

CLÁUSULAS DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS DE MEDICINA PREPAGA

* José Ángel dos Santos Melgarejo

Sumario: 1. Medicina prepaga. Nociones generales. 2. Concepto y características. 3. Obligaciones de las partes. 4. Nulidad e inoponibilidad de las cláusulas de exoneración de la empresa de medicina prepaga. 5. Reflexiones finales.

1. Medicina prepaga. Nociones generales

Antes que nada, se debe señalar que la relación entre la “Empresa de Medicina Prepaga” (EMP) y el “usuario” es distinta a la relación tradicional entre el “médico” y el “paciente”, puesto que, en este último caso, el paciente contrata directamente al médico sobre la base de una relación de confianza; el paciente accede al servicio eligiendo a su médico y abonando directamente la consulta; sin embargo, en el contrato de medicina prepaga el usuario accede a una red de prestadores a través de la EMP, la cual es una intermediaria entre el paciente y el médico. En tal sentido, Lorenzetti (2011, p. 166) indica que, si bien la empresa asume el deber de prestación de asistencia médica, la relación no presenta un carácter *intuitu personae*.

La prestadora del servicio de medicina prepaga es una empresa de salud “privada”, cuyo objetivo es el lucro, pero con la característica relevante de que cumple una función social, cual es el de “prestar servicio de salud”, por ende, no es cualquier empresa privada.

La EMP capta recursos al recibir de los usuarios el pago de una cuota a cambio de la contraprestación del servicio de prestación de asistencia médica, por tanto, la empresa funciona mediante los recursos captados de los clientes.

Se requiere de una gran cantidad de adherentes para conformar la masa crítica de aportes periódicos cuantitativamente idónea para responder por los gastos aleatorios que debe enfrentar la empresa cuando acontece el siniestro previsto en el contrato –la necesidad de atención médica– (Faillace, 2011 p. 74).

A efectos de dar respuesta a una demanda de servicios de salud masiva, es necesario asumir el diseño y la construcción de una red de prestadores que resulte adecuada y suficiente para la cobertura de las prestaciones ofrecidas (Japaze, 2009, 144).

El efectivo cumplimiento de las prestaciones asumidas dependerá de la capacidad de organización y gestión de la empresa y de la solvencia técnica de la red de prestadores diseñada y construida para el funcionamiento del sistema (Japaze, 2009, 161).

Con relación al servicio ofrecido por la EMP, se tiene que el mismo puede ser prestado por sí o por terceros. Cuando lo hace a través de terceros, la empresa realiza una intermediación, subcontratando y delegando en otros la prestación del servicio.

Lorenzetti (2011, p. 166) da cuenta de un “sistema” de medicina prepaga, no sólo de un “contrato”, al decir:

El sistema de medicina prepaga es una empresa de intermediación que opera mediante la captación del ahorro en forma anticipada contra la dación futura y en condiciones predeterminadas de atención médica, por medios propios o contratados, lo que sólo puede hacerse si existe una pluralidad de vínculos. El contrato representa la relación individual entre el asociado y la empresa; el sistema, en cambio, es el entorno que posibilita el contrato.

A su vez, Japaze (2009, ps. 137) explica cómo funciona la medicina prepaga al decir:

Es un contrato vinculado a otros contratos: la organización de la red prestacional sólo es posible mediante el establecimiento de vínculos entre quien tiene a su cargo la organización de los servicios y aquellos que, en concreto, cumplirán las prestaciones asistenciales.

El adherente tiene frente a sí una cara visible –la empresa prepaga– pero tras ella existe un entramado de contratos vinculados entre sí que conforman el sistema. Éste es un dato de gran relevancia pues explica el funcionamiento del mismo, las dificultades que derivan de esa convivencia de vínculos y la necesidad de resguardar al sistema para la obtención de la finalidad perseguida. Se trata de otra nota distintiva a considerar, en la interpretación de los conflictos, para adoptar soluciones que atiendan los requerimientos de las partes pero sin comprometer los intereses del conjunto ni la finalidad supracontractual.

Se tiene, entonces, que en el sistema de medicina prepaga coexisten contratos conexos (red de contratos) que están vinculados entre sí. En principio, por lo menos, hay contratos vinculados bien identificados: por un lado, el celebrado entre la EMP con los usuarios donde aquella se compromete a prestar servicios médicos a cambio del pago de un precio y, por otro lado, los contratos celebrados entre la EMP y los prestadores del servicio, tales como centros de asistencia médica, médicos, enfermeros, laboratorios, farmacias, servicio de ambulancias, etc. A más de lo antedicho, existen contratos de locación de inmuebles para colocar sus oficinas o sus consultorios, entre otros.

En breve síntesis, el contrato de medicina prepaga no es una relación jurídica aislada, sino que funciona dentro del marco de un “sistema” de contratos interrelacionados entre sí, lo cual hace que la medicina prepaga sea una relación

jurídica altamente compleja a tal punto que sólo funciona porque hay una red contractual detrás de él.

El sistema de prestación de servicios de medicina prepaga es un servicio alternativo al prestado por el Estado y la seguridad social y también es distinto a la relación tradicional médico-paciente, dado que, tal como se ha mencionado, la empresa generalmente organiza el servicio mediante la intermediación.

2. Concepto y características.

El contrato de medicina prepaga “es aquel mediante el cual una de las partes (ente organizador o empresa) promete a la otra (usuario, asociado o paciente) la prestación de servicios médicos, desarrollados por sí o por terceros, contra el pago de un precio periódico y anticipado” (Faillace, 2011, p. 78).

Para Iñiguez el concepto es aún más amplio, puesto que, para el citado autor, el contrato de medicina prepaga: “es aquel por el cual una parte, llamada prestadora, se obliga a prestar a otra, llamada afiliada, un conjunto de servicios médicos asistenciales, por medios propios o contratados, a cambio de un precio, asumiendo la obligación de responder a las enfermedades o prevenciones cubiertas en el plan contratado” (Iñiguez, 2005, p. 96).

Tal como se puede observar, Iñiguez utiliza la terminología “servicios médicos asistenciales” porque generalmente, la empresa no sólo brinda servicios médicos, sino también ofrece servicios de farmacia, laboratorios, etc.

En la mayoría de los casos, la calidad de beneficiario o usuario se adquiere inmediatamente; empero, los servicios y beneficios se obtienen paulatinamente, estando sujetos a ciertos condicionamientos, tales como el cumplimiento de “plazos de espera”.

El usuario se protege de un riesgo futuro en su vida o su salud mediante pagos anticipados o realizados de manera periódica, sin saber si va a requerir o no del servicio médico, dado que depende de la existencia del evento: la enfermedad.

El contrato de medicina prepaga es un contrato consensual, bilateral, oneroso, atípico, de duración, aleatorio, de previsión, de adhesión y de consumo. Para los fines de este artículo, las dos características más relevantes son las dos últimas y es por ello que serán explicadas brevemente.

A su vez, el contrato de medicina prepaga es un contrato de adhesión porque el usuario se adhiere al contenido del mismo, el cual está previamente redactado por la empresa médica, sin poder negociar sus cláusulas. Tal como lo indica Lovece (2004, 165): “El contrato de prestación médica prepaga se formula mediante la estructura contractual de adhesión estandarizada, y como entre las empresas prestadoras no hay diferencias sustanciales, el usuario carece de un marco adecuado de competencia que le permita optar”.

Entonces, considerando que el usuario no tiene muchas opciones en el marco de la competencia y tampoco tiene la posibilidad de influir en el contenido del contrato, sólo le queda la opción de aceptar o rechazar la oferta contractual. Esto refleja que en esta relación “empresa y usuario” existe un “fuerte” y un “débil”, lo cual genera una situación de desequilibrio, puesto que el poder de negociación entre las partes es diferente. La única opción que tiene el usuario es elegir entre varios planes, con cláusulas “pre-establecidas” por la empresa.

Las citadas características tienen como consecuencia la creación de un marco ideal para que la empresa médica incluya cláusulas abusivas que tiendan a desequilibrar la relación contractual, de forma tal que se transfieran los riesgos al usuario. Esta “transferencia” se da, generalmente, mediante exclusiones de coberturas que resultarían onerosas para la empresa. Además, siendo un contrato técnico y complejo, el usuario recién se da cuenta de que “su enfermedad” no está cubierta, al momento de requerir el servicio.

Desde otro punto de vista, Ghersi (2009) dice que se trata de una adhesión a un “sistema” que genera una relación de consumo, constituida por una red de contratos conexados. Involucra al adherente como beneficiario-usuario del sistema de salud, siendo la obligación de la empresa la prestación de salud a través de otras empresas, médicos, especialistas, etc.

Con relación a la característica de ser un contrato de consumo, se tiene que la EMP, como persona jurídica, presta el servicio médico de manera profesional y el usuario adquiere el bien –servicio de salud– para consumo final.

Lo mencionado precedentemente con relación a las características, ha sido sostenido en nuestros tribunales. En efecto, la Excelentísima Corte Suprema de Justicia ha manifestado que el contrato de medicina prepaga es un contrato de adhesión y de consumo a través del Acuerdo y Sentencia n.º 112 de fecha 02 de diciembre de 2020, al decir: “Es de adhesión porque contiene cláusulas predispuestas, esto es, celebrado por adhesión a condiciones generales, en que la empresa prestadora del servicio fija unilateralmente cláusulas a que habrán de ajustarse conductas de las partes, sin posibilidad de negociación por el contratante. Y de consumo, pues establece relación o nexo de consumo entre el prestador del servicio de medicina prepaga y el usuario” (Voto del Ministro Garay).

3. Obligaciones de las partes

3.1. Obligaciones del adherente al sistema o del usuario

La obligación principal del usuario es pagar las cuotas periódicas, las cuales son la base del financiamiento de las empresas de medicina prepaga, es decir, con las cuotas subsiste el sistema.

Así también, tiene la obligación de informar. Conforme lo señala Japaze (2009, p. 173), al momento de acceder al sistema, se impone al usuario la obligación de informar en forma veraz y completa todo lo referente a su estado de salud personal y la de su grupo familiar (en caso de pretender el ingreso del mismo).

Empero, hay que tener en consideración que el usuario es una persona que –en general– no tiene muchos conocimientos técnicos sobre salud, por tanto, la información que otorgue debe ser analizada de acuerdo a sus posibilidades. No se le puede exigir exactitud al usuario. En todo caso, el ocultamiento realizado por el usuario debe ser doloso para que se considere como incumplimiento del deber de informar.

3.2. Obligaciones de las empresas de medicina prepaga

Cumplir con las prestaciones del plan prestacional es la obligación principal de la EMP y, para poder hacerlo íntegra y eficientemente, la misma deberá tener una red de prestadores de servicio que asegure el cumplimiento de sus obligaciones.

El núcleo contractual que obliga a estas empresas es brindar prestaciones de salud, esto es, la empresa se obliga a dar cobertura médica a través de un plan de salud. Los planes de salud pueden tener distintas variantes, pero, en definitiva, deben procurar proteger, prevenir, curar y rehabilitar (en la salud y en la enfermedad) al asociado (Garay, p. 127).

A fin de cumplir la obligación de suministrar asistencia médica, la EMP debe poner en movimiento todo el aparato médico asistencial cuando el servicio sea requerido por el usuario o afiliado. Debe proveer el servicio de manera coordinada, conforme a la expectativa que tiene el usuario desde el momento en que celebró el contrato.

También tiene la obligación de “informar”, basado en el principio de la buena fe objetiva, siendo un desprendimiento del deber de cooperación o colaboración.

Además, aparece como una consecuencia de la desigualdad de condiciones de las partes, dado que una de ellas es experta (que dispone de la información) y otra profana (que no la tiene).

El legislador paraguayo decidió incorporar el deber de informar de manera expresa en la ley de defensa del consumidor, por ende, se puede decir que hoy en día es una obligación legal que pretende proteger al más débil de la relación de consumo, ya sea por su escasa información o por su inexperiencia negocial.

Nuestra Corte Suprema de Justicia, mediante el Acuerdo y Sentencia n.º 812 del 17 de agosto de 2015, ha sostenido claramente:

En materia de derechos del consumidor el deber de información implica que el proveedor tiene la obligación de dar a conocer al consumidor/usuario todas las características del producto o servicio que provee, en razón de que

este conocimiento es necesario para hacer elecciones bien fundadas y estar al tanto todo aquello capaz de influir en su decisión a la hora de contratar el bien o el servicio. Deriva del principio de buena fe, puesto que el proveedor es quien conoce el producto o servicio y por ello necesariamente debe brindar ese conocimiento al contratante.

De acuerdo a lo establecido en el art. 8 de la Ley n.º 1.334/98 de Defensa del Consumidor y del Usuario, la obligación de informar en forma cierta y objetiva con respecto a los caracteres esenciales de los bienes y servicios pesa sobre quienes producen, importan, distribuyen o comercializan bienes o presten servicios. En cuanto a la forma de la información, el artículo 8 de la citada ley establece que la oferta y la presentación de los productos o servicios deben estar *escritas* en idioma oficial.

Según establece el artículo 8 de la Ley n.º 1334/98, la oferta de los productos o servicios debe informar sobre las *características, cualidades, cantidad, composición, precio, garantía, plazo de validez, origen, dirección del local de reclamo* y los *riesgos* que presenten para la seguridad de los consumidores en su caso. En este último caso, se debe aclarar que la obligación abarca la advertencia sobre los riesgos específicos y concretos del producto o servicio, no basta sólo con informar sobre riesgos genéricos.

Igualmente, el artículo 15 de la Ley de la Ley n.º 1334/98 hace referencia al contenido de la información, al señalar:

Salvo que por la naturaleza del servicio no se requiera, el proveedor del servicio deberá asegurar en forma clara, correcta y precisa sobre: a) nombre y domicilio del proveedor del servicio; b) la descripción del servicio a prestar; c) la calidad del servicio a prestar; d) una descripción de los materiales, implementos y tecnología a emplear; e) el precio, incluidos los impuestos, su composición cuando corresponda, y la forma de pago; f) plazo de validez del presupuesto y plazo de validez del servicio; g) los riesgos que el servicio pueda ocasionar para la salud o seguridad; h) el alcance y duración en el caso de otorgarse garantía contractual; e, i) cualquier otra información que sea esencial para decidir la relación de consumo.

Trasladadas las citadas ideas al contrato de medicina prepaga, Ardito y Jurio (2005) refieren que dado el interés tenido en mira por una de las partes es la preservación de su salud y de su grupo familiar, corresponde que esté muy claro desde el principio de la relación cuáles son las prestaciones a las que cada una de ellas se obliga. Es en este aspecto donde probablemente cobre más importancia el deber de información a cargo de la empresa, y la claridad en la redacción de las cláusulas del contrato.

A su vez, Afonso (2017) indica que la información es un instrumento fundamental en la realización del contrato, debiendo estar adecuadamente establecidas las condiciones del mismo para que los usuarios no sean sorprendidos en el momento en que necesiten de los servicios médicos con los cuales contaban.

El deber de información al beneficiario, debe brindarse en la "cartilla de servicios y prestadores" con la mayor precisión posible, individualizándose unos y otros, indicando los alcances de las obligaciones asumidas (Gregorini Clusellas, 2005).

Cuando se habla de la información que debe otorgar la EMP, cabe decir que no basta que la misma sea veraz sino también debe ser eficaz, más aun considerando la complejidad y tecnicidad de los términos médicos. En tal sentido, se debe hablar claro para que el usuario no se vea sorprendido al momento de la utilización del servicio.

Además, el deber debe expandirse durante todo el iter contractual, debiéndose poner mayor énfasis en la etapa precontractual, ya que sólo de ese modo el adherente podrá evaluar la conveniencia o no de contratar. La omisión de la información por parte de la empresa propicia la sorpresa y puede suponer la afectación de los derechos del usuario.

En general, durante la etapa precontractual, la EMP debe informar sobre:

- El precio a pagar mensualmente por las prestaciones médico-asistenciales; la existencia o inexistencia de aranceles complementarios, el tiempo y el lugar de pago, etc.
- Las condiciones de acceso al sistema y los requisitos de admisión (entrevistas, revisión médica, dictamen de una junta médica, los formularios que se deben llenar, la documentación que se debe acompañar);
- Las circunstancias que comprometan la permanencia, por ejemplo, en el caso de los adultos mayores, se debe informarle –ya al ingresar al sistema– que a determinada edad se le estará modificando el plan (de la tercera edad) y también se le deberá informar cuáles serían los cambios sustanciales;
- Las modalidades del sistema (abierto, cerrado o mixto) y los planes;
- Las prestaciones que cubre y cuáles no;
- El plazo de duración del contrato;
- Los periodos de carencia, en forma de advertencia;
- La exclusión de las enfermedades preexistentes, establecidas expresa y claramente;
- Los profesionales adheridos, la nómina de centros de atención de la red;
- Las condiciones y los requisitos para formalizar la salida del sistema, las condiciones necesarias para ejercer la facultad rescisoria del adherente, etc.

Durante la etapa de ejecución del contrato, la EMP debe informar sobre:

- Las altas y bajas en los servicios;
- Los cambios en la cartilla de profesionales de la salud y en la nómina de centros asistenciales de la red prestacional;
- La modificación del precio a pagar, etc.

Con respecto a la prueba del cumplimiento del deber de informar, Japaze (2009, p. 159) indica es a la empresa de medicina prepaga a quien le incumbe la carga de probarlo, más aún cuando se encuentra en mejores condiciones para acreditar el hecho que exterioriza el cumplimiento de su deber de información.

Lo recomendable, como buena práctica, es que la empresa entregue un instrumento informativo y que haga constar la entrega al usuario, dejando el duplicado en poder de la empresa.

Otra de las obligaciones de la EMP es la de “actualización científica y técnica”. En efecto, la buena fe obliga a cumplir lealmente aquello a la cual la parte se obliga y asociada con el derecho a la equivalencia deben brindarse los últimos adelantos científicos y técnicos con profesionales de similar nivel científico a los antecesores que vayan sustituyendo y con equipamiento técnico actualizado de acuerdo a los adelantos de la tecnología médica al respecto (Gregorini Clusellas, 2013, p. 127).

Ese costo que involucra la actualización científica y tecnológica debe ser asumido por la empresa puesto que integra el riesgo-costo empresario. Cuando el usuario se incorpora a la empresa, ésta asume una obligación implícita de un adecuado servicio, que de por sí involucra dicha actualización tecnológica (Lovece, 1997).

Por último, en este punto se desarrollará una de las obligaciones más importantes de la EMP, la cual es la “obligación de seguridad”. Dicha obligación puede ser expresa o tácita. Si es expresa debe estar establecida en una cláusula contractual, pero dicha cláusula no es usual en el contrato de medicina prepaga.

Con relación a la obligación tácita de seguridad, Ghersi, Weingarten e Ippolito (1999, p. 251) son contundentes al decir:

La formalización de un contrato de prestación médica comporta, para el ente organizador, el cumplimiento de una serie de obligaciones. En este sentido, el ente se obliga al suministro de la asistencia médica, que además lleva implícita una obligación tácita de seguridad que tiene como finalidad la preservación al contratante de los daños que se puedan originar en la ejecución del contrato. Así, el ente prepago se obliga no sólo a la prestación del servicio médico por medio de sus profesionales, sino también a que ese servicio se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daños por deficiencia de la asistencia prometida. Constituye, pues, un régimen de garantía respecto de la eficiencia e idoneidad de los facultativos que satisfacen el débito contractual.

En efecto, en vista de que la obligación principal de la EMP es la prestación de asistencia médica y considerando que la misma, generalmente, es satisfecha a través de médicos y auxiliares subcontratados, la EMP debe responder cuando el servicio es prestado de manera ineficiente.

Tanto el ente organizador, como los profesionales, deben extremar los cuidados y diligencias, a fin de otorgarle al paciente la adecuada prestación, conforme a las características de su sintomatología, ya que las condiciones especiales de estos servicios son tenidas en mira por el socio, erigiéndose en motivos determinantes de la contratación (Garay, 2002, p. 190).

En nuestro país, la obligación de seguridad tiene dos fuentes fundamentales. La primera es la buena fe objetiva reconocida en la última parte del artículo 715 del Código Civil, la cual dispone que el contrato no sólo obliga a lo que está establecido expresamente en el contrato, sino que también obliga a “*todas las consecuencias virtualmente comprendidas*”. La segunda es la ley de defensa de consumidor y usuario (Ley 1334/98), especialmente el artículo 6 inciso b), el cual señala que constituye un derecho básico del consumidor la protección de la vida, la salud y la seguridad contra los riesgos provocados por la provisión de productos y la prestación de servicios considerados nocivos y peligrosos.

Con relación a la primera de las fuentes, cabe decir que el principio de la buena fe objetiva crea obligaciones accesorias de conductas, las cuales son implícitas. Dentro del marco de la prestación de servicios médicos y hospitalarios y, por ende, dentro del marco del contrato de medicina prepaga, la buena fe integra el contrato y amplía el plexo contractual mediante la creación de obligaciones de seguridad.

La obligación de seguridad consiste en preservar la indemnidad del paciente de los daños que se puedan originar por deficiencia de la prestación prometida. Dicha obligación es accesoria y acompaña a la obligación principal de prestación de servicio médico, siendo ambas igualmente importantes, a pesar de que una sea principal y otra accesoria.

El incumplimiento de esta obligación implícita de seguridad, generará responsabilidad contractual en cabeza de la entidad prestadora de salud. Esta responsabilidad será directa, ya que se configura a partir de un incumplimiento por parte de la entidad de un deber jurídico que le es propio, por haberlo asumido contractualmente (Gregorini, 2013, p. 276).

También será una responsabilidad objetiva, ya que su configuración no requiere culpa por parte de la entidad. Verificado el incumplimiento contractual, esto es, la producción de un daño imputable a deficiencia prestacional, es aplicable la responsabilidad resultante (Gregorini, 2013, p. 276).

Entonces, indefectiblemente, existiendo culpa de los prestadores nace de manera concurrente la obligación de la EMP de responder por los daños y perjuicios.

En nuestro país, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, a través del Acuerdo y Sentencia n.º 112 de fecha 02 de diciembre de 2020, ha reconocido que la EMP se obliga no sólo a la prestación del servicio médico sino también a que ese servicio se preste en condiciones tales que el paciente no sufra daños por deficiencia de la asistencia prometida. A más de ello, se destaca que la responsabilidad de la entidad es objetiva y directa.

4. Nulidad e inoponibilidad de las cláusulas de exoneración de la empresa de medicina prepaga

Es usual y corriente que la EMP imponga (a través del contrato de adhesión) la liberación de su responsabilidad mediante cláusulas “exonerativas” o “limitativas” de responsabilidad.

Las cláusulas que contienen pactos de no responsabilidad suelen expresarse mediante fórmulas variadas, las cuales patentizan la situación de superioridad contractual que ostenta el empresario.

Así, en nuestro país, existen contratos donde se establece expresamente:

La EMP no asume responsabilidad alguna por el tratamiento dado por los Profesionales de Salud, la calidad de los medicamentos y demás productos recetados o utilizados, y en general por cualquier acción u omisión que pueda derivar en daño para la salud física o moral del Beneficiario Titular o de cualquiera de sus Adherentes, que haya sido causada por los Profesionales de la salud en general y/o prestadores de servicios médicos adheridos a la cobertura.

O bien, se dispone:

La contratada no asume responsabilidad por el servicio otorgado por los prestadores en Contrato, ni por negligencia, imprudencia o impericia de cualquier índoles por parte de los profesionales médicos, sus asistentes u otros prestadores independientes e instituciones en la ejecución de los servicios, la calidad de los medicamentos y demás productos utilizados o en cualquier acción u omisión en que incurriere el prestador de servicios dañando la salud física o moral de el contratante y sus adherentes. Asimismo, la contratada no asume responsabilidad por fallas o defectos de los equipos biométricos, tecnología o servicios, procesos o productos utilizados por los prestadores de servicios. Por tanto no corresponderá el inicio de acciones legales en contra de la contratada por dichos conceptos.

Lo que se debe analizar es si las EMP satisfacen su obligación principal simplemente poniendo a disposición del usuario a profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina o si, por el contrario, son responsables cuando aquellos facultativos violan los deberes de diligencia y prudencia.

La cuestión es sumamente relevante, dado que a través de estas cláusulas las EMP se exoneran de responsabilidad del incumplimiento doloso o culposo de aquellos en quienes delegan la prestación del servicio (médicos, laboratorios, etc.), haciendo recaer la responsabilidad únicamente en éstos.

Mediante tales cláusulas predispuestas, el empresario pretenderá liberarse de las eventuales consecuencias de la responsabilidad civil por los actos de quienes ejecutaron los servicios médicos a los que se obligó la Empresa Médica.

A su vez, el derecho del usuario a obtener un resarcimiento ante la ejecución deficiente (dolosa o culposa) de la prestación de asistencia médica (por parte de médicos, laboratorios, sanatorios, etc.) se verá limitada total o parcialmente.

En general, tal como lo indican Gherzi, Weingarten e Ippolito (1999, p. 251) la obligación principal de asistencia es satisfecha por medio de otros prestadores (médicos y demás auxiliares). Esto implica la asunción de responsabilidad del ente, con respecto a estos prestadores por la actuación deficiente de éstos, y una doble protección que se otorga a la víctima; frente a una falta cometida por sus prestadores y conforme a los principios generales, el paciente podrá accionar contra la empresa organizadora del sistema médico prepago o contra el prestador del servicio, en forma indistinta o conjunta, por tratarse de una obligación concurrente.

En el marco de un sistema de contratación cerrada, la cláusula exonerativa o limitativa no tiene validez alguna, ya que cuando el plan es cerrado el usuario o afiliado encuentra restringida o limitada su libertad de elección de profesionales que se hallan en la cartilla de médicos adheridos al sistema; es decir, el usuario no puede elegir un profesional que no se encuentre dentro del staff médico de la prepaga.

La admisión de estos pactos atenta contra la naturaleza de la obligación, que exige la adopción de aquellas diligencias exigibles de acuerdo con la esencia de la prestación médica, pues la exoneración del deber de responder involucra justamente aquello a lo cual se encuentra obligado, aparejando la pérdida de la finalidad determinante del acto. Es de tener presente la finalidad esencial asumida contractualmente por el ente organizador, que consiste en asegurar a sus beneficiarios un servicio médico eficiente (Weingarten, 1999, p. 47).

La cláusula exonerativa o limitativa es nula, puesto que conforme a lo establecido en el inc. b) del artículo 28 de la ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, se considerarán abusivas las estipulaciones que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte. Asimismo, el inc. g) del citado artículo indica que serán abusivas las cláusulas que impliquen renuncia del consumidor al derecho a ser resarcido o reembolsado de cualquier erogación que sea legalmente a cargo del proveedor.

El carácter abusivo de estos pactos de irresponsabilidad influye sobre la economía general del contrato en su conjunto, por cuanto el empresario, al desplazar

sobre el socio todo el riesgo inherente a una mala práctica médica, le impone una carga excesiva e infundada, y así altera la necesaria relación de equivalencia, con apartamiento de los principios de buena fe y abuso del derecho (Gherzi, Weingarten e Ippolito; 1999, p. 261).

Otro motivo que invalida la cláusula de irresponsabilidad es la existencia de la obligación de seguridad que pesa sobre las EMP y que fuera tratado en el punto anterior. Tal como lo indica Weingarten (1999, p. 47), el fundamento es el deber de garantía, mediante el cual el ente debe preservar al paciente de los daños que se pueden originar en la ejecución del contrato, como los causados por la intervención de profesionales de los que se vale para cumplir con su débito asistencial.

A más de lo antedicho, se debe considerar que la EMP debe responder, ya que con relación a los profesionales que se encuentran dentro de su staff, la empresa tiene poder de supervisión y fiscalización de su actividad. La EMP es quien selecciona a los profesionales que suministrarán los servicios médicos a los afiliados, por ende, es abusivo pretender exonerarse de su responsabilidad por el actuar de los mismos.

La EMP no puede exonerarse invocando que eligió bien o puso todos los medios para vigilar al dependiente, es decir, no puede eximirse invocando falta de culpa. Se debe aclarar que la noción de dependencia se amplía hasta alcanzar cualquier autorización dada a una persona para desarrollar una prestación propia.

Se tiene, entonces, que la EMP delega en otros la prestación de la atención médica, por tanto, es responsable por las faltas cometida por los mismos. No puede la empresa médica valerse de médicos o auxiliares para cumplir con sus obligaciones contractuales y luego intentar desatenderse de la responsabilidad por los daños cometidos (culposos o dolosamente) por sus delegados.

Lo real es que la entidad sanatorial lucra y se beneficia con el suministro de atención profesional, por lo que es justo que cargue con las consecuencias dañosas de la actividad imputable a éstos (Lorenzetti, 2011, p. 436).

Cuando una persona celebra un contrato de medicina prepaga y cuando utiliza sus servicios, confía que en el centro asistencial hará todo lo posible para proteger y reestablecer su salud. En tal sentido, confía en que el tratamiento que recibirá será el correcto y será eficaz. Obviamente, en principio, al ingresar al sanatorio no espera ser dañado por una defectuosa prestación del servicio.

En el momento en que el usuario contrata con la EMP no sabe quién será el facultativo que le atenderá cuando lo requiera y lo mismo ocurre con el personal auxiliar. En puridad, el profesional de blanco es una pieza del sistema de prestación del servicio organizado por la EMP y si bien, finalmente, es el médico quien entra en contacto directo con el enfermo, lo hace como auxiliar y persona autorizada de la empresa médica, pues ésta es la que posibilita su intervención.

Además, el usuario no conoce cuál es la relación o vínculo existente entre la EMP y sus prestadores de servicio, esto es, no conoce el contenido de los contratos entre la empresa organizadora y los médicos, enfermeros, sanatorios adheridos, etc.

Obviamente, de manera implícita, al observar que un médico o un sanatorio se encuentra dentro del staff/cartilla de profesionales y sanatorios, el usuario percibe que existe un vínculo entre la empresa organizadora y el profesional, por ende, en caso de mala praxis, para el usuario quien incumplió con la prestación es el EMP.

Entonces, cuando la entidad se obliga a una prestación de un servicio médico por medio de su cuerpo profesional, es responsable no solamente de que el servicio se preste, sino también de que el mismo se cumpla en condiciones tales que el paciente no sufra daño por deficiencia de la prestación prometida.

En cuanto al factor de atribución el mismo es objetivo, demostrada la culpa (por ejemplo, mala praxis) del profesional que prestó el servicio médico, surge automáticamente la responsabilidad de la EMP. Con relación a la carga de la prueba, la misma se encuentra a cargo de la empresa médica, la cual debe acreditar caso fortuito o culpa de la víctima.

En conclusión, la EMP celebra un contrato con el usuario o afiliado, en virtud del cual se compromete a otorgarle una prestación médica. Si el ente se vale de profesionales de blanco, debe responder por ellos, ya que el hecho de las personas de que uno se sirve en el cumplimiento de la obligación, equivale al hecho propio y, por ende, el incumplimiento del auxiliar es imputable a la empresa prepaga.

Si en los contratos entre la EMP y sus prestadores (médicos, enfermeros, etc.) tales contratos existiesen cláusulas que contengan limitaciones o exoneraciones para las EMP frente al usuario, dicha cláusula es inoponible para el mismo según el principio de relatividad de los contratos. Por ende, tanto el ente como quienes prestan servicios por encargo de la empresa, deberán responder por los daños ocasionados al usuario por sus prestaciones defectuosas.

En Paraguay, en un caso de mala praxis, una paciente accionó por indemnización de daños y perjuicios e inaplicabilidad de la cláusula contractual limitativa de la responsabilidad en contra de su médico tratante y de la empresa de medicina prepaga. La empresa opuso una excepción de falta de acción basada en que la beneficiaria aceptó la cláusula de limitación de responsabilidad. El Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de la Cuarta Sala, a través del Acuerdo y Sentencia N° 136 del 02 de diciembre de 2013, rechazó la excepción de falta de acción y confirmó el fallo de primera instancia que hizo lugar a la demanda, sosteniendo que la cláusula que libera de responsabilidad a la empresa y dispone la imposibilidad de accionar contra ella es sólo aparente, ya que la ley de Defensa de Consumidor y del Usuario, en su artículo 28, declara la nulidad de pleno derecho y la inoponibilidad de las cláusulas que impliquen renuncia del derecho a ser resarcido al consumidor. El *ad quem* sostuvo expresamente: “Ante la contundencia de la ley no existe argumentación posible para mantener en vigencia disposiciones contractuales como la mencionada”.

Asimismo, el Ad quem alegó que la atención médica que engendrara la acción promovida fue cumplida íntegramente (en el contexto del contrato de seguro médico), por profesionales médicos prestadores de servicios de la empresa prepaga a una beneficiaria del contrato, todo lo cual lleva a concluir que tales profesionales actuaron bajo la órbita de dicha sociedad anónima, por lo que la misma no puede desentenderse de las consecuencias de tal actuación.

5. Reflexiones finales

El contrato de medicina prepaga es uno de los contratos más complejos, no sólo debido al vocabulario técnico que contiene sino también porque detrás de él existe una red contractual que hace que el sistema funcione.

En general, el usuario del contrato de medicina prepaga accede a los prestadores del servicio médico a través de la EMP, la cual puede prestar servicio por sí o por terceros. Si lo hace a través de terceros, cumple una función de intermediación entre el paciente y el personal de blanco, por ende, de una u otra manera existe una delegación del servicio.

En vista de que el contrato de medicina prepaga es un contrato de consumo y de adhesión se da la particularidad de que el empresario está en una posición ventajosa con relación al usuario y, en tal sentido, es factible que la empresa imponga cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad, las cuales son abusivas y, por ende, nulas.

Los usuarios son los débiles en la relación contractual y, en la práctica, se debe buscar la forma que sus derechos –que se encuentran protegidos en la Ley del Consumidor y Usuario– sean más efectivos ante la posición abusiva de las empresas de medicina prepaga, puesto que, en la realidad, son escasos los casos en que en los estrados judiciales se discuten y se defiendan los derechos de los “beneficiarios” de la prepaga médica.

REFERENCIAS

- Afonso, L. (2017). Direito do consumidor. São Paulo: Revista Dos Tribunais.
- Ardito, A y Jurio, M. (2005). Medicina prepaga: un contrato con tipicidad social, doctrinaria y jurisprudencial. UNLP 2005-36.
- Faillace, H. (2011). El sistema de salud. Obras sociales y Empresas de Medicina Prepaga. Buenos Aires: Cathedra Jurídica.
- Garay, O. (2002). La medicina prepaga. Buenos Aires: Ad hoc.
- Gherzi, C. et al. (1999). Contrato de medicina prepaga. Buenos Aires: Astrea.
- Gherzi, C. (2009). Derechos de los usuarios del servicio de salud. La Ley 2009-B.
- Gregorini Clusellas, E. (2005). Los servicios de medicina prepaga. La extensión contractual y legal de la cobertura. La Ley 2005-A y LLP 2005.
- Gregorini, L. (2013). Responsabilidad profesional médica. De las prestadoras y de las entidades de Medicina Prepaga. E. Gregorini Clusellas (Dir.), Medicina Prepaga: el Contrato y las Prestaciones de Salud. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gregorini Clusellas, E. (2013). Medicina Prepaga: el Contrato y las Prestaciones de Salud. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Iñiguez, M. (2005). Contratos de Prestaciones de Salud y Derechos Humanos. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Japaze, B. (2009). Contrato de Medicina Prepaga y Protección del Consumidor. En S. Picasso & R. Vázquez Ferreira (Dirs), Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y Anotada. Buenos Aires: La Ley.
- Lorenzetti, R. (2011). La Empresa Médica. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Lovece, G. (1997). Protección del usuario de los servicios médicos prepagos. Alcance de la cobertura. La Ley 1997-C.
- Lovece, G. (2004). Información y publicidad del servicio médico. Buenos Aires: Astrea.
- Weingarten, C. (1999). El contrato de medicina prepaga y las cláusulas abusivas, en C. Gherzi (Dir.) Clausulas abusivas 1. Nulidad e ineficacia. Medicina prepaga. Tarjeta de Crédito. Compraventa de automotores. Servicios domiciliarios. Rosario: Juris.