

SISTEMA DE SALUD-EMPRESA, DE SALUD-PREPAGO, MÉDICO-UNIÓN DE EMPRESAS

MARÍA CRISTINA MERCADO DE SALA

PONENCIA

Proponemos un sistema de organización jurídica, de gestión y económico-financiero semejante al de las AFJP.

FUNDAMENTOS

1) Cada persona individual tiene el derecho constitucional a la salud.

A todo derecho se contrapone una obligación, por ende es también obligación de cada individuo cuidar de su salud. Sin embargo, el Estado organizado no sólo debe garantizar dicho derecho sino que también "debe procurar el pleno goce de Derecho a la Salud para todos los habitantes del país sin discriminación..." art. 1º ley 23.661, no pudiendo por ende desentenderse del mismo.

2) Lo expresado en 1) ha llevado al Estado a crear el Seguro Nacional de Salud, en el que quedan obligatoriamente incluidos trabajadores dependientes y autónomos, jubilados, pensionados y quienes tengan residencia permanente en el país y carezcan de cobertura médico asistencial entre otros. Las obras sociales nacionales serán los agentes naturales del seguro, pudiéndose integrar "las demás entidades que adhieran al sistema: "art. 2º ley 23.661, así como "las entidades mutuales que podrán integrarse al Seguro, suscribiendo convenios de adhesión..." art. 16 ley 23.661.

3) Sin perjuicio, de lo manifestado la propia ley 23.661 art. 18 apartado 3 punto 2

Manifiesta la necesidad de enviar para conocimiento y registro de la Anssal "copia legalizada de todos los contratos de prestaciones que celebre durante el mismo período, explicitando el art. 2º que se trata de "prestaciones de salud". Es precisamente la admisión legal de la probabilidad de contratos de prestaciones lo que ha generado y facilitado en el mercado la intermediación, que ha llevado en Córdoba al diario "La Voz del Interior", del lunes 28 de agosto de 1995, a afirmar en nota de investigación (p. 9A) que: "En salud, solo crece la intermediación".

4) Han proliferado así en el mercado un sinnúmero de contratos que procuran relacionar a prestadores de servicios médicos con el objeto de ofrecer y prestar los mismos en el marco de la seguridad social, y el mercado

Sin que los mismos se explicita el ente que subcontrata para sus beneficiarios, generando por ello diferentes contratos en virtud del contrato marco entre prestadores.

5) Respecto de tales relacionamientos interprestadores directos o no, existe un caos, en cuanto a los criterios tenidos en cuenta respecto de la forma organizativa adecuada que los relacione, lo que al cabo de unos años pondrá en evidencia que de no haberse adoptado una forma societaria, se generará la discusión de las responsabilidades inherentes a los contratantes. Ello agravado por la falta de reconocimiento expreso por el ordenamiento jurídico de las llamadas sociedades de profesionales que ya defendimos en el Congreso de Salta en 1982, en un intento de llamar la atención al respecto, y al hecho de que las intermediarias no profesionales actúan sin capital de riesgo y no realizan inversión alguna.

6) Hoy llamamos la atención de este Congreso respecto a la problemática de los contratos que se relacionan con el Derecho Constitucional de la Salud, de orden público.

El interrelacionamiento empresario y entre prestadores, expresado se complica cuando las uniones comienzan a subcontratar a prestadores externos a las mismas a efectos de que sean ellos los prestadores directos. Es así como han aparecido un sinnúmero de llamadas redes, unidades prestaciones integradas y cuanto otro nombre cabe en la fantasía creativa de los operadores. En general se trata de lograr una relativa seguridad de contrato típico, para adoptar relaciones que corresponderían a un contrato de colaboración atípico.

7) El problema real se plantea cuando se analizan los relacionamientos a efectos de determinar la ley aplicable y en definitiva cual es el bien jurídico que se debería proteger.

8) Hemos observado que los distintos profesionales abogados ofrecen a los prestadores para su interrelacionamiento los contratos de colaboración típicos nominados en la Ley de Sociedades y/o el Contrato parciario mal denominado sociedad accidental o en participación.

9) Tal encuadramiento de situaciones que en los hechos implican una oferta de servicios médicos en el mercado, conlleva a distorsiones peligrosas y confusas, que crea inseguridad jurídica

Por la naturaleza especial de la empresa de salud, que requiere en sí misma la continuidad y estabilidad de la organización para que pueda prestar servicios eficientemente. Para ello es esencial el criterio de solvencia, la utilización eficaz de los recursos y el funcionamiento eficaz con calidad, eficiencia y equidad.

10) Así, la ACE no podría utilizarse porque la misma es interna y tiene por objeto satisfacción de necesidades de la actividad empresarial de los miembros, y no del

mercado, con lo cual en el producto de la actividad organizada que desarrolle será de propiedad de y para cada uno de los miembros partícipes y no para el mercado

La UTE requiere la individualización del comitente o sea el tercero que contrata con la unión para que la misma le desarrolle o ejecute obra, servicios o suministro expreso, para sí, sin que la sola mención de "prestar servicios a las obras sociales y mutuales" implique individualización suficiente de comitentes, que permita evaluar el riesgo que se pretende asumir.

Finalmente sería ingenuo pensar que los prestadores asumirían directamente una accidental o en participación, por cuanto si bien el carácter de no gestor ocultó no hace a su esencia, la propia explicitación del prestador, expone obviamente la misma en virtud de norma expresa, a la responsabilidad ilimitada y solidaria.

11) Luego, no queda a los verdaderos prestadores para ofrecer sus servicios a terceros indeterminados en el mercado, otro camino que elegir un contrato de colaboración no tipificado por la ley

Con el consiguiente riesgo de la posible posterior recalificación del mismo. O simplemente asumir una forma societaria con lo que se da nacimiento a una intermediaria, que ofrecerá las prestaciones de todos en el mercado y que como tal, deberá entonces subcontratar servicios a sus propios socios.

12) El tema cobra importancia de orden público y necesidades de seguridad jurídica

Si a lo expresado lo relacionamos con los innúmeros intermediarios que han aparecido en el mercado ofreciendo prepagos médicos, sin que ellos sean en sí mismos empresas de salud y o sociedades de profesionales médicos.

13) ¿Qué es un prepago? En definitiva una actividad que jurídicamente encuadra en el art. 299 LS inciso 4, cuando se refiere a sociedades anónimas sujetas a control estatal permanente que "realicen operaciones de capitalización, ahorro o en cualquier forma requieran dinero o valores al público con promesa de prestaciones o beneficios futuros".

14) Es evidente y de público y notorio la importancia que cobra el tema cuando la promesa de prestaciones futuras se refiere al derecho constitucional a la salud que tienen los habitantes, y el orden público

A los ciudadanos en forma de población cautiva en unos casos (obras sociales y mutuales) y otros de buena fe y en la esperanza de asegurarse una mejor calidad de vida hacen aportes, que a la hora de requerir los servicios para los que aportó se encuentran con que los fondos para cubrir los mismos se han "diluido".

15) Respecto del caso de las obras sociales, la propia ley 23.661 cuando por el art. 18 apartado 3 inciso 2 se refiere a la necesidad de enviar para "conocimiento y registro" de la Anssal la copia legalizada de todos los contratos de prestaciones que celebre, nada dice respecto a los entes prestatarios

Tampoco agrega nada el decreto reglamentario de la misma n° 359/90 en su art. 18 que se limita a expresar: "en lo concerniente a los instrumentos mencionados en el

punto 2 del art. 18 de la ley 23.661. los mismos deberán ser enviados dentro de los treinta días de su firma”. Poco y nada agrega a nuestra inquietud el decreto n° 9/93 referido a: art. 1° “los beneficiarios comprendidos en los arts. 8 y 9 de la ley 23.660 tendrán libre elección de su sobra social dentro...”, y el art. 5° que impide contratar con “entidades que controlen la matrícula profesional”. aunque si es evidente que este artículo y el art. 8° al referirse a prestadores hacen referencia a profesionales de la salud.

16) Aparece aquí entonces la carencia en su oportunidad por mí reclamada respecto a las sociedades de profesionales, y el despropósito de la realidad que nos indica que en estos momentos existe un descontrol respecto de con quienes subcontratan las obras sociales los servicios médicos para sus afiliados

La proyectada reforma al sistema de obras sociales, prevé la creación de la O.S.A.M. (Organización Solidaria de Atención Médica) y la existencia de entes prestatarios habilitados por la Dirección Nacional de Superintendencia Médica, creada en el ámbito del Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación, que debían reunir los siguientes requisitos: “Ser personas de existencia ideal y tener por objeto principal prestar servicios médicos y disponer de la capacidad suficiente por sí o por terceros de asegurar la prestación del régimen de atención médica básica”.

Desconocemos la aplicación que se haya hecho o no de este criterio. Sin embargo conocemos de la existencia en el mercado de prestadores con capital mínimo y no totalmente integrado, que publicitan servicios que no tienen capacidad propia de prestar y/o subcontratar, y menos aún para todos los afiliados de las distintas obras con las que contrata, con un criterio de equidad. Existen incluso sociedades anónimas cuyo objeto principal es muy diferente, pero que por la aplicación de la teoría del objeto múltiple, en una especie de mención muy sutil han incorporado una breve mención de servicios médicos prepagos, que por supuesto nada tienen que ver con el principal. Me pregunto cómo se distinguirán en el patrimonio los fondos para ser afectados al servicio médico? ¿qué garantía no se utilizarán para el objeto principal? ¿Y a la inversa siguiendo el principio que anima art. 31 LS cómo se aplicarán los fondos del objeto principal? ¿Y la seguridad social que debería protegerse? ¿Si la sociedad quebrara, se podrían distinguir los fondos? ¿tendrían algún privilegio los aportantes al sistema?

17) Queda así configurado un complicado “tablero de ajedrez” en el que el jaque al rey consiste en: un consumidor aislado indefenso y desprotegido, y un derecho constitucional vacío y desconocido.

18) La desregulación de las obras sociales fomentará aún más la aparición de la intermediación, en la búsqueda de fondos apetecibles, que al estado corresponde en definitiva, asegurar tengan el destino que el mismo ha dispuesto. Por lo que se requiere un estudio esclarecedor que distinga:

- a) Forma jurídica organizada apta para ofrecer prepagos. En la actualidad todo prepagado ofrecido por una sociedad que no sea del 200 inciso 4 está sujeto a la pasible categorización de objeto prohibido (art. 20 LS) y aún al de actividad ilícita (art. 19), de no poder “acreditar que dispone de la capacidad sufi-

ciente por sí o por terceros de asegurar la prestación médica básica" (proyecto reforma obras sociales) a que se obliga en virtud del contrato que celebra con la obra social o mutual y/o con propios afiliados, con la consiguiente sanción de nulidad y liquidación. Incluso, la sociedad anónima que requiera dinero con promesa de prestaciones futuras sin observar los requerimientos de las del art. 299, hace aplicable no solo el 303, sino además el; 305 (responsabilidad de directores y síndico por ocultación) y 302 (sanciones), pudiendo solicitarse la intervención que puede derivar en la disolución y liquidación.

- b) Esclarecimiento respecto a la naturaleza de la relación y de aquello en lo que consiste el objeto del contrato de prestaciones médicas:

En mi opinión está inmerso en un sistema de seguridad social que lo torna de interés público a efectos de que el Estado ejercite un rol de garante de derechos constitucionales y se reserve una cierta intervención no sólo por la forma jurídica del ente prestador relacionada con la gran empresa, sino por el objeto en sí mismo a que se dedica dicha empresa y la modalidad de contratación en masa, sin olvidar fundamentalmente el derecho individual a la salud.

Por lo expresado y hasta tanto se dicte una ley especial debe considerarse de aplicación en lo que la especialidad del tema admitiera, el art. 3º (inclusiones dentro del régimen de la ley quienes realicen operaciones asimilables al seguro cuando su naturaleza o alcance lo justifique). Y el 61 (celebración de contratos al margen de esta ley quienes directa o indirectamente anuncien en cualquier forma u ofrezcan celebrar operaciones de seguros sin hallarse autorizados... cuando celebren contratos de seguro sin autorización, estos serán nulos...). De la ley 20.091 y las disposiciones de la ley 17.418, así como la resolución nº 23.251/94 de la Superintendencia de Seguro, relativa al prepago jurídico.

Esta en cuanto establece el reglamento para empresas de asistencia jurídica prepaga por el que se consideran entidades autorizables (art. 2º) a las sociedades anónimas, cooperativas y mutuales y el art. 4º en cuanto exige que sus estatutos deberán establecer que su objeto exclusivos es la prestación de servicios de asistencia jurídica. Así también el art. 14 que exige que los alcances de los servicios deberán estar claramente definidos sin términos ambiguos, los mecanismos de accesibilidad a las prestaciones indicados en forma destacada y las exclusiones del servicio deberán estar consignadas en forma destacada del resto del texto del contrato. Es obvio que puede establecerse una analogía entre ambos servicios ofrecidos por un sistema de prepago capitado, ya sea que lo ofrezca un prestador de servicios directamente o una intermediaria que subcontrata.

Considero también pueden ser titulares de un sistema de prepago una fundación y/o asociación, (y hasta entidades de socorros mutuos de las colectividades), las que por su organización están sujetas a autorización y control, siempre y cuando evidentemente el control del sistema se ejercite.

- c) Finalmente y teniendo en cuenta la especial característica de la actividad de prestación de servicios de salud, a la que incluyo dentro de las empresas de ciclo productivo invertido que impide la predeterminación precisa del riesgo (que en definitiva consiste en poner a disposición del consumidor todos los medios a su alcance a efectos de paliar los efectos de las enfermedades o recuperar la salud) con lo cual es necesario manejar datos y criterios empresariales, y de siniestralidad y tasas de uso probables según la situación en general de la población. Y científicos y técnicos de suma complejidad.

Será necesario tener muy presente el patrimonio mínimo exigible como requisito indispensable para poder salir al mercado a ofrecer prepagos de salud. Es sabido que la solidez financiera de una empresa depende más de relaciones existentes entre su activo y pasivo que del monto de esos renglones; más en su actitud en la fijación de sus reservas que del monto de esas reservas; y en el caso de la de seguros (asimilables por lo riesgosa a la de salud), más de su política de reaseguros que del primaje de que dispone. Todo ello nos deja bien en claro la necesidad de profesionalidad, tecnicismo y solvencia que requiere una actividad como la descrita, ello más aún si se tiene en cuenta el aumento en la expectativa de vida (los journal médicos mencionan los 100 años), con el consiguiente aumento de la tasa de uso dentro de las poblaciones de usuarios del sistema de salud, y la alta complejidad que se ha logrado en las áreas diagnósticas o terapéuticas, alentando dicha expectativa. Asimismo deberá tenerse presente la desigualdad entre las diferentes obras sociales, y la incidencia que la tasa de desempleo produce en el ingreso de las que hasta ahora siempre contaron con una población cautiva.

- d) Asimismo y teniendo en cuenta que en el mercado el ofrecimiento del pre-pago se está haciendo por intermediarios que no ofrecen servicios a prestar por ellos mismos, sino que lo hacen por cuenta de terceros, con quienes subcontratan, estas organizaciones considero cumplen en sí mismas una actividad de intermediación financieras.

Ello porque reciben fondos del público y/o cápitas de obras sociales y/o mutuales, que luego vuelcan al mercado en virtud de contrataciones a nombre propio, pero por servicios que no están en condiciones de realizar, sino que subcontratan. Configurándose así una evidente diferencia entre lo que recibe del llamado asociado y/o su obra social y/o mutual y lo que paga por la salud del mismo. Diferencia que quedara en beneficio de la intermediaria que actúa como una financiera y que ofrece a la vez un servicio de seguridad financiera que debe ser brindado por un profesional. Por lo cual por razones técnico económicas en salvaguarda del orden en el mercado y el consumidor se hace también necesario un estado alerta.

- e) En este complejo marco de sujetos relacionados aparece en el mercado otra realidad más. Así en virtud de contratos desconocidos tanto entre los afiliados como por los verdaderos y definitivos prestadores de salud. Las intermediarias prometen hacerse cargo al mismo tiempo de la salud de afiliados a

distintos gremios y/u obras sociales, con lo que las mismas reciben diferentes grupos poblacionales y un flujo de fondos constantes mensual por ellos. Dichos fondos son según "ellas" imputados a la prestación de servicios de afiliados diferenciados, pero que en la realidad patrimonial de la intermediaria están confundidos, con lo cual no existe seguridad alguna para una obra social, gremio y/o afiliado que el día que requiera el servicio, el mismo le sea prestado ya que por un desequilibrio producido por uno de los contratos, se arriesga todo el patrimonio de la intermediaria.

Distinto pero no menos cierto es que los diferentes grupos poblacionales recibirán diferentes calidades de prestaciones, ya que las mismas provendrán de la relación cápita por afiliado-costo de servicio según distintas calidades de prestadores-diferencia que pretenda la obra social para "su funcionamiento" y "beneficio que pretenda la intermediaria por su intermediación". Sin dejar de reconocer incluso el costo interno de la propia intermediaria que pretenderá diluir entre paciente y prestador para asegurarse una ganancia interesante.

En cierta oportunidad estimamos a partir del estudio serio del mismo, que el costo de la intermediación no podría nunca ir más allá del 1 a 1.5% de una facturación.

¿Por otra parte quién debería pagarlo? Consideramos que nunca el prestador directo quien ya con la asunción de su riesgo y su inversión de capital hace suficiente. Por lo tanto ese costo debería abonarlo la obra social al no ser capaz de dar el servicio o cuando más "diluirse" entre ella y la intermediaria. Otra solución siempre y necesariamente redundara en la mala y/o baja calidad de la prestación, en un empresa de ciclo productivo invertido como es la de salud.

Ergo el fondo que la obra social disponía para una prestación de calidad determinada a su afiliado podrá verse mermado, y por ende la calidad disminuida por la expectativa de rendimiento que tenga la intermediaria.

- f) Por todo lo expuesto consideramos que los entes obras sociales etc. que contraten con estas intermediarias deberían exigir a las mismas la constitución de un fideicomiso que asegurara la diferenciación patrimonial (por analogía a lo dispuesto por la ley 24.441 art. 1°), de lo contrario los afiliados por ejemplo: a la obra social del personal de la industria, a quien la obra social le indica que ha celebrado convenio con una intermediaria, podrían encontrarse con que los incumplimientos de otra obra social han constituido lo que ella abonó para sus afiliados.
- g) Asimismo los verdaderos prestadores se encontrarán con el incumplimiento por parte de la intermediaria de sus obligaciones. Pedir la quiebra a la intermediaria sería la solución? ¿Y la responsabilidad de la obra social incumplidora que puso en riesgo al sistema?
- h) Excedería la presente comunicación entrar en el tema de responsabilidad de la obra social, y de la intermediaria por el no pago del servicio, como también de la falta de cobertura o la cobertura insuficiente de la salud del afiliado, sin

considerar el complejo tramado de las responsabilidades profesionales, y el desequilibrio en el sistema.

- i) Sólo mencionaremos lo que se hará necesario recurrir a todo el sistema legislativo argentino, y la aplicación de las normas referidas a la defensa del consumidor y lealtad comercial ley 22.802 (res. 100/83, 25/90 SCI), defensa de la competencia ley 22.262, etc. a fin de que se obligue.

A publicitar los convenios que realizan las obras sociales y las intermediarias. Ello especialmente en lo que a la asunción de riesgos patrimonial que ello implica. Es evidente la necesidad de que sea transparente la situación económico-financiera de la intermediaria a quien los afiliados y sus obras sociales les confían fondos que administra y los verdaderos prestadores les dan crédito. Será necesario el seguimiento de la administración de los fondos, y las mutaciones o variaciones de la situación del patrimonio, a efectos de que exista claridad en la operatividad de los diferentes contratos, y los necesarios límites que se deberían establecer para el equilibrio en las relaciones. Todo ello necesario para una correcta calificación del riesgo empresario y la buena fe en las relaciones del mercado. De no ser así estaremos en presencia de situaciones que podrían ser calificadas como verdadera estafa a la fe pública.

- j) Consideramos que la razón de la necesidad de elevación de los contratos que establece el art. 18 de la ley 23.661, sólo se justifica si la Anssal hace un seguimiento de los mismos y el control cruzado a efectos de conocer la solvencia de los prestadores y la posibilidad de los mismos, de estar en condiciones de atender sus compromisos.

- k) Sin perjuicio de las propuestas superadoras de interpretación que hemos manejado hasta ahora, lo expresado y la complejidad e importancia del tema, me llevan a proponer un sistema de organización jurídico, de gestión y económico-financiero que se asemeje más al establecido para las AFJP especialmente si el prestador no es una sociedad de profesionales, y/o con una organización técnico profesional que asegure la prestación en el tiempo y con la calidad que determine el debido control de las autoridades de salud. Todo ello para asegurar la calidad mínima de las prestaciones que se prometen, y el ahorro público que es en sí mismo la inversión en salud, y que por la importancia y el origen constitucional del derecho a la salud, no pueden quedar simplemente en manos de los operadores del mercado.

- l) El tema debe ser enfrentado hoy, a través de la aplicación de normas que imponen el control a ciertas actividades (por ej.: seguro, financiero art. 304 LS). Si la actividad empresaria no está autorizada, el prepago está desarrollando actividad ilícita y no meramente actividad prohibida. En este sentido debe interpretarse lo dispuesto por la ley 23.660 arts. 4º (registro de contratos), 5º (principio de solidaridad) y 6º, (inscripción en el Anssal) respecto a las condiciones necesarias para aplicar los fondos percibidos con destino a las prestaciones de salud y lo propuesto por la O.S.A.M., en cuanto a disponer de ca-

pacidad suficiente por sí o por terceros de asegurar la prestación del régimen de atención médica básica.

- m)* Consideramos que por la vía de las deformes interrelaciones contractuales que se están celebrando, se están violando los principios constitucionales y legales y poniendo en riesgo a corto plazo los bienes jurídicos que los mismos han pretendido resguardar: el derecho a la salud, la libertad de elección, la seguridad social y la fe pública.