar la mala fe de la que carece y abonar los adicionales fijados por la autoridad de aplicación.

c) Carencias y declaración jurada:

ARTICULO 10. —Carencias y Declaración Jurada. 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 de carencia deben estar suficientemente explicitados en el contrato y aprobados por la Autoridad de Aplicación. Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La Autoridad de Aplicación autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

La norma consagra el criterio de nuestro más Alto Tribunal en Unión de Usuarios y Consumidores c / Compañía Euromédica de salud. Pensamos relevante la eliminación del período de carencia para todas las prestaciones incluidas en el PMO (aunque nos consta que algunas empresas las mantienen, por lo menos informalmente, jugando con el desconocimiento de los usuarios).

Asimismo, y de acuerdo con el deber de información al que obliga la LDC y el art. 1100 del CCyC, en los contratos de medicina prepaga deben estar claramente explicitadas, las otras modalidades prestacionales y sus tiempos de carencia.

La prohibición de negar la cobertura ante la existencia de enfermedades preexistentes, está subordinada a la declaración jurada del usuario, con lo cual el sistema regulatorio mantiene la causal que ha dado lugar al mayor número de daños a los pacientes – consumidores en este tipo de contratos.

Sin lugar a dudas, los arts. 9 y 10 del marco regulatorio no resuelven la cuestión que creemos medular en lo relativo al abuso de la posición dominante en el sistema de medicina prepaga. Y el abuso de la posición dominante también está hoy regulado en el art. 11 del CCyC.

d) La admisión adversa:

ARTICULO 11. —“Admisión Adversa. La edad no puede ser tomada como criterio de rechazo de admisión”

ARTICULO 12. —“Personas Mayores de 65 Años. En el caso de las personas mayores de sesenta y cinco (65) años, la Autoridad de Aplicación debe definir los porcentajes de aumento de costos según riesgo para los distintos rangos etarios”.

A los usuarios mayores a sesenta y cinco (65) años que tengan una antigüedad mayor a diez (10) años en uno de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley, no se les puede aplicar el aumento en razón de su edad.

Otro aspecto que deseamos resaltar es el de la admisión adversa dado que antes de la sanción de la ley, la edad era criterio de rechazo de admisión.

Y asimismo, la prohibición de aplicar aumentos en razón de la edad, a los usuarios que tengan una antigüedad mayor de 10 años en la empresa, dado que dichos aumentos eran otros de los abusos más frecuentes de las prepagas. A mayor abundamiento, el artículo 12 del decreto reglamentario, de la medicina prepaga, establece que para aquellos casos contemplados en la segunda parte de la norma, la antigüedad de DIEZ (10) años deberá ser en forma continua en la misma entidad comprendida en los alcances de esta reglamentación.

En caso de producirse el supuesto previsto en artículo 5º, inciso m) de la Ley N° 26.682, (transferencia en caso de quiebra, cierre o cesación de actividades de la cobertura de salud a otros prestadores inscriptos en el Registro) los usuarios conservarán la antigüedad que tuvieran hasta el momento de declararse la quiebra de la entidad la que se adicionará a la nueva entidad que se le asigne, a los fines establecidos en este artículo. *Prima facie*, creemos que además de la importancia de constituir un marco regulatorio específico, la ley 26.682 ha regulado satisfactoriamente algunas problemáticas que la jurisprudencia había considerado abusivas tomando como marco la Constitución Nacional y la LDC, que además la legislación consagra expresamente de aplicación obligatoria a estas contrataciones, con las salvedades precedentemente expuestas en lo relativo al derecho de rescisión en función de la falsedad de la declaración jurada y la subordinación de la cobertura de las enfermedades preexistentes a dicha declaración.

e) El derecho a la equivalencia:

Otro aspecto a destacar del marco regulador es el derecho a la equivalencia del art. 26 de la ley 26.682 que prevé:

Derecho de los Usuarios. Sin perjuicio de los que establezcan las demás normas de aplicación, los usuarios gozan de los siguientes derechos: a) Derecho a las prestaciones de emergencia: los usuarios tienen derecho, en caso de duda, a recibir las prestaciones de emergencia, correspondiendo en forma posterior resolver si se encuentran cubiertas por el plan contratado; b) Derecho a la equivalencia: los usuarios tienen derecho a una adecuada equivalencia de la calidad de los servicios contratados durante toda la relación contractual.

Esa adecuada equivalencia es un derecho esencial de los usuarios que había sido reconocido anteriormente por la jurisprudencia y que ahora la ley consagra y el decreto reglamentario complementa: Art 26 b):

A los efectos del mantenimiento de una adecuada calidad de servicio todo tipo de modificación posterior a la aprobación de los respectivos planes por la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD, sea en estructura sanitaria, prestaciones y/o tecnología sanitaria de aplicación que fuera incluida en los planes de cobertura, deberá ser notificada a la Autoridad de Aplicación para su autorización, correspondiendo o no una modificación de cuota.

Y la reglamentación aclara que si por cualquier causa o razón se produce un cambio de prestador en la cartilla contratada por plan, el usuario tendrá derecho a seguir siendo asistido en el prestador de origen de su tratamiento hasta el alta médica de la patología existente en el momento de producirse el cambio, sin costo adicional alguno.

Prima facie, creemos que además de la importancia de constituir un marco regulatorio específico, la ley 26.682 ha regulado satisfactoriamente algunas problemáticas que la jurisprudencia había considerado abusivas tomando como marco la Constitución Nacional y la LDC, que además la legislación consagra expresamente de aplicación obligatoria a estas contrataciones, con las salvedades precedentemente expuestas en lo relativo al derecho de rescisión en función de la falsedad de la declaración jurada y la subordinación de la cobertura de las enfermedades preexistentes a dicha declaración.

4. Reflexiones finales

El derecho a la salud de raigambre constitucional y supranacional es un derecho humano fundamental, indispensable para el goce de todos lo demás, que protege nuestro ordenamiento jurídico.

Frente a la integralidad de este derecho y a su trascendencia jurídica, es indudable la necesidad de la intervención del Estado, en el marco de las contrataciones de medicina prepaga, aún cuando persigan fines de lucro, por el interés general que representan los servicios que brindan.

Así lo ha sostenido nuestro más Alto Tribunal y nutrida jurisprudencia, aún antes de la existencia de un marco regulatorio específico, con base en la manda constitucional y en la ley de defensa del consumidor.

Siendo el contrato en análisis, un contrato de adhesión y de consumo, que guarda similitud con el de seguro y que se caracteriza por su carácter aleatorio, es el empresario el que asume el riesgo, que no puede trasladar al paciente - consumidor que es la parte débil de la relación.

La ley 26.682 ha venido a regular estas contrataciones y a prohibir las prácticas abusivas, previendo también en dicho marco, la aplicación de la ley de defensa del consumidor y de la defensa de la competencia, pero manteniendo situaciones abusivas en perjuicio del usuario. (arts. 9 y 10), que deberá subsanar el juez, en un derecho de daños con epicentro en el damnificado.

Y no menos importante, creemos, es la incorporación de los contratos de Consumo en el Título III del CCyC, que establece un núcleo duro de protección, que se complementa con las leyes especiales y pensamos contribuirá especialmente a la defensa del usuario de medicina prepaga, a través de la regulación del derecho a la información, la publicidad que integra el contrato, la publicidad ilícita y las cláusulas o situaciones jurídicas abusivas, en un contrato fundado en la confianza.

Bibliografía

Gherzi, C., Weingarten, C. (2008). *Tratado de Daños Reparables* (Tomo III, Parte Especial). Buenos Aires: La Ley.

Gregorini Clusellas, E. (21 de junio de 1996). La obligación de seguridad en el contrato de medicina prepaga. *La Ley online*. Cita Online AR/DOC/8099/2001

Lorenzetti, R. (1998). *La empresa médica*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Lorenzetti, R. (2006). *Tratado de los Contratos* (Tomo III). Santa Fe: Rubinzal Culzoni.

Urbina, P. (febrero, 2016). Las enfermedades preexistentes y su conocimiento por parte de los asociados a las empresas de medicina prepaga como criterio de exclusión de cobertura. *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, 1, 216-222.

Weingarten, C. (2015). Los usuarios de salud en la Medicina Prepaga. En C. Gherzi. *Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores* (pp 405-415). Buenos Aires: La Ley.