

Implicancias jurídicas de las relaciones contractuales entre obras sociales y empresas de medicina prepaga: contrato de planes superadores de las prestaciones comprendidas en el programa médico obligatorio

Por Martín Zambrano (h).¹

I.- Las obras sociales nacionales como integrantes del Sistema Nacional del Seguro de Salud

Conforme lo dispuesto en el segundo párrafo del art. 3 de la Ley N° 23.660 y el párrafo segundo del art. 2 de la Ley N° 23.661, las **obras sociales nacionales** (en adelante, OOSS) integran el **Sistema Nacional del Seguro de Salud**. Este último fue creado con “...los alcances de un **seguro social**...”(la negrita me pertenece), a los efectos de procurar el pleno goce del **derecho a la salud**, en base a un criterio de **justicia distributiva**.

Las OOSS nacionales como agentes naturales del seguro social, integran entonces un sistema cuya cohesión resulta de:

- a) la existencia de una autoridad de aplicación, regulación y contralor del seguro (art. 7, 8 y 9 de la Ley N° 23.661);
- b) un régimen sancionatorio, rector y de transferencia de beneficiarios en caso de estado de crisis (establecido mediante Dec. N° 1400/2001);
- c) una financiación proveniente de aportes y contribuciones (y de precio cierto en dinero, en caso de beneficiarios adherentes), que las OOSS administran, así como lo que pudiese provenir del Tesoro Nacional, del Presupuesto General de la Nación, y los recursos que integran el Fondo Solidario de Redistribución (en adelante, FSR);
- d) el FSR, que a través de distintas modalidades apoya financieramente a los agentes del seguro, en calidad de préstamos, subvenciones y subsidios, financia planes y programas de salud destinados a beneficiarios, paliando la incidencia de las tecnologías médicas emergentes, y apoyando a los agentes con menor ingreso de recursos y
- e) el hecho de que, conforme a las formas de financiamiento y el principio del pleno goce del derecho a la salud sin discriminación económica (art. 1 de la Ley N° 23.661), no existe en el seguro la limitación de cobertura por enfermedades preexistentes al momento de empezar a revestir el carácter de beneficiario, y que todos los beneficiarios reciben igual prestación independientemente a cuanto aportan conforme la proporción de su sueldo, entre otras notas.

II.- Las empresas de medicina prepaga

Reguladas a partir de la sanción de la Ley N° 26.682 en el año 2011, las empresas de medicina prepaga (en adelante, EMP) brindan, adoptando diversas formas jurídicas del derecho privado (como asociaciones civiles, sociedades típicas de la Ley N° 19.550, mutuales, cooperativas, etc.), un servicio privado de la salud. Sin perjuicio de los principios que deben perseguir ciertas formas jurídicas, como puede ser una mutual, se rigen por la lógica de mercado y entablan relaciones contractuales conmutativas entre usuario-empresa.

Conforme a su génesis, estas entidades de salud privada se han erigido como un sector de salud, como seguros privados, más no bien como un sistema, toda vez que las mismas no se entrelazan en un conjunto de normas y procedimientos que regulen su funcionamiento.

El sector privado de la salud se diferencia del Sistema Nacional del Seguro de Salud por:

- 1) las atenuadas facultades de control que tiene la autoridad de aplicación recientemente instauradas por la Ley N° 26.682;
- 2) que la obtención de recursos se logra a través de un pago cierto en dinero;
- 3) que no existe un fondo de apoyo económico solidario para “sostener” a las empresas con menor cantidad de usuarios, o que se vean más “castigadas” por patologías endémicas o por contar con un mayor cantidad de siniestros y
- 4) la valorización pecuniaria de las enfermedades preexistentes referidas a las personas con patologías que pueden insumir mayores gastos.

¹ Con la colaboración de Julia Cires Etcheverry

III.- Los ejes en los cuales se construyen las relaciones jurídicas entre las obras sociales y las empresas de medicina prepaga

Lejos de permanecer como compartimentos estancos, y al son de las políticas desregulatorias instauradas en los Decretos N° 9/93, N° 576/93 y concordantes, las OOSSS y las EMP comienzan a entablar relaciones jurídicas, desdibujándose las funciones que fueron encomendadas por el legislador.

Esto se virtualizó a través de dos ejes:

- 1) el ejercicio del derecho a la **opción de cambio** entre OOSS (Decretos N° 9/93, N° 576/93, N° 504/98, Res. N° 37/98 y concordantes) y
- 2) la inscripción de las EMP como **Red de Prestaciones** en la Superintendencia de Servicios de Salud (Res. N° 135/86-INOS, Res. N° 196/98-SSS, Res. N° 253/98-SSS, Res. N° 119/99-SSS, Res. N° 194/01-SSS, Res. N° 195/01-SSS, Res. N° 789/09-SSS y concordantes y modificatorias).

Dado los dos extremos mencionados, nace el **contrato de plan superador a las coberturas y prestaciones comprendidas en el Programa Médico Obligatorio (P.M.O)**. Este contrato que se entabla entre el usuario y la EMP, a su vez se **vincula** con la relación jurídica de orden público del usuario/beneficiario con la obra social, y la de la EMP con la OOSS. Sin esta **conexidad**, no resulta posible desviar los **recursos previsionales** a las EMP.

Así es que todo usuario que desee contar con los servicios de una EMP derivando su aporte y contribución, simplemente deberá ejercer una opción de cambio a una OOSS que tenga convenio con determinada EMP (siempre y cuando su OS de origen no cuente *per se* con dicho convenio).

Esta delegación de los recursos por parte de las OOSS para la tercerización de la prestación de servicios de salud (a cargo de la EMP como prestadora), tiene diversos efectos entre los cuales se destacan:

- 1) **la pérdida de solidaridad del seguro**, toda vez que no resultan asequibles ciertas coberturas para aquellos aportantes con menor capacidad contributiva y no resultan suficientes para cubrir el plan superador;
- 2) **la tendencia a la desfinanciación** de aquellas obras sociales que no pueden tener convenio con la prestadora/EMP, generando que sus mayores contribuyentes migren a OOSS que si han logrado dicho convenio y
- 3) **la percepción de conceptos ciertos en dinero por la prestadora** en caso de que el aporte y contribución no sea suficiente para costear el plan superador, lo cual se encuentra expresamente vedado, estando sólo legitimada a dichos efectos las OOSS².

Las consecuencias jurídicas que se derivan de los puntos anteriormente enunciados, distan del modo en el que se las OOSS y las EMP deberían actuar conforme a la reglamentación imperante, toda vez que:

- 1) el concepto cierto en dinero percibido por la prestadora indebidamente, debería tributar al no ser un aporte previsional, y se deben realizar deducciones al FSR³;
- 2) los contratos superadores en realidad sólo pueden entablarse entre la OOSS y el beneficiario⁴;
- 3) al ejercer una opción de cambio entre OOSS, las EMP en su calidad de prestadoras no deben valorizar preexistencias, ya que ni siquiera lo puede hacer la OS elegida⁵;
- 4) el obligado directo a la cobertura superadora en realidad es la OOSS⁶ y
- 5) que cuando la valorización de una preexistencia tiene un recuperó en el FSR, implica un enriquecimiento indebido por parte del prestador/EMP.

Como se puede observar, sin perjuicio de otras observaciones jurídicas, sanitarias y económicas que se puedan realizar, la falta de fiscalización y regulación eficaz de estas relaciones contractuales, demanda por parte del Poder Ejecutivo y la Administración Pública la emisión de una actuación administrativa que aporte claridad al tema. Velando por la **legalidad** y la **telesis** solidaria que debe regir e imperar en el sistema, creando ecuaciones económicas que generen la posibilidad de acceso a planes superadores a todos los beneficiarios, y no sólo aquellos que tienen determinado nivel económico. O por el contrario, adoptar una política pública por parte del Poder Legislativo y Ejecutivo, que separe de forma rigurosa el seguro social del sector privado.

² Art. 16 del Dec. N° 576/93: "...Los trabajadores y empleadores de manera individual o colectiva, pueden pactar entre sí o con el Agente del Seguro respectivo un aporte adicional.- Las Obras Sociales podrán recibir aportes y contribuciones voluntarias adicionales.-". A su vez la Res. N° 194/98-SSS establece en el pto. 3.- del Cap. 2 de su Anexo I que "En caso de ofrecer planes y programas superiores al PMO, deberá ... indica(r)... que es la única autorizada para recaudar el pago por estos planes adicionales"

³ Respecto las deducciones al FSR así lo disponía el art. 5 de la Res. N° 195/98-SSS, la cual se encuentra derogada tácitamente en la actualidad por lo dispuesto en el art. 23 de la Ley N° 26.682.

⁴ Ver cuarto considerando de la Res. N° 195/98-SSS y art. 5º, y pto. 3.- del Cap. 2 del Anexo I de la Res. N° 194/98-SSS

⁵ Ver art. 12 del Dec. N° 504/98-SSS

⁶ pto. 3.- del Cap. 2 del Anexo I de la Res. N° 194/98-SSS y art. 4º de la Res. N° 195/98-SSS