

Voces: DECRETO DE NECESIDAD Y URGENCIA ~ MEDICINA PREPAGA ~ DECRETO REGLAMENTARIO ~ NORMA REGLAMENTARIA ~ SALUD PUBLICA ~ AUTORIDAD DE APLICACION ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ ANALISIS ECONOMICO DEL DERECHO ~ RIESGO EMPRESARIO ~ TARIFA ~ FACULTADES DE LA PROVINCIA ~ ADHESION A LEY NACIONAL ~ LEY NACIONAL ~ PROGRAMA MEDICO OBLIGATORIO ~ SOCIEDAD COMERCIAL ~ OBRAS SOCIALES ~ ASISTENCIA MEDICA ~ COBERTURA MEDICA ~ USUARIO ~ PLAZO DE CARENIA ~ DERECHOS DEL USUARIO

Título: Comentarios al DNU 1991/2011 y al decreto 1993/2011, reglamentario de la ley de Medicina Prepaga

Autor: Biglieri, Alberto

Publicado en: LA LEY 14/12/2011, 14/12/2011, 1 - LA LEY 2011-F, 1359

Cita Online: AR/DOC/6174/2011

Sumario: I. Preliminar. — II. Introducción. — III. Análisis del Decreto Reglamentario 1993/2011 (Aspectos relevantes). — IV. Conclusión.

I. Preliminar

No se puede decir que en el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) no se hayan tomado el tiempo necesario - que no coincide con el ordenado por el Congreso-, ni que no hayan contabilizado los plazos de vigencia y ratificación para el DNU 1991/11. Por lo tanto los comentarios que siguen a continuación contienen el respeto a la tarea reglamentaria producida y se realizan desde el convencimiento que las medidas dictadas contemplan expresamente la vocación política y administrativa del PEN en esta materia.

II. Introducción

Entre la ley 26.682, marco regulatorio de la Medicina Prepaga (en adelante LMPP), la modificación obrante a partir del DNU 1991/11 y la reglamentación del DR 1993/11 del plexo fusionado, aparecen bastantes certezas con referencia a las obligaciones que imponía la LMPP, aún que persisten algunas dudas que disiparon oportunamente el funcionamiento de la regulación y, supletoriamente, la justicia.

En oportunidad de comentar el texto emanado del Congreso sostuvimos que la sola creación de una autoridad de aplicación en un marco regulatorio de un sector de la economía importa la construcción reglamentaria imprescindible para su puesta en funcionamiento. Por lo tanto, era necesario el dictado de esa norma. No obstante, los institutos creados o reformulados y las obligaciones impuestas por la LMPP a los prestadores fueron de operatividad inmediata, no quedaron a la espera de reglamentación y se transformaron en exigibles a partir de la vigencia de la ley. Esto ha quedado demostrado en la importante cantidad de fallos —en cautelares y amparos— que la citaron como derecho aplicable.

También señalamos como otra nota distintiva del nuevo marco a la incorporación del instituto del cálculo actuarial. Este método típico del análisis de riesgo de los sistemas previsionales y de seguros es extraño a los simples presupuestos comerciales que hasta la fecha definían la formación de los precios de las empresas de medicina prepaga en los que sólo se consideraban las tasas de uso de sus servicios, los costos administrativos e impositivos y las expectativas de ganancias, para proponer un producto a un precio competitivo de mercado. Este monto, contaba con el reaseguro de la relación contractual. En la propuesta abierta de una determinada cobertura, la edad, la composición del grupo familiar y el estado de salud, eran variables toleradas para rechazar el pedido de admisión a la prestadora. Es la incorporación del cálculo actuarial —junto a la consagración de la obligatoriedad mínima de prestaciones del Plan Médico Obligatorio (PMO) y de la Ley de discapacidad— una de las diferencias sustanciales del nuevo régimen. Su incidencia sólo se percibirá en el momento en que la Autoridad de Aplicación comience a controlar los precios que, adelantamos, al incluir este nuevo instituto deberán contemplar como variables —entre muchas otras— a las estadísticas etarias, de salud pública, demográficas, sanitarias, y a los índices de discapacidad y mortalidad del área que pretendan explotar.

Este marco regulatorio formación, que se nutrirá del texto de la LMPP, de los antecedentes legislativos y consideraciones expuestas en el DNU 1991, del DR 1993 y de la normativa que emane de la Autoridad de Aplicación, tendrá dos ejes de centrífugos: el primero, que se ha reformulado a partir del texto del DNU, será el de la regulación aplicable a los sujetos alcanzados por el marco —los ejemplos más claros son: el de la fijación de precios y el control de los contratos—. El segundo de estos ejes es de naturaleza y competencia puramente legislativa: las prestaciones mínimas de los servicios de salud serán ineludibles para cualquier operador del mercado, esté o no sujeto a la regulación.

Igualmente la intención de sobrevaluar el poder de las autoridades comerciales, so pretexto de enfriar la inflación, tendrá un efecto inicial similar al buscado por el PEN: los precios de los servicios de las prestaciones de la salud de los efectores del sistema, quedarán controlados directamente por la Autoridad de Aplicación, pero las ofertas de aquellos extra-marco no tendrán la autonomía política, social ni económica suficiente como para apartarse de las tasas del mercado regulado.

III. Análisis del Decreto Reglamentario 1993/2011 (Aspectos relevantes)

Los dos primeros artículos, obedecen a la modificación de la LMPP y serán motivo de referencia

permanente durante estas líneas.

Directamente posicionados en el texto del Decreto Reglamentario 1993/2011, observamos que: el artículo 3º, desde su inicio, en el inciso a), orienta a respetar las competencias reservadas a las provincias. Al igual que en los casos del inciso c, apartado 7 del artículo 5º con la exigencia de presentación de los instrumentos constitutivos de las Empresas de Medicina Prepaga (EMPP) taxativamente enumerados; o el artículo 12 con el "clearing" de la redistribución de usuarios de las EMPP que queden fuera del sistema, se conforma un tridente de imposible cumplimiento para los sistemas propios de las profesiones liberales, que no serán alcanzados como sujetos al sistema. Como hemos sostenido al comentar la LMPP, [\(1\)](#) tampoco el DNU que incluye a las entidades con un modelo constitutivo no lucrativo, hace mella en las facultades locales. Requerir la información a la Inspección General de Justicia (IGJ), es para comprobar las condiciones de los directivos de las EMPP sólo en el ámbito nacional, por la autoridad reguladora societaria nacional. Es clara la diferencia con los otros incisos de este artículo, que por su incidencia general —por ejemplo en la certificación de eventuales inhibiciones o demandas judiciales— recurren a las administraciones locales de Policía, Registro Inmobiliario, o a las nacionales unificados, como el de antecedentes penales y Juicios Universales aunque este último tampoco está unificado—. La IGJ sólo controla las Sociedades Comerciales inscriptas en ese registro nacional y no tiene prerrogativas sobre las sociedades comerciales inscriptas tierra adentro. Es otro acierto el haber estipulado el alcance de estas normas a las leyes que ordenan el sistema de las Obras Sociales, nacidas a la luz de la relación de empleo y de la seguridad social. La ley 26.682 incidirá en sus obligaciones y las someterá a la nueva autoridad regulatoria, lo diga expresamente o no, por imperio de las competencias delegadas por el constituyente en la materia desde el artículo 75 inc. 12 de la CN, cuando realicen actividades comerciales y no cumplan con los planes mínimos.

El esfuerzo del PEN— visible en el DNU y que sin mayores obstáculos se incorporará definitivamente a la letra de la LMPP— por unificar los emprendimientos sometidos al nuevo régimen (alcance subjetivo de la norma) con las obligaciones objetivas que ella importa, dará un amplio resultado y sólo contadas excepciones quedarán fuera. Las tratativas legislativas modificaron la idea de sujeción amplia con que salió del Senado y el intento de exclusión al tercer sector encontró quicio en el DNU que vino a funcionar como un veto parcial invertido, y merecerá un profundo estudio de los constitucionalistas. A pesar de ello, algunas pocas instituciones provinciales no aceptarán fácilmente el control de precios y contratos de la Superintendencia de Servicios de Salud (SISS) como autoridad de aplicación, aun cuando reconozcan que una sustancial parte de la ley, el reglamento y sus alcances objetivos —PMO, discapacidad, no rechazo por preexistencias y carencias limitadas a las mejoras de planes— las obligan por imperio de la Cláusula del Progreso, art. 75 incisos 18 y 19 de la CN y por el respeto a los derechos fundamentales y equitativos para todos los argentinos. Pueden esgrimir en su haber el antecedente del fallo "Boto"[\(2\)](#) de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tan enarbolado por el activismo judicial para ordenar cautelarmente coberturas y prestaciones insólitas, ahora se transformará en una trinchera ideal para no caer bajo la tutela "vinculante" de la Secretaría de Comercio Interior (SCI). Podrían, además, adunar su condición de entidades de derecho local con distintas obligaciones, pues al aceptar esos "presupuestos mínimos" recuerdan que hace tiempo —al menos en la Provincia de Buenos Aires— se incorporaron a sus planes y prestaciones los tratamientos de fertilización asistida, por ley local, que no acataron los efectores reclutados en el ampliado artículo 1º de la LMPP. Quizás otro DNU se ocupe de ese trunco debate en el Congreso Nacional.

Siguiendo sobre el tema de la cuestión provincial, es muy interesante memorar, que conviven en el país más de 70 cajas de profesionales —no alcanzadas subjetivamente por la relaciones delegadas en el artículo 75 inciso 12 de la CN—, que resistieron la era de las AFJP gracias a sus consagraciones legales o constitucionales locales, y que contienen, aproximadamente unos 20 sistemas de salud propios. Como si fuera poco y por otra parte, en muchas provincias existen obras sociales de sus empleados públicos, que no se sometieron al sistema nacional de Obras Sociales, sobrevivieron a la desregulación menemista, no reciben reintegros del sospechado APE, y soportaron afiliaciones voluntarias de planes sociales, desocupados totales y otros discriminados del sistema económico. Estas organizaciones, ahora no piensan sucumbir a la concentración de poder de la SCI. Por ejemplo el IOMA (Instituto Obra Médico Asistencial, originariamente obra social de los maestros y la policía) de la Provincia de Buenos Aires perdió la "cartera" millonaria de los funcionarios judiciales, y ahora no los va a recibir pacíficamente sin ajustar previamente cuentas sí volver a cubrirlos le genera pérdidas al no haber logrado la amortiguación que los aportes obligatorios le permitía. Debemos señalar que uno de los grandes defectos del discurso inclusivo de esta norma, al proteger a aquellos que eran rechazados por su estado de salud, es la exacerbación de un individualismo canbal alentado ante la posibilidad de "plazofijear" sus aportes y contribuciones sociales mensuales en una ruleta rusa cuyo único proyectil impactará en el patrimonio de las prestadoras de servicios de salud.

Otro dato curioso es la técnica legislativa utilizada en las remisiones normativas. El texto del DR se auto-reenvía —art. 10— a la hora de mencionar las entidades sujetas al régimen. Este mecanismo es utilizado ante la posibilidad [\(3\)](#) que la remisión al artículo 1 de la LMPP —ahora modificado por el DNU— corresponda finalmente al texto originalmente aprobado, y quede abierta la discusión sobre los sujetos alcanzados. Cierto es que esa "auto-remisión" perdería fuerza si el Congreso rechaza el DNU y vuelve a excluir a las entidades sin

finés de lucro, pero al menos sostendrá la vocación inequívoca del Ejecutivo de regular el sector y no se le podrá endilgar erróneos actos propios. Ahora, si conjugamos esa "auto-remisión" en armonía con el texto de los artículos 7°, 11, 13 y 14 del DR, se podrá sostener nuestra interpretación: este marco regulatorio tiene un ámbito subjetivo, ampliado por el PEN en el artículo 1° de la LMPP al radio de las facultades legislativas de la Cláusula de los Códigos (limitada por el artículo 121 de la CN) y un ámbito objetivo, emanado de la Cláusula del Progreso, expuesta en el PMO. Cuando se trata del primer grupo el PEN ha utilizado el sistema del artículo 10, y cuando la obligación es del segundo grupo acude a la fórmula de envío de los arts. 7, 11, 13 y 14.

En los incisos j, k, m, y l del artículo 5°, en el artículo 6° párrafo 2, en el artículo 8°, y en el 9° inciso 2.b, en el 24 y en el 25 se nutre de competencia normativa a la SISS. Estamos ante una delegación administrativa de facultades normativas, que puede ser discutida por las características que informan este complejo instituto del derecho administrativo, pero que de todos modos, y desde el atalaya generalista de la cuestión, se le ha reconocido como facultad a las autoridades regulatorias de otros sectores. Perrino, reiteradamente, ha expresado que: "en la mayoría de los marcos regulatorios se pone en cabeza de los entes reguladores las siguientes tareas: a. hacer cumplir las disposiciones del marco regulatorio y del contrato de concesión; b. velar por la calidad y la seguridad de los servicios que presta su regulado; c. prevenir conductas anticompetitivas y monopólicas; d. aplicar sanciones a las empresas por incumplimiento de las obligaciones asumidas; e. aprobar —en aquellos casos que corresponda— los planes de mejoras y expansión del servicio y controlar su cumplimiento; f. atender los reclamos de los usuarios; g. aprobar los cuadros tarifarios; h. propiciar ante el Poder Ejecutivo la cesión, prórroga o caducidad del contrato, etc." (4)

El inciso m del artículo 5°, que ya comentáramos del texto de la LMPP, ajusta una duda que atormentaba al mercado comercial del sistema: la redistribución proporcional de los usuarios de empresas caídas —termino que utilizo para englobar la salida de operaciones de las EMPP por las restricciones administrativas de funcionamiento, por causas civiles, comerciales o judiciales— deberá efectuarse sobre la base del cálculo actuarial. Esto significa que la redistribución no se sostendrá en la cantidad de usuarios a reubicar, sino en el equilibrio económico que cada uno de ellos produce, siendo la unidad de adjudicación el presupuesto de cada cuenta individual de cuota menos el consumo a lo largo de su expectativa de vida. Tarea muy compleja, pero, apriorísticamente, más justa que la simpleza —e inequidad— de obligar a las EMPP comprendidas en este régimen a recibir un número determinado de usuarios dejando en manos del azar la situación sanitaria del grupo recibido, y por ende su efecto comercial.

El artículo 10, que merece distintos abordajes, viene a incluir uno de los institutos que rigen en el mercado brasileño de la salud: la portabilidad de las carencias. Este supuesto está contemplado, en el hermano país, para un sistema de alta movilidad de usuarios y permite proteger y mantener las prestaciones del plan o empresa de origen, hasta que el nuevo plazo de carencias "amortigüe" la nueva ecuación cuota/servicios. Obviamente, en Brasil esta herramienta incluye un período puente de prestación entre la EMPP de origen y la de destino, sobre la responsabilidad inherente al primero de los planes. Sigue quedando inconcluso el supuesto de aquellos individuos que especulen con ingresar a un sistema ante una enfermedad y transformen, con su actitud, al cálculo actuarial que pretende informar al sistema, en un plan de pago en cuotas que no cubrirá las prestaciones. No obstante, la prohibición de aplicar períodos de carencias al PMO habilita la progresividad de los otros planes superadores que ofrezcan las EMPP.

El artículo 17 impone —si se llega a cumplir— un carácter especial al dictamen de la SCI sobre los aumentos de precios del sistema. Calificar a la opinión de la SCI exigida en este artículo como dictamen vinculante, impondrá la carga de su notificación —en tutela de los derechos de la entidad proponente— y vendrá a sumarse a las excepciones fácticas a las previsiones de la Ley Nacional de Procedimientos administrativos: la construcción doctrinaria del dictamen vinculante tiene ahora esta consagración legal, que se une a las construcciones doctrinarias y a las leyes especiales, para elevar el rango de estas opiniones al nivel de los dictámenes de las juntas de discapacidad —en el ámbito previsional— y de las merituaciones de las comisiones de preadjudicaciones o jurados en las contrataciones públicas.

IV. Conclusión

El marco regulatorio de un sector económico con una incidencia directa sobre el derecho fundamental a la vida era necesario. Ahora habrá que esperar a la emisión de las normas que se han delegado en la Autoridad de Aplicación para tener un panorama completo.

Desde el gobierno nacional se han impulsado muchas ideas positivas que han sido luego bastardeadas por aplicaciones interesadas o egoístas. En este caso, si la regulación del sector sólo obedece a controlar los precios, los comentarios quedarán en manos de los economistas —aunque la historia argentina nos ha dado mucha experiencia sobre los efectos de esos controles sobre la inflación—.

Si, por el contrario, se construye una regulación inteligente, recordando que abusar de un esquema asegurador sólo condenará al Estado a cubrir las prestaciones —mínimas, no importa— que hoy ofrecía la competencia entre las EMPP, podremos encontrar el equilibrio deseado entre los principios constitucionales de los derechos de los usuarios, las ganancias empresariales, la distribución de sus utilidades con sus empleados y, sobre todo, se garantizará el rol subsidiario del estado contemporáneo que, no por superavitario, debe acudir a

complementar las necesidades públicas y a regular, pero no a suplir la oferta privada. Será una actitud coherente del PEN (SISS), no crear una esquema jurídico-económico para un sector que venía en crecimiento, que no exija subsidios indiscriminados, como los que estamos empezando a abandonar.

(1) BIGLIERI, Alberto. "Comentario a la Ley 26.682". Revista de Derecho Administrativo. Abeledo Perrot. Julio 2011. N° 77.

(2) CSJ, "Boto, Armando c. Obra Social de Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros", 06/05/1997.. En especial Considerandos 9, 10, 11, 12 y 13.

(3) Posibilidad muy remota, si se calculan plazos de tratamientos del DNU y nueva mayoría y quórum legislativo.

(4) PERRINO, Pablo, "Apuntes sobre la potestad normativa de los entes reguladores en el derecho argentino", en Revista ESAN, V Congreso ASIER. Lima, 2010.