

Voces: MEDICINA PREPAGA ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ BENEFICIARIO ~ COBERTURA MEDICA ~ ASISTENCIA MEDICA ~ CAJA PROVINCIAL DE PREVISION SOCIAL ~ OBRAS SOCIALES ~ COLEGIO PROFESIONAL ~ CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL ~ COMPETENCIA ~ RESPONSABILIDAD DEL ESTADO ~ SERVICIO PUBLICO ~ PRESTACION DE SERVICIO ~ MEDIDAS CAUTELARES

Título: Regulación del mercado de la salud

Autor: Biglieri, Alberto

Publicado en: Sup. Esp. Régimen Jurídico de la Medicina Prepaga 2011 (mayo), 19/05/2011, 31

Cita Online: AR/DOC/1489/2011

Introducción

Las ciencias de la salud, han sido un reducto hermético a lo largo de la historia de la humanidad. Ni el juramento hipocrático ha salvado de la hipocresía al arte del curar. Científicos o Brujos, han ocupado un lugar trascendental en cualquier pirámide social de cualquier era a estudiar.

Aplicada a las necesidades públicas, la preservación de la salud se transformó en una de las prioridades de los gobernantes. Pueblo sano, más producción, generación de riqueza, lejanía de las pestes y más soldados para la guerra. La costumbre como fuente del conocimiento y la experiencia de la cirugía de emergencia en las batallas proveyeron de más conocimientos a los aprendices de galenos que los transmitidos en las escuelas médicas hasta el fin del oscurantismo.

De nuestra Constitución podemos inferir que la conformación del Estado Nacional implicó —al menos— algunas dudas sobre la distribución de competencias referidas a la salud. Para 1853/60 las hipótesis sobre las responsabilidades públicas no incluían ninguna premisa expresa referida a los derechos humanos ni a los servicios públicos. No obstante la tríada característica, a la hora de definir las razones de la existencia estatal, siempre incluyó la dación de las actividades o servicios de justicia, salud, y educación.

La adjudicación, en el texto de la llamada cláusula federal de la Constitución, de la responsabilidad provincial a la hora de brindar el servicio de justicia y educación primaria deja sin norma de atribución expresa a la competencia sobre la salud. La obra fuente de Alberdi, reseña como antecedente histórico de la constitución "real" de la nación la autoprestación de servicios en cada provincia o localidad, [\(1\)](#) fruto del aislacionismo natural al que estuvo sometido cada Cabildo o paraje en el extenso territorio nacional durante la época colonial, especialmente cuando la comunicación solo se hacía tracción a sangre.

Este parece ser un criterio receptado tanto en la LN 23.660 como en la LN 23.661, de Obras sociales y Seguro Nacional de Salud, respectivamente (Adla, XLIX-A, 50; XLIX-A, 57). Ambas circunscriben con precisión quirúrgica el ámbito de competencia federal para las organizaciones que someten a su potestad y solo amplían en la última de ellas las nociones de universalidad y progreso, siempre sometidos a la historia federal del país y a la descentralización en las jurisdicciones provinciales (arts. 3 y 4).

Ambas normas, como marco de referencia del objeto de la ley de medicina prepaga, crean una nebulosa sobre la situación de una importantísima cantidad de actores de la salud, que no están bajo las mandas del sistema. La meticulosidad de la determinación de los sujetos alcanzados en aquellas dos normas, se ha desdibujado con el correr de decisiones judiciales amparadas en los principios emergentes de la Cláusula del Progreso y en la redacción de la ley recientemente aprobada. Esta confusión —la de los sujetos alcanzados— puede someter indebidamente a las obligaciones que se les pretende imponer a las empresas, que han disfrutado más de una década de los múltiples beneficios de la absoluta libertad del mercado, puede terminar replicando en otras organizaciones del derecho público local, cuya creación y funcionamiento conllevan en su matriz la solidaridad como primer principio. Esta observación directamente corresponde a las organizaciones de salud provincial y en especial a las Cajas Profesionales que no revisten ninguna forma empresarial y por lo tanto, al no estar sujetas a la regulación del derecho de fondo, no quedan bajo la órbita de la LN 23.661, ni se encuentran en la enunciación de la LN 23.660. Las exclusiones del artículo 1, del texto que se conoce y que aún no fue promulgado ni publicado, se orientan a determinar a quienes podríamos englobar en entidades sin fines de lucro. No obstante el legislador ha escogido enunciar las personas de la exclusión, dejando librado a la reglamentación o interpretación judicial posterior la situación de los sistemas de salud de las Cajas de Previsión Social de los Profesionales. Ciertamente es, y así lo sostengo, que el legislador no reparó en el "arrastre" judicial que puede generar una interpretación muy amplia de la Cláusula del Progreso a estas entidades, aun cuando la noción de asociación voluntaria del artículo 2, excluiría a partir de la matriculación profesional obligatoria —que es el requisito previo para acceder a estos sistemas provinciales— la adhesión a un sistema cerrado para cada actividad, en los que la relación entre las partes es más equiparable a una Obra Social que a una empresa de medicina prepaga.

A pesar de todo, la salud importa una típica atribución de competencias concurrentes entre todos los niveles de organización administrativa en la Argentina (o en cualquier lugar del mundo, con distintas modalidades).

Y esta atribución, típica por la interjurisdiccionalidad, ha sido mencionada desde antaño: "Se tratará entonces, sobre todo en las ciudades, del aire, la aireación, la ventilación, cosas ligadas, como es sabido, a la teoría de los miasmas, y habrá toda una política de un nuevo equipamiento, un nuevo espacio urbano que se

ordenará y subordinará a principios y preocupaciones de salud: amplitud de las calles, dispersión de los elementos susceptibles de producir miasmas y envenenar la atmósfera, las carnicerías, los mataderos, los cementerios. Toda una política, por ende, del espacio urbano ligada al problema de la sanidad."⁽²⁾

Atribuye, también Foucault —citando a Moheau— otras obligaciones públicas: "Depende del gobierno cambiar la temperatura del aire y mejorar el clima; un curso dado a las aguas estancadas, bosques plantados o quemados, montañas destruidas por el tiempo o el cultivo constante de su superficie forman un nuevo suelo y un nuevo clima. Tal es el efecto del tiempo, de la habitación de la tierra y de las vicisitudes en el orden físico, que aun los cantones más saludables se han tornado morbíficos."⁽³⁾

Es, ni más ni menos, que la responsabilidad al gobierno por preservar el medio ambiente como ámbito del desarrollo humano, y por ende de preservación de la salud. Fines que no pueden ser limitados por los territorios provinciales, de forma antinatural, pues se conforman en un único sistema —incluso transnacional— como lo ha receptado el artículo 41 en la CN reformada. Norma que puede adaptarse analógicamente muy bien a la hora de aceptar que los alcances de la Cláusula del Progreso, sostienen los fallos de Corte que intentan uniformar —al menos en un estándar mínimo— el derecho a la salud en el país.

Por ello no puede perderse de vista la primera apreciación que realizamos desde el mismo título de estas líneas. Existe un mercado, donde el libre juego de la oferta y la demanda ha dejado indefensos a los usuarios y consumidores de un sistema que creció a la luz de la "desregulación" de las obras sociales, y en el que los actores-empresarios han abusado de la libertad contractual. A esa posición dominante de las empresas parece dirigida, sanamente, esta iniciativa. Ahora, no puede dejarse de analizar, que este objeto de mercado no deja de ser un servicio público y fin elemental del Estado. Y en tanto que ello, rige y se informa plenamente del principio de subsidiariedad ante las faltas o caídas del servicio. La regulación aplicada a los prestadores privados del servicio, puede y debe ser ejercida con fuerza y justicia. Entonces, y bien vale tenerlo a la vista, este ejercicio implica un mayor grado de compromiso de fondos públicos en épocas en las que el poder judicial continúa cautelando todos los procesos. Día a día, todas las bases de datos jurídicos nos informan sobre medidas que ordenan prestar servicios no contratados, prestar servicios no pagados, prestar servicios no autorizados por las autoridades sanitarias, y otras barbaridades por el estilo, sin que en el olor al buen derecho se haya tomado en cuenta la finalidad del prestador. No es lo mismo la actitud lenta o renuente de quien administra los fondos formados por la solidaridad de los aportantes que la de aquel que persigue un fin de lucro, aún ante situaciones similares, siempre angustiantes para el paciente.

El aluvión de medidas cautelares, autosatisfactivas o previas que emergen de los juzgados —competentes o no— se encuentra en un volumen cercano a las acciones iniciadas en el corralito financiero. La ligereza de muchas de estas decisiones conspira contra el mismo sistema de solidaridad. Como ejemplo, de lo dicho, "la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó una sentencia de primera instancia que había ordenado a una empresa de medicina prepaga reintegrar a una afiliada los gastos realizados en un tratamiento con células madres, a pesar de que posteriormente la institución donde ello se llevó a cabo fue clausurada".

En los autos caratulados "G. C. c. Organización de Servicios Directos empresarios s/ ordinario. Cobro de pesos" En el fallo del 5 de noviembre pasado, los camaristas consideraron que resultaba procedente la repetición de lo pagado a pesar de que "la empresa Regina Mater S.A. fue clausurada por el Ministerio de Salud, Dirección de Registro, Fiscalización y Sanidad de Fronteras para "evitar riesgos en la salud de la población", al estar siendo realizadas allí prácticas de naturaleza experimental, y no de uso corriente, y encontrarse fallas sanitarias, además de la falta de autorización y habilitación del INCUCAI". En tal sentido, los jueces remarcaron que "no habiéndose identificado claramente cuál iba a ser el específico procedimiento terapéutico con stem cells, lógico era suponer para la actora, como para el tribunal, que ello era una práctica lícita, tal como fue ordenado judicialmente por mayoría del Tribunal, y sobre tal base, G. abonó las sumas cuya repetición ahora exige".

He aquí, a mi entender estos son alguno de los problemas que va a arrastrar el texto de la Ley de medicina prepagas, al menos, hasta que la reglamentación (u observación) aclare algunas situaciones que han quedado demasiado libradas a las normas complementarias de ejecución Y más libradas aún a las decisiones cautelares judiciales, que como ya dije, se parecen al corralito, que les recuerdo por si hace falta, al final, lo pagamos entre todos.

(1) ALBERDI, Juan Bautista, Bases y punto de partida para la organización política de la República Argentina —1852—, Plus Ultra, Buenos Aires, 1980, p. 113.

(2) FOUCAULT, Michel, Seguridad, territorio y población. FCE, Buenos Aires, 2006, p. 373.

(3) FOUCAULT, Michel, Seguridad, territorio y población. FCE. Buenos Aires, 2006, p. 43, "Nota 39 Moheau, Recherches et considérations sur la population de la France, París, Moutard, 1778; reedición con introducción y cuadro analítico de R. Gonnard, París, P. Geuthner, 1912, col. Civilisations et Sociétés, pp. 175 y 176, ese libro constituye "el verdadero 'espíritu de las leyes' demográficas del siglo XVIII". La identidad del autor ("Moheau", sin nombre de pila) fue objeto de una prolongada controversia desde la publicación de la obra. Unos cuantos comentaristas vieron en él un seudónimo detrás del cual se ocultaba el barón Augé de Montyon, sucesivamente intendente de Riom, Aix y La Rochelle. Hoy parece establecido que el libro es obra de quien fue

su secretario hasta 1775 y murió guillotinado en 1794, Jean-Baptiste Moheau. Cf. LE MÉE, René, "Jean-Baptiste Moheau (1745-1794) et les Recherches... Un auteur énigmatique ou mythique?", en: Moheau Recherches et considérations..., op. cit. (1994), pp. 313-365.