



Defensoría del Pueblo de la Nación
2022 - "Las Malvinas son argentinas"

Resolución

Número:

Referencia: RESOLUCIÓN N° 00042/22 - ACTUACIÓN N° 16780/21 - DPN - s/interpretación del art. 7° del Decreto N° 66/19 - EX-2021-00022453- -DPN-RNA#DPN.

VISTO la actuación N° 16780/21, caratulada: "DPN sobre interpretación del art. 7° del Decreto N° 66/19"; y

CONSIDERANDO:

Que en fecha 29 de diciembre de 2021 esta Institución Nacional de Derechos Humanos —INDH— decidió iniciar una actuación de oficio con el propósito de clarificar la interpretación y los alcances del art. 7° del Decreto N° 66/19.

Que habiendo advertido que la norma anteriormente aludida vino a sustituir el artículo 17 del Decreto N° 1993/11 que reglamentaba, entre otros, el art. 17 de la Ley N° 26.682 de Empresas de Medicina Prepaga, que establecía el único momento en que estas empresas podían fijar precios diferenciales en sus cuotas en razón de la edad de sus clientes, es que se creyó oportuno promover una investigación que permitiera determinar si el Decreto N° 66/19 entraba en contradicción con normas de similar o superior jerarquía y, por ende, ir en contra de los derechos de las/os usuarias/os y consumidores.

Que, a partir de ello, en fecha 31/12/22 y mediante nota NO-2021-00022566-DPN-SECGRAL#DPN se solicitó a la Superintendencia de Servicios de Salud que informara si el art. 7° del Decreto N° 66/19 habilitaba a las empresas de medicina prepaga a aumentar el valor de las cuotas de sus usuarias/os cuando estos cumplieren años, siempre y cuando ello hubiese sido estipulado en el contrato. Asimismo, se le requirió que informara qué sucedía con aquellos contratos firmados con anterioridad al año 2019 que tuviesen cláusulas donde se contemplaba la posibilidad de aumentar la cuota por plan y por grupo etario. Finalmente, y en base a la pregunta anterior, se le solicitó que informaran si las empresas de medicina prepaga podían aumentar la cuota a sus clientes pese a que para la época en la que firmaron el contrato esta posibilidad les estaba vedada.

Que, con motivo del pedido de informes aludido, en fecha 19/01/22 respondió la Superintendencia de Servicios de Salud en los siguientes términos: "...Con la modificación realizada al artículo 17 del Decreto N° 1993/11 por el artículo 7° del Decreto N° 66/2019, la norma quedó redactada -en lo que aquí interesa- de la siguiente manera: "...Cuando se trate de planes con diferenciación de la cuota por plan y por grupo etario sólo se admitirá el cambio de categoría de cuota cuando el mismo haya sido expresamente previsto en el contrato de afiliación...". Por lo tanto, esta modificación habilitó a las Entidades de Medicina Prepaga (EMP) a aumentar el valor de las cuotas de sus usuarios cuando éstos cumplan años y cambien de grupo etario, si ello estuviera estipulado en el contrato. (...) El ejemplo consultado es correcto. Una EMP podría aumentar el valor de la cuota a sus usuarios cuando cumplan 36 años de edad, si es que dicha prepaga contempla el cambio de rango etario a partir de dicha edad, y siempre que ello se encontrara previsto en el contrato, conforme se

aclaró en el punto anterior. Las cláusulas que estipulasen la posibilidad de aumentar la cuota por cambio de grupo etario durante la vigencia de la relación contractual no se encontraban admitidas en la redacción originaria del art. 17 del Decreto N° 1993/2011. En base a lo informado en el punto anterior, no podrían aplicarse aumentos a contrataciones anteriores, en función de que no se cumpliría la condición que exige la nueva redacción del art. 17 del Decreto N° 1993/2011, modificado por el Decreto N° 66/2019, esto es, que estuviera “expresamente previsto en el contrato de afiliación...”.

Que, al analizar el responde de la Superintendencia de Servicios de Salud se puede confirmar, en primer lugar, que a partir del Decreto N° 66/19 las empresas de medicina prepaga pueden aumentar el valor de la cuota de sus usuarias/os cuando estos cumplan años.

Que, en segundo lugar y como dato a destacar, la propia autoridad de control aclara que las cláusulas que estipulasen la posibilidad de aumentar la cuota por cambio de grupo etario durante la vigencia de la relación contractual no se encontraban admitidas en la redacción originaria del art. 17 del Decreto N° 1993/11 de allí que, entre otras cosas, se infiere entonces que las cláusulas de los contratos que hubieran sido aprobados entre los años 2011 a 2019 que violentaran esa prohibición deben ser reputadas como nulas de nulidad absoluta en su parte pertinente.

Que, en línea con lo anterior y tal como lo ha afirmado la autoridad de control, hasta el año 2019 no se permitía el aumento de cuota en razón de la edad, por ende ninguna empresa de medicina prepaga pudo haber logrado la aprobación de sus contratos con cláusulas que hicieran referencia a ello.

Que, en razón de lo dicho precedentemente y sin avanzar todavía sobre el análisis de la constitucionalidad del Decreto N° 66/19, corresponde decir que debe reputarse como arbitrario cualquier aumento de cuota por edad que hayan aplicado las empresas de medicina prepaga con posterioridad al año 2019 sobre la base de relaciones de consumo iniciadas con anterioridad a la sanción del Decreto en cuestión pues, como ha sido señalado precedentemente, no es válida ni legítima ninguna cláusula contractual que estipule aumentos de cuota en razón de la edad en los contratos firmados durante la vigencia del Decreto N° 1993/11. Tampoco a los suscriptos con anterioridad, ya que la Ley N° 26.682, es aplicable a los contratos en curso de ejecución.

Que, tomando en cuenta lo dicho precedentemente y advirtiendo, a partir de las reiteradas denuncias por aumento de cuota por edad que recibe esta INDH, que las empresas de medicina prepaga incurren a diario en abusos contra sus clientes, previo a que esta Defensoría se pronuncie de manera categórica sobre el fondo de la presente investigación y la constitucionalidad del Decreto N° 66/19, corresponde hacer un repaso introductorio de la actividad de estas empresas, su historia, el marco jurídico que regula su actividad y el impacto de su actividad en la sociedad.

Que la actividad médica privada encuentra sus orígenes en la década de los 70 y 80 y se fortalece en la década de los 90 a raíz de la política económica que se instaló en el país.

Que, los antecedentes de la medicina prepaga puede rastrearse en las mutuales, las cooperativas, los abonos sanatoriales, las obras sociales y el seguro de salud, todas variantes de prestación del servicio de salud que, aplicadas en nuestro país, se constituyeron en la base del posterior desarrollo de los prepagos.

Que con el dictado del Decreto N° 446/00 por el Poder Ejecutivo Nacional se abrió la competencia entre las entidades de medicina prepaga y el subsector de obras sociales integrantes del Sistema Nacional del Seguro de Salud Argentino, permitiendo el ingreso al mismo de agentes del seguro privado.

Que, posteriormente y debido a la complejidad que presenta el mercado de aseguramiento de la salud argentino, los diferentes intereses en él involucrados y la especificidad que se requiere para su regulación, el gobierno nacional decidió suspender la reforma que habían dado en llamar “competencia regulada”.

Que, la falta de regulación perduró por varios años y ello generó diversas situaciones de abuso de las empresas frente a sus usuarias/os pues la prestación de salud que esencialmente le compete al Estado había sido delegada en gran medida a las Obras Sociales y a las Prepagas pero, en el caso de estas últimas, sin un órgano de control y sin reglas de juego claras que pusieran freno a conductas desventajosas para sus clientes.

Que, en el contexto señalado y frente al avasallamiento de sus derechos, solo un grupo minoritario de

ciudadanos podía acceder a la justicia que emitía sentencias tomando como referencia la Ley de Protección y Defensa de los Consumidores —Ley N° 24.240—.

Que, en todo este tiempo existieron varios intentos para consolidar un régimen legal que tienda a tutelar los derechos de las/os usuarias/os de este subsector del sistema de salud, encausando y delimitando la actuación de las empresas. En efecto, hubo 14 proyectos de ley presentados en el poder legislativo nacional, hasta que en el año 1996, con el comienzo del operativo de la desregulación de las obras sociales, el Poder Ejecutivo Nacional impulsó con mayor dinamismo la sanción de una ley que regulara la medicina prepaga.

Que, si bien fue un avance importante la aprobación de la Ley N° 24.754 que dispuso que las entidades del sector prepago debían dar las mismas prestaciones mínimas obligatorias que brindaban las obras sociales, existían otras situaciones no reguladas que provocaban un desamparo en las/os usuarias/os y consumidores de este tipo de servicios.

Que, la sumatoria de los frustrados intentos de legislar en la materia pone en evidencia la fuerte resistencia que ofrecieron estas empresas a ser reguladas.

Que, sin embargo, en mayo de 2011 finalmente se logró la promulgación de la Ley N° 26.682 de Medicina Prepaga cuyo objeto consistió en instaurar un régimen regulatorio de este tipo de empresas y las actividades que desarrollaban.

Que, tomando como referencia la norma anteriormente mencionada podemos decir entonces que se entiende por empresa de medicina prepaga a *“...toda persona física o jurídica, cualquiera sea el tipo, figura jurídica y denominación que adopten cuyo objeto consista en brindar prestaciones de prevención, protección, tratamiento y rehabilitación de la salud humana a los usuarios, a través de una modalidad de asociación voluntaria mediante sistemas pagos de adhesión, ya sea en efectores propios o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa...”*—art. 2° Ley N° 26.682—.

Que, las entidades prepagas asumen el riesgo económico de prestar el servicio de salud a sus asociados, cuyo fondo de financiamiento se constituye a partir del pago de las cuotas periódicas por parte de los adherentes al sistema. Es un sistema que trabaja con el “ahorro” de los asociados, es decir, con el capital que mes a mes van aportando los mismos.

Que, como dato no menor para el presente pronunciamiento es dable destacar que las empresas realizan estrictos cálculos actuariales y estadísticos que tienen en cuenta la aleatoriedad de los riesgos asegurados a fin de fijar el valor de la prima (el precio de la cuota) y el valor-precio de la retribución a los prestadores por cada acto médico o sanatorial.

Que, independientemente de que se trate de empresas privadas que buscan un fin de lucro en su actividad comercial, no debemos dejar de reparar en que el servicio que brindan (salud) corresponde, en primer lugar, sea garantizado por el Estado y este último ha delegado en particulares la posibilidad de poder prestarlo. De allí que, por un lado, este tipo de empresas requieren ser supervisadas por el Estado en su actuación y, por el otro y al tratarse la salud de un servicio público esencial, la actividad de estas empresas es esencialmente social, de allí que adquieren especial relevancia los principios de conducta empresarial responsable, buena fe, razonabilidad y equidad, entre otros.

Que, de acuerdo con el propósito que marca la ley que regula la actividad de las prepagas, estas empresas asumen la obligación asistencial de prestar los servicios de cobertura médico asistencial a cambio de una contraprestación en dinero que hace su cliente y que se traduce en la cuota de los servicios médicos que consume o puede consumir.

Que, hechas las aclaraciones pertinentes sobre lo que se considera una empresa de medicina prepaga, sobre la historia y surgimiento de las mismas, la situación de los usuarios previo a la regulación de la actividad y qué derechos y obligaciones vino a traer la Ley N° 26.682, corresponde detenernos en el análisis y desarrollo de alguno de sus artículos que serán trascendentales para determinar la manera en la que esta INDH se pronunciará en lo sucesivo.

Que, como primera medida corresponde mencionar que el legislador previó en el art. 28 de la Ley N° 26.682 el “orden público” estableciendo que: “...*La presente ley es de orden público, rige en todo el territorio nacional y entrará en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial...*”.

Que, el hecho de que el legislador haya previsto que se trate de una ley de orden público no debe ser pasado por alto a la hora de analizar la presente cuestión pues, en definitiva, lo que intenta el orden público es evitar que la voluntad de las partes pueda desnaturalizar la esencia de la norma.

Que la Suprema Corte de Justicia precisó que el legislador, al disponer que es de orden público, ha definido a la ley como contenedora de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad (*Corte Suprema de Justicia Nacional P. 344. XXIV, “Partido Justicialista s/acción de amparo”, 28/09/1993, T. 316, P. 2117 -Voto del Dr. Carlos S. Fayt-*).

Que, ese principio también fue recogido por el Código Civil y Comercial de la Nación cuyo art. 12 establece que: “...*Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público. El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir...*”.

Que, como puede advertirse, el art. 12 del CCyC contiene dos conceptos vinculados. En el primer párrafo, determina los límites de la autonomía individual, identificados con el concepto de orden público. En el segundo, determina la noción de acto otorgado en fraude a la ley y sus efectos.

Que, a partir de lo dispuesto en el art. 19 C.N. y disposiciones concordantes del bloque de constitucionalidad federal, las personas gozan en nuestro país de libertad para decidir si arriban o no a acuerdos y para determinar su contenido; libertad relativamente acotada en algunos supuestos, como los de los contratos celebrados por adhesión a cláusulas predispuestas.

Que, como toda libertad, ella está sujeta a reglamentación y a límites razonables establecidos teniendo en consideración el bien común, por lo que el orden público constituye un límite indisponible por las partes, y sus disposiciones son de acatamiento obligatorio.

Que, por todo lo dicho, la Ley N° 26.682, al calificarse a sí misma como de orden público y otorgar al usuario un régimen especial derivado de su condición de tal en la relación con el empresario, la disposición a que se hace aquí referencia resulta de aplicación imperativa en todos los casos.

Que, siguiendo con el análisis corresponde, ahora sí, centrar el objeto de estudio al articulado que dio origen a la presente investigación.

Que, cabe referirse entonces al art. 17 de la Ley N° 26.682 el que expresamente ha quedado redactado por el legislador de la siguiente manera: “...*Cuotas de Planes. La Autoridad de Aplicación fiscalizará y garantizará la razonabilidad de las cuotas de los planes prestacionales. La Autoridad de Aplicación autorizará el aumento de las cuotas cuando el mismo esté fundado en variaciones de la estructura de costos y razonable cálculo actuarial de riesgos. 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...*”.

Que, del artículo en comentario se pueden desprender las siguientes observaciones: en primer lugar el legislador pretendió que sea la autoridad de aplicación de la norma (Ministerio de Salud de la Nación) quien fiscalice y garantice la razonabilidad de las cuotas de los planes prestacionales; en segundo lugar, estableció que es la autoridad de aplicación quien autoriza el aumento de las cuotas; y, por último, en tercer lugar, permitió que las empresas de medicina prepaga puedan establecer precios diferenciales para los planes prestacionales según franjas etarias en el momento en que el usuario ingresa a la cobertura.

Que, respecto de la primera y segunda observación —fiscalizar y garantizar la razonabilidad de las cuotas y autorizar los aumentos de cuotas cuando estén fundados—, vale decir que resulta ser una solución acertada en tanto y en cuanto, como se ha dicho anteriormente, garantizar el acceso a los servicios de salud a los

ciudadanos es una obligación originaria de los Estados que, en ocasiones, es también delegada en particulares, de allí que sea su deber velar por su fiel prestación y para ello corresponde que estos particulares sean controlados y que los Estados intervengan con sus políticas públicas en determinados aspectos que contribuyan a que ese derecho de acceso a la salud se perfeccione, amplíe y mejore progresivamente en cada oportunidad que sea posible.

Que, respecto de la tercera cuestión —precios diferenciales por franjas etarias al momento de la contratación—, corresponde decir que el legislador también ha sido claro pues, surge de la letra de la norma que esta facultad les está habilitada solo al momento de la contratación, más no luego.

Que, el art. 29 de la Ley N° 26.682 facultó al Poder Ejecutivo para que procediera a la reglamentación respectiva y, en ejercicio de esa potestad, debemos decir que el Poder Ejecutivo puede dictar las normas que estime pertinentes en tanto no sean incompatibles con el espíritu de la ley que intenta reglamentar.

Que, sobre este punto tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que: “...ello es lo que ocurre cuando la norma reglamentaria no excede el ámbito en que la interpretación es opinable y posible la elección entre varias posibilidades...” (Fallos: 254:337).

Que, así, en el año 2011, se reglamentó la Ley N° 26.682 mediante el Decreto N° 1993/11 cuyo art. 17 estableció que: “...La Superintendencia de Servicios de Salud implementará la estructura de costos que deberán presentar las entidades, con los cálculos actuariales necesarios, la verificación fehaciente de incremento del costo de las prestaciones obligatorias, suplementarias y complementarias, las nuevas tecnologías y reglamentaciones legales que modifiquen o se introduzcan en el Programa Médico Obligatorio (PMO) en vigencia, el incremento de costos de recursos humanos y cualquier otra circunstancia que la Superintendencia de Servicios de Salud y las entidades comprendidas en la presente reglamentación, consideren que incide sobre los costos de la cuota de los planes ya autorizados. La Superintendencia de Servicios de Salud elevará, previo dictamen vinculante de la Secretaría de Comercio del Interior del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, el pedido de autorización de incrementos de las cuotas de los planes aprobados al Ministro de Salud para su aprobación. El pago de las cuotas será efectuado por los usuarios a través de red bancaria, en cuenta única y exclusiva habilitada únicamente para la recepción del pago de dichos conceptos. Cada entidad deberá denunciar ante la Autoridad de Aplicación, los datos de la entidad bancaria y de la cuenta recaudadora. Las respectivas entidades bancarias deberán debitar automáticamente los importes correspondientes a los artículos 24 y 25 de la Ley N° 26.682, antes del giro a la cuenta individual de cada entidad. Tales débitos serán acreditados por las entidades bancarias en una cuenta especial a crearse por la Superintendencia de Servicios de Salud en el Banco de la Nación Argentina. La diferenciación de la cuota por plan y por grupo etario sólo podrá darse al momento del ingreso del usuario al sistema. Una vez ingresado al sistema, la cuota sólo podrá modificarse por los aumentos expresamente autorizados, con excepción del régimen establecido para aquellos que alcancen los sesenta y cinco (65) años de edad y que no cuenten con diez (10) años de antigüedad continua en la misma entidad comprendida en los alcances de esta reglamentación. La relación de precio entre la primer franja etaria y la última no puede presentar una variación de más de tres (3) veces, siendo que la primera franja será la menos onerosa y la última la más onerosa...”.

Que, del texto transcrito surge, en principio, que el Poder Ejecutivo no alteró el espíritu ni la letra de la norma de rango superior y entonces vemos que al desmenuzar el texto de dicho artículo podemos extraer las siguientes observaciones: en primer lugar, surge de la reglamentación que la Superintendencia de Servicios de Salud adquiere un rol relevante al ser quien intermedie entre los actores intervinientes para que se autorice un aumento de cuota fundado en la estructura de costos y, en segundo lugar, sostiene lo referido en la ley con relación a los aumentos de cuota por edad aclarando, por si quedaran dudas, que una vez dentro del sistema, las cuotas sólo podrán modificarse por los aumentos expresamente autorizados.

Que, respecto de la primera observación —autorización de aumentos de cuota— señala al Ministerio de Salud como el encargado de la aprobación de los aumentos, previo dictamen de la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de Economía. Los agentes del sistema de empresas de medicina prepaga deben formular los pedidos de aumento de cuota a la Superintendencia de Servicios de Salud quien eleva dichas peticiones para que tomen el curso antes descrito.

Que, siempre de acuerdo al reglamento susodicho, la Superintendencia tiene la función de implementar la

estructura de costos que deben presentar las entidades con los cálculos actuariales necesarios, la verificación fehaciente del incremento de los costos de las prestaciones obligatorias, complementarias y suplementarias, las nuevas tecnologías y reglamentaciones legales que modifiquen o se introduzcan en el Programa Médico Obligatorio (PMO) en vigencia, el incremento del costo de los recursos humanos y cualquier otra circunstancia susceptible de incidir en el costo de las cuotas.

Que, con la reseña efectuada queda dicho que la empresa de medicina prepaga debe transcurrir todo el periplo antes mencionado para poder aplicar un aumento de cuota a los usuarios, no resultando suficiente a tal propósito la mera petición ante los organismos administrativos actuantes.

Que, en otras palabras, antes de su materialización, el valor de cuota según la edad del ingresante debe ser autorizado por el Ministro de Salud, previo estudio por parte de la Superintendencia—quien tiene contacto con el material que le permite ejercer su función de fiscalizar el precio de aquella y determinar su razonabilidad— y con dictamen de la cartera económica, quien analiza la suba solicitada en el contexto general.

Que, tal como se ha mencionado hasta aquí, ha quedado evidenciado que era necesaria una regulación específica que trajera claridad sobre las obligaciones de las empresas de medicina prepaga y sobre los derechos de las/os usuarias/os y consumidores. Asimismo, también ha quedado de manifiesto la voluntad del legislador quien de manera categórica ha establecido no sólo el momento en que las prepagas podrían aumentar las cuotas, sino también el proceso para lograr una autorización a tal fin.

Que, en el sentido señalado resulta enriquecedor poder transcribir alguna de las voces que por aquel entonces sonaban tanto en la Cámara de Diputados como en la de Senadores pues, leer los debates parlamentarios que dieron origen a la Ley N° 26.682 nos acerca a conocer cuál era la ratio de la norma, qué problemas se evidenciaban por aquella época y qué medidas necesitaba la sociedad para evitar el avasallamiento de sus derechos.

Que, el Diputado por Tierra del Fuego, Sr. Gorbacz así se pronunciaba respecto de los abusos de las prepagas, los aumentos desproporcionados e injustos y la necesidad de que el Estado controlara estos servicios: *“...En ese trabajo colectivo el eje central de discusión ha estado en la legitimidad que tiene un Estado para regular, en este caso, al mercado privado de la salud. Afortunadamente, esto lo hemos saldado, con un amplio consenso—yo diría que casi unánime, si no unánime; esto lo veremos a la hora de votar—, diciendo que la salud es un derecho humano fundamental que está por sobre el derecho al comercio. Con ello no hemos planteado una regulación que haga inviable la medicina privada o las empresas de medicina prepaga—muy por el contrario—, sino que empezamos a resolver los problemas concretos que la gente ha tenido con estas empresas. En muchos casos, estas últimas se dedicaban a afiliar personas sanas, porque iban a pagar la cuota pero no iban a utilizar los servicios vía exigir análisis y estudios, y a rechazar a aquellas personas que tenían enfermedades. Además, muchas veces han aumentado sin criterio sus cuotas ante clientelas cautivas que no tenían posibilidad de rechazar ese aumento, desafiliarse y pasar a otra empresa porque sabían que tal vez otra empresa no las iba a aceptar. También muchas veces han aumentado las cuotas por razones de edad, sin ningún tipo de regulación. Por ejemplo, personas que tenían más de 65 años y muchos años de aportes, estando sanas y sin necesidad de utilizar los servicios igual tenían que afrontar esos enormes aumentos por ser mayores de edad. Eso lo estamos corrigiendo con absoluta claridad en este proyecto (...) Además, nos cubrimos de estas dificultades al establecer que los contratos—creo que este es uno de los puntos más importantes del proyecto— que las empresas de medicina prepaga van a suscribir con los afiliados tienen que ser previamente revisados y autorizados por la autoridad de aplicación. Es decir que todo aquel afiliado que firme un contrato con una empresa de medicina prepaga va a saber que ese contrato ya fue revisado por la autoridad de aplicación y, por lo tanto, no puede contener ninguna cláusula abusiva ni ninguna sorpresa que después tenga que pagar con su salud o con su falta de atención. (...) Creo que este proyecto tiene una enorme legitimidad. Era viable regular las empresas de medicina prepaga, para que no haya abusos y existan controles eficientes por parte del Estado. Dicho sea de paso, se trata de que dichos controles tengan un marco objetivo. También se busca que haya precios razonables y planes prestacionales claros, a fin de que no haya ningún tipo de engaño a la población...”*. (Diario de sesiones. Cámara de Diputados de la Nación 20º Reunión – 10º Sesión Ordinaria - Periodo 126º).

Que, la Diputada por San Luis, Sra. Bianchi así se pronunciaba sobre la falta de regulación del sector, las consecuencias negativas de la falta de políticas públicas y la regulación de las tarifas: *“...Dentro del sistema de*

salud, el único sector que no estaba regulado era justamente el de la medicina prepaga, que en la actualidad sólo está sujeto a la ley 24.574, que establece la obligatoriedad mínima del PMO (...) Debemos tomar conciencia de que los servicios vinculados con la salud son servicios públicos, independientemente del tipo de organización que los gestiona. Integrar la medicina prepaga al sistema de servicios de salud es reconocer la relación que tienen con la seguridad social. La omisión de políticas públicas de salud lleva a consecuencias negativas no sólo sobre el sistema sino también sobre la población (...) Dentro de este proyecto hay un punto importante que es el referido a la regulación de las tarifas del sector. A partir de la sanción de esta norma, antes de disponer un aumento del importe de las cuotas las prepagas deberán contar con una autorización por parte del Ministerio de Salud. De esta forma ya no será el secretario de Comercio Interior, Guillermo Moreno, el que establecerá las cuotas de manera arbitraria. En cambio, las prepagas quieren seguir manteniendo precios libres y preservar el derecho de admisión, lo cual es inadmisibles (...) Lógicamente, las empresas que no cumplan con lo dispuesto por esta ley incurrirán en un incumplimiento y serán sancionadas...". (Diario de sesiones. Cámara de Diputados de la Nación 20º Reunión – 10º Sesión Ordinaria - Periodo 126º).

Que el Diputado por la Capital, Sr. Sánchez así se pronunciaba respecto de la diferencia de poder entre las empresa y los usuarios: "...Consideramos que este marco regulatorio era una deuda que tenía el Congreso argentino. Me da la impresión de que se ha avanzado muchísimo al dar un instrumento a la autoridad estatal para minimizar las diferencias que existen entre ese poder tan grande que significa una empresa prestadora de servicios de salud –una prepaga o lo que sea– y un usuario que de ninguna manera conoce cuáles son sus derechos, desconoce los términos de un contrato o las calidades necesarias establecidas en el contrato para la prestación de ese servicio...". (Diario de sesiones. Cámara de Diputados de la Nación 20º Reunión – 10º Sesión Ordinaria - Periodo 126º).

Que la Diputada por Santa Cruz, Sra. Gutiérrez así se pronunciaba respecto de la importancia de que el Estado regule para que los ciudadanos no sean víctimas de los abusos de las empresas: "...Hasta la aparición de esta norma, que si la mayoría del cuerpo acompaña se convertirá en ley, las empresas de medicina prepaga eran consideradas como seguro individual de riesgo variable, es decir que implican contratos libremente firmados entre un usuario y una empresa, contratos que pueden ser similares a los de un plan de ahorro de la compra de un electrodoméstico, de un automóvil o de cualquier otra cosa. En este proyecto estamos hablando de contratos cuyo objeto es la prestación de un servicio médico asistencial. Siendo que estamos tratando un tema de salud, es absolutamente necesario que el Estado regule, establezca un marco normativo a dichas empresas, y no tengamos que estar sujetos a la letra chica de esos contratos, que por lo general siempre atentan contra el usuario...". (Diario de sesiones. Cámara de Diputados de la Nación 20º Reunión – 10º Sesión Ordinaria - Periodo 126º).

Que la Senadora Fellner así se pronunciaba respecto de los problemas que tenía la ciudadanía con este tipo de empresas mencionando, entre ellos, al aumento de las cuotas: "...cuando estábamos frente a este proyecto de ley, que tiene sanción de la Cámara de Diputados, sabíamos que teníamos que tomar en cuenta tres aspectos. El primero de ellos, el vacío legal; en segundo término, trabajar por la protección al usuario, y en tercer lugar, la pérdida de la oportunidad. El vacío legal, como bien ha dicho el senador Cano, presidente de la Comisión de Salud, afecta a más de cuatro millones de habitantes de esta Argentina. Todos sabemos el grado de desprotección que conlleva ese vacío legal. Nos pusimos a estudiar para ver cuáles eran las denuncias, cuál era la problemática de esas prepagas y de los usuarios, en las distintas provincias. Y todos encontramos, más o menos, lo mismo: el no reconocimiento de ciertos tratamientos básicos de salud por parte de las prepagas, o sea, el no cumplimiento del PMO, que es el Programa Médico Obligatorio; el aumento de las cuotas o precios de la cobertura ya sea por una imposición discrecional de la empresa prestadora del servicio o por el aumento de la edad de los afiliados, es decir, directamente, cuando el afiliado cumplía una determinada edad, se le aumentaba la cuota...". (Diario de sesiones. Cámara de Senadores de la Nación 23º Reunión – 17º Sesión Ordinaria).

Que la Senadora Escudero así se pronunciaba respecto de la necesidad de regular la medicina prepaga, la asimetría entre las empresas y sus usuarias/os y la imposibilidad de que se aumente la cuota por edad: "...¿Por qué hace falta regular la medicina prepaga? Hace falta regularla porque se refiere a la salud, y el derecho a la salud es una derivación del derecho a la vida. En este tipo de contratos, cuando las empresas privadas prestan servicios de salud, que es una función esencial del Estado, utilizan esta modalidad de los contratos de adhesión. Entonces, hay una parte muy fuerte, que es la empresa, que impone las condiciones; y hay una parte muy débil que se ve obligada a aceptarlas. De tal modo, la ley regulatoria tiende a equilibrar esa

desigualdad natural, y por eso es muy importante que exista esta regulación (...) La regulación, obviamente, tiende a evitar abusos. Y como ya dijo la senadora Fellner, si leemos un poco la jurisprudencia en la materia, nos daremos cuenta de que los abusos han sido bastante reiterados y de que muchas veces han tenido que ver con la falta de un adecuado cumplimiento del derecho a la información que tienen todos los usuarios del sistema (...) El artículo 12 se refiere al aumento de la cuota en razón de la edad. Esto es muy importante: no se puede aumentar la cuota en razón de la edad...". (Diario de sesiones. Cámara de Senadores de la Nación 23º Reunión – 17º Sesión Ordinaria).

Que el Diputado por Tucumán, Sr. Alfaro así se pronunciaba sobre los abusos de las prepagas, en especial los referidos a los aumentos de cuota: *"...Los argumentos en contra de esta iniciativa sostienen que el sistema se va a desfinanciar o que va a colapsar, cuando lo concreto es que hasta aquí sólo han abusado y atropellado los derechos de casi 5 millones de ciudadanos mediante la aplicación de aumentos inconsultos y restringiendo el acceso de ciertas personas a los servicios que prestan de acuerdo la edad de la usuaria o el usuario y siendo que ello podría ser inconstitucional..."*. (Diario de Sesiones. Cámara de Diputados de la Nación 5º Reunión - 3º Sesión Ordinaria - Periodo 129º).

Que, tal como ha quedado plasmado con las transcripciones de los Diputados y Senadores que participaron del debate parlamentario que dio origen a la Ley Nº 26.682, por aquel entonces se encontraban, al igual que la ciudadanía, preocupados por los abusos de las empresas de medicina prepaga, los avasallamientos de éstas sobre sus clientes y sobre uno de los principales problemas que era el incremento de los valores de la cuota en razón de la edad. De allí que coincidían en la necesidad de un marco regulatorio que fijara límites y, principalmente, la posibilidad de que el Estado las pudiese controlar para intentar equilibrar la asimétrica relación con sus usuarias/os y consumidores.

Que, adentrándonos específicamente sobre la posibilidad de que las prepagas puedan incrementar el valor de la cuota de sus clientes de manera discrecional ha quedado evidenciado que ello era un hecho hasta la sanción de la Ley Nº 26.682 y que una vez sancionada no sólo debió haber dejado de ser una práctica habitual, sino que, además y para el caso de pretender un aumento de cuota, previamente debían cumplir con un procedimiento para lograr su autorización por parte de la autoridad de control.

Que, no obstante lo mencionado, surge también de la norma que, previo a comercializar sus planes de salud, las empresas de medicina prepaga deben tener sus contratos aprobados por la autoridad de control. Así se expresa en el art. 8º de la Ley Nº 26.682: *"...Los sujetos comprendidos en el artículo 1º de la presente ley sólo pueden utilizar modelos de contratos previamente autorizados por la Autoridad de Aplicación..."*. De allí se infiere entonces que, desde el año 2011, ninguna empresa de medicina prepaga pudo haberle hecho firmar a sus usuarias/os un contrato que contenga disposiciones que hagan referencia a posibles aumentos de cuota que pudieran sufrir durante el vínculo comercial en razón de su edad.

Que, lo dicho precedentemente no es un dato para nada menor pues en el año 2019 el Poder Ejecutivo Nacional emitió el Decreto Nº 66/19 cuyo artículo 7º expresamente establece: *"...Sustitúyese el artículo 17 del Decreto Nº 1993 de fecha 30 de noviembre de 2011, por el siguiente: ARTÍCULO 17.- La Superintendencia de Servicios de Salud implementará la estructura de costos que deberán presentar las entidades, con los cálculos actuariales necesarios, la verificación fehaciente de incremento del costo de las prestaciones obligatorias, suplementarias y complementarias, las nuevas tecnologías y reglamentaciones legales que modifiquen o se introduzcan en el Programa Médico Obligatorio (PMO) en vigencia, el incremento de costos de recursos humanos y cualquier otra circunstancia que la Superintendencia de Servicios de Salud y las entidades comprendidas en la presente Reglamentación consideren que incide sobre los costos de la cuota de los planes ya autorizados. El pago de las cuotas será efectuado por los usuarios a través de red bancaria. Cada entidad deberá denunciar ante la Autoridad de Aplicación, los datos de la entidad bancaria y de la cuenta recaudadora. Las respectivas entidades bancarias deberán debitar automáticamente los importes correspondientes a los artículos 24 y 25 de la Ley Nº 26.682 y su modificación. Tales débitos serán acreditados por las entidades bancarias en una cuenta especial a crearse por la Superintendencia de Servicios de Salud en el Banco de la Nación Argentina. Cuando se trate de planes con diferenciación de la cuota por plan y por grupo etario sólo se admitirá el cambio de categoría de cuota cuando el mismo haya sido expresamente previsto en el contrato de afiliación. La relación de precio entre la primer franja etaria y la última no puede presentar una variación de más de tres (3) veces, siendo que la primera franja será la menos onerosa y la última la más onerosa..."*.

Que, al analizar el artículo en comentario surgen los siguientes interrogantes: en primer lugar, cabe preguntarse si es posible que el Decreto N° 66/19 derogue a su predecesor N° 1993/11 aun cuando este último era más favorable al consumidor.

Que, en segundo lugar cabe preguntarse si es constitucional que el Poder Ejecutivo Nacional reglamente una norma de rango superior —Ley— desnaturalizándola y yendo en contra de su espíritu. O, en otras palabras, conteniendo una conjetura que el texto legal superior no aprueba (ver Humberto Eco, "Los Límites de la Interpretación).

Que, en tercer y último lugar corresponde preguntarse si, aun considerando que la norma en cuestión fuera legítima, las empresas de medicina prepaga podrían aplicar esta facultad de aumentar las cuotas en razón de la edad para aquellos contratos en curso de ejecución, es decir de manera retroactiva.

Que a la primera pregunta relacionada con la posibilidad de que una norma posterior derogue a otra anterior vale la pena realizar algunas aclaraciones fundamentales.

Que la posibilidad de que existan contradicciones, redundancias, ambigüedades, vaguedades o lagunas en cualquier sistema normativo es una realidad que no necesita demostración. Así, frente a conflictos entre dos normas de distinta jerarquía no quedan dudas que debe prevalecer la del nivel superior. Sin embargo, esta regla no resulta aplicable cuando se suscitan conflictos entre normas ubicadas en un mismo plano del ordenamiento jurídico.

Que sobre este tema el profesor Nino enseña que los juristas y los jueces utilizan distintas reglas para resolver los problemas de contradicción normativa. Estas reglas están constituidas por los principios llamados *lex specialis* y *lex posterior*. El principio *lex specialis* prescribe que se dé preferencia a la norma específica que está en conflicto con una cuyo campo de referencia sea más general, mientras que el principio *lex posterior* estipula que la norma posterior prevalece sobre la promulgada con anterioridad. (*Carlos Santiago Nino, Introducción al análisis del Derecho, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 275*).

Que, sin embargo, el principio anteriormente referenciado a partir del año 2015 encontró su límite con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación cuyo artículo 1094 reza: "...*Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable...*".

Que lo dicho precedentemente encuentra sustento en el art. 42 de nuestra Constitución Nacional. Allí el constituyente estableció que el consumidor debe ser protegido en su salud, seguridad e intereses económicos y es a la satisfacción de esas finalidades que debe apuntar la interpretación de las normas relacionadas con la materia. De allí entonces que, cuando el Decreto N° 66/19 establece en su art. 7° que deroga el art. 17 del Decreto N° 1993/11 y con ello una situación más ventajosa para las/os usuarias/os y consumidores (es decir, el no aumento de la cuota en razón de la edad), se estaría yendo en contra de lo dispuesto por el art. 42 de nuestra norma fundamental, del art. 1094 CCyC y de la Ley N° 24.240.

Que, a la segunda pregunta relacionada con las potestades reglamentarias del Poder Ejecutivo corresponde decir que esta INDH considera propicia la oportunidad para expedirse sobre la constitucionalidad del Decreto N° 66/19 por afectar derechos fundamentales y por contrariar el espíritu, la letra y los derechos reconocidos por una norma de rango superior como lo es la Ley N° 26.682.

Que, a tal efecto corresponde mencionar que el Decreto bajo análisis —N° 66/19— que fuera sancionado el pasado 23/01/19, vino a establecer una serie de modificaciones y derogaciones al marco normativo que regula la actividad y las obligaciones de las empresas de medicina prepaga así como los derechos de las/os usuarias/os y consumidores.

Que, en especial y tal como ha sido detallado anteriormente, con la Ley N° 26.682 el legislador vino a equilibrar la relación asimétrica de poder entre las empresas de medicina prepaga y las/os usuarias/os y consumidores y para ello, entre otras cosas, estableció que las prepagas únicamente podían establecer precios diferenciales de acuerdo al plan y la edad del consumidor al momento de su ingreso. Que, en consonancia con ello el Poder Ejecutivo con la reglamentación hecha a través del Decreto N° 1993/11 vino a

reforzar esa voluntad y aclaró que, una vez dentro del sistema, al consumidor sólo le serían aplicables los aumentos que dispusiera la autoridad de aplicación.

Que, en razón de ello, y a partir del dictado del Decreto N° 66/19, resulta que el Poder Ejecutivo ha abusado de sus facultades reglamentarias, estipuladas en el art. 99 inc. 3 de la Constitución Nacional, al cercenar derechos que emanan de una norma de rango superior como lo es la Ley N° 26.682.

Que, sobre las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo vale la pena recordar a Juan Bautista Alberdi quien afirmaba que: *"...No basta que la Constitución contenga todas las libertades y garantías conocidas. Es necesario (...) que contenga declaraciones formales de que no se dará ley que, con pretexto de organizar y reglamentar el ejercicio de esas libertades, las anule y falsee con disposiciones reglamentarias..."*. (Las Bases, Editorial Plus Ultra, 1998, Cap. XXXIII).

Que, con la sanción del Decreto N° 66/19, se avasallan las facultades del Poder Legislativo, además de ser contrario al espíritu del Marco Normativo vigente para el sistema de Empresas de Medicina Prepaga y contraponerse a los derechos consagrados en los artículos 17, 19, 28, 33 y 42 de la Constitución Nacional, como así también a los instrumentos internacionales con jerarquía Constitucional.

Que los artículos citados consagran el principio de legalidad, por medio del cual el poder debe ejercerse con apego a las normas.

Que, contrariamente a lo establecido en el art. 19 de la Constitución Nacional respecto de los habitantes —todo lo que no está prohibido está permitido—, para los poderes constituidos la regla opera de manera inversa y, por lo tanto, sólo pueden hacer aquello que expresamente se les ha asignado.

Que no sería posible comprender la problemática de los derechos fundamentales, su ejercicio relativo, su efectiva vigencia, y el alcance de las facultades reglamentarias de los poderes si no se integra la interpretación con lo dispuesto en el art. 28 de la Norma Fundamental.

Que, en efecto, dicha norma consagra el principio de razonabilidad. Este principio busca impedir que, so pretexto de reglamentación, se alteren los derechos, principios y garantías reconocidos en la norma base.

Que, a partir de lo dicho, es el Poder Legislativo, conforme mecanismo establecido en nuestra C.N., quien tiene a su cargo la sanción de leyes. De allí surge que el Poder Ejecutivo no puede establecer, mediante un decreto reglamentario, restricciones a derechos constitucionales que no poseen sustento en ley formal, puesto que vulnera el principio de legalidad, e invade competencias propias del Poder Legislativo. Menos aún, pueden desconocer o restringir derechos que la C.N. y las leyes reconocen, así como tampoco puede subvertir su espíritu y finalidad.

Que, siguiendo a Germán J. Bidart Campos, *"...Cabe colegir que las leyes del Congreso solamente son jerárquicamente superiores a los decretos reglamentarios, porque así lo establece expresamente el art. 99 inc. 2 CN y porque es la función reglamentaria la que esta subordinada a la legislativa, así como lo están las funciones de promulgar, publicar o vetar leyes, que deben guardar correspondencia con lo sancionado por el Congreso. En otras palabras, el Ejecutivo no puede promulgar, ni publicar, ni vetar lo que el Congreso no sancionó..."* (Germán J. Bidart Campos y Pablo Luis Manili, *La jerarquía normativa de las distintas clases de Decretos del Poder Ejecutivo Nacional, La Ley 2003-C:1359*).

Que, esta conducta abusiva y excesiva del Poder Ejecutivo fue declarada inconstitucional en reiteradas oportunidades conforme la doctrina emanada del Máximo Tribunal de la Nación —Fallos: 327: 4932; 322: 1318; y 327: 4937; entre otros—, cuando un decreto reglamentario desconoce o restringe derechos que la ley que reglamenta otorga, o subvierte su espíritu y finalidad, se afectan los principios de jerarquía normativa y supremacía constitucional configurando exceso en el ejercicio de las atribuciones conferidas al Poder Ejecutivo por la Carta Suprema.

Que, finalmente, respecto de la tercera y última pregunta relacionada con la posibilidad de que la norma sea aplicada por las empresas de medicina prepaga a contratos en curso de ejecución corresponde hacer algunas precisiones sobre el principio de irretroactividad de la norma.

Que, sobre este punto vale traer a consideración lo dispuesto por el Código Civil y Comercial de la Nación cuyo art. 7º establece: “...A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo...”. En semejante sentido se expresaba el antiguo art. 3º del Código Civil.

Que, tal como ha sido transcripto anteriormente, independientemente de si el decreto en cuestión es constitucional o no, queda claro que sus efectos no pueden aplicarse en forma retroactiva pues claramente contiene disposiciones que van en desmedro del/la usuario/a y consumidor/a de los servicios médicos prepagos y consecuentemente no se trataría de una norma en su favor sino todo lo contrario.

Que, por imperio constitucional, es misión de esta INDH la defensa, protección y promoción de los derechos humanos de todos los ciudadanos de la nación, por lo que nada puede inducir a pensar que ese deber se encuentra circunscripto o delimitado por interpretaciones restrictivas. Caso contrario se desnaturalizaría la función del Defensor del Pueblo de la Nación y se caería en el riesgo de proteger a un sector de la población, dejando a su suerte a otro sector de acuerdo a su lugar de residencia o la persona que ha vulnerado sus derechos fundamentales.

Que, finalmente lo que se busca proteger es el derecho que le asigna a las/os consumidores la Ley N° 26.682 en cuanto la garantía de no recibir aumentos de cuota en razón de la edad, una vez dentro del sistema de medicina prepaga y, como consecuencia o corolario de todo ello, el derecho a la salud de una persona materializado en la posibilidad de permanecer en la cobertura y evitar que deba abandonar su seguro de salud privado como consecuencia de su mayor edad.

Que, todo lo hasta aquí manifestado lleva a considerar que desde el año 2019, con la sanción del Decreto N° 66/19, existió por parte de la Administración un avasallamiento sobre los derechos de los usuarios y consumidores de servicios privados de salud, al desconocer su derecho a no recibir aumentos de cuota en razón de la edad.

Que, además de ello, en el presente caso la medida dictada por el Poder Ejecutivo —Decreto N° 66/19— tiene un efecto retroactivo en perjuicio de los intereses de los usuarios y consumidores, de allí que esta INDH busca que se respeten los derechos de los ciudadanos cuando no existan motivos ni fundamentos válidos para que los mismos se vean alterados o vulnerados de manera arbitraria.

Que, como se ha dicho anteriormente, es misión de esta INDH perseguir el respeto de los valores jurídicos cuya transgresión tornarían injustos los actos de la administración pública o de los particulares que prestan servicios públicos esenciales, y de los derechos humanos consagrados en nuestra Constitución Nacional a través del artículo 75 inc. 22. Repárese que es pauta de interpretación auténtica —preámbulo constitucional—: “afianzar la justicia”, por lo que mal podemos alejarnos de ese norte.

Que, cabe al DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACIÓN contribuir a preservar los derechos reconocidos a los ciudadanos y, en su calidad de colaborador crítico, proceder a formalizar los señalamientos necesarios, de modo que las autoridades puedan corregir las situaciones disfuncionales que se advirtieren.

Que, la presente se dicta de conformidad con lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Nacional y artículo 28 de la Ley N° 24.284, modificada por la Ley N° 24.379, la autorización conferida por los Señores Presidentes de los bloques mayoritarios del H. Senado de la Nación, como de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo, ratificada por su Resolución N° 0001/2014 de fecha 23 de abril de 2014, y la nota de fecha 25 de agosto de 2015 del Sr. Presidente de la Comisión Bicameral Permanente de la Defensoría del Pueblo, que ratifica las mismas facultades y atribuciones otorgadas al Secretario General en la persona del Subsecretario, para el supuesto de licencia o ausencia del primero.

Por ello;

EL SEÑOR SUBSECRETARIO GENERAL

A/C DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE LA NACIÓN

RESUELVE:

ARTÍCULO 1º: RECOMENDAR al Sr. Jefe de Gabinete de Ministros que arbitre los medios necesarios para que en el más breve plazo posible se derogue el art. 7º del Decreto N° 66/19.

ARTÍCULO 2º: Poner en conocimiento de la presente Resolución a la Sra. Ministra de Salud de la Nación.

ARTÍCULO 3º: Poner en conocimiento de la presente Resolución al Sr. Superintendente de Servicios de Salud.

ARTÍCULO 4º: Las recomendaciones que la presente resolución contiene deberán responderse dentro del plazo de TREINTA (30) días hábiles desde su recepción.

ARTÍCULO 5º: Regístrese, notifíquese en los términos del art. 28 de la Ley N° 24.284 y resérvese.

RESOLUCIÓN N° 00042/22.