

COMISIÓN DERECHO DE LA SALUD

DNU 70/2023 “BASES PARA LA RECONSTRUCCIÓN DE LA ECONOMÍA ARGENTINA”

Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2023

En cumplimiento de lo acordado con los referentes de comisiones y el Directorio del Colegio de Abogados de la Primera Circunscripción de Mendoza, la Comisión de Salud emite el siguiente dictamen sobre el Decreto de Necesidad y Urgencia **70/2023**.

Para la redacción del mismo, se ha tenido en consideración la pluralidad de voces que caracterizan a esta comisión, integrada por abogados especializados en Salud que desde diferentes ámbitos relacionados a esta rama, bregan por un sistema sanitario justo y equitativo que permita la armonía entre prestadores y usuarios, para que la salud no sea nada más que una oración escrita en los tratados y en nuestra Carta Magna, sino un derecho fundamental humano al que todos los habitantes del suelo argentino tengamos acceso.

No ahondaremos en las características propias de un Decreto de Necesidad y Urgencia, sino que nos limitaremos a dar nuestra postura respecto a cómo el DNU 70/2023 ha afectado a los distintos protagonistas de la salud en nuestro país.

El 20 de diciembre de 2024, diez días después de asumir, el presidente Javier Milei anunció en cadena nacional el decreto de necesidad y urgencia ([DNU](#)), el cual contiene 366 artículos que modifican y derogan gran cantidad de normativas de nuestro ordenamiento jurídico.

El DNU 70/2023 se titula “Bases para la reconstrucción de la Economía Argentina” e instrumenta una amplia reforma legislativa que busca desregular la economía. En este sentido, deroga y modifica un gran número de leyes en distintas áreas, entre ellas y que nos conciernen principalmente para el presente análisis- el Marco regulatorio de la Medicina Prepaga.

EL DNU Y SUS IMPLICANCIAS EN LA SALUD

Dentro de las modificaciones introducidas, se encuentran aquellas en materias relativas a Salud y Comunicación, a saber:

SALUD: Título XI. Artículos 264 a 325 del DNU (3)

-Deroga la Ley N° 27.113: que declaraba de interés nacional y estratégico la actividad de los laboratorios de producción pública dedicados a la investigación y producción pública de medicamentos, materias primas para la producción de medicamentos, vacunas, insumos y productos médicos y creaba la ANLAP (Agencia Nacional de Laboratorios Públicos).

-Deroga el Decreto N° 743/22: que limitaba, a partir del 1° de febrero de 2023 y por el plazo de DIECIOCHO (18) meses, el incremento del valor de las cuotas de los contratos individuales de adhesión voluntaria de Medicina Prepaga.

Modificaciones a la Ley de utilización de medicamentos por su nombre genérico (Ley N° 25.649)

-Modifica el artículo 2° de la Ley N° 25.649, eliminando el segundo párrafo el cual prevé que la receta podrá contener, además del nombre genérico, el nombre o marca comercial pero en dicho supuesto el profesional farmacéutico, a pedido del consumidor, tendrá la obligación de sustituir la misma por una especialidad medicinal de menor precio que contenga los mismos principios activos, concentración, forma farmacéutica y similar cantidad de unidades.

Modificaciones al marco regulatorio de la Medicina Prepaga (Ley N° 26.682)

-Se derogan los artículos 5° incisos g) y m), 6°, 18, 19, 25 inciso a) y 27 de la Ley N°26.682 que regula la actividad de Medicina Prepaga referidos a:

-Potestad de la Autoridad de Aplicación para autorizar y revisar los valores de las cuotas.

-Potestad de la Autoridad de Aplicación para transferir afiliados a otros prestadores en caso de quiebra, cierre, o cesación de actividades.

-Creación de la Comisión Permanente

-Potestad de la Autoridad de Aplicación para fijar los aranceles mínimos obligatorios y los modelos de contratos a utilizar.

-Matrícula anual abonada por cada entidad al Ministerio de Salud

-Creación del Consejo Permanente de Concertación, integrado ad-honorem por representantes del Ministerio de Salud.

-Se agrega el artículo 30 Bis a la Ley N°26.682 que regula la actividad de Medicina Prepaga indicando que las disposiciones “son aplicables únicamente a los asociados voluntarios cuyo vínculo con el asegurador esté fuera del marco de la Ley N° 23.660” (esta última referida a Obras Sociales).

-Se sustituye el artículo 17 de la Ley N°26.682 que regula la actividad de Medicina Prepaga, el cual establece que la Autoridad de Aplicación fiscalizará y garantizará la razonabilidad de las cuotas de los planes prestacionales, así como autorizará el aumento de las cuotas, por el siguiente: *“Cuotas de Planes. Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley pueden establecer precios diferenciales para los planes prestacionales, al momento de su contratación, según franjas etarias con una variación máxima de TRES (3) veces entre el precio de la primera y la última franja etaria.”*

Modificaciones más relevantes al marco regulatorio de las Obras Sociales (Ley N° 23.660)

-Se modifica el artículo 1º de la Ley 23.660 que regula las Obras Sociales agregando un inciso i) que indica que se incluyen dentro del Régimen a todas las entidades comprendidas en el artículo 1º de la Ley 26.682 referida a entidades de Medicina Prepaga.

-Se sustituye el artículo 2º de la Ley 23.660: se adecua la forma de funcionamiento de las obras sociales de la Administración Central del Estado Nacional y sus organismos autárquicos y descentralizados, las obras sociales de las empresas y sociedades del Estado y toda otra entidad creada o a crearse que, no encuadrándose en la enumeración de este artículo, tenga como fin lo establecido por la presente ley, estableciendo que funcionarán como entidades de derecho público no estatal.

-Se sustituye el artículo 3º de la Ley 23.660, adecuando vocablos a su redacción donde decía “Las obras sociales” se modifica a “Las entidades del artículo 1º”.

-Se sustituye el artículo 4º de la Ley 23.660, reemplazando a Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL) por Superintendencia de Servicios de Salud (SSS) como autoridad para la presentación anual de cierta documentación.

-Se deroga el artículo 5º de la Ley 23.660, que prevé el destino de lo recaudado para la Administración Nacional del Seguro de Salud (ANSSAL) y las jurisdicciones.

-Se sustituye el art. 8, indicando que quedan obligatoriamente incluidos los trabajadores que presten servicios en relación de dependencia, sea en el ámbito privado o en el sector público; se adecua el inciso b) eliminándose la referencia a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires; se mantiene el inciso c) referido a los beneficiarios de prestaciones no contributivas nacionales;

-Se deroga el inc. f) del art. 10 que establecía una excepción al trabajador que deba prestar servicio militar obligatorio por llamado ordinario, movilización o convocatorias especiales;

-Se incorpora como art. 19 bis: que establece la obligación de que cuando las entidades reciban aportes adicionales a los de la suma de la contribución y los aportes que prevén los inc. a) y b) del artículo 16 de esta Ley, se deposite el 20% de dichos aportes al Fondo Solidario de Redistribución;

-Se sustituye el primer párrafo del art. 23 estableciendo que los fondos previstos por esta ley y los que corresponda a las entidades deberán depositarse en instituciones bancarias; elimina la obligación de que sean entidades bancarias oficiales nacionales, provinciales o municipales;

Modificaciones más relevantes al Sistema Nacional del Seguro de Salud (Ley N° 23.661)

- Se consideran agentes del seguro a las obras sociales nacionales y demás entidades incorporadas a la Ley 23.660; se adecua la normativa a ese efecto.

Modificaciones más relevantes al Régimen de Trazabilidad y Verificación de Aptitud Técnica de los Productos Médicos Activos de Salud en Uso (Ley N° 26.906)

Se incorporan los artículos 5 bis y 5 ter que disponen:

- La Autoridad de Aplicación determinará los productos médicos activos autorizados para su uso en el territorio nacional. No podrán ser utilizados los productos activos que no hayan sido autorizados por la Autoridad de Aplicación.

- Los usuarios de productos médicos activos deberán informar la instalación y uso de los mismos a la autoridad de aplicación. La Autoridad de Aplicación determinará los requisitos y procedimientos para el uso de productos médicos activos. Y se reserva el derecho de auditar su cumplimiento.

-Se derogan los artículos 6, 7 8 y 11 que establecían ciertas facultades de contralor a la autoridad de aplicación;

-Se modifica el artículo 9 estableciendo que la autorización de uso (ya no el certificado de habilitación que queda derogado) se deberá otorgar por cada producto médico activo; se mantienen el resto de las consideraciones previstas en su redacción anterior;

-Se sustituye el artículo 16 y se actualizan las funciones de la Autoridad de Aplicación;

Modificaciones más relevantes vinculadas a la Ley de Recetas Electrónicas o Digitales (Ley N° 27.553)

-Se sustituye el art. 1 eliminándose la posibilidad de recetas manuscritas. Sólo podrán ser redactadas y firmadas a través de plataformas electrónicas a tal fin;

-Se adecua el resto de la norma removiendo las referencias a recetas manuscritas;

Modificaciones más relevantes vinculadas al Ejercicio de la medicina, Odontología y Actividades de Colaboración (Ley N° 17.132)

- Se sustituye el inc. 7 del artículo 19 a fin de adecuar la obligación de los profesionales de prescribir o certificar en recetas a través formularios electrónicos o digitales;

Modificaciones más relevantes vinculadas a la Reglamentación del derecho de Opción de Cambio (Decreto N° 504/98)

- Se sustituye el artículo 13 y se establece que los trabajadores que inicien una relación laboral podrán ejercer el derecho de elección de agente del seguro de la Ley N° 23.661;

-Se sustituye el artículo 14 y se establece que el afiliado que hubiera cambiado de agente de seguro deberá permanecer en ella el tiempo mínimo que determine la Autoridad de Aplicación, el que no podrá ser mayor a un año; vencido dicho plazo podrá ejercer nuevamente la opción de cambio;

Modificaciones más relevantes vinculadas al Régimen Legal del ejercicio de la actividad farmacéutica y de la habilitación de farmacias, droguerías y herboristerías (Ley N° 17.565)

-Se incorpora como último párrafo del artículo 2, que las farmacias podrán constituirse mediante cualquier figura jurídica permitida por la legislación vigente;

-Se sustituye el artículo 9 disponiéndose, entre otras cosas, que deben conservarse las recetas correspondientes a “expendio legalmente restringido” y “expendio bajo receta archivada”, en formato digital, durante un plazo no menor de tres años, luego de lo cual podrán ser borradas previa comunicación a la autoridad sanitaria;

-Se elimina como forma de expendio el “expendio libre”;

-Se agrega como inciso d) del artículo 28 que el director técnico de una farmacia deberá tener en la misma las constancias de habilitación del establecimiento (en reemplazo del requisito anterior que establecía que debía tener un plano del local autorizado por la autoridad sanitaria y las constancias de habilitación del establecimiento);

-Se sustituye por completo el art. 36 permitiéndose que las droguerías despachan recetas, quedando sujetas en un todo a lo estipulado en el nuevo texto de esta Ley;

- Artículo 40, especifica que los libros que deben llevar las droguerías deberán ser electrónicos, sin alterar el orden de los asientos de las ventas efectuadas;

POSTURAS EN CONTRA DEL DNU

El Decreto de Necesidad y Urgencia, (DNU) 70/2023, carece de constitucionalidad, toda vez que el Poder Ejecutivo Nacional al dictarlo, hizo un uso flagrantemente inconstitucional de los poderes de emergencia que la Constitución Nacional le otorga.

En primer lugar, porque se trata de un Decreto que contiene 366 artículos mediante los cuales se modifica y deroga una multiplicidad de regímenes normativos, se trata de modificaciones que carecen del carácter de transitoriedad exigida y están destinadas a perdurar en el tiempo.

En segundo lugar, porque muchas de las modificaciones no recaen sobre áreas en las que pueda haber una imprecisa asignación de competencias, sino que la Constitución le encomienda su regulación al Congreso.

En tercer lugar, porque no se trata de áreas en las que exista inacción del Congreso sino que el Poder Ejecutivo se arroga poderes legislativos tendientes a reemplazar el criterio y la función propia del Congreso.

En cuarto lugar, es claro que el Poder Ejecutivo avanzó en el dictado de un Decreto de necesidad y urgencia sin que estén dados los recaudos establecidos en el art. 99.3 de la C.N y en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Ya dentro del Marco regulatorio de la Medicina Prepaga, por las que se derogan los artículos 5°, incisos g) y m), 6°, 18, 19, 25 inciso a) y 27 y se sustituye el artículo 17 (Ley 26682), entre otras modificaciones, invadiendo facultades expresamente reconocidas por la Constitución Nacional al Poder Legislativo de la Nación en el art. 75 Inc. 12.

Definitivamente, no se traducen en una decisión de tipo coyuntural destinada a paliar una supuesta situación excepcional, sino que, por el contrario, revisten el carácter de normas permanentes, sin recorrer el cauce ordinario que la Constitución prevé.

Todo lo dicho es confirmado por los mismos fundamentos del DNU, es más, en los considerandos del mismo, no brinda argumento alguno que explique la necesidad y urgencia en la modificación del Marco regulatorio de la Medicina Prepaga, limitándose solamente a esbozar: *“Que, asimismo, para aumentar la competitividad del sistema, se deben liberar las restricciones de precios al sistema de medicina prepaga.”* Argumento carente, ya que en el ámbito de la medicina prepaga debe prevalecer el principio protectorio pro homine y la función social que estos entes deben cumplir, la cual se encuentra por encima de cualquier beneficio económico que persiga, todo ello de conformidad con el Art 42 CN y marco normativo Ley 24.240

Finalmente, el Dr. Pablo Luis Manili, en su obra *“Ni necesidad, ni urgencia, ni imposibilidad de que actúe el Congreso: nulidad del DNU 70/23”* TR LALEY AR/DOC/60/2024, concluimos que: *del art. 99 inc. 3 CN y de la jurisprudencia de la Corte se desprenden las siguientes reglas:*

a) Los DNU están prohibidos.

b) La sanción que pesa sobre esa prohibición es la nulidad absoluta e insanable.

c) Fueron incluidos en la constitución para llenar un vacío normativo en el cual se había abusado de ellos y la Corte los había convalidado en "Peralta" de 1990.

d) Fueron incluidos en la constitución para prohibirlos y no para permitirnos. La regla es la prohibición y la permisón es excepcional.

e) El presidente solo puede dictar DNU en casos de emergencia grave, que genere un riesgo social y que haya aparecido súbitamente o recientemente.

f) Esa emergencia debe requerir medidas urgentes para habilitar el dictado de un DNU.

g) Debe ser "imposible" que esas medidas las adopte el Congreso con la celeridad necesaria.

h) No alcanza con que la intervención del Congreso sea "lenta", o "difícil", o "tortuosa": debe ser imposible.

i) Tampoco alcanza con que el Congreso esté en receso.

j) Están prohibidos los decretos "de conveniencia", es decir que las medidas que se adopten deben ser imprescindibles y no solo convenientes.

k) Esas medidas solo deben ser tendientes a solucionar transitoriamente el problema concreto que generó esa emergencia; pero el Ejecutivo no puede dictar normas permanentes.

l) La interpretación de esta atribución presidencial debe ser hiper-restrictiva porque violenta la división de poderes y porque la constitución prohíbe el ejercicio de la suma del poder público.

m) El poder judicial debe controlar la existencia o no de emergencia y urgencia que justifique el dictado del decreto.

n) El poder judicial debe controlar, además, la razonabilidad intrínseca de las medidas adoptadas.

o) En el caso de los derechos sociales (vg.: normas laborales contenidas en el DNU bajo estudio) rige el principio de irreversibilidad y progresividad de los derechos.

p) Varias decisiones de la Corte IDH han condenado el uso de los DNU en cuanto afecten derechos humanos.

Por los motivos reseñados, el DNU 70/2023 no supera el test de constitucionalidad en general, independientemente de la razonabilidad o no de cada una de sus normas en particular, las cuales deberán ser analizadas no sólo en abstracto, sino también en su aplicación a cada caso concreto”

-Fundamentos para el pedido de inaplicabilidad de lo art 265, 267 y 269 del DNU 70/2023 en los procesos de amparo de Salud.

Los artículos 265, 267 y 269 del decreto 70/2023 van en contra de garantías amparadas constitucionalmente, siendo estas el acceso a la salud, a la vida y a la propiedad privada previstas por los arts. 17, 42 y 75 inc. 22 y 23 de la Constitución Nacional, por los principios generales del derecho. Por otro lado, las normativas que hoy se atacan van en contra de las condiciones acordadas en el contrato de afiliación

Para dar fundamento a este apartado se tomará como referencia el art. 13 de la ley 26.854, el cual establece que: ...“la suspensión de los efectos de una ley, un reglamento, un acto general o particular podrá ser ordenada a pedido de parte cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Se acredite sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto o de la norma, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; b) La verosimilitud del derecho invocado; c) La verosimilitud de la ilegitimidad, por existir indicios serios y graves al respecto; d) La no afectación del interés público; e) Que la suspensión judicial de los efectos o de la norma no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles”.

1º) Acreditación de que la norma le genera perjuicios de imposible reparación ulterior: Es menester establecer y fundar con claridad el perjuicio que le traería al peticionante la aplicación de la norma que se ataca de inconstitucional.

La Corte Nacional ha sostenido que los entes de medicina prepaga, más allá de su constitución como empresas, tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial. (CSJN, 13/3/2001, «E. R. c/ Omint S. A. de Servicios», LL, 2001-B-687).

2º) Verosimilitud del derecho invocado: el DNU 70/2023 ha derogado el artículo 5 incisos g) y m), de la ley 26.682 y sustituido la redacción del art. 17 de la mencionada norma, evitando así las funciones de contralor de la autoridad de aplicación, quien previamente garantizaba y controlaba la razonabilidad de las cuotas de los planes prestacionales. La ausencia de fiscalización de las empresas

de medicina prepaga deriva en la unilateralidad de las proveedoras de servicios de salud al momento de establecer el monto de la cuota mensual y del monto de incremento de los aumentos.

Es innegable la inexistencia del poder de negociación de consumidores, frente a un proveedor que persigue fines netamente económico-financieros, situación que necesita del amparo de la Justicia para hacer valer los derechos y garantía constitucionales del más vulnerable.

Es importante que, ante casos como el que nos convoca, el Poder Judicial intervenga cuando no existe duda alguna de la violación de derechos constitucionales, que deben ser amparados.

Frente a tan preocupante situación y, teniendo en cuenta la ausencia de una autoridad que controle los aumentos de las empresas de medicina prepaga, es el Poder Judicial el que debe proteger el derecho del vulnerable en el caso concreto.

__Asimismo, en los considerandos del resolutive obrante en Expte **FMZ 542/2024**, caratulados: **“DE LA CRUZ, Alfredo c/ MEDIFE ASOCIACION CIVIL s/ PRESTACIONES MEDICAS” (7/02/2024)** , perteneciente al Tribunal Federal N2 de la provincia de Mendoza, se afirma que “no debe perderse de vista que el artículo 4° de la ley 26.682 (no sustituido ni derogado por el DNU) hace referencia a la ley 24.240 en lo que respecta a la relación de consumo, cuyo régimen de protección tiene anclaje constitucional, y que si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga puede representar determinados rasgos mercantiles, en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, también adquieren un compromiso social con sus usuarios, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley, so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas. (Fallos 330:3725, in re “Cambiaso Péres” de fecha 28/08/2007).

El mismo fallo antes referenciado indica que debe ponderarse que, dentro de los objetivos generales de la ley 26.682, se encuentra la necesidad de 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 Nros. 23.660 y 23.661. Así también observo que el Decreto 743/2022, que también fue derogado a través del art. 265 del DNU 70/2023, hacía referencia a la necesidad de establecer criterios normativos que regulaban las actividades económicas llevadas a cabo dentro del ámbito de la medicina privada, toda vez que advertía que, aunque las relaciones se establecían entre privados, por sus características específicas, su debida prestación era considerada un derecho de los consumidores y usuarios de la salud, garantizado de esa forma la plena vigencia de lo establecido por

el artículo 42 de la Constitución Nacional. Entiendo que, la regulación de la actividad, entendida de manera integral e integrativa de todo el plexo normativo nacional e internacional, no solo está basada en considerar a la salud un derecho humano esencial que el Estado debe garantizar y proteger, sea esta brindada por efectores públicos nacionales, provinciales o municipales, por el sistema de obras sociales o por las empresas de medicina prepaga, sino que además debe atenderse que el acceso a la salud tenga una razonabilidad económica para quienes opten por una cobertura privada por su capacidad de pago. Como bien ha sido razonado: “La tutela del derecho a la salud es una manda consagrada por la Constitución Nacional y por los tratados internacionales que tienen tal jerarquía, lo que implica la obligación impostergable del Estado Nacional para garantizarlo con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga. (Fallos 345:549; 344:1557 del voto de los jueces Highton de Nolasco y Lorenzetti).

3°) La condición del peticionante no debe afectar un interés público y la medida pretendida no debe producir efectos jurídicos irreversibles que afecten a terceros.

Aplicación de la Ley de defensa del consumidor

Es importante entender que el beneficiario contratante de servicios de salud siempre está en una posición de marcada desigualdad, que la justicia no debe desatender. El análisis normativo expuesto procura también garantizar el acceso a la justicia, otro principio constitucional de gravitación suprema.

Principio protectorio y derecho de acceso a la Justicia

El principio que lidera la tutela del consumidor en la Constitución Nacional contiene un paradigma protectorio y otro de acceso a los bienes jurídicos primarios (art. 1094 del CCivCom). Las normas son de orden público constitucional (arts. 42 y 43 de la CN y art. 65 de la Ley 24.240).

«Cuando un afiliado reclama a la empresa de medicina prepaga u obra social el cumplimiento o la extensión de la cobertura que ha contratado, no persigue un mero producto o servicio. Lo que está en juego es, ni más ni menos, que su derecho a la salud, a su integridad psicofísica, a su plenitud, a su seguridad. Asimismo, tal como lo ha señalado la CSJN, los entes de medicina prepaga, más allá de su constitución como empresas, tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial». (CSJN, 13/3/2001, «E. R. c/ Omint S. A. de Servicios», LL, 2001-B-687).

Principio de buena fe

Este principio está presente en todos los campos del Derecho y las relaciones jurídicas y tiene raíz constitucional, emerge en el art. 9º de CCyCN , en general, y en el artículo 961 en materia contractual.

La buena fe engendra una norma jurídica completa, que se eleva a la categoría de principio general del derecho, de suerte que todas las personas deben obrar de buena fe en sus recíprocas relaciones, adoptando un comportamiento leal. En tal sentido, la buena fe baliza el ejercicio de los derechos y compone una verdadera válvula del sistema por donde surge el elemento moral, posibilitando no sólo la constante adecuación a la realidad socio-económica, sino también la efectiva realización de la justicia de los contratos.

La buena fe objetiva funciona como regla de conducta o comportamiento, fundada en la honestidad, en la rectitud, en la lealtad y en la consideración de los intereses de la otra parte, especialmente en el sentido de no ocultarle informaciones relevantes.

El interés de los usuarios de empresas e medicina prepaga se ve claramente afectado por un incremento de precios que ronda entre el 130 y 140% desde enero de 2024 a la actualidad.

Con respecto a la buena fe subjetiva, la doctrina refiere que es la confianza que suscita en el consumidor con respecto a la publicidad, la difusión de la marca y la imagen corporativa, las promociones y otras configuraciones y prácticas de mercado, al generar diversas expectativas respecto de la solvencia, la calidad, la seriedad y eficiencia de las empresas de las que adquieren o utilizan bienes o servicios. Por tales configuraciones, los consumidores, de manera lógica y razonable, depositan su confianza en los proveedores de estos bienes y servicios.

La confianza hacia las prestadoras de servicios de salud generó la decisión de muchas personas, hoy en estado de vulnerabilidad, a continuar en las empresas de medicina prepaga, sin imaginar jamás semejante vulneración de sus derechos.

Es de público conocimiento, que a partir de la entrada en vigencia del decreto de necesidad y urgencia nº 70/2023 el día 29 de diciembre de 2023, la Superintendencia de Salud, como autoridad de aplicación, dejó de autorizar los aumentos de las cuotas de las empresas de medicina prepaga,

siendo éstas las que libremente deciden sobre los mismos.

A la fecha el incremento en las cuotas ronda el 140%, porcentaje que supera ampliamente la inflación real que ha sufrido nuestra economía a la fecha.

Para jubilados o personas con alguna discapacidad no resulta fácil cambiar de prepaga. POR el contrario, les es casi imposible sin recurrir a una acción de amparo en tal sentido. Las Prepagas no aceptan jubilados ni personas con discapacidad de manera espontánea.

El aumento indiscriminado en las cuotas no hace otra cosa que buscar la desafiliación de este grupo de personas a través del elevado monto pretendido para su cobertura de salud, lesionando el Derecho Constitucional a la Salud, reconocido en los artículos 14, 14 bis, 33, 42 y 75 inciso 22 de la Constitución Nacional; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos: (Arts. 22 y 25); Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales: (Art. 12,numeral 1 y numeral 2, apartado "d"); C.A.D.H. (Arts. 4 y 5), normas éstas 4 que garantizan el Derecho a la Salud, a la Integridad Personal, y Bienestar.

El exorbitante costo mensual que le presenta la prepaga es una "invitación" a salir del sistema privado de cobertura médica. Situación que no es ajena a las PREPAGAS ya que este grupo de personas se encuentra "cautiva" a la prepaga por su edad o discapacidad. No disponiendo de la "libertad" de contratación necesaria en cualquier contrato privado entre partes.

Es necesario destacar que la relación que los rige es regulada por la Ley de Medicina Prepaga nº 26.682 pero sin las modificaciones incluídas en el decreto de necesidad y urgencia, ello de acuerdo al principio de irretroactividad de la ley y las normas del Derecho del Consumidor.

El principio de irretroactividad de las normas surge del artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación: *"A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes."*, ello para garantizar la seguridad jurídica.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición

en contrario. La retroactividad establecida por la norma no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales, como el caso 6 del derecho a la salud.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, como el contrato que une a los afiliados con su Prepaga, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo, siendo la suba indiscriminada de la cuota mensual un perjuicio irreparable para los afiliados.

Por otra parte, el **principio *in dubio pro consumidor***, reconocido en los artículos 3 de la Ley 24.240 y 1094 del Código Civil y Comercial de la Nación, implica que debe estarse siempre a la interpretación del derecho que sea más favorable al consumidor y se expande al ámbito del proceso judicial (LOVECE, Graciela, “El consumidor, el beneficio de la justicia gratuita y las decisiones judiciales”, LL, ARIDOC/1704/2017)” (cfr. Cámara del fuero, sala I, “Espasa SA c/ Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor s/ recurso directo”, Expte. 7403- 2017/0, del 31/10/2017).

La ley 26.682 tiene “*por objeto establecer el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga...*” y dispone que se regirán por las previsiones de dicha norma las disposiciones que adopten sus órganos de conducción y, en lo que resultare pertinente, por las estipulaciones de orden nacional contenidas en las leyes 24.240 y 25.156 y sus modificatorias según corresponda (cfr. art. 4º de la ley 26.682).

La Corte Nacional ha sostenido que los entes de medicina prepaga, más allá de su constitución como empresas, tienen a su cargo una trascendental función social que está por encima de toda cuestión comercial. (CSJN, 13/3/2001, «E. R. c/ Omint S. A. de Servicios», LL, 2001-B-687).

Asimismo no debe perderse de vista el compromiso social que asumen las prepagas, en cuanto el artículo 4º de la ley 26.682 (no sustituido ni derogado por el DNU) hace referencia a la ley 24.240 en lo que respecta a la relación de consumo, cuyo régimen de protección tiene anclaje constitucional, y que si bien la actividad que asumen las empresas de medicina prepaga puede representar determinados rasgos mercantiles, en tanto ellas tienden a proteger las garantías constitucionales a la vida, salud, seguridad e integridad de las personas, también adquieren un compromiso social con sus usuarios, que obsta a que puedan desconocer un contrato, o invocar sus cláusulas para apartarse de obligaciones impuestas por la ley, so consecuencia de contrariar su propio objeto que debe efectivamente asegurar a los beneficiarios las coberturas tanto pactadas como legalmente establecidas. (Fallos 330:3725, in re “Cambiaso Péres” de fecha 28/08/2007).

El Decreto 743/2022, que también fue derogado a través del art. 265 del DNU 70/2023, hacía referencia a la necesidad de establecer criterios normativos que regulaban las actividades económicas llevadas a cabo dentro del ámbito de la medicina privada, toda vez que advertía que, aunque las relaciones se establecían entre privados, por sus características específicas, su debida prestación era considerada un derecho de los consumidores y usuarios de la salud, garantizado de esa forma la plena vigencia de lo establecido por el artículo 42 de la Constitución Nacional.

POSTURA A FAVOR DEL DNU

Durante los últimos meses hemos sido testigos en calidad de actores partícipes e integrantes de la sociedad del impacto que ha tenido en distintos ámbitos el decreto de necesidad y urgencia (en adelante "DNU") 70/2023 dictado por el presidente de la Nación así como en los diversos planteos judiciales tendientes a evitar su aplicación en todo o en parte.

En los párrafos siguientes nos ceñiremos a lo que atañe al sistema de salud en general y más concretamente en lo referido a la desregulación y posibilidad de elección de empresas de medicina prepaga, siempre que se cumplan ciertos requisitos, permitiéndonos compartir algunas opiniones al respecto.

En consecuencia, comenzaremos por mencionar que, en estos aspectos, el DNU 70/2023 se complementa con los Decretos 63/2024, 170/2024, 171/2024 y 172/2024.

Para poder comprender el significado, importancia y alcance de las modificaciones introducidas por el DNU 70/23 y sus reglamentaciones en lo que atañe a las Obras Sociales y empresas de medicina privadas conocidas como prepagas, resulta necesario aclarar, al menos muy resumidamente, que es una Obra Social y porque no es lo mismo que una empresa de medicina prepaga. O, mejor dicho, porque hasta el momento de las nuevas modificaciones se trataba de dos institutos diametralmente opuestos y distintos en cuanto a su naturaleza jurídica, al vínculo con sus beneficiarios y las obligaciones a su cargo, entre otros aspectos.

Lo afirmado en el párrafo anterior surge con absoluta claridad del estudio y análisis de las leyes que regulaban el sistema sanitario y sus reglamentaciones. En dicha legislación encontramos que en la Argentina, el sistema de salud está conformado por tres subsistemas: el **Subsistema Privado**, el **Subsistema Público** y el **Subsistema de la Seguridad Social**.

En otros términos, la República Argentina (al igual que el resto de los países del mundo) ha diseñado e implementado un sistema de salud para sus habitantes. Dado que no en todos los casos es el mismo, de hecho, el sistema americano como el inglés, difieren sustancialmente al nuestro.

Pero volviendo a nuestro país, por el sistema adoptado, resulta relevante diferenciar los distintos subsistemas que integran el Sistema de Salud. En este orden de ideas entonces, reiteramos que en la Argentina la salud de sus habitantes es atendida por un sistema que está conformado por tres subsistemas.

Así, el **Subsistema Privado** estaba conformado por todas las empresas privadas que brindan servicios de salud. Entre ellas encontramos a las empresas de medicina prepaga.

Estas empresas se relacionaban con sus beneficiarios únicamente por contratos en los que se establecía qué prestaciones debían ser brindadas y cuál es la contraprestación que debía abonar el contratante a cambio de esos servicios.

En consecuencia, los recursos con los que contaban estas empresas provenían de las cuotas y/o facturas que eran abonadas por sus beneficiarios.

En cambio, las Obras Sociales se encuentran dentro de otro Subsistema que es el denominado **Subsistema de la Seguridad Social**. En este caso NO hay un contrato que vincula a sus beneficiarios con la Obra Social, sino que el vínculo surge de la propia ley que así lo prevé.

Otra de las diferencias (la cual es consecuencia de lo mencionado anteriormente) es que sus recursos no provienen de las cuotas y/o facturas sino de los aportes y contribuciones que son establecidas por Ley.

Se advertirá fácilmente entonces que los derechos y obligaciones que tienen las partes en cada uno de estos Subsistemas, son distintos, para empezar, la naturaleza jurídica de ese vínculo en un caso es contractual y en el otro legal. Lo que implica que se rigen por principios y reglamentaciones diferentes.

Asimismo, y muy resumidamente como lo venimos exponiendo, hasta la entrada en vigencia del DNU 70/2023, los afiliados a una obra social determinada, podían optar y cambiar a otra obra social (ello en los casos, con los requisitos y de la forma que la reglamentación lo autoriza). Es decir que los afiliados a una obra social (a la cual ingresaban por una relación laboral y dependiendo del rubro de la actividad era a cuál Obra Social pertenecían) no se encontraban obligados a permanecer en dicha Obra Social, sino que una vez cumplido el plazo de permanencia exigido por la reglamentación, podían optar por la que quisieran y cambiar la misma, pero siempre a otra Obra Social.

Es importante tener presente que las obras sociales funcionan como entidades de derecho público no estatal, con individualidad jurídica, financiera y administrativa y tienen el carácter de sujeto de derecho, siendo entidades sin fines de lucro.

En resumen: no hay contrato en la constitución de una obra social, ni tampoco hay contrato en la incorporación de una persona como afiliado a una obra social. Además, la afiliación a las Obras Sociales era obligatoria para todos los trabajadores en relación de dependencia y esa relación laboral implicaba aportes y contribuciones obligatorios, según lo dispone el Art. 16 de la ley 23.660. Simultáneamente y en concordancia no existe opción para la Obra Social, de negarse a recibir esos beneficiarios o pactar su voluntad.

A) Modificaciones referidas a las Obras Sociales y Prepagas:

Volviendo al DNU 70/2023, y centrándonos ya en las empresas de medicina prepaga, el mismo, en su Título XI, capítulos 2, 3, 4 y 8; modifica las leyes 26.682 y 23.660 y en consecuencia: elimina la obligatoriedad de autorización del estado para el incremento de cuotas; elimina la obligación de la SSSalud de asignar beneficiarios frente a la baja de empresa (ver art.12 modificado, último párrafo, del decreto 1993/2011 ¹); e incorpora el art. 30 bis, según el cual: la ley de medicina prepaga (26.682) rige sólo para los afiliados voluntarios.²

También, en su artículo 265 abroga el DNU 743/2022 (que establecía valores diferenciales para el pago de cuotas de planes de la medicina prepaga).

Además tiene la novedad de que permite que las empresas se incorporen como agentes del seguro de salud (sean receptores obligatorios de aportes y contribuciones), para lo cual, aquellas empresas que estén interesadas deben inscribirse en un registro que funcionará en el ámbito de la SSSalud y en las condiciones que establezca la ley del Sistema Nacional del Seguro de Salud y su decreto reglamentario.

¹ En caso de cancelarse la inscripción de la entidad a la cual se encuentra afiliado el usuario, éste podrá elegir un nuevo Agente del Seguro de Salud.

² El vínculo de los asociados a las entidades indicadas en el artículo 1° de la Ley N° 26.682 se considerará dentro del marco de la Ley N° 23.660 cuando reciban aportes de los beneficiarios para el pago parcial o total de la cuota de los planes prestacionales, en los términos del artículo 19 bis de la ley y su reglamentación. Ello tendrá lugar, con independencia de que las entidades indicadas en el artículo 1°, inciso i) de la Ley N° 23.660 hayan procedido o no a la inscripción en el Registro establecido en el artículo 6° de dicha ley. A todo evento, deben realizar los aportes al Fondo Solidario de Redistribución conforme a la normativa mencionada. (Artículo incorporado por art. 25 del Decreto N° 171/2024 B.O. 21/2/2024). Esto nos lleva a plantearnos: ¿Qué legislación se aplica a aquellas empresas que no se inscriban en el Registro y reciban aportes de los beneficiarios para el pago parcial o total de la cuota de los planes prestacionales, dado que la Ley 26.862 rige únicamente para los afiliados voluntarios?

Advertimos entonces que ahora el DNU 70/23 elimina la obligatoriedad (en materia de obra social) de ingresar el primer año por la obra social de la actividad correspondiente y habilita a la SSSalud a que fije un plazo menor de un año de permanencia en la obra social elegida.

Simultáneamente, a fin de dar cumplimiento a estas modificaciones, por medio del decreto reglamentario 170/2024, se modifica el decreto 504 permitiendo la opción entre las obras sociales sindicales, más el resto de ellas (personal de dirección y/o de convenio y/o de empresa) y suma a las empresas de medicina prepaga.

Del análisis entonces de lo que se establece a través del decreto de necesidad y urgencia y las reglamentaciones que vienen en camino, surge básicamente que las modificaciones se refieren a:

La posibilidad de que las personas elijan una empresa de medicina prepaga del mismo modo que eligen una obra social, a la que destinan sus aportes y contribuciones.

Que deja de ser necesario pertenecer durante el lapso de un año a la obra social correspondiente a su actividad laboral para poder ejercer ese derecho. Y por lo tanto desde ahora lo puede hacer desde el inicio de la relación laboral.

Y además, para que la prepaga sea “elegible” por el beneficiario, esta empresa previamente debe expresar su voluntad de inscribirse en el Registro de Agentes del Seguro. Lo que significa que la elección no es automática, sino que requiere la previa inscripción del prepago en ese registro.

Por la redacción del artículo y su reglamentación mediante el decreto 171/2024, la inscripción de las empresas es voluntaria (los “que pretendan ser elegibles para el ejercicio de la opción de cambio”) y podrán inscribirse las entidades tipificadas por la autoridad de aplicación como Tipo A y B, en los términos de la Resolución N° 1950 del 18 de noviembre de 2021 de la Superintendencia de Servicios de Salud o categoría equivalente que la reemplace en el futuro. Quedando expresamente excluidas las entidades tipificadas como tipo C.

Se especifica que los agentes del seguro no pueden supeditar la afiliación a requisitos, ni efectuar discriminación, ni realizar examen psico-físico, ni establecer periodos de carencia, ni decidir unilateralmente la baja del afiliado.

Introduciendo conjuntamente la posibilidad de que los prepagos y obras sociales operen con instituciones bancarias privadas.

B) Comentarios y Conclusiones:

Ahora bien, hasta la fecha del presente, no se tiene certeza en relación a cuáles serán los requisitos específicos que deberán cumplir los prepagos para inscribirse en dicho registro, ni los tiempos que

demandará la inscripción. Pero además y de suma importancia (teniendo en consideración la actitud que han adoptado estas empresas desde el dictado del DNU): ¿Estarán las prepagas (sus directivos, propietarios o titulares) interesados en inscribirse?

Es importante aclarar que, si los prepagos deciden inscribirse, pueden ser elegibles tanto por un trabajador en relación de dependencia, como también por un monotributista o por el personal doméstico y, eventualmente, por los jubilados. Todos ellos tendrán derecho a recibir el Programa Médico Obligatorio por el aporte y la contribución que destinan a salud.

Y aquí cabe otro aspecto a tener en cuenta, analizando el resultado de los múltiples amparos sobre prestaciones de salud de los últimos años: dado que son prácticamente la totalidad de las sentencias las que obligan a las empresas de medicina a otorgar prestaciones que no se encuentran comprendidas en el PMO.

Si además de lo que se establece en el Programa Médico Obligatorio, se deberán brindar otras prestaciones que se obtienen por medio de amparos, se torna aún menos atractivo para las prepagas inscribirse en el mentado registro. Máxime si se verán obligados a tener que aceptar y mantener como afiliados a quienes hacen aportes por montos ínfimos o irrisorios.

Además, tengamos en cuenta que esta “apertura” hacia la posibilidad de que la gente acceda a la medicina prepaga, se da en el marco de la liberación de las cuotas y de la pérdida del poder adquisitivo de los salarios. Por lo que en caso de que existan personas beneficiadas con estas medidas, hoy en día son la minoría. Dicho de otro modo, la libre competencia se da en situaciones económicas distintas.

Lo que venimos mencionando implica que exista serio riesgo de que se produzca el descreme. El mismo se produce cuando los jóvenes, los de altos salarios, los sanos y los que tienen poca carga de familia eligen las obras sociales o los prepagos más costosos. Por el contrario, las personas de edad avanzada, los enfermos, los de bajo salario y los que tienen muchos hijos, que no pueden hacer frente a las cuotas que imponen los prepagos, permanecen en las obras sociales que los atienden. Esta medida va a incrementar la desigualdad al permitir la liberación del precio de las cuotas.

Todo el sistema de salud está de acuerdo con que tenemos cuatro (4) grandes problemas (además de muchos otros): monotributistas (pagan 3 mil pesos por mes para salud, con ese importe no se puede cubrir prácticamente nada), jubilados (el PAMI paga una cápita muy baja a las obras sociales que atienden jubilados que hoy es de 11 mil pesos y no se actualiza desde diciembre 2023), y desde el lado de los servicios: el costo de la cobertura de la discapacidad y los medicamentos de alto costo.

Sumado a las prestaciones que se obtienen por medio de amparos y que no se encuentran comprendidas en el PMO.

Ninguno de esos cuatro problemas ha sido tratado en las modificaciones introducidas por las normas en análisis.

Hay que tener en cuenta que en el sistema de obras sociales nacionales hay 20 millones de afiliados, y los que hoy acceden a la medicina prepaga no superan los 6 millones. A lo que se debe agregar que la cifra de los que tienen prepaga viene en descenso, por el aumento de las cuotas.

Es por lo expuesto que si el gobierno cree que el problema de la salud se resuelve permitiendo que la gente opte por un prepago, están mirando un límite territorial y de población muy acotado: la Ciudad de Buenos Aires y los altos salarios.

Estamos de acuerdo con que el sistema de salud argentino requiere una modificación compleja, completa, profunda e integral y que ante la realidad actual del sistema y sus integrantes, no se puede seguir esperando sino que la misma es URGENTE. Esa reforma debe abordar indefectiblemente los problemas más significativos que enfrenta el sistema hoy en día.

Lamentablemente, en las recientes modificaciones no se encuentran respuestas o soluciones a los problemas actuales por lo que, es compromiso de todos ser críticos de las modificaciones a fin de continuar trabajando y de este modo lograr proponer una alternativa de reforma que satisfaga las necesidades reales tanto del sistema como de sus beneficiarios.

SITUACIÓN ACTUAL

El 27 de mayo de 2024 se celebró un acuerdo entre el Estado Nacional y las Empresas de Medicina Prepaga en el marco del proceso "Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación C/OSDE y otros S/Amparo", en el cual se contempla:

- Devolución de los importes cobrados por encima del IPC de enero a mayo de 2024, reintegrados en 12 cuotas aplicando el interés de la tasa pasiva del BNA.
- A partir del mes de julio, las cuotas podrán ajustarse libremente.
- los beneficiarios que fueron dados de baja por cuotas impagas deberán ser reincorporados.
- La Superintendencia de Servicios de Salud actuará como órgano de contralor para dar cumplimiento al acuerdo.

CONCLUSIONES

El DNU 70/2023 ha generado una multiplicidad de efectos sobre todos los protagonistas del sistema sanitario, tanto en las empresas de medicina prepaga que acataron la “libertad” que el mencionado decreto les concede, en la Superintendencia de Servicios de Salud, que dejó de tener el contralor que venía ejerciendo hace años bajo el concepto de que las partes pueden pactar libremente el servicio de salud. Para los afiliados, quienes muchos de ellos debieron enfrentar cuantiosas sumas de dinero para no perder sus prestaciones, hasta dejaron de percibir las por la imposibilidad de pagarlas. Incluso para el gobierno, que intentó dar rienda suelta a los diferentes involucrados y estallaron los reclamos.

En definitiva, para muchos de los miembros de esta comisión y para numerosos tratados, leyes y convenciones, la libertad de negociación encuentra un límite cuando de un lado del mostrador hay una persona a la que se le está afectando un derecho humano fundamental: la salud.

El tema debatido trasciende por tanto, lo estrictamente jurídico o económico. Se trata de una disposición que trajo aparejadas situaciones de extrema gravedad, dejando desamparados a sujetos vulnerables de nuestra sociedad. Por ello, consideramos, las normas son necesarias y emanan de un sentido práctico y en esta situación, también moral.