

SECCION DOCTRINA

Pablo R. Banchio

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

CONTENIDO

Introducción.....	4
I. Realidad social. Dimension sociologica del derecho	4
a) Las enfermedades congénitas: su origen y desarrollo.....	4
a.a) Impacto de las enfermedades congénitas sobre el paciente y sus familiares.....	6
b) La triplicidad del sistema sanitario argentino.....	7
c) La empresa médica.....	9
c.a) La empresa.....	9
c.b) Naturaleza jurídica de la empresa médica. Su indeterminación.....	10
c.c) Tipos de empresas médicas - breve descripción de las múltiples formas	11
II. Marco legal.....	13
a) El contrato de medicina prepaga. La dimensión normológica.....	13
a.a) Descripción.....	13
a.b) Caracteres principales del contrato de medicina prepaga	13
a.c) Objeto del contrato: delimitación del riesgo cubierto	15
a.d) Enfermedades preexistentes en el contrato de medicina prepaga	20
a.e) Las cláusulas abusivas.....	21
b) Evolución de la legislación sobre prestaciones que son obligatorias para las empresas de medicina prepaga. La obligación de dar servicios mínimos.	24
III. Consideraciones de valor sobre la medicina prepaga. Dimensión dikelógica del Derecho	26
IV. Conclusión.....	26
Bibliografía	28

INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

I. REALIDAD SOCIAL. DIMENSION SOCIOLOGICA DEL DERECHO

a) LAS ENFERMEDADES CONGÉNITAS: SU ORIGEN Y DESARROLLO¹

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

La OMS (Organización Mundial de la Salud) definía el estado de salud como "el completo bienestar físico, mental y social, y no meramente la ausencia de enfermedad", definición harto discutida que llevó tanto a la evolución como a la involución de la misma². Fue por ello que treinta años después, la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud de la Organización Panamericana de la Salud, reunida en Alma-Ata, Unión de

Repúblicas Soviéticas Socialistas, del 6 al 12 de septiembre de 1978, sustituyó el artículo "el" por el artículo indeterminado "un".

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

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

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

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

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

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

Este tipo de dolencias se manifiestan desde el mismo momento del nacimiento y son producidas tanto por un trastorno durante el desarrollo embrionario, como durante el parto y puede corresponder a defectos hereditarios o a factores ambientales.

¹ Conviene v. especialmente: PREGNO, Elián; Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social Publicada el martes 27 de abril de 2010. "El Derecho de la Salud como Nueva Rama del Mundo Jurídico. Una Respuesta Jurídica Justa" p.98.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Esto se debe a que quienes padecen estas dolencias, han tenido sobreprotección médica y familiar desde el momento mismo del nacimiento (mismo momento en que la enfermedad

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

⁴ Escrito con la colaboración de las opiniones de la Dra. Clara Martín, médica neuróloga, matrícula nacional nº 126833. Experiencia profesional: Presta actualmente funciones en el Instituto del Callao, el Sanatorio de la Trinidad Mitre, el Hospital Italiano y el Sanatorio Anchorena.

se manifiesta) lo que los convoca a mantener un papel pasivo y dependiente con respecto a quienes los rodean. Claro está que como decimos *ut supra*, esto puede evitarse o morigerarse instruyendo a los involucrados acerca de cómo convivir con la patología.

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

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

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

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

B) LA TRIPLOICIDAD DEL SISTEMA SANITARIO ARGENTINO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- ~ Ausencia de prestaciones;
- ~ Insuficiencia de atención reparadora, preventiva y de diagnóstico: ~ Insuficiencia de oportunidad y continuidad del tratamiento;
- ~ Demora en acceder a un servicio de salud efectivo por parte de los usuarios del sistema estatal y de obras sociales.

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

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

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

C) LA EMPRESA MÉDICA

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

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

"El término 'empresa' nos sirve para referirnos a todo tipo de organización, sea pública o privada, prestador directo o agente financiero; el término 'médica' facilita darle una connotación especial que permite incorporar una finalidad publicística⁷".

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

C.A.) LA EMPRESA

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

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

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

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

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

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

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

objeto suministrar a otras utilidades de naturaleza variada⁹.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Como bien dice Lorenzetti en su Tratado de los Contratos al analizar a las Empresas de Medicina Prepaga, "lo esencial es que la empresa asume el deber de prestación de asistencia médica, pudiendo llevarla a cabo por sí o por otros, y que no presenta un carácter *intuito personae*. Económicamente, lo primordial es que es una empresa de intermediación, capaz de reunir los recursos suficientes para organizar un sistema de prestación médica para una masa de pacientes"¹⁴.

Puntualmente en relación con la empresa de medicina prepaga la Ley 26.682¹⁵ en su artículo 2º las define como toda persona física o jurídica, cualquiera sea el tipo, figura jurídica y denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana *a los usuarios*, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, *ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto*, sea por contratación individual o corporativa.

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

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

- PRESTADORES INDIRECTOS:

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

.-las obras sociales,

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

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

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

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

- PRESTADORES DIRECTOS:

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

-sanatorios,

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

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

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

- PROFESIONALES INDIVIDUALES ASOCIADOS:

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

-médicos dependientes, equipos médicos.

- EMPRESAS-Médicas Especializadas:

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

-centros de internación psiquiátrica, geriátricos,

-empresas proveedoras de medicamentos, etc.

- REDES DE PRESTADORES:

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

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

II. MARCO LEGAL

A) EL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA. LA DIMENSION NORMOLOGICA

A.A) DESCRIPCIÓN

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

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

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

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

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

-Fiscalizando la actividad misma en sus aspectos sanitarios¹⁸.

A.B) CARACTERES PRINCIPALES DEL CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA¹⁹

1.- CONTRATO DE ADHESIÓN, CLAUSULAS PREDISPUESTAS

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

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

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

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

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

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

2.- CONTRATO DE CONSUMO

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

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

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

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

3.- ALEATORIEDAD

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

El primer obstáculo que el autor encuentra es al identificar al contrato de medicina prepaga con un contrato de ahorro previo para bienes. Dice que entre ambos contratos sólo existe una "diferencia formal de metodología contractual con encubrimiento de un contrato de financiamiento²². Entonces ¿por qué a una persona que desea retirarse del sistema de medicina prepaga no se le reintegran las cuotas abonadas si no utilizó ninguna

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

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

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

prestación?

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

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

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

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

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

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

1.-LA EXTENSION DE LA COBERTURA

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

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

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

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

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

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

Hay dos soluciones doctrinarias para la delimitación del riesgo:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

"La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa."

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

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

Hay varios aspectos de este principio, verbigracia:

- ~ La buena fe objetiva: como sinónimo de lealtad al respecto de la palabra empeñada y en el obrar leal y sincero.
- ~ La buena fe-creencia: se relaciona con la protección de la confianza al respecto de la apariencia generada por las partes. Tiene un perfil protectorio.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La Ley 26.682³⁴ en su artículo 8º, prescribe que los sujetos comprendidos en el nuevo régimen legal únicamente pueden utilizar modelos de contratos previamente autorizados por la Autoridad de Aplicación y en su artículo 9º establece que los usuarios pueden rescindir en cualquier momento el contrato celebrado, sin limitación y sin penalidad alguna, debiendo notificar fehacientemente esta decisión a la otra parte con treinta (30) días de anticipación, en tanto que los prestadores sólo pueden hacerlo cuando el usuario incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o cuando haya falseado la declaración jurada.

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

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

³² Idem, p. 146.

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

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

4.-EXCLUSIÓN DE LA COBERTURA

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

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

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

5.-EL ESTABLECIMIENTO DE PERIODOS DE CARENCIA

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

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

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

La Ley 26.682 en su artículo 10 reza textualmente: "Los contratos entre los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley y los usuarios no pueden incluir períodos de carencia o espera para todas aquellas prestaciones que se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio.

Las otras modalidades prestacionales y los tiempos previstos en el contrato como período

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

³⁶ Idem, p. 151.

de carencia deben estar suficientemente explicitados en el 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 reglamentación³⁷.

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

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

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

Sin embargo, es difícil encontrar comuniación en las corrientes doctrinarias que han desarrollado este concepto debido a que como expresa la Doctora Celia Weingarten "... ciertas enfermedades, por sus características, no permiten determinar con precisión su origen, como así tampoco el tiempo de evolución ..." ³⁹. Así por ejemplo, se pueden citar casos en que la prepaga da de baja a un afiliado por haber sufrido un infarto, argumentando que poseía una enfermedad preexistente, cuando el afiliado nunca había tenido conocimiento ni síntomas de un problema coronario. Muchas veces las enfermedades tienen orígenes anteriores desconocidos y con imposibilidad de ser conocidos por los pacientes, por ello quien debe probar la preexistencia, el conocimiento por parte de los afiliados y que se falseó la declaración jurada de ingreso, no es otro que la prepaga⁴⁰.

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

³⁸ PAGINA OFICIAL DEL DEPARTAMENTO DE ORIENTACIÓN AL CONSUMIDOR DEL MINISTERIO DE PRODUCCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES: www.consumocuidado.gba.gov.ar/..../med_prepaga_fund_clausula%20abusiva1.rtf

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

⁴⁰ www.consumocuidado.gba.gov.ar/downloads/medrepaga_fund/clausula%20abusiva1.rtf

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

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

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

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

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

A.E) LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

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

"Interpretación. Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas:

- a) Las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños;
- b) Las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o

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

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

amplíen los derechos de la otra parte;

c) Las cláusulas que contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

La interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Cuando existan dudas sobre los alcances de su obligación, se estará a la que sea menos gravosa.

En caso en que el oferente viole el deber de buena fe en la etapa previa a la conclusión del contrato o en su celebración o transgreda el deber de información o la legislación de defensa de la competencia o de lealtad comercial, el consumidor tendrá derecho a demandar la nulidad del contrato o la de una o más cláusulas. Cuando el juez declare la nulidad parcial, simultáneamente integrará el contrato, si ello fuera necesario"

A su vez, el Decreto nº 1798/94⁴³ reglamenta el artículo 37 de la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor, diciendo:

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

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

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

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

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

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

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

⁴³ Resolución nº 1798/94, Decreto Reglamentario de La Ley 24240 de Defensa del Consumidor. Sancionado: 13 de Octubre de 1994, Publicado en el Boletín Oficial del 18 de Octubre de 1994.-

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

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

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

5) Falta de firma del usuario en los contratos:

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

6) Rescisión sin expresión de causa:

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

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

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

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

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

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

En febrero de 1995 fue sancionada la Ley 24.455⁴⁷ que regula y actualiza las prestaciones obligatorias que deberán incorporar aquellas recipiendarias del fondo de redistribución de la Ley nº 23.661. De este modo ordena en su primer inciso la cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas infectadas por algunos de los retrovirus humanos y también para aquellas que padecen el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) y/o las enfermedades intercurrentes. En su segundo inciso hace lo propio ordenando cobertura para los tratamientos médicos, psicológicos y farmacológicos de las personas que dependan física o psíquicamente del uso de estupefacientes, y en el tercer inciso obliga a otorgar cobertura para los programas de prevención del SIDA y la drogadicción.

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

Estas prestaciones habían sido reguladas por la Resolución del Ministerio de Salud y Acción Social nº 247/96⁴⁸, que aprueba el Programa Médico Obligatorio (PMOE) - hoy actualizada -, que consistía (y aún lo hace), en un conjunto de prestaciones esenciales que

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

⁴⁶ Ley nº 23.660, Sancionada: diciembre 29 de 1988, Promulgada: Enero 5 de 1989, Publicada: Boletín Oficial del 20 de enero de 1989.

⁴⁷ Ley nº 24.455 Sancionada: 8 de febrero de 1995. Promulgada: 1 de marzo de 1995. Publicada: Boletín Oficial del 8 de marzo de 1995.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. CONCLUSIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es necesario que el Estado, a través de leyes, sean nacionales o provinciales, adopte acciones positivas tendientes a proteger a quienes se encuentran en esta situación, comenzando por plasmar en el derecho lo que en los hechos viene sucediendo, aquella tendencia jurisprudencial que se está adoptando y que necesita de su reglamentación

efectiva.

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA

TEXTO:

- 1.- CARLSON, Bruce M., "Embriología humana y biología del desarrollo", Capítulo: Desarrollo temprano y relación entre el feto y la madre.
- 2.- CONFORTI, María Cristina, Natalié Scaravilli, Silvana Martinuzzi, Mario Crespo Monografía: "El derecho a la salud y el incumplimiento de los prestadores", autores: Curso Anual de Auditoría Médica - 2005.
- 3.- FONTANARROSA, Rodolfo O., Derecho Comercial Argentino, Zavalía, Buenos Aires, 1956.
- 4.- GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia (directores) (2012) "Tratado de derecho a la salud y responsabilidad médica", Buenos Aires, Editorial La Ley.
- 5.- GHERSI, Carlos Alberto, WEINGARTEN, Celia e IPPOLITO, Silvia, "Contrato de medicina prepaga", segunda edición, EDITORIAL ASTREA, 1999.
- 6.- GHERSI, Carlos Alberto (director), "El contrato de medicina prepaga y las cláusulas abusivas". Cláusulas abusivas 1. Ed. Juris. 1999.
- 7.- LORENZETTI, Ricardo Luis, "La empresa médica", Santa Fe, Editorial Rubinzal y Culzoni, 1998.

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

9.- PREGNO, Elián; Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica Y Filosofía Social Publicada el martes 27 de abril de 2010. "El Derecho de la Salud como Nueva Rama del Mundo Jurídico. Una Respuesta Jurídica Justa".

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

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

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

BIBLIOGRAFÍA WEB:

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

FAUSTINO BERAU BARRANTES, "LOS PARADIGMAS DEL DERECHO COMERCIAL", "
<http://faustinoberaubarrantes.blogspot.com/2010/10/los-paradigmas-del-derecho-comercial.html>",

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

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

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

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

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