



Carta N° 70-2023/GG/COMEXPERU

Miraflores, 21 de marzo de 2023

Congresista
HERNANDO GUERRA GARCÍA CAMPOS
Presidente de la Comisión de Constitución y Reglamento
Congreso de la República
Presente.-

Ref.: Proyecto de Ley N° 3776/2022-CR

De nuestra consideración:

Por la presente carta es grato saludarle y dirigirnos a usted a nombre de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – ComexPerú, una organización privada que busca contribuir en la implementación de políticas públicas, con una visión de defensa de principios (libre empresa, libre comercio y promoción de la inversión privada) por sobre intereses particulares, teniendo como objetivo mejorar la calidad de vida del ciudadano. Nuestro trabajo se basa en análisis objetivos, rigurosos y sólida evidencia técnica. Desde ComexPerú nos ponemos a su disposición para aportar en los temas y proyectos que se vean en su Comisión.

En esta oportunidad, hacemos de su conocimiento la posición de ComexPerú sobre el proyecto de ley de la referencia (en adelante, “el Proyecto”), que propone restringir la integración vertical entre las Instituciones Administradoras de Aseguramiento en Salud (en adelante, “IAFAS”) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (en adelante, “IPRESS”), además de modificar los artículos 8 y 9 del Decreto Legislativo N° 1158, Decreto Legislativo que dispone medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (en adelante, “SUSALUD”).

Al respecto, manifestamos nuestra profunda preocupación sobre los efectos que acarrearía una eventual aprobación del Proyecto sobre la provisión de servicios de salud, en perjuicio de la ciudadanía, además de afectar el desempeño de diversas actividades económicas en el país y generar una ruptura de la estabilidad jurídica.

Asimismo, queremos llamar su atención sobre la falta de rigurosidad técnica respecto de las afirmaciones vertidas en el Proyecto. No solo no se sustenta debidamente las modificaciones propuestas, careciendo de fundamentos, sino que evidencia falencias en el análisis y valoración de los supuestos que justificarían una intervención regulatoria excesiva e inadecuada. En particular, advertimos un análisis muy pobre sobre las implicancias que una medida de esta naturaleza traería tanto para la institucionalidad del Estado, como para la eficiencia del mercado y el pleno cumplimiento de derechos y principios constitucionales, como es la efectiva satisfacción al derecho a la salud.

Esto, a raíz de lo que el propio Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC, ha señalado: “*el Estado [debe adoptar medidas concretas] para la satisfacción [del derecho a salud], sea a través de acciones legislativas o de ejecución de políticas [públicas]*”. Una medida que conduzca a la reducción de la oferta, de la calidad del servicio o, incluso, al incremento de los precios supondría, de la mano con un deficiente

sistema público, incapaz de absorber la demanda de atenciones, un serio incumplimiento a la Constitución Política del Perú (en adelante, “la Constitución”).

Cabe resaltar que según un reciente [estudio de Videnza Consultores](#), encargado por ComexPerú, el sector público (entre el SIS, ESSALUD y las sanidades de las FF.AA. y la PNP) asegura al 91% de los peruanos y concentra el 84% de las camas hospitalarias. Es decir, cualquier intento serio de mejorar el sistema de salud en el Perú pasa por mejorar la gestión pública. Intentos de regulación del sector privado, independientemente de los vicios de inconstitucionalidad, terminan siendo intrascendentes.

En este orden de idas, según el referido estudio, encontramos los siguientes indicadores:

- ✓ Más de 6,300 fallecidos por millón de habitantes durante la pandemia de la COVID-19.
- ✓ Este año se ven incrementos importantes en fallecimientos por enfermedades no COVID (cáncer, enfermedades hipertensivas, isquémicas del corazón, diabetes) comparando con 2019.
- ✓ S/ 1,900 millones en 14 hospitales públicos paralizados.
- ✓ 1 de cada 2 establecimientos del Estado del primer nivel de atención no tiene médico.
- ✓ 9 de cada 10 establecimientos del Estado no tiene infraestructura y equipamiento adecuado.
- ✓ 9 de cada 10 establecimientos del Estado usa aún historias clínicas de papel.
- ✓ Existen brechas importantes de recursos humanos (médicos por habitantes) como comparativo en la región (Colombia y Chile).
- ✓ Solo 1 de cada 2 establecimientos del primer nivel de atención tiene disponibilidad de medicamentos mayor al 80%.
- ✓ 43% de los usuarios que reciben receta en establecimientos públicos compra medicamentos en boticas y farmacias privadas de su bolsillo.
- ✓ El 50% de ciudadanos busca atención en las farmacias o boticas ante las falencias de los establecimientos públicos de salud.
- ✓ El gasto público per cápita anual en salud por persona es muy bajo comparado con Chile (casi x 3) y ni qué decir OCDE (casi x 7).

Dada la evidencia, ¿qué hacer? Urge girar la orientación de la política pública y poner al paciente al centro de la misma. Se necesita asegurar que el paciente tenga la posibilidad de acceder a servicios de salud oportunos y de calidad, sin importar que estos provengan del sector público o del privado.

Algunas recomendaciones importantes para lograr lo anterior pasan por que exista verdadera voluntad política para emprender una verdadera reforma de la salud. Voluntad política acompañada de estabilidad, de designación de personal competente a todo nivel y de asegurar una gestión pública de calidad.

Asimismo, se necesita enfrentar esta reforma como política de Gobierno. La reforma de la salud no pasa solo por lo que se haga en el sector Salud (natural órgano rector), sino también en Vivienda (saneamiento, acceso a agua potable), Transportes y Comunicaciones (infraestructura, conectividad), Educación (prevención, alimentación saludable, promoción de ejercicio físico), Ambiente (contaminación ambiental), entre otros ejemplos.

Así, una real reforma del sistema de salud debiera abarcar los siguientes tres ejes (un desarrollo mayor de cada uno se encuentra en el citado estudio de Videnza Consultores):



- ✓ Prestación: mejorar el primer nivel de atención, implementar las redes integradas de salud, implementar el intercambio prestacional, contemplar los niveles de servicio como indicadores de seguimiento y monitoreo, masificar las historias clínicas electrónicas, promover asociaciones público-privadas (ejemplo de los policlínicos Alberto Barton y Guillermo Kaelin, de ESSALUD).
- ✓ Financiamiento: estandarización de procedimientos para la compra y venta de servicios, financiamiento suficiente de acuerdo al PEAS, integración de los fondos. Separar financiamiento de prestación.
- ✓ Abastecimiento: Interoperabilidad de sistemas, tercerización de operadores logísticos (ejemplo de la empresa SALOG en ESSALUD o el caso de las farmacias vecinas). Fortalecer el CENARES como operador logístico, mejorar el sistema de compras públicas, fortalecer la DIGEMID.

Sin perjuicio de lo anterior, presentamos las siguientes consideraciones respecto del Proyecto:

1. Sobre la mejora regulatoria.

El análisis de impacto regulatorio (AIR) es una metodología adoptada por los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que busca que las normas y regulaciones sean efectivas y eficientes, es decir, que logren los objetivos trazados al menor costo posible y tengan efectos negativos mínimos, considerando principios como los de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención.

En el caso peruano, este estándar se introdujo en nuestro sistema jurídico mediante el Decreto Legislativo N° 1448, como parte de la denominada "mejora de la calidad regulatoria" en el Poder Ejecutivo.

La contraparte parlamentaria de esta mejora regulatoria se dio mediante la Resolución Legislativa del Congreso N° 023-2020-2021-CR, que dispone la modificación de diversos artículos del Reglamento del Congreso de la República (en adelante, "el Reglamento"), incluyendo en la práctica parlamentaria determinadas disposiciones que obedecen a los estándares del AIR.

Entre estas, resaltamos lo referido a la presentación de las propuestas legislativas. El artículo 75 del Reglamento dispone expresamente que las propuestas deben contener una exposición de motivos donde se exprese el problema que se pretende resolver y los fundamentos de la propuesta, los antecedentes legislativos, el efecto de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional, precisando qué artículos o partes de artículos se propone modificar o derogar, así como el análisis costo-beneficio de la futura norma legal que incluya la identificación de los sectores que se beneficiarían o perjudicarían con el proyecto de ley, los efectos monetarios y no monetarios de la propuesta, su impacto económico y, cuando corresponda, su impacto presupuestal y ambiental.

Lo anterior no hace más que garantizar que las propuestas de ley sean formuladas con debido sustento y evidencia, es decir, con altos niveles de calidad, lo que finalmente mejorará su debate y, de ser viable, su eventual aprobación.

Respecto del Proyecto, este prescinde de un AIR riguroso, en claro incumplimiento del citado artículo 75° del Reglamento. Ello se desprende de las escasas páginas dedicadas a la Exposición de Motivos del Proyecto, cuyo análisis costo-beneficio no excede las 11 líneas.



Así pues, el Proyecto no solo no cumple con realizar un adecuado AIR, sino que adolece de aspectos básicos en su fundamentación, como son la identificación del problema a resolver y del objetivo a alcanzar. A modo de referencia, la Exposición de Motivos tiene como único objetivo justificar una medida preconcebida, como es la restricción de plano de la integración vertical, sin reparar en las contingencias y externalidades que esta podría generar en el sistema de salud peruano. En efecto, se limita a argumentar la aducida peligrosidad de la integración vertical enunciando tres impactos potenciales, descritos por la literatura.

Además, se limita a mencionar dos ejemplos de regulaciones en la región. Sin embargo, prescinde de cualquier evaluación respecto de las consecuencias que dichas regulaciones han tenido en sus respectivos contextos. Esto, sin perjuicio de haber obviado la estructura del sistema de salud chileno y colombiano, los cuales son, la menos, distintos al peruano, en el cual el sector público asegura al 91% de los peruanos.

2. Sobre las implicancias constitucionales del Proyecto.

Al respecto, es necesario enfatizar que el Proyecto colisiona directamente con los artículos 11° y 59° de la Constitución, por lo que adolece de un insalvable vicio de inconstitucionalidad.

En primer lugar, el artículo 11° de la Constitución dispone el deber del Estado de “*garantiza(r) el libre acceso a prestaciones de salud (...), a través de entidades públicas, privadas o mixtas.*” Con ello, la Constitución no solo autoriza, sino que obliga al Estado a asegurar el libre acceso de la ciudadanía a las prestaciones de salud a través de entidades públicas, mixtas y privadas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente N° 02480-2008-AA, señaló lo siguiente:

"En su dimensión prestacional, la salud es un derecho fundamental cuya satisfacción requiere de acciones prestacionales, que como lo prevé el artículo 11° de la Constitución, pueden brindarse a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Por ello, debe reconocerse que la salud también es un servicio público de tipo asistencial, que requiere para su efectividad de normas presupuestales, procedimentales y de organización que hagan viable su eficacia en la práctica, de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud sean garantizadas de modo efectivo y eficaz.

En este contexto, la salud como servicio público garantiza que las prestaciones sean ofrecidas de modo ininterrumpido, constante e integral debido a que está de por medio la protección de derechos fundamentales, como la vida, la integridad y la dignidad humana. De este modo, la protección real y efectiva del derecho a la salud se garantiza mediante prestaciones eficaces, regulares, continuas, oportunas y de calidad, que también sean, simultáneamente universales e integrales.

En tal sentido, todas las personas tienen el derecho de poder acceder al servicio de salud y el Estado se encuentra obligado a organizar, dirigir, reglamentar, garantizar y supervisar su prestación de conformidad con los principios de continuidad en la prestación del servicio, eficacia, eficiencia, universalidad, solidaridad, integridad y progresividad. Ello es así porque la prestación del servicio de salud está conectada con la realización misma del Estado social y democrático de derecho y con la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad".¹

En segundo lugar, el artículo 59° de la Constitución garantiza la libertad de empresa. La Constitución obliga al Estado a garantizar esta libertad, la cual comprende, entre otros

¹ Fundamentos 7 a 9.



aspectos, la libertad de organizarse bajo las distintas formas y modalidades que la ley contempla. Al respecto, el Tribunal Constitucional señaló, en la sentencia recaída en el expediente N° 01091-2011-AA FJ 17, que:

"(...) [E]l contenido de la libertad de empresa está determinado para cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho (STC N° 43334- 2404-AA/TC, numeral 13):

En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado, que significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.

En segundo término, la libertad de organización, que contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros.

En tercer lugar, está la libertad de competencia.

En último término está la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, o de disponer el cierre o cesación de las actividades cuando lo considere más oportuno".

La libertad de empresa –como bien desarrolla el Tribunal– comprende la libertad de organización, entendida como la posibilidad de organizarse libremente dentro de las múltiples opciones que otorga la ley. Naturalmente, ello implica la posibilidad de que las empresas puedan integrarse libremente con distintos tipos de agentes en el mercado: sea con competidores, configurando una integración horizontal, o con distintos agentes en la cadena de valor, aguas arriba o aguas abajo, configurando una integración vertical.

En este marco, la posibilidad de integrar financiamiento y prestación de un servicio no solo está permitido por la Constitución, sino que es la materialización del derecho constitucional a la libertad de empresa, en especial aplicación del derecho constitucional a la libertad de organización empresarial. Proscribir, pues, una decisión propia de la esfera de potestades de la libre contratación de una empresa, como es la de integrarse vertical u horizontalmente, supone una violación expresa tanto del artículo 59° de la Constitución, como, incluso, de sus artículos 58° y 62°.

Es producto de la libertad de contratación (artículo 62°), en el marco de una economía social de mercado (artículo 58°), que las empresas pueden optar por organizarse libremente (artículo 59°) a efectos de optimizar sus recursos y lograr eficiencias productivas en sus respectivas cadenas de valor.

Contrario a lo que se alega en el Proyecto, esta forma de organización no afecta en lo absoluto la decisión de consumo. Así, la integración vertical no tiene un efecto sobre la decisión del consumidor, más allá de que, como consecuencia de la optimización de recursos y costos, producto de la integración, este reciba un mejor producto, sometido a las fuerzas del mercado. En el caso particular de las prestadoras del servicio de salud “integradas”, la lógica no varía: estas han optimizado sus cadenas de producción, vía una reducción de costos de producción y de transacción, mejorando sus ofertas en beneficio del consumidor.



Sin perjuicio de lo anterior, la Única Disposición Complementaria Transitoria del Proyecto merece un comentario en particular, dada la gravedad de lo propuesto.

A saber, esta dispone que, durante el período de vacancia de la ley, es decir, durante el plazo en que esta no se encuentre vigente, las IAFAS que sobrepasen el 30% de acciones y derechos de propiedad sobre las IPRESS, o sobrepasen el 30% de prestaciones ofrecidas por sus Planes Esenciales de Aseguramiento en Salud (PEAS) y servicios complementarios por una IPRESS, se adecúen al porcentaje permitido.

El artículo 109° de la Constitución es claro al disponer que *“La ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo en parte.”* En otras palabras, la ley solo puede aplicarse “hacia adelante”, a situaciones posteriores a su promulgación. Es por esto que el artículo 103° dispone que *“ninguna ley tiene fuerza ni efecto retroactivos, salvo en materia penal, cuando favorece al reo”*.

Sin perjuicio de ello, el Proyecto pretende obligar a las IPRESS e IAFAS, públicas y privadas, a que acaten la ley incluso antes de que esta entre en vigencia, lo cual es tanto gravísimo como insalvablemente inconstitucional. Así, busca aplicarse no solo respecto de operaciones transcurridas en el pasado, cuando la ley no se hallaba vigente, sino que pretende que estas se adecúen a una norma que aún no se hallaría vigente.

3. Sobre la integración vertical en la regulación vigente.

Esta dinámica ha sido entendida y recogida por la actual regulación, la cual exige una integración mínima del 30% entre las Empresas Prestadoras de Salud (en adelante, las “EPS”)² y sus correspondientes clínicas. En otras palabras, se exige una integración mínima entre las empresas aseguradoras y las prestadoras del servicio de salud. En esa línea, el artículo 59° del Reglamento de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, aprobado por Decreto Supremo N° 009-97-SA, ha dispuesto lo siguiente:

“Artículo 59.- Las EPS deberán contar al menos con la infraestructura propia indicada en el Anexo 4. La infraestructura propia debe ser suficiente para atender directamente al menos al 30% de la demanda de prestaciones de sus afiliados. (...)”

Cabe resaltar que, en términos del artículo 60° del propio Reglamento, “[s]e entiende por infraestructura propia aquella que se encuentra bajo control directo y exclusivo de una EPS (...)”. Sin perjuicio de dicha obligación, dispone el artículo 61°, las EPS podrán complementar el servicio a sus afiliados, previo convenio, con servicios de EPS de otras personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, debidamente acreditadas.³

² Cabe señalar que las EPS son un tipo de IAFAS, según lo dispuesto por el artículo 7° del Texto Único Ordenado de la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, aprobado por Decreto Supremo N° 020-2014-SA. Como tal, son “entidades o empresas públicas, privadas o mixtas, creadas o por crearse, que reciban, capten y/o gestionen fondos para la cobertura de las atenciones de salud o que oferten cobertura de riesgos de salud, bajo cualquier modalidad”, debidamente registradas en la Superintendencia Nacional de Salud – SUSALUD.

³ En los términos de la Resolución de Superintendencia N° 021-98-SEPS, que desarrolla los artículos mencionados, “la infraestructura propia debe ser suficiente para atender al menos al 30% del total de la demanda proyectada anual de los afiliados a una EPS. (...)”. Según el artículo 3° de dicha Resolución, contar con infraestructura propia no es una elección, sino es una obligación en función del lugar de constitución de la EPS. Sea vía control directo o control exclusivo, en los términos del artículo



Lo anterior demuestra que no es únicamente la práctica comercial y la lógica de mercado la que impulsa a las empresas a buscar integrarse para optimizar procesos productivos, costos y recursos, potenciando sus productos, sino que es la propia regulación sectorial la que exige un mínimo de integración de tipo vertical entre las EPS aseguradoras y las clínicas prestadoras de servicios de salud.

Lo mismo ocurre en el sistema supervisado por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (en adelante, la “SBS”). Al respecto, esta contempla –y permite– una operación similar.

Al respecto, el artículo primero de la Resolución SBS N° 3930-2017 (en adelante, la “Resolución”) faculta a las empresas de seguros a constituir una empresa subsidiaria prestadora de salud, así como una empresa que se dedique a la cobertura de distintos riesgos que cubre la matriz, entre otras. El artículo segundo de la misma Resolución faculta a que, además, las empresas de seguros puedan constituir o adquirir empresas subsidiarias que brinden servicios conexos, entendidos como servicios relacionados y complementarios con el negocio de seguros.

Con base en lo anterior, se colige lo siguiente: (i) Una empresa de seguros puede prestar servicios de salud, por lo que no es necesario ser una EPS; y (ii) la integración vertical en el mercado regulado de seguros está permitida, facultando la integración de una empresa de seguros y una EPS.

Lo anterior, sin embargo, no quita que el Estado ejerza un rol de supervisión y fiscalización de la actividad. En efecto, tanto las empresas aseguradoras, como las prestadoras de servicios de salud, participan en el mercado bajo constante fiscalización por parte de la SBS y la SUSALUD. Esto, conforme detallaremos más adelante.

4. Sobre las falencias regulatorias del Proyecto.

Los artículos 3° y 4° del Proyecto buscan restringir tanto la titularidad de las acciones y derechos de propiedad entre IAFAS e IPRESS, así como la contratación de las prestaciones de las PEAS y servicios complementarios entre una IAFAS con una IPRESS, limitando ambos supuestos al 30% de integración y vinculación, respectivamente.

Sin perjuicio de que no detalla, en ningún extremo, por qué el 30% –y no otra cifra– correspondería al porcentaje óptimo para lograr el objetivo perseguido, el Proyecto obvia una serie de aspectos cruciales.

Por una parte, al pretender restringir la integración vertical –que, como comentamos líneas arriba, no implica otra cosa que el ejercicio de una libertad inherente a la libertad de empresa, sostenida en el deber del Estado de adoptar acciones concretas para satisfacer el derecho de acceso a la salud de los peruanos⁴–, el Proyecto omite evaluar tanto el impacto de dicha restricción como la posibilidad de considerar otras alternativas que conlleven a un resultado igualmente satisfactorio.

² de la Resolución, las EPS se hallan obligadas a contar con, al menos, 30% de infraestructura propia. En otras palabras, al menos 30% de integración vertical. Esto, como indica el segundo considerando de la Resolución, a efectos de que las EPS “garantice[n] el acceso de los asegurados a una cobertura integral y eficiente”.

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 2945-2003-AA/TC. Fundamento jurídico 49.



De las escasas 11 hojas dedicadas a la Exposición de Motivos del Proyecto no solo se desprende la falta de identificación de un problema público a resolver, sino también la carencia de un objetivo claro y la falta de búsqueda, determinación y evaluación de distintas alternativas regulatorias posibles que satisfagan el problema detectado, así como los impactos que cada una de estas pueda gatillar. Así, prescindiendo de todos los elementos que componen el AIR, recogido en el artículo 75° del Reglamento del Congreso, el Proyecto busca justificar una medida preconcebida, como es la restricción de la integración vertical, sin considerar el perjuicio que podría generar tanto en los pacientes como en los trabajadores y en el sector mismo de la salud.

Ahora bien, el Proyecto presenta también serias contingencias en el artículo 5°, que modifica los artículos 8° y 9° del Decreto Legislativo N° 1158, Decreto Legislativo que dispone medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud. Así, el Proyecto propone que:

“Artículo 8.- Funciones generales

Son funciones generales de la Superintendencia Nacional de Salud las siguientes:

1. Promover, proteger y defender los derechos de las personas al acceso a los servicios de salud, a través de la autorización previa y control posterior de la adquisición de acciones y derechos de propiedad y de los vínculos contractuales entre IAFAS e IPRESS (...)

Artículo 9.- Funciones de la Superintendencia Nacional de Salud referidas a las Empresas de Seguros y AFOCAT

Las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud sobre las Empresas de Seguros antes mencionadas, se circunscriben a: (...)

4. La aprobación previa de la adquisición de acciones y derechos de propiedad de una IPRESS, hasta el límite del 30%.

5. La aprobación previa de los contratos o convenios suscritos con las IPRESS, referidas a las prestaciones de sus PEAS, y sus servicios complementarios, hasta un límite de 30%.

6. La supervisión de oficio o por la interposición de reclamos, quejas o denuncias del cumplimiento del límite de 30% de acciones y derechos de propiedad que una IAFAS puede adquirir de una IPRESS, o del cumplimiento del límite de 30% de prestaciones de las PEAS, y servicios complementarios, que una IAFAS puede contratar con una IPRESS.”

Con estas modificaciones, el Proyecto pretende otorgarle competencias a la SUSALUD para poder conocer transacciones en el mercado consistentes en la adquisición de acciones y derechos de propiedad, así como vínculos contractuales entre las IAFAS e IPRESS, a través de autorizaciones previas y controles posteriores. Esto, que no es, a la fecha, *expertise* ni objeto de la SUSALUD, no solo encarna costos significativos en términos de recursos invertidos, sino también de curvas de aprendizaje y costos de oportunidad de cara al funcionamiento de la propia entidad. En efecto, esta deberá aprender una nueva actividad y destinar más recursos (en tiempo y dinero) para hacerlo, priorizando esta por sobre otras que también sean de su competencia.

Ello es aún más grave cuando la regulación generaría también un incremento significativo en los costos de transacción internalizados por las partes involucradas al hacer de SUSALUD un regulador de la gestión interna de las IPRESS, debiendo otorgar su conformidad a cada una de las contrataciones que desde estas se lleven a cabo. Naturalmente, ello no solo supone un



escalamiento sobredimensionado de los costos de transacción, sino que dota de impredecibilidad a las relaciones contractuales que se lleven a cabo entre IAFAS e IPRESS, y sus proveedores y prestadores, quienes deberán contar con el visto bueno de la autoridad para cada acto de micro-gestión. Además de carente de razonabilidad, ello resulta ineludiblemente inconstitucional, al vulnerar la libertad de empresa, garantizada por el artículo 59° de la Constitución.

Lo anterior acarrea, inevitablemente, la generación de una sobrecarga administrativa a SUSALUD, de cara a la recepción, revisión y aprobación de cada transacción realizada que, además, es de carácter obligatorio para todos los regulados. El escenario es similar al señalado en la Carta N° 154-2020/GG/COMEXPERU –que acompaña a la presente– respecto del Proyecto de Ley N° 5913/2020-CR, que buscaba modificar el Decreto de Urgencia N° 013-2019, que estableció el control previo de operaciones de concentración empresarial a cargo del INDECOPI. Una regulación como la planteada generaría sobrecargas a la entidad, quien actualmente no se haya preparada para implementar dichas disposiciones y que, además, no cuenta con la especialización y conocimientos necesarios en la materia como para definir, con su sola participación, la aprobación previa de diversas transacciones y operaciones financieras.

Si lo que pretende el Proyecto es tutelar la competencia en el mercado de salud, ello ya se encuentra cubierto por la Constitución, los Decretos Legislativos N° 1034 y 1044 (sobre competencia) y la referida Ley 31112 (control previo de operaciones de concentración empresarial), aplicable a toda actividad económica y bajo la competencia del INDECOPI.

En este punto, es necesario incidir que la concentración de los mercados y la eventual posición de dominio de algún agente, guarda estrecha relación con las características particulares de cada mercado, siendo así consecuencia de la propia dinámica económica. En función a estas características (las barreras de entrada y salida, la capacidad instalada del capital de las empresas, diferenciación entre los productos, publicidad, la sensibilidad de los consumidores a los precios, etc.) es que los mercados están más o menos cerca al ideal de la libre competencia.

Así, existen mercados que desde su conformación inherentemente presentan niveles de concentración por encima de lo que se estipule como “nivel competitivo”. Los casos más conocidos y abordados por la teoría económica son las fallas de mercado, tales como el mercado de energía, telecomunicaciones, transporte, entre otros.⁵

El establecimiento de una posición de dominio *per se* no se traducirá en un perjuicio para la competencia en un mercado o sus consumidores. Más bien, alcanzar una posición de dominio se relaciona con la eficiencia económica, ya que aquellas empresas que se vuelven más productivas y costo-eficientes pueden desplazar a sus competidores, y el resultado es beneficioso también para los consumidores al tener a la empresa más eficiente y que puede por ende ofrecer los menores precios. En ese sentido, prohibir o regular la obtención o retención de una posición de dominio ocasionaría un desincentivo a la actividad empresarial para su crecimiento, innovación y mejora productiva.

⁵ Tomando el caso particular del sector telecomunicaciones, una empresa debe necesariamente desplegar un gran nivel de inversión (en la forma de antenas, estaciones base, etc.) para poder ofrecer los servicios de telefonía fija o móvil, e internet. Sin embargo, enfrenta una restricción geográfica que limita cuánto equipo puede desplegar. Dado que todas las empresas que quisieran entrar al mercado lidian con el mismo obstáculo, es natural que solo existan un pequeño número de firmas – oligopolio – que se reparten el espacio físico disponible o lo comparten, y solo aquellas con el capital necesario para enfrentar esta barrera propia del mercado serán las que compitan.



Son, en cambio, las prácticas anticompetitivas (como la colusión) y el abuso de posición de dominio lo que en el Perú sí se castiga (aspecto que sí está incluido en el artículo 61° de la Constitución). Estos son principios que sigue nuestra política de competencia, como también una de las mayores referencias a nivel mundial, la Unión Europea.⁶

Sin perjuicio de lo anterior, SUSALUD cuenta ya con las facultades necesarias⁷ para conocer y resolver quejas y/o denuncias sobre los temas vinculados con las empresas de seguros, así como a la prestación de servicios de salud en las IPRESS que brinden servicios a los asegurados, cerciorándose del cumplimiento de las condiciones contenidas en los contratos suscritos con los asegurados. Todo ello, sin afectar o disminuir las competencias de la SBS para hacer lo propio.

Este ejercicio de micro-regulación, sin embargo, se acerca mucho más a una “regulación económica” que a la “regulación social”, que actualmente rige a la industria.

En palabras del juez de la Corte Suprema de EE.UU., Stephen Breyer⁸, la regulación económica implica el control o afectación de las decisiones de las empresas respecto de precio, cantidad ofertada, calidad del producto o los procesos de producción. Por ello, es necesario cerciorarse de que la industria que se busca regular pertenezca al tipo de industria que debería ser regulada. Es decir, que esta, si permaneciese desregulada, conduciría a un monopolio. Este es el caso de los conocidos servicios de “utilidad pública” o “*public utilities*”, como son la electricidad, el gas natural, la telefonía, el transporte, las comunicaciones y el agua.⁹

En efecto, es el peligro de que una industria, dadas sus características particulares, pueda convertirse en un monopolio, el que justifica la regulación económica, la cual supone el paso previo al control estatal. Como bien menciona Breyer, esta implica una decisión administrativa respecto de qué y cuánto producir, qué procesos seguir, qué calidad ofrecer y, naturalmente, a qué precio ofrecerlo.

Al respecto, Alza¹⁰ señala que, si bien este “primer” enfoque se justificaba en “proteger” al consumidor de precios abusivos y calidad subóptima, este fue evolucionando, virando su objetivo a la generación de competencia. Con ello, la regulación económica empezó a buscar tratar las fallas de mercado en general: externalidades, elevados costos de transacción, asimetría informativa y monopolios naturales.

Ya en la legislación peruana, el Decreto Legislativo N° 757, cuyo artículo 4° prohíbe la regulación de precios, faculta la regulación de tarifas, las cuales son determinadas por los organismos reguladores, como son el OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS. Ello aplica, por ejemplo, a la regulación de servicios públicos y las tarifas cargadas, o al tratamiento

⁶ En nuestro país así se detalla en el Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en sus artículos 10, 11 y 12. En el caso europeo, estos lineamientos se incluyen en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

⁷ Decreto Legislativo N° 1158, Decreto Legislativo que dispone medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud. Artículo 9.

⁸ Breyer, S. (1979). Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma (Aliaga, J. & Quintana, E., Trad. (s)). Themis 52. Revista de Derecho. (Obra original publicada en Harvard Law Review, 92. 1979) P. 10

⁹ Breyer, S. (1999). Cuándo y cómo regular los servicios de utilidad pública. Conferencia, Centro de Estudios Públicos. 78. Transcripción de la exposición oral, traducción al castellano, edición y notas de Joke Klein Kranenberg y Rodrigo P. Correa.

¹⁰ Alza, C. (2011). ¿Qué se entiende por Regulación? Enfoques y equivocidad. Círculo de Derecho Administrativo. P. 317 – 328.



de facilidades esenciales (infraestructura), interviniendo de manera más agresiva que en otros sectores productivos.

Así las cosas, tratar al mercado de financiamiento y prestaciones del servicio de salud como uno de ese tipo, constituiría un grave error, al no configurarse ninguno de los presupuestos requeridos para la imposición de una regulación económica. Como mencionamos líneas arriba, la regulación económica planteada por los Proyectos resulta incongruente con la industria que busca regularse, que no solo es altamente competitiva, sino en la cual confluyen distintos tipos de mercados, como son el de financiadores, prestadores del servicio, y abastecedores de productos farmacéuticos y medicamentos.¹¹

A este punto, es evidente que el grado de intromisión de este tipo de regulación es extremadamente alto. A saber, esta es más alta y gravosa que la regulación aplicada a otros tipos de actividades. Tanto la determinación de las barreras de ingreso al mercado, como la operación de sectores reguladores o, incluso, el riesgo sistémico en los mercados bursátil y financiero cuentan con una regulación de tipo social. En términos de Alza, a diferencia de la regulación económica –que se enfoca en las fallas de mercado, eficiencia económica y la fijación de tarifas–, esta alude a problemáticas sociales, tales como la contaminación, la seguridad del producto, la seguridad de los trabajadores y la discriminación.

5. Sobre el problema de fondo.

Sin perjuicio de lo anterior, el Proyecto esconde una preocupación válida y que, como ComexPerú, compartimos. Sin duda, el funcionamiento del aseguramiento y la efectiva prestación del servicio de salud, para satisfacer el derecho a la salud de todos los peruanos, es una problemática no menor.

Tal como comentamos al inicio de este documento, urge una reforma integral del sistema de salud, uno que se enfoque en fortalecer el primer nivel de atención y en las redes integradas de salud, y así enfrentar la precaria situación del sector público de salud, que impacta con mayor fuerza en los más vulnerables.

Si bien la dirección, financiamiento y gestión del sistema de salud público depende del Ejecutivo, particularmente, del Ministerio de Salud, existen distintas medidas que pueden adoptarse desde el Legislativo para fortalecer, mejorar y poder satisfacer efectivamente el derecho a la salud de todos los peruanos. Algunas de ellas son las siguientes:

- ✓ Devolver las funciones vinculadas a la categorización y acreditación de establecimientos a SUSALUD, y expandir su labor en el territorio.
- ✓ Promover la interoperabilidad entre los sistemas de salud y de abastecimiento.
- ✓ Reducir y agilizar los plazos para la revisión y autorización de medicamentos y tecnologías sanitarias, en el marco de la simplificación administrativa y la reducción de barreras regulatorias al comercio.
- ✓ Implementar la historia clínica electrónica, de modo que los pacientes no dupliquen pruebas de apoyo al diagnóstico ni se preocupen por su información médica, permitiendo a los gestores de la salud conocer en tiempo real el nivel de servicio recibido por los ciudadanos para poder gestionar eficientemente los recursos.
- ✓

¹¹ Breyer, S. (1979). Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma (Aliaga, J. & Quintana, E., Trad. (s)). Themis 52. Revista de Derecho. (Obra original publicada en Harvard Law Review, 92. 1979) P. 30

- ✓ Fortalecimiento de la DIGEMID, a través de su conversión en un organismo público.

Es claro que el sector privado, particularmente en cuanto a la prestación del servicio de salud, es perfectible. Sin embargo, este es una alternativa no solo constitucionalmente válida, sino también preferible por millones de pacientes a nivel nacional, quienes, pese a estar asegurados en el sistema público, destinan una porción adicional de sus recursos para afiliarse al sistema privado, esperando recibir la atención que en el primero no obtendrán.

La solución a la precariedad y urgente mejora de un sistema de salud de calidad para el ciudadano no radica en la restricción, ni menos aún en la prohibición de la integración vertical entre las empresas privadas participantes del sector salud, ni en la regulación de la posición de dominio que estas puedan eventualmente ejercer en un determinado momento y mercado. Esta radica en las medidas que desde el Ejecutivo y el Legislativo puedan adoptarse para mejorar la calidad del sistema público de salud a nivel nacional. Con esto, no solo los ciudadanos podrán gozar de una mejor calidad de vida, traducida en una atención eficaz, oportuna y de calidad de su salud, sino también de un ahorro considerable, en tanto no tendrán que destinar fondos propios para poder cubrir una necesidad que, actualmente, el Estado tiene desatendida.

Por lo expuesto en la presente carta, el Proyecto no cumple con un adecuado AIR ni posee sustento basado en evidencia que acredite beneficios efectivos para la sociedad y la economía. Como comentamos líneas arriba, este afectaría negativamente no solo a la industria de la salud, sino también a los propios trabajadores del sector, y, más importante aún, al ciudadano que acude a las instituciones privadas para su aseguramiento y atención.

Sin perjuicio de ello, y comprometidos con la mejora del sistema público de salud, solicitamos a la Comisión que evalúe la posibilidad de convocar a una mesa de trabajo multisectorial, compuesta tanto por el sector público como privado y la academia, involucrando a gremios empresariales y asociaciones de pacientes, a efectos de evaluar las alternativas legislativas existentes para mejorar el sistema para todos los peruanos.

Atentamente,

Jessica Luna Cárdenas
Gerente General