

EMPRESA DE MEDICINA PREPAGA (EMP): LEY 26.682: LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

María Cristina Mercado de Sala

SUMARIO

Volvemos sobre una temática que en parte sometimos a consideración del VI Congreso de Mar del Plata en 1995, oportunidad en que no existía legislación sobre la materia. Según datos consultados en revistas especializadas, entre 7,5 y 11% de la población argentina ha contratado con una EMP. La rentabilidad estimada de las mencionadas organizaciones no supera el 3,5%, el 1% de los afiliados consume el 33% de los gastos médicos, y el 50% usa el 4,7% de los recursos. (Conf. Gobato Alan C., 25 de febrero de 2013, Ed. Microjuris.com Argentina). (MJ-DOC-6174-AR).

Ante un pronóstico de envejecimiento de la población, exigencias de mejor calidad de vida y en función de los adelantos científicos existe la posibilidad de mayores prestaciones cada vez más costosas, por lo que cabe preguntarse sobre la viabilidad, sustentabilidad y sostenibilidad de estas empresas a las que se las ha regulado, sin considerar la concentración de esfuerzos mediante vínculos asociativos, limitando la autonomía para evaluar los riesgos a asumir, prohibiendo las carencias, sometiendo las preexistencias a la declaración jurada del usuario, (no pueden ser criterio de rechazo de admisión art. 10) y estableciendo control de precios. De ello deviene la necesidad del análisis de variables tanto jurídicas como económicas, relacionadas a las EMP, a efectos de evaluar su viabilidad, sustentabilidad y sostenibilidad.



Abordar el estudio de la Ley de EMP 26.682 implica realizar un análisis genérico basado en el ordenamiento jurídico como sistema, y un análisis

unificado de la conjunción de elementos organizativos para la prestación medical.

Ello constituye la ineludible necesidad de distinguir conceptualmente el modelo prestacional de la Empresa Médica, el sujeto titular del objeto empresa, la empresa, el establecimiento, los profesionales y las diferentes relaciones que se establecen para la prestación medical: la relación voluntaria u obligatoria del usuario con el profesional/el financiador y el prestador/efector, y de todos ellos entre sí.

Partimos de la *NOCION DE EMPRESA* como OBJETO DE DERECHOS, conf. la LCT art. 5 Ley 20744, es la: "...organización instrumental de *medios personales, materiales e inmateriales* ordenados *bajo una dirección* para el logro de *fines económicos o benéficos...*" y

De la *NOCION DE ESTABLECIMIENTO*. LCT. Art. 6 Ley 20744: "...*unidad técnica o de ejecución* destinada al logro de los fines de la empresa, a través de una o más explotaciones".

Tratándose de una temática íntimamente relacionada con el *Know How* y ejercicio de una profesión de las caracterizadas de riesgo, es indispensable recurrir a la regulación de la misma. Sin perjuicio de las normas de las jurisdicciones provinciales, podemos remitir a la nacional: *Ley 17132: Ejercicio de la Medicina. art 7*: "los *locales o establecimientos* donde ejerzan las personas comprendidas en la presente ley, deberán estar previamente habilitados por la Secretaría de Estado de Salud Pública y sujetos a su fiscalización y control, la que podrá suspender la habilitación y/o disponer su clausura cuando las condiciones higiénico sanitarias, la insuficiencia de elementos, condiciones técnicas y/o eficiencia de las prestaciones así lo hicieren pertinentes... En los locales o establecimientos mencionados debe figurar en lugar visible al público el nombre y apellido..."

Art. 34: "Toda persona que quiera instalar un establecimiento para la profilaxis, recuperación, diagnóstico y/o tratamiento de las enfermedades humanas, deberá solicitar el permiso previo a la Secretaría de estado de salud pública, formulando una declaración relacionada con la orientación que imprimirá a las actividades del establecimiento, especificando la índole y modalidad de las prestaciones a cubrir y las modalidades de las contraprestaciones a cargo de los prestatarios." Art 35: "a los efectos de obtener la habilitación... el interesado debe acreditar que el establecimiento reúne los requisitos que se establezcan... en relación con sus instalacio-

nes, equipos, instrumental, numero de profesionales, especialistas y colaboradores, habida cuenta del objeto de su actividad, de los servicios que ofrece, así como de que no constituye por su ubicación un peligro para la salud pública”. Art 36: “la denominación y características de los establecimientos que se instalen... deberán ajustarse” Art 37: “una vez acordada la habilitación a que se refieren... no podrán introducir modificación alguna en su denominación y/o razón social, en las modalidades de las prestaciones ni reducir sus servicios sin autorización previa...” Art. 38: “la secretaría de estado... fiscalizará las prestaciones y el estricto cumplimiento de las normas... pudiendo disponer la clausura preventiva del establecimiento cuando sus deficiencias así lo exijan...”

De la *NOCION DE MEDICA/MEDICO*. Ley 17132: “*el ejercicio de la medicina solo se autorizara a médicos, médicos cirujanos o doctores en medicina, previa obtención de la matrícula correspondiente...*”, art. 13. “el control del ejercicio de dichas profesiones y actividades y el gobierno de las matriculas respectivas se realizara por la Secretaria de Estado de Salud Publica en las condiciones que se establezcan en la correspondiente reglamentación”, art 1. “a los efectos de la presente ley se considera ejercicio: a) de la medicina: anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso en el diagnostico, pronostico y/o tratamiento de las enfermedades de las personas o de la recuperación, conservación, y preservación de la salud de las mismas, el asesoramiento público o privado y las pericias que practiquen los profesionales comprendidos en el art. 13”, art. 2. “*queda prohibido a toda persona que no esté comprendida en la presente ley participar en las actividades o realizar las acciones que en la misma se reglamentan...*”, art 4. “Secretaria de Estado de Salud Publica autorizara el ejercicio profesional otorgando la matricula y extendiendo la correspondiente credencial...”, art 5.

De la *NOCION DE EMPRESARIO: SUJETO TITULAR DE LA EMPRESA/INDIVIDUAL O COLECTIVO/SOCIETARIO O ASOCIATIVO*. Art. 5, ley 20.744: “*...se llama empresario a quien dirige la empresa por sí, o por medio de otras personas y con el cual se relacionan jerárquicamente los trabajadores, cualquiera sea la participación que las leyes asignen a estos en la gestión y dirección de la empresa*”.

De *LA TITULARIDAD DE LOS BIENES DE PRODUCCION/LA HABILITACION DEL ESTABLECIMIENTO Y DEL EQUIPAMIENTO*. Ley 17.132, art. 39: “podrán autorizarse los establecimientos mencionados en el art 34 cuando su propiedad sea: 1) de profesionales habilitados para el ejer-

cicio de la medicina... 2) de las sociedades civiles que constituyan entre si los profesionales a que se refiere el inciso anterior, 3) de sociedades comerciales de profesionales habilitados para el ejercicio de la medicina..., 4) de *sociedades comerciales o civiles, entre médicos, odontólogos y no profesionales, no teniendo estos últimos injerencia ni en la dirección técnica del establecimiento ni en ninguna tarea que se refiera al ejercicio profesional*, 5) de entidades de bien público sin fines de lucro. En todos los casos contemplados en los incisos anteriores, la reglamentación establecerá los requisitos a que deberán ajustarse en cuanto a: a) características del local desde el punto de vista sanitario, b) elementos y equipos en cuanto a sus características, tipo y cantidad, c) número mínimo, de profesionales y especialistas, d) número mínimo de personal en actividades de colaboración”. art 18: “Los profesionales que ejerzan la medicina no podrán ser simultáneamente propietarios parciales o totales, desempeñar cargos técnicos o administrativos, aunque sean honorarios, en establecimientos que elaboren, distribuyan o expendan medicamentos, especialidades medicinales, productos dietéticos, agentes terapéuticos, elementos de diagnóstico, artículos de uso radiológico, artículos de óptica, lentes y/o aparatos ortopédicos...”

LA LEY DE EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGA, art 2, ley 26.682, define a las Empresas de Medicina Prepaga como *“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 de efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa”*.

“No es el tipo de empresa o persona lo que las define, entonces sino su función: 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” En mi opinión confunde Empresa con Empresario (Individual o colectivo), y expresamente se define por la opción de “Médico-empresario”, que en su momento al tratarse de los contratos de colaboración hubo quienes en la doctrina la negaban.

Se trata en definitiva de la posibilidad de que existan intermediarios entre la relación médico/prestador/efector y pacientes. En definitiva las EMP son:

- Comercializadores de Planes de cobertura, por Cartilla abierta. Nacional e internacional. Cartilla cerrada: de prestadores, de efectores, de jurisdicciones. De Planes superadores o complementarios, para Adherentes voluntarios por oposición a los obligados a aportar a las obras sociales sindicales, provinciales y universitarias.
- ¿Son Financiadores? ¿Gestoras? ¿Administrar carteras de adherentes que prepagan?, ¿de la cuota que perciben qué % debe ir para administración de la cartera? ¿Qué Inversiones deben hacer para preservar los recursos que deben imputarse a la prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana?, ¿Cuál es el punto de equilibrio en la relación población a cargo/cuota/cobertura? ¿Cuál es el efecto de las preexistencias y retenciones?
- La Autoridad de aplicación es el Ministerio de Salud de la Nación, pero también es de aplicación por la Relación de consumo, la legislación respectiva (leyes 24.240 y 26...) y por la ineludible referencia al mercado, la ley de defensa de la competencia, ley 25.156.

Cabe preguntarse ¿cuáles son los bienes tutelados?

- Derecho constitucional a la salud.
- Derechos del consumidor/usuario.
- Derecho defensa de la competencia.
- Derecho de propiedad. (Derecho de admisión?)
- Derecho de contratación reglamentado?
- Derecho al ejercicio de profesión lícita de carácter alimentario.
- Así mismo: *¿Se trata de "El" paciente o una entidad de gastos/tasa de uso o cuenta de consumo de prestaciones médicas, medicamentos, prótesis, etc.?, ofrecidas como servicio/suministro por terceros que no deberían influir en la relación médico-paciente?*

La realidad es que la EMP organiza y provee recursos para que el afiliado persiga a través de redes contractuales un standard de salud, conforme a modelos de administración o auditoría protocolizados de atención primaria y secundaria, formalizados como producto que el mismo afiliado consiente consumir a través de la elección del plan al que le es posible acceder conforme su disponibilidad económica.

De ello devienen tensiones entre los derechos, arriba enumerados:

- Usuario (Derecho humano) / Empresa ¿libertad de contratación limitada? - ¿Sin Derecho de admisión? (Derecho de propiedad)/ Profesional (¿liberal?) (Honorario: Derecho alimentario). Casos de amparos en Córdoba tanto TSJ como Cámara Fed. De Apelaciones han emitido fallos “Salomónicos” al respecto, en tanto “el derecho de libre contratación de la empresa fue reglamentado”, ordenando mantener afiliación a cambio del pago que corresponda, desconociendo el “Derecho de admisión” y requiriendo que se acredite que el falsario “no obró de buena fe”. El problema radica precisamente en la inversión de la carga de la prueba, la prueba negativa y en establecer “lo que corresponde” pagar.

Calificación del vínculo

- “**Contrato** mediante el cual una de las partes se obliga a prestar el servicio médico a los pacientes, por sí o por terceros sujeta a la condición suspensiva que se dé una determinada enfermedad en el titular o beneficiario contra el pago de un precio anticipado periódico”, a ejecutarse dentro de un mercado regulado.
- ¿Límites? A la Cobertura: 1. Programa Médico Obligatorio. 2. Sistema de prestaciones Básicas para Personas con discapacidad L24901. 3. Tratamiento de la Obesidad. 4. Fertilización asistida.

Considerando la entidad de los derecho involucrados CABE ENTONCES PREGUNTARSE SOBRE EL CAPITAL NECESARIO PARA HACERSE CARGO DE LA SALUD DE UNA POBLACIÓN, DETERMINADA, DETERMINABLE, INDETERMINADA, MEDIANTE PRESTACIONES CUYOS COSTOS RESULTA CASI IMPOSIBLE PONDERAR DEBIDO A TODOS LOS FACTORES QUE INCIDEN.

- **MINIMO:** art. 21, ley 26.682, constituir y mantener UN CAPITAL MINIMO s/fija Autoridad de Aplicación. “La SSS dictará resolu-

ciones pertinentes a fin de establecer las características de las garantías y avales que deberán cumplimentar las EMP". A la fecha no hemos podido acceder a la información. El Decreto reglamentario 1993/2011 no lo expresa.

- INFORMACION PATRIMONIAL Y CONTABLE de los Agentes del SS: Sistema diferenciado de información patrimonial y contable de *registros de planes voluntarios, superadores o complementarios por mayores servicios*, con fines de fiscalización y control de las contribuciones, aportes y recursos de otra naturaleza.

Conclusiones

Las EMP enfrentan grandes desafíos en un marco actual de gran incertidumbre. Si definimos a las EMP como ¿organización gestora?, es indispensable que aceptemos que se trata además de:

- Unidad económica básica encargada de satisfacer necesidades mediante utilización de recursos, no necesariamente propios.
- Organiza y coordina recursos disponibles (médicos, sanatorios, establecimientos, tecnologías, medicamentos, prótesis, órtesis etc.) para satisfacer necesidades humanas y que establece sin consideración a límites de economicidad el Ministerio de la Salud.
- No presta específicamente actos médicos de prevenir, asistir, tratar, paliar, curar, propios de la profesión. Sólo interviene valiéndose de profesionales a partir del evento que aleatoriamente puede o no ocurrir. Por lo que corresponde reconocer la existencia de *una empresa de ciclo productivo revertido: ¿Seguro?*
- Precio de la cuota debe ser fijado a partir del riesgo determinado por estadísticas y cálculos actuariales elaboradas a partir de datos confiables, de los que no se dispone.
- Por estadísticas el riesgo de asegurar a un volumen de gente es menor al que asumiría una sola de esas personas. La Cartera de adherentes que solidariamente asumen el riesgo, requiere cuantificación de riesgo. Sin datos, ni estadísticas ni cálculos actuariales ello deviene imposible. Debe tenerse en cuenta que:

- La aseguradora para fijar precio necesita saber la frecuencia de cada incidente cubierto, a partir de lo que calcula el gasto añadiendo el gasto de la gestión y en su caso el beneficio esperado.
- Los precios de los bienes y servicios se conforman por el encuentro de oferta y demanda.
- Los comportamientos de consumidores y productores suponen una conducta racional.
- De la teoría de la producción deriva la teoría de los costos y el análisis del equilibrio de la empresa.
- Formadores de precios. Los fijan los agentes al contratar por volumen.
- Precios de planes no acompañan subas de atención médica. Incidencia Impuestos, (balances sin ajustes por inflación), Insumos, importaciones, convenciones colectivas, honorarios deprimidos, gastos de administración, publicidad, crédito caro/acceso reducido etc.
- Actividad económica disminuida.
- Reglamentaciones y control de precios.
- Rentabilidad empresas en caída. Honorarios profesionales reducidos. Riesgos de la actividad privada se han profundizado.

Conclusión final

La regulación de la 26682 sin contar con datos fehacientes para realizar cálculos actuariales aproximados, implica un salto al vacío. El sistema es inviable, si no se respeta la necesaria lógica de su funcionamiento. Recordemos que:

1. Actualmente alrededor de 268 Obras Sociales aglutinan a 13.000.000 de afiliados, y dependen de que la actividad económica no se detenga.
2. Actualmente se han inscripto 732 EMP en Superintendencia de Salud para 6.222.543 afiliados.

3. El ente regulador controla los precios de los planes y cuotas que cobran las prepagas.
4. Los prestadores y efectores soportan aumentos que no pueden transferir, por lo que resultan en definitiva los únicos financiadores soportando pagos a 120 días o más.
5. El quiebre de la ecuación económica llevará a la concentración y las EMP grandes necesariamente absorberán a las pequeñas. ELLO EN SI MISMO NI ES BUENO NI MALO, sólo que derivará en los consiguientes efectos, que debemos por lógica aceptar, cuidando que no se produzcan indeseadas coyunturas abusivas
6. Se ha regulado obviando la autonomía de la voluntad, sin considerar que inercialmente se derivará en el quiebre del sistema, por haber impuesto al mismo cargas públicas.
7. UNA POSIBILIDAD SUPERADORA: EL REASEGURO.

Bibliografía general

- BREZMES MARTÍNEZ DE VILLARREAL, Alfonso, "Las Sociedades Profesionales-Análisis Práctico de su nueva Regulación", ediciones experiencia, Barcelona, 2007.
- DE VAL PARDO, Isabel, "Organizar, acción y efecto", Escuela Superior de Gestión Comercial y Marketing, Madrid, 1997.
- LORENZETTI, Ricardo, "La Empresa Médica".
- MERCADO DE SALA, María C., "Capital social: su regulación", X Congreso Argentino de derecho societario, Córdoba, 2007.
- MERCADO DE SALA, María C., "Sociedades con Objeto Profesional", X Congreso Argentino de derecho societario, Córdoba, 2007.
- MERCADO DE SALA, María C., "Sistema de Salud-empresa de salud, prepago médico-unión de empresas", VI Congreso Arg. Derecho societario, Mar del Plata, 1995.
- MERCADO DE SALA, María C., "Algunas consideraciones respecto a las sociedades de profesionales", III Congreso Arg. Derecho Societario, Salta 1982.