

LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS EN LOS SERVICIOS DE SALUD

RICARDO LORENZETTI

Nuestro propósito es mostrar los cambios de paradigmas que se producen en relación a la comprensión normativa de los servicios de salud. Recorremos nuestros caminos a través de problemas, o temas que son los que se constituyen en el alrededor de los cuales se produce la mutación. En primer lugar veremos el cambio de escenarios en el debate, pasando de lo público-privado al eje ciudadano-proveedor. Veremos entonces cómo el derecho constitucional aporta los derechos del ciudadano a la salud y su impacto en la regulación de los servicios, en especial, en los contratos. Luego esbozaremos las líneas maestras que adquiere el sector a partir de los prestadores, con el surgimiento de las redes entrelazadas y sus particularidades. Seguidamente, la duración del vínculo en el tiempo, que es un elemento de radical importancia para la regulación, será nuestro eje de análisis. A posteriori, consumidor de servicios será el protagonista, y estudiaremos las cláusulas abusivas. Finalmente, haremos un breve detrito sobre la responsabilidad civil.

1. LOS SERVICIOS DE SALUD EN LA PERSPECTIVA DEL CIUDADANO

En los últimos cincuenta años se ha discutido al el servicio de salud debe ser público o privado. Gran parte de este debate se ha centrado en el rol que corresponde a la empresa privada, y al tipo de bienes que pueden ser sometidos al mercado. Se trata de un problema de asignación de recursos y de derecho público, en el que están implicadas la organización económica y de la salud.

La aparición de la figura del consumidor ha aportado un nuevo punto de vista: las expectativas que debe cumplir el servicio. De este modo, se estudia la relación jurídica entre el proveedor, sea estatal o privada, y los

cuasasistémicas. A diferencia del enfoque anterior, se incluye aquí el derecho privado, la relación jurídica y los derechos y deberes implicados en ella.

Para completar nuestra perspectiva metodológica, debemos tener en cuenta que el derecho privado muestra una estrecha relación con la Constitución, lo que nos lleva a hablar de un derecho civil constitucional. Por ello, para estudiar el vínculo que se establece entre el paciente y el prestador de salud, debemos afirmar que no se trata sólo de una relación de derecho administrativo o meramente contractual, ya que la misma involucra el derecho a las prestaciones de salud, de rango constitucional.

No se trata sólo de un debate entre el sector público o privado, sino de la incorporación de la perspectiva del ciudadano común y sus expectativas y necesidades.

Siguiendo estas líneas-vistas comenzaremos mostrando los servicios de salud como una manera de satisfacer las demandas de los ciudadanos y en especial, su derecho a las prestaciones de salud.

II. EL CIUDADANO Y EL DERECHO A LAS PRESTACIONES DE SALUD

1. Existencia de un derecho a las prestaciones de salud

Dentro del tratamiento normativo de la salud, podemos distinguir:

- las normas que tratan la salud como bien jurídico público, atinentes a la regulación de la salud pública;
- las normas que tratan la salud como bien jurídico privado, y que otorgan acciones preventivas o indemnizatorias frente a la lesión a la integridad física;
- las normas que tratan a la salud como principio jurídico y como valor, a los fines de ser utilizado como criterio de decisión en conflictos jurídico-privados;
- las normas que confieren al ciudadano un derecho a las prestaciones de salud.

Este último aspecto es el que se vincula con los servicios.

En Argentina, el derecho a las prestaciones de salud está reconocido en la Constitución, en la legislación infraconstitucional, en las leyes 23.660 y 23.661, que establecen el Sistema Nacional de Salud.

En Brasil, la Constitución establece dentro del Capítulo II referido a los derechos sociales, en su artículo 8°, el derecho a la salud. Luego, al tratar la seguridad social, se refiere a la salud como el derecho de todos y el deber del Estado, garantido mediante políticas sociales y económicas para reducir el riesgo de la enfermedad, con un acceso universal e igualitario (art. 194). El Código de Defensa del Consumidor prevé entre los derechos básicos, el referido a la salud (art. 6°, ley 8080). Confórmese a

estas disposiciones se establece que la salud es un derecho y un deber, y que existe una garantía a través de las políticas sociales y económicas (art. 186, Const. Mex.).

De manera que podemos afirmar que existe un derecho a la salud de rango constitucional. Seguiremos viendo qué consiste.

2. *Calificación del contenido del derecho*

En el caso del derecho a las prestaciones de salud tenemos que:

- es un derecho de operatividad indirecta que produce en el Congreso de la Nación una obligación de garantizar el ejercicio "real" (art. 75).
- que el contenido de ese derecho es una prestación procedimental para que el legislador organice un sistema de salud (prestación jurídico-procedimental), con un grado de satisfacción mínima.
- que se trata de servicios médicos (ley 23.661).

El derecho a las prestaciones de salud no confiere una prestación relativa al otorgamiento de todas las prestaciones que un ciudadano necesita o desea (tipo directo) sino la organización de un sistema de prestaciones. Es el legislador quien debe decidir el grado de satisfacción del derecho constitucional.

En este sentido, el legislador puede establecer un sistema público o privado, y dar a los ciudadanos la totalidad de las prestaciones que necesitan o hacerlo en forma limitada. Esta última es la situación adoptada en la mayoría de los ordenamientos, principalmente en los que tienen un sector privado.

El problema central es determinar si en este último caso hay un piso mínimo que debe garantizar. Siendo la salud un bien público y esencial para el desarrollo del individuo en sociedad, habrá que fijar algunos mínimos.

En Argentina, el Estado ha creado el Sistema Nacional Integrado de Salud "a efectos de procurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país" (ley 23.661). Por ley 24.435 y su decreto reglamentario 886/85 se dispone que deben incorporarse como prioridades mínimas obligatorias la cobertura de tratamientos médicos, diagnóstico, farmacológico, de las personas infectadas por los retrovirus humanos, abarcando a los que padecen del virus HIV y programas de drogadicción. Finalmente, a través de la ley 24.794 se dispuso un mínimo de prestaciones obligatorias para las empresas de medicina prepaga.

Examinando estas normas tenemos que:

- Establece un derecho a las prestaciones de salud.
- Fija un límite a su ejercicio en relación a la salud disponible (desarrollo progresivo en relación a los recursos).
- Otorga una garantía mínima al mismo tipo de prestación.

- Bigen los principios de justicia distributiva.

De modo que hay que distinguir:

- El derecho fundamental a las prestaciones de salud.
- El ejercicio de ese derecho.
- La garantía otorgada.

Las garantías son mínimas porque se trata de asegurar a un grupo la provisión de un bien mediante la imposición general y para ello se busca un nivel de optimización entre la garantía y la carga que signifiquen. AfECTAN a las personas porque requieren la imposición de contribuciones, pero deben sujetarse al principio constitucional de igualdad en la imposición de las cargas públicas.

2. El principio igualitario en las garantías

En cuanto a la garantía, corresponde señalar que está calificada por el principio de igualdad para todos los ciudadanos que se encuentran en una misma categoría identificada por el legislador. El derecho a las prestaciones de salud debe ser igual para todos según lo dispone el artículo 1º de la ley 23.661, en tanto crea el Sistema Nacional del Seguro de Salud "a efectos de asegurar el pleno goce del derecho a la salud para todos los habitantes del país", siendo uno de sus objetivos el otorgar prestaciones "iguitarias".

La ley establece que las prestaciones serán otorgadas de acuerdo a las modalidades de contratación (art. 27), razón por la cual puede haber distintos tipos de niveles de prestación. De hecho es así, puesto que lo propio del contrato es adjudicar recursos mediante las reglas del mercado.

El principio igualitario se manifiesta en el nivel de garantía mínima y en el acceso.

4. Aplicación de las garantías al contrato

En el contrato rige la justicia conmutativa, la correspondencia de las prestaciones, y no es posible dar a todos algo igualitario por la vía de los contratos que es, esencialmente diversa. El contrato opera dentro del mercado y las garantías sustantivas de bienes fundamentales son justamente excepciones.

En el caso del derecho a las prestaciones de salud, se registran casos en que la reactiva contractual es modificada por aplicación de este derecho. Ello sucede cuando la negativa a dar prestaciones médicas pone en peligro la vida o la salud de la persona, es decir, cuando queda definido un conflicto entre un bien patrimonial y otro extrapatrimonial, sin peligro de una afectación definitiva de este último.

En un caso fallido en Argentina¹ los actores demandan a Programa de Salud S.A., indicando que eran beneficiarios del sistema de medicina prepaga administrado por la demandada y que esta última dispuso la rescisión unilateral e incompensativa del contrato, con la consiguiente interrupción de la prestación. La determinación de la empresa habría sido tomada porque uno de los miembros del grupo familiar padecía de determinados problemas de salud.

El juez de primera instancia entendió como medida cautelar innovativa que la demandada restituyera al paciente en su calidad de beneficiario de la cobertura. En la sentencia calificó que la rescisión era intempestiva, innecesaria y puso al paciente en una situación delicada, ya que otras entidades de medicina prepaga le imputaban un período de cuarenta para admitirlo, razón por la cual quedaba de hecho sin atención. El juez calificó a la cláusula como abusiva.

En la sentencia de primera instancia se rechaza la pretensión indemnizatoria del daño moral deducida por la actora, la que va en queja a la Cámara. En el tribunal de alzada se sostiene que la sola determinación de rescindir el contrato, con la consiguiente interrupción de la cobertura médica, pudo provocar en los actores un estado de angustia e incertidumbre, agravado por la circunstancia de que uno de ellos padecía de una enfermedad crónica. A ella cabe agregar que la comunicación se dirigió dos días antes y fue recibida al mismo día en que la empresa otorgaba efectos retroactivos a su acto.

La Cámara hace lugar a la pretensión de reparación del daño moral.

Se advierte con claridad que la decisión de resciso unilateral que estaba autorizada contractualmente, es desvirtuada porque en uno pone en riesgo la vida de una persona, al privarla de prestaciones médicas.

III. LOS PRESTADORES EN LAS REDES DE PRESTACIÓN

1. Multiplicidad de roles

Hay una multiplicidad de figuras que se deben distinguir dentro del funcionamiento denominado "prestación de servicios de salud"

- *Prestadores privados*: las obras sociales, la medicina prepaga, el seguro de salud, son empresas que otorgan el dinero que aportan los afiliados y luego contratan con la clínica que presta directamente el servicio. Si bien muchas de ellas son dueñas de clínicas y prestan servicios médicos, lo propio y característico de estas formas organizativas, es el financiamiento y no la prestación médica.

¹ CNCom., Sala C, "H. M. y otros v/ Programa de Salud S.A.", A.C., III-0-0008.

- *Prestadores directos*: en estos casos, el objeto de la empresa es una obligación de hacer, consistente en la prestación de servicios médicos a terceros. Son los sanatorios y clínicas que prestan servicios a través de médicos que contratan.

- *Prestadores individuales asociados*: En este caso, se trata de prestadores directos ya que dan servicios a los pacientes. Sin embargo, normalmente, actúan dentro de la empresa médica: médicos dependientes, equipos médicos.

- *Empresas médicas especializadas*: algunas empresas médicas son subtipos, en tanto presentan algunas particularidades que no exhiben las demás. Tal es el caso de las que se dedican a la intervención quirúrgica, ginecología, las que proveen medicamentos.

- *Redes de prestadores*: la organización compleja entre los modos de funcionamiento y de prestación médica, funcionan en forma de redes, que denominamos "redes contractuales mixtas".

Ello difiere, en primer lugar, de la modalidad "bolsa que todo lo cubre" que es el contrato de asistencia médica directa y el que lo hace indirectamente a través del funcionamiento, siendo estos últimos los denominados seguros de salud. A ellos se les aplica el régimen general de seguros decreto 73/98, artículos 129-135. También para Orlando Gómez son seguros de salud, porque tienden a cubrir el riesgo de la dolencia, con pago de expensas hospitalarias y honorarios de honorarios médicos², adaptando el mismo criterio de distinción.

Es aceptado entonces que hay prestadores directos e indirectos. Sin embargo, nuestro interés está puesto en señalar el fenómeno que surge de la interrelación de todos ellos y su funcionamiento en redes.

2. Las redes de prestación: vinculación entre contratos y sistema

Un sistema es un conjunto de partes interdependientes, de modo tal que una de ellas no puede existir plenamente sin el concurso de las otras. Cuando hay un "sistema de contratos" surge exactamente lo mismo, de modo que hay un problema de convivencia, son contratos distintos, pero no pueden convivir uno sin el otro; no funciona ninguno si el sistema falla.

Así sucede en el sistema asegurativo, de modo que si se generaliza la falta de pago, a todos los asegurados mientras el contrato continúa

² Luis Márquez, Claudio, "Algunas ideas sobre el contrato de seguro médico: aspectos jurídicos del consumidor segundo el derecho brasileño", publ. en Congreso Internacional, La Persona y el Derecho en el Fin de Siglo, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1996, libro de ponencias.

³ Gómez, Orlando, "Seguro de Salud: régimen jurídico", RDP, nro. 78, pág. 209.

enfermedades preexistentes, e todos revalorizan las prestaciones, se produce un descalabro. El incumplimiento de las obligaciones contractuales no se agota en sus efectos bilaterales, sino que es perceptible una repercusión en el sistema⁴.

El elemento que une a los grupos de contratos puede ser denominado como "comunidad" y sirve para imputar obligaciones de los miembros del sistema entre sí, y de todos ellos frente a los consumidores. Estas obligaciones no tienen su base en un contrato, sino en la comunidad.

No abundaremos en este tema, y mostraremos sólo un aspecto de la cuestión, referido a la causa sistemática. La causa del contrato hace referencia a un equilibrio entre las obligaciones recíprocas. La causa sistemática alude al fenómeno del equilibrio del sistema de contratos que integran la red.

Las uniones de contratos de este tipo, requieren de una interrelación económica y técnica que debe ser mantenida para su funcionamiento, confirmando el equilibrio subjetivo que denominamos causa sistemática. Es incompatible con el mismo, que se impute a la empresa rangos excesivos, que luego volcará sobre los demás contratantes integrantes de la red, como también lo es que la empresa establezca cláusulas abusivas que desequilibren el sistema haciendo que sólo los consumidores soporten los riesgos.

Examinemos el caso tratado en el punto anterior, desde esta perspectiva. La parte actora había celebrado un contrato de medicina prepagada. Normalmente transcurrió un tiempo inicial de carencia de servicios que es necesario en la actividad y durante el cual paga pero no recibe nada. Luego del mismo, es habitual que no se requieran grandes gastos al sistema prepago, porque los estudios que se hacen al contratar son bastante rigurosos y se sabe que una persona muy enferma sea admitida, si no es a un precio mayor.

Lo cierto es que el solicitante del servicio tiene un tiempo prolongado en el que paga y no recibe servicios. Es el período de mayor rentabilidad de la empresa.

Luego de un tiempo, la persona se enferma. La tendencia se invierte, puesto que la empresa debe comenzar a gastar mucha más dinero del que recibe, por la cura que va pagando al postestuario.

⁴ Hemos tratado estas temas en *Las Normas Fundamentales de Derecho Privado*, Editorial Cuzco, Santa Fe, 1995; "Normas Fundamentales del área de derecho ORSOLINO: juristas letrados de Harvard", *Teoría del negocio y contrato*, C.E., 1998-2002; "Cuál es el contrato que une los roles de consumidores, de distribuidores, o de pagador de seguros (apropiación a la comunidad natural del mismo fundamento legal)?" *J.L.*, 1999-2000; "Contratos médicos: ¿son ellos modernos?" *Normas especiales de la teoría del tipo contractual mismo. Problemas contractuales típicos. Fijación supratextual y causalidad*, *J.L.*, 1999-2001.

Como puede advertirse claramente, las curvas de la utilidad marginal son inversas entre sí, como habitualmente en los contratos de duración.

La empresa percibe una suma de dinero apartada por un grupo, y sólo una parte de este gasto, de modo que si se mantiene este equilibrio, puede pagarle a los enfermos, repartir sus gastos y obtener una ganancia. El cálculo probabilístico es el que posibilita este funcionamiento.

El riesgo de la empresa reside en hacer bien o mal sus cálculos, en administrar mejor o peor, en el modo de selección de su cartera, en la diversificación de riesgos. La empresa puede disminuir sus riesgos o aumentarlos, según sea más o menos seria, más o menos eficiente, lo que no puede hacer es trasladarlos.

Si la empresa no disminuye sus riesgos, sino que los traslada a los consumidores, afectará el equilibrio sistemático. Por ejemplo:

- si mantiene el contrato mientras el paciente paga y no gasta, pero si lo necesita cuando el paciente se enferma, se rompe el equilibrio. Su deber es absorber estas gastos con las provisiones y con compensaciones con los otros adherentes.
- cuando con el transcurso de los años el paciente comienza a gastar más, la empresa no puede modificar las condiciones. Puede solucionar el problema contratando nuevos adherentes jóvenes que establezcan las compensaciones necesarias dentro del sistema.

Si frente a estas situaciones previsibles no puede reaccionar, es por que hizo mal sus cálculos y debe afrontar sus riesgos empresariales.

La empresa no puede obviar de modo que contradiga esta circularidad de efectos basados en el cálculo probabilístico.

IV. EL TIEMPO: LOS CONTRATOS DE LARGA DURACIÓN

1. El problema de los contratos de larga duración

La problemática de los contratos de larga duración ha sorprendido a la doctrina. Los servicios públicos privatizados, los colegios privados, los servicios de salud, los seguros, son vitales que se extienden en el tiempo.

Reflexiones que en otros tiempos eran instantáneas se alongan en el tiempo. La adquisición de bienes industriales se hace a través del *leasing*, lo que transfiere progresivamente la adquisición de bienes en una finalidad rentística de larga duración. La adquisición de bienes de consumo sigue el mismo derrotero: comprar un automóvil a través de la *leasing* o del *leasing*; adquirir una vivienda con un plan de treinta años para el pago. De igual modo sucede con los círculos de ahorro para la adquisición de bienes determinados.

Vínculos de larga duración que plantean muchas dudas³, sobre los cuales se nos extienden sino en lo atinente a nuestro tema.

En la génesis del contrato de medicina propaga, se acuerda una prestación médica conforme a un determinado nivel de calidad, un listado de médicos, un equipamiento tecnológico determinado, contra el pago de un precio. Con el transcurso del tiempo, que puede significar varios años, lo que era bueno se vuelve antiguo, surgen nuevas tecnologías médicas, los médicos emigran, surgen otros galenos más especializados o actualizados, las posibilidades de curación se incrementan, aparecen nuevas enfermedades, las expectativas del paciente son otras, las costas médicas, y el precio que se paga como contraprestación puede ser insuficiente.

¿Cuál es el significado de la regla de inmodificabilidad del objeto y del contenido obligatorio? ¿cómo puede ser mantenida la relación de equivalencia? ¿cuál es el significado de la equivalencia frente a la incorporación de todos los nuevos factores mencionados?

El tiempo es un elemento que ha modificado sustancialmente el modo de apreciar las obligaciones en la contratación moderna. Los contratos denominados de "larga duración" plantean numerosas cuestiones en lo atinente a su etapa de cumplimiento.

La idea de que en el consentimiento, o en la adhesión a condiciones generales de la contratación, se definen de una vez y para siempre el contenido de las obligaciones de las partes, no puede ser sostenida en este tipo de vínculos.

La primera luz de advertencia, en el derecho argentino, la dio el fenómeno inflacionario, que motivó una trabazón elaborada en vistas a admitir un reajuste permanente del precio pactado en una moneda sujeta a alteraciones en su valor interestes. De ello surgió la conocida aplicación de remaneros institutos destinados a preservar la relación de equivalencia, alterada por circunstancias ajenas a las partes⁴.

A posteriori se percibió que, aunque la moneda permanezca inmutable, son numerosas las circunstancias económicas que varían en un mundo donde impetuosa florece, el aceleramiento de las innovaciones tecnológicas, las mudanzas en las expectativas de los contratantes y las sorprendentes caducidades de los bienes.

En ese contexto, un contrato de larga duración no es sino un acuerdo preliminar, sometido a permanentes evaluaciones. La obligación es conso-

³ Una querencia doctrinaria sobre esta temática en Jorge Márquez, Claudio, *Contratos en Código de Defensa al Consumidor*, 2ª ed., Editora del Trilex, San Pablo, 2000, pág. 40.

⁴ *Ampliación en Masse*, (Corrojo, J. - Lavaretti, R., *Doctrina Intermedia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, p. doctrina y jurisprudencia a 85-citadas.

haya como proceso⁷ como un continuo, desarrollado en el tiempo que todo lo domina.

Por ello Marella indica que el contrato de duración requiere una permanente adaptación, una cooperación renegociadora continua⁸.

Frente a este fenómeno surge el dilema de encontrar fórmulas que armonicen la necesidad de adaptación a los cambios, la seguridad jurídica de cara a las modificaciones ulteriores de lo pactado, y la prevención de prácticas abusivas que a través de modificaciones unilaterales alteren la relación de equivalencia.

2. Servicios médicos en contratos de larga duración

La obligación que asume la empresa de medicina prepaga es el suministro de servicios médicos. Esta afirmación es sencilla sólo en apariencia, ya que presenta múltiples problemas referidos a la calidad de los mismos, al mantenimiento de esa calidad en el tiempo, y a la mejora de la misma en relación a los cambios tecnológicos.

Con la finalidad de analizarlos conviene distinguir el momento genérico y el funcional. En la genesis del contrato surge una obligación de suministrar determinada calidad de servicios que es la contratada según el plan suscripto. Con el transcurso del tiempo, aparece un problema típico de los contratos de duración, que es el de las modificaciones que se suceden con posterioridad.

En el contenido del objeto contractual, es posible discernir entre las obligaciones nucleares y deberes secundarios de conducta, por lo que trataremos separadamente ambos temas.

Seguidamente veremos algunos problemas que se han generado en relación a la obligación de suministro de asistencia médica.

3. El concepto de calidad y precio en los contratos de larga duración: reciprocidad dinámica

El objeto del contrato, concebido como la operación jurídica considerada por las partes, es presente frente al paso del tiempo, puesto que el pago de un precio determinado en dinero contra la abstención de una prestación de servicios médicos, es una relación que no se modifica.

Tanque se modifican las obligaciones de dar una suma de dinero y de hacer, de prestar un servicio.

⁷ Conf. De Caele e Silva, Clara, *A Oligarquia como Processo*, S. Betandowsky, Rio de Janeiro, 1976.

⁸ Marella, Augusto, *Contratos y Precios*, Abasco-Pereira, Buenos Aires, 1999, págs. 49 y sigs.

Las alteraciones se producen en el contenido de las obligaciones. El monto dinerario debido puede variar por la depreciación de la moneda, y el de los medios que se usan para cumplir con el servicio pueden alterarse por los cambios tecnológicos y los demás ya descriptos.

En los contratos de larga duración, el objeto es una evolución, un círculo probulatorio, un sistema de relaciones que se modifica constantemente en su interior con finalidades adaptativas. Esta cualidad debe ser preservada puesto que de lo contrario, toda fijación produce la inadaptabilidad del contrato.

La cuestión relevante no es el cambio en sí, sino su impacto en la relación de equivalencia. Si la empresa dice que hay una nueva enfermedad, o tecnología, o listado de médicos y suministra atención por un nuevo precio, el conflicto se produce porque se afecta la relación preestablecida pactada inicialmente.

Es importante advertir que la relación mencionada no es estática sino dinámica, no es conceptual sino relacional. En un contrato de ejecución instantánea o de duración breve, estamos frente a conceptos fijos: entregar un inmueble, pagar una suma de dinero a treinta días. Si las partes decidieren que era un buen negocio hacerlo, no es necesario hacer nada más.

En cambio, dar un servicio médico a lo largo de treinta años y pagar el precio correspondiente durante todos los meses en ese período, no es un concepto fijo ni estático. Ya sabemos que es dinámico, porque cambia.

La diferencia fundamental con los vínculos no sometidos al tiempo extenso, es que debemos interpretar la commutatividad del negocio mediante un concepto relacional y dinámico.

La empresa no se obliga a mantener la cartilla de médicos, ni a mantener los mismos aparatos de rayos, ni el mismo edificio, sino a dar una prestación de servicios médicos relacionada con el precio pagado.

De tal manera, el contenido de las obligaciones pueda ser variado si se mantiene la reciprocidad de las obligaciones y la operación jurídica considerada.

4. El concepto de modificación. Análisis de la reciprocidad relacional

A fin de verificar si se está ante una "modificación" hay que establecer la modificación y la extensión de esa modificación.

En un primer momento, correspondiente, corresponde:

- Describir el objeto y el contenido de las obligaciones conforme lo acordaron las partes en el momento genético.
- Detallar las modificaciones que pretenden hacerse de modo compensativo, es decir, indicando que cambian respecto del símil genético.

Efectuada esta comparación, hay que establecer si hay una alteración de la relación de equivalencia. Puede ocurrir que se cambie el listado de medidas por otro de similar nivel científico, o que se cambie el listado por uno de otra marca, lo cual no impacta en la sustitutividad.

Si en cambio, se verifica que hay un cambio sustancial que altera una relación, como el cambio de precio, o de calidad, puede suceder que:

- El cambio produce una mejora en la situación de la otra parte: en este caso no hay ilicitud contractual alguna, ya que lo que se considera abusivo es la modificación unilateral en tanto restringe los derechos de los consumidores (art. 37, ley 24.240).

- El cambio empeora la situación de la otra parte: ella puede ocurrir de un modo previsible, como cuando se cambian el precio o la calidad, o bien de una manera indirecta, como cuando se alteran las obligaciones accesorias o secundarias impactando de esta manera en el resultado final.

5. Adaptabilidad y test de equivalencia

Si una empresa incorpora nuevas tecnologías, el consumidor podría decirle que no puede cambiarle el precio. A la inversa, si el consumidor quiere una adaptación a los cambios, la empresa podría argumentar que no lo hace porque no está dispuesto a cambiar el precio.

Cada uno a su manera pretende resolver la relación de equivalencia a su favor.

Es una tarea compleja el mantenimiento de la ecuación económica que da origen al vínculo, a lo largo del tiempo. A ella hay que agregarle el cambio permanente de las relaciones de fuerza entre las partes, la mayor o menor competitividad del mercado y las modificaciones en la conducta de las empresas y los consumidores.

Planteado el conflicto, el Derecho debe responder tratando de lograr la adaptabilidad a los cambios en una relación de equivalencia. Ello significa que los cambios, en tanto necesarios y deseados por una de las partes, deben ser incorporados al vínculo.

Tratándose de un vínculo contractual y de base consuetiva, es preciso que esos cambios no alteren la relación de cambio. Por ello, los cambios deben ser incorporados preservando la relación de equivalencia destinada en la celebración del contrato.

Evaluar esa relación, luego de varias años de desarrollo del vínculo, no es sencillo. Hay dos herramientas:

- Si el cambio es tal que altera la causa del negocio porque afecta la calidad comprometida de un modo sustancial, puede dar lugar a la calificación de abusividad, o a la rescisión por parte del consumidor.

- La evaluación puede hacerse a través del estándar del consumidor medio, examinando si un consumidor de esas características contrataría en las condiciones que se presentan. De tal manera, si la empresa quiere

modificar el vínculo porque ofrece nuevos médicos, otras tecnologías, por un precio distinto a una persona con la que tiene una relación contractual prolongada, puede obtenerse un índice de la razonabilidad analizando si un consumidor actual contrataría en esas condiciones.

Pueden adicionarse dos criterios complementarios.

- En Chile⁸ se ha indicado que la facultad de estas empresas de adecuar los contratos de salud a las curshes, no puede ser interpretada de una manera tan amplia que pueda ser en los hechos una sustitución unilateral de un plan por otro, porque se cambian sustancialmente las condiciones del contrato cuya vigencia en el tiempo la propia ley pretende asegurar.

- Otro criterio que agrega la Corte de Santiago es el de la generalidad. Los cambios deben proceder de las condiciones personales del afiliado y ser generales. No deben ser discriminatorios.

8. La prohibición de modificación unilateral

El principio general que rige en el derecho común argentino es que una vez celebrado el contrato, no puede haber una modificación unilateral del objeto, ya que éste debe estar determinado o ser determinable al momento de la celebración. El artículo 1170 del Código Civil establece que "los cosa objeto de los contratos, deben ser determinadas en cuanto a su especie, aunque no lo sean en la cantidad, con tal que esta pueda determinarse". A su vez, se dispone que la obra debe tener todos los atributos constitutivos de los contratos (art. 1148, Cód. Civ.), por lo que debe tener suficiente determinación, lo que al ser aceptada conforma el objeto contractual. También, con referencia al objeto de las obligaciones, se considera que su objeto debe ser determinado o determinable hasta el momento del pago.

El criterio es que el objeto del contrato y de la obligación debe ser determinado o determinable, lo que no se compadece con dejar que una de las partes lo establezca.

En la medicina prepagada, la operación jurídica considerada por las partes, objeto del contrato, es el pago de un precio anticipado a fin de obtener prestaciones médicas adecuadas cuando se produzca la necesidad.

Una de las partes, predisponente, podría incluir una cláusula que le autorice a modificar unilateralmente el contenido de las obligaciones, como por ejemplo el precio, la calidad, el listado de médicos y otras circunstancias.

⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, "Promopari s/Supervendimiento de Instituciones de Salud", 6-10-1998, *Revista de Derecho y Jurisprudencia y Gaceta de los Tribunales*, 4, 923, en: J. Jordán de Chile, 1998, 262, 27.

Este problema debe ser analizado con detenimiento.

Cómo regla general, la cláusula que permite la modificación unilateral del contenido de la prestación, ha sido calificada como abusiva.

Esta es una constante en el derecho comparado. En la Unión Europea, en la directiva 93-13 se considera abusiva la cláusula que autoriza al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos especificados en el contrato, los términos del mismo, o cualquiera de las características del producto que ha de suministrarse a del servicio por prestar. También lo es el conceder al profesional el derecho a determinar si la cosa o el servicio se ajusta a lo estipulado en el contrato (anexo art. 37, letra. b), f), y j). En la ley portuguesa (den. 446/85, art. 12, inc. i), se considera relativamente prohibida la cláusula que autoriza la facultad de modificar prestaciones, sin compensación correspondiente a las alteraciones de valor solicitadas. La ley brasileña (art. 51, XIII) considera abusiva la cláusula que autoriza a modificar unilateralmente el contenido a la calidad, después de la celebración.

De modo que tanto el objeto como las obligaciones y su contenido son en principio inmodificables unilateralmente.

7. Conclusiones de nuestra análisis

En virtud de las argumentaciones desarrolladas podemos concluir que:

- Tanto el objeto del contrato como las obligaciones y su contenido son en principio inmodificables unilateralmente.
- En los contratos de larga duración, esa inmodificabilidad se refiere a la relación de equivalencia que fundamenta el acuerdo inicial. De tal manera, el contenido de las obligaciones puede ser variado, aun unilateralmente en estos aspectos, si se mantiene la reciprocidad de las obligaciones y la oporunte justicia considerada.
- La relación de equivalencia puede ser modificada:
 - por mutuo acuerdo.
 - unilateralmente cuando hay circunstancias sobrevenientes extraordinarias e imprevisibles, fuera del alce normal del contrato, que hacen económicamente onerosa la prestación. Tiene al respecto una preferencia autónoma de variación o de resolución.
- La cláusula que autoriza la modificación unilateral basada en el mero arbitrio del profesional, es abusiva, salvo que su ejercicio produzca una mejora en la situación del consumidor.
- Las partes pueden establecer, en la celebración del contrato, las causas por las cuales puede ser modificado, con derecho de rescisión por parte del consumidor.
- En todos estos casos, reservar la relación de equivalencia distada en la celebración del contrato.

- Si el cambio es tal que altera la esencia del negocio porque afecta la calidad comprometida de un modo sustancial, puede dar lugar a la calificación de abusividad.
- Las modificaciones no pueden afectar aspectos sustanciales de modo que el resultado final sea un cambio de plan.
- Las modificaciones deben ser generales, y no referirse a un sujeto particular o ser discriminatorias.
- Puede obtenerse un índice de la razonabilidad analizando si un consumidor actual consentiría en esas mismas condiciones.

Veremos seguidamente algunos casos particulares.

8. Modificaciones en el *estado de los prestadores*

En un caso judicial, la demandada tenía *déficit operativo*, entonces ofreció dar servicios por veintidós años contra el pago de una suma de dinero que el actor pagó. Luego, la accionada vendió sus establecimientos y siguió dando sus prestaciones a través de otra organización sanitaria, sin contrato escrito, dando a publicidad esa delegación. El actor se opone porque el nuevo sanatorio es demasiado grande y se viola una obligación *in bonam fidem*. La Cámara estimó que la prestación durante un cuarto de siglo no puede ser personalísima, puesto que "los médicos, enfermeras, y demás auxiliares por otros, las técnicas biológicas, químicas y sanitarias serán modificadas y hasta los muebles y aparatos se desmantalarán", hace imposible suponer que el *débito de atender* a una o varias personas quede fijado de modo intransmisible". Se pronuncia por la caducidad¹².

De modo que si el contrato fuera de larga duración, habría que atender a sus fenomenología esencialmente dinámica y el cambio no es abusivo.

9. Modificaciones unilaterales del *precio*

La reserva unilateral en la fijación de precios es abusiva, en cuanto afecta la determinación del precio (art. 12, *Ley Consum.*). Ello sin perjuicio de que puedan presentarse situaciones de excesiva inestabilidad sobreveniente.

La variación del precio es lícita siempre que constituya una cláusula de estabilización del precio original, que puede contemplar el ajuste de los diversos servicios conforme a su costo.

¹² *CNCuen.*, Sala D. "Bellocchio, Alberto c/Asociación Metropolitana", L.L., 1983-A-102.

33. La incorporación de cambios tecnológicos

Diego Ghari, Weingarten e Ippolito¹¹ que decidir si deben o no incorporar cambios tecnológicos, implica colocar los servicios de acuerdo con el avance del saber científico: "entendemos que ésta es una situación que no puede quedar unilateralmente en manos de la empresa y tratamos de dar nuestros fundamentos al primario, es que la atención médica autónoma en sí misma entraña la obligación de utilizar metodologías y técnicas actualizadas, pues de lo contrario se sería seriamente comprometida la responsabilidad del médico y de la empresa, ya que el objetivo de la prestación se actúa, mínimamente, sin la comisión de diligencias en cuanto a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de persona, tiempo y lugar (arts. 532 y 562, Cód. Civ. P.).

"En lo atinente al momento en que debe operarse la decisión, si bien ésta es una evaluación muy difícil de hacer en abstracto, podemos señalar como regla general, que la empresa tiene la prioridad de la selección del momento; sin embargo, si ésta no se concreta, entendemos que existe un derecho del usuario a reclamarla, aun con fijación del plazo por vía judicial".

"En cuanto al costo, no nos cabe ninguna duda de que debe ser soportado por la empresa, y de ninguna manera debe materializarse en un incremento valorativo de la cuota. Esto es así por varias razones: a) está dentro del denominado riesgo-costo empresarial; b) al incorporar al usuario, surge la obligación implícita de un adecuado servicio, es decir que tácitamente estaba involucrada la actualización tecnológica ("y de acuerdo con lo que verosimilmente las partes entenderían o pudieran entender, obrando con cuidado y previsión", art. 1159, Cód. Civ.), y c) la incorporación constante de nuevos usuarios, va financiando la incorporación tecnológica. En última instancia, el cálculo actuarial —como en los seguros— demuestra que la expectativa de servicios es mayor que la masa de dinero incorporada".

Por nuestra parte entendemos que al momento de celebrar el contrato, se establece un contenido de la obligación de hacer, según la relación precio-calidad, que generalmente se expresa en el tipo de plan elegido. El paciente tiene derecho a que ese nivel de calidad se mantenga a lo largo del contrato, conforme a un criterio dinámico y no estático. En virtud de ello, la empresa se cumple con su obligación, si pretende prestar servicios médicos al paciente, utilizando la tecnología médica existente en la celebración del contrato (que podría ser veinte años antes, por ejemplo).

Deben utilizarse la tecnología y los conocimientos médicos vigentes al momento de la prestación, y no de la celebración.

¹¹ Ghari, D. - Weingarten, C. - Ippolito, S. C. *Cuarenta de Medicina Prepagada*. Buenos Aires, 1990.

El contenido de la prestación se determina conforme a la relación de equivalencia dinámica que hemos descrito en los puntos anteriores.

V. EL CONSUMIDOR LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

1. Aplicación de las reglas del seguro y de protección del consumidor

Las leyes 23.660 y 23.661 definen el "seguro de salud" y refieren a la responsabilidad de los agentes del seguro, y definen a los obras sociales como "agentes del seguro", y establecen que hacen operativo al "seguro social". Estas menciones han justificado la aplicación analógica de la ley 17.418 en materia de obras sociales¹³.

El sistema del seguro tiene elementos análogos. Basta seguridad económica frente a acontecimientos futuros e inciertos, opera mediante una empresa que capta el ahorro en forma masiva en base a una relación técnica establecida entre la prima y el riesgo. Hay un riesgo asegurable, hay pago de prima, hay interés. Se trata de un contrato sinalagmático, oneroso, aleatorio, de trato sucesivo.

Esta situación se da también en Brasil donde se los califica como "seguro de salud"¹⁴.

Es un contrato de adhesión ya que existe una empresa que predispone las cláusulas mediante planes a los que adhiere el consumidor. La prestación asumida por la empresa, ya lo dijimos, no es infinita porvenir.

Se trata también de un contrato de consumo, puesto que hay un servicio prestado para un destinatario final, siéndole aplicables las disposiciones de la ley 24.240.

2. La interpretación "global" de las cláusulas

La idea de equilibrio, de correspondencia objetiva de las prestaciones que se mantiene como elemento genérico y funcional, es esencial al contrato¹⁵.

En la contratación de consumo, la cláusula es abusiva cuando "desnaturaliza" las obligaciones o cuando impone resistencia a restricción de

¹³ CNDiv. y Com. Fed., Sala IV, "C.", J.A., *Atestado Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*, J.A., 8.410/1997.

¹⁴ Lino Marques, C., "Responsabilidade das empresas nos contratos de seguro saúde supratotais: implicações dos consumidores segundo a *Lei Brasileira*", publ. en *Congresso Internacional da Pessoa e do Serviço no 21. Século*, vol. Santa Fe, 1998, 1000 de páginas.

¹⁵ Casal, Buenos, *Alberca, Objeto del Negocio Jurídico*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996, pág. 311.

los derechos del consumidor o ampliación de los derechos de la otra parte (art. 39, ley 24.240), lo cual significa que el vínculo debe tener reciprocidad. Más clara aún en este aspecto es la ley francesa 95-95 de febrero de 1995, relativa a cláusulas abusivas, que las califica como aquellas que "tienen por objetivo o por efecto crear, en detrimento de la parte no profesional o consumidor, un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes del contrato".

La idea de equilibrio y correspondencia se ha ido expandiendo.

Durante mucho tiempo se la entendió en el plano obligacional, como "obligaciones recíprocas", porque la prestación de una tiene razón de ser en la prestación de la otra (art. 1118, Cód. Civ.), dando fundamento a un sistema de vasos comunicantes entre obligaciones. Así, el comprador de un inmueble no puede exigir la escrituración si no paga el precio, porque hay correspondencia entre ambas obligaciones¹⁴.

Actualmente hay vasos comunicantes entre obligaciones diversas de un contrato, aunque no estén interrelacionadas entre sí. La calificación de abuso y de interrelación toma en cuenta prestaciones nucleares, deberes secundarios de conducta, acciones, dando lugar a una "interpretación global", como la propone la ley francesa en materia de contratos de consumo. La inversión de la carga de la prueba, o la primacía de jurisdicción, pueden dar lugar a un resquebraje contractual, aunque no exista una obligación correlativa específica.

De manera que es importante considerar tanto la obligación nuclear, como los deberes secundarios de conducta, a los fines de captar la noción de abuso.

3. Deberes secundarios de conducta

a) Deber de ofrecer alternativas suficientes

En el caso que mencionamos más adelante consistente en una acción pública en la vara civil de Blumenau, Brasil, el juez indica que la libertad contractual de algunas cláusulas podría ser salvada si se hubieran ofrecido alternativas razonables.

Eso significa que si la empresa ofrece varios planes, con distintas precios y calidades, e informa adecuadamente al usuario sobre las diferencias entre ellos, disminuye la vulnerabilidad del consumidor.

Si se ofrecen varias alternativas claras, el consumidor puede optar, y así hacerse se incrementa su libertad. De tal manera si se le ofrece un plan que cubre una prestación y el usuario opta por otro plan que no la

¹⁴ Allieroz, Adán A., -Juncal, César - López Caldas, Roberto M., *Deberes de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 89.

cubre, no puede luego quejarse de sus circunstancias, salvo que sea un límite irrazonable, como lo señalamos al supra.

El fundamento legal de este deber secundario de conducta está en la "libertad de elección" garantizada en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Debe observarse que se trata de un deber precontractual, puesto que se refiere al establecimiento de diversas alternativas para que el usuario pueda optar por una de ellas; el contrato se configura luego, cuando, eleccionada la opción, la empresa la acepta.

b) Deber de cooperación

Este deber también es unilateral y derivado de la buena fe. En la medicina prepaga se lo ha relacionado con prácticas abusivas que desarrolla el empresario, como por ejemplo:

- suministrar un lugar de pago distante del domicilio;
- exigir estudios previos perturbadores de la intimidad o riesgosos, a fin de desalentar al consumidor.

Adviértase que estamos frente a deberes de cumplimiento del consumidor, pero que son abstencionados por la falta de cooperación del acreedor. Estos deberes de colaboración del acreedor en el cumplimiento que debe realizar el deudor, han sido reconocidos en la doctrina como "carga de diligencia"¹⁶.

En estos supuestos, la empresa debe cooperar a fin de no obstaculizar o hacer más difícil sus cumplimiento.

c) Deber de seguridad

El deber de seguridad será tratado más adelante cuando examinemos la responsabilidad de la empresa por los hechos de sus métodos.

4. La interpretación se hace del consumidor

En materia de interpretación se ha aplicado en general la regla de interpretar en favor del consumidor.

En Brasil¹⁷ el apelante manifestaba haber celebrado un contrato con la empresa Golden Cross, acusando a esta última de no haber cumplido con el contrato, y solicitando que se declare al mismo rescindido y se le

16. H. Pérez-Peña, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. I, Troncal, Madrid, 1976, pág. 356.

17. Tribunal de Justicia de São de Janeiro, no. de Rec. C., ap. 655565, Des. Sergio Cavalcanti Filho, pub. en *Revista Direito do Consumidor*, tom. 18, junio 1998, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, pág. 378.

deseaban las sumas pagadas hasta el momento. La empresa manifestaba que se había solicitado una cirugía video laparoscópica que era un método experimental y por lo tanto excluido de la cobertura. A posteriori, en el proceso se probó que el método no era experimental, sino conocido y usado en el Brasil, por lo que la empresa sostuvo simplemente que no estaba cubierta. El tribunal entendió que las empresas aseguradoras de salud que prestan servicios de asistencia médica hospitalaria están obligadas, por la fuerza de la actividad que ejercen, a disponer de recursos humanos capaces de poner en movimiento todo el aparato médico asistencial para socorrer al asegurado, en tiempo oportuno, con las más avanzadas técnicas de la medicina. Es importante señalar que la oferta al público realizada por la empresa, se refería a un plan de asistencia médica integral y total, razón por la cual el tribunal entendió que no podía ser parcial. Se resolvió por el progreso de la demanda. —

En un caso fallado en Estados Unidos¹⁸ se interpretaron las reglas contractuales dadas por la propia oferta, la que estableció que se cubre la enfermedad definible en términos amplios y con exclusiones ambiguas.

La redacción de un texto puede ser exclusiva o inclusiva. Esto último sucede cuando se dice que se cubren enfermedades en sentido amplio, de manera tal que todo lo que se está designado expresamente como una excepción, queda incluido. De este modo, el texto contractual permite establecer una regla de inclusión: todo lo que no está expresado y claramente excluido constituye enfermedad, está incluido.

El Tribunal de Justicia de São Paulo dispuso: “la cláusula que excluye el derecho a la internación hospitalaria en letras bien pequeñas, evidencia que la contratada no cumplió con la obligación de dar claridad a las limitaciones del derecho del consumidor”¹⁹.

En un caso fallado en Brasil²⁰ se trataba de una acción iniciada por un usuario contra una empresa prestadora de servicios de asistencia médica hospitalaria, solicitando la anulación de una cláusula que disponía que en ningún caso habrá derecho a una internación superior a sesenta días. La acción de nulidad fue acompañada por una medida cautelar en la que solicitaba que se lo mantenga hasta que se resuelva el juicio definitivo. El paciente fallece, pero la acción se sigue por su esposa e hijos. El sucesor acontece con anterioridad a la sanción del Código de

¹⁸ “Weyand vs. Sundstrand Health and Disability Group Benefit Plan”, 52 C. Ives, 1986, 439, 579, 58, 785.

¹⁹ Ap. 245-428, 16-C.Rol. Por Cobran, inv. RT 779-028.

²⁰ Tribunal de Justicia de São Paulo, Ac. 12, Cam. Civ., Ap. 285/788, relator Des. Eria Penna, 28-07-1993, pub. en *Revista Serviço do Consumidor*, nro. 18, junio 1994, *Revista do Tribunal*, São Paulo, pág. 184.

Protección del Consumidor, razón por la cual no es aplicable, pero los jueces usaron los principios jurídicos de este último para resolver la cuestión. En primera instancia se hizo lugar a la acción. El magistrado observó que era una cláusula que manifestaba una contradicción con la finalidad de prestación de asistencia médica hospitalaria, y que constituía una desproporción abusiva, incompatible con el deber de buena fe.

En la Cámara se confirma la decisión. El fundamento principal es que el contrato es aleatorio, pero para las dos partes, y no se admitió una cláusula que neutralice el riesgo, lo vedega a lo límite. Si el caso queda a cargo de una sola de las partes, y la otra tiene la certeza de ganar, la cláusula es nula.

En este sentido el usuario está obligado a pagar meras utilidades y no se trata que la empresa quede asegurada contra las incertidumbres más demeradas.

En Argentina hubo un fallo interesante en materia de interpretación²⁴. La actora relata —entre otras cosas— que: “En ocasión de ir a donar sangre para un amigo que debía ser operado se analizó su fluido comprobándose que era portador del virus HIV. Notificada la demanda de dicha circunstancia, mediante evasivas de distinto tipo se le negaron las cuidados por el requerido. Por ello se inicia la presente causa que tiene por objeto hacer cesar esta situación. Faltando su derecho y efecto prueba. Dice la demandada que el seguro es improcedente pues lo que en realidad se pretende es la modificación, derogación o nulidad de las cláusulas contractuales que se reputan abusivas, excediendo esta discusión el limitado margen del seguro. Por otra parte, y como existen otras caminos para lograr el fin propuesto, el reclamante no tendría ningún perjuicio”.

La sentencia sostiene:

- Que se justifica la vía del seguro, porque “en el presente caso se encuentran cuestionados derechos de gran convergencia como son la voluntad de las partes, el derecho a una adecuada asistencia médica, la discriminación, las cláusulas abusivas de un convenio, la naturaleza y alcances del contrato de adhesión, etcétera, amén de las garantías constitucionales implícitas en ellos (ver. arts. 42 y 43, Const. Nac.) por lo que entiendo que la vía se encuentra por demás justificada”.

- Que hay un problema de interpretación sobre la extensión de la cobertura. “En efecto, cuatro son las situaciones clínicas que definen el sida: en enfermedad constitucional, esofitopatía por HIV, infecciones oportu-

²⁴ *Jur. Merc. Civ. (Nro. 31, 7^o Inst. (Nro. 86-87-8988 “T”, C.A. “Provincia S.A.”), J.A. 26-12-1996, con nota de Wengert, Cárta - Giovin, Corán, “Sida y medicina prepaga (Un fallo con trascendencia social)”.*

tasistas mayores y tumores marcadores (carcoma de Kaposi, linfoma no-Hodgkin de alto grado o linfoma primario de cerebros)... La enfermedad por HIV es un proceso continuo que se inicia desde el momento del ingreso del virus al organismo, pudiendo progresar a lo largo del tiempo a diferentes cuadros clínicos. El paciente averigua si está infectado al efectuarse un test de laboratorio... Ninguna prueba de laboratorio hace diagnóstico de sida. Este diagnóstico es un acto clínico que efectúa el médico en su consultorio al constatar la presencia de las enfermedades marcadoras ya descriptas (ver: éste y los tres párrafos anteriores, Caba, Castro, Maglia, Mangione, Pagano y Sumay, *Sida. Un Enfoque Integral. Psiquiatría, Psicopatología y Psicosomática*, 1ª reimp., Paidós, Buenos Aires, 1994, págs. 40 y sigs.).

En virtud de estas precisiones dice:

a) no encontramos ante un paciente asintomático con serología positiva para HIV (escrito de demanda y oficio f. 168).

b) la cartilla de la sociedad (hoja no. 12) establece que ella está excluida de cobertura el sida y todas sus consecuencias.

Consecuentemente, el paciente asintomático no tiene sida, y por lo tanto no encuentra fundamento de ninguna índole para negar al actor la asistencia que precisa en este tramo de su enfermedad³².

También en Brasil hubo fallos referidos a la interpretación del término "sida"³³. La empresa de medicina prepaga "Amil" ofreció a sus asociados una cobertura por los gastos médicos derivados del síndrome de inmunodeficiencia adquirida. En la hipótesis de que el cliente se quiera internar en el hospital que la empresa le indica, deberá cargar con los costos hospitalarios. En la propaganda y en las cláusulas del contrato consta que se ofrece la libre elección con reembolso y que el plan cubre los exámenes, diagnóstico y consultas.

El tribunal aplica la regla de que en caso de duda, debe interpretarse en favor del consumidor, y consecuentemente hace lugar a una medida cautelar, peticionada por el paciente, para la cobertura.

3. Acción civil pública en defensa de los consumidores de salud

Vera Civil de Blumenau, juiz Dr. Newton Jorke, "Ministério Público vs. Servind Saúde Ltda."³⁴.

³² Tribunal de Justicia de Río de Janeiro, Ap. 5.023/95, pub. en *Revista Direita do Consumidor*, no. 13, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1995, pág. 334.

³³ *Revista Direita do Consumidor*, no. 18, junio 1996, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, pág. 309.

La acción civil pública es una pretensión que puede deducir el Ministerio público en representación de intereses colectivos. En este caso, la presentación refiere que se han advertido cláusulas de exclusión de determinados tipos de enfermedades, de algunos tratamientos, y que en un caso específico se constata la negativa de prestación a una mujer que necesitaba una quimioterapia sistémica. La cláusula en cuestión establece la exclusión de cobertura de: hemodialisis, radioterapia, inmunoterapia, drogas cardiacas, límites temporales para las expensas médico-hospitalarias de los riesgos cubiertos.

La empresa por su parte, presenta la opinión de Celso Antonio Bardeira de Mello, uno de los más importantes juristas del Brasil, en el ámbito del derecho público. Sus argumentos señalan la prevalencia de la autonomía de la voluntad en tanto que la contratación de seguros de salud es facultativa; que el sistema debe ser mantenido mediante aportes y gastos proporcionales, ya que de otro modo no subsistiría; que la delimitación de los riesgos es una cláusula común, admitida en la contratación civil (art. 1460, Cód. Civ.).

El juez fue muy estricto y duro respecto de la postura de la empresa, diciendo:

- Que la libertad de contratar tiene límites éticos, y en virtud de ellos se le puede limitar o recusar a las prerrogativas básicas de las consumidoras.
- Que los argumentos de que, en ausencia de límites no podría funcionar el sistema, serían apropiados en un empresario automovilístico, pero no en el ámbito de la salud. Que cuando se contrata un seguro de incendio es posible excluir un electrodoméstico de la casa asegurada, pero no se puede excluir un pulmón, el corazón o la retina del paciente cuando éste contrata un seguro de salud.
- Que ningún consumidor paga un seguro antiendo de antemano qué enfermedad va a tener ni los tratamientos que ésta demandará.
- Que ambas partes asumen un cierto tipo de lotería, pero el empresario es un mal jugador si a la hora de cumplir, se vale de cláusulas que lo eximen de responsabilidad.
- Que los riesgos están disminuyendo, porque se ha probado que este tipo de cada diez contratantes veían de algún modo el servicio, que las empresas de salud facturas ochocientos de dólares por año, que hay treinta y tres millones de personas adheridas al sistema, lo que representa un 22% de la población; que es una de las pocas cosas de la economía que ha crecido.
- Que las exclusiones serían defendibles si se ofrecieran varias opciones que permitieran elegir planes que cubran esas expensas. En el caso, las otras opciones se refieren sólo a aspectos accesorios, como habitación privada, con o sin baño.

- Que limite a diez días el plazo de internación en terapia intensiva en aislamiento. No pueda pensarse en que se quiere limitar la conducta abusiva del paciente, porque ninguna persona tiene tendencia a vivir en terapia intensiva. No es posible admitir que un politraumatizado con coma cerebral sea removido de la terapia intensiva al día once porque se agota el plazo de la cobertura.

- El juez concluye afirmando la nulidad de las cláusulas somnolinas.

En otro caso, que muestra el activismo de los jueces de Brasil en el control de cláusulas abusivas, se realizaron varias disposiciones.

Eda. Vera Civil de São José dos Campos, juíz Dr. José R. Santini, "Ministerio Público vs. Clínica São José Ltda."¹⁴.

Se cuestiona la validez de cláusulas que establecen exclusiones de cobertura en un seguro de salud organizado por una clínica. Las cláusulas cuestionadas son las siguientes:

- Se establece la exclusión de cobertura en casos de partos con anestesia. El juez entiende que es una cláusula inválida porque da la impresión de que los partos normales deben ser realizados sin anestesia, cuando es común utilizarla parcialmente.

- Exclusión de reembolsos por atenciones realizadas fuera de los municipios donde la empresa tiene médicos propios. Esta cláusula le parece razonable al juez porque no se priva de la atención, todo vez que puede presentarse en cualquiera de los servicios propios con una credencial, y ser atendido.

- La exclusión de cobertura en lesiones causadas por embriaguez, tentativa de suicidio, o cualquier otro acto ilícito. En esta exclusión no hay ningún abuso porque se trata de hechos propios del contratante.

VI. LA RESPONSABILIDAD

Se manifiestan aquí las mismas tesis que existen con relación a las cláusulas.

Un sector se inclina por la existencia de una estipulación a favor de terceros, estableciéndose una relación de cobertura en beneficio del paciente afiliado al prepago. Éste tiene acción directa contra el prepago y contra la clínica subcontratada.

Por nuestra parte, nos inclinamos por un ajuste a la realidad otológica. Es una empresa que contrata con particulares, es un vínculo jurídico bilateral, es un contrato entre dos partes mediante el cual una paga el precio y la otra da asistencia.

¹⁴ *Revista Direito de Consumidor*, art. 18, junio 1999, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, pag. 199.

Se trata entonces de un contrato de locación de servicios o de obra, según se entienda. Puede existir una estipulación a favor de terceros cuando una persona contrata servicios en beneficio de otra, como sucede con el seguro a favor de un tercero.

Para comprender las numerosas relaciones que se dan, hay que partir de un vínculo base: establecido entre el paciente y la empresa. Ésta es titular de un centro de interés jurídico del que surgen derechos y deberes. Entre estos últimos está el de prestar asistencia. Para ello puede encargar a sus dependientes la prestación directa o bien subcontratar con otra empresa y en algunas casos hacer emprendimientos en colaboración.

El encargo de la prestación, el subcontrato y la asociación en colaboración explican suficientemente el vínculo de vínculos.

Recientemente, se ha fundado esta responsabilidad en la obligación de seguridad. Dice Gregorini Clavelas²⁵ que en esta materia hay un criterio referido a que se cumple debidamente su obligación eligiendo profesionales médicos habilitados para ejercer y cuyas personas serán insubstituíbles en cuanto a idoneidad y competencia. Si cumplido estas condiciones sobreviene una "mala praxis" médica, la misma será responsabilidad del médico pero no de la clínica, ante asistencial o de medicina prepaga, que habrá agotado su prestación brindando la atención. Señala el autor que actualmente la posición mayoritaria ha cambiado. La responsabilidad de los entes asistenciales de medicina prepaga o similares, no se agota en proveer atención médica a priori insubstituíble, sino que le corresponde además responder sobre la misma. Este criterio ha sido sustentado por Bazzano²⁶ en relación a las clínicas y sobre el mismo preferísimamente en el capítulo correspondiente a las relaciones entre la empresa médica y los pacientes.

Gregorini Clavelas lo aplica a la medicina prepaga, interpretando que ésta surge una obligación de seguridad, la cual es el caso en excepcionalmente de medios, pues su característica habitual es la de ser una de resultados. Esta obligación acompañará a la obligación médica central, siendo ambas igualmente importantes, aunque una aparece como principal y otra como aneja en el rango obligacional. La obligación de seguridad será entonces directa no culpa, y la responsabilidad por su incumplimiento objetiva y condicionada al aviso o descuido de la prestación médica efectuada por los profesionales brindados por el ente para

²⁵ OJG, Sala B, 29-11-1995, "A. C. Clínica Médica Santa Isabel S.A.", s.d., 21-10-1996, con comentario de Gregorini Clavelas, Eduardo L., "La obligación de seguridad en el contrato de medicina prepaga".

²⁶ Bazzano, Alberto, *Responsabilidad Civil de las Clínicas y Establecimientos Médicos*, Abaco, Buenos Aires, 1991.

ejecutar el contrato. Mediante culpa del médico que atendió al paciente (responsabilidad subjetiva), el ente que por su intermedia cumplió la prestación a su cargo, responderá objetivamente, aun cuando no hubiera incurrido en culpa. En síntesis, su obligación de seguridad únicamente quedará cumplida efectuando una prestación médica técnicamente inobjetable, para responder de acreditarlo que no fue así.

—