

## CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LOS CONTRATOS DE MEDICINA PREPAGA\*

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Contrato de medicina prepaga. Nociones generales y características. 3. Terreno propicio para la imposición de cláusulas abusivas. 4. Cláusulas abusivas específicas de los contratos de medicina prepaga. 5. Efectos de las cláusulas abusivas. 6. Conclusiones

### 1. Introducción

Los contratos de medicina prepaga poseen un contenido muy técnico, que, la mayoría de las veces, no es de por sí comprendido a cabalidad por sus usuarios.

La idea de este trabajo es dar a conocer al asociado del sistema de salud privada algunas herramientas que le ayudarán a identificar cuáles son las cláusulas abusivas que vienen predispuestas por las empresas de medicina prepaga, con el objetivo de liberarse de sus obligaciones convencionales y trasladar al afiliado los riesgos inherentes del contrato.

Es muy probable que el usuario de la prepaga médica se sienta vulnerable cuando requiere del servicio y se da cuenta de que el tratamiento de su enfermedad no estaba en realidad cubierto por su plan.

En tal sentido, se espera que el lector entienda que su estado de vulnerabilidad se da en un contexto complejo, puesto que su contraparte no sólo tiene mayor poder económico y conocimientos técnicos que los que él posee, sino que también está en juego su salud, uno de los derechos fundamentales de las personas, que lastimosamente no está debidamente protegido por el Estado.

Por ello, el objetivo principal de este artículo es hacer comprender a los asociados de la prepaga cómo funciona el sistema de medicina privada, y ayudarles a conocer cuáles son sus derechos como usuarios.

### 2. Contrato de medicina prepaga. Nociones generales y características

Una de las funciones principales del Estado es asegurar que las personas accedan a las prestaciones de salud o de asistencia médica<sup>1</sup>. Lamentablemente, por

---

\* **Publicado en:** Revista Jurídica Paraguaya La Ley. Año XLIII, Nro. 5, Junio 2020, págs. 1381 y ss.

<sup>1</sup> El art. 68 de la Constitución Nacional establece: “**Del derecho a la salud.** El Estado protegerá y promoverá la salud como derecho fundamental de la persona y en interés de la comunidad. Nadie será privado de asistencia pública para prevenir o tratar enfermedades, pestes o plagas, y de socorro en los casos de catástrofes y de accidentes...”. Para el Dr. **MANUEL DEJESÚS RAMÍREZ CANDIA:** “*El art. 68 hace referencia a la ‘protección de la salud como un derecho fundamental de las personas’, de esta expresión se desprende el reconocimiento de este*”

diversos motivos, hoy en día la salud pública no está en condiciones de proveer el debido servicio médico a todos los individuos residentes en el territorio nacional, y, por ende, la población busca acceder a otros componentes del sistema de salud para paliar dichas deficiencias. En ese sentido, la atención privada de la salud va ocupando cada día un mayor espacio dentro del sistema, y las empresas de medicina prepaga, en especial, surgen como una forma de asistencia médica alternativa a la prestada por el Estado o por la seguridad social.

Ante todo, se debe aclarar que la relación entre la empresa de medicina prepaga y el usuario es distinta de la relación tradicional entre el “médico” y el “paciente”, puesto que en este último caso el paciente contrata directamente con el médico sobre la base de una relación de confianza personal. En esta forma de contratación, el paciente accede al servicio eligiendo a su médico y abonando directamente la consulta.

Sin embargo, dentro del sistema de medicina prepaga<sup>2</sup>, la empresa médica organiza los servicios —en la mayoría de los supuestos— y delega en terceros la prestación, aunque también puede hacerlo por medios propios. Generalmente, se trata de una empresa de intermediación que subcontrata o delega en otros la prestación del servicio<sup>3</sup>.

Asimismo, cabe destacar que la confianza creada en el usuario con respecto a la empresa es distinta a la confianza “médico-paciente”, puesto que el asociado confía en la “marca empresarial” y, por lo general, no diferencia si el servicio prestado es propio o tercerizado<sup>4</sup>.

Según **HORACIO FAILLACE**, 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”<sup>5</sup>. Por su parte, **MARCELO DANIEL IÑIGUEZ** tiene un concepto más amplio, puesto que para el citado

---

derecho a favor de todos y cada uno de los individuos residentes en el territorio nacional” (RAMÍREZ CANDIA, Manuel Dejesús. *Derecho Constitucional Paraguayo*. Asunción, Ed. Litocolor, 2000, tomo 1, pág. 478).

<sup>2</sup> **RICARDO LORENZETTI** explica: “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” (LORENZETTI, Ricardo. *La empresa médica*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2011, 2° ed. ampliada y actualizada, pág. 166).

<sup>3</sup> Cfr. WEINGARTEN, Celia. *El contrato de medicina prepaga y las cláusulas abusivas*, en: “Cláusulas abusivas 1. Nulidad e ineficacia. Medicina prepaga. Tarjeta de crédito. Compraventa de automotores. Servicios domiciliarios”. Director Carlos A. Ghersi, Rosario, Ed. Juris, 1999, pág. 19.

<sup>4</sup> Cfr. GHERSI, Carlos. *Derechos de los usuarios del servicio de salud*, publicado en: La Ley Argentina 2009-B, 149.

<sup>5</sup> FAILLACE, Horacio. *El sistema de salud. Obras sociales y empresas de medicina prepaga*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2011, 2° ed., amp. y act., pág. 78).

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”*<sup>6</sup>. IÑIGUEZ utiliza la terminología “servicios médicos asistenciales” porque generalmente, la empresa no sólo brinda servicios médicos, sino también ofrece servicios de farmacia, laboratorios, etc.

La calidad de “beneficiario”, “asociado”, “asegurado”, “afiliado” o simplemente “usuario”, se adquiere en forma inmediata, pero la “asignación de beneficios” se halla, la mayoría de las veces, sujeta a ciertos condicionamientos, como el de cumplir un “plazo de espera” para acceder gradualmente a las distintas prestaciones de servicios<sup>7</sup>. Además, vale aclarar que el usuario se protege de un riesgo futuro en su vida o su salud, a través de 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.

En puridad, detrás del contrato de medicina prepaga hay una red de contrataciones, puesto que la empresa médica se vincula contractualmente con varias entidades y personas. Así, por ejemplo, celebra contratos de servicios con los médicos, odontólogos, e incluso con los sanatorios y laboratorios, acuerda contratos de compraventa de productos farmacéuticos, celebra contratos de locación de inmuebles para colocar sus oficinas o sus consultorios, etc.<sup>8</sup>. No todos los citados contratos están vinculados directamente con el usuario, pero si forman parte del costo empresarial.

Al respecto, la doctrinaria **BELÉN JAPAZE** refiere: *“Como todo producto o servicio que se comercializa en el mercado, el empresario proveedor es quien lo concibe y diseña, quien lo elabora, quien organiza la estrategia de ofrecimiento, colocación y distribución, así como los instrumentos necesarios para formalizar el vínculo con el destinatario. Mutatis mutandis, la empresa de medicina prepaga es la que concibe y elabora el producto (diseña planes con coberturas y prestaciones diversas, organiza las prestaciones que lo integran y a tal fin convoca a los prestadores particulares – laboratorios, farmacias, médicos, centros asistenciales, etc.), lo da a conocer mediante una adecuada estrategia de promoción publicitaria,*

---

<sup>6</sup> IÑIGUEZ, Marcelo Daniel. *Contratos de prestaciones de salud y derechos humanos*, Santa Fe, Rubinzal – Culzoni, 2005, 1° ed., pág. 96.

<sup>7</sup> Cfr. WEINGARTEN, Celia; op. cit., págs. 19 y 20.

<sup>8</sup> *“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”* (JAPAZE, Belén. *Contrato de medicina prepaga y protección del consumidor*, en: “Ley de Defensa del Consumidor. Comentada y anotada”, SEBASTIÁN PICASSO y ROBERTO A. VÁZQUEZ FERREYRA (Directores), Buenos Aires, La Ley, 2009, 1° ed., volumen 2, pág. 137).

*lo distribuye en el mercado de servicios y determina las condiciones a las que habrá de sujetarse el vínculo con el beneficiario”<sup>9</sup>.*

Obviamente, la organización de la red prestacional debe responder a las necesidades de una masa de usuarios, y, por ende, para que la empresa pueda cumplir con eficacia la cobertura de salud que ofrece, debe gestionar vínculos y gerenciar debidamente la red de prestadores de servicios. Económicamente, lo primordial es que como empresa de intermediación sea capaz de reunir los recursos suficientes para organizar un sistema de prestación médica para una masa de pacientes<sup>10</sup>. Para ello, lo que hace es captar los recursos de sus 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, esto es, la necesidad de atención médica<sup>11</sup>. En tal sentido, **FAILLACE** manifiesta: *“Es precisamente este aspecto de la organización del contrato de seguro el que autoriza a que no se lo estudie como una relación jurídica única y aislada, sino que se tenga en consideración que se encuentra incorporado a un esquema de vínculos contractuales más amplio que contribuye a dispersar ese riesgo. Esto es relevante, porque la ecuación económico-financiera así formulada no puede ser apreciada sólo como una relación adherente-prepaga, sino que debe tener a la vista ese contexto ampliado en el que se inserta y del que se nutre”<sup>12</sup>.*

Dicho esto, también se debe aclarar que el contrato de medicina prepaga es un contrato de adhesión con cláusulas predispuestas, lo cual significa que la empresa establece en forma unilateral las cláusulas que regirán el contrato. Esta característica es muy relevante, puesto que tal como lo indica **GRACIELA LOVECE**: *“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”<sup>13</sup>.*

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-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.

---

<sup>9</sup> JAPAZE, Belén; op. cit., pág. 127.

<sup>10</sup> Cfr. LORENZETTI, Ricardo. *Contratos. Parte Especial*, Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2003, 1º ed., tomo 2, pág. 200.

<sup>11</sup> Cfr. FAILLACE, Horacio; op. cit., pág. 74.

<sup>12</sup> FAILLACE, Horacio; op. cit., pág. 74.

<sup>13</sup> LOVECE, Graciela. *Información y publicidad del servicio médico*, Buenos Aires, Astrea, 2004, pág. 165.

Lo referido hace que exista un marco ideal para que la empresa médica incluya cláusulas abusivas (en el contrato de medicina prepaga) que tiendan a desequilibrar la relación jurídica, de forma tal que se transfieran los riesgos al asociado. Esta “transferencia” se da, generalmente, mediante exclusiones de coberturas que resultarían onerosas para la empresa. A más de ello, siendo un contrato tan técnico y complejo, el usuario recién se da cuenta de que “su enfermedad” no está cubierta, al momento de requerir utilizar el servicio.

Por otro lado, el contrato de medicina prepaga es un contrato de consumo. El usuario es la persona física que utiliza (como destinatario final) el servicio proveído por la empresa organizadora, la cual, mediante el cobro de un precio, funciona como una persona jurídica que presta servicios al consumidor final.

Entre otras de las características del contrato en cuestión, se tiene que el mismo es un contrato innominado o atípico, esto es, carece de regulación legislativa específica, por ende, al ser un contrato de adhesión y de consumo, prácticamente la única opción que tiene el usuario para defender sus derechos es la Ley 1334/98, de Defensa del Consumidor y del Usuario.

Si bien es cierto que el contrato de medicina prepaga y el contrato de seguro médico tienen varias similitudes y algunos podrían pensar que el contrato de medicina prepaga es un contrato típico, es dable indicar que, en realidad, existen diferencias importantes. Por ejemplo, para **LORENZETTI**, en el contrato de seguro el asegurador tiene la obligación de proveer una suma de dinero que le permita al asegurado afrontar los gastos que demanden las prestaciones de salud, es decir, su obligación es *esencialmente dineraria*, puesto que da el dinero para que el paciente pague las prestaciones<sup>14</sup>. Por otro lado, según **JAPAZE**, la diferencia está en que en el contrato de seguro la contingencia siempre es incierta y ajena al beneficiario, mientras que, en el contrato de medicina prepaga, la enfermedad sí participa de esos caracteres, mas no así otros riesgos cubiertos (controles preventivos, requerimientos del adherente, etc.) que pueden ser demandados mediante una simple petición del adherente<sup>15</sup>.

Asimismo, el contrato de medicina prepaga es un contrato aleatorio, en vistas de que las ventajas dependen de un acontecimiento incierto, es decir, las partes no saben si serán o no requeridos los servicios médicos, lo cual dependerá de la existencia de un evento futuro: la enfermedad. Al respecto, **RICARDO LORENZETTI** advierte: “*El vínculo que tratamos tiene un carácter aleatorio, ya que las ventajas dependen de un acontecimiento incierto. Tanto en la medicina prepaga como en el seguro hay un riesgo que es la enfermedad, que puede o no demandar el*

---

<sup>14</sup> Cfr. LORENZETTI, Ricardo. *La empresa médica*, op. cit., pág. 169.

<sup>15</sup> Cfr. JAPAZE, Belén; op. cit., págs. 143 y 144.

*cumplimiento de la prestación y que exige un cálculo estadístico para determinar el valor de la prima*<sup>16</sup>.

También se debe señalar que es un contrato de larga duración y de tracto sucesivo, teniendo como característica que la curva de utilidad marginal para las empresas es inversa. Para explicar dicha situación, es necesario recurrir nuevamente al Ministro de la Corte Suprema Argentina, quien señala: *“La empresa gana más dinero al principio de la relación porque el paciente paga con un bajo nivel de consumo de prestaciones, lo que se garantiza con la exclusión de las enfermedades previas y los periodos de carencia. Con el transcurso de los años el paciente comienza a gastar cada vez más por su envejecimiento natural y las enfermedades. De manera que el paciente ‘disfruta’ más del vínculo luego de varios años, mientras que a la empresa le sucede exactamente lo contrario*”<sup>17</sup>.

En tal sentido, y a lo que hace a el presente análisis, **EDUARDO GREGORINI CLUSELLAS** destaca que, como consecuencia de ser un contrato de larga duración, algunas circunstancias del contrato se pueden alterar. Así, puede que los prestadores no sean los mismos durante la duración del contrato, pero deberán ser equivalentes en cuanto a nivel científico y calidad de la estructura e instrumentación empleada. Así también, ante los avances de la ciencia y tecnología, la empresa debe actualizarse, generando respuestas para luchar en defensa de la salud humana<sup>18</sup>. Por su parte, **JAPAZE** indica: *“El tiempo y la duración del contrato imponen valorar el desarrollo y la dinámica del plan prestacional sin perder de vista esta nota característica. El contexto del contrato no debe ser visualizado de un modo estático, como un retrato de la realidad, inmodificable. El dinamismo de los hechos impone juzgar el contenido de las obligaciones asumidas desde esa perspectiva. El plan prestacional es, para ambas partes, un programa donde se compromete la cobertura de salud en un determinado nivel cualitativo y cuantitativo y se paga un precio acorde a esa pauta*”<sup>19</sup>.

Por último, se debe advertir que otro factor característico de este contrato es que los usuarios se protegen de riesgos futuros en su vida o salud. Esta nota tiene una importancia fundamental dado que, tal como lo indica **LOVECE**: *“Una de las problemáticas más sensibles y preocupantes para el ser humano es la protección integral de su salud y la de su grupo familiar*”<sup>20</sup>.

---

<sup>16</sup> LORENZETTI, Ricardo. Contratos ..., op. cit., pág. 200.

<sup>17</sup> LORENZETTI, Ricardo. La empresa médica..., op. cit., pág. 167.

<sup>18</sup> GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo. *Medicina prepaga: el contrato y las prestaciones de salud*, Director Eduardo Gregorini Clusellas, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013, 1º ed., págs. 158 y 159.

<sup>19</sup> JAPAZE, Belén; op. cit., pág. 133.

<sup>20</sup> LOVECE, Graciela. *Protección integral del derecho a la salud*, publicado en: LA LEY 11/04/2014, 11/04/2014, 4 - LA LEY 2014-B, 422.

### 3. Terreno propicio para la imposición de cláusulas abusivas

La ley de Defensa del Consumidor y del Usuario no define a la cláusula abusiva, pero a través de la lectura del artículo 28, se desprende que la norma parte de la desnaturalización de las obligaciones y de la pérdida del equilibrio de las prestaciones y deberes de los contratantes<sup>21</sup>.

El concepto de cláusula abusiva trasunta, en su esencia, un desequilibrio en la ecuación económica y jurídica del contrato, que provoca además un perjuicio para la parte débil (adherente, consumidor)<sup>22</sup>. Para NOEMÍ NICOLAU, la cláusula abusiva: “*es aquella que contraría los fines que la ley tuvo en mira al reconocer algún derecho o excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*”<sup>23</sup>.

Desde el punto de vista de los contratos de medicina prepaga, se debe considerar que la cláusula abusiva es aquella fórmula del contrato que genera un desequilibrio injustificado de las obligaciones contractuales, amplía los derechos de la empresa de medicina prepaga y restringe de forma importante los del usuario, colocándolos en situación de incertidumbre, indefensión o desventaja<sup>24</sup>.

Ya se había adelantado que en vistas de que el contrato de medicina prepaga es un contrato de adhesión y de consumo, la empresa prestadora encuentra un terreno propicio para imponer sus cláusulas, sin que exista la posibilidad real para el usuario de influir en el mismo. La empresa establece unilateralmente las cláusulas del contrato de prepaga, fijando su contenido y el usuario sólo tiene la elección de aceptarlo o rechazarlo, sin poder discutir el contenido del negocio. Además, considerando que entre los planes ofrecidos por las empresas prestadoras no hay diferencias sustanciales, tampoco el asociado tiene la opción de elegir entre las mejores opciones.

Si bien es cierto que la cláusula abusiva no es una patología propia y exclusiva del contrato de adhesión, se debe reconocer que en él existe una posibilidad cierta y

---

<sup>21</sup> DOS SANTOS MELGAREJO, José Angel. *Las cláusulas abusivas en los contratos de consumo*, en: “Derecho del Consumidor”, Obra colectiva: APUD, CORINA, DOS SANTOS y PALACIOS, Asunción, Intercontinental, 2019, pág. 120.

<sup>22</sup> Cfr. VALICENTI, Ezequiel. *Cláusulas abusivas y desnaturalización de las obligaciones*, en: La Ley Online, cita online: AR/DOC/1005/2016. “... *El desequilibrio que habilita la calificación como abusiva a una cláusula puede producirse en términos económicos —el sacrificio exigido al adherente no se corresponde, no es conmutativo, con el sacrificio del predisponente— o en términos jurídicos —se prevé una facultad al predisponente o se la veda al adherente, o se altera el sentido ‘normal’ de un derecho o se entorpece su ejercicio—*” (VALICENTI, Ezequiel; op. cit.).

<sup>23</sup> NICOLAU, Noemí y STIGLITZ, Rubén. *Cláusulas abusivas*, en: La Ley Online, cita online: AR/DOC/1135/2011. “*Una cláusula abusiva es aquella que implica un atentado contra el principio de la buena fe en la medida en que involucra una desproporción significativa entre las obligaciones y beneficios que adquieren las partes*” (ECHEVERRI SALAZAR, Verónica María; *El control a las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión con consumidores*, en: <http://eds.b.ebscohost.com/eds/pdfviewer/pdfviewer?vid=d34caa5a-50cb-479c-982e-3466b612bfaf%40pdc-v-sessmgro1>).

<sup>24</sup> Cfr. CASTRO, Beatriz, CASAL, Ana y DE LELLIS, Martín. *Medicina Prepaga. Políticas Públicas y Derecho a la Salud*, Buenos Aires, Proa XXI, 2007, 1º ed., pág. 213.

real de ser incorporada, abierta o subrepticamente<sup>25</sup>. Más aún cuando la realidad demuestra que en los contratos de prepaga médica, quien verdaderamente decide cuál será el contenido del contrato es siempre la empresa médica. Obviamente, el ente organizador construye sus obligaciones analizando la relación costo-beneficio, por tanto, siempre busca maximizar sus ganancias a través de la supresión de costos (por ejemplo, evitando dar coberturas a las prestaciones que resultan onerosas) y aumentos de precios del servicio, lo cual, indefectiblemente, se traduce en la imposición de cláusulas abusivas que denotan la existencia de una inequitativa situación de desequilibrio, ya que el empresario obtiene ventajas que no tienen una adecuada contrapartida en beneficio del consumidor.

En este punto, hay que decir que es entendible que, al ser una empresa, el ente organizador tiene por objetivo lucrar, y, por ende, querrá obtener una tasa de beneficio mayor. Ahora bien, también es cierto que el objeto del contrato de medicina prepaga es prestar asistencia médica, y, en tal sentido, quien provee dicho servicio cumple un rol social que tiene que servir como un elemento para buscar el mayor equilibrio contractual posible<sup>26</sup>. A lo mencionado, se debe agregar lo dicho por la doctrinaria **SANDRA FRUSTAGLI**, quien sostiene: “*el contrato de medicina prepaga, en cuanto operación a través de la cual el afiliado pretende asegurar la atención de su salud o la de su grupo familiar, involucra derechos fundamentales. Esa implicación del derecho a la salud, como así también del derecho a la vida, obliga a construir las soluciones a los problemas derivados de esa relación contractual desde una lógica diversa a la puramente económica, por tanto las respuestas jurídicas que se proporcionen deberán ponderar el complejo de valores implicados*”<sup>27</sup>.

En suma, la imposición de cláusulas abusivas se da ya que la empresa de medicina prepaga se encuentra en una situación de privilegio en la etapa precontractual, porque al ser el fuerte de la relación, su poder de negociación es diferente. Asimismo, juega a su favor el hecho de que el usuario encuentra en la protección de su salud una necesidad prioritaria y busca —a pesar de encontrarse en desventaja ante la empresa— alguna manera de estar prevenido ante eventuales contingencias (enfermedades) propias o de sus familiares.

---

<sup>25</sup> Cfr. BOQUÍN, Gabriela y RODRÍGUEZ, Gonzalo M. *La defensa del consumidor*, Buenos Aires, Ediciones D & D, 2017, pág. 51.

<sup>26</sup> En la jurisprudencia argentina, se ha dicho: “*La libertad de contratación que beneficia a los profesionales liberales encuentra su límite en la función social que cumplen como prestadores de servicios esenciales para la comunidad*” (CNCiv., sala L, 28/5/96, “Arenas, E. v. Centro Médico Santa Fe S.A.C. y/u otro s/ ordinario). Fallo citado por: FAILLACE, Horacio; op. cit., pág. 95. Asimismo, se ha sostenido que: “*La actividad que asume este tipo de empresas tiende a proteger las garantías constitucionales supra mencionadas, e importa un compromiso social con sus contratantes*”. (CNCiv., sala H, J.A. 1999-IV-1296, sum. 46). Fallo citado por: INIGUEZ, Marcelo; op. cit., pág. 99.

<sup>27</sup> FRUSTAGLI, Sandra. *Primeras reflexiones sobre el nuevo marco normativo del contrato de medicina prepaga*. Publicado en: Sup. Esp. Régimen Jurídico de la Medicina Prepaga 2011 (mayo), 19/05/2011, 34, cita Online: AR/DOC/1505/2011.

A su vez, durante la ejecución del contrato la posición de la empresa se ve aún más fortalecida, ya que juega a su favor la vulnerabilidad del usuario, quien, generalmente, requiere del servicio en casos urgentes e impostergables. En tal sentido, FAILLACE indica, con mucha perspicacia, que la sociedad prestadora actúa cuando el usuario se encuentra en una suerte de estado de necesidad, porque debe atender nada menos que su salud o la de sus seres queridos más directos (padres, cónyuges, hijos, hermanos)<sup>28</sup>. Otro punto que tampoco le favorece al beneficiario es el hecho de que la mayoría de las cláusulas impuestas en los contratos de prepaga médica son incomprensibles para la persona común, dado el contenido técnico de las mismas<sup>29</sup>.

Por último, a todo lo antedicho, cabe agregar que conforme bien lo dice CELIA WEINGARTEN: *“Otros factores contribuyen a acentuar el desequilibrio de potencialidades con los consumidores: la superioridad cultural científica de la empresa, la influencia de la publicidad, muchas veces engañosa, que promete determinada cobertura que luego difiere de la realidad y se descubre sólo en la inminencia de la prestación, la falta de información necesaria para que pueda determinar los verdaderos alcances de la relación contractual, la incorporación de cláusulas abusivas, etc.”*<sup>30</sup>.

#### **4. Cláusulas abusivas específicas de los contratos de medicina prepaga**

A continuación, se pasarán a individualizar algunas de las cláusulas abusivas que, de manera usual, se insertan en los contratos de medicina prepaga:

##### **4.1. Exclusión de enfermedades preexistentes, conocidas o no al momento de la afiliación**

Es una práctica usual en los contratos de prepaga establecer la exclusión de la cobertura de enfermedades preexistentes al momento de la celebración del contrato, ya sea que las mismas sean o no conocidas por el usuario.

El primer inconveniente que se advierte es saber qué se entiende por enfermedad preexistente, pues en muchas ocasiones ocurre que la enfermedad ya existía con anterioridad a la celebración del contrato, pero aún no se manifestó<sup>31</sup>. En

---

<sup>28</sup> FAILLACE, Horacio; op. cit., pág. 82.

<sup>29</sup> *“No hacemos referencia a la cláusula oscura o ambigua, sino a aquellos supuestos que requieren un conocimiento técnico o especial de la palabra utilizada, siendo precisamente este saber el que permite verificar los alcances del contrato. Cuando el contrato no es negociado, y se celebra por medio de un formulario en el que el adherente formula su aceptación de una manera incompatible con el significado técnico del término y se afecta la integridad de la prestación debida, normalmente se estará en presencia de una cláusula inválida”* (IÑIGUEZ, Marcelo; op. cit., págs. 115 y 116).

<sup>30</sup> WEINGARTEN, Celia; op. cit., págs. 21 y 22.

<sup>31</sup> *“El primer problema que se presenta se refiere al concepto mismo de enfermedad preexistente, es decir cuando una dolencia puede reputarse como de existencia anterior al ingreso del socio. Este concepto es de difícil*

tal sentido, **LORENZETTI** explica que si bien es muy común referirse a las enfermedades preexistentes como aquellas que el asociado padece al momento de su ingreso, en realidad, “el padecer” puede ser relacionado con la *existencia* o con la *manifestación* de una dolencia<sup>32</sup>.

El citado doctrinario aclara que la “existencia” no es un dato objetivo puesto que hay muchas maneras de interpretarlo. Así, puede que un paciente al momento de asociarse padezca una enfermedad, en el sentido que la misma se está “gestando”, por ende, la enfermedad “existe” pero no se la puede detectar<sup>33</sup>. Por tanto, para **LORENZETTI**, no hay otro modo de conceptualizar la preexistencia que utilizando el concepto de “manifestación” de la enfermedad, la cual consiste en la “exteriorización” de la enfermedad por cualquier medio que la haga perceptible, esto es, diagnosticada, tratada o que el paciente sufra de un dolor o signos de dolencia<sup>34</sup>.

Partiendo de lo antedicho, se tiene que el inconveniente surge cuando las empresas consideran como “preexistentes” a enfermedades que no deberían ser tratadas como tales y, por ende, las excluyen de la cobertura. En efecto, algunas empresas toman como preexistentes incluso a las enfermedades que no se han manifestado al momento de la incorporación del usuario al sistema, y lógicamente no son conocidas por el usuario.

En puridad, la manifestación de la enfermedad es relevante, pues es evidente que, si las mismas no se exteriorizan, es difícil que el asociado pueda llegar a tener conocimiento de que se encuentra enfermo al momento de su afiliación.

Entonces, no tiene sentido que se “castigue” al usuario excluyendo la cobertura de enfermedades que se encontraban ocultas al momento de la inscripción al sistema, y tampoco se puede considerar que el afiliado obró de mala fe por no haber declarado la enfermedad al momento de su inscripción, cuando el mismo aún no tenía conocimiento de su padecimiento.

A nuestro criterio, sólo deberían ser consideradas como preexistentes las enfermedades que —a la fecha de la celebración del contrato de prepaga— hayan sido conocidas por el usuario o bien hayan sido exteriorizadas claramente, de manera tal que sea imposible su desconocimiento. En estos casos, el usuario tiene la obligación de manifestar su estado de salud al llenar la correspondiente ficha de declaración jurada.

---

*determinación científica, ya que ciertas enfermedades, por sus características, no permiten determinar con precisión su origen, como así tampoco el tiempo de evolución*” (WEINGARTEN, Celia; *Los usuarios de salud en la medicina prepaga*, en: “Manual de los derechos de usuarios y consumidores”, GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia; 1° ed., Buenos Aires, La Ley, 2011, pág. 382).

<sup>32</sup> Cfr. LORENZETTI, Ricardo. *La empresa médica*, op. cit., pág. 195.

<sup>33</sup> Cfr. LORENZETTI, Ricardo. *La empresa médica*, op. cit., pág. 195.

<sup>34</sup> Cfr. LORENZETTI, Ricardo. *La empresa médica*, op. cit., págs. 196 y 197.

Obviamente, si el usuario obrase de mala fe y a pesar del conocimiento de su existencia no declarase su enfermedad, se habilitaría la vía para que la empresa sostenga la exclusión de la cobertura<sup>35</sup>. En este caso, corre a cargo de la empresa médica la carga de la prueba<sup>36</sup>.

También cabe destacar que tal como lo indican **GHERSI, WEINGARTEN** e **IPPOLITO**, existe la posibilidad de que —a más de los casos en los que el paciente ignora que está padeciendo o cursando alguna patología— en ocasiones, el paciente tenga una concepción de enfermedad que difiera de la del profesional<sup>37</sup>. En atención a ello, los citados autores manifiestan: “*sería injusto y hasta abusivo dejar librado al paciente informar aquello que no está en condiciones de conocer y asumir así todo el peso de su ignorancia*”<sup>38</sup>.

Ahora bien, también hay que considerar, conforme bien lo indica **JAPAZE**, que: “*...pesa sobre la empresa de medicina prepaga, el deber de informar acerca de las llamadas enfermedades preexistentes, en tanto determinan supuestos de exclusión de la cobertura. Se debe precisar cuáles son los elementos que las tipifican, cómo deben ser denunciadas, cuáles son las consecuencias derivadas de la falsedad de la declaración jurada y de la omisión en que incurriera, qué responsabilidades asume el titular, etc.*”<sup>39</sup>.

Paralelamente a lo antedicho, se debe puntualizar que **GHERSI** y **WEINGARTEN** sostienen que el examen médico constituye una *carga* que debe cumplir la empresa, de manera tal de poder fijar con precisión la extensión de la

---

<sup>35</sup> “*A má-fé do segurado somente implicará isenção de cobertura caso tenha tido o condão de ocultar ou dissimular o proprio risco segurado, isto é, a omissão do segurado deve ter sido causa determinante para a seguradora assumir o risco da cobertura que se pretende afastar*” (REsp. 1.230.233). “*La mala fe del asegurado solo implicará una exención de cobertura si ha tenido la capacidad de ocultar o disimular el proprio riesgo asegurado, esto es, la omisión del asegurado debe haber sido una causa determinante para que la aseguradora asuma el riesgo de la cobertura que se pretende eliminar*”. Ver: CAVALIERI, Sergio. Programa de direito do consumidor, 4° Ed., São Paulo, Atlas, 2014, pág. 259.

<sup>36</sup> “*Existe consenso en relación a que incumbe a la empresa de medicina prepaga acreditar la falsedad de la declaración jurada y que existió omisión dolosa*” (JAPAZE, Belén; op. cit., pág. 181).

<sup>37</sup> GHERSI, Carlos - WEINGARTEN, Celia – IPPOLITO, Silvia. *Contrato de medicina prepaga*, 2° ed. act. y amp., Buenos Aires, Astrea, 1999, pág. 222.

<sup>38</sup> GHERSI, Carlos - WEINGARTEN, Celia – IPPOLITO, Silvia; op. cit., pág. 222. “*Para juzgar como falsa o inexacta la declaración del denunciante, hubiera sido exigible la presencia de un profesional para facilitar el entendimiento del cuestionario de la solicitud en el momento de contestar las diferentes patologías detalladas. Correspondería a la empresa cargar con la prueba de que el asociado conocía su afección y que la ocultó dolosamente. No todo ocultamiento puede ser considerado como doloso, ya que puede ocurrir que éste se deba a la carencia de conocimientos médicos de una persona profana en esa materia. No puede exigirse al hombre común que relacione el malestar que lo aqueja o aquejó en algún momento con los síntomas y signos propios de alguna enfermedad*” (CNCiv, sala B, 17/12/2007, “W.A.N. c. Qualitas Médica S.A. s/ daños y perjuicios”, El Dial AA45E6). Ver: GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia; *Tratado de Regulación de la Empresa de Medicina Prepaga*, Buenos Aires, La Ley, 2012, 1° ed., pág. 313.

<sup>39</sup> JAPAZE, Belén; op. cit., pág. 179.

cobertura asumida, y su inobservancia trae como consecuencia la asunción de los riesgos inherentes a esa omisión<sup>40</sup>.

En síntesis, la exclusión de cobertura de las enfermedades preexistentes es una cláusula comúnmente utilizada, y la misma debe ser considerada abusiva cuando se incluyen como tales las enfermedades que el usuario no conocía o no tuvo oportunidad de conocer por ser ocultas o no manifiestas<sup>41</sup>. En este caso, el usuario podría solicitar la nulidad de la cláusula invocando los incisos a) y h) del art. 28 de la Ley del Consumidor y del Usuario, que respectivamente, consideran abusivas las cláusulas que “desnaturalizan las obligaciones” e “impongan condiciones injustas de contratación”.

#### **4.2. Cláusulas de rescisión unilateral que violentan la finalidad del contrato**

En general, se sostiene que la rescisión es un acuerdo de voluntades por el cual se deja sin efecto un contrato, y, por ende, la misma tiene un carácter bilateral, salvo en los casos en que la ley permita expresamente la rescisión unilateral (sin expresión de causa) o bien las propias partes convengan la posibilidad de dicha forma de extinción del contrato.

No hay duda de que en los contratos paritarios la cláusula que faculta la posibilidad de la rescisión unilateral es lícita. Empero, cuando esta cláusula es insertada en un contrato predispuesto o en un contrato de adhesión, la situación cambia y se plantean dudas sobre la validez de dicha cláusula, ya que la parte fuerte de la relación contractual hace valer su posición frente al adherente, quien no tiene la posibilidad de “negociar” la imposición o no de dicha cláusula.

Llevado al campo del contrato de prepaga médica, lo más probable es que cuando se impone una cláusula de rescisión unilateral, el contrato no trasunta la verdadera intención de las partes, ya que en los contratos de medicina prepaga es

---

<sup>40</sup> WEINGARTEN, Celia; *El contrato de medicina prepaga y las cláusulas abusivas*, op. cit., pág. 31. GHERSI y WEINGARTEN señalan: “La operatoria habitual es que el socio acceda al sistema prepago sin practicarsele revisión médica alguna. Y no es casual que las empresas no la realicen previamente a la incorporación, ya que de esta forma se aseguran de no perder clientes, al menos durante un período prolongado, pero conservando siempre la posibilidad de excluirlos de la cobertura cuando requieran de atención médica a la que reputan preexistente... Es la empresa quien se encuentra en mejor posición para informar preexistencias o el estado general de salud del adherente, ya que éste carece de un conocimiento cabal sobre las enfermedades que pudiere padecer, encontrándose en este terreno en notoria desigualdad. Se intenta trasladar de este modo una carga que es propia de la empresa, quien debe fijar con precisión el alcance de la cobertura asumida mediante un previo examen médico” (GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia. *Tratado de regulación de la empresa de medicina prepaga*, op. cit. pág. 312).

<sup>41</sup> “La cláusula del contrato de medicina prepaga mediante las cuales se sustraen de la cobertura las enfermedades preexistentes ‘conocidas o no’ debe ser considerada una estipulación abusiva y contraria al espíritu de las disposiciones legales que regulan la materia”. (C5a Civ. y Com. Córdoba, 10/06/2009, “Griguol, Graciela Yolanda c. Parque Salud S.A.”, La ley online – AR/JUR/25018/2009”. Fallo citado por: LOVECE, Graciela. *Cláusulas y prácticas abusivas* en: “Manual de los Derechos de Usuarios y Consumidores” (GHERSI y WEINGARTEN, op. cit. pág. 172).

razonable suponer que el asociado desea que la relación contractual sea perdurable y cumpla con sus fines de tutela de la seguridad de su salud en el futuro. Tal como lo señala **WEINGARTEN**: “*El hecho de que una estipulación contractual acuerde al ente la posibilidad de rescindir el contrato en forma unilateral y en cualquier momento se opone a la finalidad económica y social del contrato, a la intención de las partes y a aquello que, según la naturaleza del contrato, normalmente el usuario espera recibir*”<sup>42</sup>. En efecto, “*cuando el adherente se vincula contractualmente con la empresa prepaga, lo hace con el propósito de obtener una cobertura médica por un tiempo considerable y no pensando que el servicio puede ser suprimido en cualquier momento y sujeto a la voluntad del ente, quien, por este mecanismo, encontraría la vía más fácil y eficaz para deshacer una relación contractual*”<sup>43</sup>.

Si bien es cierto que en nuestro país la mayoría de los contratos de medicina prepaga se celebra por un plazo de duración de un año, el asociado contrata visualizando que su relación va a ser perdurable en el tiempo a través de las correspondientes renovaciones anuales, que inclusive en algunos casos son automáticas.

Entonces, es razonable suponer que esa relación contractual goza de cierta vocación de perdurabilidad ínsita en sus fines, lejos de la intención de pactarse con ánimo de concluirla en cualquier instante, sino más bien de mantenerla y conservarla como parte de las denominadas carteras de clientes<sup>44</sup>. Así como lo manifiestan **GHERSI, WEINGARTEN e IPPOLITO**: “*La duración del contrato constituye su nota relevante, ya que la satisfacción de la finalidad perseguida dependerá de la continuidad de la asistencia médica (objetivo que únicamente se logra mediante el establecimiento de una relación jurídica que perdure en el tiempo)*”<sup>45</sup>.

Conforme con lo antedicho, se puede sostener que es abusiva la imposición de una cláusula que posibilite a la empresa de medicina prepaga rescindir unilateralmente el contrato, dado que la empresa puede utilizar tal facultad ante el riesgo de incurrir en gastos importantes aparecidos en la relación de prestaciones, y, con ello, imposibilitar la concreción de la finalidad primordial para el usuario, que es el resguardo de su salud. Asimismo, la imposición de este tipo de cláusulas reconoce, de una u otra manera, que quien tiene el predominio en la relación contractual posee el poder de romper el equilibrio de las prestaciones y defraudar las legítimas expectativas de la contraparte, ya que durante la ejecución del contrato tiene la posibilidad de evaluar la dinámica de los riesgos asumidos al momento de la celebración del contrato, obteniendo así la reducción del riesgo y el abaratamiento de su prestación mediante una rescisión unilateral intempestiva.

---

<sup>42</sup> WEINGARTEN, Celia; *Los usuarios de salud en la medicina prepaga*, op. cit., pág. 391.

<sup>43</sup> WEINGARTEN, Celia; *Los usuarios de salud en la medicina prepaga*, op. cit., pág. 391.

<sup>44</sup> GHERSI, Carlos - WEINGARTEN, Celia – IPPOLITO, Silvia; op. cit., pág. 124.

<sup>45</sup> GHERSI, Carlos - WEINGARTEN, Celia – IPPOLITO, Silvia; op. cit., pág. 124.

Al respecto, **OSCAR GARAY** comenta: *“La doctrina y la jurisprudencia [argentinas] sostienen en forma conteste que el uso discrecional de esta facultad rescisoria por parte de la entidad de medicina prepaga convierte a la cláusula que la contiene en abusiva. Ello por cuanto desnaturaliza el equilibrio obligacional que debe existir entre las partes y porque violenta el cumplimiento de las obligaciones nucleares a que se comprometen los contratantes. Si la empresa prepaga recibe en pago la cuota periódica de partes del asociado y luego cuando decide rescindir unilateralmente y sin causa el contrato, está desnaturalizando la esencia del contrato, que estriba en el respecto del equilibrio contractual”*<sup>46</sup>. Por su parte, los autores **CASTRO, CASAL** y **LELLIS** indican: *“El ejercicio de esta facultad por parte de la empresa puede ocasionar al consumidor un grave perjuicio (interrupción de tratamientos, dificultades para acceder en forma inmediata a otra cobertura), o incluso, enmascarar un incumplimiento de contrato cuando la decisión se adopta ante la perspectiva cierta de tener que otorgar determinada cobertura”*<sup>47</sup>. Los citados autores son claros en precisar que: *“Por ello, aun cuando la cláusula generalmente le confiere un derecho equivalente al consumidor, se considera que ella es abusiva, en razón de que no resulta equiparable la pérdida que para la empresa representa la desvinculación de un adherente, en comparación con los perjuicios que la resolución intempestiva del contrato puede acarrear al consumidor”*<sup>48</sup>.

En conclusión, la cláusula que permite a la empresa rescindir unilateralmente el contrato es abusiva, ya que quebranta el equilibrio negocial y contradice la naturaleza del contrato de prepaga médica, siendo que una de sus finalidades es la permanencia y continuidad de las prestaciones médicas. Esto es así porque cuando el usuario celebra un contrato de prepaga médica lo hace con el objetivo de obtener una cobertura médica ilimitada en el tiempo. El asociado no ve como posible que el servicio pueda ser interrumpido en cualquier momento. Asimismo, debe puntualizarse que la cláusula va a seguir siendo abusiva, por más de que también faculte al adherente la posibilidad de rescisión.

A los efectos de anular dicha cláusula, el asociado podrá invocar los incisos a) e i) del artículo 28 de la ley de Defensa del Consumidor y del Usuario<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> GARAY, Oscar Ernesto. *La medicina prepaga*, Buenos Aires, Ad hoc, 2002, págs. 177/178. *“La jurisprudencia ha declarado que ‘configura cláusula abusiva en los términos del art. 37 de la ley 24.240 aquella disposición inserta en un contrato de medicina prepaga por la cual se faculta a la empresa prestataria a rescindir el contrato en forma unilateral e incausada, ya que este tipo de cláusulas desnaturalizan las obligaciones al afectar la corresponsabilidad de larga duración, que determina que a través de pagos anticipados verificados durante el transcurso del tiempo, el beneficiario se proteja de riesgos futuros en la salud”*. (Cám. Cont. Adm. y Trib. CABA, sala II, 3-3-2004, “Asociación Civil Hospital Alemán c/ Ciudad de Buenos Aires” E. D. 211-453). Ver: LORENZETTI, Ricardo; *La empresa médica*, op cit., pág. 174.

<sup>47</sup> CASTRO, Beatriz, CASAL, Ana y de LELLIS, Martín; op. cit., pág. 219.

<sup>48</sup> CASTRO, Beatriz, CASAL, Ana y de LELLIS, Martín; op. cit., pág. 219.

<sup>49</sup> Tal como ya se ha visto, el inc. a) del art. 28 de la Ley 1334/98, de Defensa del Consumidor y Usuario, se refiere a las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones. La Ley N° 5427 del año 2015 agregó cuatro incisos al artículo 28 de la Ley N° 1334/98, ampliando de dicha manera los casos considerados como cláusulas prohibidas. Las cláusulas son las siguientes: inc. i) *“faculten al proveedor a alterar, modificar o rescindir unilateralmente las*

#### **4.3. Las que facultan a la empresa de medicina prepaga a modificar, en forma unilateral, el alcance de las prestaciones comprometidas**

En este caso, si la empresa de medicina prepaga está facultada a modificar (en forma unilateral) el alcance de las prestaciones comprometidas, se corre el peligro de que altere o suprima las coberturas o beneficios que estaban establecidos a favor del asociado.

De este modo, enfermedades que antes recibían atención médica dejan de tenerla. Algo similar ocurre con la supresión de estudios: en estos casos, si bien muchas veces no se alude a una cancelación total de beneficio, se los cancela, y, en razón de su alto costo, constituye en definitiva un modo indirecto de exclusión del plan de prestaciones originalmente convenido<sup>50</sup>. **SERGIO CAVALIERI** señala: *“Las cláusulas abusivas que posibilitan la modificación de una cláusula, y eventualmente hasta el contrato, son concomitantes con la formación del contrato, o sea, en el momento en que las partes lo celebran ya queda insertado el germen de algo que más tarde, en la fase de ejecución, va a generar un problema”*<sup>51</sup>. A su vez, **RUBÉN STIGLITZ** manifiesta que son abusivas las cláusulas por las que se amplíen los derechos del predisponente, entre las cuales cita la cláusula por las que se reserve el predisponente el derecho de modificar, en algún sentido, la obligación a la que se ha comprometido, como la relativa a las características del producto o el contenido del contrato<sup>52</sup>.

Con razón dice **WEINGARTEN** que las obligaciones que la empresa asume contractualmente no pueden ser suprimidas o alteradas total o parcialmente en forma arbitraria, debiendo cumplir ineludiblemente con aquellas prestaciones y del mismo modo en que se ha comprometido, salvo que se modifiquen aspectos no esenciales en la prestación del servicio<sup>53</sup>.

En Argentina, la magistratura ha dicho: *“En el contrato de adhesión resulta abusiva la posibilidad de que una de las partes pueda modificar, alterar o retocar el*

---

*condiciones o cláusulas del contrato, salvo los casos contrarios previstos en la ley”; f) “faculten al proveedor para dejar sin efecto una transacción celebrada con el consumidor o usuario cuando el precio ha sido fijado como publicidad previstos en la ley”; k) “autoricen al proveedor a rescindir o restringir sin aviso la prestación de un servicio”; l) “prorroguen automáticamente el contrato de duración determinada, si el consumidor no se manifiesta en contra”; y, m) “equiparen el silencio del consumidor o usuario como aceptación, salvo los casos previstos en la Ley”.*

<sup>50</sup> Cfr. WEINGARTEN, Celia. *El contrato de medicina prepaga y las cláusulas abusivas ...op. cit.*, págs. 39 y 40.

<sup>51</sup> “As cláusulas abusivas, que ensejam a modificação da cláusula e, eventualmente, até do contrato, são concomitantes à formação do contrato, ouseja, no momento em que as partes o celebram já fica lançado o germe de algo que mais tarde, na fase da execução, vai gerar um problema” (CAVALIERI, Sergio; op. cit., pág. 183).

<sup>52</sup> Cfr. STIGLITZ, Rubén. *Contratos por adhesión, contratos de consumo y cláusulas abusivas*, en La Ley Online, cita online: AR/DOC/2850/2015.

<sup>53</sup> Cfr. WEINGARTEN, Celia. *El contrato de medicina prepaga y las cláusulas abusivas ...op. cit.*, págs.39 y 40.

*contrato luego de firmado y de acuerdo a las conveniencias. De admitirse semejante alternativa en un contrato de medicina prepaga la inseguridad sería enorme, pues cada paciente estaría ‘seguro’ de contar con cobertura médica hasta el día en que contrae una enfermedad que le insume un costo mayor al previsto a la obligada, la que sin ninguna consecuencia modificaría el contrato para no tener que soportar el costo”<sup>54</sup>. Así también, se ha sostenido que: “Deben considerarse abusivas las cláusulas contenidas en los contratos de medicina prepaga que permiten a la empresa prestadora del servicio modificar unilateralmente su contenido, pues una decisión contraria implicaría reconocerle un poder negociador abrumador que pondría en peligro el equilibrio contractual y el derecho constitucional a la salud de los afiliados”<sup>55</sup>.*

En suma, si en el contrato de medicina prepaga se establece una cláusula que faculte a la empresa prestadora a modificar unilateralmente el alcance de las prestaciones comprometidas, la misma será abusiva y se encuadraría dentro de lo establecido en el artículo 28 inc. a) de la ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, puesto que se desnaturalizarían las obligaciones, alterándose el vínculo obligacional.

#### **4.4. Permitan a la empresa de prepaga médica la variación unilateral del precio**

Conforme a lo establecido en el inc. e) del artículo 28 de la ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, son abusivas las cláusulas que facultan al proveedor a modificar en forma unilateral el precio.

No sólo en las relaciones de consumo existe la prohibición de la alteración unilateral del precio. La noción fundamental del contrato como conjugación de voluntades ya repele cualquier alteración del vínculo basada únicamente en el querer de una de las partes<sup>56</sup>.

Ahora bien, resulta conveniente advertir que la regla de modificación del precio no es absoluta, puesto que se pueden preestablecer, de manera específica, parámetros o circunstancias que podrían aumentar la cuota, siempre y cuando los mismos no dependan exclusivamente de la voluntad de la empresa proveedora. En Argentina, en el juicio: *A. y J. contra Medical Cover Cobertura Médica Privada S.A.*,

---

<sup>54</sup> Del voto en disidencia del Dr. KIPER (CNCiv., sala H, 20/2/1998, “Peña de Márquez Iraola, J.M. y/ Asociación Civil Hospital Alemán s/ daños”, JA, 1998-IV-496). Ver en: MAC DONALD, Andrea Fabiana. *Medicina prepaga. Ley 26.682. Comentada*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas, 2011, págs. 79 y 80.

<sup>55</sup> CNCiv., sala K, 01/02/2010, “V. A. H. c. Sistema de Protección Médica S.A.”, AR/JUR/4158/2010. Ver en: LOVECE, Graciela. *Cláusulas y prácticas abusivas ...* op. cit., págs. 179 y 180.

<sup>56</sup> “Cabe observar, por fim, que não é apenas nas relações de consumo existe a proibição de alteração unilateral do preço. A noção fundamental do contrato como conjugação de vontades já repele qualquer alteração do vínculo baseada unicamente no querer de uma das partes” (ROSCOE BESSA, Leonardo. *Proteção Contratual*, en: “Manual de direito do consumidor”, ANTONIO HERMAN BENJAMIN, CLAUDIA LIMA MARQUES, LEONARDO ROSCOE BESSA, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, 6° ed. rev. e amp., pág. 411).

se ha considerado que la alteración unilateral del precio de la cuota o de las condiciones previstas para la prestación de servicios médicos por una empresa de medicina prepaga, desnaturalizaría las obligaciones de la ley, teniendo la empresa el deber de mantener la prestación de sus servicios conforme lo convenido inicialmente, a más del deber específico de información. Así también se estableció que en caso de duda se debe estar siempre a la interpretación más favorable para el consumidor<sup>57</sup>.

Por su parte, sobre la posibilidad o no de la modificación del precio en los contratos de prepaga médica, JAPAZE manifiesta: “*Cabe admitir, como principio, que el precio a pagar —como cualquiera de las demás prestaciones— puede ser objeto de una necesaria revisión. Como se ha dicho, estamos frente a un contrato de larga duración, donde la fijación del precio guarda estrecha relación con el coste de los bienes involucrados en la prestación de los servicios y con las características del mercado en el que se desarrolla la actividad. Admitida esta premisa es necesario advertir que la empresa organizadora, en tanto profesional del negocio, está obligada a realizar sus estudios de costos en forma seria, a analizar proyecciones estadísticas, a prever mecanismos que contribuyan a la estabilidad del sistema y a enfrentar eventuales crisis de financiamiento, etc.*”<sup>58</sup>. La citada autora sigue diciendo: “*no puede concluirse en la imposibilidad absoluta de modificar —aumentar— la cuota, sino que esta facultad deberá ejercerse sobre la base de parámetros claros y prefijados y siempre que su ejercicio no resulte abusivo*”<sup>59</sup>.

En tal sentido, en la jurisprudencia comparada, en el juicio: *Medicus S.A. contra Secretaría de Comercio e Inversiones*, se ha expresado que, siendo el contrato de prestación de servicios asistenciales médicos de tracto sucesivo, los avances tecnológicos bien pueden determinar la incorporación de tratamientos más complejos, que exijan mayores erogaciones que las previstas por el prestador al comienzo de la relación contractual, razón por la cual la posibilidad de pactar una cláusula que le permita establecer nuevos aranceles no aparece como necesariamente violatoria del derecho vigente<sup>60</sup>. Si bien es cierto que los avances tecnológicos aumentan los costos de la prestación del servicio médico, también es cierto que la empresa médica está organizada de una manera en la que puede analizar proyecciones estadísticas y prever mecanismos para enfrentar algún tipo de aumento de precios y eventuales crisis de financiamiento, etc. Entonces, lo ideal es que, si en el contrato de medicina prepaga se dispone una cláusula que establezca la posibilidad de aumentar el precio, los parámetros y mecanismos para actualizar el precio sean claros, concretos y excepcionales. Además, en caso de ser preestablecida la citada posibilidad, es dable recordar que la empresa médica debe cumplir cabalmente con el deber de información en la etapa precontractual.

---

<sup>57</sup> Ver en: RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. *Derecho del consumidor y del usuario de servicios. Ley N° 1334/98. De Defensa del Consumidor y del Usuario*, Asunción, La Ley, 2014, pág. 211.

<sup>58</sup> JAPAZE, Belén; op. cit., pág. 195.

<sup>59</sup> JAPAZE, Belén; op. cit., pág. 195.

<sup>60</sup> GARAY, Ernesto; *La medicina prepaga*, op. cit., pág. 179. El fallo fue dictado por la CNCont. Adm. Fed., Sala 2, 8/10/1996.

Empero, de ninguna manera está permitido que la variación del precio dependa del arbitrio unilateral del predisponente. Asimismo, es importante adelantar que, tal como se verá posteriormente, el aumento del precio de la cuota no puede tener como base la edad del asociado.

Lo que ocurre en nuestro país es que los contratos de medicina prepaga tienen una duración de un año y se renuevan (de manera automática o de común acuerdo), por lo que los aumentos se dan de manera anual. En tal sentido, lo usual es que en los contratos se establezca una cláusula que dice: “*Las cuotas podrán ser ajustadas en forma anual teniendo en cuenta los aumentos o la inflación en el área de la salud, la devaluación de la moneda y el índice de utilización de los servicios*”.

Demás está decir que siendo el contrato de medicina prepaga un contrato aleatorio, la “*utilización del servicio*” no puede ser un parámetro válido para aumentar el precio de la cuota, por ende, dicha cláusula desnaturalizaría el contrato y deberá ser declarada abusiva conforme a lo establecido en el inciso a) del artículo 28 de la ley del Consumidor y del Usuario.

#### **4.5. Exclusiones de coberturas establecidas a través de la utilización de términos imprecisos, ambiguos, confusos o mediante el uso de cláusulas sorpresivas**

En este punto se debe partir de la premisa de que las cláusulas que establecen exclusiones de coberturas son válidas, siempre y cuando estén redactadas con *claridad* y no sean *sorpresivas*.

Importa destacar que durante la etapa precontractual<sup>61</sup>, la empresa de medicina prepaga tiene el deber de informar claramente cuáles son las coberturas excluidas, y, para que no existan confusiones, la lista de enfermedades que no están cubiertas debe estar inserta en una sola cláusula que se refiera a las exclusiones<sup>62</sup>.

En el ámbito del derecho del consumidor, el deber de informar surge de la desigualdad (asimetría) de los conocimientos del producto o servicio ofrecido, por lo que la información es necesaria para restablecer el equilibrio. 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 el artículo 6 inc. d) de la ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, por ende, se puede decir que hoy en día es una obligación legal derivada del principio de la buena

---

<sup>61</sup> El deber de informar es una obligación accesoria de conducta cuyo contenido es cooperar con la contraparte. Este deber rige en todo el *iter contractual* pero, en general, tiene mayor relevancia en la etapa precontractual.

<sup>62</sup> “*Las cláusulas de exclusión de cobertura (como la preexistencia) se consideran válidas siempre y cuando se hayan informado en forma cierta y clara al adherente del servicio, teniendo en cuenta su especial vulnerabilidad*”. (BOQUÍN, Gabriela y RODRÍGUEZ, Gonzalo M.; op. cit., pág. 56).

fe, que pretende proteger al más débil de la relación de consumo, ya sea por su escasa información o por su inexperiencia negocial<sup>63</sup>.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha dicho 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 de 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”*<sup>64</sup>.

Con la obligación de informar se busca proteger el consentimiento del consumidor y que éste logre satisfacer la necesidad anhelada, utilizando debidamente el producto o el servicio adquirido.

En caso de los contratos de medicina prepaga, cuando se habla de proteger el consentimiento, se quiere significar que la información a ser proporcionada al eventual asociado debe contener los datos necesarios y relevantes que permitan conocer el servicio que le es ofrecido realmente, y, de tal forma, permitirle saber si el mismo podrá o no satisfacer sus necesidades. Asimismo, la información debe servir para realizar comparaciones con ofertas similares del mercado. En similar sentido, el doctrinario brasileño **LUIZ FERNANDO AFONSO** dice: *“Lo que debe ser destacado desde el inicio es que la información es un instrumento fundamental en la publicidad de los planes de salud y en la celebración de sus respectivos, y futuros, contratos, sobre todo cuando van dirigidos a los consumidores de edad avanzada. Todos deberán ser adecuadamente informados sobre las condiciones del contrato, a fin de que no sean sorprendidos en el momento en que de hecho necesitan los servicios médicos con los cuales contaban. Una eventual sorpresa en ese sentido contradice la buena fe, que necesariamente debe estar presente en las relaciones de consumo libradas entre consumidores y proveedores de servicios privados de asistencia a la salud”*<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> DOS SANTOS, José Angel. *El deber de informar en la ley de defensa del consumidor y del usuario*; en: “Derecho del Consumidor”, Obra colectiva: APUD, CORINA, DOS SANTOS Y PALACIOS, Intercontinental, Asunción, 2019, pág. 37.

<sup>64</sup> Ver Acuerdo y Sentencia N° 812 del 17/08/2015, dictado en: “TELECEL S.A. c/ Resolución N.º 421 del 24 de setiembre de 2014 de SEDECO”, publicado en LLP Octubre 2017.

<sup>65</sup> *“O que deve ser destacado desde o início é que a informação é um instrumento fundamental na realização de publicidade de planos de saúde e na celebração dos seus respectivos, e futuros, contratos, mormente quando dirigidas a os consumidores idosos. Todos deverão ser adequadamente esclarecidos sobre as condições do contrato, a fim de que não sejam surpreendidos no momento em que, de fato, necessitarem dos serviços médicos com os quais contavam. Eventual surpresa nesse sentido contraria a boa-fé, que, necessariamente, deve estar presente nas relações de consumo travadas entre consumidores e fornecedores de serviços privados de assistência à saúde”* (AFONSO, Luiz Fernando. *Direito do consumidor*, São Paulo, Ed. Revista Dos Tribunais, 2017, pág. 36).

Lastimosamente, en la práctica, el deber de informar —en la etapa precontractual— sobre cuáles son las coberturas excluidas en el plan ofrecido por la empresa de medicina prepaga casi nunca se cumple, y esto trae consecuencias negativas tanto en la formación del consentimiento del usuario como durante la etapa de ejecución del contrato, puesto que en la generalidad de los casos lo que ocurre es que el asociado recién toma conocimiento de que su enfermedad “no” está cubierta cuando ocurre el evento, es decir, cuando se enferma y necesita de su prepaga.

Con relación a la claridad de la redacción de la cláusula de exclusión de cobertura, cabe recordar que el artículo 25 de la ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, establece que: “*Todo contrato de adhesión, presentado en formularios, en serie o mediante cualquier otro procedimiento similar, deberá ser redactado con caracteres legibles a simple vista y en términos claros y comprensibles para el consumidor*”. Esta exigencia legal tiene como objetivo que el proveedor (que es el que redacta el contrato) se exprese con un lenguaje adecuado para el público a quien va dirigido, que las cláusulas sean legibles, de fácil interpretación y comprensión por parte del usuario. De ninguna manera el proveedor puede utilizar términos confusos, ambiguos o inentendibles para los consumidores<sup>66</sup>. A más de lo antedicho, hay que aclarar que la exigencia de la claridad debe ser aún mayor cuando más compleja es la operación contractual en mira<sup>67</sup>.

Llevadas estas ideas al contrato de prepaga médica, las cláusulas que establezcan las exclusiones deben ser claras, legibles y comprensibles<sup>68</sup>. Los títulos de cada cláusula deben coincidir con su contenido, más aún cuando se trata de exclusión de cobertura, puesto que la misma no debe dejar ningún tipo de dudas<sup>69</sup>. **LORENZETTI** es contundente al decir: “*La exclusión debe basarse en términos objetivos y no subjetivos. Cualquier forma que permita al prestador decidir por sí solo, directa o indirectamente, y frente al caso concreto, si da o no da una*

---

<sup>66</sup> “*Para asegurar el conocimiento de la información ésta ha de facilitarse de forma clara, que sea comprensible y asequible al destinatario. El punto de referencia que hay que tomar a estos efectos es el de una persona media*” (GÓMEZ CALLE, Esther. *Los deberes precontractuales de información*. Madrid, La ley, 1994, pág. 123). Según **ENÉAS COSTA GARCÍA**: “*Las informaciones deben ser ostensibles, legibles, accesibles sin dificultad para el consumidor*” (“*As informações devem ser ostensivas, legíveis, acessíveis sem dificuldade pelo consumidor*”). Ver: COSTA GARCÍA, Enéas. *Responsabilidade pré e pós-contratual à luz da boa-fé*, São Paulo, Ed. Juarez de Oliveira, 2003, pág. 149).

<sup>67</sup> Justamente, uno de los contratos más complejos para los consumidores es el contrato de prepaga médica, considerando su tecnicismo.

<sup>68</sup> “*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 no está consignado expresamente como una excepción queda incluido. De este modo, el texto contractual permite establecer una regla de inclusión: todo lo que no está expresa y claramente excluido y constituye enfermedad está incluido*” (LORENZETTI, Ricardo. *La empresa médica...* op. cit., pág. 236).

<sup>69</sup> “*La entidad prepaga no debe utilizar a estos efectos cláusulas ambiguas, ni oscuras o poco claras e imprecisas, o reglas de inclusión genéricas y cláusulas de exclusión ambiguas. Tampoco se puede utilizar publicidad explícita o subliminal en la que se haga alusión o se prometa una cobertura irrestricta, que vaya en contradicción con cláusulas pre redactadas, pues aquélla (la publicidad) puede válidamente ser incorporada a la manifestación de voluntad contractual*” (GARAY, Oscar; op. cit., pág. 173).

*prestación, es abusiva, porque desequilibra la relación entre las partes en perjuicio del consumidor*<sup>70</sup>.

Hay que advertir que en nuestro país varias empresas de prepaga médica utilizan en sus contratos cláusulas cuyos títulos refieren: “*Arancel diferencial*” o “*Arancel preferencial*”, y en su contenido se inserta una lista de enfermedades “excluidas” que no están descriptas en la cláusula donde se establecen las exclusiones de coberturas. Esta “descontextualización” se realiza bajo el pretexto de que la empresa otorga un “beneficio”, cual es el de poseer un arancel “beneficioso” con los médicos que forman parte de la red, pero en realidad, lo que ocurre es que se “amplia” y se “maquilla” el número de enfermedades excluidas a través de una cláusula sorpresiva, cualidad que se puede predicar de este tipo de cláusulas, dado que la terminología utilizada en ellas no es la adecuada para señalar o tratar una exclusión de cobertura, que debe ser clara y nominal para el consumidor.

Ante dicha situación, lo que ocurre es que el adherente recién se entera de que su enfermedad “no” está cubierta por el plan cuando se produce el evento, y se ve sorprendido porque la exclusión se encontraba establecida en una cláusula “inesperada”. Por lo demás, importa destacar que la posibilidad de que el asociado sea sorprendido por las exclusiones maquilladas es muy alta, ya que al momento de la celebración del contrato no se le aclara cuáles son todas las exclusiones del plan adoptado y en qué lugar se encuentran detalladas.

Dicho sea de paso, el tener conocimiento de la ubicación de las exclusiones no es una cuestión menor, puesto que hay que considerar que los documentos que rigen en la relación entre la empresa y el afiliado son varios. Así, por ejemplo, el cúmulo de estos instrumentos está compuesto por la solicitud de ingreso, el contrato en sí mismo, el cuadernillo donde está descripto el plan contratado, el listado de médicos, la nómina de sanatorios adheridos, etc.

Con relación a todo lo antedicho, **OSCAR GARAY** dice: “*Las exclusiones de cobertura deben estar expresadas en términos concretos y precisos en las cláusulas contractuales, y ser adecuadamente informadas al adherente. Que esto implica el pleno conocimiento del consumidor de la exclusión de cobertura, por lo que están descartadas las cláusulas sorpresivas*”<sup>71</sup>.

En el marco de la jurisprudencia argentina, en un caso en el que la empresa prepaga negó la cobertura de una fecundación asistida a través del método “Gift”, la empresa alegó que dicho tratamiento era un trasplante e implantación de células. El juicio giró en torno a la interpretación de la cláusula de exclusión. La magistratura concluyó que no se trataba de una implantación sino de una transferencia. El tribunal de apelaciones señaló que no puede la empresa alegar la exclusión de la prestación en

---

<sup>70</sup> LORENZETTI, Ricardo. *La empresa médica*, op. cit., pág. 234.

<sup>71</sup> GARAY, Oscar; op. cit. pág. 173.

base a una cláusula, utilizando “términos imprecisos”<sup>72</sup>. En otro caso, la empresa denegó la atención médica al asociado portador de HIV, alegando que el SIDA estaba excluido de la cobertura médica. Ante ello, el asociado interpuso una acción de amparo a los fines de que se le continúe brindando la atención médica. La jueza concluyó que “*no obstante su estrecha relación, ser portador de HIV y enfermo sidótico constituyen dos situaciones diferentes*”, por tanto, ordenó a la empresa suministrar atención médica al asociado, con todos los cuidados que como portador del virus HIV requiera<sup>73</sup>.

#### 4.6. Cláusulas de inversión de la carga de la prueba

De acuerdo con lo que dispone el inciso c) del artículo 28 de la ley de Defensa del Consumidor y del Usuario, serán abusivas aquellas cláusulas que impongan al consumidor la carga de la prueba.

El doctrinario nacional, **ROBERTO RUIZ DÍAZ LABRANO** dice: “*La obligación de probar recae en quien acciona, quien insta el procedimiento en reclamo de un derecho, pero la ley puede, por razones de interés público, como sería el caso de los juicios derivados de las relaciones de consumo, la inversión de esta carga procesal atribuyéndola al proveedor de bienes y de servicios, por lo que deberá probar que el daño o el perjuicio o la indemnización reclamada por el consumidor no le es atribuible*”<sup>74</sup>.

En caso de inversión de la carga de la prueba, la falta de producción de las pruebas de descargo por parte del proveedor se interpretará como reconocimiento de los hechos y fundamento para una decisión a favor de la pretensión del consumidor, en especial por la responsabilidad objetiva que rodea las relaciones de consumo<sup>75</sup>.

La inversión del *onus* de la prueba es uno de los instrumentos existentes en las normas que protegen a los consumidores para facilitar su defensa en juicio. De esta forma, la convención entre las partes en lo tocante al *onus* de la prueba no podrá ser perjudicial al consumidor, porque la ley del consumidor trae en su contenido normas de orden público e interés social inderogables por la voluntad de las partes, caracterizando cualquier previsión en este sentido<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> CNCom, Sala B, 15/4/1993, “Odriozola Belén, Pedro A. y otro c/ Optar S.A, JA, 1994-II-375; con nota de ROBERTO VÁZQUEZ FERREIRA) Ver GARAY, Oscar; op. cit., pág. 173.

<sup>73</sup> Juzg. Nac. Civ. Nro. 73, firme, 25-9-95 “T., C.A c/ Promed S.A”, J.A. del 20-3-96) Ver: GARAY, Oscar; op. cit., pág. 173 y LORENZETTI, Ricardo. *La empresa médica*, op. cit., pág. 236.

<sup>74</sup> RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto; op. cit., pág. 207.

<sup>75</sup> RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto; op. cit., p. 208.

<sup>76</sup> “*A inversão do ônus da prova consiste em um dos instrumentos existentes no CDC para facilitar a defesa do consumidor em juízo, e não para prejudicá-lo... Dessa forma, a convenção entre as partes no tocante ao ônus da prova não poderá ser prejudicial ao consumidor, mesmo porque o CDC tras em seu conteúdo normas de orden pública e interesse social inderrogáveis pela vontade das partes*” (BOLZAN, Fabrício. *Direito do consumidor. Esquematizado*, 5ta. Ed., São Paulo, Saraiva, 2017, pág. 713).

Trasladadas las citadas ideas al contrato en cuestión, se tiene que será abusiva la cláusula impuesta por la empresa de medicina prepaga donde se exija al asociado que demuestre, por ejemplo, que la enfermedad que padece no era preexistente.

#### **4.7. Exclusiones de coberturas a través de cláusulas que establecen límites de días de internación que resultan incompatibles con el tratamiento requerido**

Los doctrinarios **GHERSI** y **WEINGARTEN** sostienen que las cláusulas que disponen límites en el tiempo de internación de algunas enfermedades implican una exclusión de cobertura, por resultar incompatibles con su tratamiento<sup>77</sup>. En tal sentido, la citada autora indica: “Usualmente, la empresa limita la cantidad de días de internación que el socio tiene derecho a recibir, con topes diferentes, para los distintos servicios (internación clínica, quirúrgica, etc.). Pero puede suceder que esos topes —que generalmente son expresadas de modo equívoco que induce a confusión, o colisionan con otras expresiones publicitarias— impliquen un apartamiento de criterios o fundamentos científicos de la ciencia médica. Las estipulaciones contractuales tienen necesariamente que adaptarse al contenido técnico y científico que rige en el campo de la medicina, en función de cada una de las especialidades”<sup>78</sup>.

A su vez, **LORENZETTI** en su libro *Empresa Médica*, cita un caso que se dio en el Brasil, donde se constató la negativa de la prestación a una mujer que necesitaba realizarse quimioterapia sistémica. La empresa alegó la prevalencia de la autonomía de la voluntad, en tanto que la contratación de seguros es facultativa. Sin embargo, entre otras cosas, el juez concluyó que la cláusula era abusiva, en razón de que: a) La libertad de contratar tiene límites éticos, y, en virtud de ellos, no se puede limitar o renunciar a prerrogativas básicas de los consumidores; b) Las exclusiones serían defendibles si se ofrecieran varias opciones que posibilitaren escoger planes que cubran esas expensas; y, c) Limitar a diez días el plazo de internación en terapia intensiva es alarmante. Sostuvo, además, que no puede pensarse en que se quiere limitar la conducta abusiva del paciente, porque ninguna persona tiene tendencia a vivir en terapia intensiva y no es posible admitir que un politraumatizado con coma cerebral sea removido de la terapia intensiva al día once porque se agotó el plazo de cobertura<sup>79</sup>.

Para comprender la postura de **GHERSI** y **WEINGARTEN** hay que recordar que los mismos están a favor de la postura que indica que el servicio que debe prestar la

<sup>77</sup> GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia. *Tratado de Regulación de la Empresa de Medicina Prepaga ...* op. cit., pág. 317.

<sup>78</sup> WEINGARTEN, Celia. *Los usuarios de salud en la medicina prepaga*, op. cit., pág. 388.

<sup>79</sup> Ver: LORENZETTI; *La Empresa Médica*, op. cit. págs. 257 y ss. Cita el fallo dictado en la causa: “Vara Civil de Blumenau, juiz Dr. Newton Janke, Ministério Público versus Sermed Saúde Ltda”, publicado en Revista Direito do Consumidor, Revista dos Tribunais, Sao Paulo, Brasil, junio de 1996, N° 18, pág. 209.

empresa de medicina prepaga debe ser integral, es decir, no puede haber exclusiones de ningún tipo<sup>80</sup>.

En ese sentido, compartimos la opinión de **LORENZETTI**, quien sostiene que la empresa médica puede delimitar los riesgos que asegura. A la empresa no se le puede exigir soportar todos los riesgos, puesto que dicha carga debe ser atribuida al Estado. Si las cargas públicas que exceden el riesgo asegurado se imponen a la empresa, se produciría una crisis del sistema, y finalmente, las empresas organizadoras podrían dejar de existir.

#### **4.8. Cláusula que fija el aumento automático en el valor de la cuota mensual cuando el afiliado alcanza determinada edad (65 años)**

En ocasiones, en los contratos preestablecidos por las empresas de medicina prepaga se dispone el aumento automático de la cuota del asociado que cumpla, en general, la edad de sesenta y cinco años. El argumento de las empresas es que a partir de cierta edad, los requerimientos asistenciales de los pacientes se incrementan, lo cual exige mayores erogaciones<sup>81</sup>. La prepaga sube la cuota social del asociado con el fundamento de que el mismo pasa a detentar una edad biológica mayor, y, culturalmente, pasaría a la categoría de “viejo”<sup>82</sup>.

Para **WEINGARTEN**, el problema que se plantea no puede ser solucionado desde la singularidad de las relaciones jurídicas, sino tomando en cuenta el “sistema” en el que se desenvuelven<sup>83</sup>. A lo dicho por la citada doctrinaria, agregamos que también hay que tener en cuenta, por un lado, que el vínculo que se establece entre la empresa médica y el asociado es de larga duración y, por otro lado, se tiene que considerar la situación de vulnerabilidad en que se encuentra el anciano<sup>84</sup> y su derecho a la igualdad al acceso y protección de la salud.

---

<sup>80</sup> **GHERSI** y **WEINGARTEN**, cuando se refieren al objeto del contrato de medicina prepaga, dicen: “*En cuanto a las prestaciones de servicio de salud deben seguirse dos premisas: Deben ser integrales, no puede haber exclusiones de ningún tipo, salvo alternativas terapéuticas que aún estén en protocolo de experimentación; deben tener una adecuación científica y tecnológica en forma constante y dinámica, conforme a los avances de las ciencias de la salud, así como la farmacopea (en todos los casos la prescripción de medicamentos) debe realizarse conforme a la ley*”. (GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia. *Tratado de regulación de la empresa de medicina prepaga*, op. cit., 1ª ed, Buenos Aires, La Ley, 2012, pág. 67).

<sup>81</sup> WEINGARTEN, Celia. *Los usuarios de salud en la medicina prepaga*, op. cit., pág. 390.

<sup>82</sup> Cfr. GARAY, Oscar. *De la vejez, la medicina prepaga, las cláusulas abusivas y un fallo acertado*, publicado en LA LEY 14/10/2010, 14/10/2010, 6 - LA LEY 2010-E, 565 - LLP 2011 (febrero), 01/02/2011, Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II (CNFedCivyCom)(SalaII) ~ 2010-08-31 ~ R., S. M. c. CEMIC, cita online: AR/DOC/6978/2010.

<sup>83</sup> Cfr. WEINGARTEN, Celia. *Los usuarios de salud en la medicina prepaga*, op. cit., pág. 390.

<sup>84</sup> “*En el derecho actual es posible advertir que ser viejo aún significa vivir sujeto a una triple situación de debilidad. Siguiendo las enseñanzas de la teoría trialista del mundo jurídico, bien puede afirmarse que la dinámica jurídico social torna vulnerable al viejo, en tanto lo estereotipa, lo constriñe en su ámbito de actuación. El sistema normativo lo debilita por no ofrecerle completamente un marco de protección jurídica adecuado a su naturaleza. Y también lo debilitan los valores jurídicos imperantes, cada vez que no reconocen*”

Es dable resaltar que la doctrinaria **MARÍA ISOLINA DABOVE** indica: “*En el contexto sociológico-jurídico, ser anciano significa vivir condicionado por los factores biológicos propios de este tiempo, tanto como por el conjunto de conductas de otros individuos respecto de aquél. Esta situación ha hecho que entre anciano y sociedad se establezcan fuertes vínculos no simétricos, de desigualdad material y oposición. Y es precisamente esta falta de reciprocidad la que va a colocar al viejo en situación de inferioridad, en el lugar del débil. Su espacio en la sociedad termina siendo no correspondido y su presencia, secundaria, al otorgársele carácter residual a su participación*”<sup>85</sup>.

Evidentemente, la vulnerabilidad del anciano se ve demostrada cuando se le aumenta su cuota y el mismo se ve en la necesidad de cambiar de empresa médica<sup>86</sup>. Lastimosamente, cuando intenta ingresar a una nueva, por una práctica abusiva, las empresas prestadoras ya ni siquiera le aceptan como asociado, excluyéndole del sistema prepago de salud.

Para **GHERSI, WEINGARTEN** e **IPPOLITO**, la cláusula en cuestión es abusiva, pues coloca al usuario en una posición inequitativa y desventajosa, produciéndose un desequilibrio entre los derechos y deberes de las partes<sup>87</sup>. Asimismo, dicen que atenta contra las expectativas de las partes y pone en peligro la continuidad del vínculo contractual<sup>88</sup>. Con relación a la expectativa a la cual se refieren los mencionados doctrinarios, se debe decir que al momento de la celebración del contrato el usuario piensa que la vinculación con la empresa va a ser duradera (por más de que se tenga que renovar el contrato cada año), pero no se plantea el hecho de que al cumplir los 65 años de edad se le va a aumentar la cuota y se le va a restringir la cobertura; a más de ello, la empresa omite informar al adherente cómo se desarrollará el vínculo con el correr del tiempo, es decir, al inicio del contrato no le avisa que cuando cumplirá 65 años va a tener que pagar más.

También hay que considerar que el contrato de prepago médica tiene elementos de previsión, es decir, es un instrumento con el cual se busca la seguridad, se intenta “estar cubierto” ante eventuales enfermedades, más aún en la vejez. Aquí se aplica lo que **LORENZETTI** denomina “*correspectividad de larga duración*”. El

---

*suficientemente a la persona anciana como fin en sí*” (DABOVE, María Isolina y PRUNOTTO LABORDE, Adolfo (Dir.). *Derecho a la ancianidad. Perspectiva disciplinaria*, Rosario, JURIS, 1º ed, págs. 18 y 19).

<sup>85</sup> DABOVE, María Isolina y PRUNOTTO LABORDE, Adolfo (Dir.); op. cit., pág. 19.

<sup>86</sup> “*Como ninguna etapa de la vida, ésta, la última, ha recibido tan diferentes denominaciones: ancianidad, vejez, tercera y cuarta edad, geronte, senectud, adulto mayor, edad tardía, años dorados, senilidad, entre otras formas... Tal vez, la palabra más acorde es la de anciano/a. No es tan comprometida como vejez, pero a su vez no tiene las implicancias despectivas de senil, ni de geronte; ni la hipocresía de edad tardía, o años dorados, ni la aespia de tercera edad (¿se habla de primera o segunda edad?) Asimismo otro término aceptable es el de adulto mayor...*” (DABOVE, María Isolina y PRUNOTTO LABORDE, Adolfo (Dir.); op. cit., págs. 11 y 13).

<sup>87</sup> Cff. GHERSI, Carlos - WEINGARTEN, Celia - IPPOLITO, Silvia; op. cit., pág. 144.

<sup>88</sup> Cfr. GHERSI, Carlos - WEINGARTEN, Celia - IPPOLITO, Silvia; op. cit., pág. 143.

consumidor paga más al principio y gana al final, mientras que la empresa, inversamente, gana más al principio y paga más al final<sup>89</sup>. Esta ecuación se ve sensiblemente alterada por una cláusula como la que estamos analizando. Tal como ya se había dicho, se trata de vínculos contractuales de larga duración, en los que el consumidor hace un esfuerzo económico cuando es joven, cuando tiene una cierta solvencia patrimonial o cuando está sano, a fin de ser compensado cuando llegue la vejez o cuando no tenga dinero o carezca de salud<sup>90</sup>.

Desde otro punto de vista, hay que considerar, tal como lo advierten **GHERSI** y **WEINGARTEN**, que: *“Al celebrar el contrato, la empresa cuenta ya con tal riesgo, dado que se trata de una circunstancia que cae dentro de sus previsiones normales y es factible de ser evaluada anticipadamente a la fecha de ingreso. Es evidente que el envejecimiento natural de sus adherentes y las mayores demandas de atención médica y erogaciones que ello conlleva, constituyen contingencias propias de esta actividad empresarial, lo cual se corresponde con la finalidad del contrato”*<sup>91</sup>. Del mismo modo, **JAPAZE** señala: *“La empresa organizadora, en tanto profesional del negocio, está obligada a realizar sus estudios de costos en forma seria, a analizar proyecciones estadísticas, a prever mecanismos que contribuyan a la estabilidad del sistema y a enfrentar eventuales crisis de financiamiento, etc. La mayor edad de los adherentes al sistema y su impacto directo en los costes de funcionamiento, es una circunstancia previsible. Debe también ser esta una cuestión a considerar por el organizador al momento de fijar la cuantía de la cuota a pagar por el usuario”*<sup>92</sup>.

En el ámbito de la jurisprudencia comparada, se ha dicho: *“Corresponde hacer lugar a la demanda promovida contra una empresa de medicina prepaga por un afiliado, a fin de que se declare la nulidad de una cláusula del contrato que prevé un aumento automático en el valor de la cuota mensual cuando el afiliado alcanza determinada edad —en el caso, 65 años— pues por aplicación del principio de ‘lealtad comercial’ contemplado en la ley 22.802 y la buena fe contractual, debe concluirse que la citada cláusula resulta abusiva y por ende debe tenerse por no convenida”*<sup>93</sup>. En el fallo *“Asociación Civil Hospital Alemán contra Ciudad de Buenos Aires”* de la Cámara en lo Contencioso, Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, del 13 de abril de 2004, se dispuso que: *“Encuadra dentro del concepto de cláusula abusiva ... la estipulación que otorga a la empresa de medicina prepaga la facultad unilateral de modificar ilimitada e incausadamente uno de los elementos esenciales del contrato, cual es el precio de la cuota, si se trata de afiliados de avanzada edad —en el caso, un matrimonio de 80 y 76 años respectivamente— que no cuentan con posibilidades ciertas de ser*

<sup>89</sup> Cfr. LORENZETTI, Ricardo; *La empresa prepaga*, op. cit., pág. 174.

<sup>90</sup> Cfr. LORENZETTI, Ricardo. *La empresa médica*, op. cit., págs. 174 y 175.

<sup>91</sup> GHERSI, Carlos y WEINGARTEN, Celia. *Tratado de regulación...* op. cit., pág. 320.

<sup>92</sup> JAPAZE, Belén; op. cit., pág. 195.

<sup>93</sup> Juz. Civ. y Com. Nro. 14 de San Isidro, 12/07/2010 “Anglada, Noemí Ángela y otro c. Bristol Medicine S.R.L.”, La Ley Online – AR/JUR/53450/2010). Ver: LOVECE, Graciela. *Claúsulas y prácticas abusivas...* op. cit., pág. 175.

*aceptadas por otra entidad, debiendo asimilarse el incremento a una resolución unilateral, ya que de no poder afrontárselo, el consumidor se vería obligado a desasociarse”<sup>94</sup>.*

Desde el punto de vista de la legislación comparada, es importante señalar que en la Argentina, de una u otra manera, se protege de manera más específica al anciano, dado que a través de la Ley N° 26.682 se ha dispuesto que a los usuarios con diez años de relación contractual no se les podrá imponer cuota diferenciada por razón de su edad y la cláusula contractual que lo establezca será nula (art. 12).

Por otro lado, se debe indicar que, el 15 de junio de 2015, la Organización de Estados Americanos aprobó la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, un hito dentro del proceso evolutivo del derecho a la vejez. Entre sus metas principales se encuentran la obligación de promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de incluir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad. Asimismo, se reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación por razones de edad; el derecho a la vida y a la dignidad en la vejez<sup>95</sup>.

En conclusión, la cláusula que fija el aumento automático en el valor de la cuota mensual cuando el afiliado alcanza determinada edad (65 años) es abusiva ya que pone al usuario (al anciano) en una posición inequitativa y desvestajosa, pues produce un desequilibrio en la relación contractual y un quebrantamiento en la expectativa del consumidor, y se pone en peligro la continuidad del contrato, ya que puede que el adulto mayor no esté en condiciones de pagar una cuota de mayor precio y —lo que es peor— se discrimina al anciano y se vulnera su derecho a la igualdad al acceso y protección de la salud.

En este caso, se puede invocar el artículo 28 incisos a) y h) de la ley del consumidor. El inciso a) se refiere a las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del contrato, y el inc. h) se refiere a las cláusulas que impongan condiciones injustas de contratación.

#### **4.9. Cláusula que limita la responsabilidad de la empresa de medicina prepaga respecto al actuar de los prestadores del servicio**

Es usual que las empresas de medicina prepaga impongan una cláusula mediante la cual limitan su responsabilidad por el tratamiento dado por los

---

<sup>94</sup> CASTRO, Beatriz, CASAL, Ana y de LELLIS, Martín; op. cit., pág. 220.

<sup>95</sup> Cfr. DABOVE, María Isolina. *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*. Buenos Aires, Astrea, 2018, 1° Ed., págs.134 y siguientes. Si bien es cierto que Paraguay aun no ratificó la citada convención, la misma ya fue ratificada por Uruguay, Costa Rica, Bolivia, Chile y Argentina, entrando en vigor en tales países.

profesionales de la salud, o, en general, por los servicios médicos o laboratoriales que forman parte del convenio o están adheridos a la cobertura, haciendo recaer únicamente en ellos la responsabilidad inherente a su actuación. Así, la empresa pretende exonerarse de responsabilidad por el actuar doloso o culposo de los prestadores de salud, y, de tal forma, transfiere el riesgo de la mala praxis al usuario, para que éste dirija las eventuales acciones judiciales en contra de los prestadores del servicio.

Esta cláusula 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.

Con relación a esta limitación contractual, **WEINGARTEN** indica: *“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”*<sup>96</sup>. A su vez, **CASTRO, CASAL y LELLIS** dicen: *“Dado que es la EMP quien selecciona a los profesionales que suministrarán los servicios médicos a los afiliados, se ha entendido que es abusivo excluir al consumidor del derecho de reclamar la reparación de los perjuicios que pudiera ocasionar el accionar del profesional”*<sup>97</sup>.

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<sup>98</sup>, 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

---

<sup>96</sup> WEINGARTEN, Celia. *El contrato de medicina prepaga y las cláusulas abusivas ...* op. cit., pág. 47.

<sup>97</sup> CASTRO, Beatriz, CASAL, Ana y de LELLIS, Martín; op. cit., pág. 217.

<sup>98</sup> Ver: Ac. y Sent. N° 136 del 02 de diciembre de 2013, dictado por el Tribunal de Apelación en lo Civil y Comercial de Asunción, Sala 4, en el marco del juicio: “Scolari Gorostiaga, Marta Beatriz c. Fretes, Celso y otra s/ inaplicabilidad de cláusula contractual e indemnización de daños y perjuicios”, publicado en La Ley Online; cita online: PY/JUR/588/2013.

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 tribunal de segunda instancia 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.

Por último, cabe decir que el razonamiento expuesto precedentemente se encuentra íntimamente conectado con la posición doctrinaria de **GREGORINI CLUSELLAS**, quien siguiendo las posturas de **JORGE BUSTAMANTE ALSINA** y **ALBERTO BUERES**, sostiene que la empresa de medicina prepaga tiene una obligación de seguridad implícita en la prestación asistencial, la cual es directa (no refleja) y de medios (no de resultado). Asimismo, aclara que mediando culpa del médico que atendió al paciente, el ente que por su intermedio cumplió la prestación a su cargo, responderá objetivamente, aun cuando no hubiera incurrido en culpa. En síntesis, la obligación de seguridad de la empresa únicamente quedará cumplida efectuando una prestación médica técnicamente inobjetable, pues de acreditarse que no fue así, deberá responder<sup>99</sup>.

## 5. Efectos de las cláusulas abusivas

En cuanto a los efectos de la inclusión de cláusulas abusivas, el artículo 28 de la Ley N°1334/98 “Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario”, establece que las cláusulas o estipulaciones abusivas serán nulas de pleno derecho.

En principio, del citado artículo se desprende que la nulidad del contrato será parcial y no total, lo cual significa que la sanción sólo alcanzará a las cláusulas abusivas. Esto a fin de preservar el contrato, permitiendo que el consumidor obtenga el bien o servicio adquirido y satisfaga su necesidad. En los contratos de consumo se ve con malos ojos la frustración, y con ello que el consumidor no obtenga el bien o el servicio que precisa<sup>100</sup>. No obstante, a petición del consumidor, podrá demandarse igualmente la nulidad de todo el contrato<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> Cfr. GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo. *La obligación de seguridad en el contrato de medicina prepaga*, publicado en La Ley 1996-C, 232 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo V, 01/01/2007, 385. Fallo comentado: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B (CNCiv)(SalaB) ~ 1995/03/23 ~ A., C. c. Centro Médico Santa Isabel S. A., cita Online: AR/DOC/8099/2001.

<sup>100</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos. Parte General*, 1ra. ed., Santa fe, Rubilzal – Culzoni, 2004, pág. 707.

<sup>101</sup> Cfr. BAROCELLI, Sergio Sebastián. *La problemática de las cláusulas abusivas en las relaciones de consumo y el Código Civil y Comercial*; en La Ley Online, cita online: AR/DOC/900/2016.

Hoy en día, el legislador busca convalidar el negocio en lugar de extinguirlo y lo hace a través de distintas técnicas. En algunos casos lo hace mediante la reconversión del acto, como en los casos establecidos en el artículo 701 del Código Civil; en otros, lo hace recurriendo a la convalidación del negocio jurídico, y, en otras ocasiones, opta por la nulidad parcial de las cláusulas abusivas y el mantenimiento del contrato.

En el caso en particular, en vista de que el contrato de medicina prepaga tutela la salud del usuario, existe un especial interés de que el contrato de medicina prepaga continúe con sus efectos propios, anulándose únicamente las cláusulas leoninas.

La nulidad de las cláusulas abusivas es absoluta, y en tal sentido, si es manifiesta podría ser declarada de oficio por el magistrado. Ello se deduce de que el mencionado artículo establece que las cláusulas abusivas conllevan la nulidad de pleno derecho<sup>102</sup>. Al respecto, **CAVALIERI FILHO** opina: “*Nulidad de pleno derecho es sinónimo de invalidez, esto es, la cláusula no vale, no produce efecto en el contrato, es como si no existiese*”<sup>103</sup>. El citado autor también aclara que: “*...Cabrá al juez, en el caso concreto, constatar lo abusivo de la cláusula, razón por la cual la declaración de nulidad dependerá siempre de una apreciación judicial, mediante la provocación del consumidor (por acción directa o en defensa) o todavía, de manera oficiosa por parte del Juez. Las normas de defensa del consumidor son de orden público y el interés social es el que autoriza la declaración de oficio de lo abusivo de cualquier cláusula que se aplique al conflicto sometido a la apreciación judicial*”<sup>104</sup>. **SERGIO SEBASTIÁN BAROCELLI** también entiende que, teniendo en cuenta el carácter irrenunciable de los derechos del consumidor, los magistrados podrían decretar de oficio la nulidad de las cláusulas abusivas<sup>105</sup>.

Para **CAVALIERI FILHO**: “*el efecto de la sentencia que reconoce la nulidad de la cláusula es ex tunc, esto es, desde el perfeccionamiento del negocio jurídico. Vale decir que la cláusula nace muerta, aunque figure en el contrato; es ineficaz desde*

---

<sup>102</sup> “El Código de Defensa del Consumidor, al prever en el art. 51 que las cláusulas abusivas son nulas de pleno derecho, quiso conferir a ellas la naturaleza de nulidad absoluta. La principal consecuencia de esta afirmación es que la nulidad absoluta puede y debe ser reconocida de oficio por el juez” (“O Código de Defesa do Consumidor, ao prever no caput do art. 51 que as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, quis conferir a elas a natureza de nulidade absoluta. A principal consequência desta afirmativa é a de que a nulidade absoluta pode e deve ser reconhecida de ofício pelo juiz” (BOLZAN, Fabrício; op. cit., págs. 692 y 693).

<sup>103</sup> “Nulidade de pleno direito é sinónimo de invalidez, isto é, a cláusula não vale, não produz efeito no contrato, é como se não existesse” (CAVALIERI FILHO, Sergio; op. cit., pág. 210).

<sup>104</sup> “Caberá ao juiz, no caso concreto, constatar a abusividade da cláusula, razão pela qual a declaração de nulidade dependerá sempre da apreciação judicial, mediante provocação do consumidor (por ação direta ou em defesa) ou, ainda, por ato ex officio do juiz. As normas do CDC, como reiteradamente enfatizado, são de ordem pública e interesse social, o que autoriza a declaração de ofício da abusividade de qualquer cláusula que se aplique ao conflito submetido à apreciação judicial” (CAVALIERI FILHO, Sergio; op. cit., pág. 210).

<sup>105</sup> Cfr. BAROCELLI, Sergio Sebastián; op. cit.

*siempre, por tanto, el consumidor no está obligado a cumplir la obligación (prestación) impuesta por ella*<sup>106</sup>.

En todos los casos se trata de evitar que el empresario diseñe el contrato de modo que la nulidad de alguna cláusula haga caer toda la contratación, porque ello colocaría al consumidor en la alternativa de aceptar la cláusula abusiva o perder el propósito práctico<sup>107</sup>. Producida la nulidad, se integra el contrato “si ello fuera necesario”<sup>108</sup> y si fuese beneficioso para el consumidor o usuario.

Por último, cabe decir que como criterio para la integración el juez tiene que seguir el mantenimiento del propósito práctico, de la finalidad subjetiva perseguida<sup>109</sup>. Así, la integración del contrato debe estar dirigida a recomponer el desequilibrio contractual y lograr la obtención del fin buscado por el usuario, el cual, en el caso particular, será la obtención del servicio de salud requerido.

## 6. Conclusiones

En este trabajo se ha podido observar que las empresas se encuentran en una posición privilegiada al momento de la celebración de los contratos de medicina prepaga, ya que son la parte fuerte dentro de la relación contractual.

Obviamente, las empresas médicas, como entes organizadores, construyen sus obligaciones analizando la relación costo-beneficio, y buscan maximizar sus ganancias a través de la reducción de costos, lo cual se traduce, indefectiblemente, en la exoneración de las coberturas que les resultan onerosas.

En este sentido, el hecho de que el contrato de medicina prepaga sea un contrato de consumo con cláusulas predispuestas crea el ambiente propicio para la imposición de cláusulas abusivas, algunas de las cuales han sido tratadas en el presente artículo.

Lo ideal sería que los empresarios de la salud tengan en cuenta que el servicio que ellos ofrecen trasciende el mero plano de los negocios, puesto que están en juego la vida, la salud, la seguridad y la integridad de las personas, por ende, el lucro que pretenden lograr debe tener como límite el compromiso social que asumen al prestar servicios esenciales para la salud, derecho fundamental de la persona, reconocido en el artículo 68 de la Constitución Nacional.

---

<sup>106</sup> “O efeito da sentença que reconhece a nulidade da cláusula é ex tunc, isto é, desde a conclusão do negócio jurídico de consumo. Vale dizer que a cláusula nasce morta, embora figure no contrato; é ineficaz desde sempre, pelo que o consumidor não está obrigado a cumprir a obrigação (pretação) por ela imposta” (CAVALIERI FILHO, Sérgio; op. cit., pág. 210).

<sup>107</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos. Parte General*, 1º ed., Santa fe, Rubinzal – Culzoni, 2004, pág. 707.

<sup>108</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos...* op. cit., pág. 710.

<sup>109</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos...* op. cit., pág. 707.

A su vez, el Estado deberá indefectiblemente mejorar el servicio de salud pública, pero, siendo realistas, sin una verdadera voluntad política ello no será posible a corto plazo. Ello impone que, paralelamente, los legisladores deban plantearse la necesidad de regular el contrato de medicina prepaga en orden a buscar el equilibrio contractual entre la empresa y el usuario, puesto que la ley del Consumidor y del Usuario, tal como hoy está redactada, es insuficiente para atender, por sí sola, la problemática que se presenta en la actualidad