

AUMENTOS DE LA MEDICINA PREPAGA SOBRE EL COLECTIVO DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD: UNA LECTURA DESDE LAS FINANCIAS PÚBLICAS Y EL DERECHO TRIBUTARIO ARGENTINO

Ludmila Viar

Universidad Católica Argentina

ludmilaviar@gmail.com

Resumen

El Decreto 70/2023 ha traído en materia de acceso a la salud privada una serie de conflictos vinculados con la razonabilidad de los aumentos de las cuotas mensuales que abonan los adherentes voluntarios. La consecuencia inmediata ha sido una inagotable cantidad de recursos de amparo que se han presentado, especialmente de amparistas con discapacidad, para frenar el aumento de las cuotas.

Sin embargo, en las resoluciones interlocutorias no firmes que hacen lugar a la pretensión de limitar los aumentos de las cuotas del plan de salud existe una carencia argumentativa específica que se concentra en la cuestión de las finanzas públicas. Como contracara de ello, existe además un defecto en el Decreto 70/2023 vinculado con un tributo encubierto que se coloca sobre las prepagas para financiar el Fondo Solidario de Redistribución, pero omite que esta carga es trasladada al adherente voluntario de la prepaga.

Este trabajo se concentra en describir de manera objetiva la situación jurídica del Decreto 70/2023 frente a los aumentos de los planes de salud y en relación con el sistema de normas vigentes con incidencia directa en la cuestión. De esta forma, se invita al lector a sacar sus conclusiones con una visión que se coloca desde el punto de vista de los adherentes voluntarios, especialmente de los que tienen algún tipo de discapacidad, y también desde los recursos públicos con los que cuentan estas empresas de medicina privada. Estas conclusiones se plasman con los parámetros convencionales de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que cuenta con un aspecto que impacta sobre lo económico-patrimonial.

Palabras clave: sistema de salud, prepagas, financiamiento público, Decreto 70/2023, principio de igualdad tributaria.

Increase of Health Insurance on People with Disability: A Reading from the Point of View of Public Finances and Tax Law

Abstract

Decree 70/2023 has brought a series of conflicts related to access to private healthcare based on the unreasonable increases in monthly fees paid by the clients. The immediate consequence has been an inexhaustible amount of cases of *amparo* for constitutional protection that have been filed, especially from people with disabilities, in order to stop the increases in the fees.

However, in the non-final interlocutory resolutions allowing the claim to limit increases in health plan contributions, there is a specific argumentative deficiency that focuses on the issue of public finances. Surprisingly, this rationale has a flaw based on Decree No. 70/2023 itself, since it has created a hidden tax that charges the healthcare companies to finance the Solidarity Redistribution Fund. These companies are transferring the tax burden directly to their clients. This article focuses on objectively describing the legal situation of Decree No. 70/2023 regarding increases in health plans and the legislative system directly applicable to this issue. Thus, the reader is invited to draw their conclusions with a vision that is placed from the point of view of the clients, especially those who have some type of disability, and also from the public financial resources that benefit private medicine companies. These conclusions are studied with the lens of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, which specially includes an economic aspect relevant to this topic.

Key words: health system, health insurance, public financing, Decree No. 70/2023, principle of equitable taxation.

1. Introducción

El trabajo que se desarrolla a continuación tiene como objetivo identificar las consecuencias jurídicas del Decreto 70/2023 en el ámbito de las finanzas públicas y el derecho tributario respecto de la problemática social que esto ha acarreado.

Para ello, se aborda, desde el aspecto normativo, la constitución del plan de financiamiento del sistema de salud, específicamente de las empresas de medicina prepaga en relación con el Fondo Solidario de Redistribución.¹

En segundo lugar, se analiza la cuestión específica respecto a la aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, la CDPD), a la luz de las resoluciones interlocutorias no firmes que se encuentran publicadas a la fecha en el sitio web del Ministerio Público de la

1 También me referiré a este indistintamente como “fondo solidario”.

Defensa.² Esto, con el objetivo de interrelacionar la cuestión financiera y económica, cuya fuente deviene de la propia ley y que demanda una interpretación armónica conjunta con la CDPD para resolver el problema del acceso a la salud prepaga, sin olvidar también el posicionamiento de estas empresas frente a la ley y a la realidad jurídica.

Por último, se elabora una conclusión que tiene en miras el principio de razonabilidad o proporcionalidad jurídica para solucionar la aparente colisión de derechos dentro del marco de un debate social, en donde el pensamiento actual está intentando redirigirse al liberalismo, en una acepción más bien conservadora de dicha filosofía política, pero que repercute normativamente en el tema que se investiga. Aunque la mirada de quien escribe siempre esta apalancada en las normas y especialmente en su interpretación, primero literal y luego teleológica de acuerdo con lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente *Saguir y Dib*.³

2. Financiamiento de las entidades de medicina prepaga a partir del Decreto 70/2023. Incidencia desde el punto de vista de las finanzas públicas y el derecho tributario

Al abordar este tema, resulta necesario examinar el mecanismo de financiamiento de las obras sociales que se encuentra establecido en la Ley 23661. Esto resulta relevante, ya que, si bien el art., 5 inc. a dice que esta ley se aplica a los beneficiarios de la Ley de obras sociales, es decir la Ley 23660, a través del art. 270 del Decreto 70/2023 se incorporó a la medicina prepaga bajo este concepto. De modo que, a la fecha, las empresas de salud de medicina prepaga se ven beneficiadas con el Fondo de Redistribución Solidaria.

Previo a ingresar al análisis de la cuestión, cabe señalar que las prepagas fueron incluidas dentro de la Ley 23660 y, por lo tanto, de la Ley 23661. Por el contrario, en materia estrictamente tributaria, no han sido equiparadas. Por ello, las obras sociales se encuentran exentas, así como sus beneficiarios “obligatorios”,⁴ del pago del Impuesto al Valor Agregado (IVA); no así las prepagas y

2 Ver en: <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/2>.

3 Fallos: 302:1284.

4 Coloco este término entre comillas, ya que el Decreto 70/2023 amplía la libertad de derivación de aportes a los distintos entes de salud. No obstante, en materia tributaria únicamente se encuentran exentos del pago de IVA en el art. 7 ap. h inc. 7, los afiliados directos o los matriculados, estos últimos para el caso de las cajas profesionales.

sus adherentes, que continúan grabados al 10,5% previsto en art. 28, inc. i de la ley de IVA.⁵ Esta misma tesitura se aplica en el caso de los adherentes voluntarios a las obras sociales.

Regresando al Fondo Solidario de Redistribución y a la incorporación de las prepagas como sus beneficiarias, el Decreto 70/2023 incorporó en el art. 19 bis de la Ley 23660 la obligación de aquellas de abonar el 20% de los recursos que perciben —y que no provengan de aportes y contribuciones de los trabajadores y empleadores— a dicho Fondo. De modo que esto, *prima facie*, afecta de manera directa a las prepagas y a las empresas mixtas. No obstante, el art. 23 de la Ley 26682 no fue derogado por el Decreto 70/2023, el que actualmente dice:

Planes de Adhesión y Fondo Solidario de Redistribución. Por los planes de adhesión voluntaria o planes superadores o complementarios por mayores servicios que comercialicen los Agentes del Seguro de Salud no se realizarán aportes al Fondo Solidario de Redistribución ni se recibirán reintegros ni otro tipo de aportes por parte de la Administración de Programas Especiales.

De modo que habría un pago del 20% si se armonizara la lectura de ambas normas. En tal caso, habría una observación sobre la técnica legislativa que podría acarrear conflictos de interpretación, los cuales redundarían en una afectación en los montos objeto de financiamiento y, al mismo tiempo, el traslado al precio que abonan los clientes de las prepagas.

En relación con lo expuesto hasta aquí, la Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, con gran claridad, explicó cómo funciona el sistema de salud en Argentina.

El sistema de salud de la República Argentina está compuesto por tres subsistemas: el subsistema público, que presta atención gratuita a toda persona que lo demande, en general personas sin seguridad social ni capacidad de pago, el mismo se financia con recursos fiscales y posee prestadores estatales. Luego se encuentra el subsistema de seguro social obligatorio que se organiza en torno a las obras sociales, cubre a los trabajadores asalariados y sus familias, aquí la afiliación es compulsiva, y se financia con aportes y contribuciones de los empleados, empleadores y el fondo solidario de redistribución. Por último, tenemos el subsistema privado que distingue dos grandes sectores, el de empresas de medicina Prepaga, seguros de salud, y la atención prestada por médicos particulares e individualmente; la afiliación en este subsistema es voluntaria por cada afiliado. Vale destacar que muchas empresas de medicina Prepaga han comenzado a prestar

5 Ley 23349 (BO 25/08/1986) y modificaciones. Texto ordenado por Decreto 280/1997 y modificaciones.

servicios a obras sociales porque éstas tienen organizado el servicio propio de la prestación, y las obras sociales la población cautiva. **En este complejo sistema debemos añadir las denominadas empresas mixtas, en la que se encuentra OSDE que funciona como obra social y también como Prepaga por ofrecer planes de cobertura superadores y poseer afiliados de adhesión voluntaria.** En este caso, cuenta con todas las prerrogativas que tienen las obras sociales (no pagar IVA, no pagar impuesto a las ganancias, contar con los recuperos del fondo solidario, etc.) percibiendo un doble financiamiento de aportes de los trabajadores y empleadores (como integrante del subsistema del seguro social) y aportes privados como integrante del subsistema privado.⁶

Para abonar a esta explicación, en el año 2017 se publicó en el Boletín Oficial un acuerdo que hizo el Ministerio de Salud y la empresa Obra Social de Ejecutivos y del Personal de Dirección de Empresas (OSDE) por un reclamo respecto de los aportes que aquella debió ingresar al Fondo Solidario de Redistribución. La Resolución 1641-E/2017 del Ministerio de Salud relata en sus consideraciones que, desde el año 1998, existe un juicio iniciado por la Superintendencia de Servicios de Salud contra OSDE, cuyo objeto era el “cobro de aportes”. El número del expediente es el 36.667/98 y tramita en el Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social Nº 5.

El reclamo de la Superintendencia era el pago del 15% que establece el art. 22, inc. a de la Ley 23661, aún vigente. Específicamente, la Resolución del Ministerio de Salud dice que el reclamo se concreta en:

(...) la suma que resulte en concepto de aportes y contribuciones, con más sus recargos e intereses, adeudados por el porcentaje de las cuotas correspondientes a los **afiliados voluntarios** —y dentro de éstos los **adherentes u optativos**— con destino al Fondo Solidario de Redistribución.⁷

Cabe aclarar que no se refiere al derecho de la libre elección dentro de las obras sociales nacionales, sino a quienes voluntariamente contratan el servicio de OSDE. Esto fue especificado en la Resolución del EX -INOS Nº 490/90. Allí se detalla que para que una obra social pueda recibir afiliados adherentes voluntarios que son los no afiliados directos, la obra social debe presentar un programa para su incorporación, lo que además debe ser aprobado por la Su-

6 Suprema Corte de la Provincia de Mendoza; *EN J° 627/52729 M. A. F. y otros. c/Organización de Servicios Directos Empresarios s/daños y perjuicios p/ recurso extraordinario provincial*; 26-dic-2018; MJ-JU-M-116956-AR | MJJ116956 | MJJ116956. El destacado me pertenece.

7 El destacado me pertenece.

perintendencia. Ahora bien, esta resolución —en el art. 4, inc. B— determina que por aquellos se debe abonar el aporte establecido en el art. 22, inc. a de la Ley 23661. Desde el punto de vista técnico y conceptual, ya no se habla de aportes y contribuciones, sino de pago de cuota.

En este punto, hago un breve paréntesis para señalar otro impacto impositivo que tiene aquella Resolución EX -INOS N° 490/90 y que se vinculará más adelante con la fijación de aportes al Fondo Solidario. Existe un planteo constitucional que simplemente mencionaré y no profundizaré para evitar desviar el objeto central de este trabajo. El art. 22, inc. a específicamente habla de aportes y contribuciones, no menciona la palabra “cuota”. Esto es importante, ya que esta contribución, como veremos más adelante, y así literalmente tomado el concepto, aborda una terminología que proviene del ámbito del derecho tributario.⁸ Las contribuciones son un tipo de tributo en la clasificación impositiva, por lo tanto, la base imponible de esta contribución son los aportes y contribuciones que surgen de manera literal de la Ley 23661 y bajo el amparo del principio de legalidad o reserva de ley previsto en los arts. 4, 17 y 75 de la Constitución Nacional.⁹ Por eso, una resolución inferior, como la Resolución EX -INOS N° 490/90, emitida por un organismo dentro de la órbita del Poder Ejecutivo, no puede ampliar esa base imponible, pues ello implicaría una violación del principio mencionado y una intervención de aquél en una función que no posee y que pertenece a la esfera constitucional del Poder Legislativo.

Ahora bien, de la Resolución 1641-E/2017 del Ministerio de Salud surge que finalmente OSDE acuerda integrar un monto a la Superintendencia a fin de finalizar el proceso judicial en trámite, lo que es aceptado y homologado por el Ministerio de Salud. Esos fondos se asignan específicamente a un Fideicomiso de administración: “Asignense los fondos a percibirse en el marco del ofrecimiento de pago aceptado mediante el artículo 1° de la presente, al FIDELCOMISO DE ADMINISTRACIÓN dispuesto por el artículo 4° del Decreto N° 908/2016”. Este Decreto ordenó la afectación por única vez de una suma acumulada en aquel momento del Fondo Solidario de Redistribución a la Cobertura Universal de Salud (CUS). La forma de administrarla fue a través de un fideicomiso de administración, así detallado en el mismo decreto:

ARTÍCULO 6° – Dispónese la afectación, por única vez, de los recursos del FONDO SOLIDARIO DE REDISTRIBUCIÓN la suma de PESOS CUATRO

8 Ver García Vizcaino (2020).

9 Ver Fallos: 321:1888 y Fallos: 312:912.

MIL QUINIENTOS MILLONES (\$ 4.500.000.000) con destino a la conformación del FONDO DE EMERGENCIA Y ASISTENCIA de los agentes del seguro de salud descriptos en el artículo 1° de la Ley Nº 23.660 y sus modificatorios. Este Fondo, que deberá ser depositado en el BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA en una cuenta a nombre de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD, será de inmediata y permanente disposición de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD, organismo descentralizado en la órbita del MINISTERIO DE SALUD. Los fondos serán destinados a los objetivos y finalidades indicados en el ANEXO II del presente Decreto. ARTÍCULO 7° – Dispónese que por el saldo remanente, que a la fecha indicada en el artículo 1° del presente asciende a la suma de PESOS CATORCE MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS TRECE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO CON NOVENTA Y SEIS CENTAVOS (\$ 14.267.913.875,96), se deberán suscribir a valor de mercado “BONOS DE LA NACIÓN ARGENTINA EN PESOS 2020”, a cuyos fines se faculta al Órgano Responsable de la Coordinación de los Sistemas que integran la Administración Financiera del Sector Público Nacional a emitir con cargo al presente decreto los títulos correspondientes. Dichos bonos permanecerán hasta su total amortización en custodia del BANCO DE LA NACIÓN ARGENTINA, en una cuenta a nombre de la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD.

La finalidad del CUS fue fortalecer el financiamiento de la salud pública,¹⁰ por lo que también existe una libre disponibilidad, incluso mediante decreto, de los fondos públicos que se acumularon.

Como contrapartida de esta situación tributaria, el Decreto 70/2023 derogó el art. 25, inc. a de la Ley 26682, de modo que se desfinanció lo que era el Ministerio de Salud. Aquel artículo establecía una matrícula que debían abonar las prepagas. Esto obedece seguramente a que el 18 de febrero de 2020, en Fallos: 343:86, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, siguiendo el dictamen de la Procuración, confirmó la sentencia de primera y segunda instancia que declaraba la inconstitucionalidad de este artículo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Fallos: 343:86, consideró que, bajo el principio del realismo jurídico, dicha “matrícula” —así denominada por la norma en cuestión— en verdad era una tasa. Además, la alícuota fijada se establecía a través de la Resolución 1769/14 de la Superintendencia de Servicios de Salud, por lo que existía una flagrante violación al principio de legalidad y reserva de ley en materia tributaria.

En lo que interesa a dicho principio, el Procurador menciona que

10 Ver Ministerio de Salud. Presidencia de la Nación. (s.f.).

(...) la Corte ha señalado que ese valladar inmovible que supone el principio de reserva de ley en materia tributaria tampoco cede en caso de que se actúe mediante el mecanismo de delegación legislativa previsto por el art. 76 de la Constitución. Así, ese tribunal sostuvo que `no pueden caber dudas en cuanto a que los aspectos sustanciales del derecho tributario no tienen cabida en las materias respecto de las cuales la Constitución Nacional (art. 76), autoriza, como excepción y bajo determinadas condiciones, la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo.¹¹

Ahora bien, siguiendo la resolución de este caso y la posterior derogación de este tributo encubierto, se puede afirmar que estamos frente a un problema de similares características en la imposición del aporte del 20% que deben efectuar las prepagas al Fondo.

Si se parte de la base de que el art. 99, inc. 3 de la CN prohíbe expresamente que se trate materia tributaria en un decreto de necesidad y urgencia (DNU) y considerando lo resuelto por la Corte en Fallos: 343:86, se puede afirmar que podría existir una inconstitucionalidad en puertas sobre el aporte del 20% a las prepagas. Aporte que, por otro lado, como se dijo, se traslada al costo del plan de salud, por lo que el contribuyente de hecho termina siendo quien contrata el servicio de la medicina prepaga. Ahora bien, sin el aporte del 20% por parte de las prepagas al Fondo Solidario, también se produciría una serie de consecuencias que, por lo menos, violarían el principio de igualdad.

La primera, es la diferencia de trato y gravamen entre las prepagas y las obras sociales, ya que las primeras no aportarían al Fondo, mientras que las segundas sí. Sin embargo, las prepagas se beneficiarían de este aporte y una serie de contribuyentes cautivos deberían sostener las prestaciones de discapacidad o de alta complejidad de otro grupo de personas.

Por otra parte, en materia de IVA, ya se señaló que existe un tratamiento diferenciado a la hora de eximir a las obras sociales y sus afiliados directos y gravar a las prepagas con una alícuota reducida del 10,5%, lo que fue incluso confirmado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso *Famyl*.¹² Asimismo, nótese que para el caso de trabajadores autónomos se exige un porcentaje menor de aporte al Fondo, que es del 10% del componente social; así lo ordena la Ley 24977, art. 39, inc. b. Sin embargo, esto tampoco ha sido objeto de inconstitucionalidad en lo que podría interesar al principio de igualdad.

En este contexto, es importante recordar la doctrina de la Corte Suprema

11 Fallos: 326:4251.

12 Fallos: 323:2256.

de Justicia de la Nación sobre el principio de igualdad tributaria. Desde aquella construcción de precedentes, se puede afirmar que pueden existir distintas alícuotas por contribuyente, siempre y cuando esto tenga un fundamento de razonabilidad y exista proporcionalidad en la medida. La Corte lo expresa en estos términos en el caso *Suárez, Mariano H. F s/sucesión*,¹³

La regla no prescribe, añade más adelante, una rígida igualdad, y entrega a la discreción y sabiduría de los gobiernos una amplia latitud para ordenar y agrupar, distinguiendo y clasificando los objetos de la legislación, pero a su vez el mero hecho de la clasificación no es bastante por sí solo para declarar que una ley no ha violado la garantía del art. 16, es indispensable, además demostrar que aquella se ha basado en alguna diferencia razonable y no en una selección puramente arbitraria. (Considerando 3º del voto de la mayoría)

De modo que la objeción más fuerte a la fecha es el trámite formal constitucional y el debate de fondo, sustancial, respecto al tipo de alícuota, su traslación al precio y la manutención del gravamen del 10,5% del IVA en el caso de las prepagas.

Como consecuencia de lo mencionado en el párrafo anterior, y a los fines de colocar y observar todas las piezas de este rompecabezas, no resulta menor considerar que, además, el art. 22 de la Ley 23661, cuando enlista los recursos que componen el Fondo Solidaria, no se restringe únicamente a las contribuciones que provienen de los entes de salud, sino también a los aportes que se determinan en el Presupuesto General de la Nación. Por lo tanto, dicho Fondo incluso cuenta con aportes de todo el universo de los argentinos, cuando específicamente el art. 23, inc. h de la Ley 23661 dice: “Los aportes que se establezcan en el Presupuesto General de la Nación, según lo indicado en los incisos b) y c) del artículo 21 de la presente ley; (...)”.

De este modo, existe un grueso aporte al Fondo Solidario que financia las prestaciones de las obras sociales y de las prepagas, e incluso ha llegado a financiar y sostener a la salud pública en el marco del CUS. En este último supuesto, de este Fondo Solidario se ha constituido una caja que ha permitido financiar a la salud pública.

Ahora bien, como ya mencioné, el Fondo Solidario financia y cubre económicamente prestaciones por discapacidad y de alta complejidad. El art. 2 del a Ley 23661 ya establece desde el inicio que

13 Fallos: 176:339 del 14/12/1936.

El seguro tendrá como objetivo fundamental proveer el otorgamiento de prestaciones de salud igualitarias, integrales y humanizadas, tendientes a la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia distributiva (...).

Asimismo, la Resolución 887-E/2017 ha determinado el sistema de pago y reintegro a los entes de salud que se benefician del Fondo. En este sentido, cabe señalar que existe una demora en el reintegro de estos pagos que se concentran en coberturas de salud de personas con discapacidad y en prestaciones de salud de alto costo. La resolución habilita el ingreso de facturas de hasta tres periodos:

A tal efecto, en este servicio se habilitará una carpeta identificada por año/mes, que se corresponderá con el período de cobertura hasta el que se podrá informar la facturación recibida. Asimismo, en el archivo que se incorpore en la carpeta vigente se podrá incluir facturación de período de cobertura de hasta TRES (3) meses anteriores.

Por eso, si bien puede existir una demora en el pago —que implica un desfinanciamiento menor en función del contexto económico actual—, lo cierto también es que de la cuenta Discapacidad deben abonarse directamente al prestador los fondos transferidos por la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP). Sin embargo, existe la posibilidad de reintegro por otra vía cuando es debidamente justificado. Este sería el caso en el que la obra social o prepaga debe depositar o transferir fondos a la cuenta Discapacidad para poder transferirle al prestador, que podría ser, por ejemplo, un dispositivo geriátrico o el pago de una cirugía o tratamiento. Luego, esto es informado al organismo, quien hace la devolución de los fondos. Este sistema de burocracia busca tener un control de los fondos que se destinan a cubrir y financiar estos gastos.

Hasta aquí se ha expuesto el funcionamiento del sistema de financiamiento de las prepagas en función del Fondo Solidario y desde las leyes y normas que reglamentan su implementación.

Resulta interesante que las sumas que el Fondo ha reintegrado pueden ser visualizadas a través de la página de argentina.gob.ar.¹⁴ Es importante señalar que estos reintegros pueden abarcar el 100% de las prestaciones que debe brin-

14 https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2019/04/2024_serie_sur_0.pdf

dar, incluso la prepaga. Un ejemplo de aquello se observa en el caso de una internación en hogar geriátrico que resulte inferior o igual al valor de referencia del nomenclador previsto por la Resolución 428/99. Además, de la Resolución 887-E/2017 surge:

Por otra parte, los importes tope de referencia se obtendrán de multiplicar el valor unitario vigente al momento de la prestación (según normativa vigente aplicada por la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS DE SALUD) por la cantidad informada, más el adicional por dependencia del 35% si se informó y si correspondiere la prestación, más el 20% por zona desfavorable si se indicó la provincia.

El escollo que se podría encontrar en este punto es la falta de actualización o que esta no sea adecuada al contexto inflacionario de los parámetros que establece la Resolución 428/99. Sin embargo, hasta el momento, las actualizaciones han respetado la inflación informada por el Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC), lo que quedó plasmado en la Resolución Conjunta del Ministerio de Salud y la Agencia Nacional de Discapacidad N° 1/2024 y en la subsiguiente resolución para el mes de marzo 2024.

En este contexto, otro hecho relevante que ha devenido es la resolución interlocutoria no firme dictada en *Superintendencia de Servicios de Salud c/OSDE y otros s/Amparo*.¹⁵ Aquí existe un factor de política económica sobre defensa de la competencia en relación con la sanción de la cartelización. Pues inicialmente existiría una connivencia en los aumentos pactados por ciertas prepagas. En este contexto, el juez interviniente hizo suyos los argumentos sostenidos por el órgano del Poder Ejecutivo y, además, los utilizó para fundar la verosimilitud del derecho del caso. Así, el secretario de Industria y Comercio consideró

(...) Que, si bien los servicios en cuestión son relativamente homogéneos, estos no serían fácilmente sustituibles para una parte significativa de los usuarios, en particular para los adultos mayores, o aquellos con enfermedades preexistentes, que no cuentan con la posibilidad de contratar a otra empresa o solo podrían hacerlo pagando un precio muy elevado (...) En relación a la conducta denunciada que dio origen al presente, cabe remarcar que los acuerdos de precios constituyen una de las conductas más graves de la normativa de defensa de la competencia. (...) En caso de comprobarse, el daño sufrido por el consumidor no podrá ser reparado por las empresas investigadas. En este sentido, no sólo

15 Juzgado Civil y Comercial Federal N° 3, Secretaría N° 6, *Superintendencia de Servicios de Salud c/OSDE y otros s/Amparo*, (Expte. N° 9610/2024).

existe una posible transferencia de recursos entre clientes y empresas de medicina Prepaga, sino que existen clientes que dejarán de serlo por el aumento de los precios. Estos casos, perderán tratamientos, atención especializada y demás prestaciones por el posible acuerdo investigado (...) el peligro en la demora se vería configurado por el riesgo inminente a que la prolongación en el tiempo de tal conducta, devenga en la imposibilidad por parte de la población usuaria de servicios de medicina Prepaga de mantener dicho servicio ante los aumentos sucedidos, y la imposibilidad de acceder a un servicio sustituto, encontrándose en juego la preservación de la salud y la vida de las personas, ambos derechos de raigambre constitucional. (...).¹⁶

Hasta aquí se ha descrito el panorama y los pormenores que existen respecto a la realidad jurídica y económica de las prepagas y empresas mixtas con el Fondo Solidario y las incidencias económicas y financieras que repercuten sobre estas empresas.

En el próximo apartado, se abordará la cuestión de manera específica sobre el colectivo de las personas con discapacidad, de modo que lo expuesto ayude al lector a trasladar lo investigado a este grupo de carácter vulnerable, así determinado técnicamente para el derecho constitucional y convencional.

3. Incidencia de dentro del colectivo de personas con discapacidad en función de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

Como correlato de lo desarrollado en el apartado anterior, se puede evidenciar un importante impacto en el colectivo de las personas con discapacidad. En este punto, aclaro que dentro de este universo se encuentran las plurivulnerabilidades reconocidas convencional y constitucionalmente por Argentina. De modo que, al hacer referencia a dicho colectivo, también se incluye la interseccionalidad con vejez y niñez, cuyas convenciones específicas son la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (Ley 27360, BO 31/05/2017, y la Ley 27700, BO 09/11/2022) y la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23849, BO 27/10/1990)

Esta primera apreciación sirve para simplemente señalar que Argentina reconoce la vulnerabilidad de estos grupos y, en consecuencia, brinda una tutela particular por la asimetría de posición que ellos pudieran llegar a padecer al toparse con ciertas barreras que demanden de la aplicación de las convenciones citadas.

16 Ver el desarrollo de los considerandos.

En este sentido, la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que

los discapacitados, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del incapaz, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los jueces llamados al juzgamiento de estos casos.¹⁷

A esto debe sumarse también el hecho de que el encuadre de estas cuestiones que involucran a los derechos humanos debe realizarse de manera precisa y no con referencias genéricas a los instrumentos de derecho internacional. De lo contrario, se carecería de cualquier técnica y argumentación jurídica adecuada. Un claro ejemplo de correcto y elaborado encuadre jurídico fue el caso *González Victorica*,¹⁸ en donde remite al Dictamen de la Procuración que hace un análisis íntegro de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y señala el articulado aplicable al caso concreto respecto del acceso a la libre circulación a través de franquicias impositivas para la compra de un automotor. Por lo tanto, este tipo de cuestiones deben ser tratadas con el rigor científico que merece el asunto, sin caer en generalidades estériles.

Por ello, si bien al momento de realizar este trabajo no contamos con sentencias firmes respecto de los numerosos recursos de amparo que se han iniciado contra el Decreto 70/2023, específicamente por lo que los peticionantes han considerado un aumento irrazonable en los precios de las prepagas, sí se pueden estudiar algunos aspectos y argumentos de estas resoluciones interlocutorias cautelares que se han publicado en la página del Ministerio de la Defensa.

Si se toma el universo de casos allí plasmado, se puede advertir que si bien existen algunas acciones colectivas que han buscado concentrar estos reclamos, como en el caso *MFI c. OSDE (Causa N° 1461)*¹⁹ y *Brauchli c. Sociedad Italiana (Causa N° 94)*²⁰ han requerido que quienes suscriban de manera expresa la adhesión a ese proceso cumplan con las características que requiere dicho expediente para considerarse un legitimado activo en esos términos.

En síntesis, se exige algún tipo de vulnerabilidad y la acreditación de los

17 *Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/Estado Nacional*, Fallos: 327:2413.

18 Fallos: 341:1625.

19 Con trámite en el Juzgado Federal de Concepción del Uruguay N° 2.

20 Con trámite en el Juzgado Federal en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de San

ingresos —por ejemplo, haberes jubilatorios— o bien el salario familiar para el caso de niños con discapacidad. En un trabajo realizado para las Jornadas sobre Discapacidad en la Universidad de Buenos Aires 2024, que con motivo del paro del 9 de mayo no pudieron llevarse a cabo, analicé de manera específica y en un cuadro de doble entrada los expedientes completos a los que se puede acceder a través del sistema público del PJN y publicados en la página del Ministerio Público de la Defensa.

Una de las falencias más importantes fue que, en los inicios de las acciones, se peticiona en su mayoría la inconstitucionalidad del Decreto 70/2023, que al menos en esta materia no resulta *per se* inconstitucional, ya que respeta el art. 99, inc. 3 de la CN y, a la fecha, no cuenta con el rechazo de ambas cámaras del Congreso Nacional. Por eso, y como el pedido de inconstitucionalidad es la última ratio del sistema, se requiere de un pedido específico en los artículos que efectivamente vulneran garantías constitucionales y convencionales en el caso concreto. Recordemos que las leyes inicialmente se rigen por el principio de generalidad.

Esto mismo no ocurre en el caso del aporte del 20% de las prepagas al Fondo Solidario, ya señalado más arriba, puesto que aquello sí es materia prohibida según el art. 99, inc. 3 de la CN por pertenecer al ámbito tributario. Por más que no lleve el mote de tributo, el realismo jurídico asentado en Fallos: 343:86 reconoce la naturaleza de dicha imposición. Hago la salvedad de que esto no excluye a empresas mixtas como OSDE, que previo a este decreto de todas formas tenían la obligación de aportar al Fondo, como se explicó más arriba.

En segundo lugar, ninguna de las resoluciones publicadas ha declarado de manera expresa la inconstitucionalidad del decreto, sino que, por el contrario, han buscado evadir el tema o lo han dejado supeditado al caso *Wilson*. A fin de no citar absolutamente todos los fallos a los que el lector puede acceder en el enlace referido del Ministerio Público de la Defensa,²¹ especialmente en su Boletín de Jurisprudencia de marzo 2024 de la Escuela de la Defensa Pública, en el caso que inició la Superintendencia de Servicio de Salud, el juez interviniente dijo en la resolución cautelar no firme que ordena retrotraer los aumentos para el universo de afiliados sin distinción de vulnerabilidades:

De este modo, cabe aclarar que en atención a los fundamentos que a continuación serán desarrollados, en la decisión cautelar que aquí se toma, en modo alguno implica expedirse sobre los planteos de inconstitucionalidad efectuados

Martín N° 2.

21 Ver nota al pie 2.

en las múltiples causas judiciales en trámite ante los juzgados actualmente a mi cargo, cuyo eventual análisis queda vinculado a la tramitación particular de cada una de ellas. Ello así, máxime si se considera que los hechos y fundamentos jurídicos son diversos y absolutamente independientes.

Más adelante, hace referencia al caso N° 19506/2023 *Wilson, Eduardo Santiago c/Estado nacional s/Amparo*, que persigue justamente la inconstitucionalidad en materia de salud sobre el Decreto 70/2023, pero que a la fecha no ha sido resuelto.

En tercer lugar, ninguna de estas resoluciones interlocutorias ha plasmado o señalado el argumento financiero y económico que se desarrolló en el apartado anterior.

Esto no resulta menor, ya que por algún motivo difícil de desentrañar, el total de los jueces federales ha decidido no tocar este punto, salvo el caso iniciado por la Superintendencia de Servicios de Salud, en donde la justicia remite a los argumentos sostenidos por la Defensa de la Competencia. Sin embargo, cuando se ingresa a la cuestión de vulnerabilidad —especialmente discapacidad—, este paso resulta obligatorio, ya que quienes se benefician específicamente del Fondo Solidario es este colectivo.

La constitución de este Fondo Solidario de ayuda deja fuera cualquier teoría de libre mercado sobre las prepagas, ya que efectivamente hace que cuenten con un rescate, una cobertura, cuando sus afiliados poseen el certificado de discapacidad. Dicha cobertura, además, se financia con el aporte de todos, ya que cualquier incremento en este sentido de hecho se traslada al contribuyente. Si bien el Decreto 70/2023 derogó la posibilidad de la revisión de los costos, esto no excluye que los jueces, para efectuar una valoración probatoria, pudieran pedir como una medida de mejora proveer una auditoría, incluso con intervención de la Superintendencia (esta función se conservó en el art. 15 de la Ley 23660, modificado por el Decreto 70/2023), a pesar de que dicha carga recaerá sobre ella, generando seguramente un impacto presupuestario en su partida. Así, se podrían evaluar y estudiar elementos centrales para la toma de decisiones fundadas, por ejemplo, en cuántos beneficiarios efectivamente padecen algún tipo de discapacidad, cuáles son las sumas reintegradas por el Fondo y cuánto es lo efectivamente abonado por ese concepto de lo percibido por las prepagas en el cobro del universo de afiliados totales.

Otro punto central es el fundamento o argumento de derecho. En primer lugar, y como ya se señaló al inicio de este apartado, Argentina asumió un compromiso en la eliminación de barreras, la aplicación de ajustes razonables y el acceso al mejor nivel de salud posible a un precio asequible (art. 25). De allí

surge de manera específica y literal la obligación convencional y constitucional que tienen los tres poderes del Estado, e incluso los privados que viven en el Estado argentino, para que se garantice el acceso a la salud a un precio razonable. Dice el art. 25 mencionado:

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes: a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población; (...).

Para el caso de niños con discapacidad o adultos mayores que dependen de sus hijos, por ejemplo, es importante recordar que el Preámbulo de aquella especialmente extiende su tutela a las familias de las personas con discapacidad:

x) Convencidos de que la familia es la unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a recibir protección de ésta y del Estado, y de que las personas con discapacidad y sus familiares deben recibir la protección y la asistencia necesarias para que las familias puedan contribuir a que las personas con discapacidad gocen de sus derechos plenamente y en igualdad de condiciones (...)

Por eso, se esté o no de acuerdo, parezca o no injusto, la Convención impone una regla de derecho que no requiere más interpretación que su propia literalidad.

De los fallos publicados por el Ministerio Público de la Defensa, solo se encuentra en el caso *RNS c. Galeno s/Amparo Ley 16.986*,²² que tramitó en el Juzgado Federal de Primera Instancia de Junín una resolución interlocutoria cautelar que explícitamente aplicó los arts. 25 y 26 de la CDPD para resolver en sentido favorable a los amparistas.

El estudio de todo el sistema normativo vigente, sus consecuencias y la aplicación de la Convención son elementos que debieran estar previstos en las resoluciones judiciales para poder hacer un análisis más completo del panorama actual.

Hasta aquí se advierte que no queda duda de que existe una norma clara —como

22 Expte. N° 1192/2024.

el art. 25 de la CDPD— para garantizar la accesibilidad económica al mejor nivel de salud posible. Ahora bien, esta regla requiere de un análisis de otros supuestos como, por ejemplo, la capacidad económica del amparista con discapacidad, la necesidad probatoria de sus ingresos. Como contrapartida de ello, también debería estar la misma exigencia del otro lado, sobre todo cuando existe una relación asimétrica entre el consumidor con discapacidad y la prepaga que presta el servicio.

Consecuentemente con lo señalado en el párrafo anterior, se encuentra la cuestión de la protección del colectivo en una medida razonable contra el alegado derecho de libre comercio y propiedad de las prepagas. Sin embargo, quedó señalado que el sistema financiero y económico, para el caso de la discapacidad, constituye un resguardo económico en el Fondo Solidario.

4. Conclusión

De lo expuesto hasta aquí se puede concluir que, efectivamente, el colectivo de las personas con discapacidad y sus familias cuentan con una especial protección de índole económica en lo que interesa al acceso a la salud. Esto se plasma en el art. 25 de la CDPD.

Específicamente, este dice: “Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable; (...)”. Mientras que, por otro lado, se desprende de este mismo artículo la aplicación del principio de razonabilidad que, a su vez, también encuentra sustento en los arts. 28 y 33 de la CN. Por lo tanto, esta tutela requiere de una delimitación razonable en función de todo el contexto de relevancia jurídica que hace a la cuestión.

Como consecuencia de lo sostenido en el párrafo anterior, se requiere también un estudio de los ingresos y costos de las prepagas, ya que, como se desarrolló más arriba, no cuentan con un mercado de libre competencia sin intervención del Estado, por el contrario, cuentan con el Fondo Solidario de Redistribución. Así es que surgen algunas preguntas sobre la cantidad de afiliados con discapacidad, cuántos de ellos hacen uso de las prestaciones, el total de prestaciones reintegradas por el Fondo Solidario, el total de afiliados que no usan de manera asidua el servicio de salud, entre otros. Estas preguntas podrían ser contestadas por una pericia contable y económica sobre el estado de cuentas y flujo de fondos de estos entes de salud. Estos parámetros cognoscibles permitirían abordar de manera más completa el fondo de la cuestión.

Lo anterior también nos exige señalar, para evitar un análisis sesgado, que la imposición del 20% es un gravamen y que su materia está prohibida en los términos del art 99, inc. 3 de la CN. Sin embargo, como ocurrió con el caso OSDE, la mayoría de estas empresas son mixtas y, por lo tanto, de manera inevitable terminan beneficiándose del uso de este Fondo Solidario, aunque aquello no exime a la norma del control que ejerce el principio de legalidad tributaria. Aquí se advierte una contradicción o desorden normativo bien claro que no aparece solo con el Decreto 70/2023, sino que también inicia con el caso *Superintendencia de Salud c/OSDE* y la avenencia de un acuerdo en 2017, por lo que esto proviene de larga data.

Todos estos puntos permiten afirmar que se requiere de una elaboración un poco más acabada en materia judicial sobre la cuestión, puesto que existen una serie de circunstancias de índole económica y financiera que exigen otro tipo de elaboración argumental. Sobre todo, cuando del otro lado, las categorías de protección de vulnerabilidad deben ser determinadas y razonables. Esto resulta central cuando se encuentra en juego el derecho a la accesibilidad a la salud en un contexto de exaltación social y sobre un grupo de indudable vulnerabilidad. El fondo del proceso de amparo es el momento oportuno para que el mismo juzgado de primera instancia, como director y ordenador del proceso, solicite la producción de esta prueba informativa y pericial dentro de las facultades que tiene sobre las medidas de mejor proveer.

Por último, se advierte que la masividad de casos provoca un agotamiento de los recursos judiciales, expectantes de una resolución del tribunal superior que podría apaciguar el tema. La posibilidad de elección de la jurisdicción, ya que existen procesos colectivos con atracción de fueros voluntarios, y la divergencia de criterios judiciales en las resoluciones de los casos individuales devienen, de manera inevitable, en una situación de recargo del sistema judicial. Esto provoca menos tiempo para dedicarle al análisis más profundo y objetivo de la cuestión, como el propuesto en este artículo, y, en consecuencia, se advierte una inseguridad jurídica reflejada en la diferencia de criterio judicial a la hora de dictar la solución del caso. Sin embargo, para hacer un buen uso de la aplicación del principio de razonabilidad referida, resulta imperante, previo a su aplicación, que el juez se inmiscuya en el aspecto económico y financiero del asunto con una perspectiva puesta en la CDPD.

Bibliografía

- Corti, H. (2019). La Políticas Fiscal en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Presupuesto Público, Tributos y los Máximos Recursos Disponibles. *Revista Institucional de la Defensa Pública*, (17), 227 a 229.
- Escuela de la Defensa Pública. (marzo de 2024). *Boletín de Jurisprudencia*. <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/2>.
- García Vizcaino, C. (2020). *Manual de Derecho Tributario*. Abeledo Perrot.
- Ministerio de Salud. (s.f.). *Cobertura Universal de Salud. Plan de Implementación 2017-2019*. Presidencia de la Nación. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/la_rioja_-_anexo_i_presentacion_cus_ministro.pdf.
- O'Donnel, A. (2021). Comentario al fallo 'González Victorica'. La interpretación de beneficios tributarios a la luz de los tratados internacionales de Derechos Humanos. *Revista Constitución Financiera*, (3), 15-24.
- Superintendencia de Servicios de Salud. (s.f.). *Transferencia por Sistema Único de Reintegros*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2019/04/2024_serie_sur_0.pdf.
- Urresti, P. E. y Gamberg, G. (2024). Mecanismos tributarios para la tutela de las personas con discapacidad. *Revista Debates de Derecho Tributario y Financiero, Principios de Derechos Humanos y Política Fiscal*, (10), 198-232.
- Viar, L. A. (2024). Implicancias en las finanzas públicas y el derecho tributario del decreto 70/2023 sobre el derecho a la salud en grupos vulnerables. *Revista Debates de Derecho Tributario y Financiero, Principios de Derechos Humanos y Política Fiscal*, (10), 233/249.

Legislación citada

- Resolución 428/99, Ministerio de Salud y Acción Social, BO 24/04/2000.
- Resolución 887-E/2017, Superintendencia de Servicios de Salud, BO 27/10/2017.
- Resolución 1641-E/2017, Ministerio de Salud, BO 03/10/2017.
- Resolución 1769/14, Superintendencia de Servicios de Salud, BO 07/12/2015.
- Resolución del EX-INOS Nº 490/90, Instituto Nacional de Obras Sociales, BO 14/09/1990.

Jurisprudencia citada

- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Famyl S.A. c/Estado Nacional s/Acción de Amparo*. Fallos: 323:2256, 29/08/2000.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Lifschitz, Graciela Beatriz y otros c/Estado Nacional*. Fallos: 327:2413, 15/06/2004.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Swiss Medical S.A. c/EN - SSS s/amparo ley 16.986*. Fallos: 343:86, 18/02/2020.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Suárez, Mariano H. F s/sucesión*. Fallos: 176:339, 14/12/1936.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Saguir y Dib*. Fallos: 302:1284, 1980.
- Suprema Corte de la Provincia de Mendoza, EN J° 627/52729 M. A. F. y otros. *c/Organización de Servicios Directos Empresarios s/daños y perjuicios p/recurso extraordinario provincial*; 26-dic-2018; MJJU-M-116956-AR | MJJ116956 | MJJ116956.

Juzgado Civil y Comercial Federal N° 3, Secretaría N° 6, *Superintendencia de Servicios de Salud c/ OSDE y otros s/Amparo*, Expte. N° 9610/2024 (resolución interlocutoria no firme).

Juzgado Federal de Primera Instancia de Junín, RNS c. *Galeno s/Amparo Ley 16.986*, Expte. N° 1192/2024 (resolución interlocutoria no firme).

Juzgado Federal de Primera Instancia de la Seguridad Social N° 5, *Superintendencia de Servicios de Salud c/la Obra Social de Ejecutivos y del Personal de Dirección de Empresas s/cobro de aportes*, N° Expediente 36.667/98.

Juzgado Nacional Civil y Comercial Federal N° 3, *Wilson, Eduardo Santiago c/Estado nacional s/Amparo*, Expte. N° 19506/2023 (expediente en trámite).