

Título: La ley de empresas de medicina prepaga. ¿Puede una ley imponer a las partes una obligación no pactada y que no se quiere pactar que emerge de valores y principios constitucionales?

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: Sup. Esp. Régimen Jurídico de la Medicina Prepaga 2011 (mayo), 19/05/2011, 92

Cita: TR LALEY AR/DOC/1432/2011

Sumario: I. Aspectos generales. II. Parte especial.

"El objeto de la ley es claro: en general se busca que la clase media tenga un mejor servicio privado de salud y en especial, se pretende el acceso a las empresas de medicina prepaga a quienes tienen enfermedades preexistentes y a los ancianos."

1. Aclaración previa

El presente estudio está dividido en dos partes: una general, donde aludiremos a los objetivos de la norma y a su constitucionalidad; y otra especial, donde analizaremos sus alcances prácticos concretos.

I. Aspectos generales

2. Introducción y objetivos

Recientemente el Congreso de la Nación Argentina dictó una ley que regula a las empresas de Medicina Prepaga.

La norma tiene un doble efecto con relación a los contratos. Por un lado, afecta a los convenios vigentes que las empresas han realizado con los usuarios, y por otra parte, estipula condiciones, límites y prohibiciones a los contratos que en el futuro se realicen.

A los pactos vigentes los afecta porque establece que: i. los usuarios pueden rescindir el contrato en cualquier momento; ii. las empresas pueden rescindir el contrato sólo por falta de pago de 3 cuotas consecutivas o cuando el usuario haya falseado la declaración jurada; iii. dejan de tener valor los periodos de carencia para las prestaciones incluidas en el PMO; iv. a los usuarios mayores de 65 años no se les puede aumentar la cuota si han tenido un periodo de adhesión de más de 10 años; v. se debe brindar cobertura al grupo familiar; (1) vi. la muerte del contratante no puede producir la rescisión del contrato del grupo familiar; (2) vii. el usuario adherido por contratación colectiva que hubiese cesado su relación laboral con la empresa que realizó el contrato tiene derecho a la continuidad en el plan. (3)

Los convenios a realizarse a partir de la entrada en vigencia de la ley, además de respetar los puntos antes enumerados, tendrán las siguientes prohibiciones para su realización i. la edad no puede ser tomada en cuenta como criterio de rechazo de admisión; (4) ii. Las enfermedades preexistentes no pueden ser criterio de rechazo de admisión de los usuarios. (5)

El objeto de la ley es claro: en general se busca que la clase media tenga un mejor servicio privado de salud y en especial, se pretende el acceso a las empresas de medicina prepaga a quienes tienen enfermedades preexistentes y a los ancianos.

Para lograr este fin se regula el contrato de medicina prepaga y se establece un organismo de contralor de su funcionamiento.

El mejoramiento progresivo del servicio de salud es un imperativo básico del Estado quien se encuentra obligado por los pactos de derechos humanos a los que ha adherido. Lo que ocurre es que el Estado ha trasladado sus obligaciones en orden al derecho a la salud a las empresas privadas, y ello lógicamente genera cuestionamientos, porque nadie discute que el Estado no puede dejar fuera del sistema sanitario a quienes tienen enfermedades preexistentes, ni tampoco se pone en tela de juicio la obligación estatal de brindar salud a los mayores de 65 años; lo que resulta discutible es si el Estado, en mérito a su poder de policía, puede trasladar sus obligaciones a las empresas particulares y si las puede obligar a celebrar convenios de asistencia a personas con severas discapacidades previas o a personas de avanzada edad.

Particularmente preocupa la forma en que esto afecta a contratos libremente acordados y la manera como se limita los poderes de contratación futura de las empresas de medicina prepaga.

La ley genera múltiples cuestionamientos de cuya respuesta depende la constitucionalidad a dar a las disposiciones normativas que avanzan sobre el poder de disposición de las partes.

Las primeras preguntas que nos hacemos son:

a. ¿Es necesario la regulación estatal del contrato de medicina prepaga o éste se puede regular por las leyes del mercado?

b. ¿Puede una ley imponer a las partes una obligación no pactada que emerge de valores y principios constitucionales?

c. ¿Es constitucional imponer a las empresas de medicina prepaga la obligación de aceptar a toda persona que quiera contratar un plan, sin tener en cuenta su estado de salud preexistente o su edad?

d. La obligación de aceptar a toda persona aun cuando tenga una enfermedad preexistente ¿es contraria a la ley de seguro que establece que el contrato es nulo si al momento de celebrarse ya ocurrió el siniestro?

A fin de dar respuesta a estos y otros interrogantes vamos a comenzar por determinar qué es el derecho a la Salud y qué tratados de Derechos Humanos lo contemplan, para luego establecer quién es el obligado a prestar el derecho a la salud y cuál es la relación entre las empresas de medicina prepaga y la obligación estatal de brindar el servicio de salud. Para ello, precisaremos cómo se presta el servicio de salud en la Argentina, daremos un concepto de la empresa de medicina prepaga y analizaremos cómo es su organización, y finalmente señalaremos cuáles son los límites del poder de policía con respecto a las empresas de medicina prepaga.

Delimitados estos conceptos iniciales, estudiaremos cuáles son las obligaciones y prohibiciones que ha puesto la ley a las empresas de Medicina Prepaga con relación a los usuarios.

3. El derecho a la salud y los tratados de Derechos Humanos

Numerosos instrumentos de Derechos Humanos ratificados por nuestro país reconocen el Derecho a la Salud. Entre ellos cabe recordar lo expuesto por la Declaración Universal de Derechos Humanos al decir "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios".

Por su parte el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, establece que "Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad".

El subrayado nos pertenece porque la última frase es fundamental a fin de establecer la constitucionalidad de la reciente ley de Empresas de Medicina Prepaga.

El más importante de los Instrumentos Americanos que reconoce el derecho a la salud es el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que en su artículo 12 establece "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental".

Por otra parte existen otras convenciones que aluden al derecho a la salud, entre ellas, la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial Art. 5, inc. iv ap. E; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, Arts. 11 y 12; Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 artículo 24, "Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad" y su protocolo facultativo del 13 de diciembre del 2006 aprobada por nuestro país el 21 de mayo del 2008 mediante ley 26.378 (LXVIII-C, 2240), la "Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad" del 8 de Julio de 1999 aprobada por nuestro país por la ley 25.280 del 6 de julio del 2000 (Adla, LX-D, 4086).

Esta enumeración convence acabadamente que tanto el gobierno argentino como las personas de existencia física o ideal tienen el deber de respetar el derecho a la salud, y que el Estado, además de respetarlo, tiene que garantizarlo.

Para poder dar acabado cumplimiento a este deber hay que saber qué es el derecho a la salud y cuáles son sus caracteres.

4. Concepto de salud y caracteres del derecho a la salud

Conforme a la definición del Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y en vigor desde el 7 de abril de 1948, "La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades."

El derecho a la salud tiene los siguientes caracteres: es exigible, relacionado y progresivo.

5. Quién es el obligado a garantizar el derecho a la Salud

El obligado a garantizar el derecho a la salud es sin lugar a dudas el Estado Nacional.

Su obligación reside en prestar a los ciudadanos el servicio de salud directamente y en controlar por medio del poder de policía, la forma en que las asociaciones gremiales, cooperativas y empresas de medicina prepaga

cumplen con las prestaciones sanitarias.

6. Forma como se presta el servicio de salud en nuestro país

En la Argentina la atención del servicio de salud se presta de tres formas distintas: por el Estado, (6) por las Obras Sociales, cooperativas y asociaciones regidas por el seguro nacional de salud y por las empresas de medicina prepaga, con las siguientes proporciones: el 34 % del servicio es prestado por el sector público; el 58% por las obras sociales, y casi un 8% por ciento por empresas de medicina prepaga. (7)

Hay que tener en cuenta que 16.500.000 personas son usuarias de la salud pública, y que aproximadamente, 4,5 millones concurren a las empresas de medicina prepaga siendo estos cálculos absolutamente aleatorios porque no existe un registro oficial de empresas de medicina prepaga.

Las empresas de medicina prepaga comenzaron siendo casi exclusivamente financiadoras de servicios para los cuales contrataba en el sector privado al prestador de servicios. Por ejemplo, la empresa Swiss Medical originariamente contrataba quien prestara los servicios de internación o de radioterapia.

Hoy las empresas de medicina prepaga, por lo menos en los grupos más importantes, son prestadoras de servicios, porque desde hace unos años han comenzado a desarrollar infraestructura propia en casi toda la República Argentina.

Es decir que, en este momento, las empresas de medicina prepaga más importantes son financiadoras de servicios de salud y además, son prestadoras de servicios para sus propios afiliados y, también, para los afiliados de las obras sociales que, constituyen aproximadamente el cincuenta por ciento del padrón que tienen las empresas de medicina prepaga.

La importancia económica y social de la Empresas de Medicina Prepaga justifica una norma regulatoria, ya que resulta evidente que por sus funciones y por sus interrelaciones su actividad no puede quedar librada a la libertad del mercado.

7. La falta de regulación de las empresas de Medicina Prepaga y los antecedentes de la norma

La única ley que establecía un marco normativo a las prestaciones de la medicina prepaga fue dictada en 1996 y tiene que ver con el cumplimiento del PMO, de las Prestaciones Médicas Obligatorias.

Todos los Partidos Políticos coincidían en la necesidad de regulación legal de las empresas de medicina prepaga, por ello la Cámara de Diputados aprobó en el año 2008, por unanimidad de 188 diputados presentes con una sola abstención, el proyecto de ley regulatorio de las empresas de medicina prepaga.

El proyecto con media sanción de Diputados permaneció en el Senado durante los años 2009 y 2010 sin tratamiento, hasta que a fines del año 2010 fue aprobado por la Cámara alta con sólo dos modificaciones, dadas en los artículos 1 y 22.

<p>CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES</p> <p>ARTÍCULO 1º.- <i>Objeto.</i> La presente ley tiene por objeto establecer el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud (ASS) contemplados en las Leyes 23.660 y 23.661 y los planes de adhesión voluntaria que comercialicen las cooperativas y mutuales, asociaciones civiles y fundaciones.</p>	<p>CAPÍTULO I DISPOSICIONES GENERALES</p> <p>ARTÍCULO 1º.- Objeto. La presente ley tiene por objeto establecer el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud (ASS) contemplados en las Leyes 23.660 y 23.661. <u>Quedan excluidas las cooperativas y mutuales, asociaciones civiles y fundaciones; y obras sociales sindicales.</u></p>
<p>ARTÍCULO 22.- <i>Reserva Técnica.</i> Las Empresas de Medicina Prepaga deben constituir y mantener una Reserva Técnica destinada a garantizar la continuidad de cobertura para el caso de que se acrediten circunstancias que interfieran la misma, equivalente a una vez el promedio de la facturación mensual de los últimos doce (12) meses medidos al último cierre de ejercicio contable. Para el caso de Empresas de Medicina Prepaga que se inicien en la actividad y hasta la primera publicación de sus estados contables, deben tomar para la constitución de la Reserva Técnica, el importe equivalente a dos veces a la facturación del mes anterior.</p> <p>La Reserva Técnica debe estar constituida en un cincuenta por ciento (50 %) como mínimo, por instrumentos financieros de inmediata realización y el resto en inmuebles, bienes de uso y equipamiento destinado a las prestaciones de salud.</p> <p>La Autoridad de Aplicación puede objetar los instrumentos financieros de inmediata realización, que se apliquen a la constitución de la Reserva Técnica, cuando éstos no reúnan los requisitos de liquidez, rentabilidad y garantía, o cuyo precio de incorporación al activo fuera ostensiblemente mayor al de realización.</p> <p>En el caso de los Agentes de Seguro de Salud a que se refiere el artículo 1º de la presente ley, la Reserva Técnica debe ser establecida por la Autoridad de Aplicación.</p> <p>En el caso de las cooperativas y mutuales a que se refiere el artículo 1º de la presente ley, la Reserva Técnica debe ser establecida por el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social.</p>	<p>(artículo eliminado)</p>

8. ¿Es necesaria la regulación estatal del contrato de medicina prepaga o éste se puede regular por las leyes del mercado?

Creemos que es necesaria la regulación del contrato de medicina prepaga y que su regulación por parte de las leyes del mercado ha sido ineficiente.

Vamos a tratar de fundamentar nuestra opinión.

Los contratos de medicina prepaga sin excepción se celebran mediante cláusulas de adhesión. Sabido es que este tipo de contratos, tiene como característica, limitar la posibilidad de discutir sus cláusulas por la parte adherente, lo que suele derivar en situaciones abusivas, que se suscitan en el transcurso de la vida del contrato, aprovechadas por quienes han redactado dichas condiciones.

En este tipo de relaciones contractuales nos encontramos con una parte fuerte, que impone condiciones, y otra débil, que se ve constreñida a aceptar.

Es ese ámbito donde se desarrolla el contrato de medicina prepaga, que tiene como objeto básico las prestaciones de salud, las que a su vez constituyen un derecho humano irrenunciable que el Estado debe garantizar.

Lo dicho con anterioridad justifica claramente la necesidad de regular los contratos de medicina prepaga, ya que su objeto está lejos de ser un objeto comercial indiferente a la labor estatal, siendo por el contrario el centro del contrato la prestación sanitaria que hace a dos derechos humanos esenciales, a saber, la vida y la salud, los que no pueden quedar librados a contrataciones con abusivas cláusulas predisuestas que los alteren, lesionen o restrinjan.

Los abusos contractuales en la celebración y ejecución de los contratos de medicina prepaga se reflejan en la inmensa cantidad de casos que en forma creciente vienen resolviendo los tribunales, siendo los más comunes aquellos que se relacionan con la arbitrariedad en la exclusión de la cobertura por diversos motivos, tales como, enfermedades preexistentes determinadas por supuestas omisiones, el descubrimiento de determinada afección, la suspensión de tratamientos, o situaciones que generan la expulsión del sistema de algunos sujetos, el aumento de la cuota en razón de la edad, etc. (8)

La dificultad para resolver los conflictos llevados ante la justicia radicaba en gran medida en la falta de un marco regulatorio de estos contratos. La necesidad de la regulación fue puesta de relieve por la CSJN ya hace una decena de años en el leading case OMINT. (9)

Tales situaciones justifican y fundamentan la regulación estatal del contrato de medicina prepaga, tanto en la formación del contrato como en su ejecución y resolución.

Por otra parte, coincidimos con Lorenzetti en que es necesario el control de la solvencia de la empresa que capta ahorros y se compromete a la asistencia en salud. (10)

En definitiva, el mercado de la salud debe estar regulado por el Estado, de allí que la norma regulatoria de los contratos de medicina prepaga se encuentra justificada.

9. ¿Puede una ley imponer a las partes una obligación no pactada que emerge de valores y principios constitucionales?

Advertimos que la nueva ley impone a las partes una serie de obligaciones que no fueron pactadas originariamente. Esta intervención del Estado en un contrato en curso de ejecución nos lleva a preguntarnos si ello condice con los derechos a la propiedad y a la libertad.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con insistencia, ha señalado que nuestra Ley Suprema no ha reconocido derechos absolutos de propiedad ni de libertad, sino limitados por las leyes reglamentarias de los mismos, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar de la Nación, cumpliendo así, por medio de la legislación, los elevados propósitos expresados en el preámbulo (Fallos: 311:1565 y 315:952).

Por otra parte, el más alto Tribunal de nuestro país ha señalado que el Estado tiene facultades para intervenir por vía de reglamentación en el ejercicio de ciertas industrias y actividades a efecto de restringirlas o encauzarlas; marco en el cual tienen fácil cabida todas aquellas restricciones y disposiciones impuestas por los intereses generales y permanentes de la colectividad, sin otra valla que la del art. 28 de la Constitución Nacional (v. Fallos: 311: 1565, y sus citas, y 315:222, 952; 318:2311; 319:3040, entre varios otros precedentes de V.E.).

Estimamos que han de entenderse como un aspecto de esa redefinición las obligaciones impuestas por el plexo normativo bajo examen, cuya irregularidad constitucional, no surge evidente.

En ese marco entendemos que la ley que regula el contrato de medicina prepaga, ha sido dictada en ejercicio del poder de policía del Estado que, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Máximo Tribunal, "...se justifica por la necesidad de la defensa y afianzamiento de la moral, la salud y la conveniencia colectiva o el interés económico de la comunidad..." (v. Fallos: 308:943 y sus citas —LA LEY, 1987-A, 289; DJ, 1988-A, 125—, entre otros).

En tal sentido, cabe recordar el caso "Hospital Británico contra Ministerio de Salud y Acción Social", en el cual la Corte Suprema de Justicia de la Nación entendió que era constitucional la ley 24.754, en cuanto extendió a las empresas de medicina prepaga la cobertura que las obras sociales deben brindar en materia de drogadicción y contagio del virus H.I.V., pues dicha norma tiende a equilibrar medicina y economía, ponderando los delicados intereses en juego —integridad psicofísica, salud y vida de las personas—, máxime cuando tales sujetos, no obstante su constitución como empresas, tienen a su cargo una función social trascendental que prima sobre toda cuestión comercial. (11)

En el mencionado precedente la CSJN justificó la intervención en contratos en curso de ejecución señalando que la medida se inscribía dentro de la potestad que tiene el Congreso Nacional para legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y trato, así como el pleno goce y ejercicio de los derechos fundamentales respecto de grupos tradicionalmente postergados —conforme art. 75,

inc. 23, Constitución Nacional—.

Además en el fallo se aclaró que "son constitucionalmente válidas las restricciones legales a la propiedad y las actividades individuales, si las mismas tienden a asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas, sin que pueda asignársele carácter de adquiridos a los derechos contractuales frente a leyes de orden público "

En conclusión la intervención en los contratos de medicina prepaga existentes son constitucionalmente válidos en principio, siempre que no atenten contra el equilibrio del sistema contractual.

Sobre este aspecto se ha expedido Lorenzetti en su obra *La Empresa Médica* al decir "La imposición de una carga pública en un contrato o en un sistema puede generar un desequilibrio."⁽¹²⁾

Lo importante es determinar quién debe acreditar el desequilibrio contractual y su afectación a los usuarios. Sobre el tema, la Jurisprudencia de la CSJN y de las Cámaras de Apelaciones desde el citado precedente Hospital Británico han señalado que son las empresas las que tienen que probar que la intervención contractual por voluntad legislativa produce un desequilibrio que altera significativamente las bases del sistema, siempre teniendo en cuenta que la actividad que asumen las entidades de medicina prepaga presenta rasgos mercantiles (arts. 7° y 8°, inc. 5, Cód. de Comercio), pero tienen como objeto de la prestación actividades y servicios tendientes a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por lo que adquieren un cúmulo de compromisos que exceden o trascienden el mero plano negocial.

10. ¿Es constitucional imponer a las empresas de medicina prepaga la obligación de aceptar a toda persona que quiera contratar un plan, sin tener en cuenta su estado de salud preexistente o su edad?

Los contratos de medicina prepaga se insertan en un sistema contractual de características especiales, que tienen una base solidaria en el cual el beneficiario aporta durante un tiempo para que, en el momento de enfermarse, el riesgo del costo ⁽¹³⁾ se difunda en el conjunto de beneficiarios de este sistema.

La cuestión reside en determinar si la obligación de aceptar usuarios sin límite de edad y sin poderlos excluir por enfermedades preexistentes puede afectar el funcionamiento del sistema en forma arbitraria.

En cualquier país serio se hubieren realizado estudios de impacto económico de la norma sobre el sistema, antes de su aprobación por ambas cámaras del parlamento. Esto no ocurrió en la Argentina.

Cuando el tema fue debatido en el Senado de la Nación la senadora Di Parma le preguntó al Ministro de Salud y Acción Social si se habían realizado estudios sobre los riesgos de los efectos colaterales de las cláusulas regulatorias, sobre todo de aquella que establece que las enfermedades preexistentes no pueden ser motivo de exclusión. En esa oportunidad, el ministro Manzur contestó dos veces que no había habido un estudio de riesgo de los efectos colaterales, porque el Ministerio de Salud de la Nación no disponía de los datos necesarios para hacer ese análisis dentro del esquema de la medicina prepaga.

La falta de estudios y cálculos matemáticos también fue puesta de relieve por los senadores por Salta, Romero y Sonia Escudero. Sin embargo la norma se aprobó de todas maneras.

Cabe poner de relieve que el artículo 10 de la ley establece la obligación de aceptar en el sistema a todo aquel que lo solicite, sin tener en cuenta la patología preexistente y el costo de la misma.

Esta situación puede incrementar el riesgo de los beneficiarios de la medicina prepaga de tal manera que, para poder abordarlo, la empresa aumente la cuota de manera desmedida o, en su defecto, que la prestadora cierre su lista de beneficiarios o que plantee la inconstitucionalidad de la norma o que demande al Estado por el daño.

Lo cierto es que para planificar un sistema con base en el seguro se deben hacer cálculos actuariales: los cálculos actuariales constituyen una rama de la estadística que se ocupa de las probabilidades de que se produzca un acontecimiento. Los cálculos actuariales, para ser exactos, requieren datos básicos correspondientes a un período suficientemente largo para poder predecir la probabilidad de los acontecimientos futuros con cierto grado de certidumbre. El actuario, capacitado en Matemática, Estadística y Contabilidad, aplicará la teoría probabilística matemática a las estadísticas demográficas para deducir tarifas, primas y reservas.

No existe por el momento ningún estudio de esta naturaleza y el Ministro de Salud señaló que no se habían realizado, por lo tanto es probable que se plantee la inconstitucionalidad de esta disposición y la solución dependerá de la prueba del desequilibrio.

Cabe recordar que la CSJN en el citado precedente Hospital Británico señaló que "Es improcedente por falta de ilegalidad o ilegitimidad manifiesta la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de la ley 24.754 (Adla, LVII-A, 8) en cuanto extendió a las empresas de medicina prepaga la cobertura que las obras sociales deben brindar en materia de drogadicción y contagio del virus H.I.V., si el planteo se fundó en que tal norma lesionaría la libertad de contratar al irrogarle un costo económico exorbitante a dichas empresas,

mas no se demostró un incremento en la onerosidad de las prestaciones médicas que les pudiera provocar un perjuicio concreto"

Si aplicáramos este precedente a la ley en estudio un planteo de inconstitucionalidad genérico podría dar como resultado una resolución que dijera:

"Es improcedente por falta de ilegalidad o ilegitimidad manifiesta la acción de amparo tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de la ley que regula las empresas de medicina prepaga en cuanto establece que las enfermedades preexistentes no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios, si el planteo se funda en que tal norma lesionaría la libertad de contratar al irrogarle un costo económico exorbitante a dichas empresas, y no se demuestra un incremento en la onerosidad de las prestaciones médicas que les pudiera provocar un perjuicio concreto en el sistema contractual".

En definitiva lo que queremos poner de relieve es que sin la prueba del desequilibrio sistémico no se puede pengonar la inconstitucionalidad que en nuestro país sólo se da en el caso concreto. (14)

En lo personal y a título conjetural creemos que la norma va a pasar el test de razonabilidad porque no se va a lograr probar que el impacto de la disposición sobre el sistema lo desequilibra arbitrariamente.

Nótese que cada vez que el Estado impone a las empresas de medicina prepaga una carga pública, como lo es la satisfacción del PMO o la atención del sida, las prestadoras del servicio de salud aluden a la ruptura del equilibrio del sistema, al perjuicio a los usuarios o/y a las posibilidades de quiebra, y sin embargo, en los últimos 20 años, no obstante estas imposiciones, han acrecentado su poder en el mercado en forma sostenida, y la jurisprudencia ha rechazado los planteos empresariales y obligado a cumplir los imperativos legales, con bases constitucionales y supra constitucionales.

Lo cierto es "que si se pretende que la medicina de financiamiento privado soporte cargas públicas, esto es no relacionadas con la conmutatividad del contrato, es necesario que puedan tener una escala cuantitativa que permita difundir ese costo". (15)

Hoy la escala de las empresas de medicina prepaga es grande ya que además de sus usuarios, abarcan el 40% de las prestaciones de las obras sociales. Por otra parte, la aceptación de personas con enfermedades preexistentes se hará con cuotas diferenciadas, que establecen una conmutatividad distinta de la existente en la actualidad.

En conclusión, sin la reglamentación de la norma y sin cálculos de riesgo precisos, no se puede calificar a la disposición como inconstitucional y difícilmente se produzca un desequilibrio del sistema si las personas con enfermedades preexistentes se incorporan con una cuota diferenciada, que permita dispersar el riesgo sin perjudicar a los usuarios ni al sistema.

11. Las empresas mixtas

Vamos a mencionar, puntualmente, el caso de OSDE, la cual tiene 1.400.000 afiliados, de los cuales el 50 por ciento es de adhesión voluntaria. Es decir, dicha empresa funciona como obra social y también como prepaga. Por esa razón, entendemos que en este contexto, se debería redactar un padrón de aquellos afiliados de adhesión voluntaria que son prepagos, a quien se le aplicaría el marco regulatorio, para diferenciarlos de quienes no lo son a quienes no se les aplicaría la ley en comentario.

Nos parece que las prerrogativas que tiene como obra social, al no pagar IVA, tener apoyo y recupero a través del APE y no pagar el impuesto a las ganancias, coloca a esa empresa en situación de competencia distinta con relación a otras que funcionan en el mismo sentido.

12. ¿La regulación es inconstitucional por atentar contra la libertad de contratación?

Puede sostenerse que la regulación avanza ilegítimamente sobre la libertad de contratar y de ejercer una actividad lícita, desde que no comporta la fiscalización por el Estado de una entidad o actividad riesgosa, sino la afectación del contenido estructural de contratos privados de cobertura médica, con menoscabo de los derechos de los particulares y de las organizaciones médicas, las que cumplen su función social basadas, empero, en premisas propias del giro patrimonial de una empresa.

Entendemos que este argumento no sería por si solo suficiente para declarar la inconstitucionalidad de la regulación, ya que la SCJN desde la época del precedente registrado en Fallos: 136:161, ha admitido la tesis amplia en materia de poder de policía ("broad and plenary"), frente a la llamada restringida o literal ("narrow or literal"). En esa ocasión destacó, inclusive, que la legitimidad de las restricciones a la propiedad y a las actividades individuales que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas no pueden discutirse en principio, sino en extensión. Más tarde, al indagar sobre la validez de una ley modificatoria de un contrato aún no cumplido, señaló que lo es "cuando los superiores intereses de la comunidad lo requieren...".

precisando, que la sola contratación no da a los derechos establecidos en la convención carácter de adquiridos contra una ley de orden público..." (Fallos: 224:752 y sus citas). En un sentido similar, el precedente de Fallos: 172:21, la Corte, al sintetizar jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norteamérica, refirió que "...La Constitución no garantiza el privilegio ilimitado de ocuparse de un negocio o de conducirlo como a uno le plazca. Ciertos negocios pueden ser prohibidos y el derecho de dirigir un negocio o de continuar un oficio puede ser condicionado...".

Lo que hay que tener en claro es que cuando se trata de sujetos obligados a prestaciones relacionadas con el derecho a la salud, como lo son las empresas de Medicina Prepaga, incumbe a los mismos someterse a las regulaciones razonables que dicten los órganos del Estado.

En este orden de ideas lo que habría que demostrar para declarar la inconstitucionalidad de la regulación de las empresas de medicina prepaga es que los medios arbitrados en la regulación no guardan relación con los propósitos perseguidos, o que son desproporcionados con respecto a éstos.

La oportunidad o conveniencia o el acierto de la elección de las medidas tomadas por el Poder Legislativo para regular el contrato de medicina prepaga no puede ser juzgada por los magistrados, puesto que la Corte Suprema de Justicia de La Nación ha rechazado que los mismos puedan imponer su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes (confr. Fallos: 311:1565 y sus citas; 312:222, 952, entre otros).

II. Parte especial

13. Concepto de empresas de medicina prepaga y formas de la contratación

Las Entidades de Medicina Prepaga son aquellas que, actuando en el ámbito privado, asumen el riesgo económico y la obligación asistencial de prestar los servicios de cobertura médico sanitaria, conforme a un Plan de Salud, (que ofrecen) para la protección, recuperación y rehabilitación de la salud de los individuos que voluntariamente contratan con las mismas, y que, como contraprestación, se obligan al pago de una cuota periódica. ⁽¹⁶⁾

La ley considera Empresas de Medicina Prepaga a toda persona física o jurídica, cualquiera sea el tipo, figura jurídica y denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa.

Las empresas de medicina prepaga pueden adoptar la forma de sociedades anónimas, de responsabilidad limitada, de simples asociaciones o fundaciones que brindan en general, servicios de cobertura de salud a cambio de una cuota mensual.

En los contratos se disponen diferentes planes de cobertura a distintos precios.

Normalmente en el contrato se ofrecen las prestaciones con base a cuotas que se van abonando regularmente y por adelantado, y ante la falta de pago de las mismas, se opera una suspensión de los servicios y luego la conclusión del contrato.

Los contratos pueden ser de plazo indeterminado o bien por un periodo establecido ya sea mensual o anual y generalmente con renovación automática.

En definitiva, se trata de un vínculo contractual mediante el cual una de las partes promete la prestación de servicios médicos a los pacientes, contra el pago de un precio anticipado.

El servicio médico prestado por la empresa de medicina prepaga, puede ser brindado de diferentes maneras: Una cuando es la empresa quien lo otorga. Otra es encargarlo a un tercero, a quien se le paga la prestación dada al paciente. Una tercera manera es rembolsar lo que el paciente pagó al médico.

Otra situación es la que se produce como consecuencia de una suerte de privatización de hecho del sistema de seguridad social. Esto ocurre cuando las obras sociales que recaudan fondos a través de aportes de sus afiliados subcontratan el servicio con sistema de prepago que vienen a ser los prestatarios directos, transformándose la obra social en intermediaria entre los pacientes y los prestadores directos.

También el sistema prepago puede desarrollar servicios mediante la contratación con otro intermediario, que puede ser un colegio médico, que a su vez obra a nombre de los prestadores directos.

Jurídicamente, lo esencial es que la empresa asume el deber de prestación de asistencia médica, pudiendo llevarla a cabo por sí o por otros, y que no presenta un carácter *intuitu personae*. Económicamente, lo primordial es que es una empresa de intermediación, capaz de reunir los recursos suficientes para organizar un sistema de

prestación médica para una masa de pacientes. (17)

En lo específico, el contrato de medicina prepaga, es un contrato bilateral, consensual, oneroso, conmutativo, con una relación negocial conexas que para el afiliado se trata de una variante de los contratos de adhesión. El usuario recibe la prestación del promitente por medio de terceros prestadores contratados o empleados de la empresa. Los prestadores a su vez se vinculan con el promitente por una relación conexas, por la que prestan servicios de asistencia de salud a favor del afiliado.

Así se aprecia la existencia de una relación tríplica: afiliado - prepaga, prepaga - prestador de servicio de salud, afiliado - prestador. De estos tres aspectos la nueva ley sólo regula las relaciones entre el afiliado y la empresa de medicina prepaga.

Hasta este momento el sistema se ha venido sustentando en gran medida con usuarios cautivos, que difícilmente cambiaran de empresa por tres razones fundamentales: la primera es que si se cambia de prestadora se debe volver a pasar por el periodo de carencia; la segunda es que con el paso del tiempo las personas tienen enfermedades pre existentes que les impide cambiar de prestador y la tercera es que después de los 65 años muy pocas empresas permitían la adhesión al sistema y las que lo hacían establecían precios muy elevados.

Vemos que con el dictado del marco regulatorio la situación cambia fundamentalmente, ya que por una parte no puede haber periodo de carencia para las prestaciones del PMO y por la otra ni las enfermedades preexistentes, ni la edad pueden ser un impedimento de la contratación

14. Diferencias entre el contrato de medicina prepaga y el seguro de salud

La diferencia fundamental radica en que el seguro de salud es un contrato típico, sujeto a las normas de la Ley 17.418 y a la supervisión de la Superintendencia de Seguros de la Nación, mientras que el contrato de medicina prepaga es un contrato que hasta ahora era atípico (y de ahora en más es típico), sujeto al contralor del Ministerio de Salud y del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas. (18)

Por otra parte, "la diferencia se da en relación a la prestación misma a la que se obliga la empresa de seguro y la entidad prepaga; en la primera el asegurador se obliga a mantener indemne al asegurado frente al riesgo (el siniestro, es decir la enfermedad), y ocurrido éste, no brinda la asistencia médica correspondiente, sino que prevé la suma de dinero para afrontar los gastos que son ocasionadas por las prestaciones de salud, con el límite fijado por la póliza. En el contrato de medicina prepaga, la obligación asumida por la entidad es la efectiva asistencia médica, ya sea que la misma revista carácter preventivo (protección de la salud) o de atención directa de la enfermedad (recuperación y rehabilitación). (19)

Es decir que "las obligaciones que asume el ente organizador del servicio de medicina prepaga, no se circunscriben al acaecimiento de un acontecimiento incierto y ajeno a la voluntad de las partes cual es un siniestro (enfermedad); sino que es facultad de los asociados el solicitar y efectuar consultas en forma preventiva o simplemente cuando así lo requiera. Evidentemente no existe esta cobertura dentro del contrato de seguro". (20)

En el punto 2 del presente comentario formulábamos la siguiente pregunta: La obligación de aceptar a toda persona —aun cuando tenga una enfermedad preexistente— ¿es contraria a la ley de seguro que establece que el contrato es nulo si al momento de celebrarse ya ocurrió el siniestro?

Ahora estamos en condiciones de contestar el interrogante, el que por otra parte había sido realizado en el Suplemento de Economía del diario La Nación del domingo 9 de mayo del 2011.

La respuesta es simple, la regulación de las empresas de medicina prepaga en cuanto ordenan que las enfermedades preexistentes no pueden ser admitidas como causales de no contratación, no violan la ley de seguro, porque la ley de seguro no rige al contrato de medicina prepaga, ya que aunque en su funcionamiento, ambos tienen elementos análogos pues buscan la seguridad económica frente a acontecimientos futuros e inciertos, son contratos típicos distintos, con distinto ente regulador y diferencias en la prestación.

15. Los contratos

Los contratos que celebran las empresas de medicina prepaga son contratos de adhesión, que a partir de la entrada en vigencia de la presente ley deberán ser autorizados previamente por la autoridad de aplicación, que se encuentra establecida en el artículo 4° de la ley.

16. La rescisión contractual

El tema de la rescisión es muy importante ya que en general, se trata de contratos de larga duración durante los cuales, en el transcurso del tiempo, puede variar la situación económica de las partes, por lo cual se debe garantizar a los consumidores que pueden cesar en el convenio en cualquier momento; al tiempo que se debe asegurar que la empresa no rescindiré el contrato por una falta de pago mínimo y sin aviso. Por estas razones la

nueva ley ha establecido que, los usuarios pueden rescindir en cualquier momento el contrato celebrado, sin limitación y sin penalidad alguna, debiendo notificar fehacientemente esta decisión a la otra parte con treinta (30) días de anticipación. Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden rescindir el contrato con el usuario cuando incurra, como mínimo, en la falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o cuando el usuario haya falseado la declaración jurada. En caso de falta de pago, transcurrido el término impago establecido y previo a la rescisión, los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley deben comunicar en forma fehaciente al usuario la constitución en mora intimando a la regularización dentro del término de diez (10) días.

La circunstancia de que la empresa pueda rescindir el contrato cuando el usuario haya falseado la declaración jurada fue criticada por algunos senadores en oportunidad del tratamiento de la ley en la Cámara alta. Así la senadora Escudero manifestó: consideramos que la referencia es demasiado amplia, dejando librada la suerte del usuario a los métodos rescisorios que imponga el prestador.

Así estimamos conveniente dar garantías a la parte más débil del contrato, estableciendo un sistema por el cual para que se produzca la rescisión por este motivo, el prestador deba instar a la iniciación de un sumario administrativo sustanciado ante la Autoridad de Aplicación, a fin de garantizar el derecho de defensa del usuario. En efecto, consideramos que dicha causal debe estar sujeta a un proceso probatorio, donde sea el prestador quien tenga la carga de probar las causas que excluirán de la cobertura al usuario.

Asimismo creemos que la prueba de una causal de rescisión, ya sea por vicio de la voluntad o del acto jurídico, no debe dar lugar a la resolución total del vínculo, sino sólo establecer la exclusión de la cobertura controvertida.

En definitiva, la finalidad de la ley es resguardar el derecho a la salud en un sentido integral, lo cual excluiría la posibilidad de dejar al usuario sin todo tipo de cobertura.

17. Nuevas obligaciones de las empresas en los contratos vigentes

Los contratos vigentes se ven afectados por la presente ley en diversos aspectos:

18. Imposibilidad del aumento de la cuota a personas mayores de 65 años que hubieran adherido al sistema durante diez años

El artículo 12 de la ley en su segundo punto establece: En el caso de las personas mayores de sesenta y cinco (65) años, la Autoridad de Aplicación debe definir los porcentajes de aumento de costos según riesgo para los distintos rangos etarios.

A los usuarios mayores a sesenta y cinco (65) años que tengan una antigüedad mayor a diez (10) años en uno de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley, no se les puede aplicar el aumento en razón de su edad.

Esta disposición se explica porque el contrato de medicina prepaga se caracteriza por la "correspectividad de larga duración", la que determina que a través de pagos anticipados verificados durante el transcurso del tiempo, el beneficiario se proteja de riesgos futuros en su vida y/o en su salud. Dicho con otras palabras, la duración del convenio es su nota relevante ya que la satisfacción de la finalidad perseguida dependerá de la continuidad de la asistencia médica. Desde el punto de mira económico, en cambio, es una actividad que se apoya substancialmente en el ahorro de los clientes, es decir, en el empleo del capital anticipado por éstos.

En ese marco es que la curva de utilidad marginal que atañe a las partes es inversa, puesto que las empresas de medicina prepaga obtienen mayores réditos en los comienzos de la relación, en que los pacientes pagan, por lo general, con bajo nivel de consumo de servicios —lo que se ve garantizado, a su turno, por la exclusión de patologías previas y períodos de carencia— y más con el transcurso del tiempo, dado el natural envejecimiento y las enfermedades. Ello así no se justifica que se aumentara la cuota a quienes hayan adherido al sistema durante más 10 años y cumplan 65 años.

19. Imposibilidad de caducar el contrato por muerte del titular al grupo familiar

El artículo 13 establece: El fallecimiento del titular no implica la caducidad de los derechos de su grupo familiar integrantes del contrato. Y el 14 aclara: a. Se entiende por grupo familiar primario el integrado por el cónyuge del afiliado titular, los hijos solteros hasta los veintiún (21) años, no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de actividad profesional, comercial o laboral, los hijos solteros mayores de veintiún (21) años y hasta los veinticinco (25) años inclusive, que estén a exclusivo cargo del afiliado titular que cursen estudios regulares oficialmente reconocidos por la autoridad pertinente, los hijos incapacitados y a cargo del afiliado titular, mayores de veintiún (21) años, los hijos del cónyuge, los menores cuya guarda y tutela haya sido acordada por autoridad judicial o administrativa, que reúnan los requisitos establecidos en este inciso; b. La

persona que conviva con el afiliado titular en unión de hecho, sea o no de distinto sexo y sus hijos, según la acreditación que determine la reglamentación.

Las prestaciones no serán limitadas en ningún caso por enfermedades preexistentes ni por períodos de carencia ni pueden dar lugar a cuotas diferenciadas.

En el artículo 14 nos encontramos con un defecto de redacción al categorizar al grupo familiar, que podemos señalar como un anacronismo legislativo. Si bien estamos de acuerdo en mantener el piso de 21 años, debe eliminarse la frase "no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de la actividad profesional, comercial o laboral", en virtud de la vigencia de la Ley 26.527, promulgada el 21/12/2009, por la cual se modificó el régimen de mayoría de edad, ya que al adquirir capacidad plena a los 18 años, se derogaron las causales tanto de emancipación por habilitación de edad como las de habilitación de los artículos 10, 11 y 12 del Código de Comercio.

20. Las diferencias de precios de las cuotas en razón de la edad sólo pueden tener una variación máxima de tres veces entre el precio de la primera y de la última franja etaria.

Es decir, que si para los menores de 30 años se establece una cuota de \$200, para los mayores de 65 solamente se puede establecer cuotas de \$600.

21. Imposibilidad de suspender las prestaciones médicas a los usuarios individuales por cese de la relación laboral en la empresa que contrato el servicio de medicina prepaga.

El artículo 15 establece que el usuario adherido por contratación grupal o corporativa que hubiese cesado su relación laboral o vínculo con la empresa que realizó el contrato con uno de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley, tiene derecho a la continuidad con su antigüedad reconocida en alguno de los planes de uno de los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley, si lo solicita en el plazo de sesenta (60) días desde el cese de su relación laboral o vínculo con la empresa o entidad corporativa en la que se desempeñaba. El sujeto comprendido en el artículo 1º de la presente ley debe mantener la prestación del Plan hasta el vencimiento del plazo de sesenta (60) días.

El tema de la continuación del contrato de medicina prepaga por el usuario adherido por contratación empresarial cuando hubiese cesado su relación laboral con la empresa que realizó el contrato fue motivo de tratamiento por el más alto Tribunal de la Nación en el caso OMINT.

En ese caso el reclamante trabajó en relación de dependencia para la empresa ISC Bunker Ramo Argentina S.A., entre abril de 1992 y junio de 1993; período en el cual gozó de los beneficios del sistema de medicina prepaga que presta la demandada (OMINT S.A. de Servicios) como un anexo de su remuneración y en virtud de un acuerdo celebrado entre las dos empresas que no conoció de instrumentación escrita.

Entre julio de 1993 y enero de 1995 —sucesivos contratos de por medio— el desempeño del reclamante se tercerizó, motivo por el que su prestación se cumplimentó a través de Ewix Software S.R.L. —de la que el actor sería socio gerente— no obstante lo cual, como parte de la prestación a cargo de la ex empleadora, ésta continuó abonando a OMINT S.A. la cobertura de salud del accionante.

Con posterioridad a enero de 1995 y pese a no acreditarse la existencia de vínculo contractual alguno entre el actor e ISC Bunker Ramo Argentina S.A. esta continuó pagando la cobertura sanitaria del reclamante hasta finales de agosto de 1997, fecha en que comunicó a OMINT S.A. el cese de su relación con el hoy quejoso al final de dicho mes

Al pretender el actor abonar personalmente la cuota correspondiente a septiembre de 1997, la demandada alegó que aquél gozaba de las prestaciones de OMINT S.A. en virtud de su relación con ISC Bunker Ramo Argentina S.A., motivo por el que, finalizada tal vinculación, cesó su derecho a la cobertura sanitaria, negándose, por otra parte, OMINT S.A. a admitir una nueva inscripción, esta vez, a título personal.

Tanto el juez de primera instancia como los magistrados de segunda instancia apreciaron, en lo sustantivo, concluido el convenio originario celebrado entre ISC Bunker Ramo y OMINT S.A., y decidieron que era facultad de la accionada aceptar (o no) la propuesta de afiliación que a título personal efectuó el actor.

Por el contrario la CSJN resolvió que "la aceptación de la cobertura médica por el beneficiario torna irrevocable el contrato de medicina prepaga —en el caso, celebrado verbalmente entre la empresa prestadora y el ex empleador del afiliado—, dado que se trata de una estipulación a favor de terceros en los términos del art. 504 del Cód. Civil".

Y además agregó que "la aceptación por el beneficiario del contrato de medicina prepaga celebrado por su ex empleador obliga a la empresa prestadora como si el afiliado hubiera contratado directamente el servicio, puesto que resulta aplicable al caso la figura de la gestión de negocios —conforme art. 2304, Cód. Civil—"[\(21\)](#)

Los fundamentos dados en ese leading case avalan suficientemente el artículo 15 de la ley que reglamenta el contrato de medicina prepaga en el sentido que la desvinculación laboral de por sí no implica la finalización del contrato de medicina prepaga.

Es que para la economía del negocio no tiene relevancia que el contrato lo haya celebrado el propio usuario o bien su ex empleadora en su beneficio, puesto que subsistiendo la ecuación económica de la contratación a través del pago la finalidad particular del negocio resulta salvaguardada.

22. Las obligaciones contractuales para los contratos futuros

Los nuevos contratos de medicina prepaga tienen dos prohibiciones específicas:

23. Prohibición de establecer un límite de edad como criterio de admisión

En la actualidad las personas mayores de 65 años no son recibidas en casi ninguna empresa de medicina prepaga, la circunstancia se agrava a medida que la edad aumenta. Así, los septuagenarios o los octogenarios que no cuenten con una obra social, aun cuando tengan capacidad económica para pagar un contrato de empresa médica, se les impide el acceso al sistema y se los deriva al PAMI, cuya ineficacia es públicamente reconocida. Con el nuevo sistema ninguna empresa médica podrá rechazar en razón de la edad a los usuarios, a quienes podrá establecer una cuota superior en función etaria, la que deberá ser aprobada por la autoridad de aplicación.

24. Prohibición de establecer periodos de carencia para las prestaciones derivadas del PMO [\(22\)](#)

El artículo 10 de la ley establece: Los contratos entre los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley y los usuarios no pueden incluir períodos de carencia o espera para todas aquellas prestaciones que se encuentran incluidas en el Programa Médico Obligatorio. Las otras modalidades prestacionales y los tiempos previstos en el contrato como período de carencia deben estar suficientemente explicitados en el contrato y aprobados por la Autoridad de Aplicación. Las enfermedades preexistentes solamente pueden establecerse a partir de la declaración jurada del usuario y no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios. La Autoridad de Aplicación autorizará valores diferenciales debidamente justificados para la admisión de usuarios que presenten enfermedades preexistentes, de acuerdo a lo que establezca la reglamentación.

La carencia o periodo de carencia es el periodo de tiempo posterior a la contratación durante el cual la totalidad o parte de las coberturas no surten efecto. Estas cláusulas fueron incorporadas para asegurar una suma de ingresos mínimos por asociado antes de comenzar a pagar las prestaciones, calculándose que entre las tres y cinco primeras cuotas se cubren los gastos de comercialización y, a partir de la sexta, la cuota ingresa al fondo destinado a prestaciones. [\(23\)](#)

Ello se relaciona con la naturaleza asegurativa del sistema prepago, que busca la formación o acumulación de un pozo de aportes económicos con origen en la cuota social, como paso previo a que se comience a gozar de los servicios médicos.

Así, para establecer las tarifas mensuales a cobrar a sus afiliados, las empresas de medicina prepaga realizan previamente estudios que permitan cubrir los costos de mantenimiento, funcionamiento, etc., por los servicios que prestan, cuyo resultado lleva a asumir sus obligaciones en forma progresiva, implicando para sus afiliados la existencia de determinados plazos de carencia durante los cuales no se cubren ciertos servicios. [\(24\)](#)

La ley establece que en las prestaciones del PMO no puede existir periodo de carencia.

Cabe señalar que una de las prestaciones básicas del PMO es la asistencia en el embarazo y parto, y hasta el momento, casi todas las empresas de medicina prepaga tienen un periodo de carencia para la atención de los partos, que normalmente es de 10 meses. [\(25\)](#) La actual disposición varía fundamentalmente las reglas de la contratación, lo que indefectiblemente se va a ver reflejado en los costos, sobre todo de los denominados "Planes Jóvenes".

La imposibilidad de imponer periodos de carencia para las obligaciones que surgen del PMO ya había sido resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso "Unión de Usuarios y Consumidores c. Compañía Euromédica de Salud" (Fallos 331:563). [\(26\)](#)

En el referido precedente, la Unión de Usuarios y Consumidores interpuso una acción para que la Compañía Euromédica de Salud cesara en su práctica de imponer en sus servicios períodos de carencias respecto de las prestaciones comprendidas en el Programa Médico Obligatorio.

La CSJN hizo lugar a la pretensión señalando que el PMO se extendió a las entidades de medicina prepaga y que si bien es cierto que se derogó la Resolución 247/96 que expresamente prohibía los períodos de carencia para el PMO, no puede sostenerse la inexistencia de ese deber en cabeza de las prepagas, en tanto la prohibición referida surge de la exégesis de la ley 24.754.

Los jueces del más alto Tribunal de nuestra Nación razonaron que, de tal interpretación, se infiere que dichas empresas deben cubrir como mínimo determinadas prestaciones obligatorias dispuestas para las obras sociales y que veda la posibilidad de incluir en los reglamentos períodos de carencia o exclusiones de enfermedades preexistentes en aquellos tratamientos que necesariamente deben asegurar a sus afiliados. Esta hermenéutica se impone —prosiguieron—, pues su trasgresión obstaculiza los fines que el legislador tuvo al dictar la ley 24.754, esto es, garantizar a los usuarios un nivel de cobertura mínimo con el objeto de resguardar los derechos constitucionales a la vida y a la salud, dejando en desamparo a los nuevos usuarios que se suman al sistema de medicina prepaga. (27)

Por otra parte la jurisprudencia de las Cámaras de Apelaciones ya se había mostrado proclive a aceptar que las empresas de medicina prepaga no podían imponer periodos de carencia a las prestaciones derivadas del PMO, (28) con lo cual la ley viene a receptor los principios ya establecidos jurisprudencialmente.

25. La autoridad de aplicación

El artículo 4° establece que la Autoridad de Aplicación de la presente ley es el Ministerio de Salud de la Nación. En lo que respecta a la relación de consumo y a la defensa de la competencia serán autoridades de aplicación las establecidas en las Leyes 24.240 y 25.156 y sus modificatorias, según corresponda.

Por su parte, el artículo 6 crea una Comisión Permanente al decir "Crease como órgano de articulación de las funciones fijadas en la presente ley una Comisión Permanente que estará constituida por tres (3) representantes del Ministerio de Salud y tres (3) del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas".

Hubiera sido preferible que existiera una única autoridad de aplicación, que debería ser el Ministerio de Salud, ya que la existencia de una triple autoridad de aplicación complica la aplicación. Por otra parte, la creación de una comisión permanente para articular las funciones entre el Ministerio de Salud, la Secretaría de Derechos de Usuarios y Consumidores y el Tribunal de Defensa de la Competencia (que además no se ha integrado y no existe), genera una injustificada y onerosa burocracia.

26. Conclusiones

1. La regulación estatal del contrato de medicina prepaga es necesaria porque: i. su regulación por las leyes del mercado ha sido ineficiente; ii. ha dado lugar a múltiples abusos sobre todo en orden a su rescisión y suspensión por enfermedades preexistentes o expulsión del sistema en razón de la edad; iii. ha generado un a creciente cantidad de casos judiciales de difícil solución en gran medida por la falta de un marco de regulación de estos contratos; iv. la necesidad de regulación legal fue puesta de relieve por la CSJN desde hace una decena de años a partir del dictado del precedente OMINT.

2. Resulta justificado regular los contratos de medicina prepaga, ya que su objeto está lejos de ser un objeto comercial indiferente a la labor estatal, siendo por el contrario la finalidad esencial del contrato es la prestación sanitaria que hace a dos derechos humanos a la vida y la salud, los que no pueden quedar librados a contrataciones con abusivas cláusulas predispuestas que los alteren, lesionen o restrinjan.

3. Es constitucional que la ley regulatoria de los contratos de medicina prepaga imponga a una de las partes una obligación no pactada, emergente de valores y principios constitucionales ya que son constitucionalmente válidas las restricciones legales a la propiedad y las actividades individuales, si las mismas tienden a asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas, sin que pueda asignársele carácter de adquiridos a los derechos contractuales frente a leyes de orden público.

4. Son las empresas las que tienen que probar que la intervención contractual por voluntad legislativa produce un desequilibrio que altera significativamente las bases del sistema, siempre teniendo en cuenta que la actividad que asumen las entidades de medicina prepaga presenta rasgos mercantiles (arts. 7° y 8°, inc. 5, Cód. de Comercio), pero tienen como objeto de la prestación actividades y servicios tendientes a proteger las garantías a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, por lo que adquieren un cúmulo de compromisos que exceden o trascienden el mero plano negocial.

5. Sería improcedente por falta de ilegalidad o ilegitimidad manifiesta el planteo de una acción tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de la ley que regula las empresas de medicina prepaga en cuanto establece que las enfermedades preexistentes no pueden ser criterio del rechazo de admisión de los usuarios, si el planteo se funda en que tal norma lesiona la libertad de contratar al irrogarle un costo económico exorbitante a dichas empresas, y no se demuestra un incremento en la onerosidad de las prestaciones médicas que les provoque un perjuicio concreto en el sistema contractual.

6. El artículo que impone a las empresas de medicina prepaga la obligación de aceptar a toda persona que quiera contratar un plan sin tener en cuenta su estado de salud preexistente o su edad, sin la reglamentación de la norma y sin cálculos de riesgo precisos, no puede ser calificada en abstracto como inconstitucional, porque no

hay prueba de que produzca un desequilibrio del sistema si las personas con enfermedades preexistentes se incorporan con una cuota diferenciada, que permita dispersar el riesgo sin perjudicar a los usuarios, ni al sistema

7. La legitimidad de las restricciones a la propiedad y a las actividades individuales que se proponen asegurar el orden, la salud y la moralidad colectivas no pueden discutirse en principio, sino en extensión.

8. La oportunidad o conveniencia o el acierto de la elección de las medidas tomadas por el Poder Legislativo para regular el contrato de medicina prepaga no puede ser juzgada por los magistrados, puesto que la Corte Suprema de Justicia de La Nación ha rechazado que los mismos puedan imponer su criterio de conveniencia o eficacia económica o social al del Congreso para pronunciarse sobre la validez constitucional de las leyes.

9. La regulación de las empresas de medicina prepaga en cuanto ordenan que las enfermedades preexistentes no pueden ser admitidas como causales de no contratación, no violan la ley de seguro, porque la ley de seguro no rige al contrato de medicina prepaga, ya que aunque en su funcionamiento, ambos tienen elementos análogos pues buscan la seguridad económica frente a acontecimientos futuros e inciertos, son contratos típicos distintos, con distinto ente regulador y diferencias en la prestación.

10. La prueba de una causal de rescisión, ya sea por vicio de la voluntad o del acto jurídico, no debe dar lugar a la resolución total del vínculo, sino sólo establecer la exclusión de la cobertura controvertida.

11. En el artículo 14 contiene un anacronismo legislativo en la frase "no emancipados por habilitación de edad o ejercicio de la actividad profesional, comercial o laboral", en virtud de la vigencia de la Ley 26.527, promulgada el 21/12/2009, por la cual se modificó el régimen de mayoría de edad, ya que al adquirir capacidad plena a los 18 años, se derogaron tanto las causales de emancipación por habilitación de edad como la habilitación de los artículos 10, 11 y 12 del Código de Comercio.

12. La imposibilidad de suspender las prestaciones médicas a los usuarios individuales por cese de la relación laboral en la empresa que contrato el servicio de medicina prepaga, se justifica porque para la economía del negocio no tiene relevancia que el contrato lo haya celebrado el propio usuario o bien su ex empleadora en su beneficio, puesto que subsistiendo la ecuación económica de la contratación a través del pago la finalidad particular del negocio resulta salvaguardada

13. Los fundamentos a la imposibilidad de imponer periodos de carencia para las obligaciones que surgen del PMO se encuentran en el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el caso "Unión de Usuarios y Consumidores c. Compañía Euromédica de Salud" (Fallos 331:563) que con anterioridad al dictado de la ley ya lo había establecido.

14. La existencia de una triple autoridad de aplicación complica la aplicación de la norma y la creación de una comisión permanente para articular las funciones entre el Ministerio de Salud, la Secretaría de Derechos de Usuarios y Consumidores y el Tribunal de Defensa de la Competencia (que además no se ha integrado y no existe), genera una injustificada y onerosa burocracia.

(1) Artículo 12. Personas Mayores de 65 Años.

(2) Artículo 14. Cobertura del Grupo Familiar.

(3) Artículo 15. Contratación Corporativa.

(4) Artículo 11. Admisión Adversa. La edad no puede ser tomada como criterio de rechazo de admisión.

(5) Artículo 10. Carencias y Declaración Jurada.

(6) El sistema de salud pública de la Argentina fue desarrollado en gran medida durante el ministerio de Salud del doctor Ramón Carrillo, que fue ministro desde 1946 hasta 1954, época en la que se produjo una extraordinaria evolución en el sistema de salud de la Argentina, merced la creación en todo el país de hospitales generales: hospitales de agudos, hospitales de crónicos, dispensarios y centros de salud.

(7) Diario La Nación Viernes 6 de mayo del 2011, suplemento economía y negocios.

(8) Prueba de los abusos en la interpretación y cumplimiento de los contratos de Medicina prepaga es el caso "Jacoba Peña de Márquez" resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16/04/2002, Peña de Márquez Iraola, Jacoba María c. Asociación Civil Hospital Alemán, publicado en: LA LEY, 2002-C, 630 - IMP, 2002-B, 2584 - RCyS, 2003, 282, con nota de Luis O. Andorno; Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Director: Ricardo Luis Lorenzetti - La Ley 2005, 106, Nota a fallo: BIDART CAMPOS, Germán J., Los contratos de adhesión a planes médicos, el derecho a la salud y a la vida, más algunas aperturas y estrecheces judiciales, JPAZE, María Belén, Interpretación de los contratos: Las reglas legales de hermenéutica y las directivas generales y particulares (particular referencia al contrato de medicina prepaga); ANDORNO, Luis, Un importante fallo de la Corte Suprema en materia de cláusulas predispuestas en el contrato de medicina prepaga, la Jurisprudencia es mantenida en Corte Suprema de Justicia de la Nación, V., W. J. c. Obra Social de Empleados de Comercio y Actividades Civiles, 2004-12-02.

(9) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/03/2001, E., R. E. c. Omint S. A. de Servicios, LA LEY,

2001-B, 687 - Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Director: Luis F. P. Leiva Fernández - La Ley, 2002, 14, con nota de AA.VV.; LA LEY, 2001-E, 22, con nota de Inés A. D'Argenio; DJ 2001-2, 86 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: Julio César Rivera - La Ley, 2003, 195, con nota de Gabriela Gutiérrez Cabello; Cita Fallos Corte: 324:677, Cita Online: AR/JUR/2981/2001

(10) LORENZETTI, Ricardo, "La empresa médica" Rubinzal Culzoni, 1998, p. 123.

(11) Corte Suprema de Justicia de la Nación, Hospital Británico de Buenos Aires c. M.S. y A.S.13/03/2001, Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil- Parte General - Carlos A. Ghersi, 170 - LA LEY, 2001-C, 385; 2001-D, 363 - RCyS 2001, 736 - DJ, 2001-3, 87 - LA LEY, 2001-F, 909 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: Julio César Rivera - La Ley, 2003, 209, con nota de Gabriela Gutiérrez Cabello; Nota a fallo: Bidart Campos, Germán J., La dimensión de la salud como bien colectivo y los servicios de salud. Padilla, Miguel M., Las empresas de medicina prepaga, el sida y la droga"; "Gutiérrez Cabello, Gabriela, Derecho a la salud y activismo judicial".

(12) LORENZETTI, Ricardo "La empresa médica" Rubinzal Culzoni, 1998, p. 140.

(13) Senadora Di Perna, p. 83 de la versión taquigráfica.

(14) Que la prueba del desfaje financiero o del daño irreparable es a cargo de la empresa de medicina prepaga ha sido señalado por la CSJN en múltiples pronunciamientos, entre ellos Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16/04/2002, Peña de Márquez Iraola, Jacoba María c. Asociación Civil Hospital Alemán, LA LEY, 2002-C, 630 - IMP, 2002-B, 2584 - RCyS, 2003, 282, con nota de Luis O. Andorno; Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Director: Ricardo Luis Lorenzetti - La Ley 2005, 106, con nota de BIDART CAMPOS, Germán J., Los contratos de adhesión a planes médicos, el derecho a la salud y a la vida, más algunas aperturas y estrecheces judiciales, JAPAZE, María Belén, Interpretación de los contratos: Las reglas legales de hermenéutica y las directivas generales y particulares (particular referencia al contrato de medicina prepaga), ANDORNO, Luis, Un importante fallo de la Corte Suprema en materia de cláusulas predisuestas en el contrato de medicina prepaga Cita Online: AR/JUR/6585/2002

(15) LORENZETTI, Ricardo Luis, "La empresa Médica", ob. citada. p. 22.

(16) GARAY, Oscar Ernesto, "La medicina prepaga", Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, p. 125.

(17) LORENZETTI, Ricardo Luis, "La empresa médica", Rubinzal Culzoni Editores, 1998. p. 124.

(18) LORENZETTI, Ricardo Luis, "La empresa médica", Rubinzal Culzoni Editores, 1998, p. 130.

(19) GARAY, Oscar Ernesto "La medicina prepaga", Ad Hoc 2002 p. 38.

(20) GHERSI, Carlos Alberto, WEINGARTEN, Celia, IPPOLITO, Silvia C., "Contrato de medicina prepaga" Astrea, Buenos Aires 1998, p. 142.

(21) Corte Suprema de Justicia de la Nación, 13/03/2001, E., R. E. c. Omint S. A. de Servicios, LA LEY, 2001-B, 687 - Colección de Análisis Jurisprudencial Contratos Civiles y Comerciales - Director: Luis F. P. Leiva Fernández - La Ley, 2002, 14, con nota de AA. VV.; LA LEY, 2001-E, 22, con nota de Inés A. D'Argenio; DJ 2001-2, 86 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Civil - Parte General - Director: Julio César Rivera - La Ley, 2003, 195, con nota de Gabriela Gutiérrez Cabello; Cita Fallos Corte: 324:677. Cita Online: AR/JUR/2981/2001.

(22) Además de mandar a las empresas de medicina prepaga a brindar las prestaciones normadas en el PMO, el legislador obliga a las empresas del sector a obrar de acuerdo al mandato de la siguiente normativa: Ley 25.929 - Derechos de toda mujer en relación con el embarazo, trabajo de parto y posparto (Adla, LXIV-E, 5405). Derecho de toda persona recién nacida. Derechos de los padres de la persona recién nacida en situación de riesgo (B. O. 21/09/2004); ley 24.788 - Ley nacional de lucha contra el alcoholismo (B. O. 03/04/1997) (Adla, LVII-B, 1342); ley 24.901 - Sistema de prestaciones básicas de atención integral a favor de las personas con discapacidad (Adla, LVII-E, 5555) (B. O. 05/12/1997); ley 25.404 - Medidas de protección y garantía del pleno ejercicio de sus derechos a toda persona que padezca epilepsia. Incorporación de prestaciones médico-asistenciales al Programa Médico Obligatorio. (B.O. 03/04/2001) (Adla, LXI-B, 1507); ley 25.415 - Programa Nacional de Detección Temprana y Atención de la Hipoacusia. Incorporación de las prestaciones al Programa Médico Obligatorio (B.O. 03/05/2001) (Adla, LXI-C, 2653); ley 25.543 - Test diagnóstico del virus de inmunodeficiencia humana. Obligatoriedad del ofrecimiento a toda mujer embarazada como parte del cuidado prenatal normal (B.O. 09/01/2002) (Adla, LXII-A, 34); ley 25.673 - Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable (B.O. 22/11/2002) (Adla, LXII -C, 3375); ley 26.130 - Régimen para las intervenciones de contracepción quirúrgica (B.O. 29/08/2006) (Adla, LXVI-D, 3634).

(23) AHUAD, Alfredo - PAGANELLI, Alberto - PALMEYRO, Alejandro, "Medicina Prepaga. Historia y Futuro...", Isalud, Buenos Aires, 1999, p. 82.

(24) La ley que reguló actividad prepaga en la provincia del Chaco (n° 4606) también estableció un período de carencia de hasta 120 días.

(25) www.osdebinario.com.ar. Consultado el 07/05/2011.

(26) Unión de Usuarios y Consumidores c. Compañía Euromédica de Salud S.A. 08/04/2008, Corte Suprema de Justicia de la Nación, 08/04/2008, LA LEY, 2008-C, 338, con nota de Oscar Ernesto Garay; DJ 28/05/2008, 242 - IMP 2008-11 (junio), 984 - LA LEY, 12/06/2008, 7 - JA, 2008-III, 336, con nota de Laura Clérico; Catalina Moggia.

(27) Un tema similar es tratado en Corte Suprema de Justicia de la Nación - Unión de Usuarios y Consumidores c. Compañía Euromédica de Salud S.A., 2008-04-08.

(28) Juzgado de Transición n° 1 de Mar del Plata - 10/08/2000 - Román, Silvana - LLBA, 2000-1362, resolvió un caso en que se interpuso una medida innovativa, fundada en el derecho a la salud, diciendo que es procedente la medida innovativa para que una empresa de medicina prepaga brinde cobertura a una mujer embarazada recientemente afiliada hasta que se decida sobre el período de carencia al que está sometida la prestación, pues al encontrarse en juego el derecho a la salud, al acceso a la atención sanitaria, a la protección integral de la familia y el principio "pro minoris", resulta verosímil el derecho que invoca. Por su parte la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala A, 23/02/2001, G., M. A. c. S.P.M. S.A., LA LEY, 2001-D, 411; DJ, 2001-2-830. Declaró la improcedencia de la demanda entablada contra una empresa de medicina prepaga tendiente a obtener el reintegro de gastos por un trasplante cardíaco efectuado al titular del plan de salud, si a la fecha en que éste fue realizado no había transcurrido el período de carencia estipulado en el contrato de adhesión, más aun teniendo en cuenta que ello fue conocido por el actor al contratar. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala C. 27/10/2006. Unión de Usuarios y Consumidores c. OSDE Binario. IMP 2007-5 (Marzo), 520. LA LEY, 2007-B, 402, decidió que por aplicación del art. 4 de la Ley 24.240 corresponde condenar a la obra social demandada (en realidad, empresa de medicina prepaga) a informar en forma adecuada, veraz y suficiente a sus afiliados que en el futuro se abstendrá de aplicar períodos de carencia sobre las prestaciones comprendidas en el Programa Médico Obligatorio.