



UNIVERSIDAD EMPRESARIAL SIGLO 21

Carrera de Abogacía

Trabajo Final de Graduación

*Naturaleza Jurídica del Contrato de Medicina Prepaga en la
República Argentina*

Mauricio Follari Gorra

Año 2.013

Resumen ejecutivo

La actividad de las empresas de medicina prepaga careció de regulación específica e integral hasta el año 2011, cuando se sancionó la ley 26.682. Hasta ese momento los conflictos judiciales entre usuarios y empresas derivados de la ejecución de los contratos de medicina prepaga encontraron diversas soluciones en los tribunales, debido a la aplicación análoga de legislación diversa referida a figuras similares o afines. La jurisprudencia y la doctrina resultante de la actividad jurisdiccional respecto del contrato de medicina prepaga no ha sido pacífica. Existen dos posiciones al respecto: aquella que se inclinó por proteger al usuario amparándose en la Ley de Defensa del Consumidor, posición que alcanzó la adhesión mayoritaria, y otra que optó por proteger el desarrollo de la actividad empresaria equiparando el contrato de medicina prepaga al de seguro. La legislación del año 2011 ha recogido una parte importante de estos vacíos y conflictos jurídicos, constituyendo un avance en la materia. Sin embargo, el contrato de medicina prepaga y su ejecución siguen presentando situaciones y aspectos oscuros que fomentan litigios judiciales, bien por las características del contrato y su regulación, pero también por el carácter dinámico y cambiante del debate en torno a los conceptos de salud y enfermedad.

Palabras clave: Contrato. Medicina Prepaga. Ley 26.682.

Abstract

The activity of prepaid medicine companies lacked specific and comprehensive regulation until 2011, when the law 26.682 was passed. Until then legal disputes between consumers and businesses arising from the execution of contracts for health insurance companies found different solutions in the courts, because the analogous application of different laws relating to similar or related figures. The resulting case law and doctrine of judicial activity regarding prepaid health contract has not been peaceful. There are two positions on the issue: the first one that which is bent to protect the user invoking the Consumer Protection Act, a position that attained majority adhesion, and one that chose to protect the development of business activity equating prepaid medical contract with insurance contract. The legislation of 2011 has collected a significant

portion of these gaps and legal disputes, providing a breakthrough in the field. However, prepaid health contract and its execution are presenting situations and dark aspects that encourage litigation, either by the contract characteristics and regulation, but also by the dynamic and changing nature of the debate on health concepts and disease.

Keywords: Contract. Prepaid Medicine. Law 26.682.

Índice

INTRODUCCION.....	6
CAPITULO I: EL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA. NATURALEZA JURIDICA. CONCEPTO Y CARACTERES.....	11
I.1.Concepto.....	11
I.2.Algunas teorías sobre el contrato de medicina prepaga.....	13
I.3.Elementos del contrato de medicina prepaga.....	14
I.3.A.Los sujetos.....	14
I.3.B.El objeto.....	15
I.3.C.La causa objetiva.....	15
I.3.D.La forma del contrato.....	16
I.4.Similitudes y diferencias con figuras similares: obras sociales y contrato de seguro.....	16
I.4.A.Obras sociales.....	16
I.4.B.Contrato de seguros.....	17
I.5.Caracteres del contrato de medicina prepaga: Aleatoriedad. Atipicidad. De tracto sucesivo. De adhesión. Ejecución.....	20
I.5.A.Aleatoriedad.....	20
I.5.B.Atipicidad.....	21
I.5.C.De tracto sucesivo.....	22
I.5.D.De adhesión.....	24
I.5.E.Problemas respecto al momento de la ejecución.....	25
I.6.Reflexiones finales.....	26
CAPITULO II: ASPECTOS CONTROVERSIALES DEL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA.....	27
II.1.Distintas modalidades contractuales.....	27
II.2.Obligación médico asistencial.....	29
II.2.A.La asistencia médica.....	29
II.2.B.Alcances de la cobertura.....	31

II.2.C.Exclusiones.....	34
II.3.Tratamiento de enfermedades preexistentes.....	36
II.4.El período de carencia.....	40
II.5.El “Plan Médico Obligatorio”.....	41
II.6.Aspectos centrales de las controversias.....	44
CAPITULO III: JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. DIVERSAS PERSPECTIVAS.....	46
III.1.Distintas corrientes jurisprudenciales respecto del contrato de medicina prepaga.....	46
III.2.Contratación predispuesta.....	48
III.3.Cláusulas abusivas.....	49
III.4.Rescisión unilateral.....	52
III.5.Cláusulas respecto a cambios en la cuota en relación a la edad.....	56
III.6.Exclusiones que afectan el cumplimiento de la empresa.....	57
III.7.Cláusulas habilitantes de la modificación unilateral de la cuota.....	58
III.8.Enfermedades preexistentes.....	58
III.9.El factor de atribución.....	62
CAPITULO IV: MARCO REGULATORIO DE LA MEDICINA PREPAGA. ASPECTOS CENTRALES DE LA LEY 26.682.....	64
IV.1.Definición del contrato de medicina prepaga.....	64
IV.2.Asignación y funciones de la autoridad de aplicación y poder de policía.....	66
IV.3.Prestaciones mínimas de las empresas de medicina prepaga.....	69
IV.4.Condiciones y límites respecto de la eventual rescisión del contrato.....	71
IV.5.El período de carencia en la ley 26.682.....	72
IV.6.Determinación del precio de la cuota.....	73
IV.7.Incrementos en la cuota en relación a la edad.....	73
IV.8.Otros derechos de los usuarios.....	75
IV.9.Opiniones, comentarios y críticas a la ley 26.682.....	75
CONCLUSIONES.....	78
BIBLIOGRAFIA.....	81

INTRODUCCION

El sistema de salud público argentino es, en la actualidad, uno de los más importantes y generalizados de América Latina. Ello se comprueba contrastando el hecho de que se registra una baja conflictividad social respecto a la calidad de la prestación del servicio de salud por parte del Estado y por ser un sistema receptor de inmigrantes extranjeros que acuden a él debido a que no están incluidos ni pueden acceder a los esquemas sanitarios públicos de sus sitios de origen. Chilenos, paraguayos, peruanos y bolivianos, entre otros, acuden diariamente a los hospitales y centros de salud de las distintas provincias argentinas en busca de soluciones a diversos problemas de salud, ocasionando excesivos gastos y esfuerzos presupuestarios a los erarios públicos argentinos.

La configuración actual del sistema sanitario nacional es el producto de un desarrollo histórico que ha transitado una serie de etapas particulares que le han ido dando características diferenciales.

Se pueden distinguir cuatro etapas en la historia del servicio de salud en la Argentina (TOBAR, 2001). Desde el período de organización y consolidación del Estado Nación argentino, ubicado alrededor del año 1880, hasta la década del cuarenta, con el surgimiento del peronismo como fenómeno social y político dominante. En esta época la prestación del servicio de salud por parte del Estado era subsidiaria y se limitaba a contener las demandas sociales básicas que permitían sostener condiciones sociales y políticas de paz para el desarrollo óptimo del libremercado. Constituyó este período el momento liberal (TOBAR, 2001).

A partir del surgimiento del peronismo y las consecuentes transformaciones sociales y políticas impulsadas por éste, el sistema de salud sufrió profundas transformaciones. Por un lado, el derecho a la salud se instaló dentro de los llamados derechos sociales. El Estado se comprometió en la garantía y prestación del servicio, destinando para ello crecientes recursos fiscales. Otro fenómeno destacable es el de la fragmentación del sistema que acompañó al proceso en este período, fundamentalmente sustentado en la fundación de las obras sociales sindicales. De esta manera, la prestación de servicios sanitarios no sólo se financiaba con recursos públicos sino también con el aporte de la masa creciente de trabajadores formales que se fueron incorporando progresivamente a la vida política y económica del país.

El período desarrollista corrió a los derechos sociales, salud incluida, del eje de la política, dejando ese lugar de privilegio al establecimiento de condiciones óptimas para la acumulación de grandes capitales y el fomento a la inversión. La novedad del período es el inicio de los sucesivos intentos de descentralización del sistema con el traspaso de hospitales del Estado Nacional a las provincias, medida que debió ser abortada debido a la baja capacidad técnica de los estados provinciales (TOBAR, 2001).

El neoliberalismo imperante a partir de mediados de la década de los setentas hasta fines del siglo XX fue vaciando la prestación de servicios básicos como la salud y la educación públicas, limitando significativamente el gasto público en estos rubros. En general, el sistema integral de seguridad social fue experimentando una serie de modificaciones que lo hicieron más débil. Ajuste estructural y descentralización fueron las herramientas fundamentales de los gobiernos neoliberales para ir moldeando un sistema sanitario que fue perdiendo capacidad de atender a los sectores sociales más vulnerables, acentuando la brecha entre pobres y ricos y determinando que éstos últimos se vuelquen progresivamente a los sistemas de salud privados, como las compañías de medicina prepaga.

Es durante este último período que se surgen masivamente y se consolidan las compañías privadas de salud y los sistemas privados de seguro, donde se ubican las empresas de medicina prepaga.

El surgimiento de este tipo de entidades se verifica hacia comienzos del siglo XX (CASTRO, CASAL Y PRILUKA, 2005). Sin embargo el crecimiento acelerado del sistema se dio durante la década de los ochentas y los noventas, como consecuencia, mayoritariamente, de la fragmentación social en general y de la crisis del sistema de salud en particular.

No se trata de una situación azarosa. Como parte integrante del proceso creciente de desregulación del Estado y privatización de las empresas públicas, el crecimiento del sistema de medicina prepaga es paralelo al surgimiento y auge de la administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones y fondos privados de administración de seguros de retiro.

Casi la mitad de empresas de medicina prepaga que funcionaban a principios del siglo XXI fueron creadas durante la primera mitad de la década de los noventas (CASTRO ET AL; 2005,).

La mayoría de las inversiones en el sector durante el período fueron motorizadas desde el extranjero por conglomerados financieros. Muchas de estas empresas integraban este tipo de agrupamientos empresariales que excedían por mucho en sus actividades la prestación de salud. Este fenómeno, característico de la desregulación típica de la década de noventas, también caracterizó la morfología y desarrollo del sistema de medicina prepaga en la Argentina (RAUEK, 2012).

Esta consolidación del sistema no tuvo su correlato jurídico y regulatorio contemporáneo al fenómeno. El crecimiento de la actividad de las empresas de medicina prepaga en aquel tiempo no fue sostenido por una normativa regulatoria integral específica. La actividad de estos seguros y de los sistemas privados de prestación de salud en general estuvo reglada por leyes y reglamentos análogos aplicables al sistema público, a las obras sociales y a otras figuras contractuales similares.

Esta “anarquía regulatoria” del sistema de medicina prepaga provocó serios problemas a los usuarios de las empresas prestadoras, como así también generó lagunas de imprevisibilidad en todo el sistema.

Toda una serie de abusos y exclusiones por parte de las empresas prestadoras generó una importante cantidad de planteos judiciales. Asimismo, las fluctuaciones en la demanda y el encarecimiento de los costos de los insumos y la atención médica pusieron muchas veces en cuestión la sustentabilidad de esta modalidad empresarial y prestacional.

La inexistencia de una normativa regulatoria específica para la actividad hasta el año 2011 generó la aplicación análoga de leyes reguladoras de otras actividades y reglamentaciones aplicables a figuras similares a las empresas de medicina prepaga. Ello generó diversas soluciones, no siempre coherentes y pacíficas jurisprudencialmente, que contribuyeron a acentuar la imprevisibilidad y permitir abusos en el ámbito de los contratos de medicina prepaga.

En mayo de 2011 el Congreso de la Nación sancionó la ley 26.682 que regula la actividad de las empresas de medicina prepaga en general. La situación anterior a esta legislación descrita anteriormente y los avances que esta nueva normativa constituye en la materia son el objeto de estudio del presente trabajo.

Con el propósito de orientar la presente investigación y asegurar su viabilidad, es ineludible delimitar de manera precisa los límites temporales y espaciales de su objeto de estudio.

De acuerdo a lo reseñado en las líneas precedentes, la mayor cantidad de empresas de medicina prepaga nacieron hacia mediados de la última década del siglo XX. En virtud de ello, puede inferirse que tanto la oferta y la demanda de servicios de medicina prepaga experimentó en esta época su mayor crecimiento. Por ello es que el período en consideración comenzará en el año 1997, momento en que el sistema de medicina prepaga se consolida y comienzan a plantearse diversos conflictos respecto de la prestación del servicio.

Si bien durante la primera década del siglo XXI se fue formando un cúmulo doctrinario y jurisprudencial, producto de la actividad jurisdiccional y del trabajo y la producción intelectual de diversos autores, respecto a los conflictos derivados del sistema de medicina prepaga, no se produjo el dictado de una regulación integral que normara todos los aspectos relativos al contrato de medicina prepaga. La sanción de una ley específica a este respecto se produjo en el mes de mayo del año 2011. En virtud del problema de investigación definido precedentemente, el período estudiado se extenderá hasta la actualidad, tiempo de vigencia de la ley de referencia.

El ámbito espacial del objeto abarca a toda la República Argentina y la principal jurisprudencia a tener en cuenta será la producida por los más altos tribunales federales, es decir, las Cámaras de Apelaciones Nacionales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

La estructura del trabajo está integrada por cuatro capítulos definidos en función de distintos aspectos de la problemática bajo análisis. Posteriormente a estos apartados se formulan las conclusiones finales. El orden de los mismos ha sido definido con un criterio de complejidad creciente respecto al abordaje del objeto de estudio.

En el primer capítulo se estudia la naturaleza jurídica del contrato de medicina prepaga. A partir de dilucidar este carácter se procura inferir el concepto y los principales caracteres de este tipo de vínculo jurídico. El asidero teórico de este pasaje está constituido principalmente por el andamiaje conceptual esbozado por el Dr. Lorenzetti. Las comparaciones y críticas se harán contrastando los conceptos de Gherzi e Iñiguez.

Concluida la delimitación conceptual del contrato de medicina prepaga se lo analiza desde la perspectiva de figuras similares y afines como el contrato de seguro en general, las obras sociales y las asociaciones mutuales.

Finalmente, como un último ejercicio del primer tramo del trabajo, se clasifica al contrato de medicina prepaga en torno a los criterios fijados por la teoría general de los contratos.

El capítulo dos incluye los aspectos controvertidos del contrato de medicina prepaga. También se analizan el objeto y las distintas modalidades de este contrato. Además se explican aspectos particulares del sistema de medicina prepaga como la obligación médico asistencial, la asistencia médica y los alcances y las exclusiones de la cobertura, como así también el tratamiento de enfermedades preexistentes, el período de carencia y el Plan Médico Obligatorio (PMO).

La jurisprudencia y la doctrina diversa resultante de la falta de una regulación uniforme del contrato de medicina prepaga durante el período en estudio es el objeto del tercer apartado. En este sentido se establecen algunos ejes centrales de controversia jurisprudencial. Cláusulas abusivas, control del contrato, acceso a la información, exclusiones de cobertura, modificaciones unilaterales y otros aspectos relevantes que han sido materia de litigios judiciales son analizados desde la perspectiva de la elaboración doctrinal y el relevamiento jurisprudencial de las Cámaras Nacionales y la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El análisis de los lineamientos centrales de la ley 26.682 a la luz de los conflictos planteados a lo largo del trabajo y las fortalezas y debilidades de la normativa son el objeto del cuarto y último capítulo del estudio.

Finalmente, las conclusiones reflejan las reflexiones producto del análisis del derrotero teórico desandado durante los cuatro capítulos. En función de la conceptualización del contrato de medicina prepaga, la exposición minuciosa de la problemática jurídica en torno a él y los aspectos centrales de la ley 26.682, se esbozan propuestas superadoras de regulación que eventualmente no hayan sido recogidas o estén deficientemente contempladas en la ley.

CAPITULO I: EL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA. NATURALEZA JURIDICA. CONCEPTO Y CARACTERES

El estudio de todo contrato, ya sea nominado o innominado, requiere como tarea básica y primordial el estudio y relevamiento de sus características básicas y distintivas. Sobre esta mirada primigenia habrá de construirse el resto del análisis del mismo, profundizando sobre sus aspectos controversiales o que presenten un andamiaje conceptual más débil.

Por ello es que este primer capítulo que aquí comienza se aboca a la conceptualización del contrato. Es decir, se esboza su definición. Posteriormente se lo va clasificando de acuerdo a las categorías básicas que la teoría general de los contratos ha ido esbozando a lo largo de los años.

1.1. Concepto

El sector de la salud en la Argentina no se mantuvo ajeno a la ola privatista característica de los primeros años de la década de los noventa. Una serie de factores determinaron el crecimiento del sector de la medicina privada prepaga.

La retracción del empleo formal y el surgimiento de ítems no remunerativos en los salarios de los trabajadores fueron minando la financiación de las obras sociales, lo que produjo su progresivo deterioro. Asimismo, el ajuste en el sector público incluyó al sistema sanitario, razón por la cual éste vio resentidas la cantidad y calidad de sus prestaciones, enfocándose en las necesidades básicas de los sectores socioeconómicos más vulnerables.

Ello determinó que importantes sectores de la clase media y algunos segmentos medio altos comenzaran a buscar alternativas respecto a la provisión de prestaciones médicas.

Es así como las empresas de medicina prepaga surgieron como la posibilidad de contar con cobertura médica acorde a las expectativas e ingresos de estos sectores sociales.

Las empresas de medicina prepaga, en un sentido similar a las administradoras de fondos de jubilaciones y pensiones, lograron comunicar un mensaje bien definido y

podieron posicionarse como una fuente de tranquilidad frente a las imprevisibilidades y altos costos de los tratamientos de salud.

Como en todo contrato que constituye esencialmente un acuerdo de voluntades, en el de medicina prepaga se vinculan intereses complementarios y contrapuestos. En este caso, desde el punto de vista subjetivo, existen dos partes que concurren a reglar la relación que habrá de vincularlos. Por un lado, está la empresa de medicina prepaga, que es aquella cuya razón de ser es la obtención de beneficios mediante el lucro y, por tanto, es esta la motivación principal que la lleva a celebrar el contrato. En el otro extremo de la relación está el usuario, potencial paciente, quien busca asegurarse la mayor cantidad de prestaciones sanitarias y eliminar la imprevisibilidad del precio eventualmente inalcanzable de esas prestaciones a cambio de una cuota periódica preestablecida.

A partir de estos dos sujetos básicos, desde el punto de vista objetivo, las empresas desarrollan su actividad pretendiendo proveer la menor cantidad de prestaciones sanitarias al mayor precio posible. La reducción constante de costos es, como en toda empresa, el objetivo más deseable a efectos de asegurar la sustentabilidad y el crecimiento de las operaciones de las prestadoras de medicina prepaga, como así también los beneficios generados por éstas.

Los clientes de estas empresas, es decir, los usuarios de medicina prepaga, pretenden maximizar la cantidad y calidad de las prestaciones recibidas a cambio del canon mensual abonado. También pretenden reducir sus gastos, en este caso, médicos y sanitarios.

La celebración del contrato opera aquí, entonces, como el elemento de equilibrio entre estas dos partes. Lamentablemente, el ámbito de la medicina prepaga en la República Argentina reviste una profunda complejidad debido a una serie de factores diferenciales de la actividad.

En primer lugar puede decirse que, como se mencionó en la introducción, el hecho de constituir un servicio esencial prestado por el Estado de manera eficaz en términos relativos respecto de otros países de la región, determina que la demanda de los usuarios sea alta tanto en términos cuantitativos como cualitativos.

Por otro lado, la falta de una regulación integral específica del contrato de medicina prepaga entre el auge y consolidación del sistema hasta 2011 dejó librada a la voluntad de las partes una serie de aspectos esenciales del vínculo que durante la

ejecución del contrato se tornaron conflictivas. La autonomía y la voluntad de las partes entre sujetos de carácter tan diferente son bastante limitadas. El conocimiento técnico, como así también el poder de negociación y el carácter oligopólico del sector de las empresas de medicina prepaga determina una desigualdad significativa entre los contratantes. Ello ha sido la plataforma fáctica de situaciones de abuso por parte de las compañías ya que, como se mencionó anteriormente, no existió regulación legal específica de estos asuntos hasta el mes de mayo de 2.011.

Los conflictos jurídicos derivados de estas problemáticas han encontrado diversas soluciones jurisprudenciales en los tribunales del país. Por ello es relevante establecer el carácter de este contrato e identificar sus elementos y caracteres principales.

1.2. Algunas teorías sobre el contrato de medicina prepaga

En el presente estudio se expondrán sucintamente las posiciones teóricas de Lorenzetti, Ghersi e Iñiguez, autores que se han ocupado de analizar y estudiar la temática objeto de este trabajo. Cabe destacar que estas definiciones sobre el asunto han sido formuladas previamente a la sanción de la ley 26.682, en cuyo artículo 2 se encuentra la definición jurídica de empresa de medicina prepaga, y contribuyeron a la formación y formulación jurisprudencial y doctrinal en la materia en ausencia de la ley mencionada.

Ricardo L. Lorenzetti (1997) define al sistema de medicina prepaga como una empresa de intermediación que opera mediante la captación del ahorro en forma anticipada contra la dación futura y en condiciones predeterminadas de atención médica, por medios propios o contratados, lo que solamente puede hacerse si existe una pluralidad de vínculos.

Desde esta perspectiva la relación jurídica existente entre la empresa y el paciente es el contrato mediante el cual una de las partes promete la prestación de servicios médicos a los pacientes contra el pago de un precio anticipado. La prestación del servicio puede ser desarrollada por el promitente o bien puede encargarla a otros a quienes les paga por la prestación dada al paciente, o bien mediante el reembolso de lo que el paciente ha pagado al médico que ha elegido (LORENZETTI, 1997). Existen

entonces múltiples vínculos, en tanto las empresas de medicina prepaga delegan mayoritariamente en terceros las actividades prestacionales.

Lo anteriormente dicho implica que el contrato en consideración se encuentra centrado necesariamente en el sistema de medicina prepaga que lo sustenta y afecta directamente. Asimismo, existiendo vínculos con terceros prestadores, el sistema de medicina prepaga integra, a su vez, el sistema sanitario nacional. El contrato representa entonces la relación individual entre el asociado y la empresa; el sistema, en cambio, es el entorno que posibilita el contrato. Es así como se conceptualizan y relacionan contrato, compañía y sistema de medicina prepaga.

Por su parte Ghersi, Weingarten e Ippolito (1999) también estudian esta problemática y formulan una definición de contrato de medicina prepaga. Conceptualizan al mismo como el contrato por el cual una persona o empresa promete a otra, llamado asociado o beneficiario, una determinada asistencia médica y recibe, como contraprestación, el pago generalmente periódico de una suma de dinero.

Hay otras posiciones respecto del contrato de medicina prepaga. Marcelo D. Iñiguez (2005) define al mismo como aquel por el cual una de las partes, llamada prestadora, se obliga a prestar a otra, llamada afiliada, un conjunto de servicios médicos asistenciales, por medios propios o contratados, a cambio de un precio, asumiendo la obligación de responder a las enfermedades o prevenciones cubiertas en el plan contratado y a aquellas que por ley se incluyan.

A partir del relevamiento teórico precedente y habiendo delineado los aspectos básicos del contrato desde perspectivas conceptuales diversas, corresponde identificar los elementos que lo integran y componen desde una visión propia y original.

1.3.Elementos del contrato de medicina prepaga

1.3.A.Los sujetos

Respecto de los sujetos del mismo, los mismos ya han sido reseñados y son básicamente dos: la empresa de medicina prepaga, ente que organiza los servicios, y el afiliado, persona física que a cambio de un precio en dinero recibe servicios médicos o asistenciales.

No forman parte del vínculo contractual pero sí del sistema de medicina prepaga los prestadores del servicio, es decir, los profesionales o centros asistenciales que contratan con la empresa y prestan efectivamente el servicio médico. En todo caso, los prestadores son sujetos de un vínculo con la compañía de medicina prepaga, pero éste no involucra al usuario y constituye un vínculo comercial entre empresas particulares. Se trata de un contrato de provisión de servicios entre particulares.

Entonces puede decirse que los sujetos exclusivos del contrato son las empresas de medicina prepaga y el usuario (afiliado) del servicio que le paga a la empresa por prestaciones sanitarias.

1.3.B.El objeto

El objeto del contrato estará integrado por el conjunto de servicios prometidos que estarán delimitados de acuerdo al plan de asistencia que haya contratado el afiliado.

En este caso ya comienzan a aparecer elementos controversiales, dado que a este conjunto de servicios pactados en el ámbito del contrato debe agregarse lo dispuesto en las leyes 23.660, 23.661, 24.455 y el Programa Médico Obligatorio de Emergencia. El objeto es, entonces, el ámbito donde se concentran las controversias, litigios y conflictos jurídicos relativos a este contrato. Por otro lado, en el objeto del contrato también se definen una serie de aspectos centrales del vínculo relativos a exclusiones y condiciones prestacionales cuya definición e interpretación diversa suelen ser fuente de conflictos y controversias judiciales.

1.3.C.La causa objetiva

Se entiende que la causa subjetiva es aquella que lleva primordialmente a los sujetos a formar parte del vínculo y suscribir el contrato respectivo. Es decir, se trata del motivo determinante de cada parte para vincularse con la otra. Esto ya fue desarrollado sucintamente líneas arriba; para el afiliado es la previsión y provisión de coberturas necesarias de atención a la salud y para la empresa realizar su objeto social en procura de un lucro. Es decir, los fines económicos buscados y los resultados perseguidos son distintos; en determinados contextos, son explícitamente antagónicos.

1.3.D. La forma del contrato

En cuanto a la forma del mismo, al ser un contrato que no admite negociación previa a su celebración, ya que es concluido por adhesión con características de masividad, es celebrado por escrito con cláusulas predispuestas, siendo de aplicación los artículos 38 y 39 de la ley de Defensa del Consumidor¹, al tratarse de contratos por formularios (IÑIGUEZ, 2005). Se trata de un contrato de adhesión.

1.4. Similitudes y diferencias con figuras similares: obras sociales y contrato de seguro

Correlativamente al vacío legal respecto del sistema de medicina prepaga durante la mayoría del período estudiado, existen una serie de similitudes entre esta figura y otras afines, como, por ejemplo, las obras sociales.

1.4.A. Obras sociales

Las obras sociales son creadas por ley o por convenio colectivo de trabajo mientras que el contrato de medicina prepaga carece, durante el período bajo análisis y hasta 2.011, de regulación legal específica y, por ende, no posee origen legal. Las obras sociales se sostienen económicamente con el aporte obligatorio de origen legal que los trabajadores hacen en función de su rama de actividad o de elección propia, en el caso de los autónomos o contribuyentes adheridos al régimen simplificado para pequeños contribuyentes (monotributistas). Las empresas de medicina prepaga se sustentan con la cuota periódica, generalmente mensual, que pagan sus afiliados voluntarios.

Ambos sistemas tienen como objeto principal la cobertura médico asistencial, sin perjuicio de que ambos puedan tener otros beneficios sociales conexos, como turismo o recreación. Las obras sociales han incorporado, además, programas orientados a la prevención de la salud, como sistemas dirigidos al combate del sobrepeso, detección de riesgos cardiovasculares o plataformas interdisciplinarias para dejar de fumar.

¹ Ley 24.240 del 13/10/1993. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Una diferencia significativa entre estas figuras es que las obras sociales pueden ser estatales o privadas, en tanto que las empresas de medicina prepaga son siempre entes privados.

Respecto del patrimonio, el de las obras sociales está integrado por el aporte obligatorio de los afiliados y empleadores; el de las empresas de medicina prepaga, por el capital societario y lo recaudado en concepto de cuotas.

Para ser beneficiario de la obra social es necesario pertenecer a una actividad específica, ser grupo familiar primario de un afiliado o ser jubilado, en cambio, no se exige este tipo de requisitos en el contrato de medicina prepaga. En este caso el acceso a la obra social tiene una restricción mayor, no de origen económico, que la afiliación a la medicina prepaga, más cara pero absolutamente voluntaria y desprovista de requisitos de actividad o rama económica de pertenencia.

Tratándose del ingreso al sistema, en las obras sociales se realiza mediante la afiliación, mientras que la incorporación a la medicina prepaga es por la suscripción del respectivo contrato.

En ambos sistemas es imprescindible el pago de un canon mensual que lo sostiene. En la obra social mediante el aporte del afiliado y de la patronal; en la medicina prepaga mediante el pago de la cuota social.

En las obras sociales la generalidad es la inexistencia de período de espera o carencia, en el sistema prepago se da la relación inversa, resultando excepcional que las empresas de este tipo otorguen beneficios íntegros a partir de la fecha de contratación; en caso de hacerlo el costo es sustancialmente mayor.

Asimismo, debe considerarse que algunas obras sociales utilizan el sistema prepago, al subcontratar dicho servicio para sus afiliados, convirtiéndose, en consecuencia, en intermediarias entre el afiliado y el prestador directo.

1.4.B. Contrato de seguros

Anteriormente se dijo que un sector de la jurisprudencia, minoritario pero influyente, tendió a aplicar análogamente reglas del contrato de seguros a los conflictos derivados del contrato de medicina prepaga en ausencia de regulación específica. Por ello, es pertinente comparar estos contratos a efectos de poder diferenciarlos y comprenderlos individualmente.

El artículo 1 de la Ley de Seguros establece explícitamente que “hay contrato de seguro cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto”².

A primera vista y tomando como base esta definición se identifican varias similitudes entre el contrato de seguro y el contrato de medicina prepaga. En este último la empresa se obliga a prestar cobertura al paciente ante la aparición de una enfermedad, entendida como un siniestro y, de esta manera, cubre los gastos que se requieran para el restablecimiento de la salud del asociado. Asimismo, las obligaciones que asume el ente organizador no se limitan exclusivamente al acaecimiento del siniestro (enfermedad), sino que el beneficiario está facultado para realizar consultas preventivas, supuesto que obviamente no se da en el contrato de seguro.

Gherzi et al. (1999) señalan que otra similitud entre ambos contratos está dada por el estricto cumplimiento de la obligación de información que pesa sobre el asociado-asegurado, según el contrato de que se trate. Específicamente, en el contrato de prestación médica prepaga existe la obligación de informar, cuando se celebra el contrato o bien en el momento de entrega de la solicitud de ingreso, sobre la existencia de enfermedades preexistentes. El ocultamiento malicioso de la existencia de situaciones de enfermedad anteriores a la celebración del contrato podría traer como consecuencia la no cobertura asistencial y llegar, en muchos casos, a la resolución del contrato, por considerarse dicho ocultamiento un obrar contrario a la buena fe.

La misma solución se presenta en el contrato de seguro, mediante la incorporación de la reticencia normada en el art. 5 de la ley 17.418. Dicha norma establece que

toda declaración falsa o toda reticencia de circunstancias conocidas por el asegurado, aun hechas de buena fe, que a juicio de peritos hubiese impedido el contrato o modificado sus condiciones, si el asegurador hubiese sido cerciorado del verdadero estado del riesgo, hace nulo el contrato³.

² Ley 17.418 del 30/08/1967. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

³ Art. 5 de la Ley 17.418 del 30/08/1967. Poder Ejecutivo de la Nación Argentina.

Cabe destacar también que en ambos contratos es común la inclusión de cláusulas de rescisión anticipada sin expresión de causa y con la mera notificación a la otra parte de la decisión de rescindir el contrato.

Las afinidades que presentan estos contratos han llevado a que algún sector de la doctrina denomine al contrato de medicina prepaga como seguro de salud. El afiliado paga un canon, equivalente a la prima del seguro, con el objeto de estar cubierto ante una enfermedad, que, en términos del contrato de seguro, constituiría el siniestro.

De cualquier modo, las similitudes que presentan ambos contratos han sido de gran utilidad ante la necesidad de interpretar el contrato en tanto no había regulación legal del mismo en el período considerado; todo esto sin perder de vista que las diferencias que presentaban hacían imposible la aplicación total de la ley de seguros a la medicina prepaga. En el cuadro posterior pueden observarse las principales similitudes y diferencias reseñadas respecto de las figuras jurídicas analizadas, en un esfuerzo por sintetizar el derrotero teórico que se ha llevado a cabo en este sentido.

Figura	Tipo de Organización	Modo de Creación	Integración Patrimonial	Requisitos de Afiliación	Forma de Ingreso
<i>Empresa de Medicina Prepaga</i>	Ente privado	Voluntaria	Aporte voluntario del afiliado	Ninguno	Suscripción voluntaria
<i>Obra Social</i>	Ente público o privado	Por ley o CCT	Aporte obligatorio obrero y patronal	Pertenecer a una rama económica de actividad	Afiliación obligatoria
<i>Empresa de Seguro</i>	Ente privado	Voluntaria	Aporte del asegurado	Ninguno	Suscripción voluntaria

Fuente: Elaboración propia en base a los datos precedentes.

1.5. Caracteres del contrato de medicina prepaga: Aleatoriedad. Atipicidad. De tracto sucesivo. De adhesión. Ejecución

Ahora bien, establecidas las similitudes y diferencias con figuras afines corresponde tipificar, desde el punto de vista de la teoría de los contratos en general, el contrato de medicina prepaga de acuerdo a las características que presenta de acuerdo a cada criterio establecido por esa teoría.

1.5.A. Aleatoriedad

Cuando las ventajas o pérdidas para las partes o alguna de ellas dependen de un acontecimiento futuro e incierto, el contrato es aleatorio (art. 2051 Código Civil). En este caso, la aleatoriedad está dada por quedar la empresa médica sujeta a las prestaciones que deberá satisfacer al afiliado.

Coinciden con esta caracterización Lorenzetti, Garay, Casares y Alterini. En cambio, Gherzi et al. (1999) sostienen que no resulta claro lo conmutativo o aleatorio en este contrato, pues si bien por distintas circunstancias atinentes a la salud del asociado y ajenas a su voluntad, el resultado individual del contrato puede resultar muy oneroso al centro médico, al estar ante una contratación en masa, la posible desventaja queda eliminada, ya que las pérdidas de uno de los contratos se compensan con las ganancias de otros, toda vez que estos riesgos se asumen sobre la base de cálculos precisos y exactos.

Para Iñiguez (2005) esta argumentación no es decisiva para restar aleatoriedad al contrato. Para ello, se tiene en cuenta que las áreas de lo aleatorio y lo conmutativo están muy marcadas en el Código Civil; en la aleatoriedad las partes tienen en cuenta el azar, la suerte, los riesgos imprevisibles, beneficios o provechos no tenidos en cuenta, ocurran o no. En el carácter conmutativo, en cambio, todo está pactado, previsto hasta donde se pueda prever.

De allí que, en esta materia, como las empresas tienen que brindar prestaciones de salud a través de prácticas y servicios médicos imprevisibles, la aleatoriedad es la característica principal del contrato, porque la prestación depende de que suceda un acontecimiento incierto (riesgo asumido), que se produzca la enfermedad o se requiera prevenirla y es esta circunstancia la que determina el carácter aleatorio del contrato.

Además, lo aleatorio es el contrato individual de la empresa con el afiliado y no el sistema de medicina prepaga en su conjunto o la probabilidad de lucro empresario en el desarrollo de la actividad globalmente considerada. Aquí es donde se juega lo decisivo de la caracterización.

Respecto de este carácter también ha suscitado conflictos la posibilidad de una de las partes de disminuir sensiblemente los riesgos, trasladándolos hacia la otra, como sucede en los supuestos en que el usuario debe pagar las cuotas aunque se limita el tiempo de internación, quedando de esta manera la empresa asegurada contra una internación prolongada. Se establece una suerte de “franquicia”, en términos del contrato de seguros.

1.5.B. Atipicidad

El Código Civil, en su art. 1.143, establece que los contratos son nominados (típicos) o innominados (atípicos) según que la ley los regule o no. El contrato de prestación médica prepaga no tenía ningún tipo de inserción dentro de la legislación civil codificada ni estaba legislado por ninguna norma específica hasta mayo de 2.011. Por ello, surge que el mismo revestía para esa época el carácter de innominado, habiéndose alterado esta característica con la sanción de la ley 26.682.

Justamente por carecer de caracterización legal revestía fundamental importancia la determinación de las normas que debían regir el mismo. Al respecto, considera Ghersi et al. (1999) que su interpretación debe hacerse a través de las reglas generales de los contratos, así como también utilizando en forma de herramientas los principios no tradicionales, que surgen implícitamente del Código Civil y algunos principios explícitos en el Proyecto de Unificación de 1987, a lo que debe sumarse el aporte del proyecto de Código Civil de 1998.

Resulta en este caso útil la perspectiva de Lorenzetti (2003), quien entiende que para determinar la normativa aplicable en primer lugar hay que analizar la función económico - social del contrato. En el caso del contrato de medicina prepaga es de previsión, ya que este contrato está destinado justamente a la prevención de riesgos. Una vez calificada la relación jurídica es posible interpretar, integrar y rectificar el contrato, es decir, ajustar la autonomía privada al orden público.

La doctrina ha sido coincidente en señalar que a los contratos atípicos se aplican, en primer lugar, las normas generales relativas a las obligaciones y contratos, en segundo lugar las normas imperativas correspondientes al contrato tipo más afín (que en el caso del contrato de medicina prepaga previo a la sanción de la ley 26.682 era el contrato de seguro) y, en tercer lugar, las normas supletorias correspondientes al contrato tipo más afín. En ausencia de regulación específica constituía un contrato de consumo, razón por la cual el derecho supletorio tenía una importancia relevante ya que una cláusula privada que se alejara del mismo podía ser declarada abusiva por desnaturalizar los derechos y obligaciones de las partes.

1.5.C.De tracto sucesivo

En la ejecución del contrato analizado existe una cierta cadencia y periodicidad en el cumplimiento de las prestaciones. Tanto las obligaciones que asume el beneficiario como las que asume la empresa de medicina prepaga no se agotan de modo único, sino, al contrario, sus efectos se ven prolongados durante toda su duración. Es por ello que el mismo constituye un contrato de tracto sucesivo.

La empresa está obligada a brindar las prestaciones prometidas durante la vigencia del acuerdo. Es decir, las mismas deberán efectuarse tantas veces como sean requeridas por problemas de salud del afiliado. El afiliado, por su parte, cumple periódicamente con el pago establecido durante la vigencia del contrato.

Sostiene al respecto Lorenzetti (2003) que el consumidor hace un esfuerzo económico cuando es joven, cuando tiene una cierta solvencia patrimonial o cuando está sano, a fin de ser compensado cuando llegue a la vejez, o cuando no tenga dinero, o carezca de salud.

El consumidor paga más al principio y gana al final mientras que la empresa, inversamente gana más al principio y paga más al final. En líneas generales, la curva de utilidad marginal de las partes es inversa. La empresa gana más dinero al principio de la relación porque el paciente paga con un bajo nivel de consumo de prestaciones, lo que se garantiza con la exclusión de las enfermedades previas y los períodos de carencia. Con el transcurso de los años el paciente comienza a gastar cada vez más por su envejecimiento natural y las enfermedades. De esta manera el paciente “disfruta” o

usufructúa más del vínculo luego de varios años, mientras que a la empresa le sucede exactamente lo contrario.

Este fenómeno muestra que ambas curvas se cruzan en un momento conflictivo, en el que la demanda del paciente aumenta y la empresa tiende a frenarla. Para ello utiliza diversos recursos como la reformulación del vínculo o la inclusión de cláusulas de rescisión unilateral sin causa o con causa a una determinada edad del beneficiario. Estas cláusulas son potencialmente abusivas en cuanto desnaturalizan las obligaciones frustrando el elemento de previsión del contrato.

Otro de los problemas que trae aparejada la larga duración del contrato es que la oferta de la empresa puede incluir un grupo de médicos prestigiosos, pero luego de varios años, esos profesionales se jubilan o simplemente se van y son reemplazados por otros. En este caso se suscita el problema de dilucidar si existe un derecho del paciente al mantenimiento de esos médicos o de la calidad que ellos representan. Con relación al mantenimiento de los profesionales, la larga duración del contrato trae aparejado necesariamente el cambio de los mismos. Respecto de la calidad, en la cual el usuario ha depositado su confianza, deberá mantenerse. Por ello, se ha considerado abusiva la modificación del plantel de prestadores cuando signifique una reducción de servicios o una disminución en su calidad, pudiendo el paciente demandar la resolución del contrato por incumplimiento, con más el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados.

Además, también vinculado a la larga duración, se encuentran otros aspectos conflictivos en la duración de este contrato como los cambios en la tecnología médica y la aparición de nuevos métodos de diagnóstico y curativos. Se plantea la cuestión de saber si la empresa debe ofrecer a sus pacientes todos los adelantos, sólo algunos o ninguno.

Gheri et al. (1999) sostienen que esta decisión no puede quedar unilateralmente en manos de la empresa. Esgrimen como argumento que la atención médico asistencial en sí misma entraña la obligación de utilizar metodologías y técnicas actualizadas, pues de lo contrario se vería seriamente comprometida la responsabilidad del médico y de la empresa, ya que el objetivo de la prestación es actuar, mínimamente, sin la omisión de diligencias en cuanto a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de persona, tiempo y lugar (art. 512 y 902 Código Civil).

En lo atinente al momento en que debe operarse la decisión, resulta acertada la visión de Lorenzetti (2003), quien establece que la regla general es que la empresa tiene prioridad de selección del momento; sin embargo, si ésta no se concreta, se entiende que existe un derecho del usuario a reclamarla, aun con fijación de plazo por vía judicial.

La variación de los costos de las prestaciones es otro elemento del contrato que trae aparejados potenciales conflictos. Los precios de la tecnología cambian, la moneda se devalúa y ello plantea la discusión sobre si esas son circunstancias que permiten reformular el precio que las empresas cobran a los usuarios, especialmente si se consideran los procesos inflacionarios que ha sufrido y sufre la Argentina periódicamente. Como principio general, aquí se entiende que los incrementos de costos deben ser soportados por la empresa dentro del marco del riesgo empresario y de ninguna manera deben traducirse en un incremento de las cuotas. Esta posición tiene diversos asideros. En primer lugar, la aparición de nuevas tecnologías se encuentra dentro del denominado riesgo-costos empresario, como ya se mencionó. En segundo lugar, la empresa asume respecto del usuario la obligación tácita de un servicio adecuado, obligación que supone la incorporación de avances tecnológicos. Además, la incorporación de nuevos usuarios financia la incorporación tecnológica ya que la empresa adapta los nuevos precios al desarrollo tecnológico del mercado.

Al momento de celebración del contrato se establece un contenido de la obligación de hacer, según la relación precio – calidad, que generalmente se advierte en el tipo de plan elegido. El paciente tiene derecho a mantener ese nivel de calidad a lo largo de todo el contrato y, tratándose de un contrato de larga duración, esto presupone la incorporación de los avances tecnológicos.

1.5.D. De adhesión

El modelo contractual de medicina prepagada, tanto en el período donde no había regulación como actualmente, es presentado por una de las partes, el predisponente que en este caso es la empresa, y lo es para un grupo de beneficiarios en base al mismo esquema.

La característica más importante en este tipo de contratación es que la celebración del contrato no incluye una discusión del posible contenido del mismo. El afiliado se adhiere al servicio ofrecido, sin tener ninguna posibilidad de discutir las

cláusulas del contrato, su única opción es aceptarlo o rechazarlo. Por ello es que el contrato de medicina prepaga constituye un contrato de adhesión, de acuerdo a la clasificación clásica en la materia.

En este sentido, parece pertinente la opinión de Ghersi et al. (1999) en cuanto sostienen que muchas veces ni siquiera puede hablarse de un contrato como tal; el beneficiario suscribe lo que se denomina una solicitud de ingreso, donde, entre otras cláusulas, manifiesta conocer y aceptar un reglamento de la empresa organizadora.

Dicho reglamento contiene el verdadero contrato, los derechos y obligaciones de las partes, las responsabilidades y coberturas, las carencias, etc. El problema es que en la mayoría de los casos, el mismo no se entrega al afiliado, o se entrega con posterioridad a su incorporación al sistema.

En este tipo de contratación, además, las empresas organizadoras aprovechan el oligopolio que ejercen en el mercado, su fortaleza económica y mayor experiencia jurídica. Quien tiene la necesidad de sentirse protegido mediante una cobertura médica no tiene más posibilidades que optar por una u otra empresa, pero las condiciones de contratación, sea cual fuere la elegida, van a ser en esencia similares. Se asimila el sistema de medicina prepaga, en este aspecto, a otros mercados similares como el contrato de telefonía celular, donde menos de cinco compañías ofrecen planes análogos a sus clientes.

Este punto tiene fundamental importancia, no sólo con relación al contrato en sí mismo, sino también respecto de la aplicación del derecho de protección al consumidor, piedra fundamental en la interpretación de este tipo de contratos y ajuste de cláusulas abusivas.

1.5.E. Problemas respecto al momento de la ejecución

Respecto a la clasificación según su ejecución, este contrato presenta particularidades similares al contrato de seguro, dado que desde el punto de vista de la ejecución se presenta distinto para cada una de las partes.

En realidad lo que ocurre es que para el beneficiario el cumplimiento es inmediato, porque el pago debe hacerse en forma periódica y anticipada. Para la empresa, en cambio, algunas prestaciones serán exigibles de forma inmediata o en un plazo muy corto, como las consultas clínicas o las urgencias, y otras diferidas, según el

período de carencia convenido, pudiéndose citar como ejemplos la cobertura de maternidad o tratamientos de alta complejidad.

En virtud de lo antedicho, cabe señalar que no es plausible clasificar este contrato absolutamente como de ejecución inmediata o diferida, sino más bien como una combinación de ambas modalidades que debe ser analizada en el caso concreto sometido a estudio.

1.6. Reflexiones finales

Aun cuando el contrato de medicina prepaga fuese atípico y no tuviera una regulación específica, situación que actualmente se encuentra superada, ha podido clasificarse casi sin contradicciones teóricas en cada una de las categorías conceptuales de la teoría general de los contratos. Más allá de la ausencia de una definición legislativa del mismo y de su desarrollo huérfano de un marco regulatorio coherente y omnicomprendivo, este contrato ha ido encontrando su especificidad teórica en el campo del derecho a la luz del desarrollo dinámico de la actividad de la medicina prepaga.

CAPITULO II: ASPECTOS CONTROVERSIALES DEL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA

El objeto del presente apartado son las obligaciones principales que surgen del contrato de medicina prepaga. Estas son, por un lado a cargo del afiliado, el pago de la cuota periódica por adelantado y, por el otro, prestar una adecuada cobertura de salud, a cargo de la empresa médica.

La determinación del contenido de la segunda de estas obligaciones es materia de conflictos, aún cuando exista legislación específica al respecto. El problema se plantea porque el paciente acude a la empresa de medicina prepaga cuando no está enfermo, contrata y paga; luego se enferma y es recién en este momento cuando nace la obligación de la empresa.

El precio que el afiliado abona ya se encuentra determinado y en principio no puede ser modificado, de acuerdo a lo expresado en el capítulo I. No ocurre lo mismo con la prestación a cargo del ente organizador, que es relativamente indeterminada hasta el momento de su exigibilidad.

Infinidad de conflictos y litigios pueden suscitarse a lo largo de la ejecución del contrato. Aquí se analizan aquellos que son más frecuentes y que, por lo general, se sustentan en la intención de las empresas de maximizar sus beneficios económicos degradando cuantitativa y cualitativamente las prestaciones otorgadas a sus clientes.

II.1. Distintas modalidades contractuales

Los planes y modalidades son los productos que la empresa de medicina privada comercializa (BORGES DE MEDEIROS, 1999). Estos pueden ser abiertos, cerrados o mixtos.

El primero opera mediante la libre elección del asociado y con reintegro sobre la base de un porcentaje o monto por práctica o servicio recibido. En esta modalidad la responsabilidad del ente queda limitada sólo al reintegro de las sumas desembolsadas y, en la medida de lo convenido por las partes, no responde por la deficiente atención o por aquellos actos culposos o dolosos en que pueda incurrir el cuerpo facultativo, dado que al ser imposible la fiscalización del equipo médico elegido por el asociado, ninguna responsabilidad puede asumir el primero por el incumplimiento del segundo.

El sistema cerrado, en cambio, presenta importantes similitudes con las obras sociales, de acuerdo a lo estudiado en el capítulo precedente. Funciona con una cartilla limitada de profesionales, establecimientos clínicos u hospitalarios y farmacia, a los que el beneficiario debe remitirse para su atención. La responsabilidad del ente es obviamente más amplia, pues no otorga al beneficiario la facultad de elegir con total libertad, ya que no puede escoger profesionales no incluidos en la cartilla. Abarca todos aquellos servicios y prestaciones médicas que pone a disposición de los asociados y es en este caso responsable, no solamente ante la falta de suministro del servicio, sino también por la eficiencia o calidad con que el mismo se presta.

El ente organizador asume así una obligación tácita de seguridad que funciona con carácter accesorio de la prestación principal de suministrar asistencia médica. Ello importa que la entidad sea responsable no sólo de que se asista al paciente por medio de profesionales de su cuerpo médico, sino también de que se preste el servicio en condiciones en lo referente a la intervención del profesional y servicios auxiliares, para que el paciente no sufra daños por deficiencia en la prestación prometida (GHERSI ET AL., 1999).

Esta obligación de seguridad tiene su fundamento en el art. 1198 del Código Civil, que contiene el principio de la buena fe; así como también en los arts. 5 y 6 de la ley de Defensa del Consumidor 24.240 (t.o. por ley 26.361), que contienen la obligación tácita de indemnidad o garantía tratándose de un contrato de consumo.

Esto ha sido determinado expresamente por la jurisprudencia al establecer que “en cuanto a la obligación de seguridad, sobre la institución asistencial pesa una responsabilidad directa con relación al paciente, que descansa en la existencia de una obligación principal de prestar asistencia por medio de los facultativos del cuerpo médico”⁴.

En el sistema mixto existe libre elección, tanto de médicos como de establecimientos, que surgen de un listado de prestadores de la empresa; además admite el reintegro parcial o total cuando la atención haya sido por otros servicios no incluidos en la oferta del ente.

A su vez, dentro del sistema que se trate, existen variantes en función de los sujetos y las necesidades, para jóvenes, adultos individuales y familiares, en razón de si

⁴ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, La Cruz, Sandra y otros c. Osmecon Salud y otros, 13/12/2007.

tienen o no cobertura ambulatoria, de amplia complejidad (como trasplantes, cirugía cardiovascular, neurocirugía, oncología, diálisis) y otros.

II.2. Obligación médico asistencial

La obligación de la empresa emanada de la celebración del contrato de medicina prepaga consiste básicamente en suministrar la asistencia médica necesaria al afiliado, que es proporcionada mediante los prestadores del servicio. Esta obligación debe cumplirse en forma eficiente, integral y óptima.

II.2.A. La asistencia médica

El suministro de la asistencia médica se encuentra íntimamente vinculado con el modo en que está organizado el sistema. Esta organización, a su vez, repercute en la eficiencia de la prestación.

El ente organizador debe contar con mecanismos suficientes para brindar a sus asociados los servicios médicos que éstos tienen derecho a recibir, en todo momento en que ellos lo soliciten. Dicho de otro modo, debe estar en condiciones de poner en movimiento en tiempo oportuno todo el aparato médico-asistencial cuando la salud del paciente lo requiera.

Ante una situación crítica que demande una pronta solución, la rapidez con que se actúe juega un papel decisivo en el éxito del tratamiento. Si el ente no cuenta con los medios suficientes para efectuar un rápido diagnóstico o tratamiento, uno de los deberes principales será realizar una rápida derivación a otro centro médico.

Así lo ha resuelto la jurisprudencia:

Cuando el establecimiento hospitalario no se encuentra en condiciones de suministrar atención adecuada a las circunstancias del paciente, por la carencia de medios y elementos, aparece la obligación de derivarlo en forma inmediata hacia el lugar indicado para la realización de la práctica o tratamiento de que se trate. La obligación señalada no se agota con prever o

disponer la derivación y el traslado, también la de llevarlo a cabo en tiempo y condiciones adecuadas al estado del paciente⁵.

Frente a situaciones de urgencia, cuando el ente organizador no pueda proporcionar al paciente la atención que requiera, ya sea mediante médicos que integran sus listas o derivaciones a otros facultativos o centros de atención, el paciente puede procurarse, por otro, la satisfacción del servicio que el ente no está en condiciones de brindar. Esta falta de cumplimiento en especie, al no prestar los servicios médicos requeridos en forma directa, genera la obligación de reintegrar lo desembolsado por el paciente (arts. 505, 509, 519 a 522, 902 y 909, Código Civil) (GHERSI ET AL., 1999).

Numerosos fallos lo han entendido de esta manera:

Existe una efectiva obligación de suministrar asistencia médica integral o completa en la que el prestador debe estar en condiciones de poner en marcha el aparato médico asistencial... derivando al paciente cuando ello no sea posible o reintegrando el gasto en que hubiere insumido el afiliado para obtener su satisfacción por otra vía⁶.

El derecho a procurarse el tratamiento necesario por otros prestadores también le asiste al paciente cuando su atención sea efectuada en un establecimiento que no cuente con aquellos medios imprescindibles (elementos técnicos, aparatología, especialistas, etc.) y que constituyen presupuestos básicos e inexcusables para efectuar un correcto diagnóstico y tratamiento de una enfermedad.

La atención médica adecuada exige que sea brindada de manera tal que satisfaga ciertas condiciones mínimas exigibles, que involucran tanto el área humana como la infraestructura hospitalaria, instrumental, tecnología, etc.

Los requisitos burocráticos constituyen generalmente un obstáculo que entorpece la atención médica, en particular cuando ésta es requerida en casos de urgencia. En este sentido un fallo ha sostenido que

⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, García, Antonio c. Colegio Nuestro Mundo, 08/06/2007.

⁶ Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala III, U., J. O. y otro c. O.S.A.L.A.R.A. y otros, 25/03/2008. En igual sentido, CNCiv, Sala K, "Gimenez de Rueda, Adela M. c/ Asociación Civil del Hospital Alemán y otro", 21/12/96.

una interpretación funcional y finalista del contrato que ligaba a las partes impedía condicionar el cumplimiento de la prestación convenida (es decir, brindar asistencia médica) a la satisfacción de ciertos recaudos de documentación cuando mediara una atmósfera de necesidad y urgencia que constriñera a la atención inmediata del paciente. De modo que si comparece una persona en estado de necesidad debe atenderse si está en peligro su vida; igual deber incumbe al médico⁷.

En virtud de distintos pronunciamientos judiciales se ha puesto énfasis en la obligatoriedad de suministrar asistencia médica en casos graves y urgentes, aun a falta de cumplimiento de ciertos requisitos, generalmente contenidos en los reglamentos, como por ejemplo el atraso en el pago de alguna cuota o bien cuando exista alguna cláusula que condicione alguna prestación a la entrega previa de una suma de dinero en calidad de depósito. De manera concordante, se ha declarado la invalidez de cláusulas que hacían depender, ineludiblemente, la atención médica del cumplimiento de tales requisitos.

Esta tendencia jurisprudencial es, al menos, discutible en cuanto puede considerarse que no es dable equiparar el incumplimiento de algún trámite burocrático, como ser el pago del depósito o la presentación de una orden, al incumplimiento de la principal obligación a cargo del afiliado: el pago de la cuota periódica, especialmente cuando el incumplimiento del beneficiario ha sido reiterado.

II.2.B. Alcances de la cobertura

Los servicios médicos que el ente organizador está obligado a prestar están especificados en el reglamento que se le provee al socio al momento de celebrar el contrato y que rige los derechos y obligaciones de las partes; no obstante lo cual, muchas veces dicho instrumento resulta insuficiente para determinar el verdadero alcance de esos derechos y obligaciones.

Su contenido debe ser precisado por múltiples factores, ya sea por no haberse contemplado todas las situaciones que se pueden presentar, porque sus cláusulas han

⁷ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala I, La Cruz, Sandra y otros c. Osmecon Salud y otros, 13/12/2007.

sido formuladas en términos oscuros o contradictorios o bien por existir una falta de adecuación entre la asistencia que efectivamente se brinda y lo que otorga el avance de la ciencia médica (GHERSI ET AL., 1999).

Si, en el otro extremo posible, las partes son muy diligentes en la delimitación del riesgo, al poco tiempo advertirán que todo ha cambiado y que, teniendo un vínculo de larga duración, es muy difícil establecer todas las cuestiones en detalle (LORENZETTI, 2003).

Sin perjuicio de ello hay que tener en cuenta el modo en que la contratación es inducida, generalmente a través de la publicidad, con avisos que promocionan prestaciones de alta calidad, en los que se alude a la excelencia técnica y profesional de los servicios, tecnologías, avances, cobertura total para la salud, etc., razón por la cual el servicio que eventualmente haya de prestarse no puede alejarse significativamente en calidad a lo ofrecido.

Estas prestaciones contenidas en la publicidad pueden verse alteradas al momento de la conclusión del negocio, o bien en su etapa funcional, en la medida en que los servicios o coberturas van siendo limitados, reducidos o simplemente suprimidos, hasta llegar muchas veces a frustrar el fin contractual.

La publicidad constituye un elemento integrante del contrato, que obliga al empresario a brindar los servicios del mismo modo en que son lanzados al público consumidor, ello en razón de la confianza que la misma genera.

El contenido de los anuncios publicitarios forma parte de las obligaciones asumidas por el ente organizador, aún cuando el mismo no haya sido reproducido en el contrato individual, conclusión que se afianza con la sanción de la ley 24.240 cuyo art. 8 dispone: “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”.

Los servicios contenidos en las comunicaciones publicitarias constituyen un acto propio que el empresario no puede contradecir mediante una conducta incompatible con otra anterior, al sustituirla por una prestación asistencial diferente a la publicitada, o bien al cancelar o alterar la cobertura durante la ejecución del contrato, frustrando así las legítimas expectativas del contratante (GHERSI ET AL., 1999).

Otro aspecto de suma importancia en cuanto a la delimitación de la cobertura es el modo en que se deben interpretar las cláusulas del reglamento, para fijar el alcance de

la cobertura cuando su redacción está concebida en un lenguaje oscuro y equívoco, muchas veces con especificaciones técnicas que el socio no puede comprender.

Suele ocurrir que la empresa anuncie que presta cobertura integral en relación con alguna enfermedad en particular y luego esta declaración colisione con el reglamento mediante la introducción de limitaciones referidas a ese tratamiento, como ser tiempos de internación breves incompatibles con el tratamiento de esas dolencias, limitación del número de prácticas de hemodiálisis para un paciente con insuficiencia renal crónica, etc.

En otras oportunidades se omite directamente el modo o técnica que se aplicará y sabido es que una misma enfermedad es susceptible de ser abordada mediante distintos tratamientos, algunos más costosos que otros o con sofisticada aparatología electromecánica.

Para precisar el contenido de la obligación de prestar asistencia médica se debe acudir, en primer lugar, a las reglas interpretativas contenidas en la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, cuyo artículo 37 establece que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor y cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación se estará a la que sea menos gravosa.

En este sentido, un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil sostuvo que “frente al ejercicio unilateral de la potestad contractual por parte de la prestadora se debe optar por la interpretación más favorable para el consumidor, pauta que alcanza tanto a la interpretación de la ley como del contrato y, de acuerdo con lo prescripto por el art. 1198 del Código Civil, en caso de duda debe optarse por privilegiar a la parte más débil, por lo que debe asumirse el criterio interpretativo "favor debitoris" con la fórmula más abarcativa de "favor debilis", como modo de expurgación de abusos en contratos”⁸.

El desarrollo de la prestación involucra también todos los elementos tecnológicos que constituyen presupuestos indispensables para procurar al paciente un resultado final: su curación total.

Para lograr este resultado se debe aplicar un correcto y adecuado tratamiento, se debe conjugar la calidad de la prestación médica, los sistemas terapéuticos conocidos, las reglas y técnicas que la medicina proporciona y lo previsto por el art. 1198 del

⁸ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, Huerta, María V. y otro c. Organización de Servicios Directos Empresarios, 25/06/2007.

Código Civil, que impone que el contrato obliga no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado sino también a sus consecuencias virtuales o implícitas según la naturaleza de la prestación y lo que las partes esperaban verosímilmente (GHERSI ET AL., 1999).

En este aspecto, se destaca que la compleja gama de obligaciones que la empresa asume está presidida por una principal, que es preservar la salud del paciente o acercarlo cuanto más sea posible a un estado saludable, debiendo realizar aquellos pasos que conduzcan al más adecuado tratamiento agotando las medidas y los cuidados que importen disminuir los riesgos.

La idea se ve reforzada si se tiene en cuenta que

el derecho a la salud, derivado del derecho a la vida, tiene jerarquía constitucional, habiendo sido reconocido en diferentes tratados internacionales en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Así, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En tales términos, la incorporación a nuestra Constitución no limita la protección del derecho a la salud a la abstención de actos que puedan producir un daño, sino que exige prestaciones de dar y hacer que encierran en definitiva la provisión de terapias y medicamentos⁹.

II.2.C.Exclusiones

Las exclusiones son las enfermedades o tratamientos que el ente prestador no incluye en la cobertura.

Generalmente los reglamentos que determinan las modalidades de la prestación médica a cargo de la empresa contienen cláusulas que excluyen la cobertura de determinadas enfermedades crónicas, tratamientos de afecciones quirúrgicas o preexistentes al momento de celebración del contrato.

Lorenzetti sostiene que las exclusiones son válidas siempre que exista una información clara al consumidor y se hayan puesto a su disposición alternativas que las incluían y que las haya rechazado (LORENZETTI, 2003).

⁹ Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Z. N., A. c. Swiss Medical S.A. s/sumarísimo, 06/11/2007.

Sin embargo, teniendo en cuenta que lo que se encuentra en juego en estos tipos contractuales es el derecho a la vida y a un óptimo servicio de salud, es importante la distinción entre el supuesto de exclusión de tratamientos que estaban prometidos o incluidos en la oferta y luego no se cumplen, el supuesto de exclusión de prestaciones no prometidas y el supuesto de exclusión posterior de prestaciones no prometidas ni excluidas.

En el primer caso, cuando se excluye un tratamiento que estaba incluido en la oferta y prometido, se está constituyendo un incumplimiento contractual que otorga al afiliado el derecho a exigir el cumplimiento de aquello a que se hubiere obligado la empresa, con fundamento en el art. 505 del Código Civil, o a demandar la resolución del contrato en razón de la falta de confianza que dichos actos generan, ambos con derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que el accionar del ente le haya ocasionado.

Muy diferente es el caso de la exclusión de prestaciones no prometidas. En este caso no han existido cláusulas abusivas, siempre que medie adecuada información, ya que no se trata de la limitación de responsabilidad vedada por el art. 37 de la ley 24.240 sino de una limitación del objeto del contrato.

Resta por precisar la exclusión de prestaciones durante la etapa funcional del contrato que no fueron incluidas ni excluidas en el mismo ni en el reglamento. A la luz de las pautas que guían los contratos con cláusulas predeterminadas, la falta de inclusión expresa de un tratamiento no significa automáticamente su consecuente falta de cobertura, al contrario, las prestaciones que no estén incluidas y que tampoco se encuentren excluidas de modo expreso, deben prestarse a los fines de no desvirtuar la naturaleza esencialmente asistencial.

Además, si se tiene en cuenta que las empresas son las que redactan las cláusulas involucradas en los contratos, las mismas tienen la posibilidad de establecer la extensión de sus obligaciones pudiendo excluir aquellas que sean por demás gravosas a sus intereses comerciales. Si no lo hicieren en el momento de la redacción de las cláusulas, las prestaciones se tienen por incluidas (FRENCIA, 2006).

De cualquier modo, el régimen expuesto de inclusiones y exclusiones expresas se ve sustancialmente influido y modificado por el Programa Médico Obligatorio que impone la cobertura de determinadas prestaciones, aún cuando las mismas hubiesen sido excluidas en el contrato individual. Se trata de una integración legal del contrato,

de orden público, que busca salvaguardar los derechos a la vida y a la salud reconocidos por el ordenamiento jurídico nacional.

Resta por precisar la solución al problema de patologías nuevas que no han sido expresamente incluidas ni excluidas en el contrato por no conocerse al momento de la contratación. Es inadmisibles la exclusión de cobertura a pesar de que la empresa aduzca el desconocimiento médico existente al tiempo de celebrarse el contrato, ya que si este fundamento fuera válido se traduciría en la privación de los adelantos terapéuticos que el proceso científico incorpora en forma casi cotidiana al campo de las prestaciones médicas asistenciales.

II.3. Tratamiento de enfermedades preexistentes

Los contratos de medicina prepaga suelen contener cláusulas de exclusión de las enfermedades de los afiliados preexistentes a la celebración del contrato, lo cual es lógico si se tiene en cuenta que el contrato de medicina prepaga es un contrato aleatorio, tal como se ha reseñado párrafos arriba. La empresa otorga cobertura por los hechos futuros y no por los ya acaecidos.

Al momento de celebración del contrato, el asociado debe firmar un formulario denominado solicitud de ingreso que contiene sus datos personales y de su grupo familiar y además, una declaración jurada de las enfermedades, lesiones, accidentes u operaciones que hubiera tenido en el momento o con anterioridad a la fecha de ingreso. Los modelos suelen decir que es condición para la incorporación que los datos volcados en ellos por los afiliados sean completos, veraces y exactos y que el solicitante es personalmente responsable por sus datos y los de su grupo y no podrá aducir ignorancia como eximente de esa responsabilidad.

Esta solicitud se vincula con cláusulas del reglamento que contienen expresiones tales como que la empresa de medicina prepaga no se hace cargo de los gastos originados por la asistencia o internación en caso de enfermedades preexistentes, definidas como aquellas que el asociado padeciera al momento de su ingreso, tuviera o no conocimiento de ellas, las haya o no declarado, y patología secular, definida como aquella que es consecuencia de tratamientos médicos de cualquier tipo que el asociado hubiera recibido con anterioridad a su ingreso.

Es decir que el usuario debe informar al ente acerca de las circunstancias relevantes en relación al contrato celebrado. Omitir una información veraz al respecto constituye una falta al deber de buena fe.

Las circunstancias que el beneficiario se encuentra obligado a comunicar son aquellas que conoce o debiera conocer en base a una diligencia normal. Es decir, que en la mayoría de los casos el ingreso a una empresa de medicina prepaga se realiza solamente mediante la suscripción del formulario de datos y del contrato.

El problema se presenta al momento de definir con precisión qué es una enfermedad preexistente, qué se entiende por padecer.

La respuesta a esta pregunta no es fácil de encontrar ya que una enfermedad puede existir antes de la celebración del contrato, pero manifestarse o hacerse patente luego de la contratación. A veces tanto el paciente como el médico no podrán precisar el momento en el cual se ha originado una patología. Como ejemplo de lo dicho se puede citar los casos de fumadores que luego de varios años desembocan en cáncer de pulmón o garganta. Más aún, los avances de la genética podrían vincular la dolencia a antecedentes familiares.

Sostiene Lorenzetti que la preexistencia de la enfermedad no puede ser relacionada con el origen de la misma, ya que de ese modo una gran cantidad de enfermedades quedarían excluidas de la cobertura (LORENZETTI, 2003).

El modo más adecuado de conceptualizar la preexistencia es a través del concepto de manifestación de la enfermedad, entendida la misma como exteriorización por cualquier medio que la haga perceptible. Este es un concepto que se ha utilizado también en la legislación laboral, específicamente en la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557 y ha sido sostenido en sus modificatorias.

Esta exteriorización puede darse de dos maneras distintas. La primera, cuando la enfermedad fue diagnosticada o tratada; la segunda, cuando el paciente sufre un dolor o hay signos de la dolencia. En estos casos se puede hablar sin lugar a dudas de preexistencia.

Es de uso común que el beneficiario ingrese al sistema de medicina prepaga sin que se le practique revisión médica alguna, lo cual trae aparejado conflictos al momento de esgrimir la exclusión de cobertura fundada en la preexistencia de una enfermedad. Este constituye más bien un problema de costos de las empresas y no una modalidad elegida azarosamente.

La recaudación de información, a través de la revisión médica correspondiente, debe estar a cargo de la empresa porque el paciente se encuentra en este sentido en notoria desigualdad. No sólo tiene una concepción de enfermedad que difiere de la del profesional, sino que, en ciertos supuestos, ignora y desconoce si puede estar padeciendo o incubando alguna patología. Además, sería por demás costoso para el consumidor tener que acreditar, previamente a la celebración del contrato, su estado de salud. Es más, sería injusto y hasta abusivo dejar librado al paciente informar aquello que no está en condiciones de conocer y asumir así todo el peso de su ignorancia.

Quedan, por supuesto, excluidos los casos en que el paciente, a sabiendas y dolosamente, encubre la existencia de alguna enfermedad padecida con anterioridad. Se aplican en estos casos los principios generales que rigen en materia de actos cometidos con dolo.

De lo expuesto resulta que el examen médico previo constituye una carga que debe cumplir el ente organizador, para poder fijar con precisión y claridad la extensión de la cobertura asumida. Su inobservancia limita severamente sus chances de considerar a una enfermedad como preexistente o crónica.

En este caso la carga constituye el imperativo del propio interés. El concepto alude al ejercicio de una facultad que aparece como condición para obtener una determinada ventaja y cuya inobservancia genera un perjuicio para quien debía cumplirla.

En idéntico sentido, se ha dicho que

La cláusula incluida en un contrato de medicina prepaga que dispone la no cobertura de enfermedades preexistentes al ingreso, no exime de responsabilidad a la empresa que omitió solicitarle al afiliado un examen médico tendiente a determinar su estado de salud, pues ello transgrede obvias razones de prudencia (art. 902 Código Civil) que son exigibles a empresas especialistas en el área de salud¹⁰.

Si la empresa opta por no cumplir la carga no incurre en ilicitud alguna y su cumplimiento no puede ser exigido por el paciente, pero la consecuencia de su no realización recaerá exclusivamente sobre ella, ya que en el futuro no podrá alegar la

¹⁰ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, “Couchoud c. Qualitas Médica S.A.”, 08/06/07.

preexistencia de alguna enfermedad, salvo, obviamente, que pueda acreditarla debidamente.

Es necesario que desde el primer momento el ente delimite claramente la extensión de la cobertura, así como los riesgos que asume, a fin de que estos no sean trasladados más tarde al afiliado. Este es el sentido con que debe interpretarse el deber de información que la Ley de Defensa del Consumidor hace pesar sobre el prestador del servicio (art. 4 ley 24.240 t.o. por Ley 26.361).

Este examen médico previo presenta analogías con el examen médico preocupacional, que en el ámbito del derecho laboral debe realizar el empleador al momento del ingreso del trabajador. El mismo tiene como finalidad conocer el estado de salud del empleado a fin de darle tareas acordes. Sin embargo, desde la sanción de la Ley de Accidentes del Trabajo adquiere otra finalidad, sirve para distinguir las enfermedades que el trabajador sufría al momento de su incorporación de aquéllas que tienen como origen al trabajo, para determinar a cargo de quien estará la indemnización correspondiente.

Esta es la finalidad que persigue el examen previo: poder determinar con mayor certeza la medida de la prestación que el ente asume a partir de un conocimiento exacto sobre el estado de salud del futuro socio. El ente prepago no puede beneficiarse con su omisión, ya que surge como un imperativo de su propio interés y su consecuencia será la de asumir todos los riesgos de las contingencias que pueden afectar la salud de un paciente (GHERSI ET AL., 1999).

La jurisprudencia mayoritaria ha establecido que las cláusulas de preexistencia deben ser interpretadas en forma restrictiva, dentro del contexto del contrato en el cual se hallan insertas y cuidando de no desvirtuar su naturaleza asistencial. El problema se presenta, sobre todo, porque las mismas se hallan redactadas de manera imprecisa u oscura lo cual lleva a confusión, especialmente cuando el contrato contiene otras cláusulas, con las cuales se contradicen, exigiendo una adecuada armonización e integración.

En estos casos, el modo impreciso hace que no se puedan establecer claramente las obligaciones asumidas, lo cual lleva a una interpretación en contra del predisponente y en el sentido de la buena fe, conforme a lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión (art. 1198 Código Civil).

Dicho de otro modo, en caso de duda acerca de la extensión del riesgo se debe hacer recaer la obligación sobre el ente organizador, no sólo porque predispone el contrato, sino porque está en mejores condiciones para fijar claramente sus obligaciones. Resulta inadmisibles que la empresa genere en el consumidor la falsa creencia de una cobertura que no existe mediante la utilización de lenguaje oscuro o términos poco explícitos.

II.4.El período de carencia

El período de carencia es aquel lapso de tiempo durante el cual el paciente debe abonar la cuota periódica sin recibir prestaciones médicas. La duración del mismo varía según el tratamiento, siendo más corto para la atención ambulatoria y más prolongado para la internación o tratamientos quirúrgicos, por ejemplo. También en algunos supuestos no hay período de carencia, pero obviamente, en este caso, el precio de la cuota es más caro.

Lorenzetti explica que estas modalidades tienen su razón de ser en la naturaleza asegurativa del contrato y permiten acumular un volumen de aportes económicos por parte del cliente en forma previa a que ingrese al sistema con derechos efectivos. Jurídicamente examinada, la “carencia” es una modalidad de la obligación, puesto que la obligación de asistencia médica a cargo de la empresa está sometida a un plazo suspensivo, que llaman de espera, transcurrido el cual se comienzan a dar los servicios (LORENZETTI, 2003).

En algunos supuestos los entes prestatarios del servicio incluyen como preexistentes las enfermedades que se manifiestan luego de la contratación y antes del vencimiento del plazo de carencia.

De esta manera, vencido el período de carencia, el usuario supone que recibirá la atención médica contratada sin límite alguno, justamente por haber aguantado el tiempo estipulado en el reglamento según la enfermedad de que se trate. Si no recibiere la contraprestación se enfrentará a una situación doblemente injusta, es decir, el no tratamiento unido al gasto realizado en el pago de las cuotas durante el período de espera. El juego de ambas cláusulas, la de preexistencia y la de carencia, constituyen cargas excesivas para el afiliado y alteran significativamente el equilibrio contractual.

Resta considerar la controversia que ha suscitado el establecimiento de períodos de carencia respecto de las prestaciones incluidas en el Plan Médico Obligatorio.

Al respecto, cabe destacar que este plan fue creado por el Decreto Presidencial 492/95 y fue puesto en funcionamiento por la Resolución 247/96 del Ministerio de Salud de la Nación. Esta normativa determinaba que no podían establecerse, tratándose de prestaciones previstas en el plan, períodos de carencia, coseguros ni copagos fuera de los expresamente indicados. Si bien esta norma se encuentra hoy derogada y su reemplazo calla sobre el tema, “no puede sostenerse la inexistencia de esa obligación en cabeza de las prepagas, en tanto la prohibición de imponer períodos de carencia (para las PMO) surge de la tésis de la ley 24.754”¹¹.

Los Ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Enrique Petracchi y Eugenio Zaffaroni, en un importante fallo del Tribunal Supremo, expresan que

es oportuno recordar que les corresponde a las mencionadas empresas o entidades efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas (art. 1, ley 24.754), máxime cuando no debe olvidarse que si bien la actividad que asumen pueda presentar determinados rasgos mercantiles, en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas (arts. 3, Declaración Universal de Derechos Humanos; 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos y 42 y 75, inc. 22, de la Ley Fundamental), también adquieren un compromiso social con sus usuarios¹².

II.5. El “Plan Médico Obligatorio”

La ley 23.660 asigna a las obras sociales el rol de agentes del seguro e integrantes del Sistema Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL). De este carácter surge que las prestaciones que deben cumplir para con sus beneficiarios son las establecidas por el Estado, a través del Ministerio de Salud y Acción Social.

¹¹ Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala I, “Brunner, Luis Norberto c. I.S.S.N.”, 31/07/2008.

¹² CSJN, “Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, 28/08/2007.

Por otro lado, la ley 23.661 crea y organiza el Sistema Nacional de Salud con los alcances de un seguro social, a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país sin discriminación social, económica, cultural o geográfica (art. 1 ley 23.661).

Establece la mencionada norma que el seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones para eliminar toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva. Dentro de este marco, se consideran agentes del seguro a las obras sociales y demás entidades que adhieran al sistema que se constituye, las que deberán adecuar sus prestaciones de salud a las normas que se dicten y se regirán por lo establecido en la ley, su reglamentación y la ley de Obras Sociales, en lo pertinente (art. 2).

Se establece también que los agentes del seguro deberán desarrollar un programa de prestaciones de salud, a cuyo efecto la ANSSAL establecerá y actualizará periódicamente, de acuerdo a lo normado por la Secretaría de Salud de la Nación, las prestaciones que deberán otorgarse obligatoriamente, dentro de las cuales deberán incluirse aquellas que requieran la rehabilitación de las personas discapacitadas. Asimismo deberán asegurar la cobertura de medicamentos que las aludidas prestaciones requieran (art. 28).

En el año 1995 entra en vigor la ley 24.455 que determina que todas las obras sociales incluidas en la ANSSAL deben incorporar como prestaciones obligatorias las siguientes: a) cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por algunos de los retrovirus humanos y los que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (sida) y/o las enfermedades interrecurrentes; b) cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas que dependan física o psíquicamente del uso de estupefacientes; c) cobertura para los programas de prevención del sida y la drogadicción (art.1).

Posteriormente, el Ministerio de Salud y Acción Social fijó a través de la res. 247/96, el primer listado acabado de prestaciones mínimas y prácticas médicas obligatorias que debían otorgar los agentes del seguro de salud.

Dicha norma fue reemplazada por las resoluciones 939/2000 y 201/2002. La última de estas normas que creó el Programa Médico Obligatorio de Emergencia, como consecuencia de la emergencia sanitaria declarada en todo el país por decreto 486/2002, en un intento de garantizar a la población el acceso a los servicios básicos para la conservación de la salud.

Los anexos de dicha resolución discriminan la cobertura a prestar, privilegiando los programas preventivos y establecen coberturas del 100% para la atención del recién nacido, prevención de cánceres femeninos, odontología preventiva, salud mental y rehabilitación. Además, establece la obligatoriedad de la prescripción de medicamentos por su nombre genérico. En este ámbito actualmente rige la resolución 1991/2006 del Ministerio de Salud de la Nación.

La incumbencia de la normativa que se ha venido analizando surge con el dictado de la ley 24.754. En su artículo primero la misma establece:

A partir del plazo de 90 días de promulgada la presente ley, las empresas o entidades que presten servicios de medicina prepaga deberán cubrir, como mínimo, en sus planes de cobertura médico asistencial las mismas 'prestaciones obligatorias' dispuestas por obras sociales, conforme lo establecido por las leyes 23.660, 23.661 y 24.455, y sus respectivas reglamentaciones.

En este sentido se aprecia acertada la postura de Lorenzetti respecto de que esta ley importa una regulación del contenido contractual motivada en el interés público existente en el contrato.

Sin embargo la conveniencia de la ley puede ser objetada por varias razones. Las obras sociales tienen una escala de afiliación muy superior a la medicina prepaga, lo que les permite difundir ese costo de modo más eficaz. Asimismo, la ley implica un cambio en las reglas del juego y, como tal, debió otorgar un plazo más extenso para la adecuación de las mismas a fin de dar lugar a los reajustes necesarios y no afectar la seguridad jurídica.

La referida norma ha sido cuestionada en su constitucionalidad, por las empresas de medicina prepaga, con fundamento en que constituye una regulación pública de contenido contractual privado, acordado libremente entre prestadores y afiliados a la medicina privada. No aparece como acertado el argumento en tanto considera que la

referida regulación está fundada en el orden público que inspiran las prestaciones de salud y no es per se inconstitucional. Además, este tipo de contrataciones se encuentran dentro del sistema del Seguro Nacional de Salud y en tal sentido la ley 23.660 se reserva este tipo de control de contenido respecto de la contratación privada (LORENZETTI, 2003).

En este sentido se pronunciaron la gran mayoría de los fallos al resolver que las empresas debían acatar la ley 24.754, por ser la misma de derecho público e imperativa.

Al respecto, en el año 2001, el Hospital Británico de Buenos Aires promovió una acción de amparo tendiente a que se declarase la inconstitucionalidad de esta ley, en razón de la extensión de la cobertura en materia de drogadicción y contagio del virus HIV. La Corte Suprema de Justicia de la Nación rechazó la petición, al considerar que la ley 24.754 se inscribe dentro de la potestad del Congreso Nacional para reglamentar los derechos fundamentales, así como para legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato¹³.

El Superior Tribunal ha mantenido su postura, en un fallo reciente, al sostener que

la ley 24.754 representa un instrumento al que recurre el derecho a fin de equilibrar la medicina y la economía, ponderando los delicados intereses en juego. De una parte, la integridad psicofísica, salud y vida de las personas; de otra, el hecho de que -más allá de su forma empresarial-, las entidades de medicina prepaga tienen a su cargo una trascendental función social, que está por encima de toda arista comercial¹⁴.

II.6. Aspectos centrales de las controversias

Como se anticipó en el comienzo de este apartado, las controversias en torno al contrato de medicina prepaga entre usuarios y empresas tienen que ver con la cantidad y calidad de los servicios que éstas últimas prestan. El surgimiento de la obligación de la empresa, cuando el usuario se enferma y constituye un paciente, es una suerte del “fin de la ilusión” de la causa objetiva que lleva a los clientes a suscribir el contrato, dado

¹³ CSJN, “Hospital Británico de Buenos Aires c/ M.S. y A.S.”, 13/03/2001.

¹⁴ CSJN, “Núñez de Zanetti, Mónica Viviana c. Faml Salud”, 09/09/2008.

que el carácter protectorio y garante de la empresa suele ser reemplazado por una suerte de imagen siniestra y lucrativa que debe ser enfrentada, lamentablemente, en los estrados judiciales.

CAPITULO III: JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA. DIVERSAS PERSPECTIVAS

Este capítulo pretende arrojar luz respecto de las soluciones jurisprudenciales que los diversos aspectos oscuros y litigiosos del contrato de medicina prepaga han encontrado en las máximas instancias judiciales de la República Argentina. Asimismo, habrá de relevarse la elaboración doctrinal producto de esta elaboración de la jurisprudencia, como así también la doctrina anterior que ha sido asidero de los fallos reseñados.

Si bien es ineludible el estudio preciso de la temática, puede adelantarse el hecho de que la doctrina y jurisprudencia mayoritarias se han inclinado por proteger al usuario paciente, obligando a las empresas a hacerse cargo de los costos de las prestaciones y tratamientos debidos. Se trata, claro, de la situación general que, claramente, admite algunas excepciones.

III.1. Distintas corrientes jurisprudenciales respecto del contrato de medicina prepaga

En lo que respecta al contrato de medicina prepaga, la ausencia de una regulación específica sobre él hasta mayo de 2.011 determinó la producción y elaboración de jurisprudencia diversa respecto de las normas aplicables al mismo. Los jueces civiles se inclinaron mayoritariamente por proteger al consumidor, es decir, al usuario de la medicina prepaga. Por ello la Ley de Defensa del Consumidor constituyó, en este sentido, la principal referencia legislativa de esta corriente jurisprudencial.

En otra posición que podría ubicarse antagónicamente a la primera, se encontraban los magistrados comerciales, quienes aplicaban análogamente al contrato de medicina prepaga las reglas relativas a los seguros. Esta corriente protegió el desarrollo de la actividad empresarial por sobre los derechos de los usuarios consumidores. Sin embargo, la aplicación de principios fundamentales como la buena fe o el abuso del derecho han logrado que el paciente no se vea desprotegido.

Algunos autores establecen que la aplicación al contrato de medicina prepaga del régimen de la Ley de Defensa del Consumidor tuvo importantes consecuencias para

definir el contenido contractual en la relación de medicina prepaga; no así en lo referido a la competencia desleal (KRAUT Y MAURINO, 2000).

A partir de lo dispuesto por las normas tuitivas del usuario, los tribunales han intervenido de dos modos en los contratos de medicina prepaga. Por un lado, se ha declarado la nulidad de cláusulas que fueron consideradas contrarias a la buena fe y perjudiciales para el consumidor (cláusulas abusivas) y, por otro, se integró el contrato con obligaciones que no se encontraban incluidas en el formulario predispuesto, por ejemplo, la cobertura de sida.

Ahora bien, desde la otra perspectiva jurisprudencial, el encuadre jurídico que se dio al contrato estudiado ha sido la regulación de la Ley de Seguros.

Desde esta visión no se ha puesto el énfasis sobre lo que la empresa hace, es decir, prestar un servicio de atención médica, sino sobre lo que dicho servicio representa para los pacientes, la cobertura de un riesgo mediante el pago de una cuota periódica. Obviamente esta asimilación deriva de la atipicidad del contrato antes de la sanción de la ley 26.682. A partir de esta premisa puede aplicarse la Ley de Seguros.

Alguna jurisprudencia ha sostenido que

el objeto respecto de los afiliados es cubrirles, facilitarles o financiarles necesidades de índole médico-asistencial... sin que esto constituya necesariamente el establecimiento de un sistema que responda rigurosamente a la noción de seguro (art.1º y conec., ley 17.418), lo cierto es que guarda con la disciplina aseguratoria un grado no despreciable de analogía – lo que, de otro lado, supone una interpretación más favorable a los intereses de la accionada – que impone erigir como principio primigenio de su funcionamiento una regla específica de buena fe¹⁵.

Finalmente, cabe destacar que del análisis de jurisprudencia vinculada a este tema, surge claramente que la primera de las posturas estudiadas creció en el tiempo hasta transformarse en la mayoritaria. No obstante, en los resultados prácticos ambas tendieron a acercarse por la aplicación progresiva de los arts. 1071 y 1198 del Código Civil.

¹⁵ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, “Martín, Mabel c. HSBC Salud Argentina S.A.”, 04/04/2006. En igual sentido, Cam. Nac. de Ap. en lo Com., Sala B, “Rodríguez Barone, N. c/ Medicus S.A.”, 14/11/1996.

III.2. Contratación predispuesta

El art. 1197 del Código Civil consagra el principio de la autonomía de la voluntad. Éste supone la existencia de dos elementos combinados: igualdad entre las partes y libertad jurídica.

Sin embargo, la globalización de la economía, la masificación de los procesos de producción y comercialización, el ritmo cada vez más rápido de los negocios, la generación de nuevas necesidades y sus modelos inducidos de satisfacción, entre otros factores, han erosionado paulatinamente aquellos pilares básicos de la contratación en desmedro de una de las partes. Se afecta así la igualdad de los contratantes, la libertad del más débil, su poder de negociación.

En aras a la simplificación de los negocios para su masificación y al ahorro de tiempo, que es también ahorro de dinero, se sacrifica la etapa previa de negociación destinada a que todas las partes intervengan en la formación del acuerdo de voluntades. El contrato de medicina prepaga es un acuerdo de este tipo, donde no existe el acuerdo previo e igualitario entre las partes.

Es por esto que se trata de una contratación predispuesta por el empresario donde no existe negociación previa y el usuario acepta una serie de condiciones que le son impuestas sin posibilidad de modificarlas; se ha reseñado líneas arriba que este es un contrato de adhesión. El usuario sólo decide si celebrar el contrato o no (LOPEZ CABANA, 1999).

La jurisprudencia ha sostenido que

la prestación de estos servicios queda encuadrada dentro de la estructura del contrato de adhesión, cuya nota tipificante es la desigual posición asimétrica de los contratantes. El contrato no es ya el resultado de un consentimiento libremente prestado por las partes ubicadas en el mismo plano de igualdad, sino que responde a una imposición unilateral de la voluntad de una de las partes por sobre la otra. Aparece una parte económicamente fuerte en la contratación que se puede imponer a la otra que carece de poder de negociación, caracterizado por un marcado desnivel negocial que se

manifiesta desde la génesis misma del contrato y que se proyecta durante todo el desarrollo de la relación jurídica¹⁶.

El conflicto se presenta porque el ahorro de tiempo deja de ser una ventaja para ambas partes del negocio y se transforma en una forma de defraudar a la parte más débil del mismo, mediante la inclusión de cláusulas abusivas. Las mismas desequilibran el contrato y de este modo ilustran la superioridad económica y jurídica del ente organizador que lo configura y predispone unilateralmente.

III.3. Cláusulas abusivas

Una cláusula incluida en un contrato es considerada abusiva cuando favorece desmedida y desproporcionadamente a una de las partes en perjuicio de la otra y con trasgresión del mandato de buena fe. En este sentido, lo relevante de la cláusula onerosa se traduce en el abuso de la posición dominante que ejerce el profesional (LOPEZ CABANA, 1999).

Entendiendo la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias que el contrato de medicina prepaga es un contrato de consumo, el beneficiario del mismo se encuentra protegido por la Ley de Defensa del Consumidor. El artículo 37 de esa ley considera abusivas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños, importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte o que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

El marco regulatorio de defensa del consumidor otorga al mismo la posibilidad de demandar la nulidad del contrato o de alguna de sus cláusulas, cuando el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial y establece que cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario.

En el derecho comparado pueden ubicarse dos sistemas distintos para reglar las cláusulas abusivas: el cerrado o de control particular que consiste en una enumeración

¹⁶ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, “La Cruz, Sandra y otros c. Osmecon Salud y otros”, 13/12/2007.

de cláusulas que a priori se definen como abusivas y que tiene como génesis la labor jurisprudencial previa y el abierto o de control general que, en cambio, parte de un criterio de mayor libertad conceptual. El mismo requiere de una cuidadosa técnica legislativa que elabore conceptos claros y que tengan suficiente amplitud como para contemplar sucesos diversos.

El ya mencionado art. 37 de la ley 24.240, modificada por ley 26.361, hace una enumeración no limitativa de dichas cláusulas que Ghersi et al. (1999) clasifican en dos categorías: generales (abiertas) y específicas (cerradas).

Las primeras son las que desnaturalizan las obligaciones y las que importan renuncia o restricción de los derechos, es decir, cláusulas cuyo carácter abusivo no es manifiesto. De lo expuesto resulta que las mismas requieren apreciación judicial para ser declaradas abusivas, extremo que debe acreditar el consumidor.

La gran ventaja que presenta la inclusión y previsión de este tipo de cláusulas en la ley es que por su amplitud permiten adaptarse, con menor dificultad, a las nuevas modalidades contractuales que van surgiendo y así declarar la ineficacia de otras estipulaciones contractuales fuera de los supuestos específicos contemplados por la ley, cuando a juicio del juez puedan ser consideradas como abusivas, si a través de ellas se causare un perjuicio inequitativo al usuario o sean incompatibles con la naturaleza, contenido y fin propio del contrato. Sin embargo, requieren de una mejor y mayor labor interpretativa a los fines de determinar el carácter abusivo de la cláusula.

Las cláusulas específicas no requieren de una interpretación judicial, son la cláusula limitativa de responsabilidad y la que determina la inversión de la carga de la prueba.

En el supuesto de haberse incluido alguna de estas cláusulas, la ley establece que se las tendrá por no convenidas, frase que ha recibido dos interpretaciones distintas en doctrina.

Ghersi et al. (1999) sostienen que las mismas resultan nulas de pleno derecho, sin necesidad de que el carácter abusivo quede subordinado a la apreciación o criterio judicial, ni sujeto a prueba del usuario. Su sola constatación permite declarar la nulidad. En tanto que López Cabana, citando a Alterini, las considera inexistentes (LOPEZ CABANA, 1999).

Establecido el carácter abusivo de una cláusula, la sanción del ordenamiento jurídico será la nulidad parcial de la misma. Esto obedece a dos razones fundamentales.

En primer término existe el principio de conservación del contrato. Por otro lado, la necesidad de proteger al consumidor de las consecuencias perjudiciales que tendría para él la nulidad total del convenio, es que

un beneficiario que es excluido de un sistema, se encuentra en una situación de desprotección ante la imposibilidad de obtener la satisfacción de sus necesidades de salud en cualquier otra institución similar, por un lapso considerable. Si pretende ingresar en otro sistema, deberá cumplir con sus requisitos, que siempre prevén "períodos de carencia", es decir, plazos durante los cuales el beneficiario no puede acceder a ciertos servicios¹⁷.

Es dable aclarar entonces que por más perjudicial que sea la nulidad del contrato, para que la parcial sea posible, la cláusula abusiva debe ser separable de las demás. Si las cláusulas abusivas mismas comprenden elementos esenciales del contrato, la nulidad se extenderá a todo el acuerdo imposibilitando su nulidad parcial.

Ahora bien, en relación a este tema debe analizarse la regulación y los aspectos relevantes relativos al control del contrato desde la perspectiva de la defensa del consumidor.

El art. 38 de la Ley de Defensa del Consumidor establece que la autoridad de aplicación vigilará que los contratos de adhesión o similares no contengan cláusulas abusivas. La misma atribución se ejercerá respecto de las cláusulas uniformes, generales o estandarizadas de los contratos hechos en formularios, reproducidos en serie y en general, cuando dichas cláusulas hayan sido redactadas unilateralmente por el proveedor de la cosa o servicio, sin que la contraparte tuviere posibilidades de discutir su contenido.

Respecto a este tema y a este contrato en particular, cierta jurisprudencia tiene dicho que

ante la iniciativa personal del particular que se abona a un sistema de medicina prepaga o afilia a una obra social, le corresponde al Estado no

¹⁷ Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, "Puglisi, Ricardo c. Empac S.A. Consalud", 24/03/2004.

satisfacer la prestación en forma directa, sino vigilar y controlar que las prestadoras cumplan su obligación¹⁸.

Sin embargo, en la Argentina no existe un control administrativo previo en materia de medicina prepaga, a diferencia de lo que ocurre en el contrato de seguro, por lo que el control opera en sede judicial. Esta diferencia es crucial, dado que en este caso el control es posterior a la celebración del contrato.

La gran desventaja que presenta el control judicial es que no puede impedir que los empresarios reiteren la utilización de las cláusulas declaradas abusivas en contratos celebrados posteriormente con otros consumidores.

Gherzi et al. (1999) sostienen que sería beneficioso establecer un sistema basado en el reconocimiento ultra partes de los efectos de la sentencia a todos los afectados por la misma cláusula, extendiendo su eficacia más allá del proceso en que fue dictada. Esta solución no parece auspiciosa en cuanto ubica a los jueces en una suerte de función legislativa que no les corresponde.

III.4. Rescisión unilateral

La posibilidad de rescindir unilateralmente el contrato suele incluirse en una cláusula dentro del convenio de medicina prepaga, por la cual ambas partes se reservan la facultad de rescindir unilateralmente el contrato sin expresión de causa y sin derecho a reclamo alguno por parte del usuario, mediante la simple notificación de la voluntad rescisoria.

El supuesto es la bilateralidad de la cláusula, es decir que la misma debe estar prevista para ambas partes; si sólo está prevista para el ente, es abusiva.

A primera vista, concedida a ambas partes, esta cláusula sería lícita en el ordenamiento jurídico argentino. Sin embargo, si se tiene en cuenta que se circunscribe al ámbito de la contratación por adhesión, en la cual no hay consentimiento sino asentimiento y, además, en el de los contratos de consumo, la conclusión es, por lo menos en principio, de que se trata de una cláusula abusiva.

¹⁸ Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala I, “Brunner, Luis Norberto c. I.S.S.N.”, 31/07/2008.

El contrato de medicina prepaga puede celebrarse bajo dos modalidades distintas: por tiempo indeterminado o por un tiempo determinado con renovación automática al vencimiento del plazo.

Tanto en uno como en otro caso, el usuario se vincula con el ente organizador con el propósito de obtener una cobertura médica por un tiempo prolongado, sin tener en cuenta que el mismo podrá ser suprimido en cualquier momento, por la exclusiva voluntad de la empresa y sin justa causa.

Reviste importancia con relación al tema un fallo de larga data de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, donde se consideró abusiva, inválida y contraria a la moral una cláusula rescisoria incluida en un contrato predispuesto¹⁹.

El criterio del fallo parece acertado en tanto tutela los legítimos intereses del consumidor al momento de contratar, poniendo límite a los abusos que desequilibran las prestaciones del contrato.

Sin embargo, el máximo Tribunal argentino no compartió esta visión. El fallo fue revocado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con el siguiente argumento: “el hecho de no haber pactado las partes un plazo de duración, la posibilidad de denunciar en cualquier tiempo por cualquiera de las partes no es abusiva, cuando dicha facultad fue expresamente prevista por los contratantes”, en tanto que “si las partes no establecen un plazo de duración es porque entendieron que podían concluirlo en cualquier momento y no se ligaron jurídicamente en forma perpetua”²⁰.

El Supremo Tribunal se pronuncia a favor de la validez de la cláusula pero morigeró su aplicación con las normas de la buena fe y el ejercicio abusivo del derecho. Esta postura considera que la preeminencia de una de las partes no es suficiente para invalidar la cláusula.

A la luz de las líneas precedentes y de la postura adoptada en el enfoque del presente trabajo no se asume este criterio como acertado, ya que se estima que la cláusula rescisoria incausada resulta abusiva e inválida en sí misma, aún tratándose de contratos sin plazo determinado. Es que si se tiene en cuenta la finalidad económica y jurídica del contrato, los derechos en juego (derecho a la vida, a la salud y a la

¹⁹ Cámara Nacional en lo Comercial., Sala B, 8/5/87, LL, 1987-D-419

²⁰ Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4/8/88, LL, 1989-B-1

integridad física) y la debilidad jurídica de uno de los co-contratantes, la solución no puede ser otra.

Idénticas conclusiones han llevado a la jurisprudencia a sostener que

configura cláusula abusiva en los términos del art. 37 de la ley 24.240 aquella disposición inserta en un contrato de medicina prepaga por la cual se faculta a la empresa prestataria a rescindir el contrato de forma unilateral e incausada, ya que este tipo de cláusulas desnaturalizan las obligaciones al afectar la correspondencia de larga duración, que determina que a través de pagos anticipados verificados durante el transcurso del tiempo, el beneficiario se proteja de riesgos futuros en su salud²¹.

Es decir, dichas cláusulas frustran el elemento de previsión del contrato.

Asimismo, existe la posibilidad de que se configure un supuesto distinto donde la rescisión no constituya un abuso. Es el caso en que el ente esgrime y acredita una causal suficiente que justifica la extinción del contrato, como por ejemplo la falta de pago de las cuotas, es decir que, salvo supuestos graves, la empresa continúa obligada en el tiempo a la prestación comprometida. También es excepcional el caso en el cual el usuario se vincule con la empresa sin tener en miras un vínculo de largo plazo, como cuando se contratan servicios médicos en atención a un viaje; el vínculo carece de las características de permanencia o continuidad pero igualmente queda a cargo del ente demostrar los elementos justificativos que fundamentan la contratación temporaria.

Cuando se trata de contratos con plazo determinado suele ocurrir que, con ocasión de la renovación, se prevea la facultad de disponer alteraciones en la cobertura, el precio, la duración de las internaciones, etc. De esta forma, aunque no se rescinda el contrato, se actúa abusivamente si se tienen en cuenta las amplias facultades que se reserva la empresa. Esta forma de contratación hace posible que el empresario evalúe el riesgo al vencimiento de cada plazo y le permite, en caso de que éste se incremente, trasladarlo paulatinamente a la otra parte.

Con el objeto de evitar los resultados disvaliosos de este proceder se ha equiparado el contrato de medicina prepaga de plazo determinado con renovación automática al contrato laboral a término. En el caso de sucesivas renovaciones se

²¹ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, "Asociación Civil Hospital Alemán c. Ciudad de Buenos Aires", 03/03/2004.

convierte en contrato de tiempo indeterminado. No puede ignorarse el hecho de que si el beneficiario ha cumplido con la prestación a su cargo es propietario de un derecho irrevocablemente adquirido.

En lo que se refiere a los efectos de la cláusula rescisoria, puede decirse que al traer aparejada la supresión del servicio puede acarrear al beneficiario perjuicios de la más variada índole. Los mismos difieren según el caso concreto. Son más graves tratándose de personas que padezcan enfermedades crónicas, de edad avanzada, sometidas a tratamientos que no puedan ser interrumpidos, ya que será muy difícil, por no decir imposible, que puedan obtener cobertura médica de entidades similares.

El ente debe asegurar al paciente la continuidad de la asistencia iniciada. Su interrupción o supresión sin justa causa configura responsabilidad contractual, más aún cuando la ruptura se produce en un momento crítico de la salud del paciente.

Gheri et al. (1999) opinan que la supresión del servicio mediante un ejercicio abusivo de la cláusula rescisoria puede implicar una omisión de la asistencia debida, frente a una disposición expresa que impone el deber de suministrar a los pacientes el servicio médico necesario; en especial, en circunstancias de peligro para la vida o salud, caso en el cual puede configurar también esa conducta omisiva, el delito de abandono de personas previsto en el Código Penal.

En estos casos la empresa organizadora no puede ampararse en la extinción del contrato, menos aún cuando la extinción ha dependido exclusivamente de su voluntad. Como una consecuencia necesaria del incumplimiento contractual surge la obligación de reparar los daños y perjuicios. La cuantía del daño variará según las características de cada caso y puede aún estar ausente en los casos en que se haya otorgado preaviso suficiente para proveerse nueva asistencia sin sufrir ningún perjuicio. Se trataría de lo que Lorenzetti denomina efecto de insatisfacción relativa, porque si el consumidor no está enfermo puede recurrir a otro proveedor y continuar una relación sin daños mayores (LORENZETTI, 2003).

Existen, además, cláusulas que establecen cuotas adicionales e incrementos en los aportes como consecuencia de la edad del afiliado.

III.5. Cláusulas respecto a cambios en la cuota en relación a la edad

El argumento utilizado por las empresas como fundamento de la inclusión de cláusulas de esta índole es el aumento en el uso de los servicios a medida que se acrecienta la edad de los pacientes, lo cual trae aparejado, evidentemente, un incremento en los costos.

El aludido argumento carece de validez, dado que al contratar la empresa puede tener en cuenta ese riesgo que forma parte del riesgo-costo empresario, es más, el mismo se supone previsto al momento de contratar, cuando la empresa evalúa los costos del servicio.

En este sentido ha resuelto la jurisprudencia. No puede atenderse a la invocación de mayor onerosidad, fundada en la edad avanzada del afiliado, para incrementar la cuota, desde que el sistema de medicina prepaga tiene un ingrediente aleatorio, semejante al del seguro, que lo obliga a afrontar esa mayor onerosidad que debió tenerse en cuenta al efectuar los cálculos actuariales tendientes a fijar el precio del servicio²².

La invalidez de estas cláusulas es incuestionable porque atentan contra las expectativas del consumidor. Al momento de contratar el mismo tiene en cuenta el precio y confía en que no será alterado posteriormente.

Además, hay que destacar que en la mayoría de los casos los incrementos son de tal magnitud que dejan al usuario fuera del sistema, al no poder pagar la cuota ni ingresar a una nueva empresa si se tienen en cuenta los períodos de carencia y la exclusión de las enfermedades preexistentes.

La misma conclusión se expresa en un interesante fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, donde se resolvió admitir una acción de amparo interpuesta por el afiliado para impedir que la empresa de medicina prepaga estableciera unilateralmente aumentos en la cuota o modificaciones lesivas en los parámetros previstos inicialmente para la prestación del servicio médico, pues tales alteraciones, en el marco de la relación de consumo, provenientes de la parte que tiene sin duda mayor gravitación dentro del sinalagma, fueron consideradas un peligro inminente no sólo para

²² Cámara Nacional en lo Comercial, Sala E, "Murillo, Rafael N. c. SPM Sistema de Protección Médica S.A., 29/08/2005, L.L. 2005-F-494.

el equilibrio contractual, sino también para el derecho a la protección de la salud del peticionante amparada constitucionalmente (art. 42 C.N.)²³.

III.6.Exclusiones que afectan el cumplimiento de la empresa

Han existido también cláusulas que afectan el cumplimiento de la empresa prestadora. Puede ocurrir que, mediante una modificación unilateral del reglamento que rige los derechos y obligaciones de las partes, se establezca la alteración o supresión de coberturas o beneficios. En general, la empresa se reserva la facultad de modificar total o parcialmente el contenido de los planes de asistencia, sin necesidad de aprobación por parte del usuario.

Esta situación acarrea un perjuicio a los beneficiarios del sistema ya que, por ejemplo, enfermedades que gozaban de cobertura dejan de tenerla durante la ejecución del contrato, pueden reducirse los tiempos de tratamiento de manera tal que en realidad constituyan una exclusión de cobertura, imponerse el pago de aranceles adicionales que hagan inaccesibles las prácticas, así como también excluirse métodos de diagnóstico de alta complejidad, entre otros.

Estas cláusulas resultan absolutamente ineficaces por cuanto afectan la integridad del cumplimiento de la prestación. Las obligaciones que el ente médico prepago asume contractualmente no pueden ser suprimidas o alteradas total o parcialmente en forma arbitraria. Éste debe cumplir ineludiblemente con aquellas prestaciones en la forma en que se han prometido.

Se trata de cláusulas abusivas que el predisponente impone en su propio beneficio. La autonomía de la voluntad encuentra en estos casos sus justos límites en lo establecido por los principios de la buena fe, moral y buenas costumbres, que vedan el ejercicio abusivo de las prerrogativas que nacen de los contratos (GHERSI ET AL., 1999).

La exclusión de prestaciones otorga al socio el derecho a exigir el cumplimiento del contrato o bien a demandar su resolución, con fundamento en la pérdida de confianza generada por el accionar de la empresa, sin perjuicio del derecho al

²³ Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, “Montorfano, Oscar Luciano c. Omaja Sociedad Anónima”, 23/11/00.

resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. También puede el usuario optar por la declaración de nulidad de la cláusula.

III.7. Cláusulas habilitantes de la modificación unilateral de la cuota

Otro tipo de cláusulas que entran en la categoría de abusivas son aquellas que habilitan la modificación unilateral de la cuota en cualquier momento y sin previo aviso. Al respecto la jurisprudencia ha sostenido que

la cláusula contractual que habilita a la empresa de medicina prepaga a modificar unilateralmente la cuota del servicio en cualquier momento y sin previo aviso, resulta claramente abusiva; pues coloca al consumidor en una situación de total indefensión frente a la empresa, la que puede aumentar el monto de la cuota mensual sin criterios claros que la limiten, poniendo en riesgo su derecho constitucional a la salud²⁴.

III.8. Enfermedades preexistentes

Hay también estipulaciones que habilitan la exclusión de la cobertura por enfermedades preexistentes. Si bien este tipo de cláusulas se encuentran incluidas en la totalidad de los contratos de medicina prepaga, como consecuencia de su carácter aleatorio, a veces sus términos van más allá y se tornan abusivos. En este sentido se pronunció un tribunal de la provincia de Tucumán al decir que

resulta abusiva la cláusula incluida en un contrato de medicina prepaga que dispone la no cobertura de enfermedades preexistentes al ingreso, hubieran sido conocidas o no por el beneficiario, pues dicha cláusula es de una amplitud tal que implica afirmar que las empresas de medicina prepaga sólo cubren las patologías originadas con posterioridad a la incorporación del

²⁴ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “Sociedad Italiana de Beneficiencia de Bs. As. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 15/11/2004.

asociado, dejando afuera de la cobertura a la mayoría de las enfermedades, en tanto las mismas generalmente poseen un curso prolongado de evolución²⁵.

Con la celebración del contrato el ente se obliga al cumplimiento de una serie de obligaciones, dentro de ellas, la principal es brindar asistencia médica. Pero este deber lleva implícita una obligación tácita de seguridad, es decir, que la asistencia debe prestarse en condiciones tales, que no deriven al paciente daños por deficiencia del servicio prestado. Dicho de otro modo, el servicio debe ejecutarse conforme a las reglas del arte y además ser realizado según las normas de la buena fe impuestas por el art. 1198 del Código Civil.

El incumplimiento de alguna de las obligaciones, contraídas contractualmente o que surjan de la naturaleza del contrato, generarán a la empresa la obligación de reparar los daños, siempre que se reúnan los presupuestos del deber de responder.

Sin embargo, es común que las partes introduzcan cláusulas que alteren este régimen, pactando en forma anticipada a la producción del daño la liberación de responsabilidad del ente.

Estos convenios adquieren especial relevancia debido a la forma en que se encuentra organizado el sistema de medicina prepaga, donde la obligación de brindar asistencia médica es satisfecha generalmente por otros prestadores contratados por la empresa, lo cual implica una asunción de responsabilidad de ésta por la actuación deficiente de aquéllos.

Conforme lo expuesto, producido el daño, el paciente tendrá frente a sí un abanico de posibilidades. Podrá accionar contra la empresa o contra el prestador del servicio, en forma indistinta o conjunta, por tratarse de una obligación concurrente.

Debe destacarse que si bien tanto los prestadores como el ente deben responder, ello en virtud del nexo económico funcional que los une, los factores de atribución en ambos casos difieren. En el supuesto de los profesionales médicos, los factores de atribución de la responsabilidad podrán ser subjetivos (dolo o culpa) u objetivos (obligación tácita de seguridad, riesgo creado). En cambio, para la empresa, el factor será objetivo (hecho del dependiente, obligación tácita de seguridad, riesgo creado o actividad empresaria) y para exonerarse deberá acreditar la ruptura del nexo causal: caso

²⁵ Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tucumán, Sala III, “Lazarte, Camila G. c. Empresa Alta Médica”, 04/07/2003.

fortuito o fuerza mayor, culpa de la víctima o el hecho de un tercero por quien no debe responder.

De cualquier modo, la introducción de cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad quitan la doble protección que se brinda a la víctima, que sólo podrá accionar contra los facultativos, con lo cual se destruye la obligación tácita que pesaba sobre el ente, enfrentando al paciente al riesgo de la insolvencia del autor del daño.

Las cláusulas que posibilitan esto incluidas en el contrato son de dudosa validez, enfocando el tema desde la perspectiva de los sistemas cerrados, en los cuales el paciente no tiene libertad de elección de prestadores y excluyendo el análisis de los sistemas de contratación abierta, en los cuales la obligación del ente se limita al reintegro de los gastos efectuados, al carecer de facultades de control sobre los profesionales libremente elegidos por el consumidor.

En lo referente al aspecto temporal, estas cláusulas pueden encontrarse incluidas en el contrato al momento de su celebración o incluirse posteriormente, ya sea en forma expresa o mediante una modificación unilateral del reglamento al cual se sujetan los planes y condiciones de la asistencia médica, aún sin la participación o conocimiento del socio. De cualquier forma, la misma debe ser convenida siempre antes del hecho que dé origen a la responsabilidad.

Generalmente, las mismas se expresan mediante fórmulas ambiguas o engañosas que aprovechan la situación de inferioridad del consumidor, pudiendo referirse a la dispensa del dolo, culpa grave o leve, ya sea en general o en supuestos determinados, así como también a la limitación o reducción de los montos indemnizatorios.

Las cláusulas que dispensan el dolo son absolutamente inválidas, en cuanto así lo dispone el art. 507 del Código Civil: “El dolo del deudor no podrá ser dispensado al contraerse la obligación”. Además, si se facultara al deudor a cumplir o no el contrato, el mismo generaría obligaciones puramente potestativas, ineficaces según lo dispuesto por el art. 542.

La solución no podría ser otra que la nulidad, ya que si se priva a la obligación de sanción jurídica se pierde la esencia del vínculo obligatorio. Una obligación que puede o no cumplirse no es una obligación. El vínculo obligacional supone la idea de coercibilidad.

Asimismo y en virtud de lo anteriormente expuesto, son igualmente inválidas las cláusulas por las cuales el ente organizador dispensa del dolo a sus subordinados o auxiliares.

Distinto es el caso de aquellas cláusulas que dispensan la culpa grave. En estos casos la doctrina discute su eficacia.

Aun cuando los conceptos no son doctrinariamente equiparables merecen la misma solución, ya que siempre se exige al deudor y más aún tratándose de prestaciones médicas, un mínimo de cuidado y diligencia en el cumplimiento de la obligación. La limitación de la responsabilidad en este caso significaría la liberación de la obligación, al eliminar uno de sus componentes más importantes.

En el caso de la culpa leve, el tema es más controvertido. Por un lado el Código Civil argentino no prohíbe la exoneración de la culpa leve. Por el otro, hay que tener en cuenta diversos fundamentos. En primer lugar, la discusión se ubica en el ámbito de los contratos de adhesión, en los cuales los sujetos contratantes no concurren en un plano de igualdad.

Además, hay que tener en cuenta que tratándose de la medicina privada, las ofertas de las distintas empresas no varían sustancialmente, se establece un esquema que Ghersi et al. (1999) consideran acertadamente asimilable a un monopolio de hecho, en el cual el consumidor debe obligadamente contratar, de pretender acceder a estos servicios, es decir que su posibilidad queda reducida a tomar el contrato o dejarlo. Este esquema, asimilable a una oferta monopólica, implica una seria restricción a la libertad y constituye otro elemento a considerar al analizar la eficacia de las cláusulas.

Es importante destacar la relevancia de los derechos en juego en torno al contrato de medicina prepaga: la vida, la salud, la integridad corporal, derechos personalísimos y por esto mismo indisponibles; todo lo cual impregna el tema de la idea de orden público.

Todas estas consideraciones han llevado a que la doctrina considere nulos aquellos pactos que dispensen la culpa, aún cuando la misma sea leve, ya que imponen una carga excesiva al paciente y constituyen un apartamiento de los principios de la buena fe y abuso del derecho. La conclusión se afianza ante lo dispuesto por la Ley de Defensa del Consumidor en su art. 37, inc. a, ya que si se consideran abusivas las cláusulas que limitan la responsabilidad por daños, más aún serán ineficaces las que la excluyan totalmente.

En lo referente a las cláusulas que establecen una limitación en el monto de la indemnización a recibir en caso de incumplimiento, se trata de limitaciones parciales de responsabilidad que, desde la sanción de la Ley de Defensa del Consumidor, son sin duda inválidas.

III.9.El factor de atribución

La imputación de la responsabilidad del ente puede responder a factores subjetivos u objetivos, como por ejemplo el riesgo creado o la obligación legal de garantía. Esta distinción resulta importante en lo referente a las presunciones de culpabilidad, los eximentes de responsabilidad y el régimen de la carga de la prueba.

En algunos casos el ordenamiento jurídico beneficia a la víctima del daño, invirtiendo la carga probatoria, como sucede en los supuestos en que el daño se produce por el riesgo o vicio de la cosa que el profesional médico utiliza.

También en los casos de obligaciones de resultado, se dispensa a la víctima de probar la culpa del profesional, bastando simplemente acreditar el no cumplimiento del resultado prometido²⁶.

Este régimen puede ser modificado por la empresa alterando el factor de atribución, es decir, convirtiendo la responsabilidad objetiva en subjetiva. También puede ocurrir que se invirtiera la carga probatoria, haciendo recaer en el paciente la prueba de la responsabilidad empresaria.

Estas cláusulas son ineficaces. Así lo dispone el art. 37, inc. c de la Ley de Defensa del Consumidor que establece que se tendrán por no convenientes “las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor”.

Además hay que tener en cuenta que, dada la ignorancia del consumidor con relación a los procedimientos médicos, imponerle la carga de la prueba en estas circunstancias resulta de por sí contrario al principio de la buena fe. En este sentido, la moderna teoría de las cargas probatorias dinámicas, en materia procesal, hace recaer la obligación de probar en aquél que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo.

²⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, B., N. G. y otros v. Omaja S.A., 14/12/2007.

Suele también ocurrir en este tipo de contratación que el ente organizador pacte la limitación de responsabilidad con los prestadores del servicio, es decir, que incluya las cláusulas en los contratos celebrados con éstos, en los cuales el consumidor no participó y de los cuales probablemente no tiene conocimiento.

Estas limitaciones o exoneraciones son inoponibles al usuario según el principio del efecto relativo de los contratos, de donde surge que los contratos no pueden perjudicar a terceros que no intervinieron en ellos. Por lo tanto, aún en el supuesto de haberse pactado este tipo de cláusulas, la empresa y los prestadores del servicio resultarán responsables frente al consumidor.

CAPITULO IV: MARCO REGULATORIO DE LA MEDICINA PREPAGA. ASPECTOS CENTRALES DE LA LEY 26.682

La situación que se ha descripto en las líneas precedentes fue el ámbito jurídico y doctrinal imperante del sistema de medicina prepaga desde su consolidación a mediados de la década de los noventas hasta el año 2011, cuando se sancionó la ley 26.682 que regula al sector aludido.

La mencionada normativa fue sancionada por el Honorable Congreso de la Nación Argentina el 4 de mayo de 2011 y promulgada por el Poder Ejecutivo Nacional doce días más tarde. Se trata de un cuerpo de 30 artículos que se ocupan de diversas cuestiones relacionadas con la temática.

Si bien la ley abarca un amplio abanico de aspectos relacionados con el contrato de medicina prepaga, deberes y derechos de los usuarios y las empresas, aquí se analizarán aquellos aspectos que se consideran más importantes, pero sobre todo, aquellos que de una u otra forman recogen problemáticas reseñadas en los apartados precedentes y las que han presentado mayores índices de litigiosidad y diversidad interpretativa.

IV.1. Definición del contrato de medicina prepaga

Uno de los principales avances que ha logrado esta legislación es que sustrae al contrato de medicina prepaga de la calificación de “innominado”, dado que le da una definición y carácter que le son propios y excluyentes.

Definición. A los efectos de la presente ley se consideran Empresas de Medicina Prepaga a 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 corporativa²⁷.

²⁷ Art. 2 Ley 26.682 de Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Cetes, art. 1 Ley 17.418, arts. 1 y 38 Ley 24.240.

A partir de esta definición que estipula la ley pueden desglosarse los principales caracteres del contrato. Nótese que la definición contempla la posibilidad de que una persona física pueda prestar servicios de medicina prepaga, cuestión que no le está permitida ni a las obras sociales ni a las compañías de seguro²⁸.

Por otro lado amplía el objeto de las empresas de medicina prepaga, asignándole, además del tratamiento de las enfermedades de los afiliados, “prestaciones de prevención, protección...”. Se trata de una ampliación muy importante de las funciones de la medicina prepaga, pues, como integrante del sistema sanitario nacional, este sistema no puede limitarse al tratamiento de los hechos ya acaecidos, sino que debe tener una función social más integral.

La conceptualización del contrato ubica definitivamente al contrato de medicina prepaga en el conjunto de vínculos contractuales de adhesión. Por lo tanto este marco regulatorio excluye explícitamente la posibilidad de que exista negociación previa entre las partes que pueda modificar los aspectos del mismo propuestos por el ente organizador.

Se contempla también que las empresas de medicina prepaga otorguen las prestaciones a su cargo directamente o a través de terceros. Es decir que el sistema de prestaciones puede ser abierto, cerrado o mixto, de acuerdo a lo que se ha reseñado líneas arriba. La empresa de medicina prepaga puede atender a sus afiliados directamente o derivarlos a centros prestadores de terceros, como así también implementar un sistema de reintegros a sus usuarios.

Finalmente el concepto alude a la contratación corporativa. Aquellos empleadores obligados a incluir a sus dependientes en una obra social²⁹ podrán optar por contratar para ellos los servicios de una empresa de medicina prepaga. En este caso, al igual que en el sistema de obras sociales, existe un aporte mixto que se integra entre el patrón y el trabajador.

²⁸ Art. 2 Ley 20.091 de Entidades de Seguros y Su Control. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

²⁹ Art. 16 inc. A) Ley 23.660 de Obras Sociales. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

IV.2. Asignación y funciones de la autoridad de aplicación y poder de policía

El marco regulatorio de la medicina prepaga establece el órgano competente en materia de control administrativo de la actividad y las reglamentaciones concordantes que las empresas prestadoras deben observar.

Autoridad de Aplicación. Es Autoridad de Aplicación de la presente ley el Ministerio de Salud de la Nación. 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 corresponda³⁰.

Cctes. decreto 108295 del 21/06/37, art. 25 Ley 23.660, art. 35 ley 24.557.

Es importante destacar que más allá de las facultades enumeradas en la ley para la autoridad de aplicación, el contrato de medicina prepaga también queda sujeto a los preceptos de las leyes 24.240 de Defensa del Consumidor y 25.156 de Defensa de la Competencia. Otro aspecto destacable respecto de la autoridad de aplicación es que al haber ubicado en ese lugar al Ministerio de Salud de la Nación se pone énfasis sobre el carácter y el sentido social de la prestaciones por sobre la dimensión lucrativa y empresarial del sistema.

La legislación establece las facultades y prerrogativas de esta autoridad de aplicación.

Objetivos y Funciones. Son objetivos y funciones de la Autoridad de Aplicación:

- a) Fiscalizar el cumplimiento de la presente ley y sus reglamentaciones en coordinación con las autoridades sanitarias de cada jurisdicción;
- b) Crear y mantener actualizado el Registro Nacional de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley y el Padrón Nacional de Usuarios, al solo efecto de ser utilizado por el sistema público de salud, en lo referente a la aplicación de la presente ley, no debiendo en ningún caso contener datos que puedan afectar el derecho a la intimidad;

³⁰ Art. 4 Ley 26.682 de Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

- c) Determinar las condiciones técnicas, de solvencia financiera, de capacidad de gestión, y prestacional, así como los recaudos formales exigibles a las entidades para su inscripción en el Registro previsto en el inciso anterior, garantizando la libre competencia y el acceso al mercado, de modo de no generar perjuicios para el interés económico general;
- d) Fiscalizar el cumplimiento, por parte de los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley, de las prestaciones del Programa Médico Obligatorio (PMO) y de cualquier otra que se hubiere incorporado al contrato suscripto;
- e) Otorgar la autorización para funcionar a los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley, evaluando las características de los programas de salud, los antecedentes y responsabilidad de los solicitantes o miembros del órgano de administración y los requisitos previstos en el inciso c);
- f) Autorizar y fiscalizar los modelos de contratos que celebren los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley y los usuarios en todas las modalidades de contratación y planes, en los términos del artículo 8° de la presente ley;
- g) Autorizar en los términos de la presente ley y revisar los valores de las cuotas y sus modificaciones que propusieren los sujetos comprendidos en su artículo 1°;
- h) Fiscalizar el pago de las prestaciones realizadas y facturadas por Hospitales Públicos u otros efectores del sector público nacional, provincial o municipal, de acuerdo a los valores establecidos por la normativa vigente;
- i) Implementar los mecanismos necesarios en cada jurisdicción, para garantizar la disponibilidad de información actualizada y necesaria para que las personas puedan consultar y decidir sobre las entidades inscriptas en el Registro, sus condiciones y planes de los servicios brindados por cada una de ellas, como así también sobre aspectos referidos a su efectivo cumplimiento;
- j) Disponer de los mecanismos necesarios en cada jurisdicción para recibir los reclamos efectuados por usuarios y prestadores del sistema, referidos a condiciones de atención, funcionamiento de los servicios e incumplimientos;
- k) Establecer un sistema de categorización y acreditación de los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley así como los establecimientos y prestadores propios o contratados evaluando estructuras, procedimientos y resultados;
- l) Requerir periódicamente con carácter de declaración jurada a los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley informes demográficos, epidemiológicos, prestacionales y económico-financieros, sin perjuicio de lo establecido por la ley 19.550;

m) Transferir en caso de quiebra, cierre o cesación de actividades de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley la cobertura de salud con sus afiliados a otros prestadores inscriptos en el Registro que cuenten con similar modalidad de cobertura de salud y cuota. La transferencia se acordará en el marco del Consejo Permanente de Concertación definido en el artículo 27 de la presente ley y se realizará respetando criterios de distribución proporcional según cálculo actuarial, debiendo contar con el consentimiento del usuario³¹.

Cctes. art. 36 Ley 24.557, art. 43 Ley 24.240.

Las funciones que se le asignan a la autoridad de aplicación son las típicas tareas de superintendencia y control que ejercen los órganos administrativos de este tipo como la Superintendencia de Seguros o la de Riesgos del Trabajo, que se encarga de fiscalizar y controlar la actividad de las aseguradoras de riesgos del trabajo.

Entre sus funciones más importantes se encuentran la de fiscalizar la calidad de las prestaciones de las empresas de medicina prepaga, informar a los usuarios del sistema sobre sus derechos y deberes y canalizar las inquietudes y reclamos de los afiliados.

Otra función que tiene la administración es la de aprobar los modelos de contrato que las empresas ofrecen a los usuarios. Como se reseñó en los capítulos anteriores, los modelos de contrato de adhesión utilizados por las compañías no tenían control previo por parte de ninguna autoridad, mientras que ahora, por ley, deben ser revisados y autorizados por el Ministerio de Salud.

Modelos. Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden utilizar modelos de contratos previamente autorizados por la Autoridad de Aplicación³².

La ley prescribe también las posibilidades sancionatorias que tiene el órgano de contralor y el procedimiento judicial válido para que las empresas de medicina prepaga puedan cuestionar las decisiones del ente.

³¹ Art. 5 Ley 26.682 de Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

³² Art. 8 Ley 26.682 de Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Sanciones. Toda infracción a la presente ley será sancionada por la Autoridad de Aplicación conforme a lo siguiente:

- a) Apercibimiento;
- b) Multa cuyo valor mínimo es equivalente al valor de tres cuotas que comercialice el infractor y el valor máximo no podrá superar el treinta por ciento (30%) de la facturación del ejercicio anterior;
- c) Cancelación de la inscripción en el Registro. Esta sanción sólo puede ser aplicada, en caso de gravedad extrema y reincidencia.

A los fines de la sustanciación del sumario será aplicable la ley 19.549 de procedimientos administrativos.

Toda sanción puede ser apelada ante la Cámara Nacional de Apelaciones, en lo Contencioso Administrativo Federal. El recurso deberá interponerse y fundarse dentro del plazo de diez (10) días hábiles de notificada ante la autoridad que dictó la resolución, quien remitirá las actuaciones al tribunal competente sin más trámite.

Sin perjuicio de la sanción que se imponga, el sujeto obligado debe brindar la prestación requerida con carácter urgente³³.

En concordancia con lo estipulado para las obras sociales en la ley 23.660, la ley impone la jurisdicción federal para dirimir los conflictos judiciales que puedan suscitarse como consecuencia de la aplicación de sanciones a las empresas de medicina prepaga por parte del órgano administrativo.

IV.3. Prestaciones mínimas de las empresas de medicina prepaga

El marco regulatorio del sistema prepaga reafirma, consolida y amplía la disposición contenida en la ley 24.754. Esta normativa estableció que las empresas de medicina prepaga deben incluir en sus prestaciones, como mínimo, el tratamiento de todas aquellas dolencias listadas en el Programa Médico Obligatorio.

Obligación. Los sujetos comprendidos en el artículo 1° de la presente ley deben cubrir, como mínimo en sus planes de cobertura médico asistencial, el

³³ Art. 24 Ley 26.682 de Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

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 1° 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 6° de la presente ley.

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

En todos los planes de cobertura médicoasistencial y en los de cobertura parcial, la información a los usuarios debe explicitar fehacientemente las prestaciones que cubre y las que no están incluidas.

En todos los casos la prescripción de medicamentos debe realizarse conforme la ley 25.649³⁴.

Estas estipulaciones que determina la normativa son muy importantes respecto de la problemática jurídica analizada precedentemente en torno al contrato de medicina prepaga ya que delimita claramente las prestaciones que obligatoriamente las empresas deben incluir en sus ofertas y limita las posibilidades de restringir las prestaciones parciales hasta tal punto de desnaturalizar las mismas. Asimismo les impone a las compañías la obligación de informar claramente cuáles son las prestaciones incluidas y excluidas en cada uno de los planes ofrecidos por éstas.

Se trata de un gran avance respecto de la situación anterior a la sanción de la ley, en el sentido de precisar aquellas prestaciones que revisten mayor relevancia y por tanto no pueden ser excluidas de la cobertura ofrecida.

³⁴ Art. 7 Ley 26.682 de Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación Argentina

IV.4. Condiciones y límites respecto de la eventual rescisión del contrato

En el tercer capítulo de este trabajo se analizó la problemática jurídica respecto de la rescisión unilateral del contrato de medicina prepaga y se reseñaron diversas soluciones jurisprudenciales sobre el asunto. Con buen tino, el legislador advirtió que este constituye un aspecto fundamental a tener en cuenta en la regulación del sector, por lo cual el marco regulatorio se ocupa específicamente de reglar la rescisión del contrato por parte de usuarios y empresas.

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) días³⁵.

Cctes. art. 18 Ley 17.418

Entonces queda claro que la única carga que tiene el usuario para poder rescindir el contrato es manifestando su voluntad con treinta días de anticipación. Distinta es la situación para la empresa, quien sólo tiene esta facultad en tanto el afiliado no pague tres cuotas consecutivas o haya mentido en su declaración jurada de ingreso al sistema. Nótese que en el primer caso, falta de pago, no opera la mora automática consagrada en el art. 509 del Código Civil, sino que la ley requiere que se constituya al usuario en mora y se le otorgue un plazo de diez días para regularizar su situación ante la compañía.

³⁵ Art. 9 Ley 26.682 de Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación Argentina

IV.5.El período de carencia en la ley 26.682

El establecimiento de períodos de carencia por parte de las empresas respecto de determinadas enfermedades y tratamientos ha sido objeto de numerosos litigios en sede judicial. La ley 26.682 protege a los usuarios de las arbitrariedades de las compañías, conteniendo la posibilidad de estas de fijar este tipo de restricciones a las prestaciones ofrecidas.

Carencias y Declaración Jurada. Los contratos entre los sujetos comprendidos en el artículo 1° 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 reglamentación³⁶.

Queda entonces establecido que los tratamientos de las enfermedades incluidas en el PMO nunca pueden ser objeto de un período de carencia. Asimismo, si la empresa decide incluir este tipo de exclusión temporal a determinadas prestaciones y tratamientos deben estar explicitadas en el contrato que suscribe el usuario y contar con la autorización previa de la autoridad de aplicación.

El artículo analizado aquí también le otorga una facultad a las empresas respecto de las enfermedades preexistentes, permitiéndoles fijar una cuota diferencial para los usuarios que las padezcan, en tanto y en cuanto el incremento se encuentre debidamente justificado y autorizado.

³⁶ Art. 10 Ley 26.682 de Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación Argentina

IV.6.Determinación del precio de la cuota

A partir de la vigencia de la ley de medicina prepaga el precio de las cuotas que cobran las empresas se encuentra fuertemente controlado por el Estado. Las variaciones en el monto de la cuota deben ser autorizadas por la autoridad de aplicación.

Cuotas de Planes. La Autoridad de Aplicación fiscalizará y garantizará la razonabilidad de las cuotas de los planes prestacionales.

La Autoridad de Aplicación autorizará el aumento de las cuotas cuando el mismo esté fundado en variaciones de la estructura de costos y razonable cálculo actuarial de riesgos.

Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley pueden establecer precios diferenciales para los planes prestacionales, al momento de su contratación, según franjas etarias con una variación máxima de tres (3) veces entre el precio de la primera y la última franja etaria³⁷.

Los incrementos en los costos de la cuota deben ser estudiados y autorizados por la autoridad de aplicación en función de las variaciones de sus costos, lo que termina con la problemática de la fijación unilateral de las coberturas por parte de las empresas. Asimismo contempla la posibilidad de que existan cuotas diferenciales para usuarios de edades más avanzadas que potencialmente representen mayores erogaciones para la compañía. La ley establece las condiciones de esas cuotas en su artículo 12.

IV.7.Incrementos en la cuota en relación a la edad

Dentro del ordenamiento del sector de la medicina prepaga se ha tenido en cuenta el mayor costo que representan los usuarios mayores de 65 años. La ley le acuerda a las empresas la posibilidad de incrementar las cuotas para estos usuarios. Sin embargo pone límites a la discrecionalidad de estas al momento de fijar estas cuotas o rechazar admisiones de este tipo de usuarios

³⁷ Art. 17 Ley 26.682 de Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación Argentina

Admisión Adversa. La edad no puede ser tomada como criterio de rechazo de admisión³⁸.

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 edad³⁹.

Es un gran avance prohibir el rechazo de la admisión de usuarios mayores de 65 años, dado que eso constituye una práctica discriminatoria que despoja a esta franja etaria de la posibilidad de elegir libremente su cobertura sanitaria.

En contraposición a esta disposición y como forma de controlar los costos y la viabilidad económica de las empresas prestadoras, la ley expresamente contempla el incremento de cuotas, siempre que estos sean autorizados por el ente regulador. El legislador ha contemplado que a la defensa de los derechos de los usuarios debe establecerse correlativamente un marco de previsibilidad y viabilidad para las empresas prestadoras.

En el primer capítulo se abordó la cuestión relativa a la aleatoriedad de este contrato. En términos genéricos se expresó que las empresas tienden a ganar más dinero con los usuarios jóvenes, dado que generalmente tienen menos necesidad de recibir tratamientos médicos pues su cuerpo es joven y saludable, mientras que los usuarios mayores y los ancianos reportan menos beneficios o incluso pérdidas, dado que son más propensos a contraer enfermedades y dolencias y, en determinadas situaciones, requieren un cuidado y atención intensivos. La ley reconoce a los usuarios de medicina prepaga que tienen cierta antigüedad con una determinada empresa prestadora (diez años) eximiéndolos de pagar el incremento al momento de cumplir los 65 años. En este caso la incorporación del usuario ha sido beneficiosa para la empresa y, por lo tanto, es injusto incrementar el costo de la cobertura cuando la relación de beneficio se vuelve potencialmente deficitaria para la empresa. Si no se hubiera establecido esta salvedad el

³⁸ Art. 11 Ley 26.682 de Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación Argentina

³⁹ Art. 12 Ley 26.682 de Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación Argentina

carácter aleatorio del contrato se vería seriamente afectado en beneficio de la empresa y en un grave detrimento del afiliado.

IV.8. Otros derechos de los usuarios

La ley les acuerda a los usuarios algunos derechos importantes en relación a las prestaciones que las empresas deben brindarles.

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 contractual⁴⁰.

En relación al artículo citado precedentemente es importante destacar que es obligatorio brindar las prestaciones de emergencia para los usuarios, dejando la determinación de la responsabilidad y la cobertura para un momento posterior, cuando la emergencia haya sido controlada.

IV.9. Opiniones, comentarios y críticas a la ley 26.682

Sin dudas, la sanción de la ley 26.682 sobre el marco regulatorio de la medicina prepaga en la Argentina ha constituido un avance fundamental en la materia.

Repasando rápidamente los títulos de los distintos apartados de los capítulos II, III y IV de este trabajo puede observarse que la gran mayoría de los problemas y debates jurídicos que se suscitaron durante el período en el cual no hubo regulación, relevados en las divisiones II y III, aparecen en el presente capítulo. Es decir, la ley ha contemplado y recogido los temas y problemáticas principales respecto del contrato de medicina prepaga.

⁴⁰ Art. 26 Ley 26.682 de Medicina Prepaga. Honorable Congreso de la Nación Argentina

El comentario de la ley de Cristina I. Silva (2011) analiza acabadamente el articulado completo de la normativa. Si bien allí se plantea una crítica general al sistema sanitario en su conjunto, la sanción de la ley se evalúa como altamente positiva respecto del funcionamiento del sistema de medicina prepaga y de la limitación de las discrecionalidades y prácticas abusivas de las empresas. En ese sentido se pone énfasis en el especial cuidado que tuvo el legislador al momento de establecer el marco regulatorio para no afectar los derechos adquiridos que eventualmente pudiese afectar la normativa. El art. 16 establece que “La entrada en vigor de la presente no puede generar ningún tipo de menoscabo a la situación de los usuarios con contratos vigentes”.

La principal crítica de esta autora no pasa por el contenido de la ley en sí, sino más bien por no haber formulado una ley que se encargara de reglar todos los aspectos del sistema sanitario argentino. Es decir, considera que el sistema actual fragmentario, disperso en muchas leyes como la 23.660 de obras sociales, 23.661 respecto del ANSSAL y la 26.682 de medicina prepaga constituyen regulaciones parciales de un sistema integrado que debe dejar esta forma para ser reemplazada por una ley de salud coherente y unificada (SILVA, 2011).

Mac Donald (2011) considera que la sanción de la ley es un acierto en virtud de que consta de dos partes diferenciadas que reglan y garantizan los derechos básicos de los usuarios del sistema. En la primera parte se establecen criterios relativamente objetivos respecto de las posibilidades de las empresas para fijar y modificar las cuotas. En segundo lugar, también se clarifican las alternativas respecto de los criterios de admisibilidad de los afiliados, aspectos que, dejado al libre arbitrio de las empresas, ha sido asidero de reiterados abusos por parte de las compañías (MAC DONALD, 2011).

Tanto los juristas como los operadores del sistema de salud evalúan en su mayoría que esta ley es muy beneficiosa, más allá de señalamientos específicos sobre algunos aspectos. En todo caso, al momento de su sanción surgieron críticas desde el sector empresarial, esgrimiendo cuestionamientos respecto de la afectación que la ley haría sobre su rentabilidad (Diario Clarín, 2011). Dos años después, la rentabilidad y la solidez del sistema actual muestran definitivamente que esas críticas fueron infundadas.

La sanción, reglamentación y aplicación plena de la ley no han eliminado los litigios judiciales, ni siquiera aquellos originados en cuestiones contempladas específicamente por la nueva ley. Por ejemplo, hay empresas de medicina prepaga que aún se niegan a incorporar a usuarios con enfermedades preexistentes, cuando esa

prerrogativa les está explícitamente vedada (art. 10 de ley 26.682). Ya hay pronunciamientos judiciales en este sentido que no hacen más que remitirse a lo establecido por el marco regulatorio y emplazan a las empresas a cumplirlo⁴¹.

También siguen presentándose demandas y amparos judiciales respecto de la modificación, entiéndase incremento, del monto de las cuotas que los usuarios deben abonar. También las Cámaras de Apelaciones se han pronunciado valiéndose de la normativa vigente y de los principios básicos de buena fe y excesiva onerosidad contenidos en el Código Civil⁴².

En este sentido los magistrados, garantes últimos del Estado de Derecho, no pueden limitar sus intervenciones emplazando a las compañías a cumplir la ley. Si el Poder Ejecutivo no es capaz de crear un control administrativo de policía eficaz, los jueces están llamados a restituir el orden legal quebrantado y compeler a las empresas a cumplir la ley de manera espontánea. Cada pronunciamiento judicial en el sentido reseñado debería estar acompañado de significativas multas e indemnizaciones ejemplares que le mostraran a las compañías claramente que la ley, el bien común y el orden público están muy por encima de sus intereses patrimoniales particulares.

⁴¹ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata. “Benigni, María Luisa C/ IOMA s/Amparo”. 25/10/11.

⁴² Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sala D. “Errico, Néstor O. v. Galeno S.A.”. 28/06/12.

CONCLUSIONES

El sistema de medicina prepaga en la Argentina constituye un sector muy significativo, tanto en términos económicos como sanitarios. Para el año 2.011 se estimaba en cuatro millones y medio de personas la cantidad de afiliados a este tipo de empresas de provisión de servicios de salud (La Voz del Interior, 2011).

Teniendo en cuenta la magnitud de la actividad, la regulación integral de la misma era una deuda que las sucesivas administraciones tenían para con la ciudadanía. En las líneas precedentes se ha pretendido demostrar que la ausencia de un marco normativo que reglara la actividad produjo serios problemas para todos los actores.

Por un lado, los usuarios se encontraron severamente desprotegidos frente a los abusos de las compañías. Exclusiones arbitrarias, rescisiones unilaterales, aumentos injustificados de cuotas, entre otros aspectos que ya se han mencionado, constituyeron prácticas frecuentes de los proveedores de estos servicios. Ello obligó a los usuarios en un importante número de casos a acudir a los tribunales en busca del reconocimiento y ejecución de sus derechos.

Asimismo, la divergente jurisprudencia creó un constante clima de inseguridad e imprevisibilidad para las empresas, quienes podían ser forzadas repentinamente a gastar en tratamientos más dinero del que eventualmente hubiesen destinado a esos efectos.

Sería ingenuo, sin embargo, equiparar estas dos situaciones y ponerlas en un plano de igualdad. El constante crecimiento del sector, como así también la consolidación y crecimiento de las empresas del rubro, hablan a las claras de que el marco de anarquía regulatoria benefició mucho más a las empresas que a los usuarios. En el última apartado del capítulo precedente se estableció que una de las causas por las cuales el Congreso de la Nación tardó tanto en sancionar una ley para la medicina prepaga tuvo que ver, en buena medida, con el “lobby” y las presiones de las empresas de medicina prepaga.

Desde este punto de vista y en virtud de esta última reflexión, queda claro que la sanción de la ley 26.682 en mayo del año 2.011 constituyó un significativo avance respecto al reconocimiento y garantía de derechos de los usuarios de la medicina prepaga en la Argentina, aun cuando la misma pueda ser objeto justificado de críticas y enmiendas.

Sin embargo, también es importante destacar que no existirá nunca un marco regulatorio lo suficientemente integral como para evitar cualquier tipo de planteo judicial.

En todo caso, un abordaje acertado de la problemática que pudiera servir de sustento y crítica de la ley debería poner la lupa sobre el tipo de reclamo y no sobre la cantidad de los mismos. Es decir, aun se suscitan presentaciones de los usuarios de medicina prepaga en sede judicial contra las prestadoras. Sin embargo, es otro el tono de las disputas respecto de cuestiones básicas como las rescisiones unilaterales, el período de carencia y otros asuntos que ya eran motivo de litigio antes de la sanción de la ley. Ahora la mayoría de los planteos están orientados al reconocimiento de derechos de otro nivel, ligados fundamentalmente a la incorporación de nuevas dolencias y tratamientos al Programa Médico Obligatorio.

La complejidad y el carácter dinámico de la materia añaden importantes dificultades a la hora de pensar las cuestiones circunscriptas a su ámbito. El debate jurídico aquí está decididamente influenciado por conceptos problemáticos como el de salud y enfermedad.

La incorporación por parte del Congreso de la Nación de la infertilidad como parte del Plan Médico Obligatorio constituye un buen ejemplo de lo que se está tratando aquí⁴³. Esta cuestión ha suscitado debates tan abstractos, religiosos y filosóficos respecto del comienzo de la vida y los conceptos de salud y enfermedad hasta llegar al planteo más liso y llano de las empresas respecto de quien va a asumir los costos de la implementación de la ley (Diario Los Andes, 2013).

También ha habido otros encendidos debates respecto al Programa Médico Obligatorio que exceden el ámbito de aplicación específico del marco regulatorio de la medicina prepaga. No debe olvidarse que las inclusiones de enfermedades y dolencias en el Programa Médico Obligatorio no afectan solamente a las empresas prestadoras de medicina prepaga, sino al conjunto de los actores del sistema de salud como, por ejemplo, las obras sociales tanto públicas como sindicales, razón por la cual los eventuales incrementos de los costos no son soportados exclusivamente por los usuarios de medicina prepaga, sino por el conjunto de los trabajadores.

⁴³ Ley 26.862 de Reproducción Médicamente Asistida del 25/06/13. Honorable Congreso de la Nación Argentina

La cobertura de los tratamientos de la obesidad mórbida y las cirugías de cambio de sexo también han ocupado grandes espacios en este sentido. Las discusiones sociales y médicas discurren sobre el concepto de enfermedad y los dilemas religiosos que estos tratamientos traen aparejados. Asimismo, las empresas siempre cuestionan las potenciales fuentes de financiamiento para hacer frente a las nuevas coberturas que se les imponen.

La paradoja, en cierto sentido insuperable, que trae la provisión privada de servicios sociales esenciales es la constante pugna entre la calidad y cantidad de prestaciones frente al objetivo lucrativo de los prestadores. La Argentina ya tuvo una experiencia clarificadora en este sentido con la privatización parcial del sistema de la seguridad social y el surgimiento de la AFJP.

En tanto la ciencia médica siga avanzando en el tratamiento y cura de enfermedades y se implementen mejoras en la calidad de los tratamientos existentes, existirán litigios entre usuarios y empresas; por definición y experiencia, las empresas tenderán a rechazar financiar la mayor cantidad de tratamientos posibles, mientras que los usuarios tenderán a maximizar la utilidad de su afiliación requiriendo mayores y mejores prestaciones. En todo caso, el marco regulatorio actual ha contribuido a disparar dudas, injusticias e incertidumbres respecto del sistema de medicina prepaga en su conjunto. Puede ser susceptible de mejoras pero no debe perderse de vista que es el primer esquema regulatorio de la actividad en el país y ha recogido, como se ha visto aquí, la mayoría de las problemáticas sanitarias y jurídicas que su ausencia provocó hasta su sanción. Por ello es que debe considerarse que la misma ha sido altamente positiva y constituye una base sólida sobre la cual profundizar el reconocimiento y la garantía de los derechos de los usuarios.

Más allá del tema específico de este estudio, el contrato de medicina prepaga, es importante remarcar que el éxito o fracaso de una ley de regulación de servicios públicos no solamente depende de las previsiones u omisiones que existen en la letra de su texto, sino también en la posibilidad de la administración de hacerla cumplir. Es decir, en la medida en que las regulaciones no contemplan la creación o transformación de órganos administrativos idóneos, técnicamente preparados y eficaces que tengan la capacidad real de hacerlas cumplir y el poder de policía adecuado, tienen mayores posibilidades de fracasar en su cometido.

Bibliografía

General

Borgues de Medeiros, Osiris (1999). *Seguro Saúde*. Río de Janeiro: Destaque.

Castro, Beatriz, Casal, Ana y Priluka, Mariano (2005). *Regulación de la Medicina Prepaga*. Buenos Aires: Observatorio de Políticas Públicas. Jefatura de Gabinete de Ministros.

Diario Clarín. Buenos Aires.

Diario La Voz del Interior. Córdoba.

Diario Los Andes. Mendoza.

Leone, Francisco (2011). *Obras Sociales en la Argentina. Un Sintético Relato Histórico* [Versión electrónica], *Voces en el Fénix*, 2 (7), 68-74.

Tobar, Federico (2001). *Breve Historia de la Prestación del Servicio de Salud en la Argentina*. Boletín del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires. Recuperado de <http://www.ms.gba.gov.ar/sitios/regionsanitaria6/files/2012/05/MedicinaSanitaria12.pdf>

Doctrina

Frencia, Raúl (2006). *Las Cláusulas Predispuestas en los Contratos de Medicina Prepaga*, Buenos Aires: DJ.

Gherzi, Carlos Alberto, Weingarten, Celia e Ippolito, Silvia (1999). *Contrato de Medicina Prepaga*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Iñiguez, Marcelo Daniel (2005). *Contratos de Prestaciones de Salud y Derechos Humanos*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

Kraut, Jorge Alfredo y Maurino, Gustavo (2000). *Visión Jurisprudencial de La Praxis Médica*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

López Cabana, Roberto (1999). *Contratos Especiales en el Siglo XXI*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Lorenzetti, Ricardo Luis (2003). *Consumidores*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

Lorenzetti, Ricardo Luis (1997). *La Empresa Médica*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

Lorenzetti, Ricardo Luis (2003). *Tratado de los Contratos*. Tomos I y III. Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.

Mac Donald, Andrea Fabiana (2011). *La Nueva Ley 26.682 de Medicina Prepaga en los Consumidores y Usuarios*. Infojus. Sistema Argentino de Información Jurídica. Recuperado de http://www1.infojus.gov.ar/doctrina/dacf110051-mac_donald-nueva_ley_26682_medicina.htm

Rauek, Inés Beatriz (2012). *Apuntes Jurídicos. Selección de Artículos Publicados a lo Largo de 20 Años de Magistratura y 30 Años de Docencia*. Mendoza: Ediciones La Balanza.

Silva, Cristina Isabel (2011). *La Regulación de las Empresas de Medicina Prepaga*. Infojus. Sistema Argentino de Información Jurídica. Recuperado de http://www1.infojus.gov.ar/doctrina/dacf110096-silva-regulacion_las_empresas_medicina.htm

Legislación

Ley 340 Código Civil Argentino del 29/09/1869. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley 17.418 de Seguros del 30/08/1967. Poder Ejecutivo Nacional.

Ley 23.660 de Obras Sociales del 05/01/1989. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley 24.240 de Defensa del Consumidor del 13/10/1993. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley 24.557 de Riesgos del Trabajo del 3/10/1995. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley 24.754 de Prestaciones Obligatorias de las Empresas de Medicina Prepaga del 23/12/96. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Ley 26.682 de Regulación del Sistema de Medicina Prepaga del 16/05/2011. Honorable Congreso de la Nación Argentina.

Jurisprudencia

Cam. Nac. de Ap. en lo Com., Sala B, “Rodríguez Barone, N. c/ Medicus S.A.”, 14/11/1996.

Cámara de Apelaciones en lo Civil del Neuquén, sala I, “Brunner, Luis Norberto c. I.S.S.N.”, 31/07/2008.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, Sala I, La Cruz, Sandra y otros c. Osmecon Salud y otros, 13/12/2007.

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tucumán, Sala III, “Lazarte, Camila G. c. Empresa Alta Médica”, 04/07/2003.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala II, "Asociación Civil Hospital Alemán c. Ciudad de Buenos Aires", 03/03/2004.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I, “Sociedad Italiana de Beneficiencia de Bs. As. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires”, 15/11/2004.

Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, sala III, U., J. O. y otro c. O.S.A.L.A.R.A. y otros, 25/03/2008.

Cámara Federal de Apelaciones de Salta, Z. N., A. c. Swiss Medical S.A. s/sumarísimo, 06/11/2007.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II, “Martín, Mabel c. HSBC Salud Argentina S.A.”, 04/04/2006.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala G, García, Antonio c. Colegio Nuestro Mundo, 08/06/2007.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, Huerta, María V. y otro c. Organización de Servicios Directos Empresarios, 25/06/2007.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, B., N. G. y otros v. Omaja S.A., 14/12/2007.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala C, “Couchoud c. Qualitas Médica S.A.”, 08/06/07.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial. Sala D. “Errico, Néstor O. v. Galeno S.A.”. 28/06/12.

Cámara Nacional en lo Comercial, Sala C, “Montorfano, Oscar Luciano c. Omaja Sociedad Anónima”, 23/11/00.

Cámara Nacional en lo Comercial, Sala E, “Murillo, Rafael N. c. SPM Sistema de Protección Médica S.A., 29/08/2005, L.L. 2005-F-494.

Cámara Nacional en lo Comercial., Sala B, 8/5/87, LL, 1987-D-419

Cámara Primera de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, “Puglisi, Ricardo c. Empac S.A. Consalud”, 24/03/2004.

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata. “Benigni, María Luisa C/ IOMA s/Amparo”. 25/10/11.

CNCiv, Sala K, “Gimenez de Rueda, Adela M. c/ Asociación Civil del Hospital Alemán y otro”, 21/12/96.

Corte Suprema de Justicia de la Nación, 4/8/88, LL, 1989-B-1

CSJN, “Cambiaso Péres de Nealón, Celia M. A. y otros c. Centro de Educación Médica e Investigaciones Médicas”, 28/08/2007.

CSJN, “Hospital Británico de Buenos Aires c/ M.S. y A.S.”, 13/03/2001.

CSJN, “Núñez de Zanetti, Mónica Viviana c. Famy Salud”, 09/09/2008.

Formulario descriptivo del Trabajo Final de Graduación

Este formulario estará completo sólo si se acompaña de la presentación de un resumen en castellano y un abstract en inglés del TFG

El mismo deberá incorporarse a las versiones impresas del TFG, previa aprobación del resumen en castellano por parte de la CAE evaluadora.

Recomendaciones para la generación del "resumen" o "abstract" (inglés)

“Constituye una anticipación condensada del problema que se desarrollará en forma más extensa en el trabajo escrito. Su objetivo es orientar al lector a identificar el contenido básico del texto en forma rápida y a determinar su relevancia. Su extensión varía entre 150/350 palabras. Incluye en forma clara y breve: los objetivos y alcances del estudio, los procedimientos básicos, los contenidos y los resultados. Escrito en un solo párrafo, en tercera persona, contiene únicamente ideas centrales; no tiene citas, abreviaturas, ni referencias bibliográficas. En general el autor debe asegurar que el resumen refleje correctamente el propósito y el contenido, sin incluir información que no esté presente en el cuerpo del escrito.

Debe ser conciso y específico”. Deberá contener seis palabras clave.

Identificación del Autor

Apellido y nombre del autor:	FOLLARI GORRA, MAURICIO
E-mail:	mfollarigorra@gmail.com
Título de grado que obtiene:	Abogado

Identificación del Trabajo Final de Graduación

Título del TFG en español	Naturaleza Jurídica del Contrato de Medicina Prepaga en la República Argentina
Título del TFG en inglés	Legal Nature of Prepaid Health Contract in Argentina
Tipo de TFG (PAP, PIA, IDC)	IDC
Integrantes de la CAE	María Cecilia Caro Leopoldo y Paula Luciana Altamirano
Fecha de último coloquio con la CAE	27 de noviembre de 2.013
Versión digital del TFG: contenido y tipo de archivo en el que fue guardado	Formato “Portable Document Format” (PDF)

Autorización de publicación en formato electrónico

Autorizo por la presente, a la Biblioteca de la Universidad Empresarial Siglo 21 a publicar la versión electrónica de mi tesis. (marcar con una cruz lo que corresponda)

Autorización de Publicación electrónica:

- Si, inmediatamente
- Si, después de mes(es)
- No autorizo