

Regulación del mercado de salud en Argentina

Alberto Biglieri*

SUMILLA

En este artículo, el autor hace un análisis del mercado de la salud en Argentina. Parte de explicar el conflicto de competencias, que existe sobre este tema, entre el Gobierno Central y los Gobiernos Federales, así como la tensión práctica entre las normas nacionales con las reservas de las competencias locales. Para ello, cita jurisprudencia incidente federal y provincial, y comenta la Ley N° 26682 -Ley de Medicina Prepagada.

I. Introducción

La nueva Ley que rige la prestación de los servicios de salud en la Argentina, y que se ha conocido como Ley de Regulación de las Empresas de Medicina Prepaga (Ley N° 26682), a pesar de sus esfuerzos y de la modificación que impulsara el Poder Ejecutivo¹, no ha podido conmover el reparto constitucional de competencias, quedando excluidas del nuevo plexo normativo las organizaciones subfederales cuyo giro principal y finalidad no es la renta empresarial.

No obstante, el control comercial o la incidencia del Estado en el control del mercado obtendrá un efecto regulatorio propositivo. Cuando no tenga competencia directa para controlar la formación de precios de las prestaciones en salud, influirá sobre los agentes que no están bajo la obligatoriedad de la normativa nacional al generar con las autorizaciones de la Secretaría de Comercio a los entes sujetos a ella, un precio testigo que difícilmente los operadores fuera de su órbita se atrevan a perforar en porcentajes importantes.

Nace, entonces, una especie de derecho indicativo regulatorio. El Estado argentino, no puede obligar

a las estructuras de Derecho Público subfederal –entre ellas las organizaciones previsionales de profesionales– pero amparado en la Cláusula del Progreso impondrá obligaciones sustanciales a todos los operadores del mercado y fijará, indirectamente, un valor de ajuste testigo que surgirá de la similitud con los precios cuya formación audita la Secretaría de Comercio. Será el mercado y la competencia -la gran mayoría de los sistemas asistenciales de las profesiones son voluntarios- los que impondrán en los hechos ese valor indicativo.

II. Distribución de constitucional de competencias

La Constitución Nacional Argentina, señalada reiteradas veces como réplica de la norteamericana, contiene algunas diferencias sustanciales con aquella que, indudablemente, le sirvió de fuente. Muchas cuestiones trascendentales - como la interdicción expresa de funciones jurisdiccionales en el Ejecutivo²- nos distancian y crean un sistema propio. En especial, la que llamamos Cláusula del Progreso³, contiene la fuente primaria que utiliza el Estado Federal para actuar más allá de las

* Profesor Titular Ordinario de Derecho Administrativo I de la UNLZ. Profesor Adjunto Regular de Derecho de la Integración de la UBA. Profesor Adjunto de Derecho Administrativo II de la UNLP. Profesor de Posgrado en la UBA, UCALP, UNLZ, UM, UADE. Subdirector del Instituto de Derecho Administrativo del CPACF.

¹ Por el Decreto de Necesidad y Urgencia 1991/2012, se modificó el artículo 1° de la Ley N° 26682, para incluir en ese ámbito de control a las Obras Sociales Sindicales – en los casos de planes de salud superadores del Plan Médico Obligatorio – y a otros agentes que se encuentran bajo el esquema del Seguro Nacional de Salud (Ley N° 23660 y N° 23661 respectivamente).

² CASSAGNE, Juan Carlos. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Marcial Pons. Buenos Aires. 2009.

³ Constitución Nacional, artículo 75° inciso 18: Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por Leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo.

competencias expresas - y por lo tanto limitadas - que le atribuyo el constituyente. Esta atribución, además de constar en el magno texto⁴, ha sido concedida a través de la técnica administrativa de delegación, imponiendo de esta forma la reserva de todas las materias no delegadas (La Asamblea Constituyente - 1853- , como lo dice el preámbulo⁵ , se realizó con el mandato de las provincias conformantes de la Nación; de allí surge la reserva de las provincias sobre las facultades no delegadas⁶).

No obstante, el devenir político y económico de estos dos siglos de vida ha generado una fuerte concentración en el poder central. Muchas veces avalado por la particular impronta de algunos gobernantes - al respecto, los años de las dictaduras militares organizaron la Administración pública del país como un solo esquema de desconcentración administrativa que disolvió las autonomías provinciales y municipales, a partir de la típica concepción verticalista del mando militar; y en otras, por la aquiescencia de los poderes

locales. Lo cierto es que la Cláusula del Progreso primero⁷, los presupuestos mínimos ambientales⁸ y la protección del mercado⁹ después de la reforma constitucional de 1994, contribuyeron y construyeron una legitimación más amplia de la intervención administrativa federal en la economía en los ámbitos provinciales que, paulatinamente fue receptada, incluso desde los tiempos fundacionales en la jurisprudencia sostenida por la Corte Suprema de Justicia (CSJ).

III. Jurisprudencia incidente (FEDERAL)

Un precedente del XIX demuestra y apoya el breve desarrollo de la cuestión de la distribución de competencias constitucionales que señalamos en el punto anterior.

- CSJ. Ferrocarril Central Argentino c/ Provincia de Santa Fe (03/07/1897):

Para decidir, este respecto, la línea que separa las facultades del Gobierno Federal, de los

⁴ Constitución Nacional, artículo 75° inciso 12: Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería, y del Trabajo y Seguridad Social, en cuerpos unificados o separados, sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones; y especialmente Leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina; así como sobre bancarrotas, sobre falsificación de la moneda corriente y documentos públicos del Estado, y las que requiera el establecimiento del juicio por jurados.

⁵ Los representantes del pueblo de la Nación Argentina, reunidos en Congreso General Constituyente por voluntad y elección de las provincias que la componen, en cumplimiento de pactos preexistentes, con el objeto de constituir la unión nacional, afianzar la justicia, consolidar la paz interior, proveer a la defensa común, promover el bienestar general, y asegurar los beneficios de la libertad, para nosotros, para nuestra posteridad, y para todos los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino: invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia: ordenamos, decretamos y establecemos esta Constitución, para la Nación Argentina.

⁶ Constitución Nacional, artículo 121°: Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

⁷ Y su ampliación en 1994: Constitución Nacional, artículo 75° inciso 19: Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Proveer al crecimiento armónico de la Nación y al poblamiento de su territorio; promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones. Para estas iniciativas, el Senado será Cámara de origen. Sancionar Leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales; que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales. Dictar Leyes que protejan la identidad y pluralidad cultural, la libre creación y circulación de las obras del autor; el patrimonio artístico y los espacios culturales y audiovisuales.

⁸ Constitución Nacional, artículo 41°.- Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la Ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.

⁹ Constitución Nacional, artículo 42°.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los Servicios Públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los Servicios Públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

derechos privativos de las provincias, es indispensable estudiar la naturaleza misma y la estructura de las instituciones argentinas.

Si bien es cierto que hemos adoptado un gobierno que encontramos funcionando, cuyos precedentes y cuya jurisprudencia deben servirnos de modelo, también lo es en todo lo que expresamente nos hemos separado de aquél nuestras instituciones son originales, y no tienen más precedentes y jurisprudencia que los que se establezcan en nuestros propios tribunales.

El punto sometido hoy al fallo de la Suprema Corte, es precisamente uno de estos.

En la constitución norteamericana no existe ninguna prescripción análoga a la que consigna el inciso 16 del artículo 67° de la Constitución Nacional.

Por esa disposición el Congreso tiene el deber de proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y al bienestar de todas las provincias (...) promoviendo la construcción de ferrocarriles (...) por leyes protectoras de estos fines, y por concesiones temporales de privilegios y de recompensas de estímulo.

La constitución al imponer este deber al Congreso, y al acordarle la facultad de hacer concesiones y recompensas, no ha establecido más limitación que la de que ellas sean temporales, pero nada ha dicho respecto de la naturaleza o del carácter de esas concesiones. En cuanto a la temporalidad de la exención, el caso sub-judice la contiene.

Si, pues, para los fines de gobierno, de política, de reglamentación del comercio interprovincial, o simplemente como medio de estímulo para promover la construcción de un ferrocarril el Congreso cree conveniente acordar el privilegio de la exención del pago de impuestos locales, esta disposición será perfectamente constitucional, porque ella no importará sino el ejercicio de una facultad del Congreso, cuyas leyes priman sobre cualquiera disposición contraria que pudieran contener las constituciones ó leyes de provincia.

Resolver lo contrario sería reconocer en los Gobiernos de Provincia la facultad de anular ó entorpecer los efectos de la legislación del Congreso, en cuanto ella se dirigiese á los objetos provistos en el inciso 16 del artículo 67°¹⁰.

Cien años después, en otro fallo directamente relacionado con el derecho de la salud, nuestro superior tribunal se ha expedido en sentido similar en el precedente BOTO:

- CSJ. Boto, Armando c. Obra Social Conductores de Transporte Colectivo de Pasajeros Buenos Aires, mayo 6 de 1997.

“15. Que esta Corte ha sostenido en el precedente Bredeston que el poder del Congreso de la Nación emanado de la Cláusula del Progreso, puede en principio ser ejercido de manera concurrente con el poder de policía de las provincias. Sin embargo, este poder provincial es desplazado cuando su ejercicio se oponga a la legislación nacional dictada con base a la Cláusula del Progreso (conf. párrafo 7, 8 y 9 del dictamen del Procurador General in re Bredeston, cit., al cual esta Corte remitió). Las dos excepciones indicadas supra en el considerando 12, son supuestos en los que se configura la oposición a la que aludiera esta Corte en el precedente Bredeston. Es decir, lo que este Tribunal realiza en autos, consiste, solamente, en desarrollar un punto que ya fue expresado en dicho caso Bredeston.

16. Que, en cuanto a la primera de las aludidas excepciones, delineada en el apartado a) del considerando 12, es conveniente efectuar las siguientes precisiones. Esta Corte ha establecido, a través de una extensa línea de sentencias, que la Cláusula del Progreso otorga amplios poderes al Congreso de la Nación (Fallos, 68:227, p. 235, párrafo 6); entre ellos se encuentra la potestad de ejercer ciertas competencias, que, habitualmente, se consideran incluidas en el poder de policía provincial, previsto en el artículo 121° y siguientes de la Constitución Nacional. Así, este Tribunal entendió que el Congreso de la Nación tiene competencia, por imperio de la Cláusula del Progreso, para eximir el pago de impuestos provinciales a ciertos ferrocarriles (conf. caso Ferrocarril Central Argentino c. la Provincia de Santa Fe, registrado en Fallos, 68:227 -año 1897). Posteriormente, esta Corte extendió el holding de dicho precedente a los tributos municipales. Asimismo, sostuvo que el Congreso también puede, con base en la Cláusula del Progreso, eximir el pago de tributos municipales a determinados ferrocarriles (conf. caso Ferrocarril Central Argentino contra la Municipalidad del Rosario, registrado en Fallos, 104:73 -año 1902).

¹⁰ Esta es la vieja numeración de la Constitución 1853/60, ahora corresponde al artículo 75° incisos 18 y 19.

17. Que parece razonable extraer de la jurisprudencia citada en el considerando anterior la siguiente proposición: que, en principio, el Congreso Nacional puede prohibir con base en la cláusula del progreso, que una provincia fije el salario mínimo de los médicos que trabajan -en el territorio de dicha provincia en relación de dependencia de una obra social regulada por normas federales. Esto es así, pues, en esta hipótesis, las normas federales deben prevalecer sobre las provinciales, a raíz de lo establecido en el artículo 31° de la Constitución Nacional. Entonces está claro que, por imperio de la jurisprudencia citada supra en el considerando 16, el Congreso puede en principio ejercer el poder señalado en el párrafo precedente. Ahora resta explorar si el Congreso ejerció en autos dicho poder, o si, en cambio, no lo hizo (este asunto será abordado infra en los considerandos 19 y 20).

En resumen, este brevísimo repaso de las cláusulas constitucionales de distribución de competencias entre la organización federal y sub federales argentina, nos permiten sostener que las normas que pretenden regir un sector principal de la economía, como lo es la salud (en tanto que objeto de mercado), no se inscriben en la típica normativa regulatoria. Esta solo alcanza con su fuerza coercitiva a las entidades que desarrollan su ámbito de acción a la luz de las leyes nacionales que sincronizan las prestaciones de salud con el derecho laboral delegado por el artículo 75° numeral 12 y por el derecho público federal previa atribución del legislador nacional. No obstante, y es esto lo que aparece como atractivo de estudio, las obligaciones que establezcan un piso mínimo de obligaciones sanitarias a los actores del sistema -independientemente de su jurisdicción- serán obligatorias en todo el territorio nacional, y las regulaciones comerciales -solo obligatorias para las entidades bajo jurisdicción federal- crearan una corriente de "opinión económica" más cercana y de rápida tutela ante las organizaciones de protección a los usuarios y consumidores y control de la competencia.

IV. Apuntes sobre interpretación y analogía

Antes de presentar en el punto jurisprudencia incidente (provincial), un pronunciamiento emblemático dictado por la Cámara Contencioso Administrativa de La Plata en el caso Toledo, que

agrega valor a la línea de división existente entre la jurisdicción federal y las jurisdicciones locales, manteniendo el campo obligacional de las prestaciones sustanciales de la salud y dejando al arbitrio de cada estamento el ámbito contractual -el precio, para ser categóricos- debemos adentrarnos en las nociones de las que abrevan nuestros jueces a la hora de resolver conflictos en los que no cuentan con legislación positiva aplicable.

En derecho público, y en especial en el derecho administrativo, la limitación de Ley expresa para la atribución de competencias pone un cerrojo a la noción de amplitud que conlleva la aplicación de analogías, pero vuelve a ceder terreno en la innumerable cantidad de supuestos que no aparecen regulados por las normas administrativas. Para el caso que nos ocupa, la atribución de competencia se limita a identificar al órgano u organismo controlante, y dejar en la órbita de la actividad o función legislativa la organización procedimental que rija los sistemas de regulación. He aquí el vértice de la cuestión: la Ley o norma que atribuye competencia, adjudica obligaciones y responsabilidades al organismo, entre ellas, la potestad de controlar los precios, so pretexto de satisfacer las necesidades públicas. La imposibilidad material o la desaconsejable desorganización que generaría autorizar a cada organismo competente la facultad normativa para regular su propia competencia, mantiene unificada – y en manos del legislador – el dictado de normas de regulación del mercado. Por lo tanto estas normas, de naturaleza pública, administrativa y local¹¹, no necesariamente se escapan del esquema general que impone el artículo 16° del Código Civil. Rigen, para las regulaciones públicas, pero se suplen y complementan entre sí. Sin embargo, la actualidad que impone la reforma constitucional, y sin tanta asunción de función legislativa local, pero de la mano del derecho administrativo clásico, Marienhoff se expresaba en este sentido:

"Dicho artículo 16° del Código Civil, no obstante su ubicación, pertenece a la llamada parte general del derecho, aplicable en todos los ámbitos del mismo. De modo que la analogía y los principios generales del derecho, si bien constituyen medios de integrar los vacíos de la Ley, constituyen una base para resolver cuestiones o situaciones jurídicas no contempladas por un texto expreso, implicado, entonces, una fuente de

¹¹ A los efectos del derecho público, cada jurisdicción ejerce su poder de policía local, y en el caso del legislador nacional, su territorio es la estructura administrativa federal.

derecho, porque se concretan en la creación de una nueva norma. La analogía es una fuente escrita. La posibilidad de recurrir a ella surge expresamente de la Ley, y la solución del caso no previsto surge, asimismo, de una norma expresa de la Ley¹².

La norma del Código Civil, ha sido expandida a todo el derecho argentino como resultado de la jurisprudencia consecuyente y pacífica iniciada por la Cámara Civil y Comercial de la Capital Federal en 1936 con el fallo Milone. El artículo 15° y el 16° del Código Civil implantan el método de la interpretación de la Ley como el sistema al que debe recurrir el juzgador para dilucidar la controversia que le haya llegado a su conocimiento. Obviamente los principios de la tipificación del derecho penal, de la legalidad en el tributario y la juridicidad en la atribución de competencias del administrativo, están exceptuados de esta extensión por la lógica imperante en la protección al bien jurídico tutelado.

Es verdad que las últimas tendencias han abandonado la noción de los **principios de legalidad** para referirse a los **principios de juridicidad**, siendo estos omnicomprendidos de todas las modalidades y procedimientos que adoptan las normas para transformarse en obligatorias. Esta ampliación, que insistimos no alcanza a las tipificaciones de delitos, constitucionalmente validas únicamente si son consagradas por el vehículo normativo Ley, nos permite encontrar una diferencia notoria del derecho sancionador con el penal: el reglamento – como fuente cuantitativa más importante del Derecho Administrativo – norma, estatuye y propone castigos a conductas disvaliosas. De la multiplicidad de formas que adopta el reglamento administrativo, la única que podría ser calificada como legal y motivar la confusión con el principio de la legalidad penal o tributaria, es el Decreto Nacional de Urgencia (DNU), pero esas materias están vedadas expresamente por la Constitución Nacional como sustancia de los DNU.

Queda entonces agregar un detalle histórico que permitirá avanzar sobre la incidencia de la legislación pública nacional en el sub federal moderno. Si bien sostenemos a rajatabla el principio de atribución normativa expresa de competencias administrativas, no se puede negar el pasado

y cobra sentido la observación de CASSAGNE referida al fenómeno emergente de la **incrustación** de la constitución de 1853 - como dije, muy similar a la americana - sobre una administración pública en funcionamiento desde más de 200 años antes, con tradiciones, costumbres, prácticas y precedentes propios, que sin lugar a ninguna duda no se sometió a la Ley expresa y que siguió funcionando, prácticamente, en la misma lógica que venía desarrollando. El ejemplo típico de estas construcciones y repercusiones de la Ley nacional en las orbitas locales es la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos (Ley N° 19549) que es un receptáculo de la tradición de la Administración Pública nacional, acompañada por los fallos jurisprudenciales¹³ que informaron su dictado.

Por su parte, la doctrina clásica del civilismo, aportaba con SALVAT¹⁴ que se expresaba así:

“Llamamos a resolver las diferencias entre los individuos, es indispensable que los jueces llenen a todos los casos su misión, pues de otro modo el orden social y la tranquilidad pública estarían seriamente amenazados. En este sentido, el artículo 15° establece: Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las Leyes. El juez está obligado, por consiguiente, a dictar sentencia en todos los casos y si no lo hace, incurre en responsabilidades severas de distintas clases: en primer lugar, dentro de la secuela del juicio, las Leyes de procedimiento establecen recurso de queja para ante los tribunales superiores. Por retardo o denegación de justicia de parte de los jueces de primera instancia y demás tribunales inferiores; en segundo lugar, un juez que dejara de juzgar, podría ser removido de su puesto, por faltar al cumplimiento de sus obligaciones (V. Artículo 103° Ley Orgánica Trib; y artículo 45°, Cont: Nac.; disposiciones análogas en las Leyes y constituciones provinciales).

258- Ahora bien, obligado a juzgar en todos los casos, el juez se encontrara frecuentemente en una situación difícil, ya sea porque la Ley no haya previsto el caso, ya sea porque la Ley no sea clara. El juez deberá recurrir entonces, para suplir el silencio o la oscuridad de la Ley, a la teoría de la interpretación de la Ley, cuyas

¹² MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo; Editorial Abeledo-Perrot; 2da edición, Buenos Aires. Tomo I, p. 277.

¹³ Principalmente Ganadera Los Lagos.

¹⁴ SALVAT, Raymundo M. Derecho Civil Argentino. Editorial TPA. Buenos Aires. 1950. Tomo I.

reglas generales las establece el artículo 16° en los siguientes términos: si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la Ley se atenderá a los principios de Leyes análogas; y si aun la cuestión fuere dudosa se resolverá por los principios generales del derecho teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

Agregamos dos observaciones del autor para cerrar el tema:

1-“Las Leyes de Partida establecían un sistema distinto: cuando el juez no encontraba una Ley expresa o si la Ley no era clara, debía elevar los autos al Rey, para que este resolviese el juicio, ya sea dando una Ley nueva para el caso, ya sea estableciendo cual era el verdadero sentido de la Ley oscura, interpretándola. Este sistema, seguido hasta el siglo XVIII en casi todos los países, tenía un inconveniente grave: el Rey o los Parlamentos eran llamados a dictar leyes para casos determinados y podían, por consiguiente, o bien hacer ilusorios los derechos de una persona, demorando indefinidamente las sanción de Ley, o bien favorecer ex profeso a una de las partes interesadas con el perjuicio de la otra. El sistema tiene también sus inconvenientes, puesto que sacando al poder judicial de su función propia, consiste en aplicar la Ley, autoriza al juez para dictar, por vía de interpretación, una Ley para el caso. Pero este inconveniente está limitado por el principio de que sus sentencias solo tienen valor para el caso juzgado. Es preferible, por otra parte, el arbitrio limitado y circunspecto de los jueces, al arbitrio poco menos que irresponsable de los cuerpos legislativos;

2-El artículo 16° solo se aplica a las cuestiones civiles. En materia penal rigen otros principios: si no hay Ley expresa que establezca penal para un acto dado, el juez no puede imponer ninguna y debe forzosamente absolver al procesado, por censurable que sea el hecho de que se trate; si una Ley es dudosa, el juez

debe interpretarla a favor del procesado, ya sea para absolverlo, para reducir la pena (in dubio pro reo) (artículo 18°, Constitución Nacional; artículo 3°; Código Procesal en lo criminal; disposiciones semejantes en la Constitución y Códigos de Procedimientos Penales de todas las provincias)”.

V. Regulación. utilización jurisprudencial de la noción

Ahora bien, el actual protagonismo judicial, y el inconformismo social, han repercutido –favorablemente– en la exigencia de expresar, clara e indubitablemente en una norma, el conjunto de obligaciones que justifican la existencia de una regulación pública de un sector de la economía. Pero no siempre fue así. Y es en el caso de la actividad regulatoria del mercado, que el reconocimiento de esa competencia nace a partir de una de los fallos señeros a la hora del estudio del poder de policía, pero justamente poniendo al descubierto la función de la regulación en el mercado:

CSJ. 28/04/1922. “Ercolano, Agustín c. Lanteri de Renshaw, Julieta”

“ Cuando por la naturaleza del negocio, por las condiciones físicas en que se desenvuelve o por otra circunstancia semejante, no fuere posible la acción eficiente del regulador común, es decir la competencia, el propietario se hallaría en aptitud de imponer a la sociedad verdaderas exacciones bajo el nombre de precios.”

COMENTARIOS AL TEXTO DE LA LEY DE MEDICINA PREPAGA¹⁵

En apretada síntesis, la Ley marco del sistema regulatorio del mercado de la salud, (Ley N° 26682) fue modificada por el DNU 1991/2011, que amplió el campo de los sujetos alcanzados por la norma. El texto original no incluía al tercer sector, la modificación realizada por el DNU¹⁶ mencionado busco incluir a las entidades sin

¹⁵ Ampliar en: BIGLIERI, Alberto: “Comentarios al DNU 1991/2011 y al Decreto 1993/2011 reglamentario de la Ley de medicina Prepaga”. En Diario La Ley, del 14/12/2011. “Ley 26.682. Marco regulatorio de Medicina Prepaga. Comentario.” Revista de Derecho Administrativo. Editorial Abeledo Perrot. N° 77, 2011. “La Regulación del Mercado de la Salud” Revista La Ley. Suplemento Especial, sobre la Ley de empresas de Medicina Prepaga. Buenos Aires. Mayo de 2011.

¹⁶ Ley N° 26682.

Artículo 1° – texto modificado por el DNU 1991/2011-: *Objeto.* La presente Ley tiene por objeto establecer el régimen de regulación de las empresas de medicina prepaga, los planes de adhesión voluntaria y los planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud (ASS) contemplados en las Leyes N° 23.660 y N° 23.661. Quedan también incluidas en la presente Ley las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles y fundaciones cuyo objeto total o parcial 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

finés de lucro, bajo el control de la Secretaría de Comercio de la Nación. La Ley contiene una cantidad de obligaciones que se inscriben en las facultades constitucionales del legislador para establecer los estándares o presupuestos mínimos de prestaciones de salud que debe garantizar cualquier actor del sistema bajo el paraguas de la Cláusula del Progreso. Pero, en el mismo texto y con una discutible técnica legislativa, se incluyen una cantidad de normas que están dirigidas a la regulación del mercado comercial de los prestadores de la salud, competencia que emerge de la convivencia entre las competencias nacionales, los sujetos creados o reconocidos por la normativa federal o nacional, y el respeto a las reservas competenciales provinciales.

En el primer grupo, lucen las exigencias incluidas en el Plan Médico Obligatorio, las prestaciones en materia de discapacidad, la desaparición del régimen de carencias, la imposibilidad de exclusión o no incorporación, y el aumento de cuotas por motivos de edad - para los adherentes fidelizados - .

Entre las segundas, en las pautas pensadas para la regulación del sector se destacan la activa participación de la Secretaría de Comercio en la formación -aprobación- de los tarifarios, la supervisión de los modelos de contratos, la potestad disciplinaria de la Superintendencia de Salud, la creación de un fondo compensador entre las entidades alcanzadas, el control interno y actual de la contabilidad empresarial y la creación de una suerte de sistema de redistribución de los asociados de las empresas en quebranto o excluidas del sistema.

VI. Jurisprudencia Incidente (Provincial)

Comentario sobre la causa: 6628. CCALP. "Toledo W.H. c/ Caja de Previsión de Abogados de la PBA s/ restablecimiento o reconocimiento de derechos."

La Ley N° 26682 solo obliga a los sistemas asistenciales públicos o semipúblicos provinciales en sus aspectos sustanciales. Es decir, en las mandas que se yerguen a la luz de la Cláusula del Progreso (artículo 75°, incisos 18 y 19 de la CN) y solo por imperio de esa fuente constitucional, atraviesan excepcionalmente las reservas competenciales de las provincias, sobre las que se construye el sistema previsional de las profesiones liberales

en la Argentina. El fallo comentado, sigue esa tradición federal del legislador argentino, pues cita **"como pauta de interpretación hermenéutica, los alcances de la Ley N° 26682, en especial lo dispuesto por su artículo 10°"**. La selección de la herramienta indicada en el artículo 16° del Código Civil, que dicho sea de paso ha sido extendido a todas las ramas del derecho, como lo señaláramos en el punto sobre analogía por la jurisprudencia de la CSJ. Este pronunciamiento es la expresión más clara que ha emitido la justicia provincial en este tipo de casos: se ha declarado competente, ha analizado la relación sustancial –en ese caso los límites carenciales– y no ha hallado otro remedio que acudir a la hermenéutica, o sea, a la construcción interpretativa para resolver un caso que no encaja en norma expresa alguna. Por otra parte, el voto del Doctor De Santis, que conforma la mayoría, expresa algunas individualidades en sus alcances que son especialmente pertinentes para profundizar el análisis del tema regulatorio.

Sostiene, al referirse al motivo de la controversia que: **"Esta, también expone un contexto asistencial actual no regido por las Leyes nacionales, en particular por la Ley número 26682 (conf. artículos 121° y 122° de la CN y criterio sostenido en causa CCALP N° 12025, entre otras) a mérito de su pertenencia al ámbito provincial, estrictamente."** En el mismo orden lógico, continúa con precisión quirúrgica el análisis del voto, cuando refiere expresamente al artículo 16° del CC como la norma base de la solución interpretativa, y se adentra en el terreno que expresamente nos ocupa: **"Ese cuadro me remite, pues a todo cuanto prescribe el artículo 10° de la norma nacional (Ley N° 26682) y su reglamentación, para inclinar mi juicio favorable al acceso del actor al sistema asistencial de la entidad demandada (CASA), en la medida en que el tratamiento de sus patologías encuentra respuesta en el Programa Médico Obligatorio (PMO) y por lo tanto excluye variable de carencia o impedimento de ingreso, más allá de las posibilidades de tratamiento arancelario diferencial que pueda decidirse, también con arreglo a esa misma disposición."**

VII. Conclusión

Se repite en Argentina que las épocas de bonanza económica (macroeconómica) se corresponden en forma directamente proporcional a la concentración

o a través de terceros vinculados o contratados al efecto, sea por contratación individual o corporativa. En todas aquellas actividades que resulten ajenas a dicho objeto continuarán rigiéndose por los respectivos regímenes que las regulan.

de poder central en el Gobierno Nacional, y que en la misma proporción son los Gobiernos Locales –Provincias y Municipios– los que se ponen al frente de las crisis sociales cuando la economía no crece. Esa concentración ha traído, en tantas ocasiones como se ha producido, una actitud voraz de los gobiernos nacionales para imponer sus recetas - a derechas o a izquierdas.

El tema del mercado de salud en la Argentina –fuera de la prestación del Servicio Público imprescindible, realizado por los estados con recursos propios y directo– será un caso de estudio

interesantísimo: las normas nacionales, su tensión con las reservas de las competencias locales, la falta de legislación sub federal y el efecto indicativo de la omnipresencia de las autoridades comerciales en las relaciones entre los grandes prestadores y los grandes grupos de usuarios en la orbita federal, repercutirán en un nuevo esquema: la regulación positiva y la regulación indicativa. Esta última generará límites, un poco más laxos pero límites al fin, en los contratos del mercado de la salud entre los agentes que no están sujetos a las obligaciones comerciales de la Ley N° 26682.