

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



**Título del Informe**

**Informe sobre Expediente No. 154-2008/CCD**

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título profesional de **ABOGADO**

**Autor**

Eduard Yermain Saavedra Valdivia

**Código de Alumno:**

20130951

**Revisor/a**

Gilberto Alejandro Falla Jara

**Lima, 2021**

## Resumen

En los últimos años, el INDECOPI ha conocido y se ha pronunciado, de oficio o por denuncia de parte, sobre las actividades empresariales desarrolladas por determinadas Entidades del Estado. Debido a que muchas de estas, usando los recursos económicos del Estado y la infraestructura pública, entran a competir en un determinado mercado y afectan la libre competencia.

De ahí se deriva la relevancia de analizar este tipo de casos. De acuerdo al modelo económico adoptado por la Constitución de 1993 (economía social de mercado), se determinó que la libre competencia es el mejor sistema económico para el Perú, pero admite la intervención del Estado en determinados supuestos.

El artículo 60 de la Constitución Política del Perú de 1993 reguló los requisitos para que las Entidades del Estado puedan intervenir en un mercado (estos requisitos son autorización por ley expresa, la actividad tiene que ser subsidiaria y ser una actividad de interés público). Con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo No. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, “Ley de Competencia Desleal”), la actividad empresarial de Estado sin cumplir con los requisitos dispuestos por el artículo 60 de la Constitución de 1993 es sancionada.

El Estado no puede utilizar infraestructura pública para realizar actividad empresarial, sin que medie un procedimiento transparente y se cumpla con lo dispuesto por la Constitución. Lo contrario significaría afectar el proceso competitivo y usar de forma ilegal los recursos del Estado.

El presente Informe tiene como finalidad analizar si el INEN cumple con los requisitos para poder intervenir dentro del mercado, ello de acuerdo al procedimiento establecido por el INDECOPI para analizar este tipo de casos. Además, verificaremos las condiciones en que se prestan los servicios brindados por el INEN a las personas.

Mi conclusión, luego de haber analizado a detalle este caso, es que el INEN no posee (i) una ley que autorice la actividad empresarial, y (ii) que el INDECOPI no ha analizado y determinado el mercado relevante de forma adecuada, lo cual genera cambios sustanciales en el análisis de subsidiariedad. Además, no se puede hacer diferenciaciones en las prestaciones de salud, lo cual origina que el servicio se brinde de forma inequitativa. Es por ello que concluyo que el INEN no se encuentra autorizado para realizar actividad empresarial.

## ÍNDICE

<b>I. INTRODUCCIÓN: RELEVANCIA DEL EXPEDIENTE Y ÁREAS DEL DERECHO.....</b>	<b>5</b>
<b>II. ESTRUCTURA DEL INFORME:.....</b>	<b>7</b>
<b>III. HECHOS RELEVANTES DE LA CONTROVERSIA.....</b>	<b>7</b>
<b>A. Denuncia de la Clínica Santa Teresa, los descargos del INEN y actuaciones preliminares del INDECOPI .....</b>	<b>8</b>
<b>B. Resolución de la Comisión (Primera Instancia del INDECOPI).....</b>	<b>14</b>
<b>C. Argumentos del Recurso de Apelación interpuesto por el INEN.....</b>	<b>16</b>
<b>D. Resolución de la Sala (Segunda Instancia del INDECOPI).....</b>	<b>17</b>
<b>E. Los Informes de la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI.....</b>	<b>18</b>
<b>F. Resolución de la Comisión (Primera Instancia del INDECOPI).....</b>	<b>23</b>
<b>G. Argumentos del Recurso de Apelación y Absolución de la Apelación del INEN.....</b>	<b>28</b>
<b>H. Resolución de la Sala (Segunda Instancia del INDECOPI).....</b>	<b>29</b>
<b>IV. DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE .....</b>	<b>30</b>
<b>V. MARCO TEÓRICO APLICABLE AL PRESENTE CASO .....</b>	<b>31</b>
<b>A. Sobre el Régimen Económico regulado en la Constitución de 1993.....</b>	<b>31</b>
<b>B. Sobre el Principio de Subsidiariedad en un modelo de economía social de mercado .....</b>	<b>36</b>
<b>C. Sobre el análisis que realiza el INDECOPI para determinar que una conducta transgrede el artículo 14.3 del Ley de Competencia Desleal.....</b>	<b>41</b>
<b>VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....</b>	<b>48</b>
<b>A. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: ¿El SBTD que brinda el INEN es una actividad empresarial?.....</b>	<b>48</b>
(i) ¿El SBTD es una actividad empresarial? .....	50
(ii) Conclusiones:.....	69
<b>B. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: ¿El SBTD brindado por el INEN ha sido autorizado por ley expresa? .....</b>	<b>70</b>
(i) Marco Teórico: .....	70
(ii) De acuerdo a lo desarrollado por el INDECOPI ¿existe una ley expresa que autorice la actividad empresarial del INEN?:.....	76
(iii) Conclusiones:.....	78
<b>C. TERCER PROBLEMA JURÍDICO: ¿El SBTD brindado por el INEN cumple con el requisito de ser subsidiario? .....</b>	<b>80</b>
(i) Marco Teórico: .....	80
(ii) Mercado relevante del SBTD brindado por el INEN: .....	87
(iii) De acuerdo a lo desarrollado por el INDECOPI ¿el SBTD es subsidiario dentro de su mercado?:.....	101
(iv) Conclusiones:.....	105
<b>D. CUARTO PROBLEMA JURÍDICO: ¿El SBTD cumple el requisito de ser de interés público o de manifiesta conveniencia nacional? .....</b>	<b>106</b>
(i) Marco Teórico: .....	107
(ii) De acuerdo a lo desarrollado por el INDECOPI ¿el SBTD se sustenta en un interés público o en la conveniencia nacional?: .....	111
(iii) Conclusiones:.....	112
<b>VII. CONCLUSIONES.....</b>	<b>113</b>
<b>VIII. RECOMENDACIONES.....</b>	<b>117</b>

<b>IX. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>117</b>
<b>X. ANEXOS</b> .....	<b>121</b>





## I. INTRODUCCIÓN: RELEVANCIA DEL EXPEDIENTE Y ÁREAS DEL DERECHO

1. En un mercado competitivo, los agentes privados pueden competir entre ellos para poder generar eficiencias y captar la preferencia de los consumidores. Dentro de esto, el daño concurrencial entre los competidores está permitido bajo las normas de libre competencia (o regulación *antitrust*).
2. La competencia es “(...) *una situación en la cual las empresas o vendedores luchan, independientemente, por lograr el patrocinio de los compradores para alcanzar determinado objetivo comercial, por ejemplo, utilidades, ventas y/o participación en el mercado. En este contexto, la competencia suele equipararse con rivalidad*”<sup>1</sup> [énfasis agregado].
3. Sin embargo, existen situaciones en donde una entidad estatal ingresa dentro de esta ecuación y comienza a brindar servicios o productos junto a los agentes privados, en algunos casos aprovechando la infraestructura pública. Generalmente, son los privados los encargados de ingresar a los mercados y el Estado frente a esto tiene una posición de supervisor o garante, pero aún así puede ingresar:

*“Un cuestionamiento recurrente, y a la vez válido, que puede presentarse en cualquier ciudadano consiste en definir si el Estado debe encargarse – además de cumplir con sus deberes– de prestar una determinada actividad económica, o en su contraposición, no hacerlo o dejar de hacerlo.*

*En efecto, cada producto o servicio que observamos en el mercado involucra, principalmente, una participación de agentes privados; no obstante, también existen agentes económicos de carácter público que brindan alguna oferta económica.”*<sup>2</sup> [énfasis agregado].

4. Bajo este supuesto, debemos tomar en cuenta que “*Nadie -salvo el estado- puede competir a pérdida indefinidamente*”<sup>3</sup>.

Entonces, ¿qué sucede cuando uno de estos agentes que compite es una entidad estatal que se dedica a brindar el mismo servicio o producto que los agentes privados? ¿Es válido y leal que una entidad estatal use los recursos públicos y

---

<sup>1</sup> KHEMANI, Shyam. “Objetivos de la Política de Competencia”. En: Planeación y Desarrollo. Promoción y Desarrollo. Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico. Bogotá, Vol. XXIV, No. 2, 1993, pp. 17.

<sup>2</sup> BAZÁN, Víctor Hugo y LUYO, Michael. “Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades no económicas”. En: *Derecho & Sociedad*. Lima, número 29, pp. 186.

<sup>3</sup> QUIÑONES ALAYZA, Maria. “Actividad Empresarial del Estado, Competencia Desleal y Servicios Públicos”. En: *Revista Circulo Derecho Administrativo*. Lima, número 12, pp. 65.

concurra en un mercado? ¿En qué supuesto es válido que una entidad estatal pueda concurrir en el mercado?

5. Todas las respuestas a estas preguntas serán abordadas en el presente Informe, y se encuentran relacionadas con el artículo 60<sup>4</sup> de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la “Constitución de 1993”). En dicho artículo se regula cuáles son los requisitos que debe cumplir una entidad estatal para ingresar a un mercado a proveer productos o servicios (es decir, actuar como un “privado”). Esto, de acuerdo al modelo de economía social de mercado recogido por la Constitución de 1993.
6. Se ha delegado al INDECOPI la facultad de fiscalizar y sancionar las actividades empresariales desarrolladas por las Entidades del Estado. Ello debido a que, pueden ingresar al mercado incumpliendo los requisitos del artículo 60 de la Constitución de 1993, y con ello afectar el proceso competitivo.
7. En efecto, este tipo de situaciones puede generar, en algunos casos, graves perjuicios en el mercado, en los agentes privados y en los propios consumidores. La entidad estatal podría afectar el proceso competitivo en un mercado, y así “sacar” del mercado a los agentes o impedir que nuevos agentes puedan entrar a competir.

Todo ello ocasiona distorsiones en el mercado y graves perjuicios en el consumidor. De ahí se deriva la relevancia y complejidad de este tipo de casos, ya que su análisis no solo es legal, sino requiere de un estudio económico del mercado.

8. Con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo No. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, “Ley de Competencia Desleal”), se señaló que la actividad empresarial de Estado sin cumplir con los requisitos dispuestos por el artículo 60 de la Constitución de 1993 sería sancionada, con la finalidad de realizar un control sobre la actividad empresarial del Estado.
9. En el presente Informe se analizará el procedimiento administrativo sancionador iniciado por la denuncia de la Clínica Santa Teresa S.A. (en adelante, la “Clínica Santa Teresa”) en contra del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas – Dr. Eduardo Cáceres Graziani (en adelante, el “INEN”), en tanto el INEN habría desarrollado actividad empresarial sin cumplir con los 3 requisitos del artículo 60

---

<sup>4</sup> **Constitución de 1993**  
**“Artículo 60.-**

*El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.*

**Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.**

*La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal” [énfasis agregado].*

de la Constitución de 1993. De esta forma, habría usado la infraestructura pública para poder brindar un “servicio premium en materia oncológico” a determinadas personas.

10. Cabe precisar que, para poder analizar y resolver dichos problemas se utilizarán las siguientes Áreas del Derecho: Derecho de la Competencia – Derecho Mercantil, y Derecho Administrativo Económico.

## **II. ESTRUCTURA DEL INFORME:**

11. Teniendo ello en cuenta, la estructura del Informe es la siguiente:
  - a. Los hechos relevantes de la controversia, en donde se señalará la historia del caso, los hechos denunciados y las posiciones de las partes y del INDECOPI.
  - b. Delimitación de los problemas jurídicos, en donde se identificaran los problemas jurídicos relevantes del caso.
  - c. Marco teórico, en esta sección se analizará el régimen económico, el principio de subsidiariedad y el procedimiento que desarrolla el INDECOPI para analizar las denuncias por competencia desleal.
  - d. Análisis de los problemas jurídicos, en este apartado se analizará cada problema y la posición adoptada por el INDECOPI, así como mi posición personal.
  - e. Conclusiones, en esta sección se señalará la posición del INDECOPI frente a cada problema, y también mi posición personal.
  - f. Recomendación, en esta última sección se expondrá algunas recomendaciones sobre los problemas detectados en el presente expediente.

De acuerdo a ello, a continuación se desarrollará cada uno de estos apartados con la finalidad de analizar todos los problemas jurídicos relevantes del este caso.

## **III. HECHOS RELEVANTES DE LA CONTROVERSIA**

### *El Denunciante*

12. La Clínica Santa Teresa es una persona jurídica de derecho privado, constituida bajo el régimen de sociedad anónima. El objeto social es la prestación de servicios de salud en el sector privado a particulares, compañías de seguro y entidades prestadoras de salud.

*El Denunciado*

13. El INEN es un Organismo Público Descentralizado adscrito al Ministerio de Salud. Inició sus actividades el 11 de mayo de 1939 con la promulgación de la Ley No. 8892. El 19 de noviembre de 1985, mediante el Decreto Supremo No. 057-85-SA, el INEN asume la condición de Instituto Especializado con autonomía técnica y administrativa.

**A. Denuncia de la Clínica Santa Teresa, los descargos del INEN y actuaciones preliminares del INDECOPI**

**A.1. Argumentos de la denuncia de la Clínica Santa Teresa**

14. El 26 de setiembre de 2008, la Clínica Santa Teresa presentó una denuncia en contra del INEN por actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto señalado en el artículo 14.3<sup>5</sup> de la Ley de Competencia Desleal. Ello debido a que el INEN habría estado desarrollando actividad empresarial infringiendo el artículo 60<sup>6</sup> de la Constitución de 1993.
15. En el escrito de denuncia, la Clínica Santa Teresa sustentó lo siguiente:
- (i) El INEN habría desarrollado actividad empresarial violando normas imperativas (el artículo 60 de la Constitución de 1993). De esta forma, dichos actos constituirían una infracción al artículo 14.3 de la Ley de Competencia Desleal.

---

<sup>5</sup> **Ley de Competencia Desleal**

**“Artículo 14.- Actos de violación de normas.-**

*14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.*

(...)

*14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial” [énfasis agregado].*

<sup>6</sup> **Constitución de 1993**

**“Artículo 60.-**

*El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.*

*Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede subsidiariamente realizar actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.*

*La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal” [énfasis agregado].*

- (ii) Asimismo, precisó que el INEN es un **hospital público** que, de acuerdo a la Resolución Ministerial No. 071-90-SA/DM (en adelante, la “Resolución Ministerial 071”) (norma que regula el servicio de Clínicas en los Hospitales e Institutos Especializados del Ministerio de Salud), presta servicios de salud con tarifa diferenciada. Nos referimos al denominado “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” (en adelante, “SBTD”).
- (iii) No obstante, el 31 de diciembre de 1993, entró en vigencia la Constitución de 1993, la cual en su artículo 60 dispone que “*Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional*”. Es por ello que, los actos desarrollados por el INEN, bajo el SBTD, se debían adecuar a la Constitución de 1993.

De esta forma, no existe una norma legal (emitida por el Congreso) que haya autorizado la actividad empresarial del INEN.

- (iv) Para acreditar los actos de competencia desleal por parte del INEN, la Clínica Santa Teresa ofreció como medio probatorio la realización de una diligencia de inspección en el local del INEN.
- (v) Por último, se requirió, como una medida correctiva, que el INDECOPI ordene el cese inmediato del acto de competencia desleal del INEN. Asimismo, alegó que se debe imponer una multa de hasta 700 UIT y que no supere el 10% de los ingresos brutos percibidos por el INEN.

#### A.2. Fiscalización hecha por el INDECOPI

- 16. El 20 de octubre de 2008, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la “Secretaría Técnica” y la “Comisión”, respectivamente) solicitó, a través del Memorandum No. 756-2008/CCD, al Jefe del Área de Fiscalización se sirva efectuar las acciones que estime pertinente a fin de que, en calidad de consumidores o de funcionarios:
  - (i) verifiquen si en el INEN funciona una clínica;
  - (ii) verifiquen si el INEN ha asignado un espacio físico para el uso exclusivo de una clínica;
  - (iii) verifiquen si los servicios ofrecidos, el personal, la infraestructura y equipos médicos son empleados indistintamente en la clínica y en el establecimiento de salud;
  - (iv) verifiquen la existencia de una tarifa diferenciada en la clínica y en el establecimiento de salud;
  - (v) tomen declaraciones a los trabajadores y a los pacientes del INEN respecto del funcionamiento de una clínica;

- (vi) tomen fotografías y/o realicen filmaciones que consideren convenientes; y,
- (vii) de ser el caso, ejerzan las demás atribuciones contenidas en el artículo 2 del Decreto Legislativo No. 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI (en adelante, el “DL 807”).

17. El 30 de octubre de 2008, el Jefe del Área de Fiscalización remitió a la Secretaría Técnica el Informe No. 234-2008-MGG/AFI. Mediante dicho Informe, se concluyó lo siguiente:

- (i) Los fiscalizadores del INDECOPI se constituyeron en el local del INEN como cualquier consumidor, y al preguntar al personal de seguridad, enfermeras y pacientes sobre el funcionamiento de una Clínica, manifestaron que sí funciona una Clínica en el local del INEN.
- (ii) Luego los fiscalizadores se identificaron como funcionarios del INDECOPI. Ante ello, el Dr. Moisés Alberto Navarro Palacios (Director de la Oficina de Asesoría Jurídica del INEN) manifestó lo siguiente:
  - En el INEN funciona una clínica, la cual solo atiende a pacientes que iniciaron su atención y tratamiento al momento de la expedición de la Resolución Ministerial No. 640-2008/MINSA (en adelante, la “Resolución Ministerial 640”). Asimismo, precisó que no admiten pacientes nuevos.
  - Además, expuso que el uso de la infraestructura, equipos médicos y personal son empleados indistintamente en la Clínica como en el establecimiento de salud. Sobre la tarifa diferenciada, precisó que su aplicación está supeditada a la Resolución Ministerial 640.

### A.3. Admisión a trámite de la denuncia

18. El 6 de noviembre de 2008, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia interpuesta por la Clínica Santa Teresa contra el INEN y, en consecuencia, le imputó la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto señalado en el artículo 14.3 de la Ley de Competencia Desleal. Ello debido a que estaría realizando actividad empresarial sin contar con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución de 1993.
19. Asimismo, le requirió que presente la siguiente información: (i) la fecha de inicio del funcionamiento de una clínica privada en el INEN, y (ii) el valor expresado en soles de los ingresos brutos percibidos por el funcionamiento de la clínica privada.

#### A.4. Argumentos de descargos del INEN

20. El 15 de enero de 2009, el INEN (a través de la Procuraduría Pública del Ministerio de Salud) presentó sus descargos en los siguientes términos<sup>7</sup>:

- (i) La Ley de Competencia Desleal fue publicada, en el diario Oficial “El Peruano”, el 26 de junio de 2008 y entró en vigencia luego de 30 días calendario de la referida fecha de publicación, esto es 26 de julio de 2008.

El artículo 103 de la Constitución de 1993 dispone que “*la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de la relaciones y situaciones jurídicas existentes, por no tener la ley efectos retroactivos*”.

En consecuencia, la denuncia hecha por la Clínica Santa Teresa debe limitarse al periodo de vigencia de la Ley de Competencia Desleal, es decir a partir del 26 de julio de 2008.

- (ii) La Ley No. 27657, Ley del Ministerio de Salud (en adelante, la “Ley 27657”) atribuye al INEN la calidad de organismo público descentralizado y le otorga como misión prestar atención oncológica a la comunidad.

- (iii) El SBTD es aquel conjunto de prestaciones asistenciales brindadas, en virtud de un tarifario, por los hospitales e institutos especializados de la red asistencias del Ministerio de Salud al que acceden las personas que tienen los recursos suficientes para costearlo, pues su tarifa es distinta a la regular.

Los ingresos obtenidos por el SBTD se destinan para cubrir el acceso a este mismo tipo servicio a nivel general y regular a personas de escasos recursos, sin diferencia alguna en la calidad de su prestación.

- (iv) El Tribunal Constitucional (en adelante, “TC”), en la Resolución emitida en el Expediente No. 07644-2006-PA/TC<sup>8</sup>, ha precisado que:

*“10. (...) la actividad empresarial denota la acción organizativa para la provisión de bienes y servicios cuyo único destino es la satisfacción del interés personal del titular de la actividad empresarial. La presencia del elemento teleológico – fin de lucro – constituye una característica de sustancial importancia, ya que no toda actividad organizativa de provisión de bienes y servicios, tiene fines de lucro. Tal*

<sup>7</sup> Folios 095 - 102 del Expediente.

<sup>8</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 07644-2006-PA/TC. Sentencia: 15 de diciembre de 2006. Consulta: 22 de noviembre de 2020.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07644-2006-AA.pdf>

*es el caso de las actividades cuyo solo propósito es el cumplimiento de fines sociales de carácter altruista (...)*”.

Es por ello que, no se puede considerar como actividad empresarial una actividad con fin social. De esta forma, si la entidad del sector público ejerce sus competencias y funciones de derecho público, no se aplica la regulación de Competencia Desleal. Es decir, si la entidad estatal ejerce potestades administrativas (como es el caso del INEN), no actúa como un agente económico, sino mas bien estaría ejerciendo sus funciones de derecho público (*ius imperium* del Estado).

- (v) En atención a ello, el autofinanciamiento de recursos habilitados por el Estado a favor de los establecimientos de salud, habrían sido regulados de la siguiente forma:
- a. La Resolución Ministerial 071, promulgada para incrementar el rubro de ingresos propios de las instituciones de salud, con lo que se sufragará parcialmente el costo de la atención de los pacientes indigentes.
  - b. Mediante la Resolución Ministerial 586-2006/MINSA se aprobó la Directiva para el Funcionamientos del SBTD en Hospitales e Institutos Especializados de Salud Bajo Tarifario Diferenciado (en adelante, la “Resolución Ministerial 586” y la “Directiva del SBTD”, respectivamente).
  - c. Mediante la Resolución Viceministerial No. 083-2008-SA-DVM se conforma la comisión encargada de revisar y analizar las observaciones presentadas a la “Directiva para el funcionamiento del SBTD en los Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud”.
  - d. El 12 de noviembre de 2008, se publicó la Resolución Ministerial No. 798-2008/MINSA (en adelante, la “Resolución Ministerial 798”) a través de la cual se autorizó el funcionamiento del SBTD, en tanto se efectúa el rediseño del servicio.

#### A.5. Escritos adicionales presentados por las partes:

21. El 13 de febrero de 2009, la Clínica Santa Teresa presentó un escrito adicional en donde precisó lo siguiente<sup>9</sup>:

---

<sup>9</sup> Folios 144 - 151 del Expediente.



- (i) Es pertinente aclarar que, la Ley de Competencia Desleal no exige que para determinar la responsabilidad de un agente en el mercado se pruebe la ventaja competitiva generada por la conducta infractora.
- (ii) El INEN se contradeciría al precisar que *“cuando los órganos de la administración pública, ejercen potestades administrativas, como es en el caso de mi representada [como es el caso del INEN], que su objetivo es el cumplimiento de fines sociales, y no es de ofertar o demandar bienes o servicios en un mercado determinado, no actúan como agentes económicos”*<sup>10</sup>.

Sin embargo, el hecho de ofertar bienes o servicios en un mercado determinado, no es otra cosa que actuar como un agente económico.

- (iii) De acuerdo al INEN, una actividad social no sería empresarial. En este caso, el INEN brindaría servicios con fines sociales y no lucrativos, ello amparado en la Resolución del TC: *“la presencia del elemento teológico fin de lucro constituye una característica de sustancial importancia, ya que no toda actividad organizada de provisión de bienes y servicios tiene fines de lucro, tal es el caso de las actividades cuyo solo propósito es el cumplimiento de fines sociales de carácter altruista”*<sup>11</sup>.

Sin embargo, y para sustentar la posición de la Clínica Santa Teresa, se cita la Resolución del TC, en donde se precisa que *“el Estado solo por ley expresa puede intervenir empresarialmente, de forma directa o indirecta, y siempre por razón de alto interés público de una manifiesta conveniencia nacional”*<sup>12</sup>. En ese sentido, de acuerdo a ello, existiría una interpretación amplia del término actividad empresarial que implica la participación del Estado como empresas de su propiedad.

22. El 23 de marzo de 2019, el INEN, mediante su Escrito No. 3, presentó el Memorándum No. 612-2008-OCF/INEN, en donde precisó lo siguiente:

- (i) El INEN es una institución pública creada mediante la Ley No. 28748. Brinda servicios de atención a pacientes bajo la modalidad de paciente hospital, asegurado, paciente SIS y paciente bajo la modalidad SBTD.

---

<sup>10</sup> Escrito de Descargos del INEN.

<sup>11</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 07644-2006-PA/TC. Op. Cit.

<sup>12</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 008-2003-AI/TC. Sentencia: 11 de noviembre de 2003. Consulta: 22 de noviembre de 2020.  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

- (ii) Los servicios que brinda el INEN están orientados preferentemente a los pacientes de condiciones de pobreza y extrema pobreza, y por la naturaleza de especialización también acceden pacientes de otras condiciones económicas.
- (iii) El valor de los ingresos que genera el INEN como consecuencia de las atenciones constituyen recursos públicos y financian el Presupuesto – Recursos Directamente Recaudados, los cuales son utilizados en las mejoras de la infraestructura y atenciones exoneradas a los pacientes de escasos recursos económicos.
- (iv) Los ingresos totales que se obtiene como consecuencia de las atenciones a los pacientes bajo la modalidad SBTB, subvenciona los gastos efectuados, es decir no se busca obtener un superávit.

#### **B. Resolución de la Comisión (Primera Instancia del INDECOPI)**

23. El 15 de julio de 2009, la Comisión emitió la Resolución No. 104-2009/CCD-INDECOPI (en adelante, la “Primera Resolución de la Comisión”), en donde resolvió lo siguiente:

- (i) Declarar fundada la denuncia presentada por parte de la Clínica Santa Teresa en contra del INEN por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60 de la Constitución de 1993.
- (ii) Sancionar al INEN con una amonestación y ordenar su inscripción en el registro de infractores, de acuerdo al artículo 40 de la Ley del INDECOPI.
- (iii) Ordenar al INEN, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la prestación de servicios de salud bajo el SBTB.
- (iv) Denegar el pedido formulado por parte de la Clínica Santa Teresa para que se ordene al INEN el pago de las costas y costos del presente procedimiento.
- (v) Ordenar al INEN que cumpla con lo dispuesto en la presente Resolución en un plazo no mayor a 3 días hábiles contados desde que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por parte de la Sala.

24. La decisión de la Comisión, se sustentó en las siguientes razones:

- a. La Constitución de 1993 consagra el “principio de subsidiariedad” de la actuación del Estado en la economía. Dicho principio establece que, de manera excepcional, el Estado podrá intervenir solo cuando los particulares

no participen en un determinado mercado o no satisfagan la demanda del mismo, y que la actividad sea de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

En esa línea, la Comisión ha considerado que la aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Competencia Desleal debe ser leído en concordancia con los artículos 58<sup>13</sup>, 59<sup>14</sup> y 60<sup>15</sup> de la Constitución de 1993. De acuerdo a ello, el Estado solo debe intervenir realizando actividad empresarial en aquellos sectores en los que los privados, por sí solos, no son capaces de satisfacer la demanda de bienes o servicios relevantes.

- b. Luego de un análisis de los medios probatorios, la Comisión consideró que el INEN presta servicios bajo la denominación del SBTD en un ambiente acondicionado en sus instalaciones. Además, emplea su mismo personal e instrumental para la prestación de dichos servicios.

De esta forma, y de acuerdo al artículo 5<sup>16</sup> de la Ley de Competencia Desleal, la autoridad administrativa, con independencia de la forma de los actos, tiene facultades para determinar la verdadera naturaleza de las conductas investigadas.

---

<sup>13</sup> **Constitución de 1993**

**“Artículo 58.-**

*La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.*

<sup>14</sup> **Constitución de 1993**

**“Artículo 59.-**

*El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.*

<sup>15</sup> **Constitución de 1993**

**“Artículo 60.-**

*El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.*

*Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.*

*La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal”.*

<sup>16</sup> **Constitución de 1993**

**“Artículo 5.- Primacía de la realidad.-**

*La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos”.*

En esa línea, la Comisión consideró que el SBTD se configuraba como una oferta independiente a los servicios médicos que se brinda en el INEN, pero sin incurrir en los costos propios de la infraestructura, personal, instrumental (ya que empleaba los recursos públicos asignados al INEN). Es por ello que el SBTD constituye una actividad empresarial.

- c. Teniendo ello en cuenta, la Comisión determinó que no existe una ley expresa que autorice al INEN a brindar el SBTD. Al respecto, el INEN precisó que se encontraba autorizado a realizar actividad empresarial de acuerdo a lo dispuesto por parte de la Resolución Ministerial 586 y de la Resolución Ministerial 798, sin embargo dichos cuerpos normativos no poseen rango legal.
- d. Por lo tanto, la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por la Clínica Santa Teresa.

Asimismo, y de acuerdo al artículo 55.1<sup>17</sup> de la Ley de Competencia Desleal, la Comisión ordenó, como medida correctiva, el cese de la actividad denunciada en el presente caso.

### **C. Argumentos del Recurso de Apelación interpuesto por el INEN**

- 25. El 24 de julio de 2009, el INEN interpuso recurso de apelación contra la Primera Resolución de la Comisión, bajo los siguientes fundamentos:
  - (i) El INEN no desarrolla actividad empresarial y no se le aplicaría el artículo 60 de la Constitución de 1993, ya que dicha disposición no es aplicable cuando los órganos de la administración pública realizan diversas actividades en cumplimiento de fines sociales.
  - (ii) Al respecto, el TC, en la Sentencia No. 07644-2006-PA/TC, ha precisado lo siguiente: “*La actividad empresarial denota la acción organizada para la provisión de bienes y servicios, con fines de lucro*”<sup>18</sup>. En consecuencia, la denuncia en contra del INEN deber ser declarada infundada, ya que se ha probado que el SBTD no tiene un fin lucrativo, ni que restrinja la libre competencia.

---

<sup>17</sup> **Ley de Competencia Desleal**

**“Artículo 55.- Medidas correctivas.-**

55.1.- Además de la sanción que se imponga por la realización de un acto de competencia desleal, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

a) El cese del acto o la prohibición del mismo si todavía no se ha puesto en práctica; (...).”

<sup>18</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 07644-2006-PA/TC. Op. Cit.

26. El 5 de agosto de 2009, la Comisión concedió el recurso de apelación interpuesto por el INEN.

**D. Resolución de la Sala (Segunda Instancia del INDECOPI)**

27. El 6 de setiembre de 2010, la Sala, mediante la Resolución No. 2473-2010/SC1-INDECOPI (en adelante, la “Primera Resolución de la Sala”), resolvió lo siguiente respecto al recurso de apelación:

- (i) Anular la Primera Resolución de la Comisión, que declaró fundada la denuncia interpuesta contra el INEN por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por actividad empresarial estatal no conforme con el artículo 60 de la Constitución de 1993.
- (ii) Disponer que el expediente sea devuelto a la Comisión con la finalidad de que se evalúe el cumplimiento de las demás exigencias previstas en el artículo 60 de la Constitución de 1993, relacionadas con el análisis de subsidiariedad económica de la actividad estatal cuestionada y la finalidad de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

28. La decisión de la Sala, se sustentó en las siguientes razones<sup>19</sup>:

- a. El principio de subsidiariedad estatal establece cuál ha de ser el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, y cuál debe ser el campo de acción en el que los ciudadanos pueden ejercer su libertad de hacer empresa.

Este principio se encuentra reconocido en el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución de 1993, el cual señala que “*sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional*”.

- b. La Sala ha precisado que solo si la actividad estatal desarrollada es de tipo empresarial, se continuará con el siguiente nivel de análisis, en virtud del cual se debe verificar que dicha iniciativa se adecue a los límites impuestos por el artículo 60 de la Constitución de 1993.

Así, de acuerdo a la Primera Resolución de la Sala, corresponderá constatar los siguientes tres requisitos:

---

<sup>19</sup> Primera Resolución de la Sala.

- El primero de ellos es de tipo formal, y exige que la realización de la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por ley expresa.
  - El segundo requisito es de fondo, e importa verificar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado, esto es, que la actuación económica del Estado en determinado mercado se realiza ante la ausencia real y potencial de la iniciativa privada para atender dicha demanda.
  - El tercer elemento previsto por el dispositivo constitucional consiste en constatar si el objetivo que la actividad empresarial pretende satisfacer reviste un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional.
29. De acuerdo a ello, la Sala determinó que el SBTD del INEN constituía una actividad empresarial y se encontraba autorizado por el literal “e”<sup>20</sup> del artículo 33 de la Ley 27657.

Asimismo, se dispuso que el expediente regrese a la Comisión para que se analice los 2 requisitos restantes del artículo 60 de la Constitución de 1993, es decir se verifique la subsidiariedad y el alto interés público de la actividad empresarial desarrollada por el INEN.

#### **E. Los Informes de la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI**

30. Una vez que el expediente regresó a la Comisión, se emitieron los siguientes Informes Económicos con la finalidad de que se determine el mercado relevante del SBTD brindado por el INEN y con ello realizar el análisis de subsidiariedad:
- a. El Informe No. 130-2011/GEE:

En el Informe No. 130-2011/GEE (en adelante, el “Primer Informe”) se concluyó lo siguiente:

---

<sup>20</sup> **Ley 27657**

**“Artículo 33.- De las misiones de los Organismos Públicos Descentralizados**

*Las misiones que cumplen los Organismos Públicos Descentralizados del Ministerio de Salud son las siguientes:*

*(...)*

*e) El Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (INEN), tiene como misión proteger, promover, prevenir y garantizar la atención integral del paciente oncológico, dando prioridad a las personas de escasos recursos económicos; así como, controlar, técnica y administrativamente, a nivel nacional los servicios de salud de las enfermedades neoplásicas, y realizar las actividades de investigación y docencia propias del Instituto”.*

- El SBTD brindado por el INEN constituye “*todos aquellos servicios de oncología brindados por el INEN por los cuales se cobra una tarifa mayor que a otros tipos de pacientes, a cambio de lo cual la atención es brindada con un menos tiempo de espera y las hospitalizaciones se realizan en habitaciones privadas*”<sup>21</sup>.
- De esta forma, se deben tomar en cuenta diversos aspectos relacionados con la demanda para determinar el mercado relevante, como son (i) los servicios médicos son percibidos como heterogéneos por los usuarios, debido a asimetrías de información y extensiva regulación; (ii) los servicios brindados por otros centros médicos no pueden ser considerados como sustitutos adecuados de los servicios brindados por el INEN (pe. prestigio, equipamiento, el tipo de personal de soporte); y (iii) las variables ajenas a la prestación del servicio, como el costo de oportunidad de ausentarse del trabajo, costos de traslado hacia el centro de trabajo, el tiempo de espera para recibir el tratamiento, entre otros<sup>22</sup>.
- El Primer Informe precisa que para determinar el mercado relevante, se debe contar con amplia información como, por ejemplo, los márgenes de ganancias netas en cada servicio prestado, precios de los servicios que están bajo análisis y sus volúmenes de venta, precios cobrados por distintos centros médicos a lo largo del tiempo, flujo de pacientes entre ofertantes de distintas áreas geográficas<sup>23</sup>.

b. El Informe No. 026-2017/GEE:

Los objetivos del Informe 026-2007/GEE (en adelante, el “Segundo Informe”) fueron (i) definir el mercado relevante del SBTD del INEN durante el periodo investigado, (ii) analizar la oferta privada disponible en ese mercado, y (iii) identificar las barreras a la entrada para nuevos proveedores de servicios.

(i) Sobre el mercado relevante: Se determinó lo siguiente:

- El SBTD del INEN es el conjunto de servicios oncológicos por los cuales se cobra una tarifa mayor a un grupo de pacientes respecto de otras categorías. Por ejemplo, se cobra S/ 150 por una consulta ambulatoria especializada frente a los S/ 20.00 para pacientes del seguro públicos y S/ 5.00 para pacientes sin seguro.

<sup>21</sup> Numeral 69 del Primer Informe.

<sup>22</sup> Números 70, 71 y 72 del Primer Informe.

<sup>23</sup> Números 73 y 74 del Primer Informe.

Los servicios bajo el SBTD se ofrecen con un menor tiempo de espera (entre 0 - 5 días frente a los 5 - 25 días ofrecidos a otro tipos de pacientes). Asimismo, se permite que el paciente elija al médico de su preferencia según la especialidad<sup>24</sup>.

- Según el siguiente cuadro, se puede apreciar que el número de consultas externas atendidas por el INEN se ha multiplicado desde el 2011:

Grupos de Pacientes	2011	2012	2013 <sup>a/</sup>	2014	2015	Total	Porcentaje
SIS <sup>1/</sup>	143 759	161 191	216 719	250 938	284 187	1 056 794	67,99%
Hospitalar <sup>2/</sup>	82 414	78 619	47 496	32 737	28 054	269 320	17,33%
EsSalud	32 080	35 541	36 667	37 376	36 519	178 183	11,46%
Social <sup>3/</sup>	13 071	8 509	4 523	3 530	2 234	31 867	2,05%
SBTD	2 425	2 977	3 654	3 826	5 182	18 064	1,16%
<b>Total</b>	<b>273 749</b>	<b>286 837</b>	<b>309 059</b>	<b>328 407</b>	<b>356 176</b>	<b>1 554 228</b>	<b>100,00%</b>

*Fuente: Segundo Informe del INDECOP<sup>25</sup>*

- La tarifa del INEN se calcula bajo la siguiente formula:

$$\text{Tarifa SBTD del INEN} = \text{Costo total de producción} + \text{Margen adicional}$$

*Fuente: Segundo Informe del INDECOP<sup>26</sup>*

- En el Perú, todos los establecimientos de salud deben estar categorizados en función al grado de complejidad de las enfermedades que pueden atender. El INEN se encuentra en el Tercer Nivel – Categoría III-2 (atención especializada) tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

<sup>24</sup> Numeral 19 del Segundo Informe.

<sup>25</sup> Página 6 del Segundo Informe.

<sup>26</sup> Página 6 del Segundo Informe.



**Cuadro 2**  
PERÚ: TIPOS DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD, SEGÚN NIVELES DE ATENCIÓN, CARACTERÍSTICAS GENERALES, COMPLEJIDAD Y CATEGORÍA

Nivel de atención	Características generales según Organización Mundial de la Salud OMS	Complejidad	Categoría	Denominación
Primer nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Tiene pocas especialidades médicas, principalmente: medicina interna, obstetricia-ginecología, pediatría, cirugía general o solo medicina general.</li> <li>- Los servicios de laboratorio son limitados, están disponibles para análisis patológico general no especializado.</li> <li>- Tienen entre 30 y 200 camas.</li> </ul>	1°	I-1	Consultorio de profesionales de la salud (no médico cirujano) Puesto de Salud o Posta de Salud (con profesional de la salud no médico cirujano)
		2°	I-2	Consultorio Médico (con médico cirujano con o sin especialidad) Puesto de Salud o Posta de Salud (con médico cirujano)
		3°	I-3	Centro de Salud
				Centro Médico Centro Médico Especializado Policlínico Centro Odontológico
4°	I-4	Centro de Salud con camas de internamiento Centro Médico con camas de Internamiento		
Segundo nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Altamente diferenciado según función, con cinco a diez especialidades clínicas.</li> <li>- Tiene entre 200 y 800 camas.</li> </ul>	5°	II-1 (Atención General)	Hospital de atención general Clínica de atención general
			II-E (Atención Especializada)	Hospital de atención especializada Clínica de atención especializada
		6°	II-2 (Atención General)	Hospital de atención general Clínica de atención general
Tercer nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cuentan con personal y equipo técnico altamente especializado.</li> <li>- Los servicios clínicos están altamente diferenciados por función.</li> <li>- Podría tener actividades de enseñanza.</li> <li>- Tamaño de la cama que se extiende de 300-1.500 camas.</li> </ul>	7°	III-1 (Atención General)	Hospital de atención general Clínica de atención general
			III-E (Atención Especializada)	Hospital de atención especializada Clínica de atención especializada
		8°	III-2 (Atención Especializada)	Instituto de Salud Especializado

Fuente: Segundo Informe del INDECOP<sup>27</sup>

- Como se puede observar, al año 2016, existían 5 clínicas en las categorías de Nivel III a nivel nacional, sin embargo ninguna de estas se encontraba especializada en enfermedades oncológicas:

**Cuadro 3**  
PERÚ: ESTABLECIMIENTOS DE SALUD DEL TERCER NIVEL DE ATENCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO, AL 20 DE JULIO DE 2016

Complejidad	Categoría	Denominación	Nombre Comercial	Especialidad	Ubicación
7°	III-1 (Atención General)	Hospital o clínica de atención general	- Clínica Ricardo Palma - Clínica San Borja - Clínica San Felipe S.A.	Atención general	Lima
	III-E (Atención Especializada)		- Instituto Médico Especializado en Diabetes "Soy Diabético"	Diabetes Mellitus <sup>1/</sup>	Piura
8°	III-2 (Atención Especializada)	Instituto de Salud Especializado	- Clínica del Inca (Instituto Neuro Cardiovascular de las Américas - INCA) <sup>2/</sup>	Enfermedades cardíacas, neurológicas y vasculares <sup>3/</sup>	Lima

Fuente: Segundo Informe del INDECOP<sup>28</sup>

- Teniendo ello en cuenta, el Segundo Informe concluyó que: “dentro del ámbito privado a nivel nacional, no existen establecimientos de salud de la misma especialidad que el INEN, que brinden el mismo nivel de

<sup>27</sup> Página 8 del Segundo Informe.

<sup>28</sup> Página 10 del Segundo Informe.

*atención (Nivel III) y/o la misma complejidad (Nivel 8). Si se reduce el nivel de complejidad de la categoría III-2 a la III.E tampoco se encuentra un establecimiento de salud que atienda la misma especialidad que el INEN”<sup>29</sup>.*

- Asimismo, la Gerencia de Estudios Económicos precisó que: *“los servicios bajo el SBTD deben ser considerados de manera conjunta como un único producto”<sup>30</sup>. Además, se ha comprobado que el sector privado no ofrece servicios de salud con atributos de especialización cercanos al INEN.*
- En esa línea, el Segundo Informe concluye que : *“esta Gerencia opina que el mercado relevante en donde opera el SBTD del INEN debe ser definido como el conjunto de servicios de salud afines a la especialidad de oncología (y subespecialidades), con capacidad para atender diagnósticos y tratamientos altamente complejos, con atributos conexos de prestaciones como elección del médicos, hospitalización individualizada y menor tiempo de espera”<sup>31</sup>.*
- También, se precisa que *“en atención al hecho que no existen a nivel nación al servicios cercanos al INEN, no es necesario delimitar con exactitud el ámbitos geográfico (...)”<sup>32</sup>.*

(ii) Sobre la oferta privada: Se ha determinado lo siguiente:

- En relación a la oferta privada, se expuso lo siguiente: *“en el mercado relevante en donde opera el SBTD del INEN, sea nivel local (Lima y Callao) o incluso a nivel nacional, no existe oferta privada disponible (...)”<sup>33</sup>.*

(iii) Sobre las barreras de acceso al mercado: Se ha determinado lo siguiente:

Respecto a las barreras de entrada se expuso que *“para que los establecimientos de salud del sector privado puedan obtener la categoría de mayor complejidad III-2 (como la que actualmente tiene el INEN)*

---

<sup>29</sup> Página 20 del Segundo Informe.

<sup>30</sup> Página 22 del Segundo Informe.

<sup>31</sup> Página 24 del Segundo Informe.

<sup>32</sup> Página 24 del Segundo Informe.

<sup>33</sup> Página 23 del Segundo Informe.

*requieren realizar inversiones significativas en infraestructura, equipamiento y recursos humanos, al menos al corto plazo”<sup>34</sup>.*

#### **F. Resolución de la Comisión (Primera Instancia del INDECOPI)**

31. El 3 de mayo de 2017, se emitió la Resolución No. 034-2017/CCD-INDECOPI (en adelante, la “Segunda Resolución de la Comisión”), mediante la cual la Comisión resolvió lo siguiente:

*“**Primero:** Declarar infundada la denuncia presentada por Clínica Santa Teresa S.A. contra el INEN por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 14.3 del Decreto Legislativo No. 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la realización de la actividad empresarial denominada “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” dentro del marco de la Ley No. 27657 – Ley del Ministerio de Salud.*

***Segundo:** Denegar los pedidos accesorios formulados por Clínica Santa Teresa S.A. por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución”.*

32. Los argumentos que sustentaron la decisión de la Comisión fueron los siguientes:

- (i) *Primer requisito: la autorización por Ley*

De acuerdo a lo desarrollado por la Sala, el SBTD es una actividad empresarial y se encuentra autorizada por el inciso “e” del artículo 33<sup>35</sup> de la Ley 27657.

- (ii) *Segundo requisito: verificación del carácter subsidiario de la actividad empresarial del estado*

Para determinar si el SBTD brindado por el INEN cumple con el requisito de ser subsidiario, se han analizado los siguientes factores:

---

<sup>34</sup> Páginas 23-24 del Segundo Informe.

<sup>35</sup> **Ley 27657**

*“Artículo 33.- De las misiones de los Organismos Públicos Descentralizados*

*Las misiones que cumplen los Organismos Públicos Descentralizados del Ministerio de Salud son las siguientes:*

*(...)*

*e) El Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (INEN), tiene como misión proteger, promover, prevenir y garantizar la atención integral del paciente oncológico, dando prioridad a las personas de escasos recursos económicos; así como, controlar, técnica y administrativamente, a nivel nacional los servicios de salud de las enfermedades neoplásicas, y realizar las actividades de investigación y docencia propias del Instituto”.*

- Las características del servicio brindado:

De acuerdo al Primer y Segundo Informe, los elementos cualitativos de los servicios de salud pueden ser orientados desde aspectos generales, tales como: la calidad de atención, infraestructura, y limpieza. Asimismo, elementos específicos como: tipo de instrumentos especializados, tipo de tratamiento realizado, la tecnología empleada, grado de especialización médica y la investigación.

- Las características de la demanda del servicio:

Al respecto, en la Segunda Resolución de la Comisión, se desarrolló que las enfermedades de salud complejas, no distinguen entre segmentos de las poblaciones específicos, observando en la realidad personas de diferentes edades, lugares, o estratos sociales que podrían usar este tipo de servicio. Además, se precisó que el acceso a un diagnóstico y posterior tratamiento dependerá del poder adquisitivo del paciente.

De acuerdo a lo desarrollado en el Segundo Informe, la Comisión analizó las pacientes atendidos por el INEN según el nivel socio-económico:

**CUADRO A**  
INEN: PACIENTES ATENDIDOS EN EL SBTD PROVENIENTES DE LA PROVINCIA DE LIMA Y DE LA PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO, SEGÚN NIVEL SOCIO-ECONÓMICO Y ZONA DE PROCEDENCIA, 2015

NSE predominante <sup>1/</sup>	Zonas (Distritos) <sup>2/</sup>	A	B	C	D	E	Total
B	Zona 7 (Miraflores, San Isidro, San Borja, Surco, La Molina)	13,41%	17,52%	5,43%	1,94%	0,47%	38,77%
	Zona 6 (Jesús María, Lince, Pueblo Libre, Magdalena, San Miguel)	1,85%	7,90%	3,05%	0,71%	0,10%	13,62%
	<b>Sub total B</b>	<b>15,27%</b>	<b>25,42%</b>	<b>8,48%</b>	<b>2,65%</b>	<b>0,56%</b>	<b>52,39%</b>
C y C-D	Zona 8 (Surquillo, Barranco, Chorrillos, San Juan de Miraflores)	0,44%	2,88%	4,49%	2,09%	0,48%	10,38%
	Zona 4 (Cercado, Rímac, Breña, La Victoria)	0,36%	2,55%	4,30%	1,90%	0,44%	9,55%
	Zona 2 (Independencia, Los Olivos, San Martín de Porras)	0,14%	1,72%	3,84%	1,56%	0,19%	7,45%
	Zona 5 (Ate, Chaclacayo, Lurigancho, Santa Anita, San Luis, El Agustino)	0,14%	0,85%	2,87%	2,56%	0,63%	7,07%
	Zona 10 (Callao, Bellavista, La Perla, La Punta, Carmen de la Legua, Ventanilla)	0,06%	0,78%	1,84%	1,00%	0,53%	4,20%
	Zona 1 (Puente Piedra, Comas, Carabayllo)	0,03%	0,33%	1,38%	0,98%	0,39%	3,12%
	Zona 3 (San Juan de Lurigancho)	0,00%	0,56%	1,25%	0,83%	0,35%	2,99%
	Zona 9 (Villa El Salvador, Villa María del Triunfo, Lurín, Pachacamac)	0,00%	0,15%	1,06%	0,96%	0,31%	2,48%
	Otros <sup>3/</sup>	0,00%	0,03%	0,16%	0,09%	0,09%	0,38%
<b>Sub total C y C-D</b>	<b>1,17%</b>	<b>9,86%</b>	<b>21,19%</b>	<b>11,98%</b>	<b>3,40%</b>	<b>47,61%</b>	
<b>Total<sup>4/</sup></b>		<b>16,44%</b>	<b>35,28%</b>	<b>29,66%</b>	<b>14,63%</b>	<b>3,96%</b>	<b>100,00%</b>

Fuente: Segunda Resolución de la Comisión del INDECOP<sup>6</sup>

<sup>36</sup> Página 12 de la Segunda Resolución de la Comisión.

En ese sentido, se puede observar que el 52,39% de pacientes provienen de los distritos en donde predomina el nivel socio-económico B y un 47,61% provienen de los niveles socio-económicos C y C-D.

- Sobre la oferta privada:

Al respecto, se expuso que mediante Resolución Directoral No. 629/2005-DG-DESP-DSS-DISA.V.L.C, el Ministerio de Salud otorgó al INEN la categoría de III-2 “Instituto Especializado en Oncología de Tercer Nivel de Atención” debido a que: (i) pertenece al nivel más alto, (ii) es un establecimiento de salud y de investigación altamente especializado en el ámbito nacional, (iii) es el centro de referencia especializado de mayor complejidad, y (iv) tiene equipo de profesionales altamente especializado, tal como se muestra a continuación:

CUADRO B PERÚ: TIPOS DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD, SEGÚN NIVELES DE ATENCIÓN, CARACTERÍSTICAS GENERALES, COMPLEJIDAD Y CATEGORÍA				
Nivel de atención	Características generales según Organización Mundial de la Salud OMS <sup>37</sup>	Complejidad	Categoría	Denominación
Primer nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Tiene pocas especialidades médicas, principalmente: medicina interna, obstetricia-ginecología, pediatría, cirugía general o solo medicina general.</li> <li>- Los servicios de laboratorio son limitados, están disponibles para análisis patológico general no especializado.</li> <li>- Tienen entre 30 y 200 camas.</li> </ul>	1°	I-1	Consultorio de profesionales de la salud (no médico cirujano) Puesto de Salud o Posta de Salud (con profesional de la salud no médico cirujano)
		2°	I-2	Consultorio Médico (con médico cirujano con o sin especialidad) Puesto de Salud o Posta de Salud (con médico cirujano)
		3°	I-3	Centro de Salud
				Centro Médico
				Centro Médico Especializado
				Policlínico
		4°	I-4	Centro Odontológico
				Centro de Salud con camas de internamiento Centro Médico con camas de internamiento
Segundo nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Altamente diferenciado según función, con cinco a diez especialidades clínicas.</li> <li>- Tiene entre 200 y 800 camas.</li> </ul>	5°	II-1 (Atención General)	Hospital de atención general Clínica de atención general
			II-E (Atención Especializada)	Hospital de atención especializada Clínica de atención especializada
		6°	II-2 (Atención General)	Hospital de atención general Clínica de atención general
				III-1 (Atención General)
Tercer nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cuentan con personal y equipo técnico altamente especializado.</li> <li>- Los servicios clínicos están altamente diferenciados por función.</li> <li>- Podría tener actividades de enseñanza.</li> <li>- Tamaño de la cama que se extiende de 300-1.500 camas.</li> </ul>	7°	III-E (Atención Especializada)	Hospital de atención especializada Clínica de atención especializada
			III-2 (Atención Especializada)	Instituto de Salud Especializado

Fuente: Segunda Resolución de la Comisión del INDECOP<sup>37</sup>

Asimismo, se determinó que, dentro de Lima y Callao (inclusive a nivel nacional), no existen establecimientos de salud de la misma especialidad que el INEN, es decir que brinden el mismo nivel de atención (III-2) y la misma complejidad (8° de nivel de complejidad):

<sup>37</sup> Página 13 de la Segunda Resolución de la Comisión.

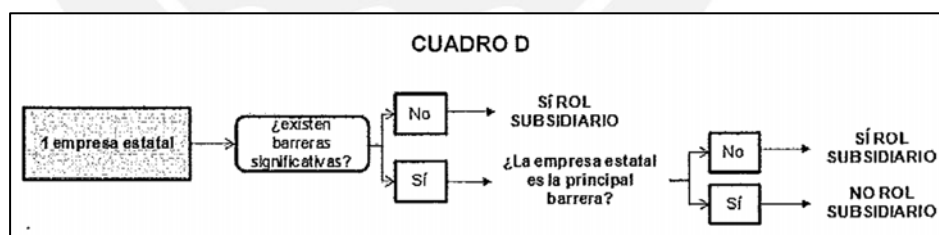
CUADRO C					
PERÚ: ESTABLECIMIENTOS DE SALUD DEL TERCER NIVEL DE ATENCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO, AL 20 DE JULIO DE 2016					
Complejidad	Categoría	Denominación	Nombre Comercial	Especialidad	Ubicación
7°	III-1 (Atención General)	Hospital o clínica de atención general	- Clínica Ricardo Palma - Clínica San Borja - Clínica San Felipe S.A.	Atención general	Lima
	III-E (Atención Especializada)		- Instituto Médico Especializado en Diabetes "Soy Diabético"	Diabetes Mellitus <sup>17</sup>	Piura
Complejidad	Categoría	Denominación	Nombre Comercial	Especialidad	Ubicación
8°	III-2 (Atención Especializada)	Instituto de Salud Especializado	- Clínica del Inca (Instituto Neuro Cardiovascular de las Américas - INCA) <sup>21</sup>	Enfermedades cardíacas, neurológicas y vasculares <sup>21</sup>	Lima

Fuente: Segunda Resolución de la Comisión del INDECOP<sup>38</sup>

En atención a ello, se concluyó que el sector privado, no ofrece servicios de salud con atributos con especialización suficientemente cercanos al INEN, es por ello que no existe homogeneidad de los servicios para que exista un sustituto adecuada en la oferta privada.

- Sobre el análisis de subsidiariedad:

Teniendo en cuenta que solo el INEN participa en el mercado relevante, el proceso de evaluación debe ser el siguiente, de acuerdo a lo señalado por la Comisión:



Fuente: Segunda Resolución de la Comisión del INDECOP<sup>39</sup>

De forma preliminar al examen de subsidiariedad y de acuerdo a la secuencia del referido cuadro, se debe definir si existen o no barreras de entrada para que un agente pueda ingresar al mercado. En ese sentido, para la Comisión los tipos de barreras pueden ser las siguientes.

<sup>38</sup> Página 13 de la Segunda Resolución de la Comisión.

<sup>39</sup> Página 27 de la Segunda Resolución de la Comisión.

a. Barreras Legales y/o Administrativas:

Para la implementación de un establecimiento de salud en el Perú, las fases son: habilitación, acreditación y categorización.

La Comisión determinó que no existen significativas o arbitrarias barreras legales o administrativas respecto a servicios de salud afines a la especialidad de oncología.

b. Barreras Estructurales y Barreras de Conducta o Estratégicas:

La Comisión consideró que no existen evidencias que permitan determinar que el mercado relevante cuente con barreras significativas, ya que las barreras estructurales no son atribuibles al INEN.

Entonces, el INEN al ser el único agente que se encuentra en el mercado relevante y que no existen barreras significativas (ya sea legales, estructurales o estratégicas), la Comisión concluyó que la actividad empresarial es subsidiaria.

(iii) *Tercer requisito: verificación del alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional*

La Comisión, de acuerdo a lo regulado en la Ley 27657, ha señalado que el funcionamiento de los Institutos Especializados como el INEN tienen como finalidad la protección del bien jurídico que es la vida, y a la persona humana como fin supremo.

Para ello, se remite a lo desarrollado por la Constitución de 1993<sup>40</sup>, en el extremo que dispone que el Estado actúa principalmente en la promoción de la salud. En tanto las prestaciones del INEN se vinculan con la salud, se evidencia el alto interés público.

---

<sup>40</sup> **Constitución de 1993**

**“Artículo 7.-**

*Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”.*

**“Artículo 58.-**

*La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”.*

33. Teniendo ello en cuenta, la Comisión declaró “*Infundada la denuncia presenta por Clínica Santa Teresa en contra del INEN*”.

**G. Argumentos del Recurso de Apelación y Absolución de la Apelación del INEN**

34. El 5 de junio de 2017, la Asociación de Clínicas Particulares del Perú<sup>41</sup> (en adelante, “ACP”) interpuso recurso de apelación en contra de la Segunda Resolución de la Comisión, bajo los siguientes argumentos:

- (i) Sobre el servicio analizado: se precisa que el INEN brinda atención asistencial, pero a su vez pretende participar como una empresa en desmedro del sector privado.

Con lo cual, la intervención del INEN no es necesaria.

- (ii) Sobre la demanda del SBTD: La Segunda Resolución de la Comisión solo estima de dónde provienen los usuarios que hacen uso del SBTD, pero no establece qué tipo de servicio requieren. De esta forma, no se ha determinado cuáles son los requerimientos de los pacientes e identificar si es necesario que el INEN brinde el SBTD.

Esto resulta de suma importancia ya que luego se precisa que el INEN brinda servicios de salud en materia oncológica de mayor complejidad.

- (iii) Sobre la oferta privada identificable: Si bien el INEN es la única entidad que posee la categoría III-2 (servicios de mayor especialización), sin embargo la Comisión no desarrolla en qué consiste dicha especialización, qué tipo de procedimientos abarca y qué especialidades médicas requiere.

Asimismo, el ACP precisó que muchos de los médicos que trabajan en el sector privado, también prestan sus servicios en el INEN.

35. El 26 de diciembre de 2017, el INEN absolvió la apelación presentada por la ACP en los siguientes términos:

- (i) La ACP se ha limitado a realizar afirmaciones genéricas y sin ningún tipo de sustento.
- (ii) El INEN no restringe la competencia, pues de una evaluación técnica se ha demostrado que el denunciante y otras clínicas pueden prestar los servicios

---

<sup>41</sup> Cabe precisar que, mediante la Resolución No. 8, la Secretaría Técnica resolvió integrar en la relación procesal a la ACP en calidad de tercero con legítimo interés, de acuerdo a los artículos 39 y 46 de la Ley de Competencia Desleal.



con total libertad e independencia, toda vez que los servicios tienen diferentes características y no son sustituibles.

## H. Resolución de la Sala (Segunda Instancia del INDECOPI)

36. El 28 de marzo de 2019, se emitió la Resolución No. 060-2019/SDC-INDECOPI (en adelante, la “Segunda Resolución de la Sala”), mediante la cual se resolvió, entre otras cosas, lo siguiente:

*“Primero: Confirmar la Resolución No. 034-2017/CCD-INDECOPI, que declaró infundada la denuncia de la Clínica Santa Teresa S.A. contra el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas Dr. Eduardo Cáceres Graziani (...)”.*

37. Los argumentos que sustentaron la decisión de la Sala fueron los siguientes:

(i) *Primer requisito: la autorización por Ley*

De acuerdo a la Primera Resolución de la Sala, se analizó la actividad empresarial desarrollada por el INEN y se concluyó que esta se encuentra habilitada de manera expresa por el literal “e” del artículo 33 de la Ley 27657.

(ii) *Segundo requisito: verificación del carácter subsidiario de la actividad empresarial del estado*

- La Sala consideró que el mercado relevante para el presente caso comprende todos aquellos servicios oncológicos y sub especialidades con características similares al SBTD que son brindados por los Institutos Especializados que cuentan con la categoría III-2 (Tercer nivel de atención).

Asimismo, se determinó que el ámbito geográfico se extiende a Lima y Callao, con la precisión de que a nivel nacional tampoco existe un sustituto adecuado.

- Respecto a la existencia de oferta privada disponible dentro del mercado relevante, la Sala determinó que durante el periodo analizado no existió oferta privada disponible en el mercado relevante.
- Sobre las barreras de entrada, la Sala concluyó que, dentro del mercado relevante, existe una barrera de entrada significativa contenida en la Norma Técnica de Salud No. 021-MINSA/DGSP-V.01 (en adelante, la “Norma Técnica”). Ello a diferencia de lo resuelto en la Segunda Resolución de la

Comisión, ya que se señaló que no existían barreras de entrada significativas.

Asimismo, la Sala determinó que la presencia del INEN, dentro del mercado relevante como único agente participante, no resulta ser la barrera que impide la entrada de nuevos agentes privados.

En ese sentido, el SBTD brindado por el INEN, sí cumple un rol subsidiario.

(iii) *Tercer requisito: verificación del alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional*

En este caso, la Sala señaló que, al encontrarse los servicios que brinda el INEN bajo el SBTD acorde con el objetivo de su ley habilitante (Ley 27657) y con la protección a la salud de las personas, se ha comprobado un alto interés público.

38. Teniendo ello en cuenta, la Sala confirmó la Segunda Resolución de la Comisión que declaró infunda la denuncia interpuesta por parte de la Clínica Santa Teresa en contra del INEN.

#### **IV. DELIMITACIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE**

39. Sobre la base de lo desarrollado en la Sección III – Hechos Relevantes de la Controversia, se puede apreciar cuáles han sido los problemas jurídicos relevantes del presente caso y sobre los cuales el INDECOPI ha emitido una decisión.

40. En atención a ello, se analizarán los siguiente problemas:

- (i) Primer Problema Jurídico: ¿El SBTD que brinda el INEN es una actividad empresarial encubierta?
- (ii) Segundo Problema Jurídico: ¿Existe una ley expresa que autorice al INEN a realizar actividad empresarial?
- (iii) Tercer Problema Jurídico: ¿La actividad empresarial desarrollada por el INEN cumple con ser subsidiaria?
- (iv) Cuarto Problema Jurídico: ¿La actividad empresarial desarrollada por el INEN es de interés público o de manifiesta conveniencia nacional?

41. Cabe precisar que, estos problemas jurídicos se encuentran vinculados con el procedimiento que aplica el INDECOPI para conocer este tipo de denuncias por competencia desleal.

Del presente caso no se desprenden otro tipo de problemas jurídicos (pe. problemas procedimentales), es por ello que este informe se delimitará a los 4 anteriores problemas.

42. En ese sentido, de forma preliminar, se desarrollará un marco teórico sobre el régimen económico regulado en la Constitución de 1993 y cuál es el análisis que realiza el INDECOPI en este tipo de casos. Luego, se realizará el análisis de cada uno de los referidos problemas jurídicos.

## V. MARCO TEÓRICO APLICABLE AL PRESENTE CASO

### A. **Sobre el Régimen Económico regulado en la Constitución de 1993**

43. Antes de iniciar con el análisis de los problemas jurídicos resulta necesario explicar y comprender por qué el Estado no puede ingresar de forma libre al mercado para brindar productos o servicios sin haber cumplido con los 3 requisitos exigidos por el artículo 60 de la Constitución de 1993. O por qué en determinados casos el Estado si puede ingresar al mercado y en otros no.

Las respuestas a estas interrogantes se encuentran vinculadas con el modelo de economía social de mercado y al principio de subsidiariedad. Veamos.

44. La Constitución de 1993 adoptó un modelo de economía social de mercado. El artículo 58 señala lo siguiente:

*“Artículo 58.- Economía Social de Mercado  
La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado.  
Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura” [énfasis agregado].*

De esta forma, el Estado, a través de la Constitución de 1993, reconoce que la iniciativa privada es libre (esto junto a otras libertades como libertad de empresa<sup>42</sup>,

---

<sup>42</sup> **“Artículo 59.-**

*El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”.*

libertad de contratación<sup>43</sup>, libre competencia<sup>44</sup>) y que se ejerce en economía social de mercado.

45. De esta forma, este modelo económico representa una serie de libertades para que los privados puedan intervenir en los diferentes mercados, ello sin perjuicio de las protección de los derechos de las personas. Asimismo, se determina que el rol que cumple el Estado se limita a ser un supervisor y garante de los derechos, pero en algunos casos tiene la facultad de intervenir como un “privado” en un mercado.
46. Debemos reconocer que este modelo económico se diferencia del sistema capitalista y socialista. Esto ha sido analizado por Kresalja y Ochoa<sup>45</sup> en los siguientes términos:

*“La economía social de mercado, como hemos dicho, se diferencia del sistema capitalista como del socialista. Se basa en dos principios de liberalismo económico: el individualismo que postula la libertad del hombre y comprende el derecho de disponer libremente de su propiedad, y el principio de que la competencia es un instrumento rector. Se diferencia porque el mercado está organizado de manera consciente bajo un sistema de reglas o instituciones, con un objetivo determinado sin desconocer que la libertad es la que rige las decisiones económicas. Y , en segundo lugar, porque los objetivos se encuentran en el mismo nivel que los objetivos económicos de la eficiencia, y fomenta la participación activa de los trabajadores en el mundo de la empresa de cierta magnitud” [énfasis agregado].*

Tal como lo reconocen los autores, este modelo económico se diferencia, fundamentalmente en 2 aspectos: (i) el mercado se organiza bajo un sistema de reglas sin desconocer la libertad de las personas, y (ii) el objetivo de la persona debe estar alineado y en el mismo nivel que los objetivos económicos.

---

<sup>43</sup> **Constitución de 1993**

**“Artículo 62.-**

*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.*

*Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.*

<sup>44</sup> **Constitución de 1993**

**“Artículo 61.-**

*El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...).”*

<sup>45</sup> BALDO, Kresalja y OCHOA, César. *Derecho Constitucional Económico 2009*. Primera Edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, pp. 352-353.

47. Al respecto, el TC, en la Sentencia recaída en el Expediente No. 008-2003-AI/TC, expuso que las nuevas funciones de un Estado Moderno tienen que ver con 3 aspectos. Entre ellos, se encuentra la parte económica:

*“Las nuevas funciones del Estado moderno tienen que ver con aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos.*

*a) Supuestos económicos*

*La economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho. Por ello debe ser ejercida con responsabilidad social y bajo el presupuesto de los valores constitucionales de la libertad y la justicia. A tal efecto está caracterizada, fundamentalmente, por los tres elementos siguientes:*

*a) **Bienestar social;** lo que debe traducirse en empleos productivos, trabajo digno y reparto justo del ingreso.*

*b) **Mercado libre;** lo que supone, por un lado, el respeto a la propiedad, a la iniciativa privada y a una libre competencia regida, prima facie, por la oferta y la demanda en el mercado; y, por otro, el combate a los oligopolios y monopolios.*

*c) **Un Estado subsidiario y solidario,** de manera tal que las acciones estatales directas aparezcan como auxiliares, complementarias y temporales.*

*En suma, se trata de una economía que busque garantizar que la productividad individual sea, por contrapartida, sinónimo de progreso social”<sup>46</sup> [énfasis agregado].*

De esta forma, el TC precisa que la economía social de mercado es una condición para un Estado Social y Democrático. Para ello, este modelo de economía se caracteriza por 3 elementos (i) el bienestar social, (ii) un mercado libre, y (iii) un estado subsidiario y solidario.

48. En esa línea, el TC expone que la economía social de mercado representa los valores de la libertad y justicia, pero esto no indica que el rol del Estado deba permanecer indiferente. Es por ello que, en determinadas situaciones, podrá intervenir para poder corregir o garantizar el bien jurídico que no se satisface, lo cual le brinda un margen de intervención del Estado sin que esto pueda constituir una arbitrariedad:

*“16. (...) La economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado social y democrático de derecho. En ésta imperan los principios de libertad y*

---

<sup>46</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 008-2003-AI/TC. Op. Cit.

*promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. (...).*

*Y es que, dado el carácter "social" del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de interferir arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos*"<sup>47</sup> [énfasis agregado].

49. Al respecto, Hernández-Mendible comentó dicha Sentencia del TC en los siguientes términos:

*"Estas ideas son claves para entender que, conforme a lo señalado en los artículos 3 y 43 de la Constitución, el desarrollo de la actividad que llevan a cabo de manera primigenia los hombres en la sociedad, y de manera subsidiaria, complementaria y temporal el Estado, se debe enmarcar dentro de los valores constitucionales, con la finalidad de propender a una democracia que no es solo política, sino que también debe alcanzar los ámbitos económicos, sociales y culturales para lograr el anhelado bien común. (...)"*<sup>48</sup> [énfasis agregado].

50. En ese sentido, este régimen económico reconoce la libertad de los hombres para el desarrollo de las actividades, pero a la vez determina que la intervención del Estado debe ser subsidiaria, complementaria y temporal. Además, esta intervención se debe enmarcar en dentro de los valores constitucionales.
51. La Constitución de 1993 ha dispuesto que este régimen económico conlleva a que se dispongan diversas libertades y formas de actuación de los privados y del Estado. Los artículos 59, 60 y 61 regulan estos aspectos<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 008-2003-AI/TC. Op. Cit.

<sup>48</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. *Homenaje a Allan Brewer-Carías. Reflexiones sobre la constitución económica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 2012. Lima: Ius Et Veritas, pp. 147-149.

<sup>49</sup> Constitución de 1993.

**"Artículo 59.- Rol Económico del Estado**

*El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades*" [énfasis agregado].

**"Artículo 60.- Pluralismo Económico**

*El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal*" [énfasis agregado].

52. De los referidos artículos, se desprende que los privados pueden actuar de forma libre a través de un sistema de libre competencia, en donde los precios y condiciones comerciales se regularán mediante las reglas de la oferta y la demanda. Pero, también se reconoce que el Estado podría intervenir el mercado ante una falencia de intervención privada o para corregir problemas estructurales del mercado. Con ello se intenta proteger los bienes jurídicos y garantizar los derechos de las personas.

53. Las principales características de este modelo económico, son las siguientes:

*“- El mercado y la competencia no deben ser concebidos como privilegios de los empresarios, sino como elementos para garantizar la libertad de los consumidores, empleadores y trabajadores, y también como instrumentos para aumentar el rendimiento.*

*- Sus funciones pueden peligrar por la formación de carteles y concentración de poder económico, por lo que es pertinente una legislación anti-trust.*

*- El mercado y la competencia funcionan de manera óptima cuando el Estado establece normas claras e inequívocas por intermedio de su sistema monetario y su ordenamiento jurídico, y no interviniendo en el proceso económico de manera permanente.*

*(...)*

*- Su práctica se refuerza por dos principios: el de la solidaridad, que exige un equilibrio político social y la promoción del bien común, y el de subsidiariedad, en virtud del cual lo que el individuo puede hacer por propia iniciativa no debe hacerlo la comunidad o el Estado”<sup>50</sup>.*

El hecho de que la Constitución de 1993 haya garantizado diversas libertades a los privados, no se debe entender como privilegios sino se deben concentrar en la promoción del bien común y la solidaridad. Es por ello que el concepto social de este modelo económico exige que estas libertades se realicen sin afectar y garantizando los demás derechos de las personas.

54. En efecto, Hernández-Mendible reconoce que este modelo económico reconoce la centralidad de la persona humana y su dignidad, pero esto debe estar armonizado en el reconocimiento de los derechos de carácter económico:

---

**“Artículo 61.- Libre competencia**

***El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares*” [énfasis agregado].**

<sup>50</sup> BALDO, Kresalja y OCHOA, César. *Derecho Constitucional Económico 2009*. Op. Cit.

*“Se trata de un nuevo modelo económico, único, democrático, en el cual, teniendo presente la centralidad de la persona humana y el auténtico valor de su dignidad, se armonizan el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales, incluidos aquellos de carácter económico (propiedad privada; libertad de empresa, industria o trabajo; libre iniciativa privada; libertad de contratación; libre competencia y protección de los derechos de los consumidores y usuarios), que deben ejercerse orientados a la consecución del bien común y la justicia social, y a la vez reconoce la posibilidad de que si las personas en el ejercicio de tales derechos y libertades no logran alcanzar el bien común, no llegan a satisfacer las necesidades básicas colectivas, el Estado intervenga de manera responsable, solidaria y subsidiaria para generar las condiciones que garanticen disfrutar de aquellos derechos fundamentales y satisfacer el interés general, mediante el logro o aseguramiento del bienestar social (educación, salud y vivienda de calidad en condiciones de igualdad de oportunidades, ambiente ecológicamente equilibrado, crecimiento económico y desarrollo sostenible)”<sup>51</sup> [énfasis agregado].*

55. De esta forma, este modelo reconoce la propiedad privada, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libertad de contratación, libre competencia y protección de los derechos de los consumidores. Sin perjuicio de ello, se reconoce la facultad del Estado a intervenir cuando los privados, en ejercicio de tales derechos y libertades, no logran alcanzar el bien común o satisfacer las necesidades básicas.

Y es aquí donde el Estado puede ingresar al mercado, pero esta intervención no puede ser discrecional o arbitraria y se encuentra sujeta al principio de subsidiariedad. Para ello, la Constitución de 1993 ha previsto en su artículo 60 requisitos previos que cualquier organismo del estado debe cumplir para realizar actividad empresarial e ingresar al mercado.

## **B. Sobre el Principio de Subsidiariedad en un modelo de economía social de mercado**

56. El principio de subsidiariedad es uno de los aspectos comprendidos dentro del modelo de economía social de mercado. Sobre la base de ello se regula la forma en cómo el Estado interviene dentro de la organización nacional y en relación a la ciudadanía.

---

<sup>51</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. “Economía Social de Mercado en el Estado de Garantías de Prestaciones. En: El Derecho administrativo en perspectiva. Homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil. Buenos Aires: Ed. RAP, 2014, pp. 331-348.



57. De acuerdo a lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, existen 2 tipos de subsidiariedad, vertical y horizontal:

*“19. Este principio puede concebirse en dos sentidos: vertical y horizontal. La subsidiariedad vertical se refiere a la relación existente entre un ordenamiento mayor -que puede ser una organización nacional o central- y un ordenamiento menor -que pueden ser las organizaciones locales o regionales-, según la cual el primero de ellos sólo puede intervenir en aquellos ámbitos que no son de competencia del ordenamiento menor. Dicha orientación guarda estrecha relación con los servicios públicos y el desarrollo económico-social.*

*Por su parte, la subsidiaridad horizontal esta referida a la relación existente entre el Estado y la ciudadanía, en la cual el cuerpo político, respetando la autonomía y la libre determinación de los individuos, reduce la intervención pública a lo esencial.”<sup>52</sup> [énfasis agregado].*

58. Para efectos del presente caso, nos concentraremos en analizar la subsidiariedad horizontal ya que ésta se encuentra vinculada con la relación existente entre el Estado y las personas. De esta forma, este tipo de subsidiariedad regula la forma en cómo el Estado interviene dentro de las relaciones de las personas.
59. Este fue un aspecto que no fue desarrollado en la Constitución Política del Perú de 1979, en donde no se establecía de forma clara la subsidiariedad del Estado. En cambio, ahora, en el artículo 60 de la Constitución de 1993 se dispone claramente cómo el Estado puede intervenir en la economía:

*“23. A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que “[...]. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional [...]”.*

*Se consagra así, el "principio de subsidiariedad" de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común”<sup>53</sup> [énfasis agregado].*

60. Cabe precisar que, Quiñones señala el porqué de la rigidez del artículo 60 de la Constitución de 1993 frente a la intervención del Estado en la economía:

---

<sup>52</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 008-2003-AI/TC. Op. Cit.

<sup>53</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 008-2003-AI/TC. Op. Cit.

*“La rigidez del artículo 60° de la Constitución es consecuencia de la traumática experiencia vivida en el cuarto de siglo durante el cual, la expropiación masiva de empresas privadas y la inversión del estado en actividades “estratégicas” dejó a un país quebrado, con un déficit casi inmanejable y con una economía destruida.”<sup>54</sup> [énfasis agregado].*

61. Es por ello que el Estado debe cumplir una función supletoria para intervenir en la economía, ya que solo ante imperfecciones u omisiones por parte de los privados se permite que el Estado intervenga.
62. Sin perjuicio de ello, esto no indica que el Estado posee un rol de espectador en el marco de las relaciones que se generen entre las personas, por el contrario posee un rol garante del interés general (ello, sin perjuicio de la facultad de intervenir en el mercado):

*“21. (...) Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.*

*(...)*

*El Estado, tal y conforme lo dispone el artículo 58, asume roles sociales en áreas tales como el de la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”<sup>55</sup> [énfasis agregado].*

63. En esa línea, Kresalja y Ochoa han manifestado lo siguiente sobre el rol subsidiario del Estado en un modelo de economía social de mercado:

---

<sup>54</sup> QUIÑONES, Maria. “Actividad Empresarial del Estado, Competencia Desleal y Servicios Públicos”, Op. Cit. pp. 66.

Dicha autora precisa lo siguiente en el pie de página 4 de su artículo:

*“Un dato interesante es que tanto la Constitución de 1993 como la Constitución de 1979 declaran su adhesión al modelo de “economía social de mercado”. Sin embargo, el tratamiento a la actividad empresarial del estado no puede ser más distinto entre una y otra. Opuestamente al tratamiento subsidiario a ultranza y excepcional a la segunda la confina, el artículo 113° de la Constitución de 1979 asignaba a la actividad empresarial del estado el rol de “promover la economía del país, prestar Servicios Públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo”; permitiéndole, tácitamente, establecer un régimen preferencial para las empresas públicas. Además, el artículo 114° permitía, por causa de “interés social o seguridad nacional”, reservar para el estado actividades productivas o de servicios (excluyéndolas, por ende, de la actividad privada)” [énfasis agregado].*

<sup>55</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 008-2003-AI/TC. Op. Cit.

“Si la libertad de empresa es la regla, la intervención empresarial del Estado debe ser entonces la excepción. (...) Este es el principio de subsidiariedad del que tanto se habla: los ciudadanos deben por su propio esfuerzo e iniciativa realizar todas las actividades económicas, con los límites claro está que el propio ordenamiento señala. Y solo en caso de que la actividad privada no estuviera presente o que el mercado no pudiera satisfacer necesidades esenciales, puede autorizársele al Estado mediante ley a intervenir directamente como empresario”<sup>56</sup> [énfasis agregado].

64. En ese sentido, el Estado solo puede y debe intervenir cuando las personas o la colectividad no puedan satisfacer una necesidad de la sociedad (en términos económicos, no puedan satisfacer una demanda relevante). Estos son los límites que ha contemplado la Constitución de 1993 para poder regular la actuación e intervención del Estado.

65. En la Primera Resolución de la Comisión, se expuso lo siguiente sobre la aplicación del principio de subsidiariedad:

“(...) la Constitución consagra el principio de subsidiariedad de la actuación del Estado en la economía, el cual establece que, de manera excepcional, podrá intervenir solo cuando los particulares no participen en un determinado mercado o satisfagan la demanda del mismo, por razón de alto interés o de manifiesta conveniencia nacional y siempre que dicha actividad empresarial se autorice mediante ley expresa” [énfasis agregado].

66. Al respecto, la doctrina ha precisado lo siguiente:

“Un aspecto que se ha resaltado del principio de subsidiariedad es que establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa”<sup>57</sup>.

67. En esa misma línea, el INDECOPI en un reciente pronunciamiento ha señalado lo siguiente respecto a los motivos por la cuales la actuación del Estado en el mercado es subsidiaria:

“28. El precepto constitucional relativo al rol subsidiario empresarial del Estado es también un límite que evita que el Estado se sobredimensione y

---

<sup>56</sup> BALDO, Kresalja y OCHOA, César. *Derecho Constitucional Económico 2009*. Op. Cit.

<sup>57</sup> LUYO, Michael y BAZÁN, Víctor. “Esclareciendo la Actividad Empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades no económicas”. En: *Derecho & Sociedad*. Lima, número 49, pp. 191.

destine los recursos públicos a la producción de bienes y servicios que pueden ser provistos por la actividad privada, en lugar de atender otras necesidades de la sociedad insatisfechas ante la ausencia de oferta privada suficiente.

(...)

33. Como lo señalan distintos autores, una razón adicional que sustenta que la actividad empresarial estatal sea solo subsidiaria es que, por lo general, la participación del Estado tiende a distorsionar la leal competencia en mayor o menor medida. Así, cuando el Estado concurre con privados, su permanencia suele depender de un esquema competitivo desleal que le permite actuar en una situación de ventaja artificial sobre sus competidores: pueden acceder a privilegios de financiación con respaldo de los fondos públicos (subsidios), pueden ofrecer precios por debajo de determinados niveles de costos, podrían percibir ampliaciones de capital para soportar los déficits que su gestión genera, no incurren en costos fijos pues en algunos casos se limitan a usar la infraestructura estatal instalada para prestar el servicio y, en otro grupo de casos, pueden percibir privilegios jurídicos respecto de los particulares”<sup>58</sup> [énfasis agregado].

En efecto, este principio permite (i) controlar la actuación del Estado y que no se destine los recursos públicos a la producción de bienes o servicios que pueden ser brindados por los privados, y (ii) que no se distorsione el proceso competitivo, ya que el Estado estaría compitiendo deslealmente con una “ventaja competitiva”.

68. Esto también ha sido verificado por Bullard en los siguientes términos:

“Si el Estado usa los impuestos para financiar su propia actividad empresarial, genera dos efectos claramente nocivos: (1) deja de financiar los bienes y servicios que debería (como infraestructura básica, programas sociales, de salud y educación), con lo que el cobro del tributo es, en realidad, para esquilmar indebidamente al contribuyente y perjudicar al ciudadano: (2) compite deslealmente con el sector privado, porque usa “dinero gratis”, proveniente del erario público (es decir, de nuestros impuestos) para subsidiar su actividad empresarial, que limita la entrada o saca del mercado a los inversionistas privados que no pueden tener la ventaja de obtener ese dinero gratis”<sup>59</sup> [énfasis agregado].

---

<sup>58</sup> INDECOPI. Resolución No. 112-2019/SDC-INDECOPI emitida por la Sala. Resolución: 06 de junio de 2006. Consulta: 22 de noviembre de 2020.  
[https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal\\_sala\\_def\\_comp.seam](https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam)

<sup>59</sup> BULLARD, Alfredo. “El Otro Pollo. La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad”. En: *Circulo de Derecho Administrativo*. Lima, número 10, pp. 200.

69. En ese sentido, ¿en qué situaciones o cómo puede intervenir el Estado en el mercado? Para ello, el artículo 60 de la Constitución de 1993 ha dispuesto lo siguiente:

*“Artículo 60.-*

*El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.*

*Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.*

*La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal” [énfasis agregado].*

70. Para que el Estado intervenga en el mercado tiene que cumplir con los siguientes requisitos: (i) una ley debe autorizar la actividad empresarial, (ii) la actividad empresarial debe ser subsidiaria, y (iii) dicha actividad debe darse por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Una vez que se cumplan, de forma conjunta, dichos requisitos, el Estado podrá intervenir directamente en el mercado como un privado.

71. Teniendo ello en cuenta, el encargado de fiscalizar el cumplimiento del artículo 60 de la Constitución de 1993 es el INDECOPI, a través de su procedimiento de competencia desleal en la modalidad de violación de normas regulado en la Ley de Competencia Desleal.

### **C. Sobre el análisis que realiza el INDECOPI para determinar que una conducta transgrede el artículo 14.3 del Ley de Competencia Desleal**

72. En junio de 2008, se emitió la Ley de Competencia Desleal que tuvo como finalidad la protección del proceso competitivo mediante la represión de conductas desleales, tal como ha sido reconocido en su Exposición de Motivos:

*“De acuerdo artículo 1 del Decreto "Legislativo, la finalidad de la Ley de Represión de la Competencia Desleal es reprimir todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. En este punto, cabe resaltar el concepto de “proceso competitivo” como bien jurídico tutelado por la ley. Y es que la protección de este proceso tiene como correlato la procura de eficiencia económica en el mercado y de bienestar para los consumidores”<sup>60</sup> [énfasis agregado].*

---

<sup>60</sup> Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal.

73. La Ley de Competencia Desleal señala diversas conductas que califican como actos de competencia desleal, tales como actos de engaño, actos de confusión, actos de denigración, actos de violación de secretos empresariales, actos en contra del principio de legalidad, actos de violación de normas, entre otros.
74. El artículo 14 de la Ley de Competencia Desleal señala 2 formas que pueden configurar como actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, que son (i) violación de una norma imperativa, y (ii) la actividad empresarial desarrollada por el Estado infringiendo el artículo 60 de la Constitución de 1993.

Para efectos del presente caso, nos concentraremos en analizar esta segunda forma.

75. En atención a ello, para que se configure una infracción de este tipo, el artículo 14.3 de la Ley de Competencia Desleal ha dispuesto lo siguiente:

***“Artículo 14.- Actos de violación de normas.-***

*14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.*

*14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial” [énfasis agregado].*

De esta forma, una vez que se determine que (i) el Estado realiza una actividad empresarial, y (ii) que esta actividad no cumple con los requisitos regulados en el artículo 60 de la Constitución de 1993, se habrá configurado una infracción al artículo 14.3 de la Ley de Competencia Desleal. Cabe precisar que, no se exige que se acredite la adquisición de una ventaja competitiva.

76. En la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal, se ha expuesto lo siguiente respecto a la inclusión del artículo 14.3:

*“(…) el Estado solamente debe intervenir realizando actividad empresarial en aquellos sectores en que los privados, por sí solos, no son capaces de satisfacer la demanda de bienes o servicios relevantes para la sociedad en su conjunto. Al respecto, cabe señalar que la actividad empresarial del Estado que no se ajuste a lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, estará afectando indebidamente los derechos constitucionales a la*

*libre iniciativa privada y a la libertad de empresa, situación que busca evitar el Decreto Legislativo considerando dicha situación como un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas*<sup>61</sup>. [énfasis agregado].

77. En los Lineamientos sobre Competencia Desleal y Publicidad Comercial emitidos por el INDECOPI mediante Resolución No. 001-2018-LIN/INDECOPI (en adelante, los “Lineamientos del INDECOPI”) se ha señalado lo siguiente sobre esta modalidad de competencia desleal:

*“Conforme a lo establecido en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o una empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por la Comisión. En este caso, dicho supuesto normativo establece que no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial.*

(...)

*Al respecto, en los mercados el Estado puede intervenir cumpliendo diversos roles. (...). Y otro rol, como un ofertante de bienes y servicios, es decir, desarrollando actividades económicas. En este último caso, es el que corresponde a la denominada actividad empresarial. En esta faceta, el Estado asume la titularidad y gestión de los medios de producción y participa como un proveedor más, esto es, proveer a la población de algún producto o servicio determinado*<sup>62</sup> <sup>63</sup> [énfasis agregado].

78. En esa misma línea, los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de la Competencia Desleal en el Ámbito de las Telecomunicaciones emitidos por el OSIPTEL mediante Resolución No. 007-2016-TSC/OSIPTEL (en adelante, los “Lineamientos del Osiptel”) señalan que:

*“Finalmente, en los casos en que se denuncie como un acto desleal por violación de normas el desarrollo de actividad empresarial por una entidad pública o empresa estatal que está infringiendo el artículo 60° de la Constitución Política, para determinar la violación de la norma imperativa, el OSIPTEL evaluará si la actividad empresarial en referencia incumple con*

---

<sup>61</sup> Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal.

<sup>62</sup> Criterio desarrollado en la Resolución No. 0581-2015/SDC-INDECOPI emitida por la Sala.

<sup>63</sup> INDECOPI. Resolución No. 001-2018-LIN/INDECOPI. Resolución: 26 de diciembre de 2018. Consulta: 22 de noviembre de 2020.  
<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/lineamientos-generales-para-la-aplicacion-de-las-normas-de-r-resolucion-no-077-2016-cdosiptel-1396244-1/>

*lo dispuesto en dicho artículo. Cabe destacar que dicho artículo establece la necesidad de contar con autorización expresa, motivo por el cual descartaría autorizaciones tácitas u obtenidas mediante interpretaciones análogas o extensivas de la habilitación original”<sup>64 65</sup>.*

79. De esta forma, para que la entidad administrativa, ya sea el INDECOPI o el OSIPTEL, pueda determinar que el Estado realiza actividad empresarial infringiendo el artículo 14.3 de la Ley de Competencia Desleal se debe analizar los requisitos señalados en el artículo 60 de la Constitución de 1933. Estos son: que se cuente con una ley expresa, que la actividad empresarial sea subsidiaria, y que esta debe darse por razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.
80. Sin perjuicio de ello, ¿qué sucede si no se cumple con el segundo o tercer requisito? O ¿cuál sería la consecuencia de que uno o ambos de estos requisitos no se puedan verificar cuando el INDECOPI o el OSIPTEL realice el análisis?

La respuesta a estas interrogantes será que la entidad administrativa deberá declarar fundada la denuncia, imponer una sanción y dictar una medida correctiva (que sería el cese definitivo del acto de competencia desleal). Esto ha sido precisado por el INDECOPI:

*“34. El INDECOPI, a través de la Comisión y de la Sala, es la autoridad encargada de reprimir todos los actos o conductas de competencia desleal previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, vía la imposición de sanciones y la implementación de medidas correctivas idóneas que permitan revertir la distorsión causada y restablecer la leal competencia en el mercado”<sup>66</sup>.*

81. Pero, para que la entidad administrativa llegue a esta decisión, habría ejercido una facultad que no posee: me refiero al control difuso de constitucionalidad.

Por ejemplo, si tenemos una ley que autoriza una actividad empresarial, pero esta no cumple con ser subsidiaria o no posea un alto interés público, la decisión del INDECOPI sería el cese definitivo de la actividad empresarial.

---

<sup>64</sup> Sobre el particular, ver la Resolución No. 3134-2010/SC1-INDECOPI emitida por la Sala. Dicho caso fue iniciado por denuncia de Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra Universidad Nacional del Altiplano - Puno.

<sup>65</sup> OSIPTEL. Resolución No. 007-2016-TSC/OSIPTEL emitida por el Tribunal. Resolución: 24 de junio de 2016. Consulta: 22 de noviembre de 2020.  
<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/lineamientos-generales-para-la-aplicacion-de-las-normas-de-r-resolucion-no-077-2016-cdosiptel-1396244-1/>

<sup>66</sup> INDECOPI. Resolución No. 112-2019/SDC-INDECOPI emitida por la Sala. Op. Cit.



La única forma para llegar a esta decisión sería que la entidad administrativa realice control difuso de constitucionalidad, ya que estaría inaplicando la ley que autoriza la actividad empresarial.

82. Debemos precisar que, este supuesto solo se presenta cuando no se cumple con el segundo y/o tercer requisito, ya que si la ley expresa (primer requisito) no autoriza la actividad empresarial no se estaría inaplicando dicha disposición, sino que se estaría verificando si existe habilitación o no.

83. Por ejemplo, en la Resolución No. 112-2019/SDC-INDECOPI, se determinó lo siguiente:

*“69. Por lo expuesto, se considera que no existe norma alguna de rango legal que autorice a la Municipalidad a llevar a cabo la actividad empresarial de prestación del servicio de terminal terrestre de alcance regional.*

*70. En consecuencia, este colegiado concluye que ha quedado acreditado que la Municipalidad ha transgredido el artículo 60 de la Constitución y, por ende, ha incurrido en la infracción tipificada en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal”<sup>67</sup> [énfasis agregado].*

84. En este caso, el INDECOPI analizó si la Municipalidad de Canchis tenía una ley que autorice una actividad empresarial consistente en la prestación del servicio de un Terminal Terrestre en la provincia de Canchis. De esta forma, determinó que no existía una norma que habilite dicha actividad.

Cabe precisar que, en este caso, y solo al revisar el primer requisito, no se realiza un control difuso de constitucionalidad, ya que el INDECOPI solo se limita a verificar la existencia de una ley que habilite una actividad empresarial. En ese sentido, y al no existir una ley, no se inaplica alguna disposición legal.

85. Pero esto no sucede cuando existe una ley que autorice la actividad empresarial y se determine que no se cumple con el segundo y/o tercer requisito. En este caso, la única forma para que el INDECOPI sancione y ordene una medida correctiva sería inaplicando la disposición legal.

86. Al respecto, debemos tener en cuenta que una entidad administrativa **no** tiene facultades para realizar control difuso de constitucionalidad y así inaplicar una disposición con rango legal.

87. En la Sentencia del TC recaída en el Expediente No. 04293-2012-PA/TC (Caso Consorcio Requena), se ha resuelto lo siguiente:

---

<sup>67</sup> INDECOPI. Resolución No. 112-2019/SDC-INDECOPI emitida por la Sala. Op. Cit.

*“34. Atendiendo a lo expuesto, el Tribunal Constitucional llega a la conclusión de que tal precedente desnaturaliza una competencia otorgada por la Constitución al extender su ejercicio a quienes no están incursos en la función jurisdiccional y que, conforme a la Constitución, carecen de competencia para ejercer el control difuso de constitucionalidad. En consecuencia, en ningún caso, los tribunales administrativos tienen la competencia, facultad o potestad de ejercer tal atribución, por lo que corresponde dejar sin efecto el precedente vinculante citado.*

(...)

*HA RESUELTO*

(...)

*4. **DEJAR SIN EFECTO el precedente vinculante contenido en la STC 03741-2004-PA/TC, conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública a inaplicar una disposición infra constitucional** cuando considere que ella vulnera manifiestamente la a por la forma o por el fondo”<sup>68</sup> [énfasis agregado].*

88. De esta forma, el TC ha determinado que una entidad administrativa no posee la facultad de hacer control difuso de constitucionalidad. Asimismo, se revocó el precedente vinculante contenido en el Sentencia 03741-2004-TC (Caso Salazar Yarlequé).
89. Es más, el INDECOPI es consciente de este problema, pero no lo reconoce en su totalidad. Por ejemplo, en la Resolución No. 3134-2010/SC1-INDECOPI que aprobó un precedente de observancia obligatoria vinculado con el análisis de artículo 14.3 de la Ley de Competencia Desleal (en adelante, la “Resolución 3134”) se dispuso lo siguiente:

*“126. En conclusión, la evaluación de lo que debe entenderse por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional es un aspecto que no corresponde al INDECOPI, siendo que el contenido de dichos conceptos debe ser dado por el Congreso de la República con oportunidad de la emisión de la ley expresa en virtud de la cual queda autorizado el desarrollo de la actividad empresarial.*

*127. Por ello, cuando el parlamento expida la ley autoritativa y exprese en ella las condiciones de interés público o conveniencia nacional que sustentaron su aprobación, se entenderá cumplido el requisito. No obstante, cuando del texto de la ley que autoriza el desempeño de la actividad empresarial no se advierta la referencia a la justificación de interés público*

---

<sup>68</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 04293-2012-PA/TC. Sentencia: 11 de noviembre de 2003. Consulta: 18 de marzo de 2014.  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04293-2012-AA.pdf>

*o conveniencia nacional, se verificará el incumplimiento del tercer y último requisito previsto en el artículo 60 de la Constitución”<sup>69</sup> [énfasis agregado].*

De esta forma, el INDECOPI precisa que el análisis que realizará respecto al alto interés público o manifiesta conveniencia nacional se limitará a verificar si la ley autoritativa ha incluido o no una justificación al respecto.

90. Este aspecto es muy importante y debe ser tomado en cuenta, ya que el INDECOPI reconoce que no posee facultades para poder entrar a analizar este requisito. Ello debido a que, este fundamento de interés público debe ser dado por el Congreso de la República.
91. En la Sentencia del TC, recaída en el Expediente No. 090-2004-AA/TC se expuso lo siguiente sobre el interés público:

*“El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.*

(...)

*Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo”<sup>70</sup> [énfasis agregado].*

92. De esta forma, este concepto, al ser un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico, opera como una proposición ético-política que fundamenta las decisiones gubernamentales y, además, determina en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, autorizar, permitir o anular algo.

Es por ello que la valoración, respecto a cuál es el fundamento de interés público en un caso en concreto, se debe dar por una Ley del Congreso en este tipo de casos.

93. Si bien el INDECOPI ha reconocido que no tiene competencia para poder analizar el requisito de interés público, considero que el análisis desarrollado en la

---

<sup>69</sup> INDECOPI. Resolución No. 3134-2010/SC1-INDECOPI emitida por la Sala. Resolución: 29 de noviembre de 2010. Consulta: 22 de noviembre de 2020.  
[https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal\\_sala\\_def\\_comp.seam](https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam)

<sup>70</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 090-2004-AA/TC. Sentencia: 5 de julio de 2004. Consulta: 22 de noviembre de 2020.  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Resolución 3134 no ha terminado por desarrollar todos los aspectos que involucra analizar este tipo de infracciones a la Ley de Competencia Desleal.

Me refiero, a lo que ya hemos venido discutiendo, respecto a qué sucede cuando no se puede verificar el segundo y/o tercer requisito del artículo 60 de la Constitución de 1993.

94. Este aspecto debió ser desarrollado o al menos se debió exponer qué tipo de análisis debería realizar el INDECOPI en estos supuestos. Sin perjuicio de ello, considero que la forma en cómo ha sido estructurado este procedimiento, no permite realizar un análisis de fondo completo y la decisión que se emita podría adolecer graves vicios de nulidad.
95. Si bien en el presente caso se declaró infundada la denuncia por parte de la Clínica Santa Teresa ya que la Sala determinó que se cumplían los 3 requisitos dispuestos por el artículo 60 de la Constitución, ¿cuál habría sido la consecuencia si el segundo o tercer requisito no se habrían acreditado en el este caso?

La respuesta ante ello, hubiese tenido que ser la inaplicación de la Ley que habilita al INEN a realizar actividad empresarial.

96. Sin perjuicio de ello, y con la finalidad de poder desarrollar los problemas jurídicos del presente expediente, a continuación los desarrollaré y expondré mi posición en cada caso.

## **VI. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE**

### **A. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: ¿El SBTD que brinda el INEN es una actividad empresarial?**

97. En este caso, el INDECOPI hizo un análisis muy detallado respecto a si el SBTD brindado por el INEN constituía una actividad empresarial. Para ello se consideró importante determinar qué tipo de rol cumplía el INEN al brindar el SBTD, ya que el Estado puede cumplir diferentes roles:

*“27. El Estado puede intervenir en los mercados cumpliendo diversos roles. Así, puede actuar a título de autoridad, definiendo los términos de acceso a las actividades, regulando las obligaciones y derechos de los agentes, supervisando y fiscalizando que el comportamiento de las unidades económicas se arregle al ordenamiento y resolviendo los conflictos que puedan surgir.*

28. Sin embargo, el Estado también puede intervenir en los mercados participando en calidad de agente económico, como comprador u ofertante de bienes y servicios”<sup>71</sup> [énfasis agregado].

Este último supuesto corresponde a la actividad empresarial, y solo en este caso el INDECOPI tiene competencia para analizar la conducta. Es por ello que es fundamental determinar, para efectos del presente caso, qué tipo de rol cumple el INEN cuando brinda el SBTD.

98. En la Resolución 3134, la Sala determinó que el criterio<sup>72</sup> que se debe aplicar para determinar si una actividad es empresarial es el siguiente:

*“37. Ahora bien, se incluirá dentro de la categoría de actividad empresarial toda actuación estatal que se encuentre dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, siempre y cuando no constituya el ejercicio de alguna potestad de imperium ni califique como prestación asistencial. Asimismo, la actividad empresarial es independiente del ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio”<sup>73</sup> [énfasis agregado].*

De esta forma, el concepto de actividad empresarial del Estado viene dado por toda actuación estatal que se dirija a producir, distribuir, desarrollar o intercambiar productos o servicios. Pero, sin que esto constituya una potestad de *ius imperium* ni califique como una prestación asistencial. Asimismo, se ha precisado que el análisis se tiene que realizar de forma independiente al ánimo de lucro<sup>74</sup> o de la forma jurídica que se adopte.

99. El concepto de actividad empresarial construido por el INDECOPI es a partir de descartar que el Estado no actúa en base a su *ius imperium* o constituye una prestación asistencial. Tal como lo menciona Bullard, este concepto es fácil de aplicar cuando nos encontramos ante el ejercicio del *ius imperium* del Estado, pero cuando entramos a analizar la diferencia entre una actividad empresarial y una prestación asistencial la línea no es muy clara:

---

<sup>71</sup> Criterio desarrollado por el INDECOPI en la Primera Resolución de la Sala.

<sup>72</sup> Este criterio también fue desarrollado en la Primera Resolución de la Sala por el INDECOPI.

<sup>73</sup> INDECOPI. Resolución No. 3134-2010/SC1-INDECOPI emitida por la Sala. Op. Cit.

<sup>74</sup> En la Resolución No. 0134-2017/SDC-INDECOPI, se señaló lo siguiente:

*“A modo de ejemplo, en la Resolución 1382-2007/TDC-INDECOPI del 6 de agosto de 2007, la Sala señaló que el hecho que la Asociación Católica Educativa “Hogar de Cristo” cumpliera un rol humanitario sin ánimo de lucro no constituía un obstáculo para que se le aplique la Ley de Represión de la Competencia Desleal”.*

*“Ello excluye la actividad del Estado en ejercicio de sus potestades públicas. Lo que diga un ministerio al dar una concesión o aplicar una sanción, o la municipalidad al dar una licencia de funcionamiento, por más que distorsionen la competencia, no son actos de competencia desleal. Se excluye por tanto los actos de ius imperium*

*El tema asistencial plantea mayores problemas de definición para diferenciarla de la actividad empresarial. Por ejemplo, un hospital público que cobra una tarifa subsidiada para apoyar a ciertos grupos sociales, ¿es asistencial, empresarial o ambas cosas a la vez?”<sup>75</sup> [énfasis agregado].*

100. En efecto, como será desarrollado más adelante, la línea que diferencia una actividad empresarial de una actividad asistencial muchas veces no es muy clara. De esta forma, y tal como lo propone Bullard en el artículo citado, será importante que se defina esta diferencia en cada uno de los casos que sean analizados por el INDECOPI.

(i) ¿El SBTD es una actividad empresarial?

- *¿Qué es el SBTD que brinda el INEN?*

101. De acuerdo a los descargos del INEN, el SBTD es aquel conjunto de prestaciones brindadas en virtud de un tarifario diferenciado al que acceden las personas con un poder adquisitivo mayor, pues su tarifa es distinta a la regular.

102. En esa línea, en el Primer Informe, la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI, ha determinado lo siguiente sobre el SBTD brindado por el INEN:

*“son todos aquellos servicios de oncología brindados por el INEN por los cuales se cobra una tarifa mayor que a otros tipos de pacientes (pacientes hospitalares, pacientes cubiertos por el Seguro Integral de Salud - S.I.S., pacientes de EsSalud y pacientes sociales), a cambio de lo cual la atención es brindada con un menos tiempo de espera y las hospitalizaciones se realizan en habitaciones privadas”<sup>76</sup>.*

103. Ahora bien, es necesario precisar que el SBTD es un servicio diferente a lo que el INEN brinda en sus prestaciones regulares (pe. mediante el SIS o EsSalud). En términos económico y de competencia, cuando esto sucede, el proveedor del servicio segmenta sus servicios para poder diferenciarlos y dividir su demanda.

---

<sup>75</sup> BULLARD, Alfredo. “El Otro Pollo. La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad”. Op. Cit. pp. 202.

<sup>76</sup> Primer Informe del INDECOPI.

Esto, además, con la finalidad de poder competir en otros mercados y con otros agentes competidores.

104. En el presente caso, cuando el INEN segmenta (es decir, diferencia) el SBTD, lo que genera que es que este servicio se orienta a otra demanda y se produce una diferenciación de sus productos que normalmente brinda. Es por ello, y como ya lo hemos visto, el SBTD es un servicio diferente a las prestaciones regulares que el INEN brinda. Ahora, nos encontramos ante un “servicio Premium” brindado en un establecimiento del Estado, y con infraestructura y con recursos estatales.

105. Teniendo ello en cuenta, analizaremos si este servicio constituye el ejercicio del *ius imperium* o si es una prestación asistencial. En caso no nos encontremos en dichos casos, el SBTD será una actividad empresarial.

- *¿El SBTD brindado por el INEN constituye el ejercicio del ius imperium del Estado?*

106. El Estado, a través de su *ius imperium*, realiza sus funciones y dispone diversas medidas para poder autorregularse y regular a los privados. Comúnmente, este poder es entendido como la soberanía que posee el Estado para poder disponer diversas funciones, como por ejemplo: actividad regulatoria, actividad de fomento, actividad de policía, entre otras.

107. Según García Trevijano, la función que ejerce el Estado a partir de su *ius imperium* es entendida como:

*“aquella que se desarrolla en la consecución de los fines esenciales, en su actividad propiamente soberana; aquella que ya en el siglo XIX era institucionalmente propia del Estado y que se manifiesta fundamentalmente por medio de la normativa jurídica; su titularidad es, por esencia, propia del Estado: así toda actividad legislativa, judicial, y la administrativa de defensa, policial, fiscal y tributaria, certificante, etc.”<sup>77</sup>.*

108. En esa misma línea, Lazarte Molina precisa que, sobre la base de la teoría de la soberanía, el Estado despliega toda su actuación para regular las relaciones entre los privados y cumplir diversas funciones:

*“La teoría de la soberanía definía los actos de autoridad, como todos aquellos realizados por el gobierno en ejercicio de un poder soberano, que distinguía precisamente su actuación de la de los privados. De esta manera, la función legislativa, la labor de policía, la defensa nacional y todas*

---

<sup>77</sup> TREVIJANO, J. A. “Tratado de derecho administrativo”. Madrid: Editorial RDP, 1971, pp. 20.

*aquellas actividades que requiriesen de un poder soberano para poder ser ejercidas en la sociedad, calificaban como actos de autoridad. En tanto actos emanados de un poder soberano, característico solamente del Gobierno, los actos de autoridad debían ser sometidos al Derecho Público y a la competencia de los tribunales administrativos<sup>78</sup>” [énfasis agregado].*

109. Asimismo, el INDECOPI<sup>79</sup> ha señalado lo siguiente:

*“65. La actividad de ius imperium, que por esencia es de titularidad reservada del Estado, tiene entre sus típicas manifestaciones la función legislativa (expedición de normativa de rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional, la impartición de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros ejemplos. Ello, debido a que en esos casos, el Estado desempeña las funciones regulatorias propias del concepto clásico de soberanía”<sup>80</sup> [énfasis agregado].*

110. Teniendo ello en cuenta, podemos apreciar que el SBTD brindado por el INEN no constituye un ejercicio del *ius imperium* del Estado, ello debido a las siguientes razones:

- (i) El SBTD no es un despliegue de las funciones o actividades que realiza el Estado de acuerdo a su soberanía.

En efecto, situación diferente hubiese sido si el INEN ejercería, en este caso, funciones regulatorias o de policía, y sobre la base de ello regularía situaciones entre los privados.

- (ii) Por el contrario, el SBTD es una actividad en donde el INEN brinda un servicio en materia oncológica a las personas bajo un tarifario diferenciado.

---

<sup>78</sup> LAZARTE, Jorge. “El concepto de servicio público en el derecho peruano”. En *IUS ET VERITAS*. Lima, número 26, pp. 69.

<sup>79</sup> En esa línea, en la Resolución 3134, el INDECOPI ha precisado lo siguiente:

*“32. En primer término, la actividad empresarial debe diferenciarse de la denominada “actividad estatal de autoridad pública”, que es aquella que se manifiesta en el ejercicio estatal de ius imperium o atribuciones soberanas. Esta actividad, que por esencia es de titularidad reservada del Estado, tiene entre sus típicas manifestaciones la función legislativa (expedición de normativa de rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional, la impartición de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros ejemplos.*

*33. En esos casos, el Estado desempeña las funciones regulatorias inmanentes al concepto clásico de soberanía” [énfasis agregado].*

<sup>80</sup> INDECOPI. Resolución No. 1604-2013/SDC-INDECOPI emitida por la Sala. Resolución: 1 de octubre de 2013. Consulta: 22 de noviembre de 2020.

[https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal\\_sala\\_def\\_comp.seam](https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam)



De esta forma, el INEN, en base a la soberanía, no regula las situaciones de los privados, sino que se limita a ofertar un servicio en el mercado.

111. En ese sentido, el INEN no ejerce el *ius imperium* del Estado en el presente caso, por el contrario el INEN concurre al mercado para ofertar un servicio a los privados por una contraprestación. Además, el SBTD tiene como finalidad abastecer una demanda de los privados.
112. Teniendo ello en cuenta, me encuentro de acuerdo con la posición del INDECOPI (en cada una de las 4 Resoluciones) al determinar que el SBTD no es el ejercicio del *ius imperium* del Estado.
- *¿El SBTD brindado por el INEN constituye una prestación asistencial brindada por el Estado?*
113. En esta parte del análisis el INDECOPI ha sido muy detallado y cuidadoso, ya que el SBTD podría ser considerado como una actividad asistencial que brinda el Estado, a través del INEN, para los pacientes oncológicos. En efecto, la línea que diferencia lo asistencial de una actividad empresarial en este caso no es clara.
114. Cabe precisar que, el Estado debe tener un mandato constitucional para poder desarrollar dicha actividad. Por ejemplo, los artículos 7 y 9 de la Constitución de 1993 disponen lo siguiente:

*“Artículo 7.-*

*Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”* [énfasis agregado].

*“Artículo 9.- Política Nacional de Salud*

*El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud”* [énfasis agregado].

115. En efecto, el Estado tiene un mandato constitucional en materia de salud, ello con la finalidad de garantizar el acceso de la población a un servicio de salud. Es por ello que, en el presente caso el SBTD brindado por el INEN podría calificar como una actividad de corte asistencial en tanto se sustenta en la protección del derecho a la salud.

116. Asimismo, en la Primera Resolución de la Comisión<sup>81</sup>, el INDECOPI cita a Kresalja y Ochoa:

*“Por su parte, Kresalja y Ochoa reconocen que las prestaciones asistenciales constituyen la materialización de la cláusula de Estado Social de Derecho contemplada en el artículo 43 de la Constitución Política del Perú. Para estos autores, “(...) en el Estado Social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para atender sus necesidades vitales”<sup>82</sup> [énfasis agregado].*

117. Teniendo ello en cuenta, el SBTD, de un análisis preliminar, calificaría como un servicio de corte asistencial, ya que se orienta a brindar acceso a la población al servicio de atención en materia oncológica.
118. No obstante, debemos hacer una diferenciación entre estas prestaciones asistenciales (lo que administrativamente se conoce como servicios públicos sociales) y una actividad empresarial. En la Primera Resolución de la Sala, el INDECOPI precisó lo siguiente respecto a esta distinción:

*“39. El hecho que el aparato estatal se encuentre en la obligación de brindar estos servicios a los ciudadanos más necesitados bajo el rasgo de continuidad y universalidad provoca que sobre este tipo de prestaciones no sea viable aplicar el mandato de subsidiariedad previsto en el artículo 60 de la Constitución. En efecto, si el objeto del análisis de subsidiariedad económica consiste en identificar aquellas actividades estatales en las que es oportuno que el Estado deje de brindar el producto o servicio por existir oferta privada suficiente, en el caso de los servicios asistenciales no cabe hacer este análisis por la sencilla razón que el Estado no tiene más opción que brindar el servicio. De otro modo, estaría rehuyendo del cumplimiento de una obligación prevista por disposición constitucional”<sup>83</sup> [énfasis agregado].*

119. Al respecto, Quiñonez Alayza señala lo siguiente:

*“En mi opinión, el criterio utilizado por INDECOPI para diferenciar un servicio público social de una actividad empresarial es acertado. Los artículos 9° al 11° de la Constitución, atribuyen al estado un rol de*

---

<sup>81</sup> Primera Resolución de la Sala.

<sup>82</sup> BALDO, Kresalja y OCHOA, César. *Derecho Constitucional Económico 2009*. Op. Cit. pp. 239.

<sup>83</sup> Primera Resolución de la Sala.

facilitador y garante del acceso universal y equitativo a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas.

Consiguientemente, un servicio médico que esté disponible solo para quienes puedan pagar por él (como es el caso de los servicios bajo tarifario diferenciado) no cumple con la finalidad de garantizar el acceso universal y equitativo de todos los ciudadanos a un servicio considerado esencial se trata, por ende, de una actividad empresarial, que busca ofrecer un servicio a un determinado segmento de la población.

*Distinto sería el caso si los hospitales públicos prestaran estos servicios a todos los ciudadanos, con un solo tarifario (con independencia de que este cubra el coste o no del servicio) pero garantizando que quienes acrediten su imposibilidad de pago tengan derecho a ser atendidos gratuitamente, o a una tarifa reducida. Porque un servicio Público social no tiene que ser gratuito, ni subsidiar a toda la población, pero sí debe estar disponible para quienes no puedan pagar por él y aplicarse en condiciones de equidad”<sup>84</sup> [énfasis agregado].*

120. En efecto, existe una distinción marcada entre lo que constituye una prestación asistencial y la actividad que desarrolla el INEN. Mientras que la primera se orienta a cumplir el acceso universal y equitativo a la prestación de un determinado servicio o producto (pe. salud o educación), por el lado del INEN no se cumple con brindar el servicio de forma universal y equitativa ya que solo se limita a ofertar un servicio diferenciado a un determinado segmento de la población bajo un tarifario diferenciado.

Además, debemos tener en cuenta que, el INEN ya brinda un servicio asistencial a las personas de bajos recursos, y el SBTD se orienta a la población con mayor poder adquisitivo. Es por ello que, incluso los servicios y la calidad de la atención en el SBTD es mejor a las prestaciones regulares que brinda el INEN.

121. Asimismo, debemos tomar en cuenta que, mediante la Resolución Ministerial No. 899-2019/MINSA se aprobó los “Lineamientos de la Política Tarifaria del Sector Salud”, el cual dispone lo siguiente:

### **III. OBJETIVO**

**Establecer los Lineamientos de Política Sectorial para la determinación y actualización de las tarifas de los procedimientos médicos y sanitarios en las IPRESS a nivel nacional, en un marco de equidad, solidaridad, sostenibilidad, eficiencia, transparencia y calidad de atención.**

<sup>84</sup> QUIÑONES, Maria. “Actividad Empresarial del Estado, Competencia Desleal y Servicios Públicos”, Op. Cit. pp. 65-69. .

## 6.2 PRINCIPIOS DE LA POLÍTICA TARIFARIA.

La Política Tarifaria en el Sector Salud se sustenta en los siguientes principios:

### 6.2.1 CALIDAD

Busca satisfacer o superar las expectativas de la persona que recibe el servicio de salud de una manera adecuada, teniendo siempre un estándar de servicio como referencia, que sea factible de alcanzar.

### 6.2.3 EQUIDAD

Las personas deben ejercer sus derechos y obligaciones de un modo que se considere justo e igualitario, sin importar al grupo o clase social al que pertenecen, por lo que se deben tomar medidas para evitar situaciones de desigualdad injustas. El estado debe garantizar la oportunidad que todo ciudadano tiene para acceder a los servicios esenciales de salud, en especial a los sectores más pobres y vulnerables del país, con el cual podrán desarrollar su potencial y alcanzar así una vida saludable.

### 6.2.8 UNIVERSALIDAD

Toda la población cuenta con acceso a los servicios de salud sin ninguna discriminación

De acuerdo a estos Lineamientos, se ha dispuesto que todas las IPRESS, UGIPRESS e IAFAS públicas se encuentren sujetas a que las prestaciones de salud se den de forma equitativa y de forma universal a todas las personas. No cabe hacer distinciones o brindar tratos de forma desigual entre las personas.

Si bien es cierto que este documento reconoce que se puede variar las tarifas de los pacientes, no cabe hacer algún tipo de distinción en cuanto a la prestación de salud. Esto a diferencia a lo que sucede con el INEN, en donde se paga una tarifa mayor por recibir un servicio premium.

122. En ese sentido, en la Primera Resolución de la Sala, se puede apreciar el análisis que realiza el INDECOPI para poder hacer esta diferenciación. A mi criterio y aplicando el criterio desarrollado por el INDECOPI, comparto su al haber determinado que el INEN no desarrolla una actividad asistencial.
123. En la Primera Resolución de la Sala, el INDECOPI resuelve determinar lo siguiente:

*“136. (...) al “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” como una actividad que no cumple con la calificación de asistencial, **al no estar diseñada para satisfacer el acceso a una prestación de salud mínima bajo el rasgo de universalidad.***

*137. Por consiguiente, es relevante precisar que el propio modelo de operación del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” del INEN*

demuestra que esta actividad no cubre una necesidad asistencial universal, al no ser una prestación destinada a dar un mínimo de salud a toda la colectividad, siendo tan solo una actividad diferenciada dirigida a un grupo de usuarios de mayor poder adquisitivo que el de los pacientes regulares” [énfasis agregado].

124. Debemos tomar en cuenta que, en base al principio de primacía de la realidad (artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal), el INDECOPI tiene la potestad de determinar la verdadera naturaleza de las conductas investigadas. Es en base a este principio que podemos concluir que el SBTD brindado por el INEN es una actividad empresarial.

125. En ese sentido, por la forma en cómo el INEN brinda el SBTD a la población, se entiende que se encuentra orientado a cubrir una demanda de la población bajo un tarifario diferenciado, sin que esto cumpla con ser universal y equitativo. Con lo cual, no realiza una actividad de corte asistencial.

Además, debemos precisar que este “servicio Premium” no está disponible para toda la población en términos de equidad, debido a que solo pueden acceder las personas con mayores recursos y hasta las empresas aseguradoras han incluido al INEN dentro de sus redes de atención. Con lo cual, el INEN, usa infraestructura pública, para brindar el SBTD solo a las personas que pueden pagar por este servicio.

126. Sin perjuicio de ello, cabe hacer una distinción adicional que ha sido desarrollada en la doctrina y sobre la cual el INDECOPI no se ha pronunciado en sus resoluciones, me refiero a los servicios públicos económicos.

127. Al respecto, Gaspar Ariño<sup>85</sup> señala que un servicio público económico es:

“aquella actividad propia del Estado o de otra Administración Pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de Derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social” [énfasis agregado].

128. Sobre la base de ello, ese tipo de servicios son brindados por delegación a los privados para que estos puedan ejecutarlos. Es por ello que, en estos casos, el Estado se limita a cumplir un rol de garante y supervisor.

---

<sup>85</sup> ARIÑO, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: Ara Editores, 2004, pp. 564.

129. Sobre el particular, Danós Ordoñez ha señalado cómo se encuentran regulados este tipo de servicios en base a la Constitución de 1993:

*“De un lado, el Estado asume la titularidad del servicio en cuestión, pero no para apropiarse de la actividad o para extraerla del mercado por la vía de impedir que los particulares puedan prestarlo, ya que la asunción de titularidad solo implica una toma directa de la responsabilidad por parte del Estado, que no se apropia materialmente de la actividad calificada como servicio público.*

*De ahí que aunque la titularidad del Servicio Público sea estatal, la ejecución de la actividad (la prestación del Servicio Público) tenga que estar a cargo de empresas particulares y que, por aplicación del precepto constitucional que consagra el principio de subsidiariedad, la intervención estatal en el plano de la gestión se restrinja a los supuestos de ausencia o insuficiencia de las prestaciones gestionadas por los privados, cediendo el Estado el protagonismo en la prestación a favor de los operadores particulares”<sup>86</sup> [énfasis agregado].*

130. Por ejemplo, en los Lineamientos del INDECOPI se ha señalado lo siguiente:

*“En particular, se ha considerado que la figura de la concesión obedece a una manifestación de voluntad por parte de la Administración Pública que se exterioriza a través de un acto administrativo, en atención al cual el Estado faculta a un privado a construir y operar una determinada obra pública de infraestructura o a prestar un servicio público, por lo que respecto de la naturaleza de la concesión se ha concluido que la actuación del Estado en estos casos responde a un ejercicio de poder y no así a una actividad empresarial.*

*A manera de ejemplo, en un caso donde una Municipalidad Provincial que convocó y celebró una licitación pública con el objeto de entregar en concesión la construcción, operación y mantenimiento de un Terminal Terrestre de Pasajeros, se consideró que dicha conducta no calificaba como actividad empresarial estatal, debido a que se verificó que era un agente privado quien asumía la gestión y el riesgo del negocio, y no así la entidad municipal”<sup>87 88</sup> [énfasis agregado].*

131. Si bien el Estado posee la titularidad de este tipo de servicios, su intervención no se extiende a proveerlos o a ejecutarlos. Estos servicios se encuentran a cargo de los

---

<sup>86</sup> DANÓS, Jorge. “El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución Peruana”. En: *Thémis* 55, pp. 259.

<sup>87</sup> INDECOPI. Resolución No. 001-2018-LIN/INDECOPI emitida por la Sala. Op. Cit.

<sup>88</sup> Ver: Resolución No. 1604-2013/SDC-INDECOPI y Resolución No. 0106-2017/CCD-INDECOPI.

privados. Es por ello que, y en tanto el Estado no los ejecute, estos servicios no se encuentran dentro del análisis de subsidiariedad regulado en el artículo 60 de la Constitución de 1993.

132. Teniendo ello en cuenta, la actividad desarrollada por el INEN no es asistencial. Por lo tanto, considero que el criterio aplicado por el INDECOPI y el análisis desarrollado en sus resoluciones permite concluir que el SBTD brindado por el INEN no es asistencial.

En ese sentido, a continuación, se desarrollará las razones por las cuales el SBTD brindado por el INEN es una actividad empresarial.

- *¿El SBTD brindado por el INEN constituye una actividad empresarial del Estado?*

133. De acuerdo a lo desarrollado en la Primera Resolución de la Sala, para el INDECOPI una actividad es empresarial cuando concurren los siguientes elementos:

- (i) La actividad será empresarial cuando el Estado provea un producto o servicio al mercado, sin que esto constituya un ejercicio de *ius imperium* o sea de carácter asistencial.
- (ii) No se requiere que la actividad tenga una rentabilidad, ya que el concepto de actividad empresarial no requiere que se obtenga un beneficio económico para el ente estatal<sup>89</sup>.
- (iii) Es indistinto la forma jurídica que adopte la entidad estatal para brindar el servicio o el producto<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Ello de acuerdo al artículo 3 de la Ley de Competencia Desleal:

***“Artículo 3.- Ámbito de aplicación subjetivo.-***

*3.1.- La presente Ley se aplica a todas las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades, de derecho público o privado, estatales o no estatales, con o sin fines de lucro, que oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados o agremiados realicen actividad económica en el mercado. En el caso de organizaciones de hecho o sociedades irregulares, se aplica sobre sus gestores” [énfasis agregado].*

<sup>90</sup> La Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI ha precisado lo siguiente:

*“La actividad empresarial del Estado puede desarrollarse a través de alguna forma jurídica reconocida por la Ley General de Sociedades, es decir, mediante sociedades formalmente constituidas, o sino, directamente a través de entidades del sector público que realizan actividades comerciales a través de organismos que forman parte de la administración pública y que venden productos o servicios”.*

En: Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI. Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Banco de la Nación S.A. Informe No. 045-2002/GEE.

Sobre la base de ello, el INDECOPI resolvió determinar que el SBTD brindado por el INEN es una actividad empresarial. A continuación, se expondrá cuál fue el análisis realizado por el INDECOPI junto a mi posición personal.

134. Como ya fue desarrollado en las secciones anteriores, el SBTD brindado por el INEN no califica como el ejercicio del *ius imperium* del Estado y tampoco es una actividad asistencial. De acuerdo a ello, se podría concluir que nos encontramos ante una actividad empresarial, ya que el criterio que aplica el INDECOPI es uno de “descarte”.

En efecto, para el INDECOPI, si una actividad no constituye *ius imperium* ni es asistencial, entonces nos encontramos ante una actividad empresarial. Sin perjuicio de ello, considero que es necesario justificar las razones por las cuales constituye una actividad empresarial, análisis que no fue realizado a detalle por el INDECOPI.

135. Ahora bien, considero que el SBTD brindado por el INEN es una actividad empresarial por las siguientes razones (ello habiendo ya verificado que no constituye el ejercicio del *ius imperium* ni es asistencial):

- (i) El SBTD es brindado a las personas que pueden acceder al servicio:

De acuerdo a las Resoluciones del INDECOPI, el SBTD es brindado a las personas que pueden acceder a este servicio, de acuerdo a un tarifario diferenciado.

En el Primer Informe, se precisó que los servicios brindados en el SBTD por el INEN “son todos aquellos servicios de oncología brindados por el INEN por los cuales se cobra una tarifa mayor que a otros tipos de pacientes, a cambio de lo cual la atención es brindada con un menos tiempo de espera y las hospitalizaciones se realizan en habitaciones privadas”<sup>91</sup> [énfasis agregado].

Según el siguiente cuadro, se puede apreciar que el número de consultas externas atendidas por el INEN se ha multiplicado desde el 2011:

---

<sup>91</sup> Primer Informe del INDCOPI.



Grupos de Pacientes	2011	2012	2013 <sup>a/</sup>	2014	2015	Total	Porcentaje
SIS <sup>1/</sup>	143 759	161 191	216 719	250 938	284 187	1 056 794	67,99%
Hospitalar <sup>2/</sup>	82 414	78 619	47 496	32 737	28 054	269 320	17,33%
EsSalud	32 080	35 541	36 667	37 376	36 519	178 183	11,46%
Social <sup>3/</sup>	13 071	8 509	4 523	3 530	2 234	31 867	2,05%
SBTD	2 425	2 977	3 654	3 826	5 182	18 064	1,16%
<b>Total</b>	<b>273 749</b>	<b>286 837</b>	<b>309 059</b>	<b>328 407</b>	<b>356 176</b>	<b>1 554 228</b>	<b>100,00%</b>

*Fuente: Segundo Informe del INDECOPI<sup>92</sup>*

De esta forma, el SBTD no se encuentra diseñado para el acceso universal de las personas, ya que son los mismos pacientes quienes recurren al INEN y pagan los servicios bajo un tarifario diferenciado. Además, existen otras categorías de pacientes que poseen un corte asistencial (como es el caso del SIS, Social, entre otros). Como ya lo vimos, el INEN realizó una segmentación de sus servicios, con la finalidad de poder diferenciar sus servicios y solo cubrir una demanda específica con el SBTD.

Es más, la Directiva del SBTD, aprobada por la Resolución Ministerial 586, ha determinado que el usuario tienen la libertad de elegir por el SBTD, de acuerdo a un tarifario diferenciado:

*“Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado: El conjunto de prestaciones asistenciales brindadas en virtud de un tarifario diferenciado, por los Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, autorizados para tal efecto, en el marco de las prestaciones que regularmente ofertan y a las cuales los usuarios acceden con libertad de elección” [énfasis agregado].*

En esa línea, los pacientes, tanto quienes no tienen póliza contratada como los asegurados, pueden acceder a INEN con libertad de elección, de acuerdo a la Directiva del SBTD:

*“VI.- DISPOSICIONES ESPECÍFICAS.-*

*6.6. GESTIÓN (...)*

*6.6.5. Contratos con Aseguradoras: EsSalud, SOAT, EPS, Privadas, otras.- Se deberán firmar contratos específicos que detallen el tipo de póliza a ser atendida, las tarifas, obligaciones de las partes, procedimiento de auditoría de expedientes, plazos para la solución de observaciones y procedimiento para la solución de controversias”.*

<sup>92</sup> Cuadro 1 del Primer Informe del INDECOPI.

Además, en la Primera Resolución de la Sala, el INDECOPI precisó lo siguiente:

*“el Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado es actividad empresarial por el solo hecho que se estructura como una oferta independiente de los servicios médicos que regularmente se brindan en el INEN, y por la cual cobraba tarifas semejantes a las del sector privado, pero sin incurrir en los costos propios de infraestructura, personal, instrumental quirúrgico, entre otros, por cuanto empleaba los recursos públicos asignados” [énfasis agregado].*

En ese sentido, el SBTD se estructura como una oferta independiente a los servicios médicos que regularmente se brindan en el INEN y se cobra tarifas semejantes a las del sector privado, de acuerdo a los Informes del INDECOPI. Es por ello que, la oferta de este servicio está ideada para poder cubrir una demanda específica.

Es más, y de acuerdo a la fiscalización hecha en el INEN, se verificó que los recursos tecnológicos y humanos son usados para brindar el SBTD, sin la necesidad de que generen gastos adicionales porque se usa infraestructura pública.

(ii) El SBTD no es brindado de forma equitativa a las personas:

En el Segundo Informe, se ha verificado que el SBTD del INEN es el conjunto de servicios oncológicos por los cuales se cobra una tarifa a mayor a un tipo de pacientes respecto de otras categorías. Por ejemplo, y de acuerdo a lo expuesto en el Segundo Informe, se cobra S/ 150 por una consulta ambulatoria especializada frente a los S/ 20.00 para pacientes del seguros públicos y S/ 5.00 para pacientes sin seguro.

La tarifa del INEN se calcula bajo la siguiente formula y de acuerdo al tipo de paciente:

$$\text{Tarifa SBTD del INEN} = \text{Costo total de producción} + \text{Margen adicional}$$

De esta forma, los pacientes poseían diferentes tarifarios para la atención por parte del INEN. Como consecuencia de ello, no existía una igualdad o equidad para el acceso a este servicio. Además, los servicios de acuerdo a cada categoría son diferenciados.

En esa línea, el INDECOPI pudo verificar cómo funcionaba el SBTD dentro del INEN en su visita de supervisión<sup>93</sup>:

*“130. Lo señalado en la Resolución Ministerial 586-2006-MINSA, así como lo constatado por el personal del Área de Fiscalización, confirman que el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” es una prestación de atención médica que el INEN brinda a quienes pagan un monto diferenciado superior al cobrado a los pacientes regulares, y que permite obtener algún tipo de rentabilidad.*

*131. (...) Esto es así pues el INEN lo que hace a través del referido servicio es organizar los medios de producción bajo su titularidad (infraestructura, personal e instrumental quirúrgico) para brindar a favor de pacientes de mayores recursos una prestación de salud neoplásica a cambio de una contraprestación diferenciada superior a la asistencial, lo cual no guarda relación con el desempeño de una función social o asistencial a la cual se encuentre obligado el Estado” [énfasis agregado].*

Con lo cual, el SBTD se encuentra orientado a pacientes quienes pagan un monto diferenciado superior al cobrado a los pacientes regulares. Es más, estas tarifas son superiores a las asistenciales, lo cual no guarda una relación con el desempeño de una función social o asistencial alegada por el INEN. Este fue un argumento que descartó que el SBTD cumple una función asistencial, y por ello constituye una actividad empresarial.

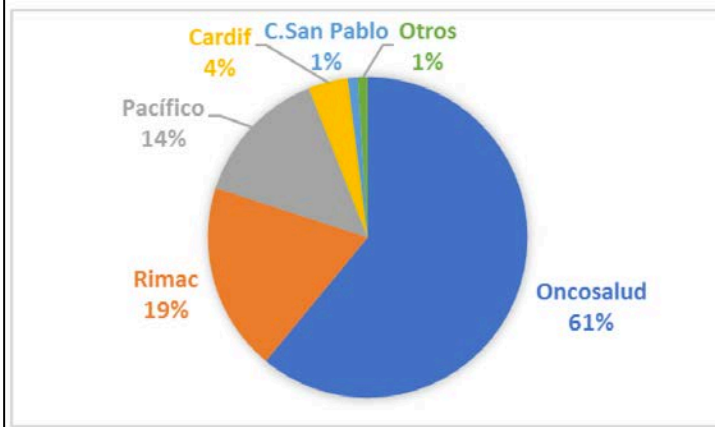
Además, el SBTD es un servicio diferente y premium a lo que normalmente brinda el INEN en sus prestaciones regulares. Este servicio no está disponible para todas las personas que desean atenderse. Es más, y de acuerdo al expediente, diversas compañías de seguros (pe. Oncosalud) tienen al INEN dentro de los establecimientos de atención, y estas empresas usan el SBTD para poder atender a sus pacientes (es decir las pólizas cobran a los pacientes para una atención privada, pero los atienden en el INEN en donde las tarifas se encuentran por debajo del precio del mercado).

En el Perú, casi más del 60% del mercado de seguros en materia oncológica está abarcado por Oncosalud y por otras empresas privadas:

---

<sup>93</sup> Informe de Supervisión del INDECOPI.

**Figura 9. Participación de mercado en soles - Sólo cobertura oncológica**



*Fuente: Análisis Sectorial de Seguros de Salud Oncológicos en el Perú<sup>94</sup>*

Ahora bien, la mayor parte de estas aseguradoras tienen al INEN como un establecimiento en donde se puede atender a sus pacientes, tal como se puede apreciar en el siguiente contrato<sup>95</sup> entre Oncosalud y el INEN:

#### **CONTRATO DE PRESTACIONES DE ASISTENCIA MEDICO QUIRURGICA ESPECIALIZADA**

Conste por el presente documento que se extiende por triplicado, el contrato sobre prestación de servicios de Asistencia Médico Quirúrgica Especializada, que suscriben de una parte ONCOSALUD S.A.C., con domicilio en Av. Guardia Civil # 571 – San Borja, a quien en adelante se denominará **LA COMPAÑIA**, representada por su Director Gerente Sr. Eduardo Gonzales Passano, identificado con D.N.I. N°08232086 y de otra parte el INSTITUTO DE ENFERMEDADES NEOPLASICAS, con domicilio en Av. Angamos Este No. 2520 Surquillo, que en adelante se denominará **EL INEN** representada por su Director General Doctor Edgar Amorín Kajatt, identificado con D.N.I. N°07195306 con arreglo a las estipulaciones siguientes:

<sup>94</sup> ACOSTA-FINETTI, Pamela y MAQUÍN RIVERA, Nancy. *Análisis Sectorial de Seguros Oncológicos en el Perú*. Universidad de Piura. PAD - Escuela de Dirección. Lima: 2019.

<sup>95</sup> Contrato entre Oncosalud y el INEN. Consulta: 4 de abril de 2021.  
[https://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/CONVENIOS/16082016\\_ONCOSALUD%20\(ASISTENCIA%20MEDICO%20QUIRURGICA\).pdf](https://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/CONVENIOS/16082016_ONCOSALUD%20(ASISTENCIA%20MEDICO%20QUIRURGICA).pdf)

**PRIMERA:**

Es objeto del presente contrato la prestación de Servicios Asistenciales Especializados en Oncología, tanto en forma Ambulatoria como Hospitalaria, incluyendo medicinas por parte de **EL INEN** en beneficio de los afiliados por **LA COMPAÑIA**.

**SEGUNDA:**

Por los Servicios mencionados en la cláusula anterior, **EL INEN** cobrará su tarifa vigente a la firma del contrato. El tarifario podrá sufrir incremento, el mismo que deberá ser de conocimiento de **LA COMPAÑIA**, mediante comunicación escrita y con 15 días de anticipación a la entrada de vigencia del mismo.

Es más, el sitio web de Oncosalud se ha incluido al INEN como un establecimiento de atención<sup>96</sup>:

N°	RAZÓN SOCIAL	NOMBRE COMERCIAL
(...)		
48	CLÍNICA LIMATAMBOCAJAMARCA S.A.C.	CLÍNICA LIMATAMBO
49	INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS	INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS
50	INSTITUTO DE CRIOPRESERVACION Y TERAPIA CELULAR S.A.C.	INSTITUTO DE CRIOPRESERVACION Y TERAPIA CELULAR S.A.C.

De esta forma, estas empresas privadas incluyen dentro de su lista de establecimientos de salud al INEN, con la finalidad de poder atender a los pacientes mediante el SBTD. Recordemos que los precios en el SBTD se encuentran por debajo del mercado y además este servicio se presta en condiciones de un servicio Premium.

Esto permite concluir que el SBTD en realidad, por la forma en cómo se presta y es usado por los privados, como una actividad empresarial. Además, debemos considerar que se usa infraestructura pública para poder brindar el servicio, y aún peor los mejores recursos e instalaciones son usados solo para prestar el SBTD.

(iii) El SBTD genera ganancias al INEN, y este las usa en su beneficio y de terceros:

De acuerdo a la Primera Resolución de la Sala, el INDECOPI señaló lo siguiente:

*“127. En otras palabras, el valor cobrado por brindar el servicio se encuentra destinado no solo a cubrir el costo que irroga el desarrollo de la actividad, sino que es un monto mayor que permite obtener beneficios económicos. De lo contrario, los ingresos no podrían ser*

<sup>96</sup> Lista de Establecimientos de Salud de Oncosalud. Consulta: 4 de abril de 2021. <https://marketing.oncosalud.pe/hubfs/Redes%20Prestacionales.pdf?hsLang=es-pe>

*destinados –como sucede al menos en un rango del 30%– a cubrir aspectos adicionales a la prestación misma de la actividad, tales como mejorar la infraestructura de los centros médicos y subsidiar las verdaderas prestaciones sociales que requieren los pacientes de menores recursos para con quienes el Estado tiene una obligación legal de prestar salud asistencial” [énfasis agregado].*

Con lo cual, el INEN recibe ingresos por el SBTD y los destina para implementar mejoras en la infraestructura de los centros médicos y subsidiar las verdaderas prestaciones sociales, de acuerdo a lo expuesto por el INEN en sus descargos.

136. Además, debemos tomar en cuenta que, en base al principio de primacía de la realidad (artículo 5 de la Ley de Competencia Desleal), el INDECOPI tiene la potestad de determinar la verdadera naturaleza de las conductas investigadas. Es en base a este principio que podemos concluir que el SBTD brindado por el INEN es una actividad empresarial.
137. Cabe precisar que, el INEN, en su apelación, hizo referencia a la Sentencia del TC recaída en el Expediente No. 07644-2006-PA/TC, en donde supuestamente se señalaba que el SBTD no era una actividad empresarial.
138. En dicha Sentencia, se señaló lo siguiente:

*“11. En el presente caso, al interrogante de si el arrendamiento del Estadio Nacional puede considerarse como actividad empresarial, la respuesta es, entonces, negativa. (...) Esta norma permite inferir que el objetivo de la cesión en uso y la concesión de la infraestructura se orienta al cumplimiento de fines de conservación de la infraestructura, finalidad que resulta constitucionalmente admisible.*

*12. Desde tal perspectiva, el autofinanciamiento de recursos habilitado por la Ley no puede considerarse como actividad empresarial, para así quedar proscrito por el artículo 61 ° de la Constitución. (...)”<sup>97</sup> [énfasis agregado].*

139. Al respecto, en la Primera Resolución de la Sala, el INDECOPI se pronunció sobre esta Sentencia de la siguiente forma:

*“145. Así, el Tribunal, a diferencia de lo sostenido por el INEN en su errada interpretación, no efectuó un desarrollo en su fallo en el que explique si es que las entidades estatales también pueden llevar a cabo actividad empresarial y en qué consistiría ésta.*

---

<sup>97</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 07644-2006-PA/TC. Op. Cit.

(...)

147. Como se ha explicado ampliamente, la potestad de autorizar o concesionar es ejercicio de soberanía, es decir, expresión de una potestad pública que solo puede ser ejercida por el Estado, en calidad de titular del bien de dominio estatal. Esto claramente dista mucho de la prestación de un servicio no asistencial de salud neoplásica con características de clínica privada, que puede ser brindado también por cualquier particular que se lo proponga, en tanto se adecue al marco jurídico” [énfasis agregado].

140. De esta forma, el INDECOPI descarta la aplicación de la referida Sentencia al presente caso. Los argumentos, con los cuales me encuentro de acuerdo, que desestimaron el pedido del INEN para declarar infundada la denuncia de la Clínica Santa Teresa fueron los siguientes:

- (i) En dicha Sentencia, el Tribunal Constitucional no desarrolló las razones por las cuales las entidades estatales no pueden llevar a cabo actividad empresarial. Por el contrario, se limitó a precisar que el Instituto Peruano del Deporte no era una empresa pública y que no se encontraba bajo el ámbito del FONAFE.
- (ii) La potestad de autorizar o concesionar es ejercicio de soberanía, es decir el ejercicio del *ius imperium*. Es por ello que dicho Instituto actuó bajo dichas facultades.

141. Sin perjuicio de ello, el INDECOPI no analizó un aspecto que resulta relevante para el análisis de la actividad empresarial bajo la regulación de competencia desleal. En dicha Sentencia se precisó lo siguiente:

“10. La actividad empresarial denota la acción organizada para la provisión de bienes y servicios, con fines de lucro. (...). La presencia del elemento teleológico fin de lucro constituye una característica de sustancial importancia, ya que no toda actividad organizada de provisión de bienes y servicios tiene fines de lucro. Tal es el caso de las actividades cuyo sólo propósito es el cumplimiento de fines sociales de carácter altruista”<sup>98</sup> [énfasis agregado].

Con lo cual, para el TC, la actividad empresarial denota la provisión de bienes y servicios **con fines de lucro**. Este aspecto resulta importante para el análisis del presente caso, ya que como vimos para el INDECOPI es irrelevante el ánimo de lucro para que se considere como una actividad como empresarial.

---

<sup>98</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 07644-2006-PA/TC. Op. Cit.

142. Sobre el particular, considero errado el análisis del TC, ya que como hemos visto el que una entidad posea fines de lucro no desvirtúa si realiza una actividad empresarial o no. Por el contrario, el análisis se debe concentrar en cómo se brinda el servicio o producto en el mercado, es decir su modelo de negocio.
143. Es más, cabe la posibilidad de que existan asociaciones que puedan realizar actividad empresarial pero que no tengan fines de lucro o entidades del estado que no tengan fines de lucro pero provean servicios o productos. Es por ello que, este aspecto no permite identificar realmente si una entidad realiza una actividad empresarial en el mercado.
144. Cabe precisar que, esta Sentencia no posee la calidad de precedente vinculante<sup>99</sup>, y el INDECOPI debió pronunciarse sobre este aspecto reafirmando su posición.
145. Posteriormente, el INDECOPI, mediante la Resolución No. 0415-2014/SDC-INDECOPI, señaló lo siguiente sobre la actividad que desarrolla el Instituto Peruano del Deporte y sobre la referida Sentencia del TC:

*“45. Desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, esta interpretación del Tribunal Constitucional vacía totalmente de contenido el artículo 60 de la Constitución y el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. (...). En efecto, si sólo se considerase como “empresarial” aquella actividad que se realiza con fines de lucro, prácticamente toda actividad estatal estaría exenta del artículo 60 de la constitución—dado que, por definición, una empresa pública o una actividad económica gestionada por una entidad estatal tienen objetivos que trascienden lo lucrativo—, sin tener en consideración el hecho objetivo de*

---

<sup>99</sup> En efecto, en la Sentencia recaída en el Expediente No. 3741-2005-AA/TC, en el denominado caso “Salazar Yarlequé”, el Tribunal Constitucional señaló que:

*“41. En tal sentido, y desarrollando los supuestos establecidos en la sentencia 0024-2003-AI/TC, este Colegiado considera que constituyen supuestos para la emisión de un precedente vinculante los siguientes: a) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de la existencia de divergencias o contradicciones latentes en la interpretación de los derechos, principios o normas constitucionales, o de relevancia constitucional. b) La constatación, a partir de un caso que ha sido sometido a la jurisdicción del Tribunal Constitucional, de que los operadores jurisdiccionales o administrativos, vienen resolviendo en base a una interpretación errónea de una norma del bloque de constitucionalidad; lo cual, a su vez, genera una indebida aplicación de la misma. c) Cuando en el marco de un proceso constitucional de tutela de los derechos, el Tribunal constata la inconstitucionalidad manifiesta de una disposición normativa que no solo afecta al reclamante, sino que tiene efectos generales que suponen una amenaza latente para los derechos fundamentales. En este supuesto, al momento de establecer el precedente vinculante, el Tribunal puede proscribir la aplicación, a futuros supuestos, de parte o del total de la disposición o de determinados sentidos interpretativos derivados del mismo; o puede también establecer aquellos sentidos interpretativos que son compatibles con la Constitución. d) Cuando se evidencia la necesidad de cambiar de precedente vinculante”.*



*que en la realidad, su actuar si pudiera estar distorsionando la leal competencia en el mercado.*

(...)

*65. Habiendo concluido que la sentencia del Tribunal Constitucional comentada en el acápite III.2.1 anterior no es un precedente vinculante que deba obligatoriamente ser tomado en cuenta al analizar el caso materia de análisis, y que las actividades de arrendamiento de infraestructura llevadas a cabo por el IPD constituyen actividad económica con cuya intervención en éste mercado se puede establecer que se ha instituido en un operador económico; esta Sala considera que la Comisión debe analizar si esta intervención viola o no el principio de subsidiariedad, afectando la justa y leal competencia que es deber tutelar”<sup>100</sup> [énfasis agregado].*

146. De esta forma, el INDECOPI se apartó de la dicha Sentencia del TC, y a su vez determinó que la actividad del Instituto Peruano del Deporte constituía una actividad empresarial.

(ii) Conclusiones:

147. Sobre la base de lo analizado anteriormente, he llegado a las siguientes conclusiones:

a. El INDECOPI ha determinado que una actividad será considerada como empresarial cuando concurren los siguientes elementos:

- La actividad será empresarial cuando el Estado provea un producto o servicio al mercado, sin que esto constituya un ejercicio de *ius imperium* o sea de carácter asistencial.
- No se requiere que la actividad tenga una rentabilidad, ya que el concepto de actividad empresarial no requiere que se obtenga un beneficio económico para el ente estatal.
- Es indistinto la forma jurídica que adopte la entidad estatal para brindar el servicio o el producto.

b. Sobre la base de ello, el INDECOPI resolvió determinar que el SBTD brindado por el INEN es una actividad empresarial.

---

<sup>100</sup> INDECOPI. Resolución No. 0415-2014/SDC-INDECOPI emitida por la Sala. Resolución: 20 de marzo de 2014. Consulta: 22 de noviembre de 2020.

[https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal\\_sala\\_def\\_comp.seam](https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam)

En mi opinión, el INDECOPI ha considerado de forma válida que el INEN realiza actividad empresarial, debido a que (i) el servicio es ofertado a las personas que pueden pagarlo de acuerdo al poder adquisitivo, (ii) el servicio no se provee de forma equitativa a la población, y (iii) el INEN recibe beneficios.

- c. Por último, respecto a la Sentencia de TC (recaída en el Expediente No. 07644-2006-PA/TC) alegada por el INEN, no resulta aplicable al presente caso ya que el TC se limitó a precisar que el Instituto Peruano del Deporte no era una empresa pública y que no se encontraba bajo el ámbito del FONAFE.

Además, se precisó que la potestad de autorizar o concesionar es ejercicio de soberanía, es decir el ejercicio del *ius imperium*. Es por ello que dicho Instituto actuó bajo esta facultad.

148. Teniendo ello en cuenta, a continuación, se analizará si el SBTD brindado por el INEN cumple con los 3 requisitos desarrollados por el artículo 60 de la Constitución de 1993, estos son: (i) si una ley ha autorizado la actividad empresarial, (ii) si el SBTD es subsidiario, y (iii) si posee un interés público o es de conveniencia nacional.

**B. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: ¿El SBTD brindado por el INEN ha sido autorizado por ley expresa?**

- (i) Marco Teórico:

149. De acuerdo al artículo 60 de la Constitución de 1993, “*solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial*”. Sin embargo, dicha disposición no precisa qué se debe entender por “**ley expresa**”.

150. El INDECOPI, en la Primera Resolución de la Sala, se hace la misma interrogante, debido a que el término “ley expresa” puede ser interpretado de distintas formas, ya sea forma restrictiva o amplia:

*“51. (...) Para una cabal comprensión de este requisito se debe determinar, en primer lugar, a qué instrumento normativo se refiere la carta fundamental, esto es, si la mención a “ley” puede entenderse en sentido amplio o restringido. En segundo lugar, y una vez delimitado qué refiere la Constitución por “ley”, es preciso establecer qué se entiende por la característica de “expresa””<sup>101</sup> [énfasis agregado].*

---

<sup>101</sup> Primera Resolución de la Comisión.

151. Al respecto, la doctrina ha considerado que el término “ley expresa” debe ser entendido de la siguiente forma: (i) la ley debe ser aprobada por el Congreso, y (ii) la ley debe disponer expresamente que el Estado puede realizar una determinada actividad empresarial. Este criterio también ha sido adoptado por el INDECOPI.
152. Teniendo ello en cuenta, analizaremos la posición del INDECOPI y de lo desarrollado por la doctrina.
- *Sobre el significado del término “ley”*
153. De acuerdo a lo expuesto en el artículo 60 de la Constitución de 1993, se podría dar a entender que la palabra “ley” se refiere a cualquier norma con rango de ley (pe. un decreto legislativo). Al respecto, el INDECOPI ha señalado lo siguiente:

*“52. Para el caso de la actividad empresarial desarrollada a través de empresas públicas, no existe duda que la ley autoritativa que exige el texto constitucional se refiere a una ley aprobada por el Congreso de la República. En efecto, el artículo 3 del Decreto Legislativo 1031 exige la reserva de ley absoluta, pues establece que la actuación subsidiaria de las unidades económicas bajo el ámbito de FONAFE se desarrolla autorizada por Ley del Congreso de la República<sup>102</sup>*

*54. Para el caso de la actividad empresarial desarrollada por cualquier entidad estatal fuera del ámbito de FONAFE –entidades del sector público sujetas al Decreto Supremo 088-2001-PCM, así como gobiernos locales, sus empresas y organismos públicos descentralizados bajo el ámbito de la Ley 27972– no existe regulación que precise qué debe entenderse por “ley”<sup>103</sup> [énfasis agregado].*

De esta forma, para las empresas estatales, el Decreto Legislativo No. 1031 ha determinado una reserva de ley absoluta y solo se permite que una ley del Congreso de la República pueda autorizar la actividad empresarial. Sin embargo, para el caso de entidades estatales no existe una regulación que especifique si también se debe aplicar el mismo criterio.

---

<sup>102</sup> **Decreto Legislativo No. 1031**

*“Artículo 3.- Ámbito de la Actividad Empresarial del Estado.-*

*La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada. Las Empresas del Estado se rigen por las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los Sistemas Administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables, y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil”.*

<sup>103</sup> Primera Resolución de la Comisión.

154. Sin perjuicio de ello, en la Primera Resolución de la Sala se han expuesto las siguientes razones por las cuales solo se permite que una ley del Congreso pueda autorizar la actividad empresarial de una entidad estatal:

*“56. Una primera razón que respalda esta interpretación es que el propio Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 31 de su Sentencia del 15 de febrero de 2005, correspondiente al Expediente 0034-2004-PI/TC, manifestó que “el artículo 60 de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta”. Es decir, para el supremo intérprete de la Constitución, su artículo 60 no se refiere a cualquier dispositivo de rango legal sino que debe entenderse exclusivamente como una ley aprobada por el Poder Legislativo.*

*57. En segundo lugar, porque cualquier tipo de actividad empresarial desarrollada por el Estado –sea a través de empresas públicas o entidades estatales– importa, por definición, una intervención excepcional en el mercado que es contraria a derechos y principios constitucionales que inspiran el modelo económico, en especial, a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa.*

*58. Al significar la imposición de una restricción a principios y derechos fundamentales, las reglas de interpretación constitucional reconocidas por el Tribunal Constitucional exigen que el concepto “ley” se entienda de manera restrictiva. En ese sentido, la autorización por “ley” se refiere a que solo puede ser emitida por el parlamento, en su condición de órgano representativo de los titulares de los derechos que serán limitados. (...).*

*60. Una tercera razón que justifica que la lectura de “ley” sea restrictiva radica en que, así sea el titular del medio de producción una empresa pública propiamente dicha o una entidad estatal, igual se presenta un mismo supuesto de hecho: el desarrollo de una actividad empresarial por parte del Estado. Por ello, ante la constatación de una similar situación jurídica no existe justificación alguna para un tratamiento diferenciado que relaje el requisito que sí es exigido expresamente a las empresas públicas bajo el ámbito de FONAFE. La entidad pública, al igual que una empresa estatal, debe de obtener una autorización para su actividad a través de una ley del Congreso de la República.*

*61. Otra razón que respalda que sea una ley del parlamento la que autorice la actividad empresarial de las entidades del sector público radica en reducir los márgenes de discrecionalidad y oportunidad política de los funcionarios del gobierno. (...)<sup>104</sup>. [énfasis agregado].*

155. Además, en la Resolución 3134 (Precedente de Observancia Obligatoria), el INDECOPI ha precisado lo siguiente:

---

<sup>104</sup> Primera Resolución de la Comisión.

*“3. Para ser lícita, la actividad empresarial estatal debe, en primer lugar, contar con una “ley expresa” aprobada por el Congreso de la República que autorice su desarrollo. Asimismo, la ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación”<sup>105</sup> [énfasis agregado].*

156. Teniendo ello en cuenta, para el INDECOPI, se requiere que la ley haya sido aprobada por el Congreso de la República, en atención a las siguientes razones:

- a. El TC ha precisado que el artículo 60 de la Constitución de 1993 dispone una reserva de ley absoluta, y no se refiere a cualquier dispositivo sino a una ley del Congreso de la República.
- b. La actividad empresarial del Estado significa una intervención excepcional en el mercado e, incluso, es contraria a los derechos y principios constitucionales que inspiran el modelo económico desarrollado por la Constitución de 1993.

En ese sentido, esta intervención genera una restricción a los principios y derechos de los agentes del mercado. Por tanto, la ley debe ser aprobada por el Congreso de la República.

Además, el TC, para el caso de expropiaciones de bienes (restricción de derechos de corte económico), ha dispuesto que solo se puede hacer mediante una ley del Congreso de la República.

- c. No existe una justificación para realizar un tratamiento diferenciado entre una empresa estatal (en este caso existe una norma que dispone que solo por ley del Congreso se puede realizar actividad empresarial) y una entidad estatal para que se exija en ambos casos una ley del Congreso.

En ambos casos se desarrolla una actividad empresarial y no existe una razón para que en el caso de entidades estatales se aplique otro criterio. Además, esto permite que se reduzca los márgenes de discrecionalidad.

---

<sup>105</sup> INDECOPI. Resolución No. 3134-2010/SC1-INDECOPI emitida por la Sala. Op. Cit.

157. Sobre la base de ello, para que una entidad estatal o empresa pública pueda desarrollar una actividad empresarial deben contar con una ley del Congreso de la República que la autorice.

- *Sobre la connotación del término “expreso”*

158. Teniendo en cuenta lo desarrollado en la sección anterior, ahora es necesario entender qué significado tiene la palabra “expreso” en relación a la autorización para la actividad empresarial.

159. En la Primera Resolución de la Sala, se señaló lo siguiente:

*“73. En el lenguaje común, expreso significa “claro y patente”. Esta Sala considera que, tal como se ha señalado en el numeral 37, si por “actividad empresarial” se entiende toda actuación dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de bienes o servicios de cualquier índole, entonces la ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada ya sea para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios. Hay que resaltar, sin embargo, que expreso no quiere decir literal. Por ello, no es necesario que la ley establezca textualmente que se habilita a realizar “actividad empresarial”.*

*74. Esta Sala también interpreta que la ley debe establecer expresamente el rubro en el cual puede desarrollarse la actividad empresarial. Una vez definido este rubro, no se podrá extender la autorización a otros rubros similares por aplicación analógica de la norma” [énfasis agregado].*

160. De acuerdo al INDECOPI, la ley debe establecer de forma clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada a desarrollar una actividad empresarial.

161. Más adelante, el INDECOPI sostiene que no es necesario que una ley establezca textualmente que se habilita a realizar actividad empresarial a través de la siguiente precisión: “*expreso no quiere decir literal*”. Al respecto, considero que este criterio permite que cualquier disposición legal pueda ser usada como fundamento para que se permita una actividad empresarial. Como veremos más adelante, este criterio ha sido usado para sustentar que el INEN posee una ley que autorice su actividad empresarial.

162. Este análisis debe ser simple ya que el INDECOPI debe limitarse a verificar si existe una autorización para que una entidad estatal realice o no actividad empresarial. Ello debido a que, cuando el Congreso emite una ley habilitante debe expresar claramente la autorización para la entidad estatal y fundamentar el interés público.

163. Cabe precisar que, este criterio también ha sido desarrollado en la Resolución 3134 (Precedente de observancia Obligatoria):

*“73. En el lenguaje común, expreso significa “claro y patente”. Esta Sala considera que, tal como se ha señalado en el numeral 37, si por “actividad empresarial” se entiende toda actuación dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de bienes o servicios de cualquier índole, entonces la ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada ya sea para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios. Hay que resaltar, sin embargo, que expreso no quiere decir literal. Por ello, no es necesario que la ley establezca textualmente que se habilita a realizar “actividad empresarial””<sup>106</sup> [énfasis agregado].*

164. Por otro lado, en los Lineamientos del OSIPTEL se ha señalado que para determinar si existe una autorización expresa no se debe recurrir a autorizaciones tácitas u obtenidas mediante interpretaciones análogas o extensivas de la habilitación legal:

*“Finalmente, en los casos en que se denuncie como un acto desleal por violación de normas el desarrollo de actividad empresarial por una entidad pública o empresa estatal que está infringiendo el artículo 60° de la Constitución Política, para determinar la violación de la norma imperativa, el OSIPTEL evaluará si la actividad empresarial en referencia incumple con lo dispuesto en dicho artículo. Cabe destacar que dicho artículo establece la necesidad de contar con autorización expresa, motivo por el cual descartaría autorizaciones tácitas u obtenidas mediante interpretaciones análogas o extensivas de la habilitación original”<sup>107</sup> [énfasis agregado].*

Es por ello que, la ley debe autorizar expresamente la actividad empresarial. El INDECOPI o el OSIPTEL no pueden ingresar a interpretar la ley con la finalidad de poder sustentar una autorización.

165. Este aspecto es fundamental para analizar el presente caso casos, ya que si aplicamos el criterio desarrollado por el INDECOPI se podría permitir una actividad empresarial que no cumpla con el artículo 60 de la Constitución de 1993.
166. Por lo tanto, la ley debe señalar de forma expresa que una entidad estatal realizará una determinada actividad empresarial. Lo contrario significaría que el INDECOPI

---

<sup>106</sup> INDECOPI. Resolución No. 3134-2010/SC1-INDECOPI emitida por la Sala. Op. Cit.

<sup>107</sup> OSIPTEL. Resolución No. 007-2016-TSC/OSIPTEL emitida por el Tribunal. Op. Cit.

entre a interpretar si una disposición legal autoriza o no a que se desarrolle una actividad empresarial.

(ii) De acuerdo a lo desarrollado por el INDECOPI ¿existe una ley expresa que autorice la actividad empresarial del INEN?:

167. De forma preliminar, cabe precisar que, el INEN, en sus descargos, alegó que la actividad empresarial fue autorizada por la Resolución Ministerial 798 y 586. Sin embargo, dichas resoluciones no poseen un rango legal para poder cumplir con el estándar exigido por el artículo 60 de la Constitución de 1996. Es por ello que, fueron desestimadas por parte del INDECOPI.

168. En la Primera Resolución de la Comisión, se determinó que el INEN no cuenta con una ley que autorice su actividad empresarial:

*“Al respecto, el imputado refirió que el "Servicio bajo Tarifaria Diferenciado" se encontraba amparado en lo dispuesto por las Resoluciones Ministeriales N° 586-2006/MINSA y N° 798-2008/MINSA. Sin embargo, las citadas normas no ostentan rango legal, por lo que la actividad empresarial desarrollada por el INEN, objetivamente, no cumple con el mandato establecido en el artículo 60 de la Constitución, en el sentido de que sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta. (...). Por lo tanto, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, la Comisión considera que corresponde declarar fundada la denuncia presentada por Santa Teresa” [énfasis agregado].*

169. Como consecuencia de dicha decisión, el INEN apeló la Primera Resolución de la Comisión, pero, a pesar de ello, no alegó la existencia de una ley que autorice su actividad empresarial. Por el contrario, solo se limitó a señalar lo siguiente:

(i) El INEN no desarrolla actividad empresarial, y no se aplicaría al presente caso el artículo 60 de la Constitución de 1993.

Sin embargo, como ya fue analizado, el INEN si desarrolla actividad empresarial.

(ii) El INEN hizo referencia la Sentencia No. 07644-2006-PA/TC.

No obstante, dicha Sentencia no resulta aplicable al presente caso, tal como ha sido desarrollado en la sección anterior.

170. A pesar de ello, en la Primera Resolución de la Sala, el INDECOPI sostuvo lo siguiente:



“156. (...) En esa línea, el artículo 33 de la Ley 27657 –Ley del Ministerio de Salud– señala expresamente que el INEN es un Organismo Público Descentralizado que tiene entre sus misiones el garantizar la atención integral del paciente oncológico

157. Como vemos, la ley detalla las actividades que en el campo oncológico se pueden desarrollar y distingue “garantizar” de, por ejemplo, “promover”, “prevenir” o “investigar”. Esto permite claramente inferir que la referencia a “garantizar” la atención integral de salud de los pacientes se refiere de manera específica a prestar el servicio de tratamiento oncológico para que los pacientes puedan superar sus enfermedades neoplásicas.

158. Además, debe entenderse que la ley prevé que estos servicios se presten a pacientes de cualquier situación económica, pues el artículo 33 precisa que la atención oncológica que brinda el INEN debe “priorizar” a los pacientes de escasos recursos económicos. “Priorizar” significa que dentro de los diversos tipos de servicios oncológicos que el INEN puede brindar se ponga especial énfasis en el sector de pacientes de bajos recursos por sobre los pacientes de mayores recursos que también pueden percibir atención, por ejemplo, vía el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado”. Pero no significa que se excluya al segundo grupo.

159. Si la ley hubiera querido limitar los servicios del INEN a servicios asistenciales, en vez de referir que se brindan de manera “prioritaria” hubiese establecido que ellos se prestan de forma “exclusiva” a pacientes de bajos recursos.

160. Por eso, debe entenderse que la autorización del artículo 33 de la Ley 27657 abarca a las diversas formas de atención que puede brindar el INEN en el rubro oncológico, ya sea a través del típico servicio asistencial que se da a pacientes de escasos recursos como a través del servicio diferenciado de las clínicas que operan en virtud del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” [énfasis agregado].

171. Al respecto, el literal “e” del artículo 33 de la Ley 27657 no hace referencia a una autorización para que el INEN realice actividad empresarial, tal como se puede apreciar a continuación:

*“Artículo 33.- De las misiones de los Organismos Públicos Descentralizados Las misiones que cumplen los Organismos Públicos Descentralizados del Ministerio de Salud son las siguientes:*

*(...)*

*e) El Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (INEN), tiene como misión proteger, promover, prevenir y garantizar la atención integral del paciente oncológico, dando prioridad a las personas de escasos recursos económicos; así como, controlar, técnica y administrativamente, a nivel nacional los servicios de salud de las enfermedades neoplásicas, y realizar*

*las actividades de investigación y docencia propias del Instituto*” [énfasis agregado].

172. Como se puede apreciar, dicho artículo se limita a precisar que el INEN tiene como “misión” proteger, promover, prevenir y garantizar la atención integral del paciente oncológico. Sin embargo, no hace referencia si dicha Ley autoriza, de forma expresa, al INEN a realizar actividad empresarial.
173. De acuerdo a la referencia citada de la Primera Resolución de la Sala, el INDECOPI entra a interpretar la disposición para poder concluir que habría una habilitación para que el INEN realice actividad empresarial.

Como se puede observar, el INDECOPI usa las siguientes frases “*esto permite inferir*” y “*debe entenderse*” para concluir que el INEN se encuentra autorizado a realizar una actividad empresarial.

174. Ello a pesar de que, por ejemplo, el propio OSIPTEL, en sus lineamientos, ha precisado que no resulta válido recurrir a interpretaciones o a autorizaciones tácitas, ya que esto constituiría una afectación grave al artículo 60 de la Constitución de 1993.
175. El literal “e” del artículo 33 de la Ley 27657 solo señala cuál es la misión del INEN en relación a los pacientes oncológicos. Sin embargo, en ningún extremo se autoriza a que se realice una actividad empresarial.
176. Es más, si realizamos un análisis de acuerdo a la posición del INDECOPI que consiste en que la ley debe establecer de manera clara y patente que la entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios, se podrá apreciar que la Ley tampoco cumple con dicho criterio.
177. El artículo 33 de la Ley 27657 hace referencia a la misión que posee el INEN respecto al tratamiento de los pacientes oncológicos, y no hace referencia a que brindará un servicio o producto. Este aspecto, de acuerdo al INDECOPI, debe ser señalado por la ley de forma clara y patente.
178. Es por ello que, y aún siguiendo el criterio del INDECOPI, el literal “e” del artículo 33 de la Ley 27657 no dispone una autorización para que el INEN pueda realizar actividad empresarial.

(iii) Conclusiones:

179. Sobre la base de lo analizado anteriormente, he llegado a las siguientes conclusiones:

- a. Para que se cumpla con el requisito de que una actividad empresarial esté autorizada por una ley expresa se debe cumplir con lo siguiente: (i) la ley debe ser aprobada por el Congreso de la República, y (ii) la ley debe disponer expresamente que el Estado puede realizar una determinada actividad empresarial.
- b. El INDECOPI sostiene que no es necesario que una ley establezca textualmente que se habilita a realizar actividad empresarial, sino solo debe precisar de forma clara y patente que brindará un servicio o producto.
- c. Al respecto, este criterio del INDECOPI fuerza a una habilitación que no cuenta con disposición legal expresa.

Es por ello que, la ley debe señalar de forma expresa que una entidad estatal o empresa pública realizará una determinada actividad empresarial. Lo contrario significaría que el INDECOPI tiene que interpretar si una disposición legal autoriza o no a que se desarrolle una actividad empresarial, tal como ha sucedido en el presente caso.

- d. De acuerdo a lo desarrollado por el INDECOPI, el literal “e” del artículo 33 de la Ley 27657 habría autorizado al INEN para realizar actividad empresarial.

Sin embargo, dicho artículo se limita a precisar que el INEN tiene como “misión” proteger, promover, prevenir y garantizar la atención integral del paciente oncológico. Sin embargo, no hace referencia si dicha ley autoriza, de forma expresa, al INEN a realizar actividad empresarial.

Es más, si realizamos un análisis de acuerdo a la posición del INDECOPI que consiste en que la ley debe establecer de manera clara y patente que la entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios, se podrá apreciar que la Ley cumple con dicho criterio.

- e. Es por ello que, y de forma contraria a la posición del INDECOPI, el literal “e” del artículo 33 de la Ley 27657 no dispone una autorización para que el INEN pueda realizar actividad empresarial.

180. De acuerdo a ello, el análisis se debería terminar ya que la actividad empresarial desarrollada por el INEN no cumple con el primer requisito, y como consecuencia de ello se debió declarar fundada la denuncia interpuesta por la Clínica Santa Teresa.

Sin perjuicio de ello, y para efectos del presente informe, a continuación, se desarrollará los demás requisitos exigidos por el artículo 60 de la Constitución de 1993.

**C. TERCER PROBLEMA JURÍDICO: ¿El SBTD brindado por el INEN cumple con el requisito de ser subsidiario?**

181. De acuerdo a la Segunda Resolución de la Sala, el siguiente requisito que se debe analizar es determinar si el SBTD brindado por el INEN cumple con ser subsidiario. Para ello, se tiene que realizar lo siguiente, de acuerdo a la referida Resolución:

*“45. De conformidad con la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal aprobada por Resolución 3134-2010/SCI-INDECOPI, la cual será aplicada de manera referencial, para evaluar si la actividad empresarial en cuestión cumple con ser subsidiaria, primero se debe delimitar el mercado relevante en el cual participa la empresa o entidad estatal.*

*46. Determinado el mercado relevante, se prosigue con el análisis del carácter subsidiario de la empresa estatal, para lo cual se evalúa la existencia o no de oferta privada y de barreras a la entrada en dicho mercado” [énfasis agregado].*

182. En ese sentido, de forma preliminar, se debe determinar el mercado relevante en donde participa el SBTD brindado por el INEN, y luego realizar el análisis de subsidiariedad (si existe oferta privada y barreras de entrada).

(i) Marco Teórico:

- *¿Cómo se determina el mercado relevante?*

183. El INDECOPI recurre al Decreto Legislativo No. 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, la “Ley de Libre Competencia”) para poder determinar el mercado relevante.

184. El mercado relevante es el primer paso para analizar la subsidiariedad de una entidad estatal. La razón de ello es conocer cómo funciona el mercado, determinar la competencia en él y las condiciones de la oferta privada. Con ello, se puede conocer si dentro de un mercado no existe la competencia o la oferta privada suficiente, lo cual permitirá sustentar la necesidad de que el Estado realice actividad empresarial.

185. De acuerdo al INDECOPI, la importancia del mercado relevante es la siguiente:

*“Por ello se utiliza el concepto de mercado relevante que permite identificar los alcances del mercado en que se desenvuelve el agente económico investigado. En términos sencillos, cuanto menos sean los proveedores alternativos a los que puede recurrir el cliente o consumidor, mayor será la probabilidad de que el agente investigado cuente con posición de dominio; la existencia de tales proveedores alternativos dependerá del mercado del cual estemos hablando”<sup>108</sup> [énfasis agregado].*

Por tanto, es fundamental determinar de qué mercado estamos hablando o en qué mercado se encuentra el agente investigado. En caso no se determine correctamente el mercado relevante, el análisis de subsidiariedad podría generar conclusiones erradas y determinar que una entidad estatal cumple un rol subsidiario.

186. En esa línea, el INDECOPI ha señalado cómo se entiende el mercado relevante en la Comunidad Europea y en Estados Unidos:

<b>Cuadro N°1</b>	
<b>Alcances del concepto de mercado relevante que se utiliza en la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América</b>	
Comunidad Europea	Estados Unidos de América
<p><i>“El principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado, tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica, debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva”.</i></p>	<p><i>“La definición del mercado se centra únicamente en los factores de sustitución de la demanda, es decir, de la capacidad y disposición de los clientes a sustituir un producto por otro en respuesta a un incremento del precio o a un cambio en aspectos distintos al precio, tales como una reducción en la calidad del producto o servicio. Las acciones de respuesta de los proveedores alternativos también son importantes en el análisis competitivo. (...)”</i></p>

*Fuente: INDECOPI<sup>109</sup>*

187. Por parte de la doctrina, se ha precisado lo siguiente sobre el mercado relevante:

*“La razón para definir el mercado (o mercados) es determinar qué competencia podría ser afectada por la práctica. La competencia puede ser analizada únicamente en un mercado. En particular, es obviamente esencial definir un mercado, con el fin de decidir si una firma tiene una posición de dominio”<sup>110</sup>.*

<sup>108</sup> INDECOPI. *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos – Libre Competencia*. Lima, pp. 18 - 19. Consulta: 27 de setiembre de 2020. Disponible en: [https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre\\_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

<sup>109</sup> Ídem.

<sup>110</sup> CONRATH, Craig. *Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una economía en transición*. Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio, pp. 91.

188. El artículo 6 de la Ley de Libre Competencia señala qué elementos se debe tomar en cuenta para determinar el mercado relevante en un caso en concreto:

*“Artículo 6.- El mercado relevante.-*

*6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico” [énfasis agregado].*

189. El mercado relevante está formado por 2 componentes:

(i) Mercado producto:

De acuerdo a la Ley de Libre Competencia, el mercado producto es:

*“Artículo 6.-*

*(...)*

*6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución” [énfasis agregado].*

En esa línea, el INDECOPI ha señalado lo siguiente:

*“El producto relevante debe ser definido a partir del producto ofrecido por la empresa investigada, esto es, el producto demandado por los consumidores supuestamente afectados por un abuso de posición de dominio. En función de dicho producto, el mercado relevante de producto deberá incluir a todos los productos que resulten buenos sustitutos de aquél. Al hablar de buenos sustitutos no necesariamente se hace referencia a productos que tienen que ser idénticos al analizado, sino que deben ser considerados como sustituibles o intercambiables razonablemente, en términos de precio, calidad y otras condiciones, por un número significativo de consumidores a efectos de satisfacer una misma necesidad”<sup>111</sup> [énfasis agregado].*

En atención a ello, el mercado producto comprende a todos los productos o servicios que son sustitutos adecuados de acuerdo a sus características y a la preferencia del consumidor.

---

<sup>111</sup> INDECOPI. *Informe No. 034-2004-INDECOPI/ST-CLC. Denuncia interpuesta por la empresa Almacenes y Logística S.A. contra la empresa Talma Menzies S.R.L. por un supuesto abuso de posición de dominio.* Lima, 2004.

(ii) Mercado geográfico:

De acuerdo a la Ley de Libre Competencia, el mercado geográfico es:

*“Artículo 6.-*

*(...)*

*6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes”* [énfasis agregado].

En esa línea, el INDECOPI ha señalado lo siguiente:

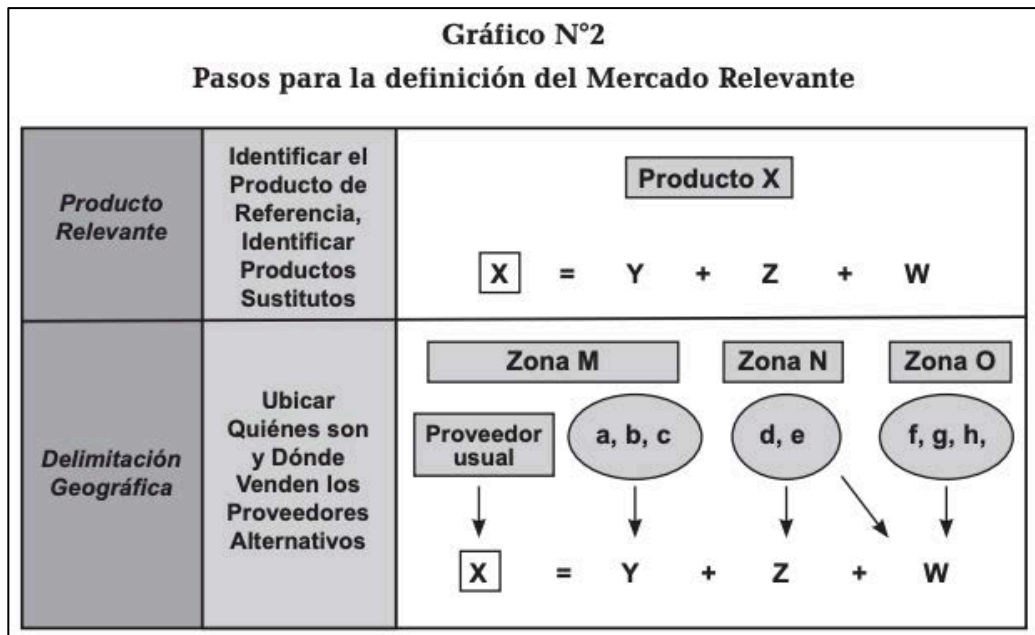
*“Para delimitar geográficamente un mercado se debe determinar el área geográfica en donde se encuentran las fuentes o proveedores alternativos a los que el consumidor podría acudir si el precio del producto relevante se incrementa y/o se enfrenta en una situación de desabastecimiento del mismo. Si el consumidor puede adquirir el producto desde otra área geográfica, entonces dicha área debe incluirse dentro del mercado relevante. Para ello es necesario evaluar no sólo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos en el abastecimiento de los consumidores sino también la capacidad que tienen dichos consumidores de abastecerse de distintos proveedores”*<sup>112</sup> [énfasis agregado].

El mercado geográfico comprende el área geográfica en donde se encuentran las fuentes de los productos sustitutos a los que los consumidores podrían recurrir para abastecer su demanda.

190. Teniendo ello en cuenta, el análisis que se realiza para definir un mercado relevante es el siguiente:

---

<sup>112</sup> INDECOPI. Informe No. 004-2000-INDECOPI/CLC. Denuncia presentada por la empresa Cab Cable S.A. en contra de la empresa Electrocentro S.A. por abuso de posición de dominio. Lima, 2000.



*Fuente: INDECOPI<sup>113</sup>*

191. Generalmente, el INDECOPI determina un mercado relevante para las conductas anticompetitivas que califican como abuso de posición de dominio o acuerdos verticales, en donde es necesario determinar los mercados afectados por la conducta de las empresas.

En este tipo de conductas, la definición de mercado relevante es una pieza clave para determinar si una de las empresas ostenta poder de mercado y si se ha configurado un abuso de ese poder o se ha utilizado para este poder para ejercer una restricción vertical en los mercados aguas abajo o aguas arriba.

192. En el presente caso, este análisis resulta importante para determinar si la entidad estatal cumple con ser subsidiaria, es decir si dentro del mercado relevante no existe oferta privada o si esta es insuficiente para cubrir una demanda.

- *¿Cómo se realiza el análisis de subsidiariedad una vez que se determinar el mercado relevante?*

193. Una vez que se haya determinado el mercado relevante del producto o servicio brindado por la entidad estatal corresponde analizar su carácter subsidiario de acuerdo a 3 escenarios (cada escenario en atención a los agentes privados presentes en el mercado). En la Primera Resolución de la Sala se ha señalado lo siguiente:

**a. Escenario 1:** existen dos o más empresas privadas no vinculadas y una

<sup>113</sup> INDECOPI. *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos – Libre Competencia*. Lima, pp. 18 - 19. Consulta: 27 de setiembre de 2020. Disponible en: [https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre\\_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

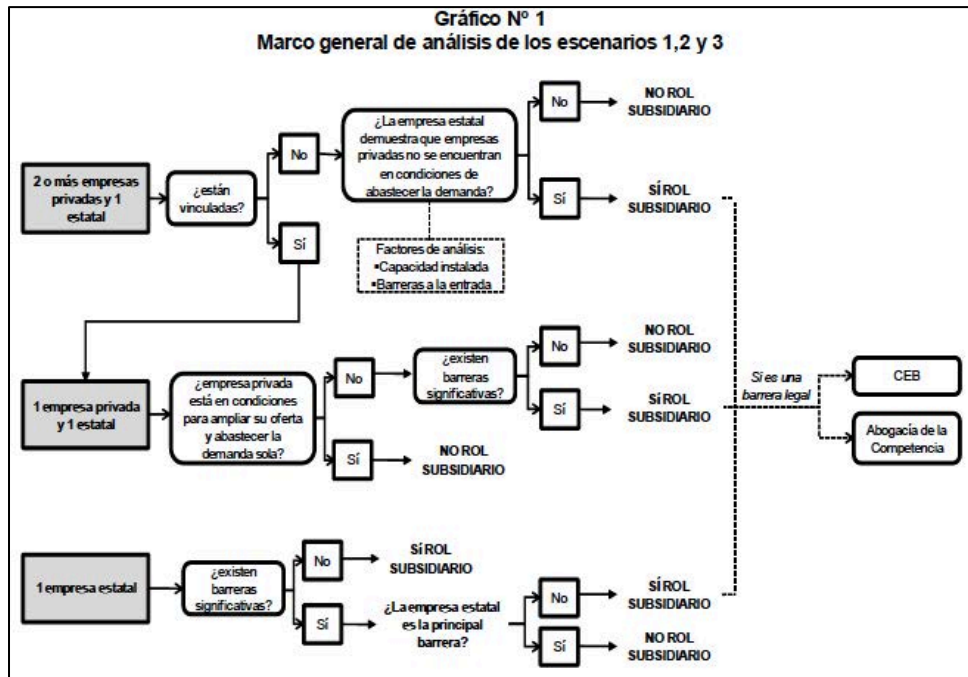


empresa estatal.

b. **Escenario 2:** existe una empresa privada y una empresa estatal.

c. **Escenario 3:** solo existe una empresa estatal.

De acuerdo a cada escenario, el INDECOPI ha construido un flujo de análisis para identificar si la entidad estatal cumple con el requisito de ser subsidiaria:



Fuente: INDECOPI<sup>114</sup>

194. En la Primera Resolución de Sala, el INDECOPI señala lo siguiente respecto a cada escenario:

a. **Escenario 1:** existen dos o más empresas privadas no vinculadas y una empresa estatal.

En este caso se toma como referencia lo desarrollado por el artículo 3<sup>115</sup> del Decreto Supremo No. 034-2001-PCM, en donde se precisa que cuando

<sup>114</sup> Primera Resolución de la Sala.

<sup>115</sup> “**Artículo 3.-**

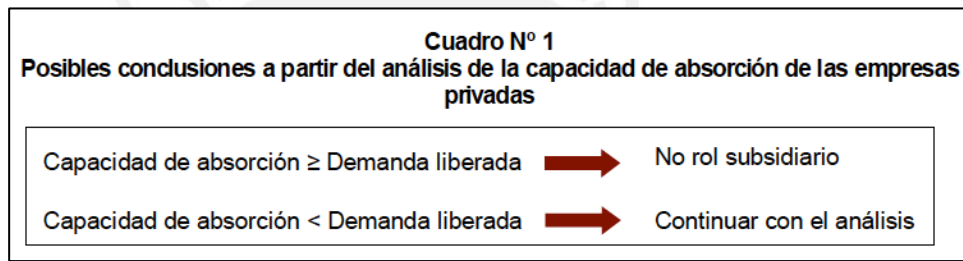
*Queda prohibido el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado bajo cualquier forma empresarial en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente, en todo el territorio nacional o en la parte en donde atienden. Se presume, salvo demostración en contrario, que tal condición se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí.*

*La prohibición dispuesta por el párrafo precedente comprende también a aquellas empresas que pertenezcan mayoritaria o totalmente a los Sectores Defensa e Interior.*

existen 2 o más empresas privadas no vinculadas se puede asumir que existe la competencia suficiente para poder ofertar los productos o servicios a las usuarios finales.

Cabe precisar que, nos encontramos ante una presunción legal, lo cual admite una prueba en contrario. Para ello, la entidad estatal debe proporcionar lo siguiente de acuerdo a la Primera Resolución de la Sala:

*“evidencia suficiente que demuestre que las empresas privadas que participan en el mercado no cuentan con las condiciones necesarias para absorber la demanda que liberaría la empresa estatal en caso se retire del mercado. Es decir, la empresa estatal deberá determinar la capacidad de absorción de las empresas privadas, entendida como la diferencia entre la oferta potencial máxima (capacidad instalada) y la oferta actual (capacidad utilizada)” [énfasis agregado].*



*Fuente: INDECOPI<sup>116</sup>*

En caso se demuestre que las empresas privadas no pueden absorber la demanda liberada, la entidad estatal debe demostrar que existen barreras de entrada que impiden el ingreso de nuevos competidores (demanda en potencia) y así poder satisfacer la demanda liberada.

De acuerdo al INDECOPI, pueden existir 3 tipo de barreras: (i) legales y/o administrativas, (ii) estructurales, y (iii) de conducta o estratégicas.

En caso se determine que existen barreras de entrada significativas en el mercado relevante, el rol de la entidad estatal será subsidiario.

**b. Escenario 2:** existe una empresa privada y una empresa estatal.

---

*La prohibición contenida en el presente artículo no es aplicable a las empresas cuyos activos o acciones se encuentren dentro del proceso de promoción de la inversión privada, a cargo de COPRI.*

*La prohibición contenida en este artículo no será aplicable a las actividades que el Directorio de FONAFE determine específica e individualmente. En estos casos, el Directorio tomará en cuenta el aprovechamiento de la capacidad operativa de las empresas, pudiendo establecer limitaciones al incremento y/o renovación de dicha capacidad” [énfasis agregado].*

<sup>116</sup> Primera Resolución de la Sala.

En este caso, solo se encuentra en el mercado relevante una empresa privada y la entidad estatal. Es por ello que, el análisis es diferente y se concentra, de forma preliminar, en determinar si la oferta privada logra cubrir la demanda de manera adecuada.

En caso se determine que la oferta privada no logra cubrir la demanda del mercado relevante, se analiza las barreras de entrada a dicho mercado. Ello con la finalidad de poder observar si existe la posibilidad de que nuevos agentes entren a competir, y de esta forma la demanda pueda ser cubierta.

De ahí se pueden derivar 2 situaciones (i) que no existen barreras significativas, con lo cual la actividad empresarial no es subsidiaria; y, (ii) sí existen barreras significativas en el mercado, lo cual se traduce en que la presencia de la entidad estatal es subsidiaria.

**c. Escenario 3:** solo existe una empresa estatal.

En este último escenario, no existe una competencia por parte de agentes privados, es por ello que el análisis de las barreras de entrada se convierte en un aspecto relevante para poder determinar la subsidiariedad de la entidad estatal.

De acuerdo al INDECOPI, en caso no existan barreras significativas en el mercado y no existan agentes en el mercado, se entenderá que la actividad empresarial es subsidiaria. Ello debido a que, el mercado no resultaría atractivo para los privados pese a no existir barreras significativas.

Por otro lado, en caso se determine que existen barreras significativas, será necesario determinar ante qué tipo de barrera nos encontramos. En caso la entidad estatal sea una considerada como una barrera, es decir como un elemento disuasivo para que la oferta privada pueda ingresar al mercado, se considerará que la actividad empresarial no es subsidiaria.

En caso existan barreras significativas no atribuibles a la entidad estatal, la actividad empresarial será subsidiaria.

195. Teniendo ello en cuenta, a continuación se determinará el mercado relevante del SBTB brindado por el INEN y luego se realizará el análisis de subsidiariedad.

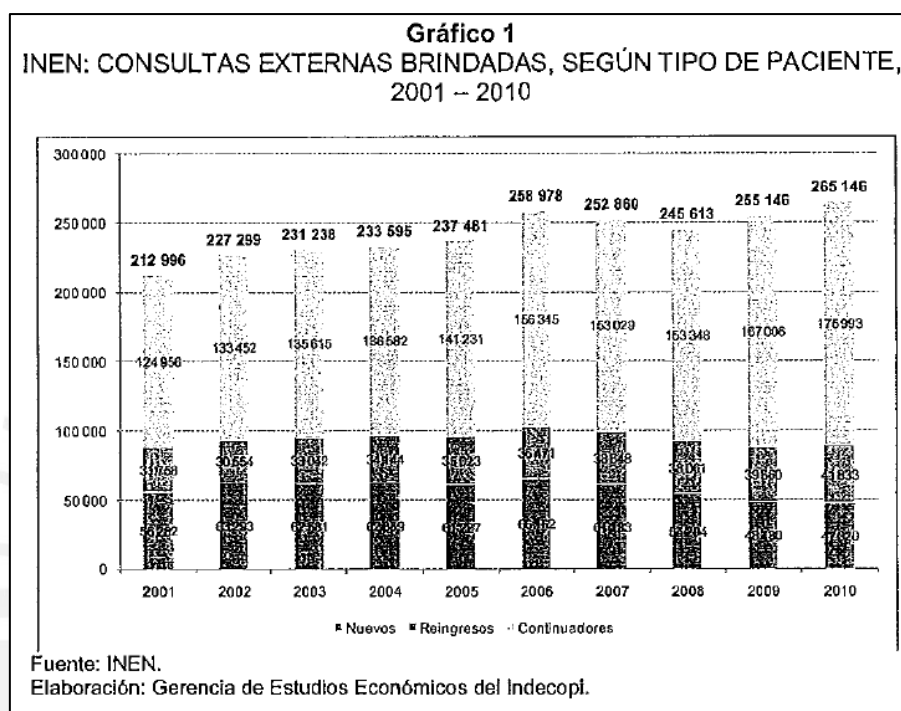
(ii) Mercado relevante del SBTB brindado por el INEN:

196. Para determinar el mercado relevante, el INDECOPI elaboró 2 Informes Económicos:

a. *Primer Informe:*

En este Informe se concluyó lo siguiente:

- En los últimos 10 años, el INEN ha brindado un total de 2'420,352.00 consultas a pacientes nuevos, reingresos y continuadores.



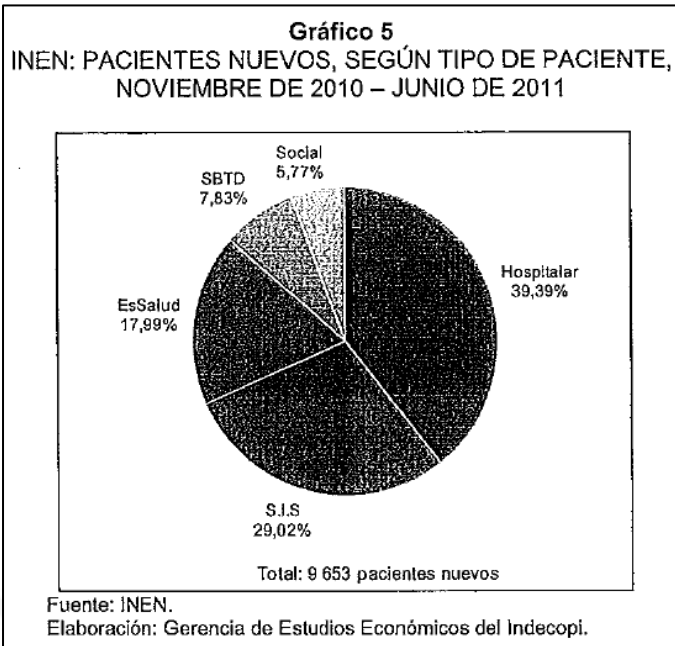
*Fuente: INDECOPI<sup>117</sup>*

Los servicios brindados en el SBTB por el INEN “son todos aquellos servicios de oncología brindados por el INEN por los cuales se cobra una tarifa mayor que a otros tipos de pacientes (pacientes hospitalares, pacientes cubiertos por el Seguro Integral de Salud - S.I.S., pacientes de EsSalud y pacientes sociales), a cambio de lo cual la atención es brindada con un menos tiempo de espera y las hospitalizaciones se realizan en habitaciones privadas”<sup>118</sup>.

- De acuerdo al Primer Informe, “la mayoría de pacientes pertenecen a las categorías Hospitalar y S.I.S., las cuales explican de manera conjunta el 68.40% del total de pacientes nuevos que ingresaron al INEN entre noviembre de 2010 y junio de 2011; mientras que los pacientes de SBTB representaron el 7,83% de dicho total”.

<sup>117</sup> Primer Informe del INDECOPI.

<sup>118</sup> Primer Informe del INDECOPI.



*Fuente: INDECOPI<sup>119</sup>*

- En esa línea, el porcentaje de consultas externas atendidas bajo tarifario diferenciado entre noviembre de 2010 y junio de 2011 es bajo, ya que han representado alrededor del 1% del total de consultas:

**Cuadro 1**  
INEN: CONSULTAS EXTERNAS, SEGÚN TIPO DE PACIENTE,  
NOVIEMBRE DE 2010 – JUNIO DE 2011

Tipo de paciente	Nov-10	Dic-10	Ene-11	Feb-11	Mar-11	Abr-11	May-11	Jun-11	Nov-10	Jun-11
S.I.S.	12 004	10 587	12 227	11 160	12 121	10 439	11 809	11 195	91 542	51,73%
Hospitalar	6 428	5 543	7 031	6 992	7 772	6 558	6 712	6 195	53 231	30,08%
EsSalud	2 370	2 108	2 721	2 588	2 784	2 503	2 689	2 472	20 235	11,43%
Social	1 620	1 238	1 310	1 231	1 309	1 167	1 130	1 145	10 140	5,73%
SBTD	242	197	258	224	290	213	227	184	1 816	1,03%
<b>Total</b>	<b>22 665</b>	<b>19 673</b>	<b>23 547</b>	<b>22 195</b>	<b>24 276</b>	<b>20 870</b>	<b>22 567</b>	<b>21 171</b>	<b>176 964</b>	<b>100,00%</b>

1/ El total de consultas incluye un paciente sin clasificación.  
Fuente: INEN.  
Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

*Fuente: INDECOPI<sup>120</sup>*

- De igual forma en relación a los exámenes realizados bajo el SBTD, solo representaron el 2% o 3% del total:

<sup>119</sup> Primer Informe del INDECOPI.

<sup>120</sup> Primer Informe del INDECOPI.

**Cuadro 2**  
INEN: EXÁMENES REALIZADOS, SEGÚN TIPO DE PACIENTE,  
ENERO – JUNIO DE 2011

Tipo de servicio brindado	Ene-11	Feb-11	Mar-11	Abr-11	May-11	Jun-11	Ene a Jun-11	%
S.I.S	3 531	3 705	3 705	3 176	3 811	3 351	21 279	44,66%
Hospitalar	2 786	2 917	3 081	2 816	2 827	2 639	17 066	35,82%
EsSalud	863	924	912	909	975	848	5 431	11,40%
Social	453	494	466	381	404	393	2 591	5,44%
SBTD	206	214	241	228	213	173	1 275	2,68%
<b>Total</b>	<b>7 839</b>	<b>8 254</b>	<b>8 405</b>	<b>7 510</b>	<b>8 230</b>	<b>7 404</b>	<b>47 642</b>	<b>100,00%</b>

Nota: No existe información disponible para los meses de noviembre y diciembre de 2010.

Fuente: INEN.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Fuente: INDECOPI<sup>121</sup>

- En el caso de operaciones, esta cifra sube al 6% de operaciones atendidas por el SBTD:

**Cuadro 3**  
INEN: USO DE SALAS DE OPERACIONES POR SBTD, SEGÚN DEPARTAMENTO  
MÉDICO, 2008 – 2011

Departamento médico	2008	2009	2010	2011
Abdomen	146	83	92	38
Cabeza y cuello	75	54	72	47
Tórax	0	0	6	7
Mamas y tejidos blandos	0	5	7	3
Urología	39	16	23	9
Neurocirugía	27	38	37	22
Ginecología	72	21	25	16
Especialidades quirúrgicas	40	33	64	39
Ortopedia oncológica	47	36	29	14
Cirugía plástica y reconstructiva	29	26	1	0
Radioterapia	3	0	0	0
<b>Total operaciones SBTD</b>	<b>477</b>	<b>295</b>	<b>355</b>	<b>195</b>
<b>Total operaciones INEN</b>	<b>6 290</b>	<b>6 347</b>	<b>6 063</b>	<b>3 137</b>
<b>%</b>	<b>7,58%</b>	<b>4,65%</b>	<b>5,86%</b>	<b>6,22%</b>

1/ Incluye información a junio de 2011.

Fuente: INEN.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Fuente: INDECOPI<sup>122</sup>

- De esta forma, se deben tomar en cuenta diversos aspectos relacionados con la demanda para determinar el mercado relevante, como son:
  - (i) El precio es una determinante para que el usuario elija un proveedor. Además, esto se ve afectado por otros factores como el costo de oportunidad de ausentarse del centro laboral, costos de traslado, tiempo de espera y la calidad del servicio.
  - (ii) Asimismo, el INDECOPI precisa que un factor importante es la incertidumbre por la calidad del servicio brindado.

<sup>121</sup> Primer Informe del INDECOPI.

<sup>122</sup> Primer Informe del INDECOPI.

- (iii) Los servicios médicos son percibidos como heterogéneos por los usuarios, debido a asimetrías de información y extensiva regulación.
- (iv) Los servicios brindados por otros centros médicos no pueden ser considerados como sustitutos adecuados de los servicios brindados por el INEN (pe. prestigio, equipamiento, el tipo de personal de soporte).
- (v) Sin perjuicio de ello, y de acuerdo a la opinión de los representantes de las clínicas privadas, en los últimos años esta ventaja competitiva, entre el sector privado y el INEN, ha disminuido y/o desaparecido debido a que diversos centros de atención han realizado inversiones importantes de equipamiento y los médicos especialistas del INEN también atienden en el sector privado.
- (vi) El tratamiento del cáncer varía de acuerdo con el tipo de cáncer y la etapa en que fue detectado, el cual incluye combinaciones de cirugías, quimioterapia, radioterapia y otros.

Cabe precisar que, no todos los centros médicos del país cuentan con el equipamiento necesario para brindar dichos tratamientos. Sin embargo, existen determinados centros que pueden brindar dichos tratamientos, tales como:

<sup>16</sup> Según lo manifestado por diversos agentes participantes del mercado de prestaciones médicas (entre ellos, el INEN), entre los centros médicos del sector privado que cuentan con todos los equipos necesarios para el tratamiento del cáncer se encuentran: la Clínica Ricardo Palma, la Clínica San Pablo, la Clínica San Lucas, el Centro Oncológico Miraflores y la Clínica Internacional.

Fuente: INDECOPI<sup>123</sup>

- (vii) De acuerdo al Primer Informe, las consideraciones geográficas han primado para la definición del mercado relevante en el sector salud. Asimismo, se ha aplicado el test de Elzinga-Hogarty para definir mercados geográficos, en donde se analiza el flujo de personas entre centros de salud de distintas áreas. El problema con este test es que asume que el producto o servicio es homogéneo, es por ello que el flujo de pacientes no refleja una sustituibilidad del producto relevante.

*b. Segundo Informe:*

---

<sup>123</sup> Primer Informe.

Los objetivos del Segundo Informe fueron (i) definir el mercado relevante del SBTB del INEN durante el periodo de 2008-2015, (ii) analizar la oferta privada disponible en ese mercado, y (iii) identificar las barreras a la entrada para nuevos proveedores de servicios.

Sobre el mercado relevante, en el Segundo Informe, se ha determinado lo siguiente:

- El INDECOPI parte su análisis por precisar que todos los servicios brindados en el SBTB del INEN serán considerados como un todo, y no se realizará un análisis por cada uno de estos. Ello debido a que, en Estado Unidos, la Comisión Federal de Comercio determinó que en relación a fusiones en mercados de servicios hospitalarios el análisis se hace de forma conjunta ya que los servicios son ofrecidos bajo condiciones de competencia relativamente similares.
- El 28 de junio de 2005, el MINSA otorgó al INEN la categoría de III-2 “Instituto Especializado en Oncología de Tercer Nivel de Atención”, debido a que:

(i)	Pertenece al nivel de atención más alto (tercer nivel).
(ii)	Es un establecimiento de salud y de investigación altamente especializado en el ámbito nacional.
(iii)	Es el centro de referencia especializado de mayor complejidad.
(iv)	Tiene un equipo de profesionales altamente especializado que garantiza la investigación y el desarrollo de técnicas médico-quirúrgicas de alta complejidad.

*Fuente: INDECOPI<sup>124</sup>*

- El SBTB del INEN es el conjunto de servicios oncológicos por los cuales se cobra una tarifa a mayor a un tipo de pacientes respecto de otras categorías. Por ejemplo, se cobra S/ 150 por una consulta ambulatoria especializada frente a los S/ 20.00 para pacientes del seguro públicos y S/ 5.00 para pacientes sin seguro.

Los servicios bajo el SBTB se ofrecen con un menor tiempo de espera (entre 0 y 5 días frente a los 5 y 25 días ofrecidos a otro tipo de paciente). Asimismo, se permite que el paciente elija al médico de su preferencia según la especialidad.

- Según el siguiente cuadro, se puede apreciar que el número de consultas externas atendidas por el INEN se ha multiplicado desde el 2011:

---

<sup>124</sup> Segundo Informe.



**Cuadro 1**  
INEN: CONSULTAS EXTERNAS, SEGÚN GRUPOS DE PACIENTES, 2011 - 2015

Grupos de Pacientes	2011	2012	2013 <sup>a/</sup>	2014	2015	Total	Porcentaje
SIS <sup>1/</sup>	143 759	161 191	216 719	250 938	284 187	1 056 794	67,99%
Hospitalar <sup>2/</sup>	82 414	78 619	47 496	32 737	28 054	269 320	17,33%
EsSalud	32 080	35 541	36 667	37 376	36 519	178 183	11,46%
Social <sup>3/</sup>	13 071	8 509	4 523	3 530	2 234	31 867	2,05%
SBTD	2 425	2 977	3 654	3 826	5 182	18 064	1,16%
<b>Total</b>	<b>273 749</b>	<b>286 837</b>	<b>309 059</b>	<b>328 407</b>	<b>356 176</b>	<b>1 554 228</b>	<b>100,00%</b>

Fuente: INDECOPI<sup>125</sup>

- La tarifa del SBTD brindado por el INEN se calcula bajo la siguiente formula:

$$\text{Tarifa SBTD del INEN} = \text{Costo total de producción} + \text{Margen adicional}$$

Fuente: INDECOPI<sup>126</sup>

- En el Perú, todos los establecimientos de salud deben estar categorizados en función al grado de complejidad de las enfermedades que pueden atender de acuerdo a la Resolución Ministerial No. 546-2011/MINSA, tal como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

**Cuadro 2**  
PERÚ: TIPOS DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD, SEGÚN NIVELES DE ATENCIÓN, CARACTERÍSTICAS GENERALES, COMPLEJIDAD Y CATEGORÍA

Nivel de atención	Características generales según Organización Mundial de la Salud OMS	Complejidad	Categoría	Denominación
Primer nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Tiene pocas especialidades médicas, principalmente: medicina interna, obstetricia-ginecología, pediatría, cirugía general o solo medicina general.</li> <li>- Los servicios de laboratorio son limitados, están disponibles para análisis patológico general no especializado.</li> <li>- Tienen entre 30 y 200 camas.</li> </ul>	1°	I-1	Consultorio de profesionales de la salud (no médico cirujano) Puesto de Salud o Posta de Salud (con profesional de la salud no médico cirujano)
		2°	I-2	Consultorio Médico (con médico cirujano con o sin especialidad) Puesto de Salud o Posta de Salud (con médico cirujano)
		3°	I-3	Centro de Salud
				Centro Médico Centro Médico Especializado Policlínico Centro Odontológico
4°	I-4	Centro de Salud con camas de internamiento Centro Médico con camas de internamiento		
Segundo nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Altamente diferenciado según función, con cinco a diez especialidades clínicas.</li> <li>- Tiene entre 200 y 800 camas.</li> </ul>	5°	II-1 (Atención General)	Hospital de atención general Clínica de atención general
			II-E (Atención Especializada)	Hospital de atención especializada Clínica de atención especializada
		6°	II-2 (Atención General)	Hospital de atención general Clínica de atención general
Tercer nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cuentan con personal y equipo técnico altamente especializado.</li> <li>- Los servicios clínicos están altamente diferenciados por función.</li> <li>- Podría tener actividades de enseñanza.</li> <li>- Tamaño de la cama que se extiende de 300-1.500 camas.</li> </ul>	7°	III-1 (Atención General)	Hospital de atención general Clínica de atención general
			III-E (Atención Especializada)	Hospital de atención especializada Clínica de atención especializada
		8°	III-2 (Atención Especializada)	Instituto de Salud Especializado

<sup>125</sup> Segundo Informe.

<sup>126</sup> Segundo Informe.

El INEN se encuentra en la categoría de mayor nivel: III-2 (atención especializada).

- De acuerdo a ello, el Segundo Informe se precisó lo siguiente:

*“Si dos establecimientos de salud se encuentran dentro de la misma categoría de complejidad implica que están diseñados “[...] para enfrentar demandas equivalentes”, aunque no necesariamente que sean similares respecto a todas sus características o atributos principales, como tamaño de infraestructura y cantidad de especialidades o sub-especialidades, o incluso respecto a público objetivo”* [énfasis agregado].

- En esa línea, se determinó lo siguiente:

*“• La similitud entre establecimientos de salud de la categoría III-2 (como los Institutos de Salud Especializados) y los de la categoría III-E (como un hospital o clínica de atención especializada) es que ambos brindan servicios con algún grado de especialización. Sin embargo, la diferencia determinante es que los de la categoría III-2 prestan “servicios de la mayor especialización” mientras que los de la categoría III-E simplemente brindan “atención especializada” (no la de mayor especialización).*

*• En relación a los establecimientos de salud de la categoría III-2 y los de la categoría II-1 el principal atributo diferencial es que los primeros son considerados especializados, en tanto los segundos son de atención general (hospitales o clínicas, como, por ejemplo, la Clínica Delgado o la Clínica Ricardo Palma)”* [énfasis agregado].

- Como se puede observar, al año 2016, existían 5 clínicas en las categorías de Nivel III a nivel nacional, sin embargo ninguna de estas se encontraba especializada en enfermedades oncológicas:

---

<sup>127</sup> Segundo Informe.

**Cuadro 3**  
**PERÚ: ESTABLECIMIENTOS DE SALUD DEL TERCER NIVEL DE ATENCIÓN EN EL**  
**SECTOR PRIVADO, AL 20 DE JULIO DE 2016**

Complejidad	Categoría	Denominación	Nombre Comercial	Especialidad	Ubicación
7°	III-1 (Atención General)	Hospital o clínica de atención general	- Clínica Ricardo Palma - Clínica San Borja - Clínica San Felipe S.A.	Atención general	Lima
	III-E (Atención Especializada)		- Instituto Médico Especializado en Diabetes "Soy Diabético"	Diabetes Mellitus <sup>1/</sup>	Piura
8°	III-2 (Atención Especializada)	Instituto de Salud Especializado	- Clínica del Inca (Instituto Neuro Cardiovascular de las Américas - INCA) <sup>2/</sup>	Enfermedades cardiacas, neurológicas y vasculares <sup>3/</sup>	Lima

Fuente: INDECOPI<sup>128</sup>

- Teniendo ello en cuenta, el Segundo Informe concluyó que: “dentro del ámbito privado a nivel nacional, no existen establecimientos de salud de la misma especialidad que el INEN, que brinden el mismo nivel de atención (Nivel III) y/o la misma complejidad (Nivel 8). Si se reduce el nivel de complejidad de la categoría III-2 a la III.E tampoco se encuentra un establecimiento de salud que atienda la misma especialidad que el INEN”<sup>129</sup>.
- Sobre la demanda del INEN, se determinó lo siguiente: (i) durante el 2015, el 75,27% del total de pacientes atendidos por el SBTD provino de Lima y Callao, mientras que el 3% fue de otros departamentos.

En relación al poder adquisitivo de los pacientes, tenemos que el 52,39% de los pacientes de Lima y Callao, en el 2015, atendidos por el INEN provienen de distritos donde predomina el NSE B y el 47,61% provienen de distritos en donde predomina los NSE C y C-D.

<sup>128</sup> Segundo Informe.

<sup>129</sup> Segundo Informe.

**Cuadro 5**  
**INEN: PACIENTES ATENDIDOS EN EL SBTD PROVENIENTES DE LA PROVINCIA DE LIMA Y DE LA PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO, SEGÚN NIVEL SOCIO-ECONÓMICO Y ZONA DE PROCEDENCIA, 2015**

NSE predo- minante <sup>1/</sup>	Zonas (Distritos) <sup>2/</sup>	A	B	C	D	E	Total
B	Zona 7 (Miraflores, San Isidro, San Borja, Surco, La Molina)	13,41%	17,52%	5,43%	1,94%	0,47%	38,77%
	Zona 6 (Jesús María, Lince, Pueblo Libre, Magdalena, San Miguel)	1,85%	7,90%	3,05%	0,71%	0,10%	13,62%
	Sub total B	15,27%	25,42%	8,48%	2,65%	0,56%	52,39%
C y C-D	Zona 8 (Surquillo, Barranco, Chorrillos, San Juan de Miraflores)	0,44%	2,88%	4,49%	2,09%	0,48%	10,38%
	Zona 4 (Cercado, Rímac, Breña, La Victoria)	0,36%	2,55%	4,30%	1,90%	0,44%	9,55%
	Zona 2 (Independencia, Los Olivos, San Martín de Porras)	0,14%	1,72%	3,84%	1,56%	0,19%	7,45%
	Zona 5 (Ate, Chaclacayo, Lurigancho, Santa Anita, San Luis, El Agustino)	0,14%	0,85%	2,87%	2,56%	0,63%	7,07%
	Zona 10 (Callao, Bellavista, La Perla, La Punta, Carmen de la Legua, Ventanilla)	0,06%	0,78%	1,84%	1,00%	0,53%	4,20%
	Zona 1 (Puente Piedra, Comas, Carabayllo)	0,03%	0,33%	1,38%	0,98%	0,39%	3,12%
	Zona 3 (San Juan de Lurigancho)	0,00%	0,56%	1,25%	0,83%	0,35%	2,99%
	Zona 9 (Villa El Salvador, Villa María del Triunfo, Lurín, Pachacamac)	0,00%	0,15%	1,06%	0,96%	0,31%	2,48%
	Otros <sup>3/</sup>	0,00%	0,03%	0,16%	0,09%	0,09%	0,38%
	Sub total C y C-D	1,17%	9,86%	21,19%	11,98%	3,40%	47,61%
<b>Total<sup>4/</sup></b>		<b>16,44%</b>	<b>35,28%</b>	<b>29,66%</b>	<b>14,63%</b>	<b>3,96%</b>	<b>100,00%</b>

Fuente: INDECOPI<sup>130</sup>

- Cabe precisar que, tanto ONCOSALUD como las empresas aseguradoras (como Rímac y Pacífico) incluyen dentro de sus programas de atención al INEN como un centro especializado de atención para los tratamientos oncológicos. De esta forma, los pacientes pueden ser derivados al INEN en atención a la complejidad del caso.
- Asimismo, la Gerencia de Estudios Económicos precisó que: “los servicios bajo el SBTD deben ser considerados de manera conjunta como un único producto”<sup>131</sup>. Además, se ha comprobado que el sector privado no ofrece servicios de salud con atributos de especialización cercanos al INEN.
- En esa línea, el Segundo Informe concluyó que : “esta Gerencia opina que el mercado relevante en donde opera el SBTD del INEN debe ser definido como el conjunto de servicios de salud afines a la especialidad de oncología (y subespecialidades), con capacidad para atender diagnósticos y tratamientos altamente complejos, con atributos conexos de prestaciones como elección del médicos, hospitalización individualizada y menor tiempo de espera”<sup>132</sup>.

<sup>130</sup> Segundo Informe.

<sup>131</sup> Segundo Informe.

<sup>132</sup> Segundo Informe.

- También, se precisa que *“en atención al hecho que no existen a nivel nacional al servicios cercanos al INEN, no es necesario delimitar con exactitud el ámbitos geográfico (...)”*<sup>133</sup>.

Sobre la oferta privada, se ha determinado lo siguiente:

- En relación con la oferta privada se expuso que *“en el mercado relevante en donde opera el SBTD del INEN, sea nivel local (Lima y Callao) o incluso a nivel nacional, no existe oferta privada disponible (...)”*<sup>134</sup>.

Sobre las barreras de acceso al mercado, se ha determinado lo siguiente:

- Respecto a las barreras de entrada se expuso que *“para que los establecimientos de salud del sector privado puedan obtener la categoría de mayor complejidad III-2 (como la que actualmente tiene el INEN) requieren realizar inversiones significativas en infraestructura, equipamiento y recursos humanos, al menos al corto plazo”*<sup>135</sup>.

197. Cabe precisar que, el INEN cuenta con UPSS de Radioterapia, Medicina Nuclear, Investigación y Docencia a diferencia de un centro de atención de categoría III-1:

---

<sup>133</sup> Segundo Informe.

<sup>134</sup> Segundo Informe.

<sup>135</sup> Segundo Informe.

**Tabla 6**  
**Unidades Productoras de Servicio de Salud del Tercer Nivel de Atención**

Item	Unidad Productora de Servicio de Salud	Tercer Nivel	
		Categoría	
		III - 1	III - 2
1	Consulta externa	Obligatorio	Obligatorio
2	Emergencia	Obligatorio	Obligatorio
3	Hospitalización	Obligatorio	Obligatorio
4	Centro obstétrico	Obligatorio	Obligatorio
5	Centro quirúrgico	Obligatorio	Obligatorio
6	Unidad de cuidados intensivos	Obligatorio	Obligatorio
7	Medicina de rehabilitación	Obligatorio	Obligatorio
8	Diagnóstico por imágenes	Obligatorio	Obligatorio
9	Patología clínica	Obligatorio	Obligatorio
10	Anatomía patológica	Obligatorio	Obligatorio
11	Farmacia	Obligatorio	Obligatorio
12	Hemoterapia	Obligatorio	Obligatorio
13	Hemodiálisis	Obligatorio	Obligatorio
14	Nutrición y dietética	Obligatorio	Obligatorio
15	Esterilización	Obligatorio	Obligatorio
16	Epidemiología	Obligatorio	Obligatorio
17	Neonatología	Obligatorio	Obligatorio
18	Salud comunitaria y ambiental	Obligatorio	Obligatorio
19	<b>Radioterapia</b>	No aplica	Obligatorio
20	<b>Medicina nuclear</b>	No aplica	Obligatorio
21	<b>Investigación y docencia</b>	No aplica	Obligatorio

Fuente: Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.01  
Elaboración: ST-SDC

*Fuente: Segunda Resolución de la Sala*

198. Teniendo ello en cuenta, la Sala concluyó lo siguiente sobre el mercado relevante:

*“durante el periodo de análisis (26 de julio al 12 de noviembre de 2008), el mercado relevante donde operó el SBTD del INEN se define como la prestación integral de servicios oncológicos y subespecialidades con características similares al SBTD brindados por los Institutos Especializados -categorizados obligatoriamente por el Ministerio de Salud de acuerdo con la Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.01- y para lo cual cuentan con la Categoría III-2 correspondiente al más alto nivel de atención (Tercer Nivel de Atención), con ámbito de influencia a nivel nacional”<sup>136</sup>.*

199. Al respecto, a continuación, expondré algunos aspectos vinculados con lo desarrollado por el INDECOPI para definir el mercado relevante:

<sup>136</sup> Segunda Resolución de la Sala.

- a. Primer Aspecto:** El INDECOPI inicia su análisis considerando a todos los servicios del SBTD brindados por INEN como un “todo”.

Si bien el INDECOPI parte por sustentar que en relación a las fusiones empresariales se hace un análisis de forma agregada de los servicios brindados por un agente para determinar el mercado relevante. Sin embargo, más allá de los citados casos, no se sustenta el porqué en el caso en concreto este criterio permitiría definir el mercado relevante de forma correcta.

Al respecto, debemos tener en cuenta que, al haber considerado a todos los servicios como uno “solo”, no permite identificar si existen sustituidos adecuados de cada servicio. Esto genera la incertidumbre respecto de si existen servicios no especializados brindados por el INEN que puedan ser ofertados por los agentes que se encuentran en el mercado.

Además, la única razón por la que el INDECOPI considera al INEN como el único agente dentro de su mercado relevante, es debido a que es el único agente que posee una Categoría III-2 de especialización. Si bien las demandas del INEN y de otros centro de atención que poseen categorías inferiores, se debió realizar un análisis mucho más detallado sobre cada uno de los servicios brindados por el INEN y una clínica con una categoría inferior. Ello con la finalidad de poder observar si en todos los casos, los pacientes consideran que no existen sustitutos adecuados para los servicios brindados por el INEN.

En efecto, el análisis del INDECOPI respecto al mercado relevante se debió centrar en analizar estos servicios especializados que solo son brindados por el INEN. Una vez hecho este análisis, se debió delimitar el mercado relevante para poder verificar la sustituibilidad de estos servicios.

Esto hubiese permitir evaluar el grado de sustituibilidad de los servicios ofertados por el INEN, y si realmente nos encontramos ante un establecimiento en donde solo se brindan servicios altamente especializados y no existen sustitutos adecuados.

- b. Segundo Aspecto:** No se ha tomado en cuenta que los médicos del INEN trabajan en el sector privado.

Este aspecto se encuentra vinculado con la sección anterior, ya que uno de los factores que miden el grado de especialidad de un centro de salud es su personal (capital humano). Cabe precisar que, no es un factor determinante, ya que existen otros factores como: infraestructura, equipamiento, capacidad de atención, recursos y organización de acuerdo a la Norma Técnica.

Sin perjuicio de ello, se debió analizar los efectos que se pueden originar como consecuencia de que el personal trabaje en el INEN y en centros de salud de menor categoría (sector privado). Además, según las declaraciones de los directores de algunas clínicas, el sector privado ha realizado inversiones para que su equipamiento y tecnología sea mejor.

Es por ello que el análisis de sustituibilidad por cada uno de los servicios resulta aún más relevante, ya que si existen procedimientos que pueden ser realizados por los mismos doctores en otros centros de atención con categorías diferentes, no existe un sustento económico para concluir que todos los servicios brindados bajo el SBTD del INEN no tienen sustitutos adecuados.

- c. **Tercer Aspecto:** El INDECOPI no hace un correcto análisis de las barreras de entrada al mercado.

De acuerdo a lo desarrollado en el Segundo Informe, la barrera de entrada a este mercado sería la gran inversión (económica, equipamiento y recursos humanos) que los agentes privados tendrían que realizar para conseguir una categoría III-2.

Sin embargo, no se ha entrado a analizar lo siguiente: (i) por qué no consideran rentable hacer dicha inversión si podrían atender a los pacientes en todas sus categorías de especialización, (ii) si perciben que al entrar en el mercado relevante, no podrían competir con el INEN ya que sus precios no serían competitivos al tener que recuperar su inversión, y (iii) cuáles son los costos de ingresar a dicho mercado relevante y si han existido casos en donde las empresas se han desistido de realizar esta inversión.

Asimismo, no se ha hecho un análisis adecuado de los potenciales competidores en dicho mercado, ya que no se ha verificado si en el mediano o largo plazo existen empresas que ingresarán a este mercado.

Ello debido a que, en la actualidad, solo existe en el sector privado una clínica con categoría III-2, de acuerdo al Registro Nacional de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – RENIPRESS<sup>137</sup>:

---

<sup>137</sup> SUSALUD. Registro Nacional de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – RENIPRESS. Consulta: 11 de octubre de 2020. En <http://app20.susalud.gob.pe:8080/registro-renipress-webapp/ipress.htm?action=mostrarVer&idipress=00008956#no-back-button>



Institución a la que pertenece PRIVADO	TIPO (Todos)	CLASIFICACIÓN (Todos)	<input checked="" type="radio"/> Registro						
Categoría III-2	Unidad Ejecutora (Todos)	SERVICIO (Todos)	<input type="radio"/> Categorización						
Autoridad Sanitaria (Todos)	RED (Todos)	MICRO RED (Todos)	<input type="radio"/> Caducidad de Categoría						
CLAS (Todos)	Colegio Profesional (Todos)	Especialidad (Todos)	Desde dd/mm/aaaa						
TELESALUD (Todos)	<input type="checkbox"/> Establecimientos Georeferenciados	<input type="checkbox"/> Establecimientos con Resolución SUCAMEC	Hasta dd/mm/aaaa						
<input type="button" value="BUSCAR"/>									
25 registros por página									
Código Único	Nombre Comercial Establecimiento	Departamento	Provincia	Distrito	Dirección	Estado	Situación	Condición	Inspección
00008956	CLINICA DEL INCA	LIMA	LIMA	MIRAFLORES	AVENIDA AVENIDA 28 DE JULIO 1331 DISTRITO MIRAFLORES PROVINCIA LIMA DEPARTAMENTO LIMA	ACTIVADO		EN FUNCIONAMIENTO	

Fuente: SUSALUD

Cabe precisar que, esta Clínica se especializa en enfermedades cardiovasculares, neurológicas y vasculares, y además se encontraba con esta categoría cuando el INDECOPI emitió el Segundo Informe:

<b>Denominación o Nombre Comercial</b>	<b>CLINICA DEL INCA</b>
<b>Código Único de IPRESS</b>	<b>00008956</b>
<b>Datos del Propietario</b>	
Registro Único del Contribuyente R.U.C.	20545545919
Razón Social	INSTITUTO NEURO CARDIOVASCULAR DE LAS AMERICAS SOCIEDAD ANONIMA CERRADA
Dirección Completa	AVENIDA 28 DE JULIO NÚMERO 1331 DISTRITO MIRAFLORES PROVINCIA LIMA DEPARTAMENTO LIMA
Departamento	LIMA
Provincia	LIMA
Distrito	MIRAFLORES
Fax	445-4391
Dirección de la Página Web de la Empresa	HTTP://WWW.INCA.ORG.PE

Fuente: SUSALUD

200. Sin perjuicio de que estos aspectos hubiesen dado mejores resultados sobre el mercado relevante de los servicios brindados bajo el SBTD por el INEN y con la posibilidad de que existan servicios que no se encuentren dentro del mercado relevante (ello por existir sustitutos adecuados), a continuación se analizará lo desarrollado por el INDECOPI respecto a si el SBTD es subsidiario de acuerdo a las conclusiones del Segundo Informe.

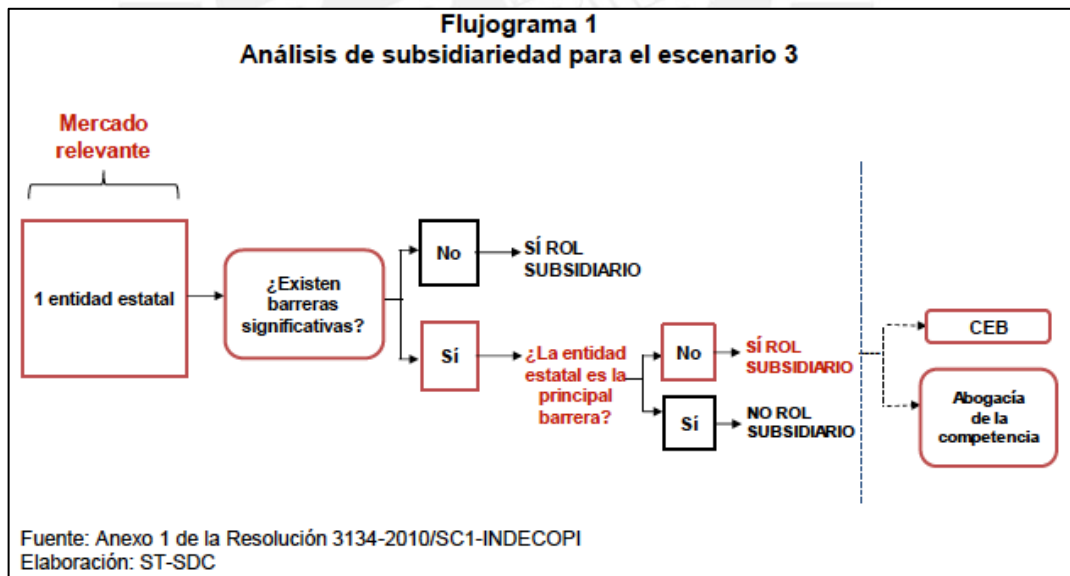
(iii) De acuerdo a lo desarrollado por el INDECOPI ¿el SBTD es subsidiario dentro de su mercado?:

201. En la Segunda Resolución de la Comisión, se concluyó lo siguiente sobre el mercado relevante del SBTD brindado por el INEN, ello sobre la base de lo desarrollado en el Segundo Informe:

*“De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que el sector privado, no ofrece servicios de salud con atributos de especialización suficientemente cercanos al INEN, no existiendo la homogeneidad necesaria para que exista un sustituto a los servicios brindados por la imputada, por lo que puede concluirse que solo el INEN se encuentra participando en el mercado relevante analizado.*

*De esta manera, este órgano colegiado considera que, una vez analizado el mercado relevante del presente procedimiento, el análisis debe realizarse tomando en cuenta un escenario en el cual solo existe un actor económico en el mercado relevante, es decir, en el caso en particular, el INEN. En ese sentido, conforme la clasificación expuesta al inicio del presente pronunciamiento, nos encontramos dentro del tercer escenario, el cual se desarrolla cuando solo existe una entidad pública en el mercado relevante”* [énfasis agregado].

202. Como consecuencia de ello, nos encontramos ante el Tercer Escenario para realizar el análisis de subsidiariedad: **una empresa estatal que se encuentra presente en el mercado relevante.**



*Fuente: Segunda Resolución de la Comisión*

203. En ese sentido, ahora corresponde analizar las barreras de entrada que existen en el presente caso con la finalidad de determinar si el INEN realiza actividad empresarial.

Sobre las barreras legales

204. Las fases para poder operar un centro de salud, son las siguientes: (i) habilitación, (ii) acreditación, y (iii) categorización.

**a. Habilitación:**

De acuerdo a la Segunda Resolución de la Comisión, esta fase es entendida:

*“como aquel proceso de carácter obligatorio, mediante el cual se autoriza el funcionamiento de un determinado establecimiento de salud para iniciar o continuar sus operaciones, una vez cumplidos los requerimientos establecidos en el marco normativo aplicable”* [énfasis agregado].

**b. Acreditación:**

De acuerdo a la Segunda Resolución de la Comisión, esta fase se define como:

*“aquel procedimiento de evaluación periódica de los recursos institucionales, que tiende a garantizar la calidad de la atención, a través de estándares previamente definidos por la autoridad de salud. Sobre lo expuesto, la Comisión puede observar que el procedimiento de acreditación es de carácter voluntario en la medida que solo se realiza si un establecimiento de salud lo solicita”* [énfasis agregado].

**c. Categorización:**

De acuerdo a la Segunda Resolución de la Comisión, esta fase se define como:

*“aquel proceso que conduce a homogenizar y clasificar los diferentes establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo, en base a niveles de complejidad y a características funcionales, que permitan responder a la necesidades de salud de la población que atiende. Esta fase, a diferencia del procedimiento de acreditación, sí es de carácter obligatorio para los establecimientos”* [énfasis agregado].

205. De acuerdo a ello, la Comisión concluyó que no existen barreras significativas de carácter legal o administrativo en relación a los servicios de salud a fines a la especialidad de oncología.

206. Sin embargo, y de forma contraria a lo concluido por la Comisión, la Sala ha determinado que la Norma Técnica que regula el procedimiento de categorización resulta ser una barrera normativa significativa, debido a que es un requisito indispensable para que los agentes puedan ingresar al mercado relevante en donde se encuentra el INEN.
207. Al respecto, me encuentro de acuerdo con la posición de la Sala, ya que existen muchos aspectos que deben ser implementados por parte de los agentes privados para poder ingresar al mercado relevante. Si bien estos aspectos son relevantes para poder atender un servicio especializado en oncología, esto no deja ser una barrera legal significativa para ingresar al mercado.
208. Es por ello, y tal como ha sido mencionado anteriormente, hasta la actualidad no existen clínicas con la categoría III-2 para brindar los servicios en materia oncológica.

*Sobre las barreras Estructurales y Estratégicas*

209. La Sala, en su Segunda Resolución, ha considerado que se debe invertir una fuerte cantidad de dinero para conseguir una categoría III-2. Estas inversiones son para desarrollar una infraestructura, equipar las instalaciones y conseguir recursos humanos según la Norma Técnica.
210. Además, los representantes de la Clínica Delgado, y Ricardo Palma<sup>138</sup> han señalado lo siguiente:

*“quienes manifestaron que no era factible realizar dichos niveles de inversión en infraestructura, equipamiento y recursos humanos en el corto plazo de un año para obtener una capacidad instalada correspondiente a la Categoría III-2 en mención, de acuerdo con la Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.01, “Categorías de Establecimientos del Sector Salud”.*

211. De esta forma, existen barreras estructurales derivadas de la Norma Técnica. Cabe precisar que estas barreras no son producidas por la entidad estatal.
212. Sobre el particular, coincido con la posición de la Sala, ya que las barreras estructurales se encuentran relacionadas con las barreras legales y constituyen un gran obstáculo para que nuevos agentes puedan ingresar al mercado relevante.

---

<sup>138</sup> Información obtenida en entrevistas realizadas a representantes de: (i) Clínica Delgado, con fecha 23 de febrero de 2017; y, (ii) Clínica Ricardo Palma, con fecha 17 de marzo de 2017.

213. En relación a la barrera estratégica que podría desarrollar el INEN, la Sala ha concluido que no existe evidencia que acredite que podría ejecutar una barrera que pudiera negar el acceso de nuevos competidores.
214. Sin perjuicio de ello, y tal como ya fue expuesto, el INDECOPI en este caso no ha entrado a analizar los factores por los cuales los agentes privados no podrían entrar al mercado relevante.
215. En efecto, para poder llegar a la conclusión del INDECOPI se debió analizar lo siguiente: (i) por qué no consideran rentable hacer dicha inversión si podrían atender a los pacientes en todas sus categorías de especialización, (ii) si perciben que al entrar en el mercado relevante, no podrían competir con el INEN ya que sus precios no serían competitivos al tener que recuperar su inversión, y (iii) cuáles son los costos de ingresar a dicho mercado relevante.

De acuerdo a ello se hubiese podido concluir 2 aspectos diferentes: (i) que el sector privado no se encuentra interesado en ingresar a dicho mercado relevante, o (ii) los agentes privados percibe al INEN como una barrera para ingresar al mercado. Estas conclusiones hubiesen llevado a determinar que el INEN es subsidiario según el primer aspecto, y que el INEN no es subsidiario de acuerdo al segundo aspecto. Lamentablemente, este hecho no fue analizado por parte del INDECOPI.

216. A pesar de ello, y de acuerdo al análisis para el Escenario 3 (solo existe una empresa estatal), el INDECOPI determinó lo siguiente:
- La única barrera significativa para ingresar al mercado relevante se encuentra en la Norma Técnica. Cabe precisar que, de acuerdo al INDECOPI, el INEN no representa una barrera que pueda restringir que nuevos agentes ingresen al mercado.
  - Es por ello que, la actividad empresarial desarrollada por el INEN es subsidiaria.
217. Sin embargo, era fundamental entrar a analizar los factores por los cuales los agentes privados no ingresan a dicho mercado. Y sobre la base de ello determinar si efectivamente el INEN realiza una actividad subsidiaria. Es por ello, que no me encuentro de acuerdo con lo resuelto por el INDECOPI en este caso, y además por la forma en cómo se ha determinado el mercado relevante.

(iv) Conclusiones:

218. La determinación de un mercado relevante representa un análisis muy complejo y a su vez muy importante para analizar la subsidiariedad en el presente caso. Es por ello que es sumamente importante realizar de manera adecuada el examen de

sustituibilidad de los productos o servicios ofertados por un agente, con la finalidad de determinar el mercado producto y el mercado geográfico.

219. Tal como se mencionó, el análisis desarrollado por el INDECOPI en relación al mercado relevante no ha sido muy detallado y preciso, ya que se partió por hacer el análisis del producto relevante asumiendo a todos los servicios brindados por el INEN como un “todo”.

Además, no se analizaron variables cualitativas tales como qué tipos de servicios no son requeridos por el INEN y si los agentes privados pueden brindarlos (ello teniendo en cuenta que el personal que labora en el INEN también trabaja en el sector privado). En esa línea, no se ha hecho un análisis mucho más detallado y específico sobre las barreras de entrada al mercado relevante, específicamente sobre las barreras estratégicas.

220. Esta falta de precisión al analizar el mercado relevante tiene como consecuencia que las conclusiones arribadas en los Informes Económicos puedan variar, y como consecuencia el análisis de subsidiariedad también podría verse modificado.
221. Sin perjuicio de ello y asumiendo que se ha delimitado de forma correcta el mercado relevante, el INDECOPI ha determinado que el INEN realiza una actividad subsidiaria.
222. No obstante, el examen realizado por el INDECOPI sobre las barrera de entrada no ha analizado los motivos por los cuales los agentes privados no ingresan al mercado. Este aspecto se encuentra relacionado con las barreras estratégicas, lo cual se podría traducir en que los agentes privados perciben al INEN como una barrera (con lo cual, la actividad del INEN no sería subsidiaria). Es por ello, que resulta importante analizar todas la variables sobre las barreras de entrada en un mercado y determinar por qué la competencia en potencia no ingresa el mercado.
223. Teniendo ello en cuenta, no me encuentro de acuerdo con el análisis desarrollado por el INDECOPI en relación al mercado relevante y a la subsidiariedad, ya que existe información que debió ser analizada y se debieron aplicar otros criterios que permitan determinar de forma correcta el mercado relevante.

**D. CUARTO PROBLEMA JURÍDICO: ¿El SBTD cumple el requisito de ser de interés público o de manifiesta conveniencia nacional?**

224. De acuerdo a la Segunda Resolución de la Sala, el siguiente requisito es determinar si el SBTD brindado por el INEN cumple con ser de interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

225. Cabe precisar que, en la Resolución 3134 (Precedente de Observancia Obligatoria), se señalo lo siguiente:

*“126. En conclusión, la evaluación de lo que debe entenderse por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional es un aspecto que no corresponde al INDECOPI, siendo que el contenido de dichos conceptos debe ser dado por el Congreso de la República con oportunidad de la emisión de la ley expresa en virtud de la cual queda autorizado el desarrollo de la actividad empresarial.*

*127. Por ello, cuando el parlamento expida la ley autoritativa y exprese en ella las condiciones de interés público o conveniencia nacional que sustentaron su aprobación, se entenderá cumplido el requisito. No obstante, cuando del texto de la ley que autoriza el desempeño de la actividad empresarial no se advierta la referencia a la justificación de interés público o conveniencia nacional, se verificará el incumplimiento del tercer y último requisito previsto en el artículo 60 de la Constitución”<sup>139</sup>. [énfasis agregado].*

226. De esta forma, de acuerdo a dicha Resolución, el INDECOPI se limitará a verificar si en la Ley que autoriza la actividad empresarial se contempla una justificación sobre el interés público o manifiesta conveniencia nacional, y según ello determinar si se ha cumplido o no con este requisito.

(i) Marco Teórico:

227. En la Segunda Resolución de la Sala, el INDECOPI<sup>140</sup> ha señalado que el concepto de “interés público” es indeterminado y no ha sido definido por la Constitución de 1993. Sobre este aspecto, ha señalado lo siguiente:

*“La necesidad de que la actividad satisfaga un interés relevante para la comunidad tiene por finalidad evitar que el Estado distraiga recursos públicos en el desarrollo de actividades que no son prioritarias y se concentre en la ejecución de las funciones que le son inherentes (v. g. las relacionadas a los sectores de defensa nacional y justicia, o las de corte*

---

<sup>139</sup> INDECOPI. Resolución No. 3134-2010/SC1-INDECOPI emitida por la Sala. Op. Cit.

<sup>140</sup> En dicha Resolución, el INDECOPI ha precisado los antecedentes en donde ha señalado que el concepto de “interés público” es indeterminado:

*“Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010, correspondiente a la denuncia de Pollería El Rancho II E.I.R.L. contra Universidad Nacional del Altiplano – Puno, el cual se estableció un precedente de observancia obligatoria respecto a la interpretación y aplicación del numeral 3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Asimismo, entre otras, la Resolución 2470-2010/SC1-INDECOPI del 6 de septiembre de 2010, correspondiente a la denuncia de la Clínica Santa Teresa S.A. contra el Instituto Nacional de Oftalmología”.*

*económico cuyo cumplimiento resulta trascendente por satisfacer una necesidad asistencial)”*.

228. En esa línea, el INDECOPI, en la Resolución No. 296-2018/SDC-INDECOPI, señaló lo siguiente sobre estos conceptos:

*“75. Por su parte, RUBIO CORREA<sup>141</sup>, al comentar el uso de los términos “alto interés público” y “manifiesta conveniencia nacional” contenidos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, manifiesta que es una “expresión altisonante que no tiene significado específico en el Derecho Constitucional”. Para el referido autor, esta fórmula tiene como finalidad resaltar que “sólo en casos muy especiales se deberá autorizar la existencia de empresas públicas”.*

*76. Como ha sido indicado, el alto interés público y la manifiesta conveniencia nacional son conceptos jurídicos indeterminados cuyo contenido varía en función a las circunstancias y contexto en el que se circunscriben. Para el caso en concreto, estos términos constituyen límites a la actividad empresarial estatal, pues denotan que únicamente en casos excepcionales se podrá justificar la inclusión del Estado como agente económico en el mercado”<sup>142</sup> [énfasis agregado].*

229. Sin perjuicio de ello, es necesario construir un concepto de “interés público” para definir si el SBTD brindado por el INEN cumple con este requisito. De acuerdo al TC, en la Sentencia recaída en el Expediente No. 090-2004-AA/TC, dicho concepto es entendido de la siguiente forma:

*“11. El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.*

---

<sup>141</sup> En dicha Resolución se citó lo siguiente:

*“En relación a la segunda parte del artículo, en buena cuenta se establece una concepción restrictiva de la actividad empresarial directa o indirecta del Estado al requerir que sea subsidiaria de la iniciativa privada, según hemos visto en los párrafos inmediatamente anteriores. El Establecimiento de empresas públicas requiere ley expresa y alto interés público de manifiesta conveniencia nacional. Es ésta una expresión altisonante que no tiene significado específico en el Derecho Constitucional, pero que carga la intención de decir que sólo en casos muy especiales se deberá autorizar la existencia de empresas públicas. No es lenguaje técnico, sino, en última instancia, emotivo”.*

RUBIO CORREA, Marcial. “Estudio de la Constitución Política de 1993”. Tomo 3. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 236.

<sup>142</sup> INDECOPI. Resolución No. 296-2018/SDC-INDECOPI. Resolución de fecha 15 de diciembre de 2018. Consulta: 22 de noviembre de 2020.  
[https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal\\_sala\\_def\\_comp.seam](https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam)



(...)

Consecuentemente, el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo.

(...)

Es así que el interés público, como concepto indeterminado, se construye sobre la base de la motivación de las decisiones, como requisito sine qua non de la potestad discrecional de la Administración, quedando excluida toda posibilidad de arbitrariedad”<sup>143</sup> [énfasis agregado].

230. En esa línea, se ha precisado que el interés público no es algo que sea opuesto al interés privado, sino que es la suma de los intereses privados y se orienta al logro de un valor, provecho o utilidad:

“Durante años se ha entendido que el interés privado es opuesto al interés público, sin embargo, la doctrina actual coincide en asegurar que el interés público no es más que la suma de intereses privados de los miembros que forman una comunidad o sociedad. Son intereses individuales que son compartidos, que resultan comunes a la mayor parte o totalidad de una comunidad y que se orientan al logro de un valor, provecho o utilidad”<sup>144</sup>.

231. Teniendo ello en cuenta, el interés público se encuentra orientado al conjunto de intereses de un grupo mayoritario y que se materializa en un contenido concreto, determinable, actual y directo respecto de los que se encuentran vinculados:

“Es el resultado de un conjunto de intereses individuales compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos, que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que le opongan o

---

<sup>143</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Expediente No. 090-2004-AA/TC. Sentencia de fecha 5 de julio de 2004. Consulta: 22 de noviembre de 2020.  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>

<sup>144</sup> SALMON, Elizabeth. “Las acciones de interés público y el derecho internacional de los derechos humanos”. En: *Derecho y Ciudadanía – Ensayos de Interés Público*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002 pp. 82. Citado por NAVARRO, Augusto. “Silecio Administrativo y Medio Ambiente: acabando un mito”. En: *Circulo de Derecho Administrativo*, Lima, pp. 169.

lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”<sup>145</sup> [énfasis agregado].

232. Sobre la base de ello, Morón construye un concepto de interés público en los siguientes términos:

**“1. Contenido concreto**

*Aquel interés que amerita el desenvolvimiento de la actividad estatal no puede ser algo abstracto o teórico librado a la apreciación subjetiva de la autoridad, sino que, por el contrario, debe ser perfectamente definible e identificable en el caso concreto; ello es indispensable para poderlo apreciar, valorar y controlar.*

(...)

**2. Contenido actual (actualidad)**

*El valor espiritual o material que el interés público representa debe ser querido realmente en el presente, para ese momento (interés público inmediato) o esperado en el porvenir (interés público mediato). El interés público no es lo que la colectividad aspira en el pasado (histórico), ni lo que se especula que se querrá en el futuro (especulativo).*

(...)

**3. Contenido personal y directo**

*El provecho o utilidad que el interés público redundando directamente en el mejoramiento personal de la colectividad. No es un mejoramiento para terceros (ej. para el gobierno). Hay que advertir que en algunos casos el interés público recurre a estrategias indirectas de alcanzar su objetivo a través del favorecimiento de individuos, como sucede con las técnicas de fomento (p. ej. exoneraciones tributarias, convenios de estabilidad jurídica, etc.).*

(...)

**4. Contenido relacionado a derechos subjetivos**

*Aquello que representa el interés público siempre esta directamente vinculado con el goce, protección o mantenimiento de derechos ciudadanos (colectivos o individuales). De ahí, que el interés público no pueda estar entendido disociado o en contradicción de los derechos fundamentales”<sup>146</sup> [énfasis agregado].*

---

<sup>145</sup> ESCOLA, Héctor Jorge. “El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo”. Buenos Aires: Depalma, 1989, pp. 250. Citado por NAVARRO, Augusto. “Silecio Administrativo y Medio Ambiente: acabando un mito”. En: *Circulo de Derecho Administravito*, Lima, pp. 169.

<sup>146</sup> MORÓN, Juan Carlos. “La Construcción de la noción jurídica del interés público a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional”. En *Palestra del Tribunal Constitucional No. 4*. Lima, 2007. pp. 608 - 610.

233. De esta forma, para que algo sea considerado como interés público debe poseer los siguientes elementos: (i) que sea concreto, (ii) de contenido actual, (iii) contenido personal y directo, y (iv) contenido relacionado con derechos subjetivos.
234. Teniendo ello en cuenta, a continuación realizaremos el análisis sobre el interés involucrado en el SBTD brindado por el INEN.
- (ii) De acuerdo a lo desarrollado por el INDECOPI ¿el SBTD se sustenta en un interés público o en la conveniencia nacional?:
235. De acuerdo a la Segunda Resolución de la Sala, el SBTD brindado por el INEN posee un interés público, debido a las siguientes razones:
- a. La Ley 27657, vigente durante el periodo de análisis, determinó que el Ministerio de Salud es el ente rector del Sector Salud. De esta forma, esta institución diseña y norma los procesos organizacionales para cumplir con sus objetivos en materia de protección y recuperación de la salud, ello a través de sus órganos desconcentrados y organismos públicos.
  - b. De acuerdo al literal “e” del artículo 33 de la Ley 27657, el INEN es un organismo público descentralizado que forma parte del Ministerio de Salud y tienen como finalidades proteger, promover, prevenir y garantizar la atención integral del paciente oncológico.
  - c. Teniendo ello en cuenta, la Ley 27657 tiene como necesidad satisfacer un interés relevante para la sociedad (brindar atención a los pacientes oncológicos). A través del SBTD brindado por el INEN, se presta servicios de salud en el área oncológica.

Es por ello que, el SBTD se encuentra relacionado y sustentado en un interés público.

236. Si bien el INDECOPI se limitó a verificar si existe el interés público dentro de la Ley 27657, es necesario analizar si el interés público señalado en la Segunda Resolución de la Sala cumple con los requisitos expuestos anteriormente que fueron desarrollado por la doctrina:

**a. Contenido concreto:**

Al respecto, este requisito se cumple ya que la finalidad del SBTD es brindar la atención a los pacientes oncológicos, ello de acuerdo a las finalidades del Ministerio de Salud.

Si bien se podría cuestionar que el INEN se encuentra orientado a una demanda con poder adquisitivo, ello no minimiza el interés público que posee debido a que nos encontramos ante una actividad empresarial. Además, si consideramos que debió tener una finalidad para la atención general de todas las personas, el INEN sería considerado como actividad social del Estado (interés social) con lo cual no se encontraría sujeta al artículo 60 de la Constitución de 1993.

#### **b. Contenido actual**

El SBTD posee un contenido actual e inmediato, ya que actualmente la demanda por la atención en servicios oncológicos ha crecido enormemente. En este sentido, resulta importante que el INEN pueda brindar el SBTD a las personas.

#### **c. Contenido personal y directo**

Sobre el particular, el provecho o utilidad del SBTD redundan directamente en el mejoramiento de las personas en materia de salud. Es por ello que considero que en este caso el INEN cuenta con un contenido directo y personal en beneficio de las personas.

Si bien se puede mencionar que, el SBTD del INEN no se encuentra orientado a brindar sus servicios a la totalidad de las personas, sin embargo ello no tiene impacto en este caso en tanto nos encontramos ante una actividad empresarial. De ahí se deriva que no es necesario que todas las personas deban verse beneficiados (ello debido a que no nos encontramos ante un servicio social como el SIS, ESSALUD y otros), sino que este servicio se encuentra orientado a que cualquier persona pueda recibir una atención en materia oncológica, incluso por debajo de las tarifas en el sector privado.

#### **d. Contenido relacionado con derechos subjetivos**

En este caso, el SBTD se encuentra vinculado con el derecho fundamental a la salud reconocido en la Constitución de 1993. Es por ello que posee un fundamento para ser calificado como interés público relacionado con el goce, protección y mantenimiento de la salud de los ciudadanos.

237. Teniendo ello en cuenta, en mi opinión, sí considero que el SBTD brindado por el INEN se encuentra relacionado y sustentando en un interés público, tal como ha sido desarrollado por el INDECOPI.

(iii) Conclusiones:

238. De acuerdo a la Segunda Resolución de la Sala, el INDECOPI se limita a verificar si en la Ley que autoriza la actividad empresarial se contempla una justificación sobre el interés público o manifiesta conveniencia nacional, y según ello determinar si se ha cumplido o no con este requisito.
239. En el presente caso, de acuerdo al INDECOPI, el SBTD brindado por el INEN posee un interés público, ya que sus servicios se encuentran vinculados con la salud de las personas en materia oncológica.
240. Sin perjuicio de ello, y de acuerdo a los requisitos desarrollados por la doctrina, el SBTD brindado por el INEN posee un interés público en tanto brinda servicios de salud en materia oncológica a las personas.
241. Es por ello que, el SBTD del INEN cumple con el requisito de ser de interés público, de acuerdo al artículo 60 de la Constitución de 1993.

## VII. CONCLUSIONES

- (i) Primer Problema Jurídico: ¿El SBTD que brinda el INEN es una actividad empresarial?

Posición del INDECOPI	Posición Personal
El SBTD brindado por el INEN constituye una actividad empresarial.	En la misma línea de lo resuelto por la Sala, el SBTD brindado por el INEN es una actividad empresarial.
<p><u>Sustento:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La Sala ha determinado que una actividad será considerada como empresarial cuando concurren los siguientes elementos: (i) el Estado provea un producto o servicio al mercado, sin que esto constituya el ejercicio de <i>ius imperium</i> o sea de carácter asistencial, (ii) no se requiere que la actividad tenga una rentabilidad, y (iii) es indistinto la forma jurídica que adopte la entidad estatal para brindar el servicio o el producto.</li> <li>• Sobre la base de ello, el INDECOPI resolvió determinar que el SBTD brindado por el INEN es una actividad empresarial.</li> <li>• En mi opinión, el INDECOPI ha considerado de forma válida que el INEN realiza actividad empresarial, debido a que (i) el servicio es ofertado a las personas que pueden pagarlo de acuerdo al poder adquisitivo, (ii) el servicio no se provee de forma equitativa a la población, y (iii) el INEN percibe una rentabilidad, de acuerdo a lo declarado por el INEN.</li> </ul>	

- (ii) Segundo Problema Jurídico: ¿Existe una ley expresa que autorice al INEN a realizar actividad empresarial?

Posición del INDECOPI	Posición Personal
<p>La actividad empresarial desarrollada por el INEN ha sido autorizada por el literal “e” del artículo 33 de la Ley 27657.</p>	<p>De forma contraria a lo resuelto por la Sala, no existe una Ley que haya autorizado al INEN a realizar una actividad empresarial.</p>
<p><u>Sustento:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• De acuerdo a la Sala, para analizar este requisito se debe verificar que (i) exista una ley del Congreso de la República, y (ii) se autorice, de forma clara y patente, la actividad empresarial.</li> <li>• De esta forma, el literal “e” del artículo 33 de la Ley 27657 habría autorizado al INEN para realizar actividad empresarial.</li> </ul>	<p><u>Sustento:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Si bien comparto el análisis que se debe realizar para determinar si existe una ley que autorice la actividad empresarial, sin embargo no estoy de acuerdo con que la Sala aplique un criterio que permite que cualquier disposición legal pueda ser utilizada como fundamento para que se permita una actividad empresarial.</li> <li>• El criterio es el siguiente: no es necesario que la ley establezca textualmente que se habilita a realizar actividad empresarial, sino solo debe precisar que se brindará un servicio o producto.</li> <li>• Es por ello que, la ley debe señalar de forma expresa que una entidad estatal o empresa pública realizará una determinada actividad empresarial. Lo contrario significaría que la Sala entre a interpretar si una disposición legal autoriza o no a que se desarrolle una actividad empresarial, tal como ha sucedido en el presente caso.</li> <li>• En efecto, el literal “e” del artículo 33 de la Ley 27657 se limita a precisar que el INEN tiene como “misión” proteger, promover, prevenir y garantizar la atención integral del paciente oncológico. Sin embargo, no hace referencia si dicha Ley autoriza, de forma expresa, al INEN a realizar actividad empresarial.</li> <li>• Es por ello que, y de forma contraria a la posición de la Sala, el literal “e” del artículo 33 de la Ley 27657 no dispone</li> </ul>

	una autorización para que el INEN pueda realizar actividad empresarial.
--	---

(iii) Tercer Problema Jurídico: ¿La actividad empresarial desarrollada por el INEN cumple con ser subsidiaria?

Posición del INDECOPI	Posición Personal
El SBTB brindado por el INEN constituye una actividad empresarial subsidiaria.	De forma contraria a lo resuelto por la Sala, considero que no se ha analizado de forma correcta el mercado relevante, y como consecuencia se ha podido determinar que el INEN no es una actividad subsidiaria.  Cabe precisar que, no existe información que permita realizar un análisis más detallado sobre el mercado relevante.
<p><u>Sustento:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>El análisis en este caso es el siguiente: (i) se debe definir el mercado relevante, para ello se usa los conceptos desarrollados por la Ley de Libre Competencia, y (ii) una vez que sea determinado, se debe realizar el análisis de subsidiariedad de acuerdo a los 3 escenarios desarrollados por la Sala.</li> <li>La Sala definió el mercado relevante de la siguiente forma: <p><i>“el mercado relevante donde operó el SBTB del INEN se define como la prestación integral de servicios oncológicos y subespecialidades con características similares al SBTB brindados por los Institutos Especializados -categorizados obligatoriamente por el Ministerio de Salud de acuerdo con la Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.01- y para lo cual cuentan con la Categoría III-2 correspondiente al más alto nivel de atención (Tercer Nivel de Atención),</i></p> </li> </ul>	<p><u>Sustento:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>El análisis de mercado relevante es muy importante para el presente caso, ya que sus conclusiones se encuentran vinculadas con el examen de subsidiariedad.</li> <li>Es por ello, que mis comentarios realizados en el presente informe se encuentran relacionados con la definición del mercado relevante: (i) la Sala inicia su análisis considerando a todos los servicios del SBTB brindados por INEN como un “todo”; (ii) no se ha tomado en cuenta que los médicos del INEN trabajan en el sector privado; y (iii) la Sala no profundiza en el análisis sobre las barreras de entrada al mercado relevante.</li> <li>Estos 3 aspectos impactan en el análisis y en las conclusiones sobre el mercado relevante.</li> <li>Además, cualquier variación en el mercado relevante tendrá consecuencias directas en determinar ante qué escenario nos encontramos, y si la actividad desarrollada por el INEN es subsidiaria.</li> </ul>

<p><i>con ámbito de influencia a nivel nacional</i><sup>147</sup>.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Teniendo ello en cuenta, la Sala determinó que no existía un agente privado que compita con el INEN en el mercado relevante. Por lo tanto, nos encontramos en el Tercer Escenario: <i>solo existe una entidad estatal</i>.</li> <li>• En ese sentido, la Sala realizó un examen de las barreras de entrada al mercado relevante, y determinó que existen barreras legales y estructurales significativas y que no son atribuibles al INEN.</li> <li>• Con lo cual, la Sala determinó que no había oferta privada que pueda cubrir la demanda en el mercado relevante. De esta forma, la actividad empresarial del INEN es subsidiaria.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Por último, si bien sería necesario desarrollar mi posición y verificar si la conclusión de la Sala es correcta, el expediente no cuenta con la información económica (cuantitativa como cualitativa) que permita definir el mercado relevante según los parámetros expuestos.</li> </ul>
---	--

(iv) Cuarto Problema Jurídico: ¿La actividad empresarial desarrollada por el INEN es de interés público o de manifiesta conveniencia nacional?

<b>Posición del INDECOPI</b>	<b>Posición Personal</b>
<p>El SBTD brindado por el INEN constituye una actividad empresarial que posee un interés público.</p>	<p>En la misma de lo resuelto por la Sala, el SBTD brindado por el INEN es una actividad empresarial que posee un interés público.</p>
<p><u>Sustento:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• De acuerdo al INDECOPI, solo tiene competencia para verificar si existe o no un interés público.</li> <li>• Sobre la base de ello, la Ley 27657 determinó que el Ministerio de Salud es el ente rector del Sector Salud. Esta institución diseña y norma los procesos organizacionales para cumplir con sus objetivos en materia de protección y recuperación de la salud.</li> </ul>	<p><u>Sustento:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Si bien comparto la conclusión del INDECOPI, considero que se debió analizar si existía un interés público y si este debía ser calificado como tal.</li> <li>• De acuerdo a lo desarrollado por la doctrina, para que “algo” sea considerado como interés público debe cumplir con los siguientes requisitos: (i) contenido concreto, (ii) contenido actual, (iii) contenido personal y directo, (iv) contenido relacionado con derechos subjetivos.</li> </ul>

<sup>147</sup> Segunda Resolución de la Sala.



<ul style="list-style-type: none"> <li>• De acuerdo al literal “e” del artículo 33 de la Ley 27657, el INEN es un organismo público descentralizado que forma parte del Ministerio de Salud y tiene como finalidad proteger, promover, prevenir y garantizar la atención integral del paciente oncológico.</li> <li>• La Ley 27657 tiene como necesidad satisfacer un interés relevante para la sociedad (brindar atención a los pacientes oncológicos). A través del SBTD brindado por el INEN, se presta servicios de salud en el área oncológica.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tal como ha sido desarrollado, el SBTD brindado por el INEN cumple con dichos requisitos.</li> </ul>
---	---

## **VIII. RECOMENDACIONES**

242. Luego de haber analizado el presente caso, a continuación expondré 2 recomendaciones a tener en cuenta:

- Si bien es cierto que el INEN brindar una prestación de salud en materia oncológica, debemos tener en cuenta que esta debe ser brindado de forma equitativa y universal a todas las personas. Es por ello que debemos reformular este tipo de prestaciones en especial en materia oncológica que es una de las enfermedades que posee una mayor cantidad de víctimas a nivel nacional.
- Además, y como lo recomendó el INDECOPI, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas debe analizar si las barreras de entrada al mercado relevante son legales y razonables.

## **IX. FUENTES BIBLIOGRÁFICAS**

### **A. DOCTRINA**

ACOSTA-FINETTI, Pamela y MAQUÍN RIVERA, Nancy. *Análisis Sectorial de Seguros Oncológicos en el Perú*. Universidad de Piura. PAD - Escuela de Dirección. Lima: 2019.

ARIÑO, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: Ara Editores, 2004, pp. 564.

BALDO, Kresalja y OCHOA, César. *Derecho Constitucional Económico 2009*. Primera Edición. Lima: Fondo Editorial PUCP, pp. 352-353.

BAZÁN, Víctor Hugo y LUYO, Michael. “Esclareciendo la actividad empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades no económicas”. En: *Derecho & Sociedad*. Lima, número 29, pp. 186.

BULLARD, Alfredo. “El Otro Pollo. La Competencia Desleal del Estado por Violación del Principio de Subsidiariedad”. En: *Circulo de Derecho Administrativo*. Lima, número 10, pp. 200.

CONRATH, Craig. Guía Práctica para la Ejecución de la Ley Antimonopolio para una economía en transición. Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio, pp. 91.

DANÓS, Jorge. “El Régimen de los Servicios Públicos en la Constitución Peruana”. En: *Themis* 55, pp. 259.

ESCOLA, Héctor Jorge. “El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo”. Buenos Aires: Depalma, 1989, pp. 250. Citado por NAVARRO, Augusto. “Silencio Administrativo y Medio Ambiente: acabando un mito”. En: *Circulo de Derecho Administrativo*, Lima, pp. 169.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. “Economía Social de Mercado en el Estado de Garantías de Prestaciones. En: El Derecho administrativo en perspectiva. Homenaje al profesor Dr. José Luis Meilán Gil. Buenos Aires: Ed. RAP, 2014, pp. 331-348.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor Rafael. *Homenaje a Allan Brewer-Carías. Reflexiones sobre la constitución económica en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. 2012. Lima: Ius Et Veritas, pp. 147-149.

KHEMANI, Shyam. “Objetivos de la Política de Competencia”. En: Planeación y Desarrollo. Promoción y Desarrollo. Promoción de la Competencia y Desarrollo Económico. Bogotá, Vol. XXIV, No. 2, 1993, pp. 17.

LAZARTE, Jorge. “El concepto de servicio público en el derecho peruano”. En *IUS ET VERITAS*. Lima, número 26, pp. 69.

LUYO, Michael y BAZÁN, Víctor. “Esclareciendo la Actividad Empresarial del Estado: Hacia una construcción adecuada de sus actividades no económicas”. En: *Derecho & Sociedad*. Lima, número 49, pp. 191.

MORÓN, Juan Carlos. “La Construcción de la noción jurídica del interés público a partir de las sentencias del Tribunal Constitucional”. En *Palestra del Tribunal Constitucional No. 4*. Lima, 2007. pp. 608 - 610.

QUIÑONES ALAYZA, Maria. “Actividad Empresarial del Estado, Competencia Desleal y Servicios Públicos”. En: *Revista Circulo Derecho Administrativo*. Lima, número 12, pp. 65.

RUBIO CORREA, Marcial. “Estudio de la Constitución Política de 1993”. Tomo 3. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, pp. 236.

SALMON, Elizabeth. “Las acciones de interés público y el derecho internacional de los derechos humanos”. En: *Derecho y Ciudadanía – Ensayos de Interés Público*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2002 pp. 82. Citado por NAVARRO, Augusto. “Silencio Administrativo y Medio Ambiente: acabando un mito”. En: *Circulo de Derecho Administrativo*, Lima, pp. 169.

TREVIJANO, J. A. “Tratado de derecho administrativo”. Madrid: Editorial RDP, 1971, pp. 20.

## **B. JURISPRUDENCIA Y RESOLUCIONES**

INDECOPI. *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos – Libre Competencia*. Lima, pp. 18 - 19. Consulta: 27 de setiembre de 2020. Disponible en:

[https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre\\_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre_competencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

INDECOPI - Gerencia de Estudios Económicos. Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Banco de la Nación S.A. Informe No. 045-2002/GEE.

INDECOPI. *Informe No. 034-2004-INDECOPI/ST-CLC. Denuncia interpuesta por la empresa Almacenes y Logística S.A. contra la empresa Talma Menzies S.R.L. por un supuesto abuso de posición de dominio*. Lima, 2004.

INDECOPI. *Informe No. 004-2000-INDECOPI/CLC. Denuncia presentada por la empresa Cab Cable S.A. en contra de la empresa Electrocentro S.A. por abuso de posición de dominio*. Lima, 2000.

INDECOPI. Resolución No. 3134-2010/SC1-INDECOPI emitida por la Sala. Resolución: 29 de noviembre de 2010. Consulta: 22 de noviembre de 2020.

[https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal\\_sala\\_def\\_comp.seam](https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam)

INDECOPI. Resolución No. 1604-2013/SDC-INDECOPI emitida por la Sala. Resolución: 1 de octubre de 2013. Consulta: 22 de noviembre de 2020.

[https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal\\_sala\\_def\\_comp.seam](https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam)

INDECOPI. Resolución No. 0415-2014/SDC-INDECOPI emitida por la Sala. Resolución: 20 de marzo de 2014. Consulta: 22 de noviembre de 2020.

[https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal\\_sala\\_def\\_comp.seam](https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam)

INDECOPI. Resolución No. 296-2018/SDC-INDECOPI. Resolución de fecha 15 de diciembre de 2018. Consulta: 22 de noviembre de 2020.

[https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal\\_sala\\_def\\_comp.seam](https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam)

INDECOPI. Resolución No. 001-2018-LIN/INDECOPI. Resolución: 26 de diciembre de 2018. Consulta: 22 de noviembre de 2020.

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/lineamientos-generales-para-la-aplicacion-de-las-normas-de-r-resolucion-no-077-2016-cdosiptel-1396244-1/>

INDECOPI. Resolución No. 112-2019/SDC-INDECOPI emitida por la Sala. Resolución: 06 de junio de 2019. Consulta: 22 de noviembre de 2020.

[https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal\\_sala\\_def\\_comp.seam](https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/tribunal_sala_def_comp.seam)

OSIPTEL. Resolución No. 007-2016-TSC/OSIPTEL emitida por el Tribunal. Resolución: 24 de junio de 2016. Consulta: 22 de noviembre de 2020.

<https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/lineamientos-generales-para-la-aplicacion-de-las-normas-de-r-resolucion-no-077-2016-cdosiptel-1396244-1/>

SUSALUD. Registro Nacional de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – RENIPRESS. Consulta: 11 de octubre de 2020. En

<http://app20.susalud.gob.pe:8080/registro-renipress-webapp/ipress.htm?action=mostrarVer&idipress=00008956#no-back-button>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 008-2003-AI/TC. Sentencia: 11 de noviembre de 2003. Consulta: 22 de noviembre de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 090-2004-AA/TC. Sentencia: 5 de julio de 2004. Consulta: 22 de noviembre de 2020.

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 07644-2006-PA/TC.  
Sentencia: 15 de diciembre de 2006. Consulta: 22 de noviembre de 2020.  
<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07644-2006-AA.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Expediente No. 04293-2012-PA/TC.  
Sentencia: 11 de noviembre de 2003. Consulta: 18 de marzo de 2014.  
<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04293-2012-AA.pdf>

## **X. ANEXOS**

Anexo al presente Informe los siguientes documentos relevantes del presente Expediente:

- Denuncia de la Clínica Santa Teresa en contra del INEN (**Anexo A**).
- Escrito de Descargos del INEN (**Anexo B**).
- Primera Resolución de la Comisión (**Anexo C**).
- Escrito de apelación del INEN (**Anexo D**).
- Primera Resolución de la Sala. (**Anexo E**).
- Primer Informe emitido por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI (**Anexo F**).
- Segundo Informe emitido por la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI (**Anexo G**).
- Segunda Resolución de la Comisión (**Anexo H**).
- Apelación de la Asociación de Clínicas del Perú – ACP (**Anexo I**).
- Segunda Resolución de la Sala (**Anexo J**).



# **Anexo A**

ORIGINAL (13)

000001

CCD

13

114094

2000 SEP 26 PM 4:52

Exp.:  
Sumilla: Denuncia por Actos de competencia desleal

RECIBIDA  
UNIDAD DE TRAMITE  
DOCUMENTARIA

RECIBIDO  
Per: Hora:

**SEÑOR SECRETARIO TÉCNICO DE LA COMISIÓN DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL:**

**CLINICA SANTA TERESA S.A.**, con R.U.C. N° 20100354731, debidamente representado por su Gerente General señor **PAUL RICARDO DE SOUZA FERREYRA QUIROZ**, identificado con D.N.I. N° 08721867, según poder que corre inscrito en el asiento C00017 de la Partida Electrónica N° 02016982 del Registro de Personas Jurídicas de Lima y Callao, con domicilio en Los Halcones N° 410, Urb. Jardín, distrito de Surquillo, con domicilio procesal en la casilla N° 6702 del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Sede Miraflores, a ustedes respetuosamente decimos:

CLINICA SANTA TERESA S.A.  
Paul De Souza Ferreyra Quiroz  
GERENTE GENERAL

**PETITORIO:**

Formulamos denuncia contra los Hospitales:

INSTITUTO DE SALUD DEL NIÑO	20131368403	AV. BRASIL N° 600 - BREÑA - LIMA - LIMA
INSTITUTO NACIONAL MATERNO PERINATAL	20144329148	JR. ANTONIO MIROQUESADA NRO. 941 LIMA - LIMA - LIMA
INEN DR EDUARDO CACERES GRAZIANI	20131367342	AV. ANGAMOS ESTE NRO. 2520 URB. LA CALERA LA MERCED LIMA - LIMA - SURQUILLO
INSTITUTO NACIONAL DE OFTALMOLOGIA	20131381094	AV. TINGO MARIA NRO. 398 URB. CHACRA RIOS NORTE LIMA - LIMA - LIMA
HOSPITAL NACIONAL ARZOBISPO LOAYZA	20154996991	AV. ALFONSO UGARTE NRO. 848 LIMA - LIMA - LIMA
HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA	20154528971	AV. HONORIO DELGADO NRO. S/N URB. INGENIERIA LIMA - LIMA - SAN MARTIN DE PORRES

por la comisión de los actos de competencia desleal descritos en el Art. 14, numeral 14.3, del Decreto Legislativo 1044, Decreto legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, referidos a actos desarrollados por autoridad pública o empresa estatal, violando normas imperativas.

En efecto, la norma en mención establece en el Subcapítulo III, Actos que alteran indebidamente la posición competitiva propia o ajena, en su artículo 14º, inciso 14.3 lo siguiente:

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60º de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial.

El artículo se respalda Constitucionalmente en el artículo 60º de la Constitución Política del Perú, el mismo que establece:

Artículo 60º.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

**Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés pública o de manifiesta conveniencia nacional.**

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

No obstante lo expuesto, quedará claro a la Comisión de la Revisión de la legislación vigente y de la modalidad empresarial en la que operan las instituciones en mención, que se encuentran operando infringiendo lo establecido por la Ley y la Constitución, prestando servicios, utilizando infraestructura del hospital, con la misma razón social, Registro Único de contribuyente, recursos y personal, servicios a terceros, llamase paciente privados, Compañías de seguros y EPS, a tarifas diferenciadas, en las denominadas, CLINICAS PRIVADAS DE LOS HOSPITALES PUBLICOS.

Cabe Recalcarse que la práctica en mención es un ilícito *per se* conforme lo establece el Art. 7 del Decreto Legislativo 1044:

**Artículo 7º.**- Condición de ilicitud

7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.

7.2.- Tampoco será necesario acreditar que dicho acto genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial.

La gravísima ilicitud de las denunciadas, ilicitud que viene afectando el mercado y la libre competencia de las clínicas privadas en el sector salud desde hace ya muchos años, bien implica conforme sustentaremos mas adelante, se exija a cada una de las denunciadas, el cese inmediato de la práctica ilegal y más aún, la aplicación que

JINCA SANTA TERESA D. U.  
Paul De Souza  
GERENTE GENERAL



corresponde según la ley, de una multa de hasta setecientos (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión. (Artículo 52, numeral 52.1, literal d. Parámetros de sanción), en virtud del alcance de la ilicitud, producto del beneficio ilícito, la contravención de la constitución la dimensión del mercado afectado, el efecto sobre los competidores efectivos o potenciales y la duración en el tiempo del acto de competencia desleal, que la Comisión en su oportunidad tendrá a bien merituar.

## II. FUNDAMENTOS DE HECHO:

1. La denunciante es una persona jurídica de Derecho Privado, constituida bajo el régimen de la sociedad anónima, cuyo objeto social es la prestación de servicios de salud en el sector privado, prestando servicios a particulares, Compañías de Seguros y Entidades Prestadoras de Salud, para lo que compite con otras instituciones privadas en calidad, precio e igualdad de condiciones de mercado.

Las instituciones denunciadas son **HOSPITALES PUBLICOS**, que acorde a la Resolución Ministerial No. 071-90-SA/DM, norma que regula el servicio de Clínicas en los hospitales e institutos especializados del Ministerio de Salud. También prestan servicios de salud con tarifa diferenciada en el mercado del sector privado.

3. No obstante, con fecha 29 de diciembre de 1993, fue promulgada para entrar en vigencia a partir del 31 de diciembre del mismo año, la Constitución Política del Perú, la misma que en su Artículo 60, establece... **Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés pública o de manifiesta conveniencia nacional...**, Situación que implicaba la Derogatoria tacita de la Resolución Ministerial y por ende la necesidad de una inmediata desactivación de la practica en mención.

Lo expuesto se fundamenta en que "La iniciativa pública económica se configura como una potestad de la Administración de carácter discrecional en cuanto a su misma oportunidad. Quiere decirse que ésta no se impone, sino que se deja a la libre decisión de la Administración. Más, si en el ejercicio de esta potestad la Administración decide actuar en el mercado, está sometida al mismo estatuto jurídico-constitucional de todos los operadores económicos, lo que significa igualdad con la empresa privada y respeto a la libre competencia.", sobre el artículo 60º de nuestra actual Constitución, Enrique Bernaldes sostiene que el constituyente de 1993

ANICA SANTA TERESA S.A.  
 Paul De Souza Ferreyra  
 GERENTE GENERAL  
 Quiroz

estableció determinadas reglas para la actividad empresarial pública, a saber:

- Sólo puede ser autorizada por ley expresa. Conociendo el trámite parlamentario, es difícil que haya empresas públicas, salvo que cuente con la aprobación de una mayoría suficiente del Congreso.
- La actividad que se realice con la empresa pública debe ser subsidiaria, esto es que sirve de instrumento a los otros sectores en la misma actividad, o que sustituye la inactividad de otros sectores.
- Tienen que ser expresamente declarados el alto interés público y/o en su caso de manifiesta conveniencia nacional en la ley que autoriza dicha actividad.

4. Seis años después de que entrara en vigencia la Constitución, y luego de seis años de incumplimiento normativo, con fecha 11 de diciembre del año 2000, fue promulgada la Ley 26122, Ley sobre Represión de la Competencia Desleal, la misma que en su artículo 17 establecía a la letra:

***Violación de normas: Se considera desleal valerse en el mercado de una ventaja competitiva ilícita adquirida mediante la infracción de las leyes. La ventaja deberá ser significativa.***

5. No obstante lo expuesto y siendo claro que la Resolución Ministerial en mención, no tendría el rango de Ley al que hace referencia el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, los hospitales en mención, mantuvieron el cuestionado ejercicio empresarial privado.

6. Cabe recalcar en todo caso que en esa instancia, para la configuración de un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas se requería, la norma en mención exigía dos condiciones (i) que exista una infracción del marco legal, (ii) que dicha infracción origine una ventaja competitiva significativa.

Lo antes expuesto, implicaba que para tipificar un acto como de competencia desleal por infracción normativa, existía la necesidad de demostrar que el incumplimiento normativo, había beneficiado al infractor o perjudicado a un competidor de manera "significativa", (no obstante esto no implica que la responsabilidad civil o penal de ser el caso por la práctica ilícita, no sean sancionables según correspondan, más aún, si quien las incumplía era el propio Estado Peruano).

Es en relación a lo expuesto que el 7 de abril del 2001, el Decreto Supremo, N° 034-2001-PCM, estableció los procedimientos mediante los cuales el FONAFE, delimitó y autorizó el desarrollo de actividades empresariales que con carácter subsidiario realizaría el Estado, estableciéndose la posibilidad de regularización hasta el 30 de junio del 2003, a aquellas empresas bajo el ámbito del FONAFE y mas el Decreto

VICA SANTA FE S.A.  
Paul De Souza Freyre  
GERENTE GENERAL

Supremo 088-2001-PCM , Disposiciones aplicables en las entidades del sector publico para desarrollar actividades de comercialización de bienes y servicios y efectuar los cobros correspondientes, de fecha 17 de julio del 2001, complemento lo expuesto, otorgando un plazo de adecuación hasta el 30 de septiembre del 2001, todos plazos incumplidos.

8. En efecto, la normativa especial le fue ajena a los hospitales en mención, y mas aun, es el caso que con fecha 26 de junio del presente año, fue publicado el Decreto Legislativo 1044, el mismo que entro en vigencia a los 30 días calendarios y que en su artículo 14. numeral 14.3, estipula que en el caso especifico de actividad empresarial desarrollada por entidades publicas, infringiendo lo establecido en el articulo 60 de la Constitución Política del Perú, ya no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja competitiva, pero que bien entenderá la Comisión, deberá tenerse en cuenta, pues el perjuicio ocasionado no solo a un competidor, sino al mercado en general de salud privada, clínicas privadas y pacientes del mercado relevante, al establecerse precios diferenciados, ajenos a las leyes propias de la oferta y la demanda, trastocándose el mercado y desvirtuando la demanda, será fundamental para la determinación de la gravedad de la infracción y graduabilidad de la sanción, al margen de la inminente prohibición de la práctica.

9. De lo expuesto, entendemos corresponde a la Secretaria Técnica de la Comisión, considerar que producto del uso indebido y subsidios indirectos de los hospitales en mención, contraviniendo la normatividad vigente hay una considerable dimensión del mercado privado afectado, habiendo los hospitales competido deslealmente en precio y prestación, tanto al captar pacientes particulares, como cuando han contratado prestaciones de servicios con compañías aseguradoras y Entidades Prestadoras de Salud (EPS), con las clínicas y establecimientos de salud del sector privado.

10. Pertinente es también en nuestra opinión que la Secretaria Técnica dentro del procedimiento de investigación y sanción, conforme se encuentra facultada, requiera a los hospitales denunciados la documentación contable que demostrara la importante cuota de mercado del infractor, en relación a la especialización del hospital y el efecto que la oferta especializada genero sobre los competidores efectivos y potenciales, y la duración de mas de una década de la práctica.

11. Finalizado el análisis, será claro para la Comisión que la practica seguida, no solo se trata de una contravención normativa, si no que tipifica perfectamente en lo establecido en el vigente Decreto Legislativo 1044, artículo 6, numeral 6.2 (Un acto de competencia desleal es aquél;

LA SANTA CRUZ S.A.  
 Paul De Souza Ferrero  
 GERENTE GENERAL

que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado) y el artículo 6º del derogado Decreto Legislativo Nº 26122 (Se considera acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas).

12. Es el caso que la competencia desleal del Estado, *"no sólo permite que se utilice recursos públicos para realizar actividades que pueden afectar a las que vienen siendo desarrolladas por el sector privado sino que además pueden ser fuente de corrupción, especialmente cuando no existen políticas claras y menos aún regulaciones específicas como venía sucediendo. Asimismo, se distrae recursos públicos cuando éstos pueden ser más necesarios en actividades prioritarias vinculadas a salud, educación, seguridad.*

*Tampoco el Estado debe hacer competencia desleal pues las ventajas o privilegios que su condición de empresas o entidades del Estado les podía generar se pueden utilizar indebidamente, no solo introduciendo distorsiones en la competencia sino además desincentivos el ingreso de agentes privados al mercado, perpetuando la presencia del Estado en el desarrollo de dichas actividades.*

*En algunos casos, la actividad empresarial del Estado no sólo puede generar graves distorsiones a la competencia sino incluso puede llegar a desplazar toda iniciativa privada de un mercado. Ello ocurre cuando las empresas hacen uso de las ventajas que le da su condición de empresas o entidades del Estado (por ejemplo, cuando reciben transferencias del Tesoro, o gozan de exoneraciones en la importación de maquinaria o insumos).*

*A efectos de evitar tales distorsiones, en el artículo 60 de la Constitución se ha establecido que cuando el Estado realiza actividad empresarial, ésta debe recibir el mismo tratamiento legal que la actividad empresarial privada."*(<http://transparenciaeconomica.mef.gob.pe/faq/competenciadesleal/competenciadesleal1.php#3>)

### **III. FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

Amparamos nuestra denuncia en los artículos 6, 7, 14, 52, 53, 55 y demás pertinentes del Decreto Legislativo 1044, el artículo 60 de la Constitución Política del Perú y en el art. 24 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

UNICA SANCIONERÍA S.A.  
 Paul De Souza Ferrreira  
 GERENTE GENERAL

**IV. VÍA PROCEDIMENTAL Y COMPETENCIA:**

De acuerdo a lo dispuesto por el decreto legislativo 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal y del Decreto Legislativo. N° 807, Ley sobre las Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, la denuncia se tramitará bajo las normas del Procedimiento único de la Comisión de Protección al Consumidor y de la Comisión de Competencia Desleal.

**V. MEDIOS PROBATORIOS:**

Ofrezco los siguientes medios probatorios:

1. Información contable que deberá requerir la Secretaria Técnica a los Hospitales denunciados, destinada a demostrar las características de las practicas realizadas en el ámbito publico y privado con la finalidad de determinar la gravedad de la infracción.
2. Inspección que deberá realizar la Secretaria Técnica a los locales de los hospitales denunciados y entrevistas con sus representantes, destinadas a probar la gravedad de las practicas realizadas .

**VI. ANEXOS:**

Se adjunta a la presente denuncia:

1. Copia literal de la vigencia de poder de nuestro representante legal. (Anexo 1-A)
2. Copia del R.U.C. de nuestra empresa. (Anexo 1-B)
3. Copia del D.N.I. de nuestro representante legal. (Anexo 1-C)
4. Recibo del derecho de trámite. (Anexo 1-D)

**POR TANTO:**

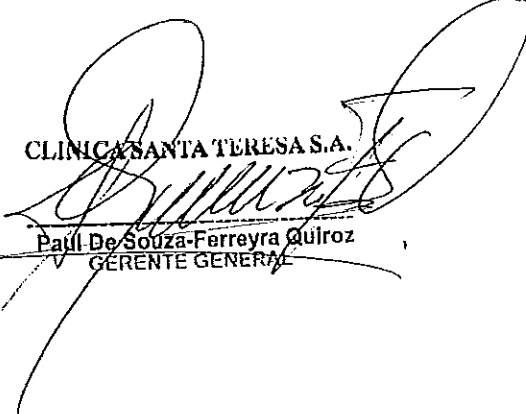
A Usted Señor Secretario Técnico, solicito poner la presente denuncia en conocimiento de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal para su admisión a trámite, y que en su momento sea declarada fundada.

Primer Otrosí decimos: Que de las investigaciones a realizarse, y determinada fehacientemente la practica, requerimos un análisis especial respecto a posibles ilícitos normativos tributarios.

UNICA SANITARIA S.A.S.A.  
 Paul De Souza Ferrer Quiroz  
 C.E.M.E.P. 12

Segundo Otrosí decimos: Solicitamos el pago de costas y costos generados por el presente proceso.

Lima, 23 de septiembre del 2008.

  
CLINICA SANTA TERESA S.A.  
Paul De Souza-Ferreira Quiroz  
GERENTE GENERAL

1-A



**SUNARP**  
SUPERINTENDENCIA NACIONAL  
DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

ZONA REGISTRAL N° IX. SEDE LIMA  
OFICINA REGISTRAL LIMA  
N° Partida: 02016982

**INSCRIPCION DE SOCIEDADES ANONIMAS  
CLINICA SANTA TERESA S.A.**

*[Handwritten Signature]*  
**C. SENOR DE TRUJILLO GARCIA**  
**CERTIFICADOR**  
Zona Registral N° IX - Sede Lima

REGISTRO DE PERSONAS JURIDICAS  
RUBRO : NOMBRAMIENTO DE MANDATARIOS  
C00017

Por COPIA CERTIFICADA del 10/01/2005 otorgada ante NOTARIO PAINO SCARPATI JOSE ALFREDO en la ciudad de LIMA del acta de 3D del 13/11/2004 se acordó **Aceptar la renuncia al cargo de Gerente General de Luis Rodolfo Leon-Ravinez Gironda. Nombrar como Gerente General a PAUL RICARDO DE SOUZA-FERREYRA QUIROZ con DNI 08721867. Revocar los poderes otorgados a Luis Rodolfo Leon-Ravinez Gironda y otorgar las facultades que por ley y el estatuto corresponde a la Gerencia General, en la persona de Paul Ricardo De Souza-Ferreira Quiroz:** FACULTADES SOCIETARIAS: a) Dirigir las operaciones de la sociedad... b) celebrar toda clase de actos y contratos ordinarios correspondientes... c) Representar a la sociedad, con las facultades de los arts. 74 y 75 del CPC... d) Asistir con voz pero sin voto a las sesiones del directorio... e) Asistir con voz sin voto a las sesiones de junta general... f) Expedir constancias... g) Actuar como secretario... h) Suscribir la correspondencia... i) Cobrar las cantidades que se adeuden a la sociedad y exigir la entrega de los bienes... j) Obtener avales y fianzas a favor de la sociedad y sus sucursales. k) Contratar y remover en su caso al personal de la empresa. l) Contratar seguros... m) Presentarse a cualquier concurso o licitación .. n) Gozar de todos los demás poderes que le confiera el Directorio... FACULTADES ADMINISTRATIVAS: a) Representar a la sociedad ante todas las autoridades políticas, municipales, Sunat, Sunad... b) Representar ala sociedad en todos los actos procesales ante las autoridades laborales, judiciales o privadas de trabajo .. FACULTADES PROCESALES: a) ejercer la representación judicial .. con las facultades de los arts. 74 y 75 del CPC... Para el ejercicio de las siguientes facultades el gerente general requerirá de una segunda firma, conforme lo establezca el directorio: FACULTADES BANCARIAS: Respecto a las entidades del sistema financiero podrá: 1. Celebrar contratos respecto de créditos en general, créditos en cuenta corriente y ahorros... préstamos o mutuos, sobregiros.. arrendamiento financiero y otras modalidades. 2. Solicitar y contratar fianzas, abrir, modificar y cancelar cartas de crédito. 3. Abrir, operar y, cerrar cuentas corrientes y de ahorro; abrir, retirar y cerrar cuentas a plazos; abrir, retirar y cerrar cuentas de ahorro... 4. Alquilar, operar cajas de seguridad; prestar y afectar cuentas o depósitos en garantía; prestar avales; otorgar fianza; endosar warrants; endosar conocimientos de embarques, endosar certificados de depósito; endosar pólizas de seguro; cobrar y otorgar recibos y cancelaciones; dar y tomar arriendo de muebles e inmuebles. 5. Respeto a cheques podrá girar sobre saldos acreedores o deudores; endosar para abono en cuenta de la sociedad, endosar a terceros.. 6. Respecto a letras, pagares, vales y otros títulos valores ... podrá girar, aceptar, endosar, avalar, descontar, depositar, retirar, cobrar, protestar, reaceptar, renovar, cancelar, dar en garantía o en procuración. 7. Emitir o cobrar giros o transferencias autorizar y pagar con cargos en cuenta y solicitar transferencias. 8. Celebrar otros contratos especiales como arrendamiento financiero, .. fideicomiso... constituir toda clase de empresas o personas jurídicas... FACULTADES DE DISPOSICIÓN: 1. Comprar o vender inmuebles o valores inmobiliarios. 2. Prestar

**NOTARIA PAINO**  
AV. ARAMBURU 668 LIMA 34  
CENTRAL TELEFONO: 422-0092

**COPIA CERTIFICADA**  
**NOTARIA PAINO**  
**Superintendencia Nacional de los Registros Públicos**

**EN LA OFICINA DE PUBLICIDAD**  
**SERVICIO REGISTRAL**

17 JUN 2008

Pág. Solicitadas : 34-35 IMPRESION: 17/06/2008 12:03:40 Pagina 34 de 35  
No existen Títulos Suspendingos y/o Pendientes

Zona Registral N° IX - Sede Lima  
Subgerencia de Fianza y Marca de Partida



**SUNARP**

SUPERINTENDENCIA NACIONAL  
DE LOS REGISTROS PÚBLICOS

ZONA REGISTRAL N° IX, SEDE LIMA

OFICINA REGISTRAL LIMA

N° Partida: 02016982

L. S. SARRATE TRUJILLO GARCIA

CERTIFICADO

Zona Registral N° IX - Sede Lima

**INSCRIPCIÓN DE SOCIEDADES ANONIMAS  
CLINICA SANTA TERESA S.A.**

garantías o avales, hipotecar, preñar o gravar bienes de la sociedad. 3. Transferir bienes inmuebles de propiedad de la sociedad.- A fojas 120 al 124 del Libro de Actas de Directorio N° 5 leg. el 31/07/2003 ante el Not. Alfredo Zambrano Rodríguez, bajo el N° 006993.- El título fue presentado el 11/01/2005 a las 10:57:10 AM horas, bajo el N° 2005-00013817 del Tomo Diario 0158 Derechos S/72.00 con Recibo(s) Numero(s) 00000575-04 00000697-07.-LIMA, 25 de Enero de 2005.

TOMAS HUMBERTO CERDAS LIMA  
Registrador Público

**Copia Certificada**  
**Sin Inscripción al Dorso**  
**No hay Títulos Suspensos y/o Pendientes de Inscripción**  
**Hora: 8:00 AM**

DECLARO QUE LA PRESENTE COPIA ES IGUAL AL ORIGINAL QUE HE TENIDO A LA VISTA.



04 JUL. 2008

ALFREDO PAIRO SCARPATI  
Notario  
EN LIMA  
SERVICIO REGISTRAL  
17 JUN 2008

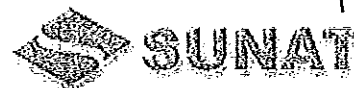
Pág. Solicitadas : 34-35 IMPRESION:17/06/2008 12:03:40 Pagina 35 de 35  
No existen Títulos Suspensos y/o Pendientes

Zona Registral N° IX - Sede Lima  
Subcartera de Diente y Mesa de Partes



00001

1-B



**FICHA RUC : 20100354731  
CLINICA SANTA TERESA S A**

Número de Transacción :

**Información General del Contribuyente**

Apellidos y Nombres ó Razón Social : CLINICA SANTA TERESA S A  
 Tipo de Contribuyente : 26-SOCIEDAD ANONIMA  
 Fecha de Inscripción : 27/01/1993  
 Fecha de Inicio de Actividades : 26/02/1986  
 Estado del Contribuyente : ACTIVO  
 Dependencia SUNAT : 0021 - I.R.LIMA-PRICO  
 Condición del Domicilio Fiscal : HABIDO.

**Datos del Contribuyente**

Nombre Comercial\* : CLINICA SANTA TERESA  
 Actividad Económica Principal : 85111 - ACTIVIDADES DE HOSPITALES  
 Actividad Económica Secundaria 1 : -  
 Actividad Económica Secundaria 2 : -  
 Sistema Emisión Comprobantes de Pago : COMPUTARIZADO  
 Sistema de Contabilidad : COMPUTARIZADO  
 Código de Profesión / Oficio : -  
 Actividad de Comercio Exterior : SIN ACTIVIDAD  
 Número Fax : -- 4416192  
 Teléfono Fijo 1 : -- 2212027  
 Teléfono Fijo 2 : -- 4411666  
 Teléfono Móvil 1 : -  
 Teléfono Móvil 2 : -  
 Correo Electrónico 1 : -  
 Correo Electrónico 2 : -

**Domicilio Fiscal**

Departamento : LIMA  
 Provincia : LIMA  
 Distrito : SURQUILLO  
 Tipo y Nombre Zona : URB. JARDIN  
 Tipo y Nombre Vía : CAL. LOS HALCONES  
 Nro : 410  
 Km : -  
 Mz : -  
 Lote : -  
 Dpto : -  
 Interior : -  
 Otras Referencias : -  
 Horario de Notificación : -  
 Condición del Inmueble declarado como Domicilio Fiscal : CESION EN USO.

**Datos de la Empresa**

Fecha Inscripción RR.PP : 04/06/1986  
 Número de Partida Registral : -  
 Tomo/Ficha : 55661  
 Folio : -  
 Asiento : -

000012

Origen del Capital : NACIONAL  
País de Origen del Capital : -

**Registro de Tributos Afectos**

Tributo	Afecto desde	Exoneración	Beneficios		
			Convenio	Desde	Hasta
IGV - OPER. INT. - CTA. PROPIA	10/08/1991	-	-	-	-
RENTA-2DA. CATEG.-RETENCIONES	01/07/1999	-	-	-	-
RENTA-3RA. CATEGOR.-CTA.PROPIA	26/02/1986	-	-	-	-
IMP.TEMPORAL A LOS ACTIV.NETOS	01/03/2005	-	-	-	-
RENTA-4TA. CATEG.-RETENCIONES	26/03/1986	-	-	-	-
RENTA-5TA. CATEG.-RETENCIONES	01/06/1987	-	-	-	-
ESSALUD-LEY 26790-AFIL.REGULAR	01/07/1999	-	-	-	-
ONP -LEY 19990	01/10/1999	-	-	-	-
IMPUESTO DE PROMOC. MUNICIPAL	10/08/1991	-	-	-	-

**Representantes Legales**

Tipo y Número de Documento	Apellidos y Nombres	Cargo	Fecha de Nacimiento	Fecha Desde
DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD - 07210278	BERROSPI ARGANDOÑA PERCY DUNCKER	DIRECTOR	30/07/1965	27/03/2002
	Dirección URB. LA AURORA CAL. ALEJANDRO DEUSTUA 335	Ubigeo LIMA LIMA MIRAFLORES	Teléfono -	Correo -
DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD - 07273226	HERMOZA MARAVI JOSE ALEJANDRO	DIRECTOR	21/09/1961	27/03/2002
	Dirección URB. CHACARILLA AV. BUENAVENTURA 188 Dpto 201	Ubigeo LIMA LIMA SAN BORJA	Teléfono -	Correo -
DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD - 07808245	CHAPARRO DAMMERT LUIS EDUARDO	DIRECTOR	20/10/1952	27/03/2002
	Dirección URB. LA AURORA AV. PORRAS MARSANO 1260	Ubigeo LIMA LIMA MIRAFLORES	Teléfono -	Correo -
DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD - 07829787	MACHER OSTOLAZA ENRIQUE D	DIRECTOR	22/03/1943	20/05/1999
	Dirección URB. URB CAL. COLON 359 Dpto 301	Ubigeo LIMA LIMA MIRAFLORES	Teléfono -	Correo -
DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD - 08212817	CASTILLO FERNANDEZ WALTER NELSON	DIRECTOR	31/01/1946	27/03/2002
	Dirección URB. URB AV. JOAQUIN RODRIGO 200	Ubigeo LIMA LIMA SAN BORJA	Teléfono -	Correo -

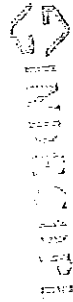
000013

Tipo y Número de Documento	Apellidos y Nombres	Cargo	Fecha de Nacimiento	Fecha Desde
DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD - 08229498	PUENTE ARNAO FORT VICTOR ANDRES Dirección URB. LA AURORA CAL. ALBINO BANDA RIVERA 295	PRESIDENTE DIRECTORIO	02/09/1941	27/03/2002
		Ubigeo	Teléfono	Correo
		LIMA LIMA MIRAFLORES	-	-
Tipo y Número de Documento	Apellidos y Nombres	Cargo	Fecha de Nacimiento	Fecha Desde
DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD - 08721867	DE SOUZA FERREYRA QUIROZ PAUL RICARDO Dirección URB. LOS JARDINEZ CAL. LOS ALCONES 410	GERENTE GENERAL	08/04/1966	13/11/2004
		Ubigeo	Teléfono	Correo
		LIMA LIMA SURQUILLO	2212027	PSOUZAFQ@SANTATERESA.COM.PE
Tipo y Número de Documento	Apellidos y Nombres	Cargo	Fecha de Nacimiento	Fecha Desde
DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD - 25670131	LUCERO RONDON VICTOR S Dirección URB. SIMA CAL. SACCO 208	DIRECTOR	29/03/1943	27/03/2002
		Ubigeo	Teléfono	Correo
		PRÓV. CONST. DEL CALLAO PROV. CONST. DEL CALLAO LA PERLA	-	-

Otras Personas Vinculadas						
Tipo y Nro.Doc.	Apellidos y Nombres	Vinculo	Fecha de Nacimiento	Fecha Desde	Residencia	Porcentaje
DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD -08212817	CASTILLO FERNANDEZ WALTER NELSON Dirección	SOCIO	31/01/1946	26/02/1986	-	0.86
		Ubigeo	Teléfono	Correo		
		---	-	-	-	-
Tipo y Nro.Doc.	Apellidos y Nombres	Vinculo	Fecha de Nacimiento	Fecha Desde	Residencia	Porcentaje
DOC. NACIONAL DE IDENTIDAD -08229498	PUENTE ARNAO FORT VICTOR ANDRES Dirección	SOCIO	02/09/1941	26/02/1986	-	26.13
		Ubigeo	Teléfono	Correo		
		---	-	-	-	-

Establecimientos Anexos						
Código	Tipo	Denominación	Ubigeo	Domicilio	Otras Referencias	Cond.Legal
0001	L. COMERCIAL	CLINICA	LIMA LIMA SURQUILLO	URB. JARDIN JR. LOS HALCONES 410	-	CESION EN USO.
0002	SUCURSAL	-	LIMA LIMA SURQUILLO	CAL. LAS GAVIOTAS 184	-	ALQUILADO
0003	L. COMERCIAL	-	LIMA LIMA SURQUILLO	URB. JARDIN CAL. LAS TIENDAS 203	-	ALQUILADO
0004	L. COMERCIAL	-	LIMA LIMA SURQUILLO	URB. JARDIN CAL. LAS TIENDAS 201	-	ALQUILADO
0005	L. COMERCIAL	0005	LIMA LIMA SURQUILLO	URB. JARDIN JR. LOS HALCONES 404	FRENTE A METRO DE ARAMBURU	PROPIO





2008 SEP 26 PM 4 52

RECIBIDO  
UNIDAD DE TRAMITE  
DOCUMENTARIO

INDECOPI RUC : 20133940533  
Calle De La Prosa 138 - San Borja  
Tel.: 224-7900 Fax : 224-0348

Ticket Hro. : 995-0000031164 2008-09-26  
Mq.Reg.Hro.: 150240400192 16:49:41  
Cajero : ROCIO ZANDORA TORRES  
Ruc : 20100354731  
Nombre : CLINICA SANTA TERESA S A  
Doc. Pago :  
Direccion : LOS KALONES 410 JARDIN  
Ciudad :

9201 LEAL	DERUNGA INFRACC. NORMAS CONF. DES	
1	x	1 268.40 1 268.40
	TOTAL S/.	1 268.40
	IGV 19 % S/.	0.00
	TOTAL S/.	1 268.40

VERIFIQUE DATOS DEL COMPROBANTE DE PAGO  
NO SE ACEPTAN CAMBIOS NI DEVOLUCIONES



# **Anexo B**

CCD

000095

1



Exp. : N°. 154-2008/CCD  
 Secretario :  
 Técnico : Abelardo Aramayo Baella  
 Sumilla : Presentación de Descargos

C-347 + 7 cop.

ENE 15 09 09

34 folios

RECIBIDO  
 UNIDAD DE TRABAJO  
 PROCURADURÍA PÚBLICA

SEÑOR PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA  
 COMPETENCIA DESLEAL DE INDECOPI:

004310

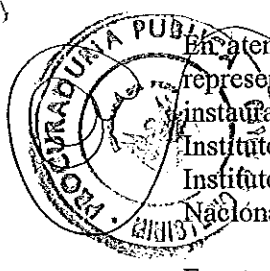
**JESÚS FANNY FREIGEIRO MORÁN**, Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, en los seguidos por **CLÍNICA SANTA TERESA S.A.** sobre presunta comisión de actos de competencia desleal, a Usted atentamente dice:

Que, dentro del plazo concedido mediante resolución contenido en el Proveído N°. 2 de fecha 17 de diciembre de 2008 y notificada a mi parte el 07 de enero de 2009, y antes de efectuar los descargos correspondientes, expresó la siguientes precisiones:

**PRIMERA PRECISIÓN:** En cuanto a la representación y actuación de la Procuradora Pública del Ministerio de Salud.-

La función principal de los Procuradores Públicos es velar por la defensa de los intereses del Estado, en atención a lo estipulado en el artículo 47 del Constitución Política del Estado y al artículo 12 del Decreto Legislativo N°1068 "Del Sistema de Defensa Jurídica del Estado".

En tal virtud, de acuerdo al actual marco jurídico, los Procuradores Públicos, además de asumir la defensa del estado en procesos judiciales, son competentes para conocer y asumir la defensa en procedimientos administrativos, como este caso en particular.



En atención a lo glosado, la Procuraduría Pública del Ministerio de Salud, ejerce la representación de los organismos del sector en los diferentes procesos y procedimientos instaurados, organismos dentro los que se encuentran: Instituto de Salud del Niño, Instituto Nacional Materno Perinatal, Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas, Instituto Nacional de Oftalmología, Hospital Nacional Arzobispo Loayza y el Hospital Nacional Cayetano Heredia.

En atención a lo expresado, la suscrita actúa en el presente procedimiento, mediante Resolución Autoritativa N°. 847-2008, por lo que, asumirá la defensa, en forma conjunta de cada uno los organismos (Institutos y Hospitales) del sector salud, denunciados por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por la realización de actividad empresarial del Estado; debiendo

notificarse las resoluciones y providencias que recaigan en el presente, en el domicilio señalado en el escrito de fecha 10 de diciembre de 2009.

**SEGUNDA PRECISIÓN: En cuanto a la delimitación de la denuncia y su espacio temporal (irretroactividad de la norma).-**

La denuncia consiste en la presunta infracción del artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044) Ley de Represión de la Competencia Desleal) que establece como modalidad de competencia desleal el desarrollo de actividad empresarial por entidades públicas con infracción del artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

La norma acotada, fue publicada en el diario oficial "El Peruano" el día jueves 26 de junio de 2008, y en su séptima Disposición Complementaria Final establece que "entrará en vigencia luego de treinta (30) días calendario de la fecha de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano" y será aplicable inmediatamente en todas sus disposiciones", en consecuencia, el Decreto Legislativo entró en vigencia el 26 de julio de 2008.

La Constitución del Estado, en su artículo 103 establece que "la ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos".

En este orden de ideas, los supuestos actos de competencia desleal, anteriores al 26 de julio de 2008, fecha de vigencia del Decreto Legislativo 1044, no son materia de aplicación, por no tener la ley efectos retroactivos.

En consecuencia, la denuncia debe limitarse o circunscribirse al periodo de vigencia del Decreto Legislativo 1044 "Ley de Represión de la Competencia Desleal" es decir a partir del 26 de julio de 2008.

Efectuada las precisiones, contesto la imputación negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, en base a los fundamentos de hecho y derecho:

**FUNDAMENTOS DE HECHO:**

**PRIMERO:** La Ley 27657 (Ley del Ministerio de Salud) en su artículo 2do establece que, "el Ministerio de Salud es un órgano del Poder Ejecutivo. Es el ente rector del Sector Salud que conduce, regula y promueve la intervención del Sistema Nacional de Salud, con la finalidad de lograr el desarrollo de la persona humana, a través de la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de su salud y del desarrollo de un entorno saludable, con pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, desde su concepción hasta su muerte natural".

**SEGUNDO:** Asimismo, la mencionada ley en su artículo 3° señala que el Ministerio de Salud tiene competencia para la "conducción y regulación de órganos desconcentrados que regulen y administren la provisión de servicio de salud a través de sus establecimientos de salud".

**TERCERO:** Más adelante la mencionada ley, en sus artículos 6to, 28 y 30, señala que los institutos especializados son órganos desconcentrados del Ministerio de Salud; entre los cuales se encuentra, el Instituto Nacional Materno Perinatal, Instituto Nacional de





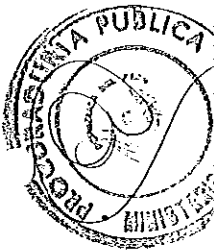
Enfermedades Neoplásicas, Instituto Nacional de Oftalmología y el Instituto Nacional de Salud del Niño, los cuales brindan servicios de salud pública a la comunidad bajo la conducción y regulación del Ministerio de Salud.

**CUARTO:** De otro lado, es importante anotar, que los Hospitales, tales como el Hospital Arzobispo Loayza y el Hospital Cayetano Heredia, de conformidad con el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, aprobado por Decreto Supremo Nro 023-2005-SA, constituyen también órganos desconcentrados, cuya misión es brindar servicios públicos de salud pública a la comunidad bajo la conducción y regulación del Ministerio de Salud.

**QUINTO: Supuesta Violación de Normas.-**

La denunciante, expresa que mediante la Resolución Ministerial N°. 071-90-SA/DM que regula el servicio de Clínicas en los Hospitales e Institutos Especializados del Ministerio de Salud, mis representadas, estarían valiéndose de una ventaja competitiva al infringir el artículo 60 de la Constitución; sin embargo, la Resolución Ministerial cuestionada, que contempla el servicio denominado "clínica" y que aprobó su Reglamento regulatorio, bajo las disposiciones de la Ley Orgánica del Sector Salud de ese entonces, Decreto Legislativo N° 351, y que tenía como objetivo fundamental, promover y apoyar las acciones que permitan alcanzar el más alto nivel de salud posible de toda la población, debiendo hacerse factible su acceso a todos los niveles de complejidad del Sistema de Servicios de Salud, fue derogada el 22 de junio de 2005 por la Resolución Ministerial N°. 586-2005/MINSA que aprueba la Directiva 092-MINSA/DGSP-V.01 "Directiva para el funcionamiento del Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud", en donde se establece que el destino y uso de los recursos captados se efectúa de acuerdo a la Ley de Presupuesto del Sector Público del año fiscal correspondiente y las medidas presupuestales complementarias.

**SEXTO: Definición del "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado"**



El Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado, es aquel conjunto de prestaciones asistenciales brindadas en virtud de un tarifario diferenciado por los hospitales e Institutos Especializados de la red Asistencial del Ministerio de Salud, autorizados para tal efecto, en el marco de las prestaciones que regularmente ofertan y a las cuales los usuarios acceden con libertad de elección; además del saldo o diferencia que pudiera resultar de su operatividad, se destinará para cubrir las atenciones de salud que requiera la población pobre y de extrema pobreza.

Es decir, que la población usuaria de los servicios de salud de la red hospitalaria del Ministerio de Salud, se sujeta a un tarifario en virtud del cual se cobra un determinado monto prefijado en el tarifario institucional a quienes pueden pagarlo para subsidiar a aquellos que no pueden hacerlo, no existiendo diferencia alguna en la calidad de los servicios prestados.

**SÉPTIMO:** De la Resolución Ministerial N°. 798-2008/MINSA y de la obligatoriedad de cumplimiento de la Directiva N° 092-MINSA/DGSP-v-01 aprobada por Resolución Ministerial N°. 586-2006/MINSA.-

Recientemente, con fecha 12 de noviembre de 2008, se publicó en el Diario Oficial "El Peruano" la Resolución Ministerial N°. 798-2008/MINSA a través de la cual se autoriza el funcionamiento de servicios de salud baja tarifario diferenciado, en tanto se efectúa el rediseño del servicio.

Cabe precisar, que se dispone la plena vigencia de los alcances de la Resolución Ministerial N°. 586-2006/MINSA que aprueba la Directiva N°. 092-MINSA/DGSP-v-01 hasta el 31 de diciembre de 2008.

En el numeral III de la citada directiva, se establece literalmente lo siguiente:

"... la presente directiva es de cumplimiento obligatorio por los establecimientos de salud de categoría II y III de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, para el funcionamiento de "El Servicio" independientemente del grado de autonomía administrativa que ostenten..."

#### **OCTAVO: De la imputación de cargos contra los órganos desconcentrados del Ministerio de Salud.-**

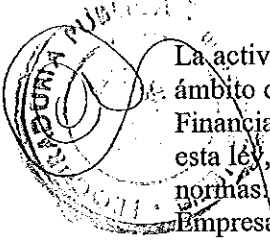
La Secretaría Técnica de INDECOPI considera que corresponde imputar a los órganos desconcentrados del Ministerio de Salud (Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas, Instituto Nacional de Oftalmología, Instituto Nacional Materno Perinatal, Instituto Nacional de Salud del Niño, Hospital Cayetano Heredia y Hospital Loayza) presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por la realización de actividad empresarial del Estado sin contar con los requisitos establecidos por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, al amparo del artículo 14, numeral 14.3 del Decreto Legislativo 1044, que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

#### **NOVENO: LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO VERSUS EL IUS IMPERIUM ESTATAL.-**

La actividad empresarial del Estado, se regula por el Decreto Legislativo N°. 1031 cuyo ámbito de aplicación son las Empresas del Estado bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE-; en el marco de esta ley, la mencionada actividad empresarial se desarrolla bajo alguna de las siguientes normas:

Empresas del Estado de accionariado único; Empresas del Estado con accionariado privado, y únicamente las empresas que cuenten con participación mayoritaria del Estado, sea que dichas empresas se encuentran activas o en proceso de liquidación, tales como las empresas de Electricidad, Financieras (Banco de la Nación, Cofide, Mi Vivienda S.A.) Hidrocarburos (Activos Mineros, Petroperú) Saneamiento) Sedapal), Infraestructura y Transporte (Banco de Materiales, Córpac S.A., Enapu S.A., Sima Iquitos SRL, Sima Perú S.A.), Otros (Editora Perú S.A., Enaco S.A., Serpost S.A.) En Liquidación (Banco Agrario del Perú, Banco Industrial del Perú, Banco Minero del Perú).

De lo enunciado líneas arriba, se evidencia con meridiana claridad que mi representada y sus órganos desconcentrados, no se encuentra dentro del ámbito de Fonafe; sin embargo, el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, contempla que el estado



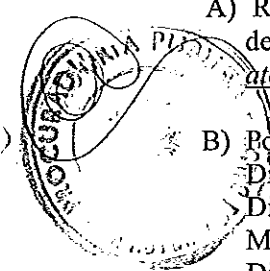
puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

El Tribunal Constitucional, en la resolución emitida en el Expediente N°. 07644-2006-PA/TC en su fundamento No. 10 define que La actividad empresarial del Estado “denota la acción organizada para la provisión de bienes y servicios cuyo único destino es la satisfacción del interés personal del titular de la actividad empresarial. La presencia del elemento teleológico – fin de lucro- constituye una característica de sustancial importancia, ya que no toda actividad organizada de provisión de bienes y servicios, tiene fines de lucro. Tal es el caso de las actividades cuyo sólo propósito es el cumplimiento de fines sociales de carácter altruista...” por lo que no puede considerarse como actividad empresarial actividades con fines sociales.

En tal consideración, si bien es cierto, las entidades del Sector Público, por disposición del artículo 60 de la Constitución del Estado, puede desarrollar actividad empresarial, también lo es, si la entidad del Sector Público (como el caso que nos ocupa y que es materia de denuncia) ejerce sus competencias y funciones de derecho público, no es de aplicación para su caso, la normatividad de competencia desleal. Cuando los órganos de la Administración Pública, ejercen potestades administrativas, como en el caso de mis representadas, que su objetivo es el cumplimiento de sus fines sociales y no el de ofertar o demandar bienes o servicios en un mercado determinado, no actúan como agentes económicos, sino más bien (al expedir normas, resoluciones o reglamentos administrativos) se estarían limitando a ejercer funciones de derecho público, expresando el IUS IMPERIUM DEL ESTADO, poder cuyo ejercicio no está prohibido ni sancionado.

Desde tal perspectiva, el autofinanciamiento de recursos habilitados por el Estado a favor de los establecimientos de salud, ha sido regulado por los siguientes dispositivos:

Desde tal perspectiva, el autofinanciamiento de recursos habilitados por el Estado a favor de los establecimientos de salud ha sido regulado por los siguientes dispositivos:

- 
- A) R.M. N° 071-90-SA/D, promulgada para incrementar el rubro de ingresos propios de las instituciones de salud, con lo que se sufragará parcialmente el costo de la atención de pacientes indigentes.
- B) Posteriormente mediante Resolución Ministerial N° 586-2006/MINSA se aprobó la Directiva para el Funcionamiento del Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, publicándose posteriormente el anexo correspondiente en el Diario Oficial “El Peruano” el 27.JUN.2008.
- C) Con fecha 20.FEB.2007 se publica la Resolución Ministerial N° 151-2007/MINSA que modifica la precitada directiva, en los términos que en ella se exponen
- D) Mediante Resolución Viceministerial N° 083-2008-SA-DVM se conforma la comisión encargada de revisar y analizar las observaciones presentadas a la “Directiva para funcionamiento del Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado

en los Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud”.

- E) Con fecha 18.SET.2008 se publica la Resolución Ministerial N° 640-2008/MINSA la cual establece que mediante Oficio N° 1958-2008-DM/MINSA el Ministerio de Salud solicitó la intervención de la Contraloría General de la República para las acciones de control preventivo en los establecimientos de salud del Ministerio de Salud y suspendió los servicios bajo tarifario diferenciado.
- F) Recientemente, con fecha 12.NOV.2008, se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” la Resolución Ministerial N° 798-2008/MINSA a través de la cual se autoriza el funcionamiento de servicios de salud bajo tarifario diferenciado, en tanto se efectúa el rediseño del servicio.  
Cabe precisar que se dispone la plena vigencia de los alcances de la Resolución Ministerial N° 586-2006/MINSA que aprueba la Directiva N° 092-MINSA/DGSP-v.01 hasta el 31 de diciembre del 2008.

## II FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Amparamos nuestra contestación, en los siguientes dispositivos legales:

1. La Resolución Ministerial N° 071-90-SA/D, la Resolución Ministerial N°586-2006-MINSA modificada por la R.M.N°151-2007-MINSA, reglamento de los “Servicios de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud” y la Resolución Ministerial N° 798-2008/MINSA.
2. Art. 5 artículos del D. Leg. 1044, que definen la naturaleza de la competencia desleal, en la que no ha incurrido los órganos desconcentrados del Ministerio de Salud.
3. El art. 2 de la Constitución Política del Perú de 1993, que garantiza el derecho a la vida, a la integridad moral, síquica, física y al bienestar, que son derechos fundamentales de la persona conforme lo preceptúa
4. El art. 7, 9 y 11 de la Constitución Política del Perú de 1993, por la que el estado garantiza el acceso a la atención de salud de las personas.
5. la Ley N° 26842, Ley General de Salud que establece lo siguiente:

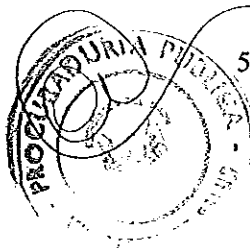
### “TITULO PRELIMINAR

I. La salud es condición indispensable del desarrollo humano y medio fundamental para alcanzar el bienestar individual y colectivo

II. La protección de la salud es de interés público. Por tanto, es responsabilidad del Estado regularla, vigilarla y promoverla.

III. Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establece la ley. El derecho a la protección de la salud es irrenunciable.

IV. La salud pública es responsabilidad primaria del Estado. La responsabilidad en materia de salud individual es compartida por el individuo, la sociedad y el Estado.



VI. *Es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea. Es responsabilidad del Estado promover las condiciones que garanticen una adecuada cobertura de prestaciones de salud a la población, en términos socialmente aceptables de seguridad, oportunidad y calidad.*

*Es irrenunciable la responsabilidad del Estado en la provisión de servicios de salud pública. El Estado interviene en la provisión de servicios de atención médica con arreglo a principios de equidad.*

VII. *El Estado promueve el aseguramiento universal y progresivo de la población para la protección de las contingencias que pueden afectar su salud y garantiza la libre elección de sistemas previsionales, sin perjuicio de un sistema obligatoriamente impuesto por el Estado para que nadie quede desprotegido.*

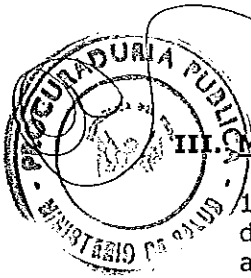
**"CAPITULO II**

**DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD Y SERVICIOS MEDICOS DE APOYO**

Artículo 37°.- *Los establecimientos de salud y los servicios médicos de apoyo, cualquiera sea su naturaleza o modalidad de gestión, deben cumplir los requisitos que disponen los reglamentos y normas técnicas que dicta la Autoridad de Salud de nivel nacional en relación a planta física, equipamiento, personal asistencial, sistemas de saneamiento y control de riesgos relacionados con los agentes ambientales físicos, químicos, biológicos y ergonómicos y demás que proceden atendiendo a la naturaleza y complejidad de los mismos.*

*La Autoridad de Salud de nivel nacional o a quien ésta delegue, verificará periódicamente el cumplimiento de lo establecido en la presente disposición."*

- 6.- Ley 27657 Ley del Ministerio de Salud que otorga al Ministerio de Salud entre otras competencia para conducir, regula y promueve la intervención del Sistema Nacional de Salud, con la finalidad de lograr el desarrollo de la persona humana, a través de la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de su salud y del desarrollo de un entorno saludable, con pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, desde su concepción hasta su muerte natural, encargándose de la conducción y regulación de órganos desconcentrados que regulen y administren la provisión de servicio de salud a través de sus establecimientos de salud.



**III. MEDIOS PROBATORIOS.**

1. Copia de la R.M. N°071-90-SA/DM con el que demostramos la prestación de un servicio con tarifas diferenciadas a un sector de la población infantil no atendido por el sector privado.
2. Copia de la R.M. N°586-2006-MINSA modificada por la R.M. N°151-2007-MINSA, que confirma la naturaleza de un Servicio Bajo Tarifario Diferenciado mas no una Clínica.
3. Copia de la R.M. N° 151-2007-MINSA modifican la "Directiva para el funcionamiento de servicios de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud"

4. Copia de la R.M. N° 640-2008-MINSA Constituyen comisión de alto nivel encargada de evaluar la gestión administrativa y el marco jurídico de los establecimientos de salud que cuenten con los Servicios de Salud Bajo Tarifario Diferenciado.
5. Copia de la R.M. N° 798-2008/MINSA, autorizan funcionamiento de servicios de salud bajo tarifario diferenciado, en tanto se efectúe el rediseño del servicio.

**IV. ANEXOS:**

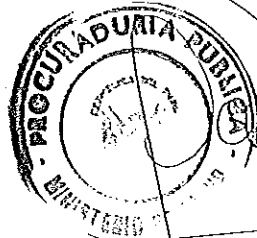
- 1) Anexo 1-A Copia de la R.M. N° 071-90-SA/DMA (No se consigna)
2. Anexo 1-B Copia de la R.M. N° 586-2006-MINSA.
3. Anexo 1-C Copia de la R.M. N° 151-2007-MINSA.
4. Anexo 1-D Copia de la R.M. N° 640-2008-MINSA
5. Anexo 1-E copia de la R.M. N° 798-2008/MINSA
6. Anexo 1-F Resoluciones Directorales N°. 136-DG-IESN-2003 y 391-DG-INSN-2007 que regulan el funcionamiento de los servicios Bajo Tarifario Diferenciado en el INSN

**POR TANTO.**

A Usted señor Presidente, solicito se sirva tener por contestada la denuncia y presentado los descargos y oportunamente se declare **INFUNDADA** la denuncia presentada por CLINICA SANTA TERESA S.A.

**OTROSI DIGO:** Que, en la primera Resolución ( Proveído N° 1 ) de fecha 11 de noviembre y notificada a los órganos desconcentrados del Ministerio de Salud el 12, 17 y 19 de noviembre de 2008, se consignaron dos plazos para contestar y presentar documentación, es decir un plazo de cinco días para presentar descargos y 10 días para presentar información y documentación; sin embargo, en la segunda Resolución ( Proveído N° 2 ) de fecha 17 de diciembre de 2008 y notificada ( órganos desconcentrados ) el 07 de enero de 2009, solamente se concede un plazo adicional de cinco ( 5 ) días, sin contemplar que de acuerdo al Código Procesal Civil, que se aplica supletoriamente, la nueva notificación o emplazamiento se entiende como un sobrecarte ( volver a notificar) el cual debe efectuarse en las mismas condiciones de la primera notificación, a fin de no perjudicar el debido proceso y derecho de defensa, derechos fundamentales contemplados como garantía de la Administración de Justicia en el Título Preliminar de la Ley Orgánica del Poder Judicial; en la virtud, por **EQUIDAD** solicito se sirva concederme el plazo de 10 días para presentar la información y la documentación de los Institutos Especializados y Hospitales del Ministerio de Salud.

Lima, 14 de enero de 2009



JESUS RAFAEL GARCIA MORÁN  
Procuradora Pública del Ministerio de Salud  
Reg. C.A.L. N° 7931



# Resolución Ministerial

Lima, 22 de JUNIO del 2006



P. Mazzetti S.

Visto el Expediente N° 05-537925-001;

### CONSIDERANDO:



J.C. Del Carmen S.

Que, por Resolución Ministerial N° 004-2005/MINSA, del 04 de enero de 2005, en cumplimiento de la Recomendación N° 3, dirigida al Ministro de Salud; contenida en el Informe N° 165-2002-CG/SS, de la Contraloría General de la República "Examen Especial al Instituto de Enfermedades Neoplásicas - INEN, Período Enero 2000-Mayo 2002" se conformó una Comisión, encargada de revisar y evaluar la forma cómo viene aplicándose el Reglamento aprobado por Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM, que regula el Servicio de Clínicas en los Hospitales e Institutos Especializados del Ministerio de Salud; y de proponer la normativa que establezca la organización y funcionamiento del mencionado Servicio;



L. ROBERTA G.

Que, la citada Comisión ha elevado al Despacho Ministerial su Informe Final, en el que plantea la aprobación de una Directiva para regular el referido Servicio en los mencionados establecimientos de salud;



A.M. Holgado S.

Que, resulta conveniente la aprobación de la mencionada Directiva, por cuanto su aplicación coadyuvará al logro eficiente de los elevados fines sociales del servicio que prestan los Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, incluyendo a sus Organismos Públicos Descentralizados;



D. Céspedes M.

Con las visaciones de la Dirección General de Salud de las Personas, de la Oficina General de Planeamiento Estratégico y de la Oficina General de Asesoría Jurídica;

Con la visación del Viceministro de Salud; y,

De conformidad con lo establecido en el literal l) del artículo 8° de la Ley N° 27657 - Ley del Ministerio de Salud;

Folio	03
(Letra)	
Fecha	

RESUELVE:

Artículo 1°.- Aprobar la Directiva N°092-MINSA - V.01 "DIRECTIVA PARA EL FUNCIONAMIENTO DE SERVICIOS DE SALUD BAJO TARIFARIO DIFERENCIADO EN HOSPITALES E INSTITUTOS ESPECIALIZADOS DE LA RED ASISTENCIAL DEL MINISTERIO DE SALUD".

Artículo 2°.- Derogar la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM.



L.E. PEDESTA "G.J."



A.M. Holgado S.



Céspedes M.



J.C. Del Caneva S.

Regístrese, comuníquese y publíquese



Pilar MAZZETTI SOLER  
Ministra de Salud

Folio	04
(Letra)	
Fecha	



DIRECTIVA N° 092- MINS/DGSP - V.01

DIRECTIVA PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL SERVICIO DE SALUD BAJO TARIFARIO DIFERENCIADO EN LOS HOSPITALES E INSTITUTOS ESPECIALIZADOS DE LA RED ASISTENCIAL DEL MINISTERIO DE SALUD



I. FINALIDAD

Establecer las pautas para la autorización y funcionamiento del Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en los Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, que en adelante se denominará "El Servicio".



II. OBJETIVO

Lograr a través de "EL SERVICIO", la ampliación de los servicios de salud, el mejoramiento de la infraestructura de los establecimientos y el equipamiento de los mismos, a partir de los recursos obtenidos en virtud de la maximización del uso de la capacidad instalada y del valor agregado de los recursos humanos existentes en los establecimientos de salud precitados.

J.C. Del Carmen S.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

La presente directiva es de cumplimiento obligatorio por los establecimientos de salud de categoría II y III de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, para el funcionamiento de "El Servicio", independientemente del grado de autonomía administrativa que ostenten.



IV. BASE LEGAL

- Constitución Política del Perú.
- Ley N° 26842- Ley General de Salud y sus modificatorias.
- Ley N° 27657- Ley del Ministerio de Salud y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 013-2002-SA y su modificatoria.
- Ley N° 27867- Ley Orgánica de Gobiernos Regionales.
- Resolución Ministerial N° 769-2004/MINSA que aprueba la Norma Técnica N° 021-MINSA/DGSP/V.01 denominada "Categorías de Establecimientos del Sector Salud".
- Resolución Ministerial N° 405-2005/MINSA, que reconoce que las Direcciones Regionales de Salud constituyen la única autoridad de salud en cada Gobierno Regional.
- Resolución Ministerial N° 436-2005/MINSA que aprueba el Catálogo de Servicios Médicos y Estomatológicos del Ministerio de Salud.
- Resolución Ministerial N° 474-2005/MINSA, que aprueba la Norma Técnica de Auditoría de la Calidad de Atención en Salud, NT N° 029-MINS/DGSP-V.01.
- Resolución Ministerial N° 826-2005/MINSA, que aprueba las "Normas para Elaboración de Documentos Normativos".
- Resolución Ministerial N° 246-2006/MINSA, que aprueba el Documento Técnico "Lineamientos de Política Tarifaria en el Sector Salud".



A.M. Holzste G.



...des R.

V. DISPOSICIONES GENERALES

DEFINICIONES

Autoridad de Salud Competente: El titular del Ministerio de Salud - Sede Central, de la Dirección Regional de Salud y de la Dirección de Salud, según sea el caso.

Folio	05
(Letra)	
Fecha	

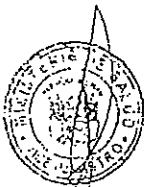
**Categoría:** Tipo de establecimientos de salud que comparten funciones, características y niveles de complejidad comunes, las cuales responden a realidades socio-sanitarias similares y están diseñadas para enfrentar demandas equivalentes. Es un atributo de la oferta que debe considerar el tamaño, nivel tecnológico, así como la capacidad resolutive cualitativa y cuantitativa de la oferta.

**Información Adecuada:** Los Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, autorizados para implementar "El Servicio", deberán garantizar a sus usuarios acceso oportuno y suficiente para la información sobre los derechos y obligaciones que se generan por el acceso a dicho servicio, garantizando de este modo la libertad de elección del paciente.



P. Mazzetti S.

**Red Asistencial del Ministerio de Salud:** Comprende los establecimientos de salud en el ámbito de competencia de las Direcciones de Salud de Lima y Callao y los Gobiernos Regionales, bajo la dependencia técnico funcional del Ministerio de Salud. También incluye a los órganos desconcentrados y organismos públicos descentralizados, denominados Institutos Especializados.



J.C. Del Carmen S.,

**Responsable de la atención final:** Se considera al profesional responsable de la atención del paciente (médico tratante) u otro profesional de salud que sea interconsultado por el médico tratante.



L.E. FOBBESTA G.

**Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado:** El conjunto de prestaciones asistenciales brindadas en virtud de un tarifario diferenciado, por los Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, autorizados para tal efecto, en el marco de las prestaciones que regularmente ofertan y a las cuales los usuarios acceden con libertad de elección.



A.M. Holgado S.

**Unidad Productora de Servicios de Salud:** Es la unidad básica de la oferta constituida por el conjunto de recursos humanos, físicos y tecnológicos, organizados para desarrollar funciones homogéneas y producir determinados servicios de salud, en relación directa con su complejidad.

**Usuario de "El Servicio":** El paciente que recibe atención asistencial en "El Servicio", el cual se obliga en contraprestación a garantizar y pagar dicha prestación en forma directa o a través de un tercero persona natural o jurídica que requirió y garantizó el pago de la prestación.

## VI. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS

### 6.1 REQUISITOS PARA LA AUTORIZACIÓN Y RENOVACIÓN DE "EL SERVICIO"

El Director del Hospital o Instituto Especializado de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, solicitará la autorización de funcionamiento a la autoridad competente de salud, debiendo para el caso presentar el Expediente Técnico, que deberá incluir lo siguiente:

- *Resolución Directoral de Categorización del Establecimiento de Salud*, según normatividad vigente.
- *Informe sobre la capacidad operativa*, que demuestre que existe capacidad operativa no usada mayor del treinta por ciento (30%) en los últimos tres (03) años (incluye porcentaje de contingencia y el servicio anteriormente denominado "Clínica", de corresponder) aplicable al promedio de las unidades productoras de servicios que conformarían la Cartera de Servicios de "El Servicio", aplicable sólo al momento de la apertura.
- *Análisis de la demanda potencial de "El Servicio"*.
- *Cartera de Servicios*, se incluirá sólo las Unidades Productoras de Servicios o Especialidades que sean brindadas regularmente en los departamentos o servicios



E. Céspedes M.

15

del establecimiento de salud, cuya lista de espera sea no mayor de quince (15) días.

- Número de camas asignadas a "El Servicio", las que no deberán exceder del diez por ciento (10%) de las camas operativas del establecimiento de salud.
- Listado de los Recursos Humanos, que se desempeñaran en "El Servicio".
- Proyecto de Reglamento de Funcionamiento de "El Servicio".



P. Mazzetti S.

Adicionalmente, en los casos de renovación se adjuntará:

- Balance General, Presupuesto Operativo, Presupuesto de Inversión y Variación Patrimonial Neta Anual de "El Servicio", de los últimos tres años.
- Reglamento de Funcionamiento de "El Servicio" aprobado.
- Reporte de los últimos tres años según lo señalado en el numeral X.

6.2. PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN Y RENOVACIÓN DE "EL SERVICIO"

Una vez recibida la solicitud con el expediente técnico completo, la autoridad de salud competente, analizará la documentación presentada y resolverá dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a su presentación.

De existir observaciones, éstas serán comunicadas al solicitante para ser absueltas dentro de los veinte (20) días hábiles de notificadas. Vencido el plazo señalado sin haberse absuelto las observaciones, la autoridad de salud competente resolverá rechazando la solicitud.

De no existir observaciones o haber sido estas levantadas, la autoridad de salud competente resolverá dando conformidad a la solicitud.

La autoridad de salud competente procederá a emitir la autorización o renovación mediante la Resolución correspondiente. Copia de la misma deberá ser remitida a la Dirección General de Salud de las Personas. En el caso de los Institutos Especializados, la autorización o renovación será aprobada mediante Resolución Directoral de la Dirección General de Salud de las Personas.

En caso de ser rechazada la solicitud, el Director del Hospital o Instituto Especializado podrá presentar recurso de reconsideración ante la misma autoridad que expidió la resolución que se impugna. De presentarse recurso de apelación, éste será resuelto en última instancia, por la Dirección General de Salud de las Personas, en el caso de los Hospitales y por el Viceministro de Salud, en el caso de los Institutos Especializados.

La autorización tendrá una vigencia de tres (3) años renovables.

La renovación de esta autorización, debe solicitarse con una anticipación mínima de 60 días a la fecha de su vencimiento.

6.3 CAUSALES DE SUSPENSIÓN O REVOCACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN

Son causales de revocación:

- Si la capacidad ociosa promedio del establecimiento de salud es menor de veinte por ciento (20%) en un periodo de (seis) 6 meses.
- Si no se tiene sostenibilidad económica financiera según el informe de gestión semestral.
- Si durante la supervisión se comprueba el incumplimiento de alguna de las disposiciones establecidas en la presente directiva.

Es causal de suspensión:



J.C. Rey Carmen S.



L.E. PODESTA G.



A.M. Holgado S.



D. Céspedes R.

Folio	07
(Letra)	
Fecha	

- Si se produce emergencia sanitaria declarada por el Gobierno, mientras dure el estado de emergencia.

#### 6.4 DEL PERSONAL DE "EL SERVICIO"

##### Profesionales de la Salud



P. Mazzetti S.

Deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Ser nombrados o tener relación contractual con el establecimiento de salud.
- No tener ni ellos ni sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, relación contractual con empresas que presten servicios de tercerización al establecimiento de salud.
- No haber sido sancionado con suspensión o cese temporal por falta disciplinaria, en los últimos dos (2) años.
- Estar hábil en el colegio profesional correspondiente.



J.C. Del Carmen S.

##### Personal No Profesional de la Salud

Deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Ser nombrados o tener relación contractual con el establecimiento de salud.
- No tener ellos ni sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, relación contractual con empresas que presten servicios de tercerización al establecimiento de salud.
- No haber sido sancionado con suspensión o cese temporal por falta disciplinaria, en los últimos dos (2) años.



L.E. PODESTA' G.

Asimismo el personal que laborará en "El Servicio", deberá cumplir con lo siguiente:

- Registro de especialidad en el Colegio Profesional, aplicable a personal médico.
- Conocer y dar cumplimiento de la normatividad vigente.
- No encontrarse en periodo de capacitación.
- Laborar en "El Servicio" fuera de su horario programado en los otros servicios o dependencias del establecimiento de salud.



A.M. Holgado S.

#### 6.5 HORARIO DE ATENCIÓN

"El Servicio" será brindado durante las veinticuatro (24) horas del día, salvo la atención de consulta externa y servicios médico-quirúrgicos programados, los cuales deberán ser ofertados a partir de las 14:00 horas. En cualquier caso, el personal que realiza la atención, deberá prestarla en un horario distinto al de su labor asistencial.



D. Céspedes M.

#### 6.6 GESTIÓN

##### 6.6.1 Comité de "El Servicio"

Es el órgano funcional conformado mediante Resolución Directoral del establecimiento de salud.

##### Funciones del Comité

Folio	08
(Letra)	
Fecha	

1. Preparar el Expediente Técnico a que se refiere el numeral 6.1.
2. Realizar el monitoreo y evaluación de "El Servicio".
3. Emitir semestralmente un informe de gestión.

**Integrantes del Comité**

Estará integrado por los siguientes miembros:

1. El Director del establecimiento de salud.
2. Un representante de las Jefaturas de los Departamentos Asistenciales.
3. Un representante del Cuerpo Médico.
4. Un representante de la Oficina de Calidad o quien haga sus veces.



**6.6.2 Sistemas de Información: Códigos y Estándares**

En la administración y gestión de la historia clínica de "El Servicio" se observará la Norma Técnica de la Historia Clínica vigente.

Los servicios brindados se codificarán según el Catálogo de Servicios Médicos y Estomatológicos del Ministerio de Salud vigente.

La numeración de las historias clínicas de los usuarios de "El Servicio" no será diferenciada, respecto de las que correspondan a los pacientes del servicio regular, debiendo cada entidad asignarle un número correlativo dentro de las historias clínicas que se generen.



**6.6.3 Tarifas**

El tarifario del "El Servicio" deberá ser aprobado mediante Resolución Directoral del Establecimiento de Salud, en concordancia con la Política Tarifaria vigente del Ministerio de Salud, o documento normativo que haga sus veces.

**6.6.4 Proceso de facturación**

El sistema de facturación utilizado en "El Servicio", será el mismo del establecimiento de salud. Este sistema será de responsabilidad exclusiva de quien haga las veces de administrador del establecimiento de salud.



**6.6.5 Contratos con Aseguradoras: EsSalud, SOAT, EPS, Privadas, otras.**

Se deberán firmar Contratos Específicos que detallen el tipo de póliza a ser atendida, las tarifas, obligaciones de las partes, procedimiento de auditoría de expedientes, plazos para la solución de observaciones y procedimiento para la solución de controversias.



**6.6.6 Proceso de Auditoría**

El proceso de Auditoría al interior de "El Servicio", se realizará en base a lo establecido en las Normas de Control emitidas por la Contraloría General de la República y en la Norma Técnica de Auditoría de la Calidad de Atención en Salud, o norma que la sustituya.

**6.6.7 Procesos Contables**

Los ingresos y gastos que genere "El Servicio", serán considerados en un registro contable independiente.



Folio	09
(Letra)	
Fecha	

2/6

Los establecimientos de salud autorizados deberán presentar semestralmente, a la autoridad de salud, el informe contable de "El Servicio" y el destino de las utilidades.

6.6.8 De los Ingresos

Los usuarios cancelarán, en forma directa o por tercero, a través de la Oficina de Administración de la entidad, o la que haga sus veces, el monto total de los servicios brindados.

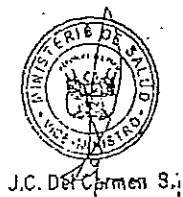
Todos los pagos por la atención de pacientes en "El Servicio", se realizarán en la caja única del establecimiento de salud, los cuales constituyen recursos directamente recaudados.



6.7 CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE "EL SERVICIO":

El Director del establecimiento de salud es responsable de emitir un informe semestral, que será remitido a la autoridad de salud competente. El citado informe deberá contener por lo menos:

- Rendimiento de consulta externa.
- Estancia hospitalaria.
- Porcentaje de ocupación cama.
- Intervalo de sustitución de cama.
- Perfil de morbilidad de "El Servicio".
- Porcentaje de reintervenciones.
- Porcentaje de reingresos.
- Tasa de mortalidad intrahospitalaria.
- Prevalencia de infecciones intrahospitalarias.
- Balance General (Análisis de estados financieros, estado de pérdidas y ganancias).
- Variación Patrimonial Neta.



6.8 DESTINO DE LOS INGRESOS

El destino y uso de estos recursos deberá efectuarse de acuerdo a la Ley de Presupuesto del Sector Público del año fiscal correspondiente y las medidas presupuestales complementarias, asegurando la recuperación del costo y el cumplimiento de los objetivos de "El Servicio".

Como máximo, el 70% del rubro correspondiente a honorarios profesionales, antes de la aplicación del IGV, se destinará al pago del personal profesional responsable de la atención final.

La diferencia se destinará a la ampliación de la cobertura de servicios de salud de la población más desprotegida, financiando parte del costo que demande su atención; así como al mejoramiento de la infraestructura, mantenimiento y reequipamiento de dichos establecimientos.



VII RESPONSABILIDADES

La autoridad de salud respectiva, supervisará el cumplimiento de lo dispuesto en la presente Directiva.

Folio	..... 10 .....
(Letra)	.....
Fecha	.....



P. Mazzetti S.

VIII DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA ÚNICA

El cumplimiento de la presente directiva es de responsabilidad de la máxima autoridad del establecimiento de salud, sin perjuicio de la que corresponda al personal que desarrolla actividades en "El Servicio".



J.C. del Carmen B.

IX DISPOSICIÓN TRANSITORIA ÚNICA

El funcionamiento de "El Servicio" que se realice al margen de lo establecido en la presente Directiva, se entiende como desautorizado. Los funcionarios a cargo se sujetan a las responsabilidades de ley.



L.E. ROBERTA G.

Los establecimientos de salud que vienen brindando el denominado "Servicio de Clínica", al amparo de la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM, del 20 de febrero de 1990, deberán solicitar la autorización de funcionamiento adjuntando los requisitos previstos para renovaciones, de acuerdo a lo dispuesto en la presente Directiva, en un plazo no mayor a treinta (30) días naturales a partir de la entrada en vigencia de la misma. Si alguno de estos establecimientos estuviera funcionando por un periodo menor de tres años, los informes contables serán referidos solo al tiempo de funcionamiento efectivo.



A.M. Holgado S.



D. Céspedes M.

Folio	..... 11 .....
(Letra)	.....
Fecha	.....

El Perúano

## Sistema Peruano de Información Jurídica

Que, las Notas Reversales N°s. APCI (DE) 6-18/006 y 0-1A/031/07 de fechas 13 y 15 de febrero de 2007, respectivamente, emitidos por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú y la Embajada del Japón, entre el Gobierno del Perú y el Gobierno del Japón con relación al Canje de Notas (denominado "el Canje de Notas vigente") fechado el 1 de agosto de 2006, concerniente a la cooperación económica japonesa que será otorgada con miras a fortalecer las relaciones de amistad y de cooperación entre los dos países, disponen que el numeral 6 (1) (d) del Canje de Notas vigente será suprimido y reemplazado por "6 (1) (d) Que la entidad beneficiada con la Donación asuma, con cargo a su presupuesto institucional, el pago de los derechos aduaneros, impuestos internos y otras cargas fiscales que afecten a los nacionales japoneses en la República del Perú con respecto al suministro de los productos y los servicios bajo los Contratos Verificados". Asimismo disponen que debe tenerse en cuenta que el presente acuerdo y el acuerdo incluido en el Canje de Notas vigente tienen que ser considerados como una totalidad;

De conformidad con lo dispuesto por el Artículo 69 de la Ley N° 28411 - Ley General del Sistema Nacional de Presupuesto, el Decreto Legislativo N° 719 - Ley de Cooperación Técnica Internacional y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 016-92-PCM, y, an uso de las atribuciones conferidas por el literal k) del Artículo 11 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción, aprobado por Decreto Supremo N° 010-2006-PRODUCE;

Con el visado del Viceministro de Pesquería y las Oficinas Generales de Planificación y Presupuesto y de Asesoría Jurídica;

## SE RESUELVE:

Artículo 1.- Aceptar la donación efectuada por el Gobierno del Japón para la Ejecución del "Proyecto de Ampliación y Modernización del Desembarcadero Pesquero Artesanal de Talara", hasta por la suma de S/ 1 022 000 000 (Mil veintidós millones y 00/100 yenes).

Artículo 2.- La Entidad Responsable del Proyecto será el Ministerio de la Producción y la Entidad Ejecutora será el Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (FONDEPES).

Artículo 3.- Agradecer al Gobierno del Japón por su importante contribución.

Artículo 4.- Transcribir la presente Resolución a la Agencia Peruana de Cooperación Internacional, a la Superintendencia de Bienes Nacionales y a la Contraloría General de la República dentro de los plazos legales establecidos.

Regístrase, comuníquese y publíquese.

RAFAEL REY REY  
Ministro de la Producción

## SALUD

Modifican la "Directiva para el Funcionamiento de Servicios de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud"

## RESOLUCION MINISTERIAL N° 151-2007-MINSA

Lima, 16 de febrero de 2007

Folio	..... 12 .....
(Letra)	.....
Fecha	.....



El Perseño

**Sistema Peruano de Información Jurídica**

Visto el Memorandum N° 327-2007-DGSP/MINSA de la Dirección General de la Oficina General de Salud de las Personas, y el Informe N° 003-2007-DGSP-DSS/DSES/MINSA de la Dirección de Servicios de Salud de la Oficina General de Salud de las Personas;

**CONSIDERANDO:**

Que, mediante Resolución Ministerial N° 589-2006/MINSA de fecha 22 de junio de 2006, se aprobó la Directiva N° 092-MINSA - V.01 "Directiva para el Funcionamiento del Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud", documento normativo que regula la autorización y el funcionamiento del Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en los Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, compuesta por los establecimientos de salud de categoría II y III;

Que, los numerales 5.5.5 y 6.5 de la Directiva antes mencionada, determinan y regulan la naturaleza de los ingresos provenientes del Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado, así como el destino y uso que se dará a los mismos, resultando necesario a fin de optimizar la gestión administrativa que llevan a cabo los establecimientos de salud de categoría II y III autorizados, la incorporación de algunas precisiones en las disposiciones contenidas en los numerales antes acotados;

Que, estando a lo informado por la Dirección General de Salud de las Personas mediante el documento del Visto;

Con el visado del Viceministro de Salud, la Dirección General de Salud de las Personas, y la Oficina General Asesoría Jurídica; y,

De conformidad con lo establecido en el literal l) del artículo 8 de la Ley N° 27857, Ley del Ministerio de Salud;

**SE RESUELVE:**

**Artículo Único.-** Modificar los numerales 5.5.8 y 6.5 de la Directiva N° 092-MINSA - V.01 "Directiva para el Funcionamiento de Servicios de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud", los mismos que quedarán redactados de la siguiente manera:

**"5.5.8 De los Ingresos**

El establecimiento de salud elaborará un presupuesto que comprende tanto los servicios tarifados del establecimiento como el 30% por ciento del monto total de los honorarios que correspondieren tanto a los profesionales de la salud como al personal no profesional de la salud.

Los usuarios, previa aprobación del presupuesto, cancelarán el monto total del mismo, en forma directa o por tercero, a través de la Oficina de Administración (Caja Única) o la que haga sus veces.

Los ingresos del establecimiento de salud conforme a los párrafos precedentes, constituyen Recursos Directamente Recaudados."

**"5.6 DESTINO DE LOS INGRESOS**

El destino y uso de los ingresos deberá efectuarse de acuerdo a la Ley de Presupuesto del Sector Público del año fiscal correspondiente y las medidas presupuestales complementarias, asegurando el cumplimiento de los objetivos de "El Servicio".

Folio	13
(Letra)	
Fecha	

El Documento

## Sistema Peruano de Información Jurídica

El 30% del monto total de los honorarios a que se refiere el numeral 6.6.8 será destinado a la ampliación o cobertura de servicios de salud de la población más desprotegida, financiando parte del costo que demande su atención; así como al mejoramiento de la infraestructura, mantenimiento y re-equipamiento de dichos establecimientos."

Regístrese, com úniquesa y publíquese.

CARLOS VALLEJOS SOLOGUREN  
Ministro de Salud

Facultan a la "Coalición Multisectorial Perú Contra el Cáncer" a ejecutar acciones para la implementación del "Plan Nacional para el Fortalecimiento de la Prevención y Control del Cáncer"

## RESOLUCION MINISTERIAL N° 152-2007-MINSA

Lima, 10 de febrero de 2007

## CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Ministerial N° 030-2007/MINSA, de fecha 11 de enero de 2007, se aprobó el "Plan Nacional para el Fortalecimiento de la Prevención y Control del Cáncer";

Que, con la finalidad de coordinar y unificar esfuerzos en la prevención y manejo del cáncer se conformó la "Coalición Multisectorial Perú Contra el Cáncer", con la participación activa del Ministerio de Salud entre las instituciones del Sector Público de Salud que también la integran, de otros Sectores del Estado, sociedades científicas, organismos cooperantes y organizaciones de la sociedad civil, con la finalidad de asumir funciones de asesoría, elaboración, ejecución y vigilancia de programas y políticas públicas que coadyuvan a la lucha contra el cáncer;

Que la Coalición ha sido constituida con la Visión: "Para el año 2016, la Coalición espera un Perú libre de cáncer avanzado, con cultura y educación en salud y con acceso a servicios de calidad para el control del cáncer" y con la Misión: "Somos una Coalición Multisectorial Permanente que promueve cambios importantes en la política nacional para el control del cáncer en el Perú, prioriza acciones de Prevención y Promoción de la Salud y facilita el acceso a los servicios oncológicos";

Que, dada su naturaleza multisectorial, resulta pertinente facultar a la "Coalición Multisectorial Perú Contra el Cáncer", las actividades de ejecución, evaluación y monitoreo del "Plan Nacional para el Fortalecimiento de la Prevención y Control del Cáncer", con el propósito de aglutinar los esfuerzos de la sociedad en su conjunto para lograr el objetivo propuesto en el mencionado Plan;

Que, asimismo, el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas-INEN, al haberse constituido como Organismo Público Descentralizado del Sector Salud, asumiendo por tanto el rol primordial de liderar la descentralización de los servicios asistenciales especializados en oncología, sustituye al Comité Permanente conformado por la Resolución Ministerial N° 1961-2002-SA/DM, de fecha 26 de diciembre de 2002;

Con la visación del Viceministro de Salud, de la Directora General de la Oficina General de Asesoría Jurídica, del Director General de la Dirección General de Salud de las Personas y de la Directora General de la Dirección General de Promoción de la Salud; y,

De conformidad con la Ley N° 27657, Ley del Ministerio de Salud;

Folio	..... 14 .....
(Letra)	.....
Fecha	.....

REPUBLICA DEL PERU



# Resolución Ministerial

Lima, 17 de SEPTIEMBRE del 2008



M. Arce R.

### CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM se aprobó el Reglamento que regula el Servicio de Clínicas en los Hospitales e Institutos Especializados del Ministerio de Salud;



L.F. Coca S.

Que, con Resolución Ministerial N° 586-2006/MINSA se aprobó la Directiva N° 092-MINSA/DGSP-V.01, "Directiva para el Funcionamiento del Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud";



C. Reyes J.

Que, mediante Resolución Viceministerial N° 063-2008-SA-DVM se conformó la Comisión encargada de revisar y analizar las observaciones planteadas por la Oficina de Control Institucional del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas - INEN, a la Directiva N° 092-MINSA/DGSP-V.01, según Informe N° 004-2007-02.3757 "Examen Especial a la Administración de la Clínica (Servicio bajo tarifario diferenciado) periodo 2005 - 2006", la misma que presentó su Informe correspondiente en el cual concluye que se debe proceder a modificar la Directiva citada;

Que, mediante Informe N° 1104-2008-OGAJ/MINSA, la Oficina General de Asesoría Jurídica concluye que el Informe emitido por la precitada Comisión resulta insuficiente para proceder con la modificación planteada, toda vez que se advierte que el análisis realizado no ha considerado determinados factores jurídicos que sustentan la existencia del servicio de clínicas bajo tarifario diferenciado, en las instalaciones de los establecimientos de salud públicos;



C. Reyes

Que, asimismo mediante Informe N° 260-2008-OPGI-OGPP/MINSA, la Oficina General de Planeamiento y Presupuesto del Ministerio de Salud ha advertido diversas observaciones respecto al funcionamiento del servicio de Clínicas, así como respecto al sistema de Tarifario Diferenciado;

Que, mediante Oficio N° 1958-2008-DM/MINSA, se solicitó a la Contraloría General de la República la realización de acciones de control preventivo en los establecimientos del Ministerio de Salud;



M. Usad B.

Que, con fecha 15 de setiembre de 2008, se efectuaron visitas a los establecimientos de salud que cuentan con los servicios de salud bajo tarifario diferenciado, contando con la participación del representante del Órgano de Control Institucional del Ministerio de Salud en representación de la Contraloría General de la República;

Folio	15
(Letra)	
Fecha	

Que, en tales visitas, se ha podido constatar indicios que determinarían que los ingresos percibidos por profesionales médicos cirujanos excederían el tope establecido por el artículo 2° del Decreto de Urgencia N° 038-2006 y artículo 8° de la Ley N° 29142, Ley de Presupuesto para el año fiscal 2008, normas aplicables, tanto a las remuneraciones de los funcionarios públicos y a los honorarios por prestación de servicios al Estado;

Que, de otro lado, existe incertidumbre respecto al carácter privado o público que tienen los ingresos obtenidos en virtud a la atención brindada por el referido Servicio de Clínicas, en la medida que ingresan a la contabilidad de los establecimientos de salud correspondientes;

Que, en atención a lo expuesto, resulta necesario tomar las medidas necesarias e inmediatas para dilucidar los aspectos antes señalados, para lo cual corresponde disponer las acciones necesarias que permitan evaluar la gestión administrativa y el marco jurídico de los establecimientos de salud que cuentan con los servicios de salud bajo tarifario diferenciado;

Que, por ende, corresponde disponer la suspensión de los mencionados servicios durante el período que se efectúe dicha evaluación, la cual no debe afectar la atención de los pacientes que a la fecha hayan iniciado su atención o tratamiento en dicho servicio;

Con la visación de los Directores Generales de la Dirección General de Salud de las Personas, y de las Oficinas Generales Asesoría Jurídica, Planeamiento y Presupuesto y de Gestión de Recursos Humanos, así como de la Secretaría General y el Viceministro de Salud; y,

De conformidad con lo previsto en el literal l) del artículo 8° de la Ley N° 27657, Ley del Ministerio de Salud;

#### SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Constituir una Comisión de Alto Nivel encargada de evaluar la gestión administrativa y el marco jurídico de los establecimientos de salud que cuentan con los servicios de salud bajo tarifario diferenciado, la misma que estará conformado por:

- Un representante del Despacho Ministerial, quien lo presidirá;
- Un representante del Despacho Viceministerial;
- Un representante de las Direcciones de Salud; y,
- Un representante de los Institutos Especializados.

1.1 La citada Comisión podrá invitar a un representante de la Sociedad Civil, en calidad de veedor, así como solicitar el apoyo de los órganos e instituciones que conforman el sector salud para el desarrollo de sus labores.

1.2 La Comisión se instalará al día siguiente de publicada la presente resolución.

Artículo 2°.- Dejar en suspenso los servicios de salud bajo tarifario diferenciado, en tanto la Comisión antes señalada se encuentre en funciones, debiéndose continuar únicamente con la atención de los pacientes que a la fecha hayan iniciado su atención o tratamiento en dicho servicio.

Artículo 3°.- Disponer que los Directores de los establecimientos de salud que cuentan con los servicios de salud bajo tarifario diferenciado efectúen las acciones necesarias para el inmediato cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2°, bajo responsabilidad.

Regístrese, comuníquese y publíquese

HERNÁN GARRIDO-LECCA MONTAÑEZ  
Ministro de Salud



Folio	16
(Letra)	
Fecha	



M. Arce R.



Cocca B.



C. Reyes J.



Reyes R.



P.M. ABAD B.

383252

NORMAS LEGALES

El Peruano  
Lima, miércoles 12 de noviembre de 2008

Lucy Margot Chafloque Agapito en el cargo de Directora General de la Oficina General de Administración del Ministerio de la Producción;

Que, mediante el escrito de vistos la señora Lucy Margot Chafloque Agapito ha formulado renuncia al cargo que venía desempeñando, por lo que corresponde dictar el acto de administración por el cual se acepte dicha renuncia y se designe al funcionario que desempeñará el cargo de Director General de la Oficina General de Administración del Ministerio de la Producción;

De conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 27584 - Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos, el Decreto Legislativo N° 1047 - Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción y el Decreto Supremo N° 010-2008-PRODUCE, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Aceptar, a partir de la fecha, la renuncia presentada por la señora LUCY MARGOT CHAFLOQUE AGAPITO, al cargo de Directora General de la Oficina General de Administración del Ministerio de la Producción, dándosele las gracias por los servicios prestados.

Artículo 2°.- Designar al señor EDUARDO NAGAHATA NAGAHATA, en el cargo de Director General de la Oficina General de Administración del Ministerio de la Producción.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ELENA CONTERNO MARTINELLI  
Ministra de la Producción

277118-1



Disponen publicación del Proyecto de Normativa Gráfica para la mejor aplicación del Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco

RESOLUCIÓN MINISTERIAL  
N° 793-2008/MINSA

Lima, 10 de noviembre de 2008

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto Supremo N° 015-2008-SA, se aprobó el Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco;

Que, conforme a la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del citado Reglamento, se ha facultado al Ministerio de Salud para que mediante Resolución Ministerial dicte las disposiciones que se requieran para la mejor aplicación del referido Reglamento;

Que, para el desarrollo de los aspectos técnicos vinculados al empleo de las advertencias y mensajes sanitarios referidos al consumo de productos de tabaco que forman parte del Reglamento, tanto en los envases como en la publicidad correspondiente, resulta necesario contar con una Normativa Gráfica;

Que, la Oficina General de Comunicaciones ha elaborado un Proyecto de Normativa Gráfica, el cual considera los aspectos señalados en el considerando anterior;

Que, corresponde disponer la publicación del referido proyecto, a fin de contar con las opiniones y sugerencias de las personas, instituciones y empresas interesadas en la materia, que permitan mejorar la calidad del documento propuesto y hacer viable su implementación;

Con la visación de los Directores Generales de las Oficinas Generales de Asesoría Jurídica y de

Comunicaciones, así como del Secretario General y del Viceministro de Salud; y,

De conformidad con el Decreto Supremo N° 015-2008-SA y el literal l) del artículo 8° de la Ley N° 27657, Ley del Ministerio de Salud;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Disponer la publicación por un periodo de cinco (5) días calendario del Proyecto de Normativa Gráfica para la mejor aplicación del Reglamento de Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA.

Artículo 2°.- La Oficina General de Comunicaciones del Ministerio de Salud incorporará el referido proyecto en la dirección electrónica <http://www.minsa.gov.pe/portav06/transparencia/normas.asp> del Portal de Internet del Ministerio de Salud, a fin que esté a disposición de las personas, instituciones y empresas interesadas en la materia.

Regístrese, comuníquese y publíquese

ÓSCAR RAÚL UGARTE UBILLUZ  
Ministro de Salud

276209-1

Autorizan funcionamiento de servicios de salud bajo tarifario diferenciado, en tanto se efectúa el rediseño del servicio

RESOLUCIÓN MINISTERIAL  
N° 794-2008/MINSA

Lima, 10 de noviembre del 2008

Visto el Memorandum N° 35-2008-JGAAD-JVO/MINSA

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Ministerial N° 640-2008/MINSA, se dispuso la conformación de una Comisión de Alto Nivel, encargada de evaluar la gestión administrativa y el marco jurídico de los establecimientos de salud que cuenten con los servicios de salud bajo tarifario diferenciado;

Que, asimismo la resolución a que se refiere el considerando precedente, dejó en suspenso los servicios de salud bajo tarifario diferenciado, en tanto la Comisión de Alto Nivel se encuentre en funciones, debiéndose continuar con la atención de los pacientes que a la fecha hayan iniciado su atención o tratamiento en dicho servicio;

Que, por Resolución Ministerial N° 643-2008/MINSA, se designó a los integrantes de la Comisión de Alto Nivel, la misma que se instaló el 19 de setiembre del año en curso y que ha emitido recomendaciones iniciales según documento del visto;

Que, en ese sentido, teniendo en cuenta el beneficio que representa el servicio, en particular en los establecimientos con alto nivel de especialización, para los pacientes atendidos y su significativa contribución al financiamiento de los establecimientos de salud, lo que radunda en favor de la población con menores recursos, es conveniente establecer un régimen transitorio durante el cual los servicios bajo tarifario diferenciado continúen funcionando, bajo un marco que resuelva temporalmente y en forma razonable, los principales problemas detectados según Informe de Supervisión al "Servicio Bajo Tarifario Diferenciado" de los Establecimientos de Salud del MINSA de Lima Callao, emitido por la Dirección General de Salud de las Personas a propósito del Informe de N° 2-0191-2008-021-AC-OCNCS-OC/MINSA-01;

Que, la Comisión de Alto Nivel, en el proceso de análisis de lo acontecido, de las normas legales vigentes que regulan la materia y el precitado Informe de Supervisión al "Servicio Bajo Tarifario Diferenciado" de los establecimientos de salud del Ministerio de Salud de Lima Callao, recomienda se evalúe la posibilidad de

Folio ..... 17 .....  
(Letra) .....  
Fecha .....

Lucy Margot Chafloque Agapito en el cargo de Directora General de la Oficina General de Administración del Ministerio de la Producción;

Que, mediante el escrito de vistas la señora Lucy Margot Chafloque Agapito ha formulado renuncia al cargo que venía desempeñando, por lo que corresponde dictar el acto de administración por el cual se acepte dicha renuncia y se designe el funcionario que desempeñará el cargo de Director General de la Oficina General de Administración del Ministerio de la Producción;

De conformidad con lo dispuesto por la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Ley N° 27594 - Ley que regula la participación del Poder Ejecutivo en el nombramiento y designación de funcionarios públicos, el Decreto Legislativo N° 1047 - Ley de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción y el Decreto Supremo N° 010-2006-PRODUCE, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de la Producción;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Aceptar, a partir de la fecha, la renuncia presentada por la señora LUCY MARGOT CHAFLOQUE AGAPITO, el cargo de Directora General de la Oficina General de Administración del Ministerio de la Producción, dándosele las gracias por los servicios prestados.

Artículo 2°.- Designar al señor EDUARDO NAGAHATA NAGAHATA, en el cargo de Director General de la Oficina General de Administración del Ministerio de la Producción.

Regístrese, comuníquese y publíquese.

ELENA CONTERNO MARTINELLI  
Ministra de la Producción

277118-1



Disponen publicación del Proyecto de Normativa Gráfica para la mejor aplicación del Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco

RESOLUCIÓN MINISTERIAL  
N° 793-2008/MINSA

Lima, 10 de noviembre de 2008

CONSIDERANDO:

Que, mediante Decreto Supremo N° 015-2008-SA, se aprobó el Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco;

Que, conforme a la Tercera Disposición Complementaria, Transitoria y Final del citado Reglamento, se ha facultado al Ministerio de Salud para que mediante Resolución Ministerial dicte las disposiciones que se requieran para la mejor aplicación del referido Reglamento;

Que, para el desarrollo de los aspectos técnicos vinculados al empleo de las advertencias y mensajes sanitarios referidos al consumo de productos de tabaco que forman parte del Reglamento, tanto en los envases como en la publicidad correspondiente, resulta necesario contar con una Normativa Gráfica;

Que, la Oficina General de Comunicaciones ha elaborado un Proyecto de Normativa Gráfica, el cual considera los aspectos señalados en el considerando anterior;

Que, corresponde disponer la publicación del referido proyecto, a fin de contar con las opiniones y sugerencias de las personas, instituciones y empresas interesadas en la materia, que permitan mejorar la calidad del documento propuesto y hacer viable su implementación;

Con la visación de los Directores Generales de las Oficinas Generales de Asesoría Jurídica y de

Comunicaciones, así como del Secretario General y del Viceministro de Salud; y,

De conformidad con el Decreto Supremo N° 015-2008-SA y el literal l) del artículo 8° de la Ley N° 27657, Ley del Ministerio de Salud;

SE RESUELVE:

Artículo 1°.- Disponer la publicación por un período de cinco (5) días calendario del Proyecto de Normativa Gráfica para la mejor aplicación del Reglamento de Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco, aprobado por Decreto Supremo N° 015-2008-SA.

Artículo 2°.- La Oficina General de Comunicaciones del Ministerio de Salud incorporará el referido proyecto en la dirección electrónica <http://www.minsa.gob.pe/portal/08transparencia/normas.asp> del Portal de Internet del Ministerio de Salud, a fin que esté a disposición de las personas, instituciones y empresas interesadas en la materia.

Regístrese, comuníquese y publíquese

ÓSCAR RAÚL UGARTE UBILLUZ  
Ministro de Salud

276209-1

Autorizan funcionamiento de servicios de salud bajo tarifario diferenciado, en tanto se efectúa el rediseño del servicio

RESOLUCIÓN MINISTERIAL  
N° 796-2008/MINSA

Lima, 10 de noviembre del 2008

Visto el Memorandum N° 35-2008-JGAAD-JVO/ MINSA

CONSIDERANDO:

Que, mediante Resolución Ministerial N° 640-2008/MINSA, se dispuso la conformación de una Comisión de Alto Nivel, encargada de evaluar la gestión administrativa y el marco jurídico de los establecimientos de salud que cuenten con los servicios de salud bajo tarifario diferenciado;

Que, asimismo la resolución a que se refiere el considerando precedente, dejó en suspenso los servicios de salud bajo tarifario diferenciado, en tanto la Comisión de Alto Nivel se encuentre en funciones, debiéndose continuar con la atención de los pacientes que a la fecha hayan iniciado su atención o tratamiento en dicho servicio;

Que, por Resolución Ministerial N° 643-2008/MINSA, se designó a los integrantes de la Comisión de Alto Nivel, la misma que se instaló el 19 de setiembre del año en curso y que ha emitido recomendaciones iniciales según documento del visto;

Que, en ese sentido, teniendo en cuenta el beneficio que representa el servicio, en particular en los establecimientos con alto nivel de especialización, para los pacientes atendidos y su significativa contribución al financiamiento de los establecimientos de salud, lo que redundará en favor de la población con menores recursos, es conveniente establecer un régimen transitorio durante el cual los servicios bajo tarifario diferenciado continúen funcionando, bajo un marco que resuelva temporalmente y en forma razonable, los principales problemas detectados según Informe de Supervisión al "Servicio Bajo Tarifario Diferenciado" de los Establecimientos de Salud del MINSA de Lima Callao, emitido por la Dirección General de Salud de las Personas a propósito del Informe de N° 2-0191-2008-021-AC-OCNTS-OC/MINSA-01;

Que, la Comisión de Alto Nivel, en el proceso de análisis de lo acontecido, de las normas legales vigentes que regulan la materia y el precluido Informe de Supervisión al "Servicio Bajo Tarifario Diferenciado" de los establecimientos de salud del Ministerio de Salud, de Lima Callao, recomienda se evalúe la posibilidad de

..... / 19 .....  
(Letra) .....  
Fecha .....



# INSTITUTO ESPECIALIZADO DE SALUD DEL NIÑO

Av. Brasil N° 600 - Breña Telfs.: 4241996 - 4246013  
FAX (511) - 4251840 Lima 5 - Perú



ANEXO 1-F

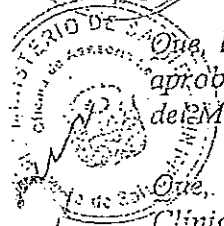
RESOLUCION DIRECTORAL N° 136-DG-IESN-2003

000119

Lima, 20 de Junio del 2003



### VISTO y CONSIDERANDO:



Que, la Alta Dirección del Ministerio de Salud con la Resolución Ministerial N°071-SA/DM, aprobó el "Reglamento que norma la atención en las Clínicas de los Hospitales e Institutos del Ministerio de Salud";

Que, la Resolución Directoral N°033-DG-ISN-97, dispone denominar a la referida atención: Clínica de Servicios Especializados Pediátricos del Instituto de Salud del Niño, por lo que resulta necesario establecer las normas para su funcionamiento interno; y,



Con las opiniones de la Dirección General Adjunta, de la Dirección de Asistencia Médica, de la Dirección de Clínica; y, estando lo informado por la Dirección de la Oficina de Asesoría Legal; de conformidad con el Artículo 7° - numeral 7.1 de la Ley N°27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General;

### SE RESUELVE:

Artículo Primero.- Aprobar el Reglamento de la "Clínica de Servicios Especializados Pediátricos del Instituto Especializado de Salud del Niño", que consta de los Títulos I, II, III y IV, y de 01 anexo, que forman parte integrante de la presente Resolución.



Artículo Segundo.- Déjese sin efecto toda Resolución Directoral que se oponga la presente Reglamento.

Regístrese, Comuníquese y Cúmplase

- Distribución ( )
- Dirección General Adjunta
- Dirección de Asistencia Médica
- Dirección de Servicios Especializados Pediátricos
- Oficina de Asesoría Legal
- LNOM/MEDLCA/ahv

MINISTERIO DE SALUD  
INSTITUTO DE SALUD DEL NIÑO  
Dra. L. Nancy Olivares Mares  
Directora General  
C.M.P. 19032

INSTITUTO DE SALUD DEL NIÑO  
Clínica Pediátricos  
Oficina de Asesoría Legal  
**RECIBIDO**  
Fecha: 25 JUN 2003 Horas: 12:00

Folio ..... 19 .....  
(Letra) .....  
Fecha .....

REGLAMENTO DE LA CLINICA DE SERVICIOS ESPECIALIZADOS  
PEDIÁTRICOS-SEP DEL INSTITUTO ESPECIALIZADO  
DE SALUD DEL NIÑO

TÍTULO I

DE LOS ASPECTOS GENERALES

1. FINALIDAD

1.1. Precisar el marco normativo interno de la Organización, Funcionamiento, Administración, Responsabilidades, Supervisión y, de las Infracciones y Sanciones, que permitan la factibilidad y eficiencia en la Clínica de Servicios Especializados Pediátricos-SEP del Instituto Especializado de Salud del Niño, que para efectos del presente Reglamento se denomina Servicio Individualizado.

1.2. OBJETIVOS

El servicio individualizado del Instituto Especializado de Salud del Niño, tiene como objetivos:

- 1.2.1. Ofertar y proporcionar a sus distintos usuarios, todos los servicios especializados del Instituto Especializado de Salud del Niño, con eficacia, calidez en la atención que corresponda.
- 1.2.2. Generar ingresos propios que permitan la autofinanciación parcial del Instituto Especializado de Salud del Niño, para sus diversos objetivos como Organismo Desconcentrado del Ministerio de Salud.
- 1.2.3. Propiciar dentro del horario de atención, el máximo uso de la infraestructura e instalaciones del Instituto, que permitan las prestaciones de salud especializada de sus diversos Departamentos y Servicios.

1.3. AMBITO DE APLICACION

Las disposiciones del presente Reglamento son de aplicación en el Instituto Especializado de Salud del Niño y su observancia es obligatoria para todo el personal a cargo de las diversas prestaciones que comprende el Servicio Individualizado.

1.4. BASE LEGAL

- Ley N° 26842 - Ley General de Salud.
- Ley N° 27209 - Ley de Gestión Presupuestaria del Estado.
- Ley N° 27444 - Ley de Procedimiento Administrativo General.



### Clinica del Niño

respectivos, como a las practicas y procedimientos de atención generalmente aceptados.

- c) Equidad.- Por el cual, la calidad y calidez de las diversas prestaciones especializadas de Salud, son iguales para todos los pacientes del Instituto Especializado de Salud del Niño, e independiente de la modalidad de atención que estos reciban.
- d) Unidad de Dirección.- Por el cual, la responsabilidad del personal directivo es permanente.



### 2.3. LA ADMINISTRACIÓN:

La administración del Servicio Individualizado está determinada en la forma siguiente:



**DIRECTOR (A) GENERAL DEL IESN.-** Es la máxima autoridad y es la representante legal de la institución.

**JEFE MEDICO:** Es el responsable de toda la labor asistencial que se presta en el Servicio Individualizado.



**ADMINISTRADOR:** Es el responsable de todas las actividades administrativas y funcionales que se realizan en el Servicio Individualizado.

**COMITÉ TECNICO ASESOR:** Es el responsable de emitir opinión técnica en asuntos sometidos a su consideración. Esta integrado por los Jefes de Departamento, el presidente del Cuerpo Médico y otros especialistas de acuerdo a la naturaleza del problema por analizar, quienes en forma transitoria podrán participar a requerimiento del Comité. Ningún integrante del Comité Técnico Asesor podrá delegar sus funciones.

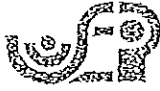


**AREAS FUNCIONALES DE TRABAJO ASISTENCIAL:** Son las responsables de prestar atención asistencial medico-quirúrgica, cumpliendo con las Normas, Protocolos o guías de atención, Manual de Procedimientos Técnicos, Manual de Organización y Funciones y todos los estándares de calidad establecidos para la adecuada atención de los pacientes.



**AREAS FUNCIONALES DE TRABAJO ADMINISTRATIVO:** Son las responsables de la atención del paciente, desde el punto de vista administrativo, durante todo el proceso de atención que éste recibe en el Servicio Individualizado, así mismo de todo lo referente a la liquidación y pago de honorarios, así como de la elaboración oportuna del estado

Folio	21
(Letra)	
Fecha	



## Clinica del Niño

Excepcionalmente y de acuerdo a las necesidades del Servicio Individualizado, se podrá contratar personal bajo la modalidad de prestación de servicios o servicios no personales, para lo cual será necesario la aprobación de la Dirección General, previo requerimiento y opiniones de las Direcciones competentes.

### REQUISITOS PARA PARTICIPAR EN EL SERVICIO INDIVIDUALIZADO

#### MEDICOS

1. Ser médico colegiado en ejercicio activo de la profesión
2. Ser miembro médico del Instituto.
3. Inscripción en el registro del staff médico del Servicio Individualizado
4. Ser especialista, lo que se acreditará mediante la presentación de los siguientes documentos:
  - Copia de la constancia de especialista otorgada por el CMP incluyendo N° de Registro de especialidad
  - Título de especialista
5. Acreditar competencia, honestidad y prestigio profesional adecuado, mediante currículum vitae debidamente documentado.
6. Acreditar su comportamiento y conducta de acuerdo a lo establecido en el código de Ética y Deontología del CMP, con el fin de salvaguardar la imagen y prestigio institucional.
7. Acreditar mediante documento escrito, el perfil de su especialidad mencionando explícitamente su campo de acción y sus niveles de responsabilidad, para evitar el intrusismo, conflictos entre las diferentes especialidades y favorecer la calidad de atención de los pacientes. Así mismo utilizar la guía de Procedimientos para su especialidad, aprobada por el Instituto.
8. Compromiso escrito y firmado para acatar lo siguiente
  - a) Trabajar en un horario fuera del que realiza en el IESN
  - b) Cumplir con las citas establecidas con el usuario, dentro de su turno programado.
  - c) Utilizar en las historias clínicas el CIE 10
  - d) Utilizar los Protocolos o Guías Clínicas de su especialidad, aprobados por el Instituto para la atención de los pacientes
  - e) Elaborar las Historias Clínicas según los estándares establecidos y con letra legible.
  - f) Cumplir con la norma del Consentimiento Informado
  - g) Incluir en la Historia Clínica la copia del reporte operatorio
  - h) Registrar todos los procedimientos y evaluaciones realizadas en la Historia Clínica, poniendo fecha y hora.
  - i) Poner sello y firma en todo acto médico realizado

Folio	22
(Letra)	
Fecha	

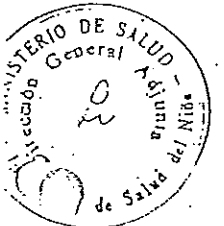
### Clinica del Niño

- d) Registrar todos los procedimientos y evaluaciones realizadas en la Historia Clínica, poniendo fecha y hora.
- e) Poner sello y firma en todo procedimiento relacionado con su profesión.
- f) Llenar el registro de las atenciones realizadas en consultorios externos, según la actividad que realiza
- g) Permanecer en el área de trabajo durante su turno establecido
- h) Elaborar los informes solicitados por los usuarios
- i) Acatar la prohibición de sacar las HC fuera de los ambientes de la Instituto.
- j) Respetar los roles de trabajo elaborados por el coordinador de cada grupo ocupacional (cargo que será ejercido en forma rotativa), los cuales deberán contar con la aprobación del Médico Coordinador responsable del servicio.
- k) Entregar la boleta de los procedimientos inmediatamente después de haberlos realizado
- l) Entregar oportunamente sus recibos de honorarios .

### OTROS TRABAJADORES

1. Inscripción en el registro del staff de trabajadores del Servicio Individualizado
2. Acreditar competencia, honestidad y prestigio personal adecuado, lo que se respalda por su curriculum vitae
3. Acreditar su comportamiento y conducta de acuerdo a lo establecido en el código de Ética de la Función Pública -- Ley N°27815, con el fin de salvaguardar la imagen y prestigio institucional
4. Acreditar mediante documento escrito, el perfil de su ocupación mencionando explícitamente su campo de acción y sus niveles de responsabilidad, para favorecer la calidad de atención de los pacientes. Trabajar de acuerdo al manual de Procedimientos de su ocupación
5. Compromiso escrito y firmado para acatar lo siguiente:
  - a) Trabajar en un horario fuera del que realiza en el IESN
  - b) Cumplir con las citas establecidas con el usuario dentro de su turno programado
  - c) Elaborar las Historias Clínicas según los estándares establecidos y con letra legible
  - d) Registrar todos los procedimientos y evaluaciones realizadas en la Historia Clínica, poniendo fecha y hora.
  - e) Poner sello y firma en todo procedimiento relacionado con su competencia.
  - f) Llenar el registro de las atenciones realizadas en consultorios externos, según la actividad que realiza
  - g) Permanecer en el área de trabajo durante su turno establecido

Folio	23
(Letra)	.....
Fecha	.....



## 2.8. AMBIENTES Y SERVICIOS DE APOYO

Las prestaciones de salud especializada del Servicio Individualizado, se brindan en las instalaciones del Instituto Especializado de Salud del Niño. La utilización de los servicios de apoyo al diagnóstico y farmacia serán utilizados sin generar disminución en la calidad y oportunidad de atención de los pacientes del Instituto.

El tipo de atención y ubicación quedan establecidos en la forma siguiente:

Nº	TIPO DE ATENCIÓN	UBICACIÓN
1	CONSULTA EXTERNA (Tarde) CONSULTA EXTERNA (Mañana, para casos excepcionales)	2º piso del Monoblock ** 8º piso de Monoblock
2	HOSPITALIZACIÓN; UCI Y UTI	8º piso del Monoblock *
3	ATENCIÓN DE EMERGENCIA	8º piso del Monoblock *
4	ATENCIÓN QUIRÚRGICA	7º piso del Monoblock
5	ODONTOLOGÍA	1er. piso- puerta 6
6	SALUD MENTAL	1er piso- puerta 5
7	APOYO AL DIAGNOSTICO Diagnóstico por Imágenes	1er piso- puerta 11
8	APOYO AL DIAGNOSTICO Laboratorio Clínico	Edif. del Laboratorio-Patio 8º piso del Monoblock *
9	APOYO AL DIAGNOSTICO Anatomía Patológica	1er. piso- Pabellón I-II
11	NUTRICIÓN	8º piso del Monoblock * Sótano del Monoblock
10	FARMACIA	1er. Piso del Monoblock

Los servicios administrativos están ubicados en la forma siguiente:

Nº	TIPO DE ATENCIÓN	UBICACIÓN
1	INFORMES - ADMISION	1er. piso del Monoblock* 2º piso del Monoblock**
2	OFICINA CONTABLE	8º piso del Monoblock*
3	JEFATURA MEDICA Y DE ADMINISTRACION	8º piso del Monoblock *
4	OF. DE ADMINISTRACION	8º piso del Monoblock *
5	OF. DE FACTURACION	8º piso del Monoblock*

\* Ambientes destinados solo para la atención del Servicio Individualizado en forma permanente.

\*\* Ambientes destinados solo para la atención del Servicio Individualizado de 2.00- 8.00pm.

Clinica del Niño

• PACIENTE ASEGURADO O DE COMPAÑÍA.

Es aquel que acude porque cuenta con los beneficios de un seguro o de su compañía con o sin convenio con el IESN, portando una solicitud de beneficio o carta de garantía.

Por la forma de pago

• PACIENTE QUE PAGA EN EFECTIVO

Es aquel que realiza sus pagos en forma inmediata, en efectivo o mediante tarjetas de crédito: Visa, Diners y Mastercard.

• PACIENTE DE SEGURO O DE COMPAÑÍA

Es aquel que realiza sus pagos a través de su seguro o de su compañía, en forma diferida de acuerdo al convenio firmado. En algunos casos cuando el seguro no cubre el 100% el paciente debe pagar un co-aseguro (Consulta externa) o deducible (Procedimiento) en efectivo.

• PACIENTE HIJO DE MEDICO

Es aquel paciente menor de 18 años que se exonera de pago de la atención médica de acuerdo a las normas de cortesía establecidas en el Código de Ética del CMP. Los materiales, insumos, medicamentos y hotelería se suministrarán a precio de costo.

• PACIENTE HIJO DETRABAJADOR DEL IESN

Es aquel paciente menor de 18 años, para quien regirá la tarifa mas económica del Servicio Individualizado en lo que respecta a consulta, exámenes auxiliares y hospitalización, dejando a criterio del médico considerar su atención como cortesía.

12. HISTORIAS CLINICAS

La numeración de las historias clínicas de los usuarios del Servicio Individualizado, no será diferente de la del Instituto Especializado de Salud del Niño debiendo la Unidad de Registros Médicos asignarle un número correlativo dentro del orden de las Historias Clínicas en general.

Esta prohibido retirar las Historias Clínicas de los ambientes de la Clínica, excepto cuando se tenga que elaborar los Informes Médicos o estas sean empleadas con la autorización expresa del representante del paciente o por orden de la Autoridad Judicial competente.

Folio	25
(Letra)	
Fecha	

## PACIENTE AMBULATORIO

Nº	CONSULTA EXTERNA	S/.
1	PEDIATRIA Y DEMAS ESPECIALIDADES	40.00
2	CARDIOLOGÍA	50.00
3	OFTALMOLOGIA (Consulta + medida de agudeza visual + fondo de ojo)	63.60
11	ODONTOLOGÍA	35.00
12	EXAMEN DE APOYO AL DIAGNOSTICO	Tarifa SEGUS
II	PROCEDIMIENTOS AMBULATORIOS	Tarifa SEGUS
III	INTERVENCIONES QUIRÚRGICAS	Tarifa SEGUS
IV	CONSULTAS, PROCEDIMIENTOS E INTERVENCIONES, PACIENTES DE CIAS Y EPS	Según convenio



## 15 TARIFA SEGUS

Es el producto de multiplicar un precio unitario predeterminado, por un factor de acuerdo al tipo de tarifa establecido en el Segus: A, B, C. Esta tarifa es el resultado de un estudio y consenso realizado por la asociación de clínicas de Lima.

Ejemplo:

PRECIO UNITARIO	TARIFA	FACTOR	PRECIO
155	A	11	S/1,705.00
155	B	8	S/1,240.00
155	C	5.3	S/ 821.00

Estas tarifas son utilizadas para procedimientos ambulatorios y de Hospitalización.

El precio de la consulta varía para los convenios con EPS de acuerdo a la póliza del usuario.

Actualmente se usa las tarifas A, B, C del tarifario SEGUS. Para los pacientes Institucionales, se usa la tarifa C.

Para los pacientes privados, la tarifa Segus sirve de referencia, pudiendo el médico tratante elegir la tarifa A, B ó C

Además, se cuenta con tarifas fijas para determinados procedimientos denominados Paquetes Quirúrgicos. Tarifas que son mínimas para favorecer al usuario.

## 2.16 USO DE LOS RECURSOS

El destino y uso de los recursos que genere las diversas prestaciones de la clínica deberán ajustarse a las normas previstas en la Ley de

Folio	20
(Letra)	
Fecha	



### Clínica del Niño

Departamentos, Servicios y Unidades del Instituto, por cualquier acción administrativa requerible para el funcionamiento del mencionado Servicio.

#### 3.3. CONTROL DE CALIDAD



Las personas a cargo de la Administración Unitaria son los responsables de la supervisión y evaluación de la calidad de las prestaciones del Servicio Individualizado.

La calidad de la atención médica, esta sujeta a las evaluaciones realizadas por el Comité de Auditoría Médica del Instituto. Se deben realizar las Auditorías Médicas, en forma programada y periódica a todas las especialidades medicas y quirúrgicas, en forma aleatoria y a solicitud del Médico Jefe o de la Dirección General.



La Dirección General podrá disponer la intervención de cualquier Comité Institucional en lo que concierne a la supervisión y evaluación de la calidad de los servicios de la clínica.

#### 3.4. CONTROL POSTERIOR



Las acciones de control dirigidas a la organización, funcionamiento y administración del Servicio Individualizado, se sujetarán a lo dispuesto a la normatividad del Sistema Nacional de Control y a los Sistemas Administrativos de la Administración Pública.

El Órgano de Auditoría Institucional del Instituto Especializado de Salud del Niño, realizará los controles de acuerdo a sus lineamientos y planes para tal fin.

#### 5. REGIMEN DE SANCIONES



Las transgresiones o incumplimientos al presente Reglamento, como las conductas inadecuadas de todo el personal involucrado en la atención de la clínica, serán sancionadas de acuerdo a los procedimientos establecidos para la Administración Pública, previo deslinde y determinación de la falta y/o faltas incurridas.

Incorre en falta administrativa disciplinaria, quien incumple con sus obligaciones y con lo establecido en:

- El presente Reglamento
- El Código de Ética y Deontología
- Las leyes generales y especiales y demás regulaciones sobre la salud y la Administración Pública.

Folio	27
(Letra)	
Fecha	



251

Clinica del Niño

ANEXO 1

Documento de compromiso con la Clínica del Niño SEP

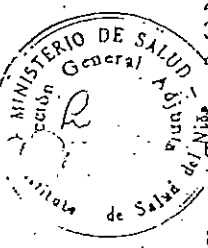
Por medio del presente, como trabajador del IESN y miembro del staff de profesionales **MEDICOS** del SEP, me comprometo a:

1. Trabajar en un horario fuera del que realiza en el IESN.
2. Cumplir con las citas establecidas con el usuario, dentro de su turno programado.
3. Usar el CIE 10.
4. Usar los Protocolos o Guías Clínicas de mi especialidad, en la atención de los pacientes.  
Elaborar las Historias Clínicas, según los estándares establecidos y con letra legible.  
Incluir en la Historia Clínica la copia del Reporte operatorio, si fuera el caso.
5. Registrar todos los procedimientos y evaluaciones realizadas en la Historia Clínica, poniendo fecha y hora.
6. Poner sello y firma en todo acto médico realizado.
7. Llenar el registro de las atenciones realizadas en consultorios externos.
8. Permanecer en el área de trabajo durante su turno establecido.
9. Hacer la entrega de guardia (Hospitalización, Emergencia, UCI).
10. Elaborar los informes médicos solicitados por los usuarios.
11. Acatar la prohibición de sacar las HC fuera de los ambientes de la institución.
12. Respetar los roles de trabajo elaborados por el coordinador de cada especialidad (cargo que será ejercido en forma rotativa).
13. Llenar los datos de las solicitudes de beneficio de los pacientes asegurados, correcta y oportunamente.
14. Entregar la boleta de los procedimientos inmediatamente después de haberlos realizado.
15. Entregar oportunamente mis recibos de honorarios.

Apellidos y nombres: .....  
 Especialidad: .....  
 N° de CMP: ..... y RNE: .....  
 Dirección: .....  
 Teléfono fijo: ..... Teléfono celular: .....  
 Días de atención: ..... Horario: .....  
 En el caso de citas, mencionar el N° de pacientes por hora: .....

Fecha: .....

N° de DNI: .....



Folio	28
(Letra)	.....
Fecha	.....





# **Anexo C**

## Resolución

N° 104-2009/CCD-INDECOPI

Lima, 15 de julio de 2009

EXPEDIENTE N° 154-2008/CCD

DENUNCIANTE : CLÍNICA SANTA TERESA S.A.  
(SANTA TERESA)

IMPUTADO : INEN DR. EDUARDO CÁCERES GRAZIANI  
(INEN)

MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL  
VIOLACIÓN DE NORMAS  
MEDIDA CORRECTIVA  
DENEGATORIA DE COSTAS Y COSTOS  
GRADUACIÓN DE LA SANCIÓN

ACTIVIDAD : PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

**SUMILLA:** Se declara **FUNDADA** la denuncia presentada por Santa Teresa contra INEN, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto ejemplificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En consecuencia, se **SANCIONA** a INEN con una amonestación y se le **ORDENA**, en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO e INMEDIATO** de la prestación de servicios de salud que se brindan con tarifario diferenciado, en tanto no cumpla con lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución.

Finalmente, se **DENIEGA** el pedido de costas y costos formulado por Santa Teresa.

### 1. ANTECEDENTES:

Con fecha 26 de septiembre de 2008, Santa Teresa denunció la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución), supuesto ejemplificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal). Mediante escrito presentado con fecha 10 de octubre de 2008, Santa Teresa precisó que su denuncia se encontraba dirigida contra INEN.

Según los términos de la denuncia, Santa Teresa es una persona jurídica de derecho privado, constituida bajo el régimen de sociedad anónima, cuyo objeto social es la prestación de servicios de salud en el sector privado a particulares, compañías de seguros y entidades prestadoras de salud, para lo cual compete con otras instituciones de salud privadas en calidad, precio e igualdad de condiciones de mercado.

Asimismo, la denunciante afirmó que la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM, permitiría a los hospitales e institutos especializados del Ministerio Salud prestar servicios de salud a pacientes privados, compañías de seguros y empresas prestadoras de salud, bajo la

modalidad de "Clínicas Privadas de los Hospitales", utilizando la infraestructura del hospital, la misma razón social, el mismo Registro Único de Contribuyente, los mismos recursos y personal, empleando además, una tarifa diferenciada. En dicho contexto, a decir de Santa Teresa, la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM habría sido derogada tácitamente por el artículo 60 de la Constitución por lo que INEN prestaría servicios de salud mediante una clínica privada sin encontrarse autorizado por una ley expresa, conforme a lo establecido en la citada disposición constitucional.

Por dichas consideraciones, Santa Teresa solicitó a la Comisión que ordenara el cese de la conducta denunciada. Asimismo, la denunciante solicitó a la Comisión que condenara a INEN al pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del procedimiento.

Mediante Memorandum N° 1142-2008/GAF-Afi de fecha 30 de octubre de 2008, el Área de Fiscalización del Indecopi, adjuntó el Informe N° 234-2008-MGG/AFI referido a la visita inspectiva realizada en el establecimiento de INEN con fecha 29 de octubre de 2008, conforme a lo solicitado por la Secretaría Técnica mediante Memorandum N° 756-2008/CCD de fecha 20 de octubre de 2008.

Mediante Resolución de fecha 6 de noviembre de 2008, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia presentada por Santa Teresa contra INEN por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

Con fecha 15 de enero de 2009, INEN, representada por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Salud, presentó su escrito de descargo señalando que la Resolución N° 071-90-SA habría sido derogada el 22 de junio de 2005 por la Resolución Ministerial N° 586-2005/MINSA, la misma que aprobó la Directiva 092-MINSA/DGSO-V.01, "Directiva para el funcionamiento del Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud"<sup>1</sup>. En esa línea, INEN señaló que con fecha 12 de noviembre de 2008, se publicó la Resolución Ministerial N° 798-2008/MINSA, la misma que autorizó el funcionamiento del "Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado" hasta el 31 de diciembre de 2008, en tanto se efectúe el rediseño del servicio.<sup>2</sup>

Asimismo, el imputado señaló que con respecto al servicio de tarifas diferenciadas, éste se encontraría sujeto a un tarifario institucional en virtud del cual se cobraría un determinado monto a aquellas personas que estén en condiciones de afrontar su costo, de tal manera que el saldo o la diferencia que pudiera resultar de su operatividad se destinaría para subsidiar los requerimientos de salud de la población en estado de pobreza.

Adicionalmente, el INEN señaló que al ser un órgano de la administración pública, ejerce potestades administrativas y tiene como objetivo el cumplimiento de fines sociales, no ofertando o demandando bienes o servicios en un mercado determinado. En tal sentido, el imputado manifestó que no estaría actuando como un agente económico, sino que por el contrario, estaría limitado, en el ámbito de su actuación, al "IUS IMPERIUM DEL ESTADO", no siéndole aplicable la normatividad de competencia desleal.

Con fecha 13 de febrero de 2009, Santa Teresa presentó un escrito pronunciándose sobre los argumentos expuestos por INEN en su descargo. Al respecto, la denunciante manifestó que

<sup>1</sup> La referida directiva establece que el destino y uso de los recursos captados, a través de los servicios de tarifario diferenciado se tendrían que efectuar de acuerdo a la Ley de Presupuesto del Sector Público del año fiscal correspondiente y las medidas presupuestales complementarias.

<sup>2</sup> Previamente, mediante Resolución Ministerial N° 640-2008/MINSA, publicada el 18 de septiembre de 2008, se dispuso "dejar en suspenso los servicios de salud bajo tarifario diferenciado".

el imputado habría ingresado a competir al mercado de manera desleal, ya que su participación contravendría directamente el rol subsidiario que la Constitución prevé para el Estado.

Con fecha 24 de junio de 2009, se realizó la audiencia de informe oral, en la cual las partes hicieron uso de la palabra, exponiendo los argumentos de hecho y de derecho que sustentan sus posiciones.

Finalmente, con fecha 9 de julio de 2009, Santa Teresa presentó su escrito de alegatos reiterando los argumentos expuestos en el procedimiento. Al respecto, la denunciante señaló que INEN se encontraría realizando actividad empresarial sin contar con ley expresa que lo autorice.

## 2. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso, corresponde a la Comisión analizar lo siguiente:

1. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.
2. La pertinencia de ordenar una medida correctiva.
3. El pedido de costas y costos formulado por Santa Teresa.
4. La graduación de la sanción, de ser el caso.

## 3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

### 3.1. Marco teórico del rol subsidiario del Estado

El artículo 60 de la Constitución establece lo siguiente:

**"Artículo 60°.-** El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal."  
(Subrayado agregado)

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación con la actuación subsidiaria del Estado en la economía, en la Sentencia expedida con fecha 11 de noviembre de 2003 en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, en los siguientes términos:

"(...)

#### § 4.6. La actuación subsidiaria del Estado en la economía

19. (...) el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales, y tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal.

(...)

21. (...)

Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.

22. De este modo, el principio de subsidiariedad, más que un mecanismo de defensa contra el Estado, resulta ser un instrumento para la conciliación de conflictos; no se funda en una concepción 'opositiva' de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión 'integradora' y 'consensual' del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso que gradualmente desciende desde el individuo hasta el Estado a través de las formaciones sociales intermedias.
23. A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que '[...]. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional[...]'. Se consagra así, el 'principio de subsidiariedad' de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.

En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.

(...)

25. Asimismo, este principio debe ser interpretado en concordancia con otro de equivalente importancia, como es del pluralismo económico (primer párrafo del artículo 60° de la Constitución), que se ha desarrollado bajo el concepto de igualdad jurídica entre los competidores, y que constituye uno de los pilares del derecho de la competencia. Este régimen de paridad al que se someten tanto las empresas públicas como las privadas, constituye una garantía para el desenvolvimiento del tipo de mercado establecido en la Constitución y la optimización de los principios y valores que fundamenten el Estado democrático de derecho.

(...)"

(Subrayado agregado)

En tal sentido, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, la Constitución consagra el "principio de subsidiariedad" de la actuación del Estado en la economía, el cual establece que, de manera excepcional, podrá intervenir sólo cuando los particulares no participen en un determinado mercado o no satisfagan la demanda del mismo, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional y siempre que dicha actividad empresarial se autorice mediante ley expresa.

En este orden de ideas, la Comisión considera que la aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de Competencia Desleal debe entenderse como el reconocimiento que hace el Estado, no sólo acerca de la importancia de establecer filtros y medios que delimiten la actividad empresarial del Estado, sino también como el reconocimiento de los principios de libre iniciativa privada y libertad de empresa establecidos en los artículos 58 y 59, respectivamente, de la Constitución<sup>3</sup>, los mismos que guardan una relación de complementariedad con el artículo 60 de la misma. En ese sentido, dicha relación de complementariedad radica en que el Estado solamente debe intervenir realizando actividad empresarial en aquellos sectores en los que los privados, por sí solos, no son capaces de satisfacer la demanda de bienes o servicios relevantes para la sociedad en su conjunto.<sup>4</sup>

En atención a lo expuesto, dado el diseño establecido por la Constitución, así como el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión considera que su labor consiste en verificar la existencia de una ley que autorice expresamente al Estado a desarrollar actividad empresarial.

### 3.2. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas

#### 3.2.1. Normas y criterios aplicables

El artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece lo siguiente:

**"Artículo 14º.- Actos de violación de normas.-**

(...)

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle actividad empresarial."

Por su parte, el artículo 60 de la Constitución establece lo siguiente:

**"Artículo 60º.-** El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal."

(Subrayado agregado)

En consecuencia, a fin de determinar si en el presente caso, el imputado ha incurrido en la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, es necesario verificar si la conducta cuestionada constituye una actividad empresarial desarrollada por parte del Estado que carece de ley expresa que así lo autorice.

<sup>3</sup> **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

<sup>4</sup> Al respecto, ver Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, publicado en el sitio web [http://spji.minjus.gob.pe/DecretosLeq/DL-MATERIAS/Exposicion\\_de\\_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf](http://spji.minjus.gob.pe/DecretosLeq/DL-MATERIAS/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf)

### 3.2.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, Santa Teresa señaló que INEN vendría realizando actividad empresarial al prestar servicios de salud a pacientes privados, compañías de seguros y empresas prestadoras de salud, bajo la modalidad de "Clínicas Privadas de los Hospitales", utilizando la infraestructura del hospital, la misma razón social, el mismo Registro Único de Contribuyente, los mismos recursos y personal, empleando además, una tarifa diferenciada. A decir de la denunciante, el imputado vendría desarrollando dicha actividad en infracción al artículo 60 de la Constitución, ya que no contaría con una ley expresa que lo autorice, conforme a lo establecido en la citada disposición constitucional, por lo que habría infringido lo prescrito por el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Por su parte, el imputado manifestó que la Resolución N° 071-90-SA fue derogada el 22 de junio de 2005 por la Resolución Ministerial N° 586-2005/MINSA, la misma que aprobó la Directiva 092-MINSA/DGSO-V.01, "Directiva para el funcionamiento del Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud". En esa línea, el INEN señaló que con fecha 12 de noviembre de 2008, se publicó la Resolución Ministerial N° 798-2008/MINSA, la misma que autorizaría el funcionamiento del "Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado", en tanto se efectúe el rediseño del servicio. Asimismo, el imputado señaló que las tarifas diferenciadas se encontraban sujetas a un tarifario institucional, en virtud del cual se cobraría un determinado monto a aquellas personas que estén en condiciones de afrontar su costo, de tal manera que el saldo o la diferencia que pudiera resultar de su operatividad se destinaría para subsidiar los requerimientos de salud de la población en estado de pobreza.

Adicionalmente, el INEN señaló que al ser un órgano de la administración pública, ejerce potestades administrativas y tiene como objetivo el cumplimiento de fines sociales, no ofertando o demandando bienes o servicios en un mercado determinado. En tal sentido, el imputado manifestó que no estaría actuando como un agente económico, sino que por el contrario, estaría limitado, en el ámbito de su actuación, al "*IUS IMPERIUM DEL ESTADO*", no siéndole aplicable la normatividad de competencia desleal.

Sobre el particular, luego de un análisis de los medios probatorios obrantes en el expediente, en particular del Acta de Inspección de fecha 29 de octubre de 2008, la Comisión aprecia que el INEN prestó servicios de salud bajo la denominación "Servicio bajo Tarifario Diferenciado"<sup>5</sup>, en un ambiente acondicionado para tal fin en sus propias instalaciones, empleando su mismo personal e instrumental quirúrgico para la prestación de dichos servicios, en los que cobraba la suma de ciento cincuenta Nuevos Soles (S/. 150.00) por consulta y cuarenta Nuevos Soles (S/. 40.00) por concepto de "Historia clínica", entre otros cobros.

En tal sentido, teniendo en cuenta que el artículo 5 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal<sup>6</sup> establece que la autoridad administrativa, con independencia de la forma de los actos jurídicos, determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, se puede apreciar que, en la práctica, el "Servicio bajo Tarifario Diferenciado" se configuraba como una oferta independiente de los servicios médicos que se brindan regularmente en el INEN, para lo cual cobraba tarifas semejantes a las del sector privado, pero sin incurrir en los costos propios de infraestructura, personal, instrumental quirúrgico, entre otros, por cuanto empleaba los recursos públicos asignados al referido hospital. En consecuencia, en base a dichas consideraciones la Comisión considera que los servicios prestados por el INEN bajo tarifario

<sup>5</sup> Al respecto, ver Acta de fecha 29 de octubre de 2008, que corre a fojas 31 a 38 del Expediente.

<sup>6</sup> **DECRETO LEGISLATIVO N° 1044 - LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**  
**Artículo 5°.- Primacía de la realidad.-**

La autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.

diferenciado constituyen actividad empresarial, la misma que se encuentra obligada a observar lo establecido en el artículo 60 de la Constitución.

Al respecto, el imputado refirió que el "Servicio bajo Tarifario Diferenciado" se encontraba amparado en lo dispuesto por las Resoluciones Ministeriales N° 586-2005/MINSA y N° 798-2008/MINSA. Sin embargo, las citadas normas no ostentan rango legal, por lo que la actividad empresarial desarrollada por el INEN, objetivamente, no cumple con el mandato establecido en el artículo 60 de la Constitución, en el sentido de que sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta. En este punto, cabe precisar que el propio imputado, a lo largo del presente procedimiento, no ha cumplido con indicar el sustento legal de la prestación del "Servicio bajo Tarifario Diferenciado" materia de denuncia, por lo que ha quedado verificada la transgresión al artículo 60 de la Constitución y, por tanto, al artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Por lo tanto, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, la Comisión considera que corresponde declarar fundada la denuncia presentada por Santa Teresa.

### 3.3. La pertinencia de imponer una medida correctiva

De conformidad con el artículo 55.1 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión puede ordenar, de ser el caso, las medidas correctivas conducentes a restablecer la leal competencia en el mercado.

Al respecto, debemos recordar que la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi ha establecido en la Resolución N° 427-2001/TDC-INDECOPÍ<sup>7</sup> que "[e]s importante destacar que las medidas complementarias tienen por finalidad corregir las distorsiones que se hubieran producido en el mercado como consecuencia de la actuación infractora y que su aplicación se sustenta en las normas que regulan la competencia de la Comisión para conocer de dichas conductas, imponer sanciones, y disponer los correctivos que correspondan para revertir el daño ocasionado al mercado".

En el presente caso, ha quedado acreditado que el imputado incurrió en actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. En consecuencia, la Comisión considera que la posibilidad de que la infracción cometida se continúe realizando o se repita en el futuro, justifica que se ordene una medida correctiva.

### 3.4. El pedido de costas y costos formulado por Santa Teresa

En el presente caso, Santa Teresa solicitó a la Comisión que condenara a INEN al pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del presente procedimiento.

Sobre el particular, debe considerarse que la Primera Disposición Complementaria y Final del Código Procesal Civil establece que sus disposiciones se aplicarán supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza. En este sentido, el artículo 413 del referido cuerpo legal establece lo siguiente:

**"Artículo 413.- Exención y exoneración de costas y costos.-**

Están exentos de la condena en costas y costos los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionalmente autónomos, los gobiernos regionales y locales.

(...)"

<sup>7</sup> Emitida en el Expediente N° 116-2000/CCD, seguido por Tecnosanitaria S.A. contra Grifería y Sanitarios S.A.



En consecuencia, teniendo en cuenta lo establecido por la referida disposición y en la medida que conforme a la Ley N° 28748, INEN es un Organismo Público Descentralizado adscrito al Ministerio de Salud, el mismo que forma parte del Poder Ejecutivo, según la Ley N° 29158 - Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, la Comisión considera que corresponde denegar el pedido de costas y costos formulado por Santa Teresa.

### 3.5. Graduación de la sanción

#### 3.5.1. Normas y criterios aplicables

A efectos de graduar la sanción aplicable por la comisión de infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal, ésta prescribe lo siguiente en su artículo 52:

**"Artículo 52°.- Parámetros de la sanción.-**

52.1.- La realización de actos de competencia desleal constituye una infracción a las disposiciones de la presente Ley y será sancionada por la Comisión bajo los siguientes parámetros:

- a) Si la infracción fuera calificada como leve y no hubiera producido una afectación real en el mercado, con una amonestación;
- b) Si la infracción fuera calificada como leve, con una multa de hasta cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias (UIT) y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión;
- c) Si la infracción fuera calificada como grave, una multa de hasta doscientas cincuenta (250) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión; y,
- d) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa de hasta setecientos (700) UIT y que no supere el diez por ciento (10%) de los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución de la Comisión.

52.2.- Los porcentajes sobre los ingresos brutos percibidos por el infractor, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión indicados en el numeral precedente no serán considerados como parámetro para determinar el nivel de multa correspondiente en los casos en que el infractor: i) no haya acreditado el monto de ingresos brutos percibidos relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes a dicho ejercicio; o, ii) se encuentre en situación de reincidencia.

52.3.- La reincidencia se considerará circunstancia agravante, por lo que la sanción aplicable no deberá ser menor que la sanción precedente."

Por su parte, el artículo 53 del citado cuerpo legal establece los criterios para determinar la gravedad de la infracción declarada y graduar la sanción. En tal sentido, el citado artículo dispone lo siguiente:

**"Artículo 53°.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción.-**

La Comisión podrá tener en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a) El beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción;

- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance del acto de competencia desleal;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor;
- f) El efecto del acto de competencia desleal sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otros agentes que participan del proceso competitivo y sobre los consumidores o usuarios;
- g) La duración en el tiempo del acto de competencia desleal; y,
- h) La reincidencia o la reiteración en la comisión de un acto de competencia desleal.”

### 3.5.2. Aplicación al presente caso

En el presente caso, habiéndose acreditado una trasgresión a las normas que regulan la buena fe y la leal competencia en el mercado, corresponde a la Comisión, dentro de su actividad represiva y sancionadora de conductas contrarias al orden público y la buena fe empresarial, ordenar la imposición de una sanción al infractor, así como graduar la misma.

Al respecto, la Comisión considera pertinente señalar que la conducta infractora se produjo desde la entrada en vigencia de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, es decir, desde el 26 de julio de 2008. Asimismo, los hechos infractores estuvieron amparados en la Resolución Ministerial N° 586-2006/MINSA, la misma que aprobó la Directiva 092-MINSA/DGSO-V.01 “Directiva para el funcionamiento del Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud”. Sin embargo, debe tenerse presente que mediante Resolución Ministerial N° 640-2008/MINSA, publicada el 18 de septiembre de 2008 se dispuso la suspensión de los servicios de salud bajo tarifario diferenciado, siendo posteriormente autorizados hasta el 31 de diciembre de 2008, mediante Resolución N° 798-2008/MINSA, publicada el 12 de noviembre de 2008. En consecuencia, considerando el criterio referido a la duración del acto infractor, la Comisión aprecia que el mismo se llevó a cabo durante cuatro (4) meses aproximadamente.

De otro lado, en relación con la modalidad y alcance de la conducta infractora, la Comisión observa que el INEN prestó servicios de salud con una tarifa diferenciada en el mismo establecimiento que desarrolla sus actividades. En este punto, la Comisión, ha tenido en consideración que el INEN es un organismo público descentralizado adscrito al sector Salud que se dedica a la detección, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de las personas afectadas por enfermedades tumorales o neoplásicas, brindándoles una asistencia integral, por lo que una sanción pecuniaria en el presente caso, podría afectar los fines del INEN y, por tanto, la prestación regular de los servicios de salud que brinda a los ciudadanos.

Por lo tanto, dichas circunstancias particulares, hacen que esta Comisión considere conveniente imponer una amonestación al INEN, toda vez que de acuerdo al principio de razonabilidad de la potestad sancionadora de las entidades del Estado, previsto en el artículo 230 de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General, la determinación de la sanción debe considerar, entre otros criterios, las circunstancias de la comisión de la infracción, las mismas que han sido analizadas con detalle en los párrafos precedentes.

## 4. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi y 25 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

**HA RESUELTO:**

**PRIMERO:** Declarar **FUNDADA** la denuncia presentada por Clínica Santa Teresa S.A. contra INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto ejemplificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

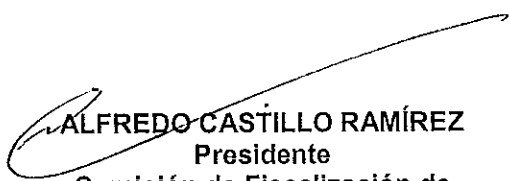
**SEGUNDO: SANCIONAR** a INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani con una **AMONESTACIÓN** y ordenar su inscripción en el registro de infractores a que se refiere el artículo 40 del Decreto Legislativo N° 807 - Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi.

**TERCERO: ORDENAR** a INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani, en calidad de medida correctiva, el **CESE DEFINITIVO** e **INMEDIATO** de la prestación de servicios de salud que se brindan con tarifario diferenciado, en tanto no cumpla con lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

**CUARTO: DENEGAR** el pedido formulado por Clínica Santa Teresa S.A. para que se ordene a INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani el pago de las costas y los costos del procedimiento, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

**QUINTO: ORDENAR** a INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani que cumpla con lo dispuesto por la presente resolución en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles contados desde que la misma quede consentida o, en su caso, sea confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia correspondiente del Tribunal del Indecopi. Esta orden se debe cumplir bajo apercibimiento de imponer una nueva sanción y ordenar su cobranza coactiva, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 57.1 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

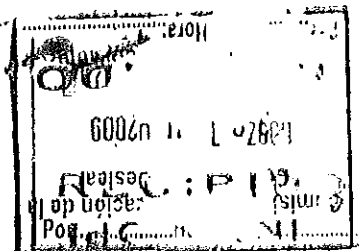
*Con la intervención de los señores miembros de Comisión: Alfredo Castillo Ramírez, Carlos Cornejo Guerrero, Ramón Bueno-Tizón Deza y Luis Concha Sequeiros.*



**ALFREDO CASTILLO RAMÍREZ**  
Presidente  
Comisión de Fiscalización de  
la Competencia Desleal



# **Anexo D**



INDECOPI

2009 JUL 24 PM 4:40

ced

082282

Exp. N° 170-2008-CCD  
Escrito N° 154  
Sumilla: recurso de apelación

000333

**SEÑOR PRESIDENTE DE LA COMISION DE FISCALIZACION DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

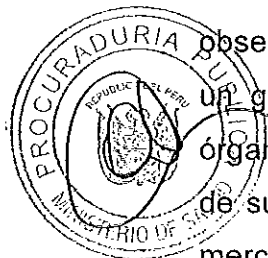
UNIDAD DE TRAMITE

**JESUS FANNY FREIGEIRO MORAN**, Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, en la denuncia interpuesta por la Clínica Santa Teresa S.A. contra el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (INEN) sobre presunta comisión de actos de competencia desleal; a Ud. atentamente digo:

Conforme a lo dispuesto por el artículo 27° de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI (Decreto Ley N° 25868), interpongo recurso de apelación contra la Resolución N° 104-2009/CCD-INDECOPI de fecha 05 de julio de 2009, que declara fundada la denuncia y en consecuencia sanciona al INEN con una amonestación y ordena, en calidad de medida correctiva, el cese definitivo e inmediato de la prestación de servicio de salud que se brindan con tarifario diferenciado, en tanto no cumpla con lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución; conforme a las razones que paso a exponer:

**Primero.-** Mediante la cuestionada resolución la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, ha declarado fundada la denuncia, bajo el argumento que los servicios médicos que se brindan regularmente en el INEN, constituirían una "actividad empresarial", y por tanto la misma se encuentra obligada a observar lo establecido en el artículo 60 de la Constitución; lo cual constituye un grave error, toda vez que dicha disposición no es aplicable cuando los órganos de la administración pública realizan diversos objetivos en cumplimiento de sus fines sociales, y no el de ofertar o demandar bienes o servicios en un mercado determinado, ya que no actúan como agentes económicos.

**Segundo.-** En ese sentido, incluso, ya se ha pronunciado el propio Tribunal Constitucional en la STC N.º 07644-2006-PA/TC, Caso Gremco Publicidad S.A., al señalar en su Fundamento Décimo, que "La actividad empresarial denota la acción organizada para la provisión de bienes y servicios, con fines



de lucro". Siendo que, "Este fin de lucro consiste en el propósito de obtener utilidades cuyo único destino es la satisfacción del interés personal del titular de la actividad empresarial."

**Tercero.-** Consecuentemente, las supuestas afectaciones constitucionales a la libertad de empresa y la libre iniciativa privada alegadas por la demandante han debido declararse infundadas, ya que como ha quedado demostrado en autos, no se aprecia que mi representada esté ejerciendo una "actividad empresarial" en los servicios que presta, ya que no existe ningún elemento teleológico que permita persuadir que el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" tenga un fin eminentemente lucrativo; ni menos que con dicho servicios se restrinja la libre competencia de las empresas prestadoras del servicio de salud.


**Cuarto.-** De lo expuesto se concluye que la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM que regula el servicio de Clínicas en los Hospitales e Institutos Especializados del Ministerio de Salud, no contiene una ventaja competitiva que perjudique a la denunciante, por cuanto tiene como objetivo fundamental, el promover y apoyar las acciones que permitan alcanzar el más alto nivel de salud posible de toda la población, debiendo hacerse factible su acceso a todos los niveles de complejidad del sistema de servicios de salud; siendo que por ello, la Resolución Ministerial N° 586-2005/MINSA que la deroga, establece que el destino y uso de los recursos captados se efectúa de acuerdo a la Ley de Presupuesto del Sector Público del Año Fiscal correspondiente y las medidas presupuestales complementarias

**POR TANTO:**

Sírvase Ud. señor Presidente admitir el recurso de apelación interpuesto.

Lima, 24 de julio de 2009

Leg. 327-09  
JFFM/PP  
JASC  
Clínica Santa Teresa



*[Handwritten signature]*

JESUS FANNY FREIGEIRO MORÁN  
Procuradora Pública del Ministerio de Salud  
Reg. C.A.T. N° 7334



# **Anexo E**



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

**PROCEDENCIA** : COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE  
LA COMPETENCIA DESLEAL  
**DENUNCIANTE** : CLÍNICA SANTA TERESA S.A.  
**DENUNCIADO** : INEN DR. EDUARDO CÁCERES GRAZIANI  
**MATERIA** : COMPETENCIA DESLEAL  
VIOLACIÓN DE NORMAS  
SUBSIDIARIEDAD EMPRESARIAL DEL ESTADO  
**ACTIVIDAD** : PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

**SUMILLA:** se **ANULA** la Resolución 104-2009/CCD-INDECOPI del 15 de julio de 2009, que declaró fundada la denuncia interpuesta por Clínica Santa Teresa S.A. contra el INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por actividad empresarial estatal no conforme con el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto recogido en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal. La razón es que el artículo 33 de la Ley 27657 –Ley del Ministerio de Salud– autoriza al INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani a desarrollar en su especialidad el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado”, por lo que se concluye que la actividad empresarial cuestionada cumple con el requisito de “habilitación por ley expresa” previsto en el texto constitucional.

Asimismo, se dispone que el expediente sea DEVUELTO a la primera instancia con la finalidad de que se efectúen las actuaciones de instrucción necesarias para evaluar el cumplimiento por parte del INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani de las demás exigencias previstas en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, relacionadas con el análisis de subsidiariedad económica de la actividad estatal cuestionada y la finalidad de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Lima, 6 de septiembre de 2010

## I ANTECEDENTES

1. El 26 de septiembre de 2008, Clínica Santa Teresa S.A. (en adelante, Santa Teresa) denunció al INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani<sup>1</sup> (en lo sucesivo, INEN) por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, bajo el supuesto recogido en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal, que establece como ilícita la actividad empresarial estatal desarrollada en infracción de lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

<sup>1</sup> R.U.C.: 20131367342.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC-1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

2. En su denuncia, Santa Teresa señaló lo siguiente:
- (i) de acuerdo con el artículo 60 de la Carta Fundamental, la actividad empresarial del Estado –ya sea a través de empresas públicas o sus entidades estatales– solo puede ser realizada en tanto exista una autorización por ley expresa, la actividad sea subsidiaria y medie una razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional;
  - (ii) el INEN es un Organismo Público Descentralizado adscrito al Ministerio de Salud que –conforme al modelo de organización dispuesto por la Resolución Ministerial 071-90-SA-DM y posteriores modificatorias contenidas en la Resolución Ministerial 586-2006-MINSA y la Resolución Ministerial 151-2007-MINSA– brinda dentro de sus instalaciones un servicio distinto al de sus prestaciones de salud regulares. El referido servicio es similar al ofrecido por una clínica privada y se denomina “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado”; y,
  - (iii) el INEN compite deslealmente al ofrecer dicho servicio, pues lo presta a pacientes particulares, compañías aseguradoras y entidades prestadoras de salud, pese a que existen centros de salud del sector privado que ofrecen sus servicios a dicho segmento. Asimismo, precisó que el INEN, a diferencia de las entidades privadas, no incurre en mayores costos para brindar el servicio al utilizar la infraestructura, los recursos médicos y el mismo personal asignados por el Estado.
3. El 29 de octubre de 2008, personal del Área de Fiscalización del Indecopi llevó a cabo, por encargo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión), una diligencia de inspección en el establecimiento del INEN. En dicha oportunidad, se constató que, si bien el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” se encontraba temporalmente suspendido en atención a lo dispuesto por la Resolución Ministerial 640-2008-MINSA publicada el 18 de septiembre de 2008<sup>2</sup>, hasta esa fecha había sido brindado cobrando sumas mayores que las cobradas a los pacientes asistenciales regulares y utilizando el mismo personal y equipos médicos que los correspondientes a la prestación de los servicios propios de la red asistencial.
4. El 15 de enero de 2009, el INEN presentó sus descargos alegando que el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” se encontraba fuera del ámbito de aplicación de la normativa de competencia desleal al no ser una actividad de tipo empresarial. Sobre el particular, manifestó que las prestaciones de este servicio no responden a una lógica de mercado sino que

<sup>2</sup> Cabe precisar que con posterioridad, por Resolución Ministerial 798-2008/MINSA del 10 de noviembre de 2008, publicada el 12 de noviembre de 2008 en el diario oficial “El Peruano”, se dispuso levantar la suspensión y prorrogar la prestación del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” hasta el 31 de diciembre de 2008.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

satisfacen fines asistenciales, materializando la función pública de prestar salud que tiene atribuida el Estado. Asimismo, agregó que la potestad administrativa que ejercen se encuentra amparada en lo dispuesto por la Ley 27657 –Ley del Ministerio de Salud–, la cual atribuye al INEN, como Organismo Público Descentralizado del Ministerio de Salud, la potestad de brindar todo tipo de servicios de salud oncológica a la comunidad, bajo la conducción y regulación que estime pertinente la autoridad sectorial.

5. El 13 de febrero de 2009, Santa Teresa presentó un escrito precisando que la Superintendencia de Administración Tributaria había emitido, a través del Oficio 153-2007-SUNAT/200000, una opinión calificando al “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” como una actividad que no constituía un servicio inherente a la soberanía estatal y que, por tanto, no significaba una prestación estatal sujeta al cobro de una tasa. En ese sentido, Santa Teresa indicó que de la referida opinión se desprendía que el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” prestado por el INEN no es parte de la función pública que ejerce, siendo que constituye una actividad empresarial sujeta a las normas de competencia desleal.
6. Mediante Resolución 104-2009/CCD-INDECOPI del 15 de julio de 2009, la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por Santa Teresa contra el INEN por la comisión de actos de violación de normas al desarrollar actividad empresarial en infracción del artículo 60 de Constitución, sancionándolo con una amonestación. La Comisión sustentó su pronunciamiento en las siguientes consideraciones:
  - (i) el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” es actividad empresarial por el solo hecho que se estructura como una oferta independiente de los servicios médicos que regularmente se brindan en el INEN, y por la cual *“cobraba tarifas semejantes a las del sector privado, pero sin incurrir en los costos propios de infraestructura, personal, instrumental quirúrgico, entre otros, por cuanto empleaba los recursos públicos asignados”*; y,
  - (ii) las resoluciones ministeriales que aprueban el diseño y desarrollo del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” no ostentan rango legal, por lo que la actividad empresarial del INEN no cumple con el requisito de autorización por “ley expresa” exigido por el artículo 60 de la Constitución.
7. El 4 de agosto de 2009, el INEN apeló la Resolución 104-2009/CCD-INDECOPI, reiterando que las prestaciones que brindan en virtud al “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” no siguen una lógica económica, pues corresponden a funciones desarrolladas con la finalidad de satisfacer fines sociales en el sector salud. En este contexto, el INEN hizo referencia a un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que, en su criterio, sustentaba



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

que los servicios de salud diferenciados no calificaban como actividad empresarial.

### III CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8. Luego de analizar el expediente y los argumentos expuestos por las partes, la Sala considera que se debe determinar lo siguiente:
  - (i) el contenido de cada uno de los requisitos que se deben evaluar en los procedimientos de competencia desleal iniciados por la presunta comisión de actos de violación de normas por el desarrollo de actividad empresarial estatal contraria al artículo 60 de la Constitución; y,
  - (ii) si, de ser el caso, el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" que brinda el INEN constituye una actividad empresarial realizada en contravención al referido mandato constitucional.

### III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

#### III.1 Marco teórico aplicable

##### III.1.1 Subsidiariedad estatal y su expresión en materia económica

9. El principio de subsidiariedad estatal establece cuál ha de ser el grado de intervención del Estado en la vida económica del país y cuál debe ser el campo de acción en el que los ciudadanos pueden ejercer su libertad de hacer empresa.
10. Este principio se encuentra reconocido en el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución, el cual señala que "**sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional**".
11. El texto constitucional precisa que la intervención empresarial del Estado es excepcional. Esto encuentra respaldo en el propio modelo de Economía Social de Mercado acogido por la Constitución, que otorga una protección prevalente a las diversas libertades económicas fundamentales de los individuos (v.g. libertad de empresa, libertad de contratación, entre otras), reconociendo que en la economía peruana rige la asignación libre de recursos vía los mercados, conservando el Estado solo una función residual.
12. La libre iniciativa privada, en tanto expresión de la libertad del individuo en el ámbito económico, es el fundamento del principio de subsidiariedad. Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 23 de la Sentencia expedida en el Expediente 008-2003-AI/TC, en la cual, al desarrollar el contenido del principio constitucional de subsidiariedad



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

económica, señaló lo siguiente:

*"Debe enfatizarse que la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa, y la de los derechos esenciales de la persona humana."*

13. La exigencia de rol subsidiario en materia empresarial del Estado también constituye un mecanismo de control para que los recursos públicos se enfoquen en la satisfacción de necesidades de la colectividad que no pueden ser atendidas en el mercado. Así se evita que el Estado se sobredimensione y destine el gasto público a la producción de bienes y servicios que bien pueden ser provistos, bajo las mismas condiciones y cumpliendo los mismos objetivos, por la actividad privada.
14. Por ejemplo, imaginemos que alguna dependencia estatal decide incursionar en el negocio de fabricación de zapatos. En dicho mercado participan diversas empresas privadas que pueden atender toda la demanda de calzado nacional bajo condiciones similares o inclusive más ventajosas, en cuanto a precio y calidad. Como es evidente, si la necesidad de la población puede ser atendida de manera apropiada por los particulares, la administración pública no debería invertir en la manufactura de zapatos, debiendo atender otras necesidades de la sociedad insatisfechas ante la ausencia de oferta privada suficiente. Así, el Estado podría centrar su actividad en la provisión de los servicios básicos a los ciudadanos, tales como brindar seguridad ciudadana o llevar salud asistencial a aquellos lugares en que los pobladores no pueden asumir el precio del servicio ofrecido por los privados.
15. Otra razón que justifica la importancia del principio de subsidiariedad económica en la actividad empresarial del Estado, es que la gestión de las empresas estatales o de las actividades comerciales brindadas por las entidades públicas no es, en la generalidad de los casos, eficiente.
16. La administración pública no necesariamente maximiza la rentabilidad patrimonial como una empresa privada. Las empresas e instituciones públicas también persiguen finalidades políticas y suelen tener incentivos que, más bien, van en contra de la rentabilidad<sup>3</sup>. De hecho, suele ocurrir que

<sup>3</sup> Vickers y Yarrow señalan que esta estructura dual de intereses que convive en una empresa pública genera que los funcionarios que las supervisan prefieran en la mayoría de los casos la obtención de objetivos sociales y políticos, pues pueden dejar de percibir beneficios personales (electorales) en caso opten por percibir beneficios económicos. Cfr: VICKERS, John y George YARROW. "Un análisis económico de la privatización". México: Fondo de Cultura Económica, 1991, p. 49.

En la misma línea, Patrón, a propósito del rol empresarial del Estado en Latinoamérica, señala que los objetivos de muchas empresas públicas fueron paulatinamente expandiéndose hacia la consecución de fines sociales y políticos que nada tenían que ver con la rentabilidad: "Por lo general, el común denominador a esta variedad de objetivos era la ausencia de motivación en perseguir la rentabilidad. A su vez, estos argumentos, comúnmente, simplemente enmascaraban motivaciones políticas perseguidas por gobiernos populistas o autoritarios que buscaban asegurar ingresos de actividades altamente productivas, concentrar su poder o emplear las EPE para otros propósitos



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

la actividad pública no tiene que preocuparse por sus pérdidas, ya que no quiebra y sus pérdidas se sufragan con los recursos del Estado, esto es, con los tributos de cada uno de los contribuyentes.

17. Como señala el profesor Ariño, "(h)a sido una tentación constante de los políticos la utilización de las empresas públicas como instrumento fácil de la política: unas veces de su política antinflacionista (mediante el simple procedimiento de vender por debajo del precio de costo), otras de su política de empleo (...). Todas estas utilidades de la empresa pública –por no citar otras, menos confesables– han sido a costa, naturalmente, de déficits crecientes con cargo al presupuesto nacional."<sup>4</sup>
18. Esta gestión ineficiente y motivada por la oportunidad política puede provocar en el Estado un importante déficit macroeconómico. En un estudio comparativo realizado entre diversas empresas públicas de más de noventa países, con el objeto de medir los efectos macroeconómicos que genera su gestión, se concluyó que "(e)l principal indicador que resume el impacto macroeconómico de las empresas públicas es su déficit global o sus necesidades de financiamiento"<sup>5</sup>.
19. Pese a que en la mayoría de casos la actividad empresarial del Estado no alcanza niveles óptimos de eficiencia económica por su esquema de gestión, es importante precisar que el modelo de intervención subsidiaria permite que esta ineficiencia se encuentre excepcionalmente justificada.<sup>6</sup> Las actividades empresariales subsidiarias desarrolladas por empresas públicas o entidades estatales son aceptadas pues pueden generar un beneficio en términos sociales, satisfaciendo la demanda de bienes o servicios desatendida por los privados y cuya provisión reviste un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

interesados" PATRÓN SALINAS, Carlos. "El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica". En: Themis N° 52, 2006, p.78.

<sup>4</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)". Granada: Editorial Comares, 2004, p. 461. Por su parte, Hauriou también refiere que la empresa estatal favorece el uso del denominado *spoils system* o "sistema de los despojos", nombre con el cual se denomina aquel escenario en que el partido ganador de las elecciones, al asumir el gobierno, ocupa gran parte de los cargos directivos de las entidades estatales o empresariales del Estado. HARIOU, André. "Derecho Constitucional e instituciones políticas". Barcelona: Ariel, 1980, p. 539.

<sup>5</sup> Traducción libre del siguiente texto: "The principal summary indicator of the macroeconomic impact of public enterprises is their overall deficit or financing requirement." FLOYD, Robert H., GRAY, Clive S. y R. P. SHORT. "Public Enterprise in Mixed Economies. Some macroeconomics aspects". Washington: International Monetary Fund, 1986, p. 144.

<sup>6</sup> Stiglitz plantea que las empresas privadas tienen como objetivo (en principio) maximizar beneficios, mientras que las públicas tienen objetivos económicos y no económicos. Así pues, una empresa pública puede, deliberadamente, completar plenamente su objetivo no económico a costa de tener pérdidas. Por tanto, es difícil la comparación de eficiencia entre públicas y privadas cuando éstas no persiguen los mismos objetivos. Cfr.: STIGLITZ, Joseph E. "La economía del sector público". Barcelona: Editorial Bosch, 2002.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

20. Como lo señala la doctrina, una razón adicional que sustenta que la actividad empresarial estatal sea solo subsidiaria es que, por lo general, la participación del Estado tiende a distorsionar la leal competencia en mayor o menor medida. Cuando la administración pública concurre con privados, su permanencia suele depender de un esquema competitivo desleal que le permite actuar en situación de artificial ventaja sobre sus competidores: acceden a privilegios de financiación con las amplias espaldas financieras de los fondos públicos (subsidios), ofrecen precios por debajo de determinado nivel de costos, perciben en algunos casos ampliaciones de capital para soportar los déficits que su mala gestión genera, no incurren en costos fijos pues en algunos casos se limitan a usar la infraestructura estatal instalada para prestar el servicio y, en otro grupo de casos, perciben incluso privilegios jurídicos respecto de los particulares.<sup>7</sup>

### III.1.2 El artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044: metodología de aplicación

21. Con el objeto de evitar las distorsiones que genera la intervención estatal empresarial no subsidiaria, el Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal– ha introducido una importante innovación respecto de la regulación que derogó pues, vía el artículo 14.3., contempla por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico una norma de rango legal que establece la prohibición de desarrollar actividad empresarial en violación de la previsión constitucional de subsidiariedad económica.

22. El artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 señala lo siguiente:

*"La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial."*

23. Como se aprecia, se configurará un supuesto de violación de normas cuando la actividad empresarial estatal viole el artículo 60 de la Constitución, el cual, en su segundo párrafo, señala que *"Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional."*
24. A criterio de esta Sala, la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la norma de competencia desleal supone analizar, en primer lugar, si la

<sup>7</sup> Cfr.: ARIÑO ORTIZ, Gaspar. "Economía y Estado". Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1993, p. 78; y, SAPPINGTON, David y Gregory SIDAK. "Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises: Incentives and Capabilities". En: "Competing with the Government. Anticompetitive behavior and Public Enterprises". California: Hoover Institution Press, 2004, pp. 2 y ss. (Texto completo accesible en: [http://media.hoover.org/documents/081793992X\\_1.pdf](http://media.hoover.org/documents/081793992X_1.pdf), página web visitada el 1 de junio de 2010)



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

conducta cuestionada que desarrolla el Estado, ya sea a través de una empresa pública o de una entidad estatal, importa el ejercicio de una actividad de índole empresarial. Si es que la conducta que despliega el Estado no corresponde a la realización de una prestación económica empresarial sino a actividades de otra índole, entonces en ese caso la conducta no se encuentra sujeta a los límites de subsidiariedad previstos en la Constitución.

25. Solo si la actividad estatal desarrollada es de tipo empresarial, se continuará con el siguiente nivel de análisis, en virtud del cual se debe verificar que dicha iniciativa se adecue a los límites impuestos por el artículo 60 de la Constitución. Así, corresponderá constatar los siguientes tres requisitos:
- (i) El primero de ellos es de tipo formal, y exige que la realización de la actividad empresarial estatal se encuentre **autorizada por ley expresa**;
  - (ii) El segundo requisito es de fondo, e importa **verificar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado**, esto es, que la actuación económica del Estado en determinado mercado se realiza ante la ausencia real y potencial de la iniciativa privada para atender dicha demanda; y,
  - (iii) El tercer elemento previsto por el dispositivo constitucional consiste en constatar si el objetivo que la actividad empresarial pretende satisfacer reviste un **alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional**.
26. Hay que resaltar que se estará ante actividad empresarial lícita solo en caso que la intervención empresarial del Estado supere cada uno de los tres requisitos sucesivos mencionados. A continuación se definen los alcances y contenido de cada uno de los "elementos típicos" que esta norma prevé.

### III.1.2.1 La actividad estatal debe ser empresarial.

27. El Estado puede intervenir en los mercados cumpliendo diversos roles. Así, puede actuar a título de autoridad, definiendo los términos de acceso a las actividades, regulando las obligaciones y derechos de los agentes, supervisando y fiscalizando que el comportamiento de las unidades económicas se arregle al ordenamiento y resolviendo los conflictos que puedan surgir.
28. Sin embargo, el Estado también puede intervenir en los mercados participando en calidad de agente económico, como comprador u ofertante de bienes y servicios.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

29. Este segundo caso es el que corresponde a la denominada actividad empresarial. En esta faceta, el Estado asume la titularidad y gestión de los medios de producción y participa como un proveedor más, esto es, provee a la población de algún producto o servicio determinado.
30. Ahora bien, se incluirá dentro de la categoría de actividad empresarial **toda actuación estatal que se encuentre dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de productos o servicios de cualquier índole, siempre y cuando no constituya el ejercicio de alguna potestad de imperium ni califique como prestación asistencial. Asimismo, la actividad empresarial es independiente del ánimo lucrativo y de la forma jurídica que adopte el prestador del bien o servicio.**<sup>8</sup>
31. Como puede apreciarse, la definición de actividad empresarial del Estado requiere la confluencia de varios elementos que serán analizados a continuación.
32. En primer término, la actividad empresarial debe diferenciarse de la denominada "actividad estatal de autoridad pública", que es aquella que se manifiesta en el ejercicio estatal de *ius imperium* o atribuciones soberanas<sup>9</sup>. Esta actividad, que por esencia es de titularidad reservada del Estado, tiene entre sus típicas manifestaciones la función legislativa (expedición de normativa de rango legal o reglamentario), la administración del sistema de defensa nacional, la impartición de justicia, el otorgamiento de títulos habilitantes, entre otros ejemplos<sup>10</sup>.
33. En esos casos, el Estado desempeña las funciones regulatorias inherentes al concepto clásico de soberanía.
34. Por tanto, al efectuar el análisis de si se está o no ante una actuación empresarial se debe delimitar primero si la actividad estatal desarrollada

<sup>8</sup> Resulta relevante anotar que La Ley 27809 –Ley General del Sistema Concursal, también asume una definición de actividad empresarial amplia, que no exige que el agente que preste bienes o servicios procure una finalidad de lucro ni que tenga una estructura societaria "de tipo empresarial" determinada:

**"Artículo 1.- Glosario**

Para efectos de la aplicación de las normas de la Ley, se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

**f) Actividad Empresarial.-** Actividad económica, habitual y autónoma en la que confluyen los factores de producción, capital y trabajo, desarrollada con el objeto de producir bienes o prestar servicios."

<sup>9</sup> Según García Trevijano, se entiende por función o prerrogativa de autoridad pública "aquella que se desarrolla en la consecución de los fines esenciales [del Estado], en su actividad propiamente soberana; aquella que ya en el siglo XIX era institucionalmente propia del Estado y que se manifiesta fundamentalmente por medio de la normativa jurídica; su titularidad es, por esencia, propia del Estado: así toda actividad legislativa, judicial, y la administrativa de defensa, policial, fiscal y tributaria, certificante, etc". TREVIJANO GARCÍA, J. A. "Tratado de derecho administrativo". Madrid: Editorial RDP, 1971, pp. 20 y ss.

<sup>10</sup> En esa línea de razonamiento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, en su Sentencia del 19 de enero de 1994 (Asunto *Eurocontrol*), calificó que la actividad estatal consistente en el control de la navegación aérea no calificaba como actividad económica, puesto que se encontraba relacionada con la potestad soberana de ordenación del espacio aéreo con la finalidad de aseguramiento de la defensa nacional.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

supone o no el ejercicio de prerrogativas o funciones soberanas de *ius imperium*, propias de la existencia del Estado.

35. En segundo lugar, debe descartarse de la calificación de empresarial a aquel grupo de prestaciones brindadas por el Estado que son denominadas por la doctrina como "asistenciales o sociales".
36. La actividad de corte asistencial comprende a todas aquellas prestaciones de bienes o servicios que tienen la particularidad de ser requeridas con fines sociales, esto es, su finalidad es equilibrar diferencias en los sectores más necesitados de la comunidad, garantizando e impulsando el acceso universal a determinados derechos fundamentales de corte social<sup>12</sup>.
37. En diversas resoluciones, la Sala de Defensa de la Competencia ha señalado que el rasgo distintivo de los servicios asistenciales es que son prestaciones de bienes o servicios que el Estado, por mandato constitucional, se encuentra obligado a brindar a los particulares de más bajos recursos de forma ineludible<sup>13</sup>. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea comparte este parecer, pues al delimitar la definición de actividad empresarial, ha sostenido que las prestaciones asistenciales no califican como empresariales, en la medida que a través de ellas el Estado cumple compromisos sociales, esto es, funciones que constituyen expresión del Estado Social de Derecho que inspira a la organización política.<sup>14</sup>
38. Entre estas prestaciones obligatorias tenemos aquellas recogidas en el Título I, Capítulo II de la Constitución, y que corresponden a la provisión de niveles mínimos de salud, educación y seguridad social<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Cfr.: GARRIDO FALLA, Fernando. "Tratado de Derecho Administrativo". Volumen II. Madrid: Tecnos, 1992, pp. 347-376.

<sup>12</sup> Por su parte, Kresalja y Ochoa reconocen que las prestaciones asistenciales constituyen la materialización de la cláusula de Estado Social de Derecho contemplada en el artículo 43 de la Constitución Política del Perú. Para estos autores, "(...) en el Estado Social de Derecho los poderes públicos asumen la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para atender sus necesidades vitales." Ver: KRESALJA ROSSELLÓ, Baldo y César OCHOA CÁRDICH. "Derecho Constitucional Económico". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, p. 239.

<sup>13</sup> Ver: Resolución 0391-2007/TDC-INDECOPI del 21 de marzo de 2007, correspondiente al procedimiento seguido por la señora Gladys Mercedes Simeón Vilca contra la Universidad Nacional Federico Villareal; y, Resolución 1668-2008/TDC-INDECOPI del 19 de agosto de 2008, correspondiente al procedimiento seguido por tipo Huk Vida Asociación Civil contra la Red de Salud de San Juan de Lurigancho.

<sup>14</sup> Ver Sentencia del 17 de febrero de 1993, correspondiente al Asunto *Poucet y Pistre*.

<sup>15</sup> El Título I, Capítulo II de la Constitución Política del Perú, se denomina "*De los Derechos Sociales y Económicos*". Los principales dispositivos que demuestran la existencia de una obligación ineludible a cargo del Estado en los sectores salud, educativo y de seguridad social son los dos siguientes:

*"Artículo 11.- Libre acceso a las prestaciones de salud y pensiones.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento.*

(...)



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

39. El hecho que el aparato estatal se encuentre en la obligación de brindar estos servicios a los ciudadanos más necesitados bajo el rasgo de continuidad y universalidad provoca que sobre este tipo de prestaciones no sea viable aplicar el mandato de subsidiariedad previsto en el artículo 60 de la Constitución. En efecto, si el objeto del análisis de subsidiariedad económica consiste en identificar aquellas actividades estatales en las que es oportuno que el Estado deje de brindar el producto o servicio por existir oferta privada suficiente, en el caso de los servicios asistenciales no cabe hacer este análisis por la sencilla razón que el Estado no tiene más opción que brindar el servicio. De otro modo, estaría rehusando del cumplimiento de una obligación prevista por disposición constitucional.
40. Conforme a lo expuesto, la actividad prestacional de bienes o servicios que brinda el Estado, que incluye la producción, distribución, desarrollo e intercambio de productos y servicios a favor de la ciudadanía, será empresarial en la medida que no corresponda al ejercicio de funciones de *ius imperium* ni se identifique con la provisión obligatoria de servicios básicos asistenciales.
41. Ahora bien, ello no quiere decir que toda actividad prestacional del Estado, para ser empresarial, deba tener por objetivo el obtener rentabilidad. En efecto, es preciso señalar que resulta irrelevante que se verifique si la actividad ha sido diseñada para obtener ganancias, pues el concepto de actividad empresarial no adquiere contenido a partir de la existencia de un beneficio económico para el ente estatal, siendo indistinto si éste está o no presente.
42. La mencionada condición parte de una constatación práctica: por regla general, una empresa pública o una actividad económica gestionada por una entidad estatal conservan un objetivo que no se agota en un fin lucrativo, sino que expresa también fines político – sociales.
43. La Sala ya ha tenido oportunidad de señalar en un anterior pronunciamiento que el fin no lucrativo no excluye la posibilidad de realizar actividad empresarial, pues en cumplimiento de tales objetivos, incluso las asociaciones se organizan y se financian para proveer bienes o servicios al

*Artículo 17.- Obligatoriedad de la educación inicial, primaria y secundaria.- La educación inicial, primaria y secundaria son obligatorias. En las instituciones del Estado, la educación es gratuita. En las universidades públicas el Estado garantiza el derecho a educarse gratuitamente a los alumnos que mantengan un rendimiento satisfactorio y no cuenten con los recursos económicos necesarios para cubrir los costos de educación."*

Asimismo, en su artículo 58 la Carta Fundamental recoge un catálogo enunciativo de áreas en las cuales el Estado debe actuar prioritariamente. Entre estas áreas se distinguen, nuevamente, las vinculadas a los derechos sociales contenidos en el Título I, Capítulo II (salud, educación y seguridad social):

*"Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura." (subrayado agregado)*



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

mercado<sup>16</sup>. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea también tiene esta posición y ha sido específico en el caso de las actividades estatales, manifestando en reiteradas oportunidades que para delimitar si éstas son empresariales no resulta relevante determinar si tienen fin lucrativo.<sup>17</sup>

44. De aceptarse la hipótesis en virtud de la cual la finalidad de lucro constituye el rasgo que define a la actividad empresarial, se concluiría que, por ejemplo, la prestación de bienes y servicios proporcionada por una asociación civil no califica como tal por el solo hecho que el objeto social de la persona jurídica no tiene fin de lucro.
45. Finalmente, es preciso señalar que no importa cuál sea la forma jurídica que adopte la entidad que presta los bienes y servicios. Esto es, la actividad empresarial no es privativa de las denominadas empresas públicas, pues incluso una entidad estatal puede desempeñar algún tipo de actividad comercial. Basta con corroborar que el Estado, a través de cualquier tipo de organización, es el titular de la gestión del medio de producción y provee directamente un bien que satisface a los consumidores.
46. Así, sobre la definición de empresa, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, cuya posición comparte esta Sala, ha señalado en el Asunto *Höfner* que aquella refiere a "*Cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación*"<sup>18</sup>. En el mismo sentido, el profesor Whish, haciendo mención al mismo procedimiento, sostiene que la acepción de la actividad empresarial es comprensiva de las "*Empresas estatales (...) al igual que otros sujetos a los que se les ha encomendado tareas particulares y entidades cuasi-gubernamentales que desarrollan actividades económicas*"<sup>19 20</sup>.

<sup>16</sup> En la Resolución 1382-2007/TDC-INDECOPI del 6 de agosto de 2007, la Sala de Defensa de la Competencia señaló que el hecho que la Asociación Católica Educativa Hogar de Cristo cumpliera un rol humanitario no lucrativo no constituía un obstáculo para que se considere que realiza actividad empresarial y, por consiguiente, se encuentra sujeta al sistema concursal. En dicho pronunciamiento se indicó lo siguiente:

*"Si bien el Hogar de Cristo es una persona jurídica que no tiene fines lucrativos sino de índole humanitaria y asistencial, en cumplimiento de tales objetivos dicha institución realiza actividades empresariales en el mercado y, por tanto, es susceptible de ser sujeto de crédito y endeudamiento. En tal sentido, el Hogar de Cristo es sujeto pasible de ser sometido a concurso en los términos establecidos por la Ley General del Sistema Concursal y le son de aplicación las normas establecidas en dicho cuerpo legal."*

<sup>17</sup> Cfr. MAILLO GONZÁLEZ-ORÚS, Jerónimo. "*Servicios de Interés General y Artículo 86 del Tratado CE: Una visión evolutiva*". Madrid: Instituto de Estudios Europeos, N° 1, junio de 2005. (Texto completo accesible en: <http://www.idee.ceu.es/access.php?file=/secure/docs/publicaciones/Documentos Trabajo/Jero%20competencia%201-0511.pdf>, página web visitada el 11 de febrero de 2010).

<sup>18</sup> Sentencia del 23 de abril de 1993 (Asunto *Höfner y Elser*). Ver también Sentencia emitida por el mismo colegio el 30 de abril de 1985 en el Asunto *BNIC y Clair*, en la cual se determinó que el estatuto de creación público de un colegio profesional no obstaba para que algunas de sus actividades califiquen como empresariales y, por tanto, se encuentren sujetas a la aplicación del Derecho de la Competencia.

<sup>19</sup> WHISH, Richard. "*Competition Law*". Londres: LexisNexis, 5ta. Edición, 2003, p. 82.

<sup>20</sup> No solo los tribunales comunitarios han adoptado este criterio amplio de actividad empresarial. Por ejemplo, en 1996, la Sala de lo Civil de Düsseldorf (Alemania) consideró que la actuación que desempeñaba una escuela municipal impartiendo enseñanza era una actuación eminentemente empresarial, de manera que la Administración



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

47. Esta idea es recogida por el propio artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, que en su texto precisa que son dos los tipos de sujetos que pueden infringir el mandato de subsidiariedad económica: de un lado, las empresas estatales; y, de otro lado, las entidades de la Administración Pública que desarrollan actividad empresarial.
48. Así, dentro del rubro de empresas públicas o estatales, se encuentran todas aquellas entidades bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado – FONAFE que desarrollen su actividad bajo alguna de las tres modalidades previstas en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1031 –Ley que promueve la eficiencia de la Actividad Empresarial del Estado.<sup>21</sup>
49. Por su parte, la actividad empresarial o comercial desarrollada por las entidades públicas se encuentra bajo el ámbito de aplicación del Decreto Supremo 088-2001-PCM<sup>22</sup>, con excepción de las actividades empresariales realizadas por los gobiernos locales, sus empresas y sus organismos

Pública también podía ser un agente económico cuya conducta se encuentra sometida a las reglas de leal competencia del mercado. Para un mayor detalle del caso véase: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. "La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos". En: *Revista de Derecho Mercantil*, N° 239, 2001, pp. 265-266.

<sup>21</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1031, Artículo 2.-** Ámbito de aplicación.- Las disposiciones del presente Decreto Legislativo y su Reglamento son aplicables a las Empresas del Estado bajo el ámbito del Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado - FONAFE.  
El presente Decreto Legislativo y su Reglamento se aplican prioritariamente sobre otras disposiciones legales de igual o menor rango que resulten aplicables al caso concreto.

**Artículo 4.-** Formas en que se desarrolla la Actividad Empresarial del Estado.- La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla bajo alguna de las siguientes formas:

4.1 **Empresas del Estado de accionariado único:** Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas en las que el Estado ostenta la propiedad total de las acciones y, por tanto, ejerce el control íntegro de su Junta General de Accionistas.

4.2 **Empresas del Estado con accionariado privado:** Empresas organizadas bajo la forma de sociedades anónimas, en las que el Estado ostenta la propiedad mayoritaria de las acciones y, por tanto, ejerce el control mayoritario de su Junta General de Accionistas, existiendo accionistas minoritarios no vinculados al Estado.

4.3 **Empresas del Estado con potestades públicas:** Empresas de propiedad estatal cuya ley de creación les otorga potestades de derecho público para el ejercicio de sus funciones. Se organizan bajo la forma que disponga su ley de creación.

El accionariado estatal minoritario en empresas privadas no constituye Actividad Empresarial del Estado y se sujeta a las disposiciones de la Ley General de Sociedades y demás normas aplicables a tales empresas.

<sup>22</sup> **DECRETO SUPREMO 088-2001-PCM, Artículo 1.-** Para desarrollar actividades de comercialización de bienes y servicios y efectuar los cobros correspondientes a los ciudadanos, las Entidades del Sector Público requieren contar con autorización de Ley expresa. El Titular de la Entidad correspondiente cautela que dichas actividades se sujeten a las limitaciones y condiciones impuestas por la Constitución y la Ley que autoriza su desarrollo.

**Artículo 9.-** No se encuentran comprendidas en lo dispuesto por el presente Decreto Supremo, los Gobiernos Locales, sus empresas y sus organismos públicos descentralizados, ni las empresas o entidades que se encuentran bajo el ámbito del FONAFE.

**Artículo 10.-** Para efectos de lo establecido en el presente dispositivo, se entiende por "Actividades Comerciales", la venta o alquiler de bienes o servicios que no son suministrados en exclusividad por las Entidades del Sector Público, independientemente de que sean o no producidos por la misma Entidad, y que generalmente se brinda en condiciones de competencia con el sector privado.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

públicos descentralizados, las cuales se encuentran reguladas bajo el artículo 35 de la Ley 27972 –Ley Orgánica de Municipalidades<sup>23</sup>.

50. Vista la definición de actividad empresarial estatal y sus dos posibles manifestaciones, se analizará a continuación cada uno de los requisitos habilitantes exigidos por el artículo 60 de la Constitución.

III.1.2.2 La actividad empresarial del Estado debe estar habilitada por ley expresa

51. El primer requisito de licitud previsto en el artículo 60 de la Constitución es de tipo formal y exige que la realización de la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por "ley expresa". Para una cabal comprensión de este requisito se debe determinar, en primer lugar, a qué instrumento normativo se refiere la carta fundamental, esto es, si la mención a "ley" puede entenderse en sentido amplio o restringido. En segundo lugar, y una vez delimitado qué refiere la Constitución por "ley", es preciso establecer qué se entiende por la característica de "expresa".
52. Para el caso de la actividad empresarial desarrollada a través de empresas públicas, no existe duda que la ley autoritativa que exige el texto constitucional se refiere a una ley aprobada por el Congreso de la República. En efecto, el artículo 3 del Decreto Legislativo 1031 exige la reserva de ley absoluta, pues establece que la actuación subsidiaria de las unidades económicas bajo el ámbito de FONAFE se desarrolla "*autorizada por Ley del Congreso de la República*"<sup>24</sup>.
53. Por consiguiente, una empresa pública incumplirá el requisito formal impuesto por el artículo 60 de la Constitución si desempeña sus actividades económicas bajo la habilitación de una disposición de rango reglamentario o incluso bajo la habilitación de una norma que, siendo de rango legal,

<sup>23</sup> LEY 27972, ARTÍCULO 35.- ACTIVIDAD EMPRESARIAL MUNICIPAL.- Las empresas municipales son creadas por ley, a iniciativa de los gobiernos locales con acuerdo del concejo municipal con el voto favorable de más de la mitad del número legal de regidores. Dichas empresas adoptan cualquiera de las modalidades previstas por la legislación que regula la actividad empresarial y su objeto es la prestación de servicios públicos municipales. En esta materia, las municipalidades pueden celebrar convenios de asesoría y financiamiento con las instituciones nacionales de promoción de la inversión.

Los criterios de dicha actividad empresarial tendrán en cuenta el principio de subsidiariedad del Estado y estimularán la inversión privada creando un entorno favorable para ésta. En ningún caso podrán constituir competencia desleal para el sector privado ni proveer de bienes y servicios al propio municipio en una relación comercial directa y exclusiva.

El control de las empresas municipales se rige por las normas de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

<sup>24</sup> DECRETO LEGISLATIVO 1031, Artículo 3.- Ámbito de la Actividad Empresarial del Estado.- La Actividad Empresarial del Estado se desarrolla en forma subsidiaria, autorizada por Ley del Congreso de la República y sustentada en razón del alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, en cualquier sector económico, sin que ello implique una reserva exclusiva a favor del Estado o se impida el acceso de la inversión privada.

Las Empresas del Estado se rigen por las normas de la Actividad Empresarial del Estado y de los Sistemas Administrativos del Estado, en cuanto sean aplicables, y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil. (subrayado agregado)

constituye un instrumento distinto al expedido por el Parlamento (v.g. Decreto Legislativo, Decreto de Urgencia, Ordenanza Regional, etcétera).

54. Para el caso de la actividad empresarial desarrollada por cualquier entidad estatal fuera del ámbito de FONAFE –entidades del sector público sujetas al Decreto Supremo 088-2001-PCM, así como gobiernos locales, sus empresas y organismos públicos descentralizados bajo el ámbito de la Ley 27972– no existe regulación que precise qué debe entenderse por “ley”.
55. No obstante, existen varias razones que justifican que la interpretación más adecuada del referido requisito sea que la autorización de la actividad empresarial de las entidades estatales se encuentre sometida a la expedición de una ley aprobada por el parlamento.
56. Una primera razón que respalda esta interpretación es que el propio Tribunal Constitucional, en el fundamento jurídico 31 de su Sentencia del 15 de febrero de 2005, correspondiente al Expediente 0034-2004-PI/TC, manifestó que “*el artículo 60 de la Ley Fundamental establece una reserva de ley absoluta*”. Es decir, para el supremo intérprete de la Constitución, su artículo 60 no se refiere a cualquier dispositivo de rango legal sino que debe entenderse exclusivamente como una ley aprobada por el Poder Legislativo.
57. En segundo lugar, porque cualquier tipo de actividad empresarial desarrollada por el Estado –sea a través de empresas públicas o entidades estatales– importa, por definición, una intervención excepcional en el mercado que es contraria a derechos y principios constitucionales que inspiran el modelo económico, en especial, a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa.
58. Al significar la imposición de una restricción a principios y derechos fundamentales, las reglas de interpretación constitucional reconocidas por el Tribunal Constitucional exigen que el concepto “ley” se entienda de manera restrictiva<sup>25</sup>. En ese sentido, la autorización por “ley” se refiere a que solo puede ser emitida por el parlamento, en su condición de órgano representativo de los titulares de los derechos que serán limitados. La doctrina extranjera y nacional es mayoritaria en ese sentido<sup>26</sup>, pues sostiene

<sup>25</sup> Este método de interpretación constitucional se denomina “*pro homine*” o “*favor libertatis*”, que de acuerdo con el Tribunal Constitucional, en la Sentencia del 29 de enero de 2003 recaída en el Exp. 0795-2002-AA/TC, “[es aquel principio] según el cual, ante eventuales diferentes interpretaciones de un dispositivo, se debe optar por la que conduzca a una mejor protección de los derechos fundamentales, descartando así las que restrinjan o limiten su ejercicio”. Según Marcial Rubio, el “*principio pro homine*” conduce a interpretar restrictivamente las restricciones a los derechos y a interpretar extensivamente los derechos constitucionales para darles mayor protección. Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. “*La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica, 2005, p. 369.

<sup>26</sup> Ver, entre otros: MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián. “*Derecho Administrativo Económico*”. Madrid: La Ley, pp. 157 y ss.; GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “*La Constitución comentada*”. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 842; GUZMÁN NAPURÍ, Christian. “*Introducción al Derecho Público Económico*”. Lima: Editorial Caballero Bustamante, 2009.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

que una autoridad pública distinta al poder constituido no puede restringir los derechos fundamentales de los ciudadanos.

59. El propio Tribunal Constitucional ha seguido este criterio para el caso de la imposición de limitaciones sobre otros derechos fundamentales de corte económico. Así, en el caso del derecho de propiedad, el tribunal ha sostenido que la declaración por ley que el texto constitucional exige para el ejercicio de la potestad expropiatoria, pese a no referir si se trata de ley en sentido formal o material, debe ser entendida en el sentido de ley aprobada por el Congreso de la República<sup>27</sup>.
60. Una tercera razón que justifica que la lectura de "ley" sea restrictiva radica en que, así sea el titular del medio de producción una empresa pública propiamente dicha o una entidad estatal, igual se presenta un mismo supuesto de hecho: el desarrollo de una actividad empresarial por parte del Estado. Por ello, ante la constatación de una similar situación jurídica no existe justificación alguna para un tratamiento diferenciado que relaje el requisito que sí es exigido expresamente a las empresas públicas bajo el ámbito de FONAFE. La entidad pública, al igual que una empresa estatal, debe de obtener una autorización para su actividad a través de una ley del Congreso de la República.
61. Otra razón que respalda que sea una ley del parlamento la que autorice la actividad empresarial de las entidades del sector público radica en reducir los márgenes de discrecionalidad y oportunidad política de los funcionarios del gobierno. En efecto, si se va a adoptar una decisión tan excepcional –como lo es la participación del Estado como empresario–, el mejor mecanismo para asegurar que esta intervención sobre los derechos y principios constitucionales no sea arbitraria, es que sea el ente político que representa las distintas posiciones de la sociedad (poder constituido con representatividad nacional), el que adopte dicha decisión, evitándose así una intervención discrecional librada a la voluntad de autoridades no representativas.
62. Esta interpretación es coherente con el tercero de los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución, conforme al cual se exige que la autorización otorgada al Estado para desarrollar una actividad económica responda a un objetivo de "alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional". Tanto el elevado interés público como la conveniencia para los fines de la nación son aspectos que requieren de una evaluación que no debe ser adoptada por cualquier autoridad pública (v.g. una autoridad sectorial del Poder Ejecutivo),

27

Para una revisión de cómo ha evolucionado la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional en este respecto ver: PASQUEL RODRÍGUEZ, Enrique y Omar ALVARADO ESCOBAR. "Nadie sabe para quién trabaja. La propiedad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: "Constitución, economía y empresa en el Perú". DONAYRE MONTESINOS, Christian (Comp.). Lima: UPC, 2010.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

siendo el mecanismo más agravado de aprobación de leyes, cuál es el parlamentario, el más idóneo para asegurar que esta medida excepcional y de *ultima ratio* represente realmente la voluntad nacional.

63. Por consiguiente, dado que conceptos como interés público o conveniencia para los fines del Estado deben ser discutidos y definidos por el Congreso, en calidad de órgano legitimado para representar los intereses de la nación, es que la exigencia de "ley" recogida en el artículo 60 de la Constitución se entiende como aquella ley producto del debate político realizado en el parlamento.
64. En conclusión, la exigencia de **autorización por ley solo cabe interpretarla como autorización contenida en una ley expedida por el Congreso de la República**, siendo esta regla aplicable tanto para las empresas públicas dentro del ámbito de FONAFE, como para el caso de las actividades empresariales desarrolladas por cualquier entidad estatal, gobiernos locales, y empresas y organismos públicos descentralizados adscritos a estas unidades de gobiernos<sup>28</sup>.
65. Delimitado el alcance del término "ley" al que se refiere la Constitución, es preciso establecer qué se entiende por la característica de "expresa".
66. En el lenguaje común, expreso significa "claro y patente"<sup>29</sup>. Esta Sala considera que, tal como lo ha señalado en el numeral 30, si por "actividad empresarial" se entiende toda actuación dirigida a la producción, distribución, desarrollo o intercambio de bienes o servicios de cualquier índole, entonces la ley debe establecer de manera clara y patente que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada ya sea para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios. Hay que resaltar, sin embargo, que expreso no quiere decir literal. Por ello, no es necesario que la ley establezca textualmente que se habilita a realizar "actividad empresarial".
67. Esta Sala también interpreta que la ley debe establecer expresamente el rubro en el cual puede desarrollarse la actividad empresarial. Una vez definido este rubro, no se podrá extender la autorización a otros rubros similares por aplicación analógica de la norma.

<sup>28</sup> Con esta conclusión se descarta aquella posición de cierto sector de la doctrina que considera que los gobiernos regionales y locales tienen la potestad de crear empresas a través de sus ordenanzas. En efecto, la Sala considera que de una adecuada lectura de los artículos 15 literal j) de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y 35 de la Ley Orgánica de Municipalidades únicamente se concluye que las unidades de gobierno tienen la potestad de proponer la creación de empresas, no así crearlas vía sus propios instrumentos normativos.

<sup>29</sup> **expreso, sa.**  
(Del lat. *expressus*, part. de *exprimere*).  
adj. Claro, patente, especificado.  
(...)  
Consultado en [http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO\\_BUS=3&LEMA=expreso](http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=expreso) (página web visitada el 19 de agosto de 2010)





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

68. Asimismo, cuando se establece que pueden realizarse actividades complementarias o conexas a las expresamente señaladas o, más aún, cuando la autorización indica la facultad de realizar todas aquellas actividades necesarias para el cumplimiento de los fines para los cuales se autorizó el desarrollo de la actividad empresarial, se considerará con especial cuidado las principales funciones u objetivos que debe cumplir la empresa estatal de acuerdo a la ley respectiva, definiendo su ámbito de operaciones según las razones de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que la sustentan.
69. Desarrollados los alcances del primer requisito establecido en el artículo 60 de la Constitución, se analizará a continuación el contenido de la siguiente exigencia prevista en la norma constitucional, que consiste en determinar que la actividad empresarial sea de carácter subsidiario.

### III.1.2.3 La actividad empresarial del Estado debe ser subsidiaria

#### III.1.2.3.1 Marco legal y técnico de análisis

70. Por subsidiariedad debe entenderse aquella circunstancia en la cual la intervención empresarial del Estado es excepcionalmente tolerada debido a que no existe oferta privada o esta es insuficiente para satisfacer las necesidades de un determinado sector de consumidores. Por tanto, no habrá rol subsidiario si es que se comprueba la existencia de oferta real o potencial provista por los privados, en tanto sea capaz de cubrir la demanda de un determinado mercado relevante.
71. En la normativa especial de competencia desleal no se ha previsto una metodología para la evaluación de la subsidiariedad económica de la participación del Estado como proveedor de bienes y servicios en los mercados. No obstante, existen otros dispositivos que sí establecen determinadas pautas para el análisis de esta condición y que sirven como importantes referentes para esta Sala.
72. Así, el artículo 4 del Decreto Supremo 034-2001-PCM que establece los procedimientos mediante los cuales FONAFE debe delimitar y autorizar el desarrollo de las empresas públicas bajo su ámbito<sup>30</sup>, así como la Segunda

<sup>30</sup> DECRETO SUPREMO 034-2001-PCM, Artículo 4.- En la delimitación del alcance de la actividad empresarial que con carácter subsidiario desarrolla el Estado, FONAFE deberá tomar en cuenta lo siguiente:

a) las condiciones de competencia en el mercado;

b) la situación de la oferta privada en la provisión y/o prestación de los bienes y/o servicios de que se trate;

c) la subsistencia de un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para el suministro de los bienes y/o servicios. Estas condiciones sólo se verifican con la existencia de la Ley que autoriza la(s) actividad(es) que desarrollan las empresas bajo el ámbito de FONAFE o con el desarrollo de actividades de servicio público y/o explotación de infraestructura pública.

FONAFE podrá solicitar un informe al INDECOPI y al titular del sector al que se encuentra adscrita la empresa de que se trate.

Dichas entidades, dentro del ámbito de sus funciones, deberán emitir un informe en un plazo no mayor de sesenta (60) días a partir de la fecha de presentación de la solicitud. (subrayado agregado)

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 011-2002-PCM)



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

Disposición Final del Decreto Supremo 030-2002-PCM por el cual se aprobó el Reglamento de la Ley Marco de Modernización de la Gestión del Estado – aplicable a las instituciones y entidades de la Administración Pública Central<sup>31</sup>–, establecen una idéntica metodología a partir de la cual se debe llevar a cabo el análisis de subsidiariedad de las entidades bajo su ámbito. Dichas normas señalan que se deberán tomar en cuenta “*las condiciones de competencia en el mercado*”, así como “*la situación de la oferta privada en la provisión y/o prestación de los bienes y/o servicios de que se trate*”.

73. La Sala considera que, ante la falta de una metodología específica enunciada en el Decreto Legislativo 1044, los criterios económicos enunciados coincidentemente en el Decreto Supremo 034-2001-PCM y el Decreto Supremo 030-2002-PCM, constituyen las pautas técnicas a partir de las cuales se debe realizar la evaluación de la subsidiariedad de cualquier tipo de actividad económica desarrollada por el Estado.
74. Asimismo, cabe agregar que el INDECOPI, a través de su Gerencia de Estudios Económicos, ha expedido en años anteriores diversos informes en los cuales desarrolló un amplio marco teórico económico para el análisis del requisito de subsidiariedad<sup>32</sup>, en el cual precisamente utilizó como pautas de evaluación de la condición de subsidiariedad económica los criterios expresamente consignados en las normas reglamentarias señaladas en los tres párrafos que anteceden, profundizando en su contenido. Tales informes de la GEE constituyen importantes referentes técnicos que han sido tomados en consideración para elaborar la metodología de investigación que se desarrolla a continuación.

<sup>31</sup> DECRETO SUPREMO 030-2002-PCM. Segunda Disposición Final.- Rol subsidiario de instituciones y entidades de la Administración Pública Central.- La Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros podrá solicitar informes al INDECOPI, sobre el rol subsidiario de las instituciones y entidades de la Administración Pública Central, que brinden servicios contra una contraprestación específica, a cargo de los ciudadanos usuarios de los mismos.

Para realizar dichos informes, INDECOPI deberá tomar en cuenta lo siguiente:

- Las condiciones de competencia en el mercado.
- La situación de la oferta privada en la provisión y/o prestación de los bienes y/o servicios de que se trate.
- La subsistencia de un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional para el suministro de los bienes y/o servicios. Esta última condición solamente se verificará con la existencia de una ley específica; que expresamente autorice dichas actividades.

INDECOPI deberá remitir el informe requerido, dentro de los 10 días hábiles siguientes a la solicitud enviada por Secretaría de Gestión Pública de la Presidencia del Consejo de Ministros.  
(subrayado agregado)

<sup>32</sup> Entre otros informes en los que se evaluaron las condiciones para el desarrollo de actividades empresariales del Estado, la Gerencia de Estudios Económicos elaboró los siguientes: Informe 037-2001/GEE (Servicios Postales del Perú S.A. – SERPOST); Informe 038-2001/GEE (Transportes Aéreos Nacionales de la Selva – TANS); Informe 039-2001/GEE (Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A.); Informe 040-2001/GEE (Servicios Industriales de la Marina S.A. – SIMA PERÚ S.A.); Informe 023-2002/GEE (Perupetro); e, Informe 024-2002/GEE (COFIDE); Informe 106-2002/GEE (Banco de Materiales).



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

### III.1.2.3.2 Metodología de investigación

75. Delimitar el mercado relevante es el primer paso que el investigador debe efectuar para determinar si la empresa o entidad estatal cumple un rol subsidiario a la actividad privada.
76. Luego, el investigador procederá a analizar cuál es la oferta privada disponible y si ella puede atender la demanda que hoy atiende la empresa estatal. En caso que actualmente la oferta privada no pueda atender la demanda que cubre la empresa estatal, se debe analizar si dadas las barreras a la entrada del mercado en investigación, es posible que ingresen nuevos competidores que cumplan ese rol.

#### (i) Determinación del mercado relevante

77. La delimitación del mercado relevante es trascendental porque permitirá al investigador identificar cuáles son los competidores directos de la empresa estatal, de ser el caso que existan empresas privadas en el mercado.
78. Las normas de libre competencia contemplan una previsión legal que puede ser utilizada para nuestro análisis, pues define el concepto de mercado relevante. El artículo 6 del Decreto Legislativo 1034 –Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas– se refiere al mercado relevante de la forma siguiente:

*“6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.*

*6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.*

*6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.” (Subrayado agregado)*

#### (ii) Evaluación del carácter subsidiario de la empresa estatal

79. Una vez delimitado el mercado relevante, el investigador analizará el carácter subsidiario de la empresa estatal dependiendo del escenario que se presente, el cual estará definido por el número de participantes privados en el mercado.
80. Se puede distinguir tres escenarios:



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

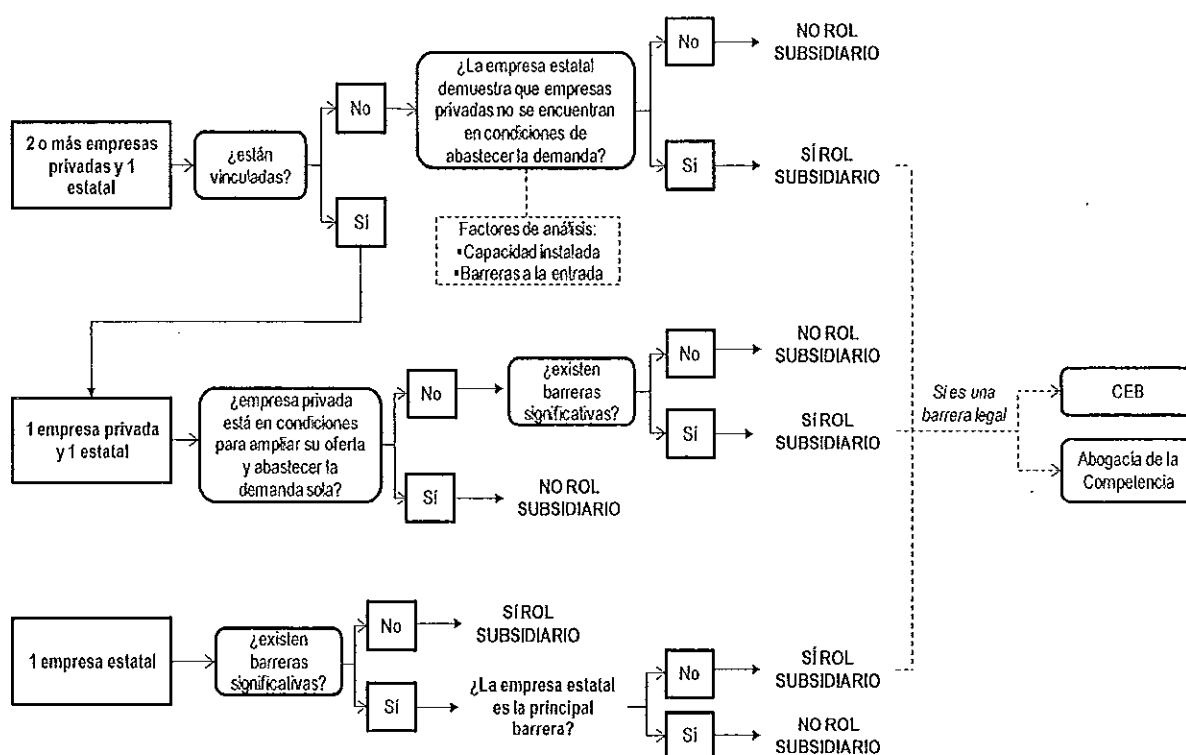
Escenario 1: existen dos o más empresas privadas no vinculadas y una empresa estatal.

Escenario 2: existe una empresa privada y una empresa estatal.

Escenario 3: solo existe una empresa estatal.

81. En el siguiente gráfico se aprecia el marco general de análisis que debe seguirse en cada uno de los escenarios antes mencionados.

Gráfico N° 1  
Marco general de análisis de los escenarios 1, 2 y 3



82. A continuación se describen los factores de evaluación y las consideraciones básicas que deben ser tomadas en cuenta en cada escenario.

Escenario 1: existen dos o más empresas privadas y una empresa estatal

83. Tal como se ha explicado en el punto 73, ante la falta de una metodología específica enunciada en el Decreto Legislativo 1044, los aspectos técnicos enunciados –entre otros cuerpos normativos– en el Decreto Supremo 034-2001-PCM, constituyen importantes criterios a tomar en cuenta para el análisis de subsidiariedad de la actividad empresarial desarrollada tanto por las empresas bajo el ámbito de FONAFE como por otras entidades estatales.

84. En ese sentido, siguiendo el criterio establecido en el artículo 3 del referido



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

decreto supremo<sup>33</sup>, cuando existan dos o más empresas privadas no vinculadas<sup>34</sup> establecidas en un mercado, se puede asumir, en calidad de

<sup>33</sup> **DECRETO SUPREMO 034-2001-PCM, Artículo 3.-** Queda prohibido el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado bajo cualquier forma empresarial en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente, en todo el territorio nacional o en la parte en donde atienden. Se presume, salvo demostración en contrario, que tal condición se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí.

La prohibición dispuesta por el párrafo precedente comprende también a aquellas empresas que pertenezcan mayoritaria o totalmente a los Sectores Defensa e Interior.

La prohibición contenida en el presente artículo no es aplicable a las empresas cuyos activos o acciones se encuentren dentro del proceso de promoción de la inversión privada, a cargo de COPRI.

La prohibición contenida en este artículo no será aplicable a las actividades que el Directorio de FONAFE determine específica e individualmente. En estos casos, el Directorio tomará en cuenta el aprovechamiento de la capacidad operativa de las empresas, pudiendo establecer limitaciones al incremento y/o renovación de dicha capacidad. (subrayado agregado)

(Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 011-2002-PCM)

<sup>34</sup> La Resolución SBS 445-2000 que aprobó las normas especiales sobre vinculación y grupo económico establece que la vinculación puede entenderse como la situación en la que las decisiones económicas de una empresa pueden repercutir en otra u otras empresas, de forma tal que cuando una empresa enfrente problemas económicos las otras también pueden verse afectadas. Asimismo, puede presumirse que existe vinculación entre personas naturales o jurídicas que tienen relaciones de propiedad y/o de gestión.

#### RESOLUCIÓN SBS 445-2000, Artículo 3.- Definición

Se entiende por vinculación por riesgo único a la relación entre dos o más personas naturales y/o jurídicas donde la situación financiera o económica de una persona repercute en la otra u otras personas, de tal manera, que cuando una de éstas tuviese problemas financieros o económicos, la otra u otras personas se podrían encontrar con dificultades para atender sus obligaciones.

Existe vinculación por riesgo único entre las personas jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico y, entre éstas y las personas naturales que ejercen el control de dicho grupo económico, según lo dispuesto en los Artículos 8 y 9 de la presente norma; así como en los demás casos en los que se cumpla con lo establecido en el párrafo anterior.

Asimismo, se presume que existe vinculación por riesgo único entre los cónyuges, entre las personas naturales y/o jurídicas que tienen relación de propiedad y/o de gestión de acuerdo con lo dispuesto en los Artículos 4 y 5 de la presente norma, salvo prueba en contrario.

#### Artículo 4.- Relaciones de propiedad

Existe relación de propiedad cuando las acciones o participaciones con derecho a voto que tiene en propiedad directa e indirecta una persona representan el 4% o más de las acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica. Asimismo, se considera que la relación de propiedad involucra a las personas a través de las cuales se tiene la referida propiedad indirecta.

Se considera que una persona tiene propiedad indirecta de una persona jurídica en los siguientes casos:

- Cuando el cónyuge o los parientes de una persona natural son propietarios de manera directa de acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica.
- Cuando una persona tiene propiedad sobre una persona jurídica a través de otra u otras personas jurídicas de acuerdo con lo señalado en el Anexo A de la presente norma.

#### Artículo 5.- Relaciones de gestión

Existen relaciones de gestión en los siguientes casos:

- Entre las personas naturales que ejercen el control de un grupo económico según lo dispuesto en el Artículo 8 de la presente norma.
- Entre el director, gerente, asesor o principal funcionario de una persona jurídica y el accionista o socio de esta última según lo establecido en el artículo anterior.
- Cuando una persona es destinataria final del financiamiento otorgado a otra persona.
- Cuando una persona es representada por otra persona.
- Entre personas jurídicas que tienen en común a directores, gerentes, asesores o principales funcionarios.
- Cuando de la documentación oficial de una persona jurídica se puede afirmar, que ésta actúa como división o departamento de otra persona jurídica.
- Entre personas jurídicas cuando exista dependencia comercial directa difícilmente sustituible en el corto plazo.
- Cuando las obligaciones de una persona son garantizadas o financiadas por otra persona siempre que no sea una empresa del sistema financiero.
- Cuando una misma garantía respalda obligaciones de dos o más personas o exista cesión de garantías entre ellas.
- Cuando los recursos para el desarrollo de las actividades de una persona jurídica provienen directa o indirectamente de otra persona jurídica.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

presunción legal relativa, que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada podrá ampliarse lo suficiente como para satisfacer la demanda del bien o servicio, por lo que queda prohibida la participación del aparato estatal. Así, de acuerdo con este dispositivo "salvo demostración en contrario, tal condición [oferta privada suficiente] se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí."

85. La presunción legal es relativa pues la existencia de dos empresas privadas no vinculadas no necesariamente asegura que haya oferta privada suficiente para satisfacer la demanda existente. Es por ello que la empresa o entidad estatal que procure destruir la presunción asume la carga de la prueba<sup>35</sup> de proporcionar a la autoridad de competencia evidencia suficiente que demuestre que las empresas privadas que participan en el mercado no cuentan con las condiciones necesarias para absorber la demanda que liberaría la empresa estatal en caso se retire del mercado. Es decir, la empresa estatal deberá determinar la capacidad de absorción de las empresas privadas, entendida como la diferencia entre la oferta potencial máxima (capacidad instalada) y la oferta actual (capacidad utilizada).

$$CA = \sum_{i=1}^n (CI_i - CU_i)$$

Donde:

CA = Capacidad de absorción de las empresas privadas existentes  
 CI<sub>i</sub> = Capacidad instalada de producción de la empresa i  
 CU<sub>i</sub> = Capacidad utilizada de producción de la empresa i

86. Una vez hallada la capacidad de absorción de las empresas privadas establecidas en el mercado, ésta se debe comparar con la demanda que liberaría la empresa estatal si se retira del mercado. A partir de dicha comparación se desprende que si la capacidad de absorción de las empresas privadas es menor que la demanda antes satisfecha por el Estado, se deberá seguir analizando el caso.

- k) Entre personas jurídicas que tienen accionistas o socios comunes que tienen la posibilidad de designar, vetar o destituir a, por lo menos, un miembro del directorio u órgano equivalente de dichas personas.
- l) Entre una persona y una persona jurídica cuando la primera sea director, gerente, asesor o principal funcionario de la segunda o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.
- m) Entre una persona y un grupo económico cuando la primera sea director o gerente de una persona jurídica perteneciente a dicho grupo económico o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.
- n) La Superintendencia podrá presumir la existencia de relaciones de gestión entre personas naturales y/o jurídicas por el volumen, periodicidad o demás condiciones de las operaciones entre ellas, salvo prueba en contrario.

35

CÓDIGO PROCESAL CIVIL, Artículo 279.- Cuando la ley presume una conclusión con carácter relativo, la carga de la prueba se invierte en favor del beneficiario de tal presunción. Empero, éste ha de acreditar la realidad del hecho que a ella le sirve de presupuesto, de ser el caso.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

**Cuadro N° 1**  
**Posibles conclusiones a partir del análisis de la capacidad de absorción de las empresas privadas**

Capacidad de absorción $\geq$ Demanda liberada	➔	No rol subsidiario
Capacidad de absorción $<$ Demanda liberada	➔	Continuar con el análisis

87. Es decir, si por ejemplo la actividad empresarial estatal satisfacía una demanda a la cual asignaremos arbitrariamente el valor de 10 y ésta se retira, se deberá verificar si la capacidad instalada no utilizada por las empresas privadas le permite satisfacer una demanda de 10.
88. Esta metodología puede resultar complicada de implementar, dado que se necesita contar con información estadística sobre la capacidad instalada o potencial de las empresas privadas, la cual, dependiendo del tipo de mercado en análisis, es difícil de determinar. Atendiendo a esta circunstancia, se pueden utilizar indicadores indirectos relacionados a la capacidad instalada de las empresas, como: la situación de los activos fijos que posee la empresa, la capacidad de procesamiento de materias primas, la capacidad de la red de distribución del bien o servicio, la participación en el mercado analizado, entre otros.
89. Si las empresas privadas no pueden cubrir la posible demanda liberada por la estatal en caso se retire del mercado, la empresa o entidad estatal tiene la carga de probar que existen barreras a la entrada que impiden el ingreso de nuevos competidores que cubran la demanda que hoy ella cubre. Esto es así pues si las barreras son bajas, existen proveedores potenciales que podrían ingresar al mercado y satisfacer la demanda liberada. Solo si las barreras a la entrada son sustantivas la actividad estatal sería subsidiaria.
90. Se pueden identificar hasta tres tipos de barreras: (i) legales y/o administrativas; (ii) estructurales; y, (iii) de conducta o estratégicas.
91. Las primeras se refieren a las barreras derivadas de las medidas de política pública y del marco legal de la industria que pueden afectar de manera directa o indirecta a las empresas.
92. El siguiente grupo de barreras engloba a aquellas de carácter económico, las cuales nacen de las características fundamentales de la propia industria (tecnología y costos). Por ejemplo, el caso de los costos hundidos y el caso de las economías de escala y de alcance.
93. Finalmente, las barreras de conducta o estratégicas son las generadas por el comportamiento de las propias empresas que compiten actualmente en el mercado investigado, o de las empresas que no están establecidas en el mercado pero desde fuera pueden influir en sus condiciones de competencia.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC-1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

Una barrera de este tipo podría ser, por ejemplo, la existencia de acuerdos verticales de exclusividad.

94. Debe señalarse que no todas las barreras logran evitar definitivamente el ingreso de nuevos actores al mercado. Por el contrario, muchas de éstas representan tan solo la dificultad común que cualquier empresa debe enfrentar para entrar al mercado y que, en la mayoría de casos, pueden ser superadas. Sin embargo, existen otras que efectivamente disuaden la entrada de nuevos competidores, como es el caso de ciertas barreras legales, que llegan a ser tan significativas que en efecto logran evitar que una nueva empresa entre a operar en el mercado. Por ejemplo, marcos regulatorios y sistemas de otorgamiento de licencias y permisos muy estrictos.
95. Si bien ni la Comisión ni la Sala cuentan con la potestad de remover las trabas legales que impiden el acceso de potenciales competidores en el marco de un procedimiento por presuntas infracciones a las normas de competencia desleal, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas sí cuenta con la posibilidad de eliminar cierto grupo de exigencias legales que limitan el acceso de los privados al mercado relevante en que opera la entidad estatal<sup>36</sup>, de conformidad con los artículos 23 del Decreto Legislativo 1033 –Ley de Organización y Funciones del Indecopi– y el vigente artículo 26BIS del derogado Decreto Ley 25868<sup>37</sup>.
96. Por consiguiente, una vez que se expida un pronunciamiento definitivo que resuelva la denuncia por el presunto desarrollo de la actividad empresarial estatal no subsidiaria, si la autoridad en materia de competencia desleal ha identificado una o más barreras burocráticas contenidas en alguno de los instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentra en la potestad de analizar y remover, deberá remitir los actuados a dicho órgano funcional, a efectos de que se analice la

<sup>36</sup> LEY 28996, Artículo 2.- Definición de barreras burocráticas.- Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado.

<sup>37</sup> DECRETO LEGISLATIVO 1033, Artículo 23.- De la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.- Corresponde a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas aplicar las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y empresas, y velar por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

DECRETO LEY 25868, Artículo 26 BIS.- La Comisión de Acceso al Mercado es competente para conocer sobre actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N°s. 283, 668, 757, el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N° 25035, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en su Artículo 2, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

pertinencia de iniciar un procedimiento de oficio por imposición de presuntas barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Ello, sin perjuicio del derecho que asiste al particular de formular una denuncia e iniciar un procedimiento de parte ante dicha Comisión.

97. Y si la barrera que impide el acceso al mercado se encuentra contemplada en una disposición legal que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no se encuentra facultada a analizar (v.g. leyes del parlamento, decretos legislativos, decretos de urgencia), la función que debe asumir la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal consiste en emitir una opinión a través de la cual exhorte o recomiende a las autoridades legislativas o administrativas que adopten las medidas para remover las barreras legales y promover así la leal competencia. Esta atribución se denomina "abogacía de la competencia" o "promoción de la competencia", y se encuentra recogida en el artículo 25 literal g) del Decreto Legislativo 1044<sup>38</sup>.
98. Cabe precisar que si la barrera legal no puede ser eliminada por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, el particular tiene expedito su derecho para removerla con efectos generales vía un proceso de inconstitucionalidad<sup>39</sup> o, inclusive, conseguir su inaplicación a su caso concreto vía un amparo contra normas autoaplicativas<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> DECRETO LEGISLATIVO 1044, Artículo 25.- La Comisión.-

(...)

25.2.- Son atribuciones de la Comisión:

(...)

g) En sus procedimientos, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que aseguren la leal competencia; y,

(...)

<sup>39</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, Artículo 200.- Son garantías constitucionales.-

(...)

3. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

(...)

Artículo 204.- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto.

No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

<sup>40</sup> CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL, Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas.-

Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

99. Cabe resaltar que si las empresas privadas que participan en el mercado con la empresa o entidad estatal son vinculadas, en realidad el mercado se encuentra conformado por solo dos actores: un agente privado y uno público. En esos casos, el investigador deberá realizar un análisis como el que se describe a continuación.

Escenario 2: existe una empresa privada y una empresa estatal

100. En este caso no opera la presunción de oferta privada suficiente, dado que, a diferencia del escenario 1, no existe una disposición legal que así disponga. En ese sentido, la empresa o entidad estatal no asume la carga de la prueba, siendo el denunciante y el órgano instructor quienes deberán proporcionar las evidencias que permitan concluir que la actuación estatal no es subsidiaria.
101. Como primer paso se deberá analizar la situación de la oferta privada en la provisión de bienes o prestación de servicios en el mercado relevante antes identificado. Esto es, determinar si la oferta privada disponible puede cubrir la demanda de dicho bien o servicio en su totalidad.
102. En esta línea, el órgano investigador deberá evaluar si la empresa privada se encuentra en condiciones de cubrir de manera inmediata la demanda que eventualmente libere la empresa estatal. La metodología para demostrar que la empresa privada cuenta con las condiciones necesarias para ampliar su capacidad instalada y cubrir la demanda liberada por la estatal deberá seguir los lineamientos ya explicados en el Escenario 1.
103. Si luego de aplicar esta metodología el órgano instructor concluye que la oferta privada actualmente no puede cubrir la demanda liberada por la empresa estatal, el investigador procederá a analizar las barreras de acceso al mercado relevante para definir la posibilidad de competencia privada potencial. En este sentido, como en el escenario anterior, se deberán evaluar las barreras a la entrada de la industria, puesto que son pieza clave para medir el grado de competencia a futuro.
104. De no existir barreras significativas, se concluirá que la empresa estatal no cumple un rol subsidiario en tanto existan empresas que podrían ingresar al mercado en el corto plazo. De observar que existen barreras significativas en el mercado, el investigador concluirá que la presencia estatal en el mercado investigado es subsidiaria.
105. En caso que las barreras identificadas sean de fuente legal se cuenta con dos opciones, conforme se explicó en el apartado anterior (*Escenario 1*). Si la

---

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

barrera legal está contenida en un instrumento que puede ser analizado y removido por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, se deberá derivar el caso a dicho órgano funcional a fin de que analice la pertinencia de iniciar un procedimiento de oficio por imposición de presuntas barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. En cambio, si la barrera que impide el acceso al mercado se encuentra contemplada en una disposición legal que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no se encuentra facultada a analizar, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal debe ejercer la atribución denominada de "abogacía de la competencia"; sin perjuicio de que el particular pueda activar otros mecanismos legales a través de los cuales se puede lograr la remoción de la barrera.

Escenario 3: solo existe una empresa estatal en el mercado

106. En este escenario es claro que no existe oferta privada disponible en la actualidad que abastezca la demanda del mercado, por lo que realizar un análisis de las barreras a la entrada es absolutamente relevante debido a que el objetivo en este escenario es evaluar si existe la posibilidad de que el sector privado pueda proveer el bien o servicio bajo las mismas condiciones en que lo hace la empresa estatal actualmente.
107. De esta manera, si una vez analizado el mercado relevante se determina que no existen barreras a la entrada significativas que expliquen la ausencia actual de agentes privados, el motivo más plausible es que el sector privado no se encuentra interesado en incursionar en dicho mercado pese a poder hacerlo, por lo que se concluirá que la empresa estatal cumple un rol subsidiario.
108. Es preciso anotar que este escenario es diferente a los planteados en los dos apartados anteriores. En los escenarios 1 y 2 la sola participación de algún agente privado que concurre con la empresa pública evidencia que la actividad es rentable para los privados y, por tanto, las bajas barreras a la entrada permitirían el ingreso de nuevas empresas que puedan absorber en su conjunto la totalidad de la demanda, determinando así que la actuación empresarial estatal sea no subsidiaria.
109. En cambio, en el escenario 3, la ausencia de participación de agentes privados pese a no existir barreras a la entrada significativas, evidencia que al menos en el corto plazo el mercado no resulta atractivo ni rentable para los particulares, con lo cual la empresa o entidad pública cumplen un rol importante, al satisfacer una demanda que de otra manera se vería desatendida.
110. Por otro lado, si se determina que existen barreras significativas, el investigador procederá a definir si la propia existencia de la empresa o



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

entidad estatal en el mercado es la que desincentiva la entrada de competidores privados. Esto es, si la sola presencia del Estado es disuasiva debido a su alta capacidad de respuesta inmediata frente al ingreso de un nuevo competidor. Por ejemplo, frente a una amenaza de entrada de una empresa privada en el mercado, la entidad estatal puede llevar a cabo una estrategia de reducción de precios –a través de un mecanismo de subsidios– que atentaría contra la rentabilidad de la posible firma privada entrante, con lo cual su ingreso al mercado se ve finalmente disuadido.

111. En tanto se determine que la presencia de la empresa estatal es la barrera que disuade a una empresa privada ingresar al mercado a competir, se concluye que la actividad estatal en dicho mercado no es subsidiaria. En esos casos, se deberá remover la empresa pública, pues su sola existencia impide que los potenciales ofertantes privados accedan a dicho segmento.
112. Caso contrario, el investigador concluirá que actualmente y mientras la barrera no sea removida, la empresa o entidad estatal cumple con desarrollar un rol empresarial subsidiario. Así pues, tal como se explicó en el escenario 1, si existen altas barreras legales y éstas se encuentran contenidas en alguno de los instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas puede analizar, esta última se encuentra en la potestad de remover dichas barreras. Sin embargo, si la barrera que impide el acceso al mercado no se encuentra contemplada en una disposición legal que el órgano antes mencionado se encuentra facultado a eliminar, la función que debe asumir la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal consiste en emitir una opinión a través de la cual exhorte a las autoridades pertinentes que adopten las medidas para remover dichas barreras y promover así la leal competencia.
113. En conclusión, si es que no existe la posibilidad de que el bien o servicio sea provisto por un privado, la actividad empresarial desarrollada por el Estado cumple un rol subsidiario que habilita su participación en el mercado, siempre y cuanto cumpla con el requisito de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional que se analizará a continuación.

#### III.1.2.4 La actividad empresarial debe responder a un alto interés público o a una manifiesta conveniencia nacional

114. El tercer requisito previsto en el artículo 60 de la Constitución es el objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional que debe sustentar la autorización para que el Estado desarrolle actividad empresarial.
115. Tanto el "interés público" como la "conveniencia nacional" son conceptos jurídicos indeterminados que no han sido definidos por la Constitución".

<sup>41</sup> En la Sentencia del 5 de julio de 2004, correspondiente al Expediente 0090-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional reconoció que el concepto de interés público es "aquellos que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

Como bien señala el profesor Rubio, ambas categorías no tienen significado específico en el Derecho Constitucional, pero por su formulación altisonante claramente evidencian la intención de que sólo en casos muy excepcionales, en los cuales probadamente se proporcione un bien público que tenga beneficiarios indeterminados, se deberá autorizar la existencia de actividad empresarial del Estado<sup>42</sup>.

116. La necesidad de que la actividad satisfaga un interés relevante para la comunidad busca evitar que el Estado distraiga recursos públicos en el desarrollo de actividades que no son prioritarias. La finalidad es que el Estado concentre su actividad en la ejecución de las funciones que le son inherentes, como por ejemplo las relacionadas a los sectores de defensa nacional y justicia, o en aquellas de corte económico cuyo cumplimiento resulta trascendente por satisfacer una necesidad asistencial.
117. El Congreso de la República es el único ente legitimado para evaluar la oportunidad de la intervención empresarial. En efecto, solo el órgano que detenta la representación de todos los sectores de la sociedad puede —a través del consenso al que deben arribar todas las fuerzas políticas del parlamento para expedir la necesaria ley autoritativa que habilita la actividad— lograr la expresión más genuina y representativa del interés de la comunidad.
118. Además, la autoridad de competencia es un órgano con potestades para evaluar el leal desenvolvimiento de los agentes en el mercado, esto es, la corrección con que las unidades económicas concurren. La delimitación de interés público y conveniencia nacional importa una evaluación que va mucho más allá de dicho análisis: determinar el interés público y conveniencia nacional no se corresponde con una evaluación del impacto sobre la eficiencia y funcionamiento de los mercados, propio de la autoridad de la competencia, sino que incorpora otros factores, de índole geopolítico, de diseño de políticas públicas, etcétera.
119. En conclusión, la evaluación de lo que debe entenderse por alto interés público o manifiesta conveniencia nacional es un aspecto que no corresponde al INDECOPI, siendo que el contenido de dichos conceptos debe ser dado por el Congreso de la República con oportunidad de la emisión de la ley expresa en virtud de la cual queda autorizado el desarrollo de la actividad empresarial.

*al interés general de la comunidad", refiriendo a continuación que "es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo."*

<sup>42</sup> Cfr. RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 236.



Presidencia  
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC-1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

120. Por ello, cuando el parlamento expida la ley autoritativa y exprese en ella las condiciones de interés público o conveniencia nacional que sustentaron su aprobación, se entenderá cumplido el requisito. No obstante, **cuando del texto de la ley que autoriza el desempeño de la actividad empresarial no se advierta la referencia a la justificación de interés público o conveniencia nacional, se verificará el incumplimiento del tercer y último requisito previsto en el artículo 60 de la Constitución.**

### III.2 Aplicación al caso concreto

#### III.2.1 El "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" es actividad empresarial

121. La apelación del INEN ha girado en torno a un único argumento: el servicio de salud que brinda bajo tarifario diferenciado no califica como actividad empresarial, por lo que no se encuentra obligado a observar lo establecido en el artículo 60 de la Constitución. De acuerdo con el INEN, dichas prestaciones se realizan con la finalidad de dar cumplimiento a los fines sociales de mejora de la salud que tienen encomendados y no con el objeto de ofertar el servicio bajo un ánimo de lucro, que es, a criterio de la entidad denunciada, el elemento que define que una actuación sea empresarial.
122. Según se ha desarrollado ampliamente en el apartado correspondiente del marco teórico, para identificar cuándo se realiza actividad empresarial, se requiere primero deslindar si la actividad desarrollada por la entidad investigada materializa el ejercicio de alguna función soberana, es decir, una prerrogativa reservada exclusivamente al Estado, o si es una actividad asistencial. Tras superar esa valla, bastará con verificar que la entidad estatal se encuentre en condición de proveedora de algún bien o servicio a favor del público, esto es, que actúa como titular de algún medio de producción a través de cuya explotación satisface las necesidades de los ciudadanos.
123. Ahora bien, para determinar si el denominado "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" brindado por el INEN constituye una actividad de tipo empresarial, resulta indispensable describir previamente en qué consiste este servicio.
124. De acuerdo con la Resolución Ministerial 586-2006-MINSA, norma que aprobó la directiva para el funcionamiento de "Servicios de Salud Bajo Tarifario Diferenciado", esta actividad consiste en el conjunto de prestaciones que, si bien se denominan asistenciales, son brindadas a través de la red del Ministerio de Salud cobrando un monto diferenciado. Los usuarios, tanto quienes no tienen póliza contratada como los asegurados que tienen a la "clínica diferenciada" del INEN como centro de salud dentro de la cobertura de su póliza, pueden acceder a él con libertad de elección.<sup>43</sup>

<sup>43</sup> RESOLUCIÓN MINISTERIAL 586-2006-MINSA. ANEXO (DIRECTIVA 092-MINSA/DGSP-V.01)  
V.- DISPOSICIONES GENERALES. DEFINICIONES.-  
(...)  
Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado.- El conjunto de prestaciones asistenciales brindadas en virtud de



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

125. En cuanto a su organización, los "Servicios de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" recurren para la prestación del servicio al personal de profesionales y no profesionales de la salud que labora, en calidad de nombrado o contratado, en los centros de salud adscritos al Ministerio de Salud. La atención es brindada con el instrumental médico y en las mismas instalaciones de los centros de salud durante las veinticuatro (24) horas del día, salvo que se requiera la atención de consulta externa o se programe un servicio médico – quirúrgico, los cuales solo pueden ser brindados después de las 14:00 horas.<sup>44</sup>
126. Asimismo, los ingresos que se cobren en aplicación del tarifario diferenciado constituirán recursos directamente recaudados para la entidad que presta el servicio, la cual administrará estos montos de acuerdo a la Ley del Presupuesto del Sector Público, con la única restricción de que el 30% del monto que corresponde al pago de honorarios de los profesionales y no profesionales de la salud debe ser destinado a la ampliación o cobertura de servicios de salud de la población más desprotegida, así como al mejoramiento de la infraestructura, mantenimiento y re-equipamiento de los establecimientos.<sup>45</sup>

un tarifario diferenciado, por los Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud, autorizados para tal efecto, en el marco de las prestaciones que regularmente ofertan y a las cuales los usuarios acceden con libertad de elección.

(...)

#### VI.- DISPOSICIONES ESPECÍFICAS.-

##### 6.6. GESTIÓN

(...)

6.6.5. Contratos con Aseguradoras: EsSalud, SOAT, EPS, Privadas, otras.- Se deberán firmar contratos específicos que detallen el tipo de póliza a ser atendida, las tarifas, obligaciones de las partes, procedimiento de auditoría de expedientes, plazos para la solución de observaciones y procedimiento para la solución de controversias.

#### <sup>44</sup> RESOLUCIÓN MINISTERIAL 586-2006-MINSA. ANEXO (DIRECTIVA 092-MINSA/DGSP-V.01)

##### VI.- DISPOSICIONES ESPECÍFICAS.-

##### 6.4. DEL PERSONAL DE "EL SERVICIO"

Profesionales de la Salud.- Deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Ser nombrados o tener relación contractual con el establecimiento de salud.

(...)

Personal No Profesional de la Salud.- Deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- Ser nombrados o tener relación contractual con el establecimiento de salud

6.5. HORARIO DE ATENCIÓN.- "El Servicio" será brindado durante las veinticuatro (24) horas del día, salvo la atención de consulta externa y servicios médico-quirúrgicos programados, los cuales deberán ser ofertados a partir de las 14:00 horas. En cualquier caso, el personal que realiza la atención, deberá prestarla en un horario distinto al de su labor asistencial.

#### <sup>45</sup> RESOLUCIÓN MINISTERIAL 586-2006-MINSA. ANEXO (DIRECTIVA 092-MINSA/DGSP-V.01)

##### VI.- DISPOSICIONES ESPECÍFICAS.-

##### 6.6. GESTIÓN

(...)

6.6.8. De los ingresos.- El establecimiento de salud elaborará un presupuesto que comprende tanto los servicios tarifados del establecimiento como el 30% por ciento [sic] del monto total de los honorarios que correspondieren tanto a los profesionales de la salud como al personal no profesional de la salud.

Los usuarios, previa aprobación del presupuesto, cancelarán el monto total del mismo, en forma directa o por tercero, a través de la Oficina de Administración (Caja Única) o la que haga sus veces.

Los ingresos del establecimiento de salud conforme a los párrafos precedentes, constituyen Recursos Directamente Recaudados.



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC-1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

127. En otras palabras, el valor cobrado por brindar el servicio se encuentra destinado no solo a cubrir el costo que irroga el desarrollo de la actividad, sino que es un monto mayor que permite obtener beneficios económicos. De lo contrario, los ingresos no podrían ser destinados –como sucede al menos en un rango del 30%– a cubrir aspectos adicionales a la prestación misma de la actividad, tales como mejorar la infraestructura de los centros médicos y subsidiar las verdaderas prestaciones sociales que requieren los pacientes de menores recursos para con quienes el Estado tiene una obligación legal de prestar salud asistencial.
128. No solo la descripción normativa del régimen general del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” permite comprender la operatividad de este servicio como uno de naturaleza empresarial y no asistencial. En efecto, el acta levantada el 29 de octubre de 2008 por personal del Área de Fiscalización del INDECOPI en presencia de los señores Moisés Alberto Navarro Palacios (Director de la Oficina Jurídica) y Alejandro Cedeño Monroy (Oficina General de Administración), da cuenta de diversas declaraciones de pacientes y personal del INEN que refieren que las atenciones que se brindaban a los pacientes que sufren alguna enfermedad neoplásica bajo el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” eran prestadas por el mismo personal médico y equipo instrumental que se usa para atender a los pacientes asistenciales regulares<sup>46</sup>, aunque bajo un tarifario diferenciado.
129. En el acta también se deja constancia que las habitaciones utilizadas por la clínica correspondían a un ambiente exclusivo en el sector oeste del edificio<sup>47</sup>. Además, se reconoce que en virtud de lo dispuesto por la Resolución Jefatural 010-RJ-INEN-2008, los “Servicios de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” diferían de los menores montos cobrados por las prestaciones asistenciales.
130. Lo señalado en la Resolución Ministerial 586-2006-MINSA, así como lo constatado por el personal del Área de Fiscalización, confirman que el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” es una prestación de atención médica que el INEN brinda a quienes pagan un monto diferenciado superior

**6.8. DESTINO DE LOS INGRESOS.**- El destino y uso de los ingresos deberá efectuarse de acuerdo a la Ley de Presupuesto del Sector Público del año fiscal correspondiente y las medidas presupuestales complementarias, asegurando el cumplimiento de los objetivos de “El Servicio”.

El 30% del monto total de los honorarios a que se refiere el numeral 6.6.8 será destinado a la ampliación o cobertura de servicios de salud de la población más desprotegida, financiando parte del costo que demande su atención; así como al mejoramiento de la infraestructura, mantenimiento y re-equipamiento de dichos establecimientos.

(Texto según modificación aprobada por Resolución Ministerial 151-2007-MINSA del 16 de febrero de 2007)

<sup>46</sup> Ver acta a fojas 31 a 38 del expediente.

<sup>47</sup> La sala de operaciones y los consultorios eran comunes en el caso del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” y el servicio asistencial.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

al cobrado a los pacientes regulares, y que permite obtener algún tipo de rentabilidad.

131. Asimismo, y a diferencia de lo sostenido en su apelación, la actividad desarrollada por el INEN a través del "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" no es de carácter asistencial. Esto es así pues el INEN lo que hace a través del referido servicio es organizar los medios de producción bajo su titularidad (infraestructura, personal e instrumental quirúrgico) para brindar a favor de pacientes de mayores recursos una prestación de salud neoplásica a cambio de una contraprestación diferenciada superior a la asistencial, lo cual no guarda relación con el desempeño de una función social o asistencial a la cual se encuentre obligado el Estado.
132. Esta interpretación encuentra respaldo en lo señalado por la SUNAT con ocasión de la elaboración de una opinión técnica vinculada al "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado", contenida en el Oficio 153-2007-SUNAT/200000<sup>48</sup>. En dicha oportunidad, la autoridad tributaria consideró que dicho servicio prestado por el Ministerio de Salud "no tiene tampoco naturaleza tributaria, puesto que no cumple con los requisitos establecidos para ser considerado como tal", de manera que los pagos que por este servicio se realicen no se efectúan a título de tasa.
133. Esta conclusión es muy relevante, puesto que al determinarse que la contraprestación pagada por el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" no es una tasa, y siendo que las tasas son los tributos que se exigen por la prestación de servicios estatales, ergo, la actividad desarrollada no responde al ejercicio de una función asistencial a la cual el Estado se encuentre obligado; siendo que la tarifa diferenciada cobrada a la ciudadanía por acceder al servicio constituye un precio público, concepto que conforme a los considerandos del Decreto Supremo 088-2001-PCM, es todo aquel valor cobrado que tiene por origen "las actividades comerciales realizadas directamente por las Entidades del Sector Público"<sup>49</sup>.
134. La Dirección General de Política de Ingresos Públicos del Ministerio de Economía y Finanzas ha ratificado la opinión de la SUNAT, pues con ocasión del Informe 165-2006-EF/66.01<sup>50</sup>, ha manifestado que el "Servicio de Salud

<sup>48</sup> Cuya copia obra a fojas 166 a 168 del expediente.

<sup>49</sup> DECRETO SUPREMO 088-2001-PCM. CONSIDERANDO  
(...)  
Que, con ocasión de la prestación de servicios a la ciudadanía, el Estado cobra tasas o precios:  
(...)  
Que, los "precios" que cobra el Estado a la ciudadanía tienen su origen en la prestación de servicios realizada por las Empresas de propiedad del Estado organizadas bajo alguna de las formas recogidas en la Ley General de Sociedades, o en las actividades comerciales realizadas directamente por las Entidades del Sector Público;  
(...)

<sup>50</sup> Al cual se hace expresa referencia en los fundamentos del Oficio 153-2007-SUNAT/200000.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

Bajo Tarifario Diferenciado” no constituye la expresión de una función cuya prestación pueda estar sujeta al cobro de una tasa, como sí lo sería de brindarse una prestación asistencial a la cual esté obligado el Estado por interés público.

135. En efecto, el mencionado documento, refiriéndose a la supuesta naturaleza asistencial del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado”, agrega expresamente que “(...) en el caso de las clínicas, los servicios que se prestan estarían orientados a pacientes que, dada su mejor situación económica, desean una atención particular ofrecida por profesionales que trabajan al servicio del Ministerio de Salud; por lo cual, no constituyen una actividad relacionada con el interés público puesto que solo está dirigida a un segmento de la población”.
136. En otras palabras, la mencionada dirección del Ministerio de Economía y Finanzas se ha pronunciado en sentido completamente opuesto al alegado por la entidad estatal denunciada, calificando al “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” como una actividad que no cumple con la calificación de asistencial, al no estar diseñada para satisfacer el acceso a una prestación de salud mínima bajo el rasgo de universalidad<sup>51</sup>.
137. Por consiguiente, es relevante precisar que el propio modelo de operación del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” del INEN demuestra que esta actividad no cubre una necesidad asistencial universal, al no ser una prestación destinada a dar un mínimo de salud a toda la colectividad, siendo tan solo una actividad diferenciada dirigida a un grupo de usuarios de mayor poder adquisitivo que el de los pacientes regulares.
138. Asimismo, cabe señalar que la ausencia de fin de lucro que alega el INEN no es un elemento que determine que la actividad tenga o no matiz empresarial. Como se ha desarrollado ampliamente en el apartado III.1.2.1 del marco teórico, no es necesario que la gestión esté diseñada para obtener algún tipo de rentabilidad en términos económicos, pues, por regla general, la actividad económica desarrollada por una entidad estatal conserva un objetivo que no se agota en un fin de mera rentabilidad, sino que expresa también fines político – sociales.

<sup>51</sup> El rasgo universal que debe tener una prestación de salud asistencial se encuentra sustentado en la naturaleza de derecho fundamental de acceso equitativo con el cual se refieren a la salud los artículos 7 y 9 de la Constitución Política del Perú:

*“Artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad. (subrayado agregado)*

*Artículo 9.- El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud. (subrayado agregado)”*



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

139. El fin de lucro no puede ser el dato relevante. Una asociación civil efectúa actividad empresarial cuando vende alimentos, edita publicaciones, organiza seminarios, en suma, cuando ofrece bienes y servicios en el mercado. Concluir que la actividad de la asociación no es empresarial por el solo hecho que su objeto social no expresa un fin de lucro ni se reparten dividendos entre los asociados sería una visión estrecha, que prácticamente excluiría casi toda la actividad estatal empresarial, bajo la justificación que a través de ella no se busca productividad económica sino objetivos de otra índole.
140. El hecho que parte de la recaudación derivada de las prestaciones de salud diferenciadas que brinda el INEN se destine a fines de ampliación de la cobertura de los servicios de salud para la población de menores recursos (pacientes regulares), no significa que dicha actividad deje de ser empresarial. Si el Estado decide constituir una cadena de restaurantes o de tiendas por departamento, evidentemente realiza actividad empresarial, por más que destine el íntegro de los recursos obtenidos al presupuesto de educación o seguridad social.
141. Por ello, los objetivos no lucrativos que procure el INEN a través de la prestación del "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" no excluyen a dicho organismo estatal de su papel como agente proveedor que participa en el mercado prestando servicios de salud neoplásica distintos a los asistenciales.
142. Finalmente, en su apelación el INEN ha señalado que de la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente 07644-2006-PA/TC se desprendería que el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" no supone el ejercicio de una actividad empresarial.
143. El mencionado pronunciamiento del Tribunal Constitucional, en el cual se declaró que la cesión de la infraestructura deportiva (espacios publicitarios) del Estadio Nacional al Instituto Peruano del Deporte constituía únicamente el ejercicio de función pública, acusa evidentes diferencias con el caso de la actividad de prestación de servicios desarrollada por el INEN.
144. En efecto, en el caso del Instituto Peruano del Deporte, el Tribunal Constitucional únicamente hizo un deslinde señalando que dicho instituto no era una empresa pública. Esto se muestra claramente cuando el tribunal refiere que el Instituto Peruano del Deporte "*constituye un organismo público descentralizado con rango ministerial (...), de modo que no constituye una empresa pública*".
145. Así, el Tribunal, a diferencia de lo sostenido por el INEN en su errada interpretación, no efectuó un desarrollo en su fallo en el que explique si es que las entidades estatales también pueden llevar a cabo actividad



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

empresarial y en qué consistiría ésta. Únicamente se limitó a decir que el Instituto Peruano del Deporte no era una empresa pública de las que se encuentran bajo el ámbito de FONAFE, por lo que no se puede extraer conclusión general alguna que sea aplicable al análisis de la actividad desarrollada por la denunciada.

146. De otro lado, el Tribunal Constitucional señaló en su fallo que la actividad cuestionada del Instituto Peruano del Deporte en realidad era la concreción de una función de *ius imperium* contenida en el derogado artículo 8.18 de la Ley 28036 –Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte, consistente en “autorizar y regular la cesión en uso de los bienes y la concesión de la infraestructura deportiva”<sup>52</sup>.
147. Como se ha explicado ampliamente, la potestad de autorizar o concesionar es ejercicio de soberanía, es decir, expresión de una potestad pública que solo puede ser ejercida por el Estado, en calidad de titular del bien de dominio estatal. Esto claramente dista mucho de la prestación de un servicio no asistencial de salud neoplásica con características de clínica privada, que puede ser brindado también por cualquier particular que se lo proponga, en tanto se adecue al marco jurídico.
148. De tal manera, se aprecia que el INEN ha interpretado erradamente la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, pues del análisis de dicho pronunciamiento no se extrae alguna razón que permita caracterizar al “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” como una prestación de corte no empresarial.
149. En atención a lo expuesto, corresponde desestimar los argumentos expuestos por el INEN en su apelación.

### III.2.2 El “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” se encuentra autorizado por “ley expresa”

150. La Comisión señaló que el cumplimiento del requisito de “ley expresa” contenido en el artículo 60 de la Constitución se limitaba a verificar la existencia de una norma de rango legal que autorice la prestación del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado”. En ese sentido, la primera instancia consideró que la referida actividad se encontraba autorizada por la Resolución Ministerial 586-2006-MINSA, dispositivo que al no tener rango de ley, conllevaba el incumplimiento del mandato constitucional.
151. En primer lugar, esta Sala conviene en precisar que el requisito de ley expresa no se cumple con la emisión de una autorización contenida en un

<sup>52</sup>

De acuerdo con la vigente modificatoria aprobada por la Ley 29544 –Ley que modifica artículos de la Ley 28036, esta misma potestad se encuentra contemplada ahora en el artículo 8.22, el cual señala que una de las funciones del IPD es: “Autorizar, regular y fiscalizar la cesión en uso de los bienes y la concesión de su infraestructura deportiva en el ámbito nacional”



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

dispositivo de rango legal. Por el contrario, como se ha explicado en el apartado III.1.2.2, el cumplimiento de la exigencia contenida en el artículo 60 de la carta fundamental supone, de un lado, la emisión de una ley del Congreso de la República y, de otro lado, que se verifique la coincidencia entre la actividad habilitada y la actividad desarrollada, la cual no puede extenderse a segmentos o actividades complementarias no necesarias para el desarrollo de la prestación autorizada.

152. Hecha esta salvedad, corresponde analizar si la actividad desarrollada por el INEN cumple con este requisito formal.
153. La Comisión consideró que la Resolución Ministerial 586-2006-MINSA era la autorización del "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" que pretendía habilitar la actividad del INEN. Sin embargo, tras una revisión de la referida norma, esta Sala aprecia que ésta únicamente establece las condiciones generales de organización, funcionamiento e implementación que deben seguir los servicios, mas no contiene una autorización por la cual se habilite al desarrollo de la actividad<sup>53</sup>.
154. En efecto, la Resolución Ministerial 586-2006-MINSA hace las veces de una directiva que regula los distintos aspectos del funcionamiento del servicio, tales como horario de atención, manejo contable, proceso de facturación, proceso de aprobación del tarifario, destino de los ingresos, entre otros. El texto de la mencionada norma no señala en ninguna parte que a partir de su dación queda autorizada la prestación del servicio de salud diferenciado, por lo que cabe desestimar lo señalado por la Comisión.
155. No obstante, la normativa del sector salud sí contempla una habilitación expresa para el INEN desarrolle prestaciones médicas en su especialidad, entendiéndose comprendido el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado".
156. Como señalamos anteriormente, para que se cumpla con el requisito de ley expresa, debe existir una ley del Congreso que, de manera clara y patente, habilite a la entidad estatal a producir, distribuir, prestar o intercambiar bienes y servicios. En esa línea, el artículo 33 de la Ley 27657 –Ley del Ministerio de Salud– señala expresamente que el INEN es un Organismo Público

<sup>53</sup> La Resolución Ministerial 586-2006-MINSA, en su apartado 6.2., ha fijado el procedimiento de autorización y renovación que se debe seguir para desarrollar el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado", señalando para el caso de los institutos especializados que dicha autorización debe ser aprobada por Resolución Directoral de la Dirección General de Salud de las Personas.

Cabe señalar que dicho procedimiento de autorización que culmina en la expedición de una Resolución Directoral no se identifica con la habilitación legal que permite desarrollar la actividad. En efecto, el valor de la Resolución Directoral únicamente muestra la conformidad para que se brinde el servicio legalmente permitido en cada establecimiento de salud que lo solicite. En buena cuenta, la Resolución Directoral puede ser comparada con una licencia de funcionamiento, pues, al igual que dicho título habilitante administrativo, solo muestra conformidad para el desarrollo de una actividad económica permitida por el ordenamiento.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

Descentralizado que tiene entre sus misiones el garantizar la atención integral del paciente oncológico<sup>54</sup>.

157. Como vemos, la ley detalla las actividades que en el campo oncológico se pueden desarrollar y distingue "garantizar" de, por ejemplo, "promover", "prevenir" o "investigar". Esto permite claramente inferir que la referencia a "garantizar" la atención integral de salud de los pacientes se refiere de manera específica a prestar el servicio de tratamiento oncológico para que los pacientes puedan superar sus enfermedades neoplásicas.
158. Además, debe entenderse que la ley prevé que estos servicios se presten a pacientes de cualquier situación económica, pues el artículo 33 precisa que la atención oncológica que brinda el INEN debe "priorizar" a los pacientes de escasos recursos económicos. "Priorizar" significa que dentro de los diversos tipos de servicios oncológicos que el INEN puede brindar se ponga especial énfasis en el sector de pacientes de bajos recursos por sobre los pacientes de mayores recursos que también pueden percibir atención, por ejemplo, vía el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado". Pero no significa que se excluya al segundo grupo.
159. Si la ley hubiera querido limitar los servicios del INEN a servicios asistenciales, en vez de referir que se brindan de manera "prioritaria" hubiese establecido que ellos se prestan de forma "exclusiva" a pacientes de bajos recursos.
160. Por eso, debe entenderse que la autorización del artículo 33 de la Ley 27657 abarca a las diversas formas de atención que puede brindar el INEN en el rubro oncológico, ya sea a través del típico servicio asistencial que se da a pacientes de escasos recursos como a través del servicio diferenciado de las clínicas que operan en virtud del "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado".
161. En consecuencia, esta Sala aprecia que la primera instancia fundamentó su pronunciamiento en una incorrecta interpretación de la norma (error de derecho), pues el denominado "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" prestado por el INEN cumple con el requisito de "ley expresa" previsto en el artículo 60 de la Constitución.
162. En atención al vicio en la motivación señalado, corresponde anular el pronunciamiento de la Comisión<sup>55</sup> y disponer que el expediente sea devuelto

<sup>54</sup> LEY 27657, Artículo 33.- De las misiones de los Organismos Públicos Descentralizados.- Las misiones que cumplen los Organismos Públicos Descentralizados del Ministerio de Salud son las siguientes:

(...)

e) El Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (INEN), tiene como misión proteger, promover, prevenir y garantizar la atención integral del paciente oncológico, dando prioridad a las personas de escasos recursos económicos; así como, controlar, técnica y administrativamente, a nivel nacional los servicios de salud de las enfermedades neoplásicas, y realizar las actividades de investigación y docencia propias del Instituto."

(Texto incorporado en virtud del artículo 3 de la Ley 28748 -Ley que crea como Organismo Público Descentralizado al Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas).



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala de Defensa de la Competencia N° 1

RESOLUCIÓN 2473-2010/SC1-INDECOPI

EXPEDIENTE 154-2008/CCD

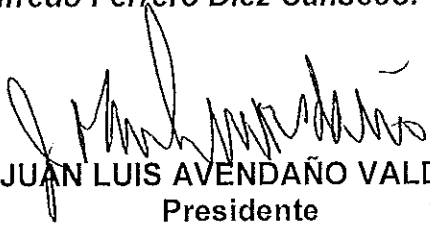
a la primera instancia con la finalidad de que, en atención a los criterios desarrollados en el marco teórico de la presente resolución, la Secretaría Técnica de la Comisión –en su calidad de órgano con facultades de instrucción en materia de competencia desleal<sup>56</sup>– efectúe todas las actuaciones de investigación necesarias que permitan determinar el cumplimiento por parte del INEN de las demás exigencias previstas en el dispositivo constitucional, relacionadas con el análisis de subsidiariedad económica de la actividad estatal cuestionada y la finalidad de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

#### IV RESOLUCIÓN DE LA SALA

**PRIMERO:** anular la Resolución 104-2009/CCD-INDECOPI del 15 de julio de 2009, que declaró fundada la denuncia interpuesta por Clínica Santa Teresa S.A. contra el INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por actividad empresarial estatal no conforme con el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto recogido en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 –Ley de Represión de la Competencia Desleal.

**SEGUNDO:** disponer que el expediente sea devuelto a la primera instancia con la finalidad de que se evalúe el cumplimiento de las demás exigencias previstas en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, relacionadas con el análisis de subsidiariedad económica de la actividad estatal cuestionada y la finalidad de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

*Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Héctor Tapia Cano, Raúl Francisco Andrade Ciudad, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre y Alfredo Ferrero Diez Canseco.*

  
JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ  
Presidente

<sup>55</sup> LEY 27444, Artículo 10.-Causales de nulidad.- Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el artículo 14.

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos.- Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4.- Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

<sup>56</sup> DECRETO LEGISLATIVO 1044, Artículo 26.- La Secretaría Técnica.-

26.1- La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de investigación y sanción de actos de competencia desleal. Emite opinión sobre la existencia o no de un acto infractor objeto de procedimiento siempre que la Comisión lo requiera por considerarlo necesario para resolver sobre el fondo del asunto.



# **Anexo F**



**INFORME N°130-2011/GEE**



A : **Abelardo Aramayo Baella**  
Secretario Técnico  
Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal

DE : **Juan De la Cruz Toledo**  
Gerente de Estudios Económicos (e)

**Melina Caldas Cabrera**  
Ejecutivo 1

**Johanna Tejada Villavicencio**  
Ejecutivo 2

ASUNTO : **Memorándum N° 081-2011/CCD - Determinación del mercado relevante del "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" del INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani**

**I. ANTECEDENTES**

1. Mediante Memorándum N° 081-2011/CCD, recibido el día 11 de marzo de 2011, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la CCD) solicitó la colaboración de la Gerencia de Estudios Económicos (en adelante, la Gerencia) para emitir un pronunciamiento en el procedimiento tramitado bajo Expediente N° 154-2008/CCD.
2. El mencionado procedimiento se tramita por denuncia de la Clínica Santa Teresa S.A. por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal.
3. La solicitud de la CCD está referida a la determinación del mercado relevante en el que se desarrolla el "Servicio Bajo Tarifario Diferenciado" que opera en el INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani. Para ello se indica que es necesario considerar la Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPI, mediante la cual la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal del Indecopi estableció que para determinar el mercado relevante deberán contemplarse las normas de libre competencia.

**II. ANÁLISIS**

4. Con el objetivo de dar respuesta a la solicitud formulada por la CCD, la Gerencia revisó el marco legal vigente referido a la determinación de mercado relevante. Asimismo, se revisaron experiencias internacionales de determinación de mercado relevante en casos de prácticas que atentan contra la libre competencia y en casos de control de fusiones. En particular, se analizaron las prácticas utilizadas por la *Federal Trade Commission* y la *European Competition Commission*, autoridades de

competencia en los Estados Unidos y la Unión Europea, respectivamente. Adicionalmente, se programaron reuniones con el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas – Dr. Eduardo Cáceres Graziani (en adelante, el INEN) y con diversos agentes que participan en el mercado de prestaciones médicas, tales como aseguradoras y diversas clínicas privadas.<sup>1</sup>

5. La presente sección se estructura de la manera siguiente:

- En primer lugar, se presenta una breve reseña y caracterización de los servicios prestados por el INEN sobre la base de la información contenida en el Expediente N° 154-2008/CCD y la información pública disponible.
- En segundo lugar, se describen las características económicas de los servicios bajo tarifario diferenciado brindados por el INEN, las cuales deben ser tomadas en cuenta para la correcta determinación del mercado relevante.
- En tercer lugar, se presenta el marco legal vigente para la determinación del mercado relevante, la cual considera la determinación de un mercado relevante geográfico y un mercado relevante de producto.
- En cuarto lugar, se describen los distintos métodos utilizados en otros países para determinar el mercado geográfico relevante y el mercado de producto relevante. En particular, se describe cómo se ha procedido en los casos referidos a servicios médicos especializados en oncología.
- Y, en quinto lugar, se especifica la información que deberá ser requerida por la CCD al INEN y a diversas entidades del sector privado con el objetivo de dar respuesta a lo solicitado, puesto que no toda la información requerida se encuentra públicamente disponible.

## II.1. EL INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS

6. De acuerdo al artículo 33 de la Ley 27657 – Ley del Ministerio de Salud<sup>2</sup>, el INEN es un Organismo Público Ejecutor Descentralizado del Ministerio de Salud cuya misión es “proteger, promover, prevenir y garantizar la atención integral del paciente oncológico, dando prioridad a las personas de escasos recursos económicos; así como, controlar, técnica y administrativamente, a nivel nacional los servicios de salud de las enfermedades neoplásicas, y realizar las actividades de investigación y docencia propias del Instituto”.
7. Las actividades del INEN se inician el 11 de mayo de 1939 con la promulgación de la Ley 8892 que estableció la creación del “Instituto Nacional del Cáncer”, el cual orientaba sus actividades a la prevención y asistencia social anticancerosa, la asistencia especializada en consultorios externos y de hospitalización, y el estudio y enseñanza superior universitaria sobre el cáncer. El 19 de noviembre de 1985, mediante Decreto Supremo 057-85-SA, el INEN asume la condición de instituto especializado y desconcentrado del Ministerio de Salud con autonomía técnica y administrativa, encargado de formular, normar y asesorar el desarrollo de la política de salud, en el campo de las enfermedades oncológicas. Finalmente, mediante Decreto Supremo 034-2008-PCM, el 6 de mayo del 2008 la Presidencia del Consejo

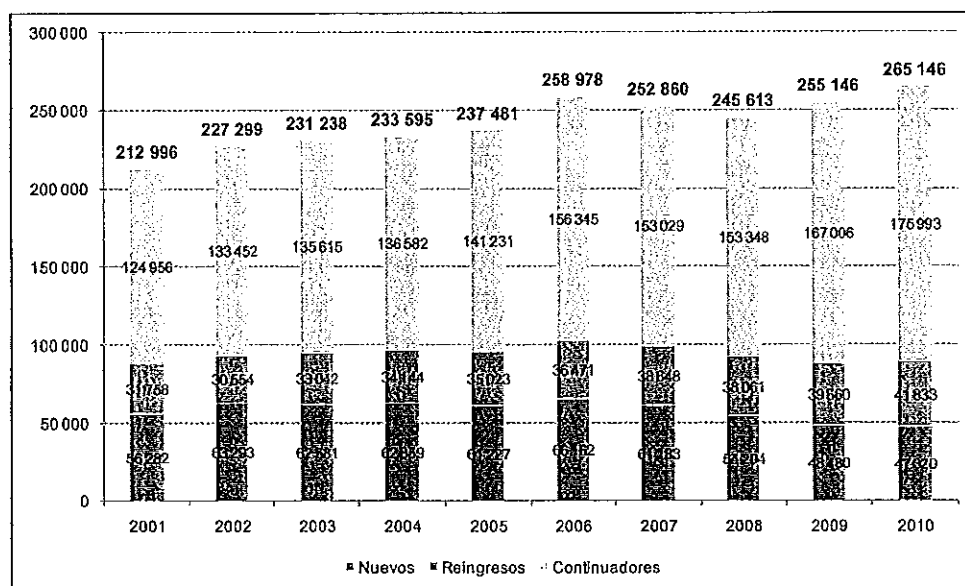
<sup>1</sup> El Anexo 1 presenta una lista de las entrevistas llevadas a cabo durante la preparación del presente informe.

<sup>2</sup> Texto incorporado en virtud del artículo 3 de la Ley 28748 – Ley que crea como Organismo Público Descentralizado al Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas, promulgada el 29 de mayo de 2006.

de Ministros aprobó la calificación de Organismos Públicos, otorgando al INEN el Tipo de Organismo Público.<sup>3</sup>

8. El INEN se encuentra ubicado en la Av. Angamos Este 2520, en el distrito de Surquillo. Si bien el distrito de Surquillo está habitado por personas pertenecientes en su mayoría a los niveles socioeconómicos C y D<sup>4</sup>, cabe precisar que la ubicación del INEN permite un fácil acceso para distritos colindantes como Surco, San Borja, San Isidro y Miraflores, cuyos habitantes en su mayoría pertenecen a los niveles socioeconómicos A y B<sup>5</sup>.
9. En los últimos 10 años, el INEN ha brindado un total de 2 420 352 consultas a pacientes nuevos, reingresos y continuadores. Tal como se muestra en el Gráfico 1, el mayor porcentaje de consultas corresponde a pacientes continuadores, lo cual se explica por la naturaleza crónica del cáncer. Asimismo, se realizaron 1 330 768 procedimientos y aplicaciones (ver Gráfico 2); 69 159 cirugías menores (ver Gráfico 3), y 64 015 operaciones (ver Gráfico 4).

**Gráfico 1**  
 INEN: CONSULTAS EXTERNAS BRINDADAS, SEGÚN TIPO DE PACIENTE,  
 2001 – 2010



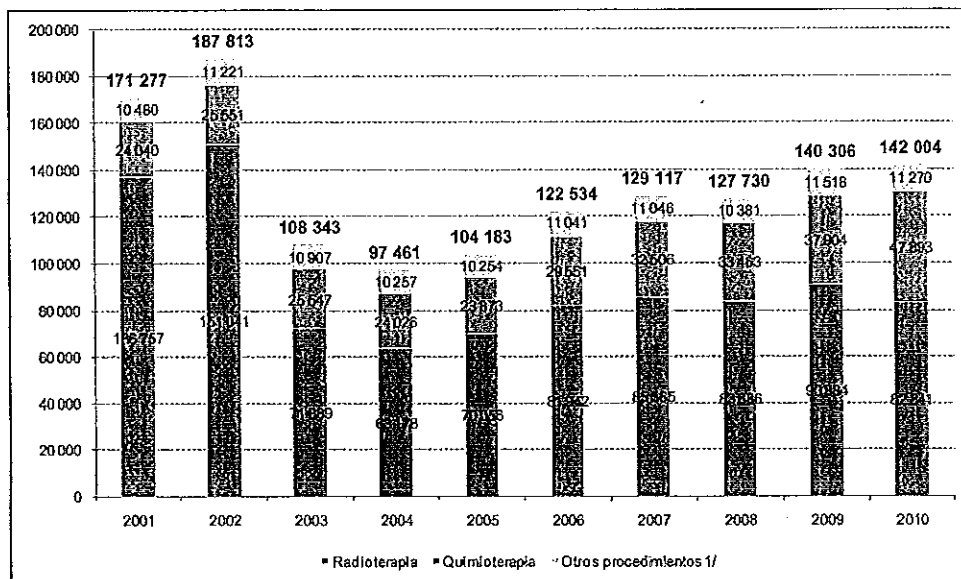
Fuente: INEN.  
 Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

<sup>3</sup> Ver: <http://www.inen.sld.pe/portal/institucional/resena-historica.html> (última visita: 15 de agosto de 2011).

<sup>4</sup> Fuente: APEIM (2008).

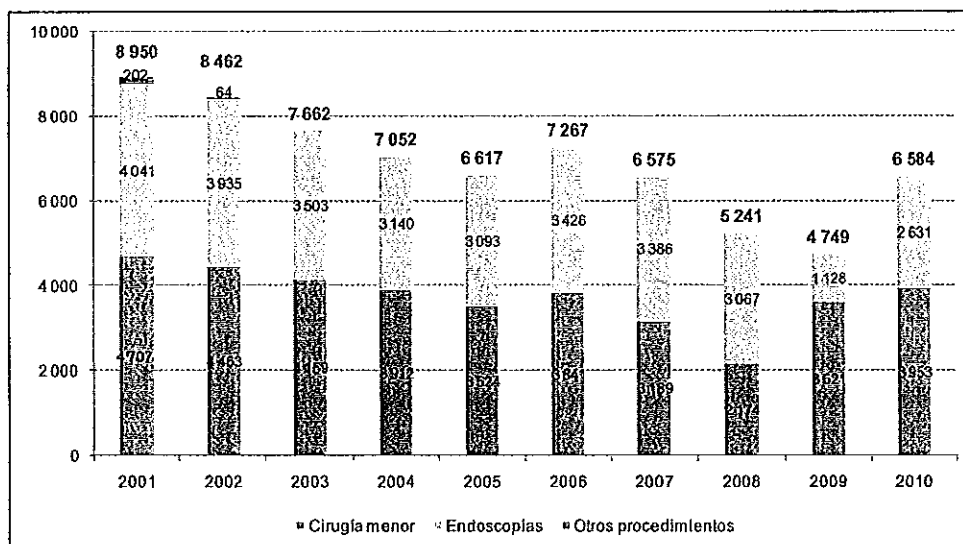
<sup>5</sup> Ibíd.

**Gráfico 2**  
 INEN: PROCEDIMIENTOS Y APLICACIONES REALIZADOS, SEGÚN TIPO,  
 2001 - 2010



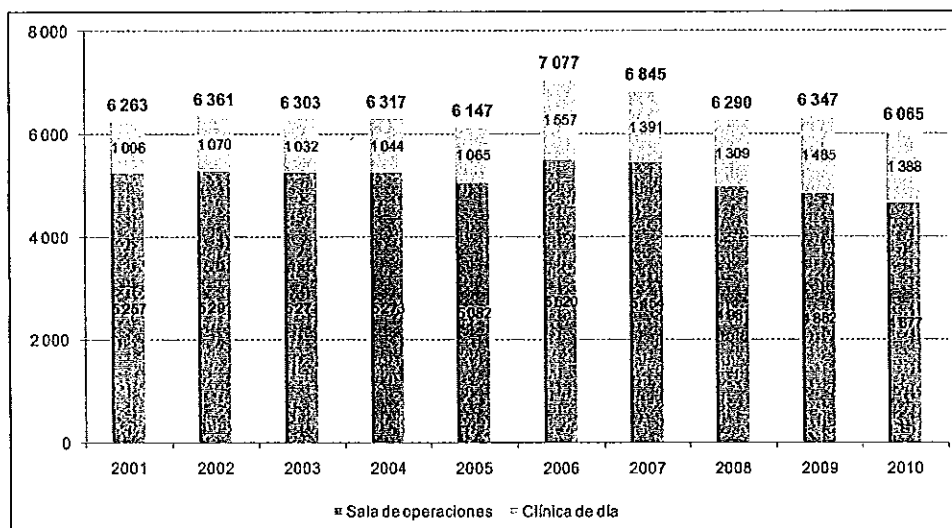
Fuente: INEN.  
 Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

**Gráfico 3**  
 INEN: CIRUGÍAS MENORES REALIZADAS, SEGÚN TIPO DE PROCEDIMIENTO,  
 2001- 2010



Fuente: INEN.  
 Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

**Gráfico 4**  
INEN: OPERACIONES REALIZADAS, SEGÚN TIPO, 2001 – 2010



Fuente: INEN.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

10. De acuerdo a lo manifestado por el Dr. Raúl Cordero, Sub-Jefe del INEN, en reunión realizada el 14 de junio de 2011, los Servicios Bajo Tarifario Diferenciado (en adelante, SBTB), materia de análisis en el presente informe, son aquellos servicios de oncología brindados por el INEN por los cuales se cobra una tarifa mayor que a otros tipos de pacientes (pacientes hospitalares, pacientes cubiertos por el Seguro Integral de Salud – S.I.S., pacientes de EsSalud y pacientes sociales<sup>6</sup>). A cambio de la mayor tarifa, los pacientes que optan por los SBTB reciben atención con un menor tiempo de espera<sup>7</sup> y pueden hospedarse en habitaciones privadas<sup>8</sup>.
11. Sobre la base de la información disponible en el Expediente N° 154-2008/CCD y en fuentes de acceso público, no es posible determinar con exactitud cuál ha sido la participación de los SBTB en la cantidad total de servicios brindados por el INEN en los últimos años, ni respecto a los ingresos que la prestación de este tipo de servicios representa respecto del total de ingresos del instituto. No obstante, sí se cuenta con cierta información referida al periodo comprendido entre los meses de noviembre de 2010 y junio de 2011, la cual pasamos a revisar.
12. El Gráfico 5 presenta información referente al ingreso de pacientes nuevos al INEN, desagregando dicha cifra según tipo de paciente. Se observa que la mayoría de pacientes pertenecen a las categorías Hospitalar y S.I.S., las cuales explican de manera conjunta el 68,40% del total de pacientes nuevos que ingresaron al INEN entre noviembre de 2010 y junio de 2011; mientras que los pacientes de SBTB representaron el 7,83% de dicho total.

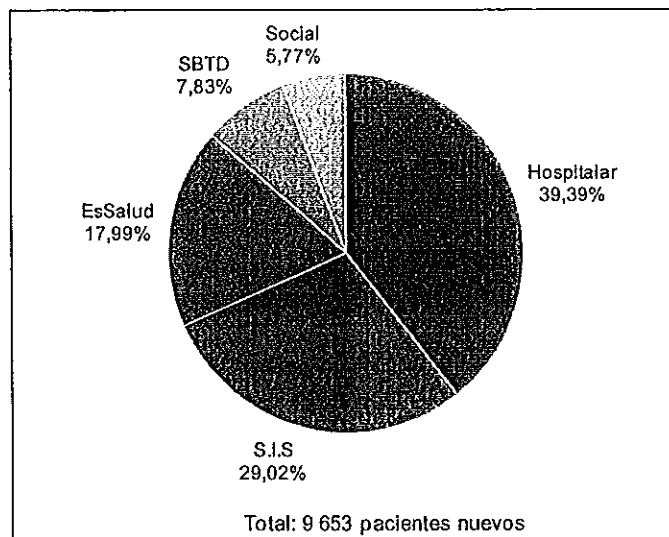
<sup>6</sup> Los pacientes sociales no realizan pago alguno por los servicios médicos recibidos en el INEN.

<sup>7</sup> Al optar por los SBTB, el tiempo de espera para que un paciente reciba atención en el INEN se reduce a entre cero y cinco días; mientras que si el paciente es atendido bajo alguna de las otras modalidades de atención dicho tiempo asciende a entre cinco y 25 días.

<sup>8</sup> Los pacientes que no reciben servicios bajo la modalidad SBTB utilizan habitaciones ocupadas por entre tres y seis personas.

000533

**Gráfico 5**  
 INEN: PACIENTES NUEVOS, SEGÚN TIPO DE PACIENTE,  
 NOVIEMBRE DE 2010 – JUNIO DE 2011



Fuente: INEN.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

13. Tal como se muestra en el Cuadro 1, el porcentaje de consultas externas atendidas bajo tarifario diferenciado entre noviembre de 2010 y junio de 2011 es bastante bajo. En efecto, para cada uno de los meses en el mencionado periodo las consultas externas SBTB han representado alrededor del 1% del total de consultas externas brindadas en el INEN.

**Cuadro 1**  
 INEN: CONSULTAS EXTERNAS, SEGÚN TIPO DE PACIENTE,  
 NOVIEMBRE DE 2010 – JUNIO DE 2011

Tipo de paciente	Nov-10	Dic-10	Ene-11	Feb-11	Mar-11	Abr-11	May-11	Jun-11	Nov-10 a Jun-11	%
S.I.S	12 004	10 587	12 227	11 160	12 121	10 439	11 809	11 195	91 542	51,73%
Hospitalar	6 428	5 543	7 031	6 992	7 772	6 558	6 712	6 195	53 231	30,08%
EsSalud	2 370	2 108	2 721	2 588	2 784	2 503	2 689	2 472	20 235	11,43%
Social	1 620	1 238	1 310	1 231	1 309	1 157	1 130	1 145	10 140	5,73%
SBTD	242	197	258	224	290	213	227	164	1 815	1,03%
Total	22 665	19 673	23 547	22 195	24 276	20 870	22 567	21 174	176 964	100,00%

1/ El total de consultas incluye un paciente sin clasificación.

Fuente: INEN.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

14. Una situación similar se observa para el caso de los exámenes realizados bajo tarifario diferenciado. En efecto, los exámenes SBTB representaron entre el 2% y 3 % del total de exámenes realizados en el INEN en el año en curso, aproximadamente (ver Cuadro 2).

**Cuadro 2**  
INEN: EXÁMENES REALIZADOS, SEGÚN TIPO DE PACIENTE,  
ENERO – JUNIO DE 2011

Tipo de servicio brindado	Ene-11	Feb-11	Mar-11	Abr-11	May-11	Jun-11	Ene a Jun-11	%
S.I.S	3 531	3 705	3 705	3 176	3 811	3 351	21 279	44,66%
Hospitalar	2 786	2 917	3 081	2 816	2 827	2 639	17 066	35,82%
EsSalud	863	924	912	909	975	848	5 431	11,40%
Social	453	494	466	381	404	393	2 591	5,44%
SBTD	206	214	241	228	213	173	1 275	2,68%
<b>Total</b>	<b>7 839</b>	<b>8 254</b>	<b>8 405</b>	<b>7 510</b>	<b>8 230</b>	<b>7 404</b>	<b>47 642</b>	<b>100,00%</b>

Nota: No existe información disponible para los meses de noviembre y diciembre de 2010.

Fuente: INEN.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

15. La situación es algo distinta en el caso del uso de sala de operaciones. En este caso, los SBTD han representado alrededor del 6% del total de operaciones realizadas en el INEN en los últimos cuatro años (ver Cuadro 3).

**Cuadro 3**  
INEN: USO DE SALAS DE OPERACIONES POR SBTD, SEGÚN DEPARTAMENTO  
MÉDICO, 2008 – 2011

Departamento médico	2008	2009	2010	2011 <sup>1/</sup>
Abdomen	145	83	92	38
Cabeza y cuello	75	54	72	47
Tórax	0	0	6	7
Mamas y tejidos blandos	0	5	7	3
Urología	39	16	23	9
Neurocirugía	27	38	37	22
Ginecología	72	21	25	16
Especialidades quirúrgicas	40	33	64	39
Ortopedia oncológica	47	36	29	14
Cirugía plástica y reconstructiva	29	26	1	0
Radioterapia	3	0	0	0
<b>Total operaciones SBTD</b>	<b>477</b>	<b>295</b>	<b>355</b>	<b>195</b>
<b>Total operaciones INEN</b>	<b>6 290</b>	<b>6 347</b>	<b>6 063</b>	<b>3 137</b>
<b>%</b>	<b>7,58%</b>	<b>4,65%</b>	<b>5,86%</b>	<b>6,22%</b>

1/ Incluye información a junio de 2011.

Fuente: INEN.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

## II.2. EL SERVICIO BAJO ANÁLISIS

16. Tal como se mencionó anteriormente, la solicitud de la CCD está referida a la determinación del mercado relevante en el que se desarrolla el SBTD que opera en el INEN. En tal sentido, resulta de interés analizar las particulares características de los servicios médicos en general y de los servicios médicos en el campo de la oncología, en particular.
17. Un primer aspecto que es preciso tener en cuenta cuando se estudia la provisión de servicios médicos es que, a diferencia de lo que ocurre con otros bienes y servicios, la demanda por este tipo de servicios no es una demanda directa, sino más bien una

demanda derivada. Esto se debe a que los consumidores no acuden a un doctor por simple gusto o preferencia (de hecho, los consumidores no obtienen una utilidad directa al visitar a un médico), sino que lo hacen porque quieren estar saludables. En otras palabras, los servicios médicos son demandados en la medida que constituyen un insumo para la producción de salud.<sup>9</sup>

18. Sabemos que uno de los principales determinantes de la demanda por un bien o servicio es el precio cobrado. Esto se cumple también en el caso de los servicios médicos. No obstante, es preciso tomar en cuenta también la influencia de otros factores determinantes, entre los cuales se destacan la presencia de una enfermedad (que, al afectar negativamente el bienestar de los consumidores, produce un incremento en la demanda por servicios médicos) y el nivel de ingreso de los consumidores (ya que si bien es más probable que los consumidores con mayores ingresos incurran en menos situaciones que ponen en riesgo su salud<sup>10</sup>, un incremento en esta variable le permitirá a los consumidores acceder a servicios médicos de mayor calidad). Asimismo, existen otros factores que también pueden influir en la demanda por servicios médicos, tales como: el costo de oportunidad de ausentarse del centro laboral, los costos de traslado hacia el centro médico, el tiempo de espera para recibir el tratamiento, la calidad de los servicios médicos, la idiosincrasia de los pacientes, etc.<sup>11</sup>
19. Por otro lado, Arrow (1963) identifica una característica crucial del mercado de prestaciones médicas que es importante considerar al analizar servicios médicos: la incertidumbre respecto a la calidad del servicio brindado. Esta característica surge como consecuencia de que la recuperación de una enfermedad es tan impredecible como su ocurrencia. En tal sentido, mientras que para la mayoría de los bienes es posible aprender de las experiencias propias o ajenas de consumo (gracias a que existe una cantidad adecuada de ensayos de consumo), esto no se cumple cuando existen enfermedades, sobre todo si son graves.
20. A lo anterior se suma el hecho de que existe una asimetría de información<sup>12</sup> importante entre el médico y el paciente. Esto se debe a que el conjunto de conocimientos manejados por el médico acerca de las posibilidades de tratamiento y sus consecuencias es complicado y mucho mayor que el del paciente.
21. La existencia de incertidumbre respecto a la calidad del servicio brindado y de asimetrías de información entre las partes participantes en la transacción genera que los servicios médicos puedan ser catalogados como servicios de confianza<sup>13</sup>. Este tipo de servicios se caracteriza porque los consumidores enfrentan limitaciones para buscar, determinar e inclusive para aprender a través de la experiencia sobre los principales elementos de calidad del servicio.<sup>14</sup> Es debido a estas limitaciones que, a

<sup>9</sup> Arrow (1963), Leo (2010).

<sup>10</sup> La probabilidad de que personas con niveles de ingreso altos gocen de buena salud es mayor puesto que tienen acceso a una mejor alimentación, mejores condiciones de salubridad, etc.

<sup>11</sup> Leo (2010).

<sup>12</sup> Existe una asimetría de información cuando una de las partes involucradas en la transacción (típicamente el ofertante) posee mayor información que otra de las partes (típicamente el demandante) sobre la calidad de los bienes que se venden. Para mayor información sobre las dificultades que surgen en los mercados ante la presencia de asimetrías de información, ver: Akerlof (1970).

<sup>13</sup> *Credence goods*.

<sup>14</sup> El concepto de bienes/servicios de confianza fue introducido por Darby y Karni (1973) como complemento a la clasificación de bienes propuesta por Nelson (1970), la cual considera la existencia de dos tipos de



diferencia de lo que ocurre con otros bienes y servicios, el tratamiento de una enfermedad y, por ende, la demanda por bienes y servicios médicos (medicamentos, exámenes, cirugías, etc.) son determinados por el médico (proveedor) y no por el paciente (consumidor), quien confía en los conocimientos y la experiencia del primero para aliviar su enfermedad. De allí que el rol del prestigio ganado por los médicos y la institución a la que ellos pertenecen es clave, sobre todo cuando se trata del tratamiento de enfermedades graves o de un alto grado de complejidad, ya que dicho prestigio es percibido por los pacientes como un indicador de la calidad del servicio médico.

22. Además de las características mencionadas, es preciso tener en cuenta ciertas características particulares de los servicios médicos oncológicos. La principal tiene que ver con la alta especialización que es posible alcanzar en una institución que solo brinda servicios a este tipo de pacientes (debido, por ejemplo, al mayor número de casos atendidos según diagnóstico, la mayor cantidad de horas de determinado tipo de cirugía realizadas por médico, etc.).<sup>15</sup> Tal como se indicó anteriormente, dicha especialización podría ser percibida por los pacientes como un indicador de la calidad del servicio médico recibido.
23. La percepción de los pacientes respecto a la calidad del servicio médico es particularmente importante en este caso ya que el cáncer es una enfermedad catastrófica, en el sentido que implica un riesgo significativo para la vida del paciente y su tratamiento es largo, complicado y de alto costo. De allí que los pacientes que padecen esta enfermedad estén particularmente interesados en ser tratados en aquella institución que cuente con los médicos de mejor reputación y con equipos de última tecnología.
24. Respecto al punto anterior cabe precisar que, de acuerdo a lo manifestado por diversos participantes del mercado de prestaciones médicas que fueron entrevistados durante la preparación del presente informe, el INEN ha ganado un prestigio bastante alto debido a su liderazgo tanto en la capacidad de su personal, como en infraestructura y equipamiento. Esto sería altamente valorado por los pacientes y le daría al INEN una ventaja importante frente a los demás centros de salud que proveen servicios médicos en el campo de la oncología.<sup>16</sup>
25. Sin embargo, en opinión de los representantes de clínicas privadas entrevistados, así como de algunas compañías de seguros, en los últimos cinco años dicha ventaja habría disminuido (e incluso, habría desaparecido) debido a que: (i) diversos centros médicos públicos y privados han realizado inversiones importantes en equipamiento altamente especializado, y (ii) los médicos especialistas del INEN también están atendiendo en clínicas del sector privado.

---

bienes: bienes búsqueda (o *search goods*, en los cuales la calidad puede ser determinada de manera eficiente antes de la compra, como al probarse un vestido) y bienes de experiencia (o *experience goods*, en los cuales principales dimensiones de calidad no pueden ser determinadas antes de la compra, sino que estas se descubren una vez que se realiza la compra y se disfruta del bien, como en la comida enlatada).

<sup>15</sup> En efecto, la cantidad de procedimientos llevados a cabo en determinada área del cuerpo es determinante para la destreza del médico en dicho procedimiento. Es por ello que los procesos de credencialización en países desarrollados consideran indicadores de este tipo para el establecimiento de privilegios para la credencialización médica según especialidad (Calligaro, et. al., 2008).

<sup>16</sup> De acuerdo a lo manifestado en algunas entrevistas, esta situación sería particularmente importante en el tratamiento de leucemias pediátricas, cáncer a la mama y cáncer al cerebro.

26. Una segunda característica particular de los servicios médicos oncológicos que en cierta medida ha sido mencionada anteriormente, tiene que ver con el equipamiento necesario para tratar el cáncer. El tratamiento del cáncer varía de acuerdo con el tipo de cáncer y la etapa en que fue detectado (es decir, qué tan expandido se encuentre el cáncer y a si el tumor se ha diseminado o no desde su ubicación original). Las alternativas de tratamiento incluyen combinaciones diversas de cirugías, quimioterapia, radioterapia, entre otros.<sup>17</sup> No obstante, no todos los centros médicos del país cuentan con el equipamiento necesario para brindar dichos tratamientos. En particular, son pocas las instituciones que cuentan con los equipos necesarios para proveer el tratamiento de radioterapia, debido a que su costo es bastante elevado y, en el caso de los equipos de radioterapia externa, de grandes dimensiones.<sup>18</sup>

### II.3 MARCO LEGAL: EL DECRETO LEGISLATIVO 1034

27. De acuerdo a lo señalado por la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 en su Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPI, delimitar el mercado relevante es el primer paso en la determinación del carácter subsidiario de las actividades de una empresa o entidad estatal y para ello pueden utilizarse las normas de libre competencia vigentes en el país. En particular, de acuerdo a lo señalado en el artículo 6 del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:

*6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.*

*6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.*

*6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.*

28. Con lo anterior se busca determinar el conjunto de productos y áreas geográficas que en el cual los proveedores de bienes y/o servicios ejercen una presión competitiva unos sobre otros. Diversas metodologías pueden ser aplicadas para la determinación de dicho conjunto, cada una de las cuales posee ventajas y ciertas limitaciones. La sección II.4 describe las principales metodologías de investigación utilizadas en las principales agencias de competencia en el mundo para la

<sup>17</sup> De acuerdo al Instituto Nacional del Cáncer de los Estados Unidos, la terapia hormonal, la terapia biológica y el trasplante de células madre son también utilizados para el tratamiento del cáncer. Ver: <http://www.cancer.gov/espanol/tipos/necesita-saber/cancer/page8> (último acceso: 22 de agosto de 2011).

<sup>18</sup> Según lo manifestado por diversos agentes participantes del mercado de prestaciones médicas (entre ellos, el INEN), entre los centros médicos del sector privado que cuentan con todos los equipos necesarios para el tratamiento del cáncer se encuentran: la Clínica Ricardo Palma, la Clínica San Pablo, la Clínica San Lucas, el Centro Oncológico Miraflores y la Clínica Internacional.

determinación del mercado relevante en el análisis de casos de fusiones y prácticas anticompetitivas en la provisión de servicios médicos. Cabe precisar que, a la fecha, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi no ha analizado ningún caso en el que se determine el mercado relevante de clínicas u hospitales.

#### II.4. METODOLOGÍAS DE DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE EN EL ANÁLISIS DE CASOS DE FUSIONES Y LIBRE COMPETENCIA EN LA PROVISIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS

29. En la presente sección se realizará una breve descripción de las metodologías para la determinación del mercado relevante en general y en el sector salud en particular. Estas han sido aplicadas por las autoridades que velan por la competencia a nivel internacional así como por estudios académicos que analizan la competencia. Se analizarán las ventajas y desventajas de cada metodología a fin de identificar la mejor alternativa de análisis para el caso del mercado del instituto bajo análisis.

##### II.4.1 Metodologías para definir el mercado relevante

30. En términos generales la determinación del mercado relevante en cualquier mercado sigue la lógica propuesta por el **test del Monopolista Hipotético**. Este propone analizar cuál es la capacidad del ofertante de elevar el precio de un bien o variar cualquiera de sus atributos de manera unilateral. Cuando existe capacidad para realizar estos cambios de manera rentable se dice que el bien bajo análisis no tiene sustitutos fuera del mercado evaluado. En este sentido, el conjunto de bienes y zonas geográficas que fue tomado en cuenta para identificar dicha capacidad constituye el mercado relevante.

31. Cuando se evalúa el efecto del incremento en los precios se aplica el **SSNIP test**<sup>19</sup> que mide la reacción de la demanda frente a incrementos pequeños y no transitorios en el nivel de precios<sup>20</sup>. El test emplea información del precio y el volumen consumido para evaluar si un monopolista hipotético podría elevar el precio del bien de manera rentable. Usualmente, se analiza el efecto que un incremento en 5% en el precio podría tener sobre la cantidad consumida. En la medida que el monopolista pueda elevar el precio, sin que por ello deje de ser rentable adoptar esta estrategia, se dirá que el mercado analizado contiene todos los bienes que son considerados como sustitutos por el consumidor. Dicho de otro modo, esto indicaría que no existen productos sustitutos fuera del mercado analizado. De ahí que se concluya que todos los bienes considerados bajo esta evaluación pertenecen al mismo mercado.

32. Esta evaluación se usa de manera extensiva en los análisis de competencia en el mundo y por tal motivo es posible encontrar aplicaciones para mercados distintos<sup>21</sup>. Sin embargo, pese a los numerosos casos que han sido analizados bajo este método se debe tener en cuenta que su principal limitación descansa en la llamada falacia del celofán. Esta crítica señala que si el precio de partida no es competitivo,

<sup>19</sup> Las siglas del SSNIP test aluden al término *Small but Significant Non-transitory Increase in Prices*, es decir, a un incremento pequeño pero significativo y no transitorio en el nivel del precio.

<sup>20</sup> Davis y Garces (2010), página 201.

<sup>21</sup> US Horizontal Merger Guidelines (1992), *Commission Notice on the definition of the relevant market and OFT Market Definition Guidelines*. En: Motta (2004), página.102.

se tenderá a sobreestimar el tamaño del mercado relevante y, por tanto, a diluir el impacto del alza en el precio sobre la competencia<sup>22</sup>.

33. Existen diversas maneras para realizar la evaluación que propone el SSNIP test. El método a elegir depende de la información disponible, las características del mercado y la complejidad cuantitativa en la que se incurra. A continuación se describirán las metodologías más usadas.
34. El **análisis de la pérdida crítica** consiste en evaluar cuál es la proporción de las ventas que el monopolista hipotético podría perder antes de que el alza en el precio deje de serle rentable. La información requerida para esta prueba abarca información de los márgenes de ganancias netas en cada producto o de los beneficios brutos y costos totales así como información de los precios de los bienes que se quiere analizar y sus volúmenes de venta. A partir de esta información se aproxima la sensibilidad de la demanda y se calcula la pérdida máxima en la que el monopolista podría incurrir. Uno de los factores que podría explicar márgenes de ganancias altos en una industria es que la demanda por el bien sea poco elástica. En este caso, puede tener que ser necesario considerar alzas demasiado altas en los precios para calcular la pérdida crítica. Por esta razón, pese a que el análisis de la pérdida crítica se ha usado para diversos sectores, presenta limitaciones similares a las destacadas para el caso del SSNIP test<sup>23</sup>.
35. El **análisis de la correlación entre los precios** de dos productos es un método que descansa en el supuesto de que si dos bienes son sustitutos sus precios deben variar de manera conjunta. Así, similitudes en el nivel de precios de dos productos podrían ser indicativas de que ambos son sustitutos y por tanto pertenecen al mismo mercado<sup>24</sup>. Es decir, si se observa que los precios de dos productos varían de manera similar en el tiempo se podrá inferir que están relacionados y, por tanto, que podrían pertenecer al mismo mercado. Para realizar este análisis se requiere de información que contenga los precios de cada uno de los productos o servicios que se cree que podrían formar parte de un mismo mercado. Para este fin se puede analizar el nivel de precios, el ratio o la relación entre los precios o la variación de los mismos en el tiempo.
36. Dos casos que ejemplifican el uso del análisis de la correlación entre los precios para determinar el mercado relevante de un producto son el de Nestlé/Perrier y el de la fusión entre *Nutreco Holding NV* e *Hydro Seafood GSP Ltd*. En el primer caso, la Comisión Europea usó la correlación entre los precios del agua mineral y de las bebidas carbonadas para determinar si es que se encontraban en el mismo mercado<sup>25</sup>. A través del análisis de la correlación se encontró que entre estos productos existía una correlación negativa lo que les permitió concluir que no se encontraban en el mismo mercado.
37. En el caso con motivo de la fusión entre *Nutreco Holding NV* e *Hydro Seafood GSP Ltd*., la agencia de competencia inglesa evaluó si el salmón proveniente de Escocia y

<sup>22</sup> Davis y Garces (2010), página 207.

<sup>23</sup> *Ibid.*, página 212

<sup>24</sup> *Ibid.*, página 174.

<sup>25</sup> EEC regulation 4064/59. Caso número IV/M 190 Nestlé/Perrier (1992) OJ 1992 L 356/1. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992D0553:EN:HTML>, último acceso: 24 de agosto de 2011.

el de Noruega que se vendían en Inglaterra se encontraban en el mismo mercado<sup>26</sup>. El análisis de la correlación entre los precios por kilogramo de estos productos permitió encontrar una correlación positiva. Así se concluyó que ambos productos se encontraban en un mismo mercado que correspondía al del salmón atlántico vendido en Inglaterra.

38. La ventaja de aproximar el mercado relevante a partir del análisis de la correlación en los precios radica en que solo se requiere información de los precios, que usualmente suele ser información pública. Adicionalmente, se destaca que la interpretación del análisis es directa e intuitiva. Sin embargo, uno de los problemas con este método es que si la relación entre precios no es contemporánea, es decir que el ajuste en el precio de uno de los bienes sucede con algún tiempo de retraso, podría incorrectamente inferirse que los precios no están correlacionados<sup>27</sup>.
39. Asimismo, aún tomando en cuenta lo anterior, una gran limitación de este método es que ha sido sujeto de críticas en cuanto a que el uso de las correlaciones o diferenciales de precios no constituye una práctica robusta para determinar el mercado relevante<sup>28</sup>. Esto se debe a que no toma en cuenta shocks externos que pueden afectar el precio sin que ello interfiera con la competencia. Existen otros factores no relacionados a la demanda o el nivel de sustitución que pueden causar movimientos conjuntos en los precios. Los productos pueden tener un insumo común, seguir una misma tendencia o tener un comportamiento estacional sin que ello implique que son sustitutos. En ese sentido, el que los precios se muevan de manera conjunta (correlación positiva) no es siempre una señal de que sean productos sustitutos.
40. En respuesta a las limitaciones del análisis de correlaciones surge el **análisis de co-integración**. Este propone estimar las posibles relaciones entre las series de datos con la finalidad de determinar si es que existe una fuerte relación entre estas que permitiría inferir que ambos productos pueden ser intercambiables. Existirá co-integración entre dos series de precios si una combinación de las dos series es estacionaria<sup>29</sup> y presenta una tendencia a largo plazo. Este método es superior al análisis de correlación porque se centra en los cambios de los precios relativos una vez que los shocks o factores que influyen sobre ambos son anulados de forma que no contaminen los resultados. De este modo también se puede tomar en cuenta si el ajuste en la respuesta de los precios no se da simultáneamente sino que se produce en diferentes momentos.
41. En el caso de Gencor/Lonrho, por ejemplo, la Comisión Europea tuvo que examinar si el platino, el oro, la plata, el rodio y el paladio eran parte de mercados separados<sup>30</sup>. El análisis dio como resultado altos coeficientes de correlación entre los productos pero la comisión señaló que "una alta correlación no implica en sí misma

<sup>26</sup> Ver: [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2000/451nutreco.htm](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2000/451nutreco.htm), último acceso: 24 de agosto de 2011.

<sup>27</sup> *Ibid.*, página 183.

<sup>28</sup> Motta (2004), página 109.

<sup>29</sup> Se dice que una serie de datos es estacionaria si se encuentra en equilibrio estadístico; es decir, si la media, la varianza y las autocorrelaciones no dependen del tiempo.

<sup>30</sup> Caso No. IV/M 619, Gencor/Lonrho. Confirmado en la apelación, Caso T-102/96, Gencor Ltd vs. Commission (1999) ECR II-753. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996A0102:EN:HTML>, último acceso: 24 de agosto de 2011.

una relación de causalidad<sup>31</sup>. Así la Comisión llevó a cabo un análisis de co-integración que permitió encontrar que los productos formaban parte de mercados separados<sup>32</sup>.

42. Otras metodologías aplican la lógica del SSNIP test mediante la estimación de la sustitución de la demanda. Así, el método de los **ratios de desviación** calcula el grado de sustitución entre un bien y sus potenciales sustitutos. Es decir, si el precio del bien A sube se busca responder qué fracción de las ventas perdidas por esta alza optará por demandar el bien B. Una de las ventajas de este análisis es que es una prueba que puede realizarse con información que generalmente es pública y que es de interpretación directa. Para aproximar cómo cambian los patrones de consumo frente a cambios en el precio se suele observar cómo varían las cantidades vendidas de cada bien frente a cambios en sus precios. También se puede observar cómo varían las participaciones en el mercado. Al emplear este método se debe tener en cuenta que una de las principales limitaciones que presenta es que los cambios en el consumo no recogen de manera adecuada el grado de semejanza entre dos productos. Es decir, no se puede inferir el nivel de sustitución solo de observar, por ejemplo, la variación en las participaciones de mercado. Cuando los bienes presentan atributos diferentes se puede subestimar o sobreestimar el efecto sustitución<sup>33</sup>.
43. Otra manera de medir la sustitución es a través del método de **preferencias reveladas**. Este se basa en el análisis de estudios de mercado o encuestas que muestran los productos que el consumidor considera como alternativas frente a variaciones en los precios<sup>34</sup>. Esta información permite conocer si el consumo del bien A puede ser sustituido por los bienes B y C. Asimismo, revela si el consumidor estaría dispuesto a desplazarse a otras zonas en busca del bien A. De este modo, el análisis de las preferencias de los consumidores y su reacción frente a las variaciones en el precio del bien permite conocer qué bienes considera el consumidor que están dentro de un mismo mercado. La información que se evalúa en estos casos se extiende desde las encuestas especializadas o los estudios de mercado de empresas consultoras hasta la documentación interna de las empresas acerca de planes de marketing o de amenazas en el mercado.
44. En el caso de la adquisición de 115 supermercados Morrisons por parte de Somerfield, la agencia de competencia inglesa evaluó el efecto sobre la competencia que tendría la adquisición<sup>35</sup>. Para ello recurrió al análisis de las preferencias reveladas a través de encuestas a los consumidores. En estas se preguntó a qué supermercado acudirían si el supermercado de su preferencia estuviera cerrado. Si bien el análisis no se basaba en variaciones en el precio, la encuesta fue tomada por la Comisión como informativa acerca de la sensibilidad de sustitución. De esta manera se aproximó la proporción de consumidores que re-direccionarían el consumo en un supermercado por el consumo en otro.

---

<sup>31</sup> Ibid., párrafo 52.

<sup>32</sup> Ibid., párrafo 53.

<sup>33</sup> Davis y Garces (2010), página 192.

<sup>34</sup> Davis y Garces (2010), página 194.

<sup>35</sup> Disponible en: [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2005/501somerfield.htm](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2005/501somerfield.htm), último acceso: 24 de agosto de 2011.

45. Si se logra tener acceso a la información necesaria para determinar las preferencias reveladas de los consumidores, este método resulta ser uno de los más convenientes y ventajosos para aproximar el mercado relevante desde el punto de vista de la demanda. No obstante, la gran limitación de este método radica en que difícilmente se puede tener acceso a información de las preferencias, ya sea porque los estudios son privados como porque resultaría costoso encargar encuestas. Asimismo, se requiere de gran precisión en el diseño muestral y del cuestionario, de modo tal que la información recogida logre ser representativa de los patrones de consumo del mercado<sup>36</sup>.
46. En la aplicación del SSNIP test también se ha encontrado en la literatura económica el uso de metodologías que determinan el mercado relevante a través de consideraciones geográficas. Este es el caso del **test de Elzinga-Hogarty**. Dicho test analiza el flujo del consumo entre ofertantes de distintas áreas. Así, por un lado se mide cuánto se consume fuera del área bajo análisis (LOFI: *Little Out From Inside*) y, por otro, cuánto de la demanda proviene de áreas fuera de la zona bajo análisis (LIFO: *Little In From Outside*). De acuerdo a esta metodología, si solo el 10% del producto en un área es exportado o importado se podrá considerar a dichas áreas como mercados separados. En este sentido, el test permite conocer el nivel de interconexión entre dos áreas. En la medida que la interconexión sea alta se podrá inferir que conforman una sola área de mercado. Una de las principales ventajas de esta metodología es que es sencilla en términos cuantitativos. Además se requiere de información que suele ser de conocimiento público (cantidades vendidas en cada mercado según su procedencia así como precios).
47. A pesar de que la propuesta del test de Elzinga-Hogarty es sencilla, a menudo se le critica por asumir que el producto o servicio bajo análisis es homogéneo. Asimismo, este test solo considera que los desplazamientos del consumo entre las zonas responden a variaciones del precio sin tener en cuenta factores en una dimensión no monetaria (como calidad del servicio, gustos y preferencias, etc.). Por otro lado, el test es considerado arbitrario en el sentido que la definición del umbral del 10% no descansa en un sustento económico robusto, ya sea a nivel práctico o teórico<sup>37</sup>. Finalmente, el test puede dar lugar a resultados sesgados, por lo que debe interpretársele con cuidado. Supongamos por ejemplo que existe poco comercio entre dos regiones vecinas A y B y se satisface el test. Esto indicaría que dichas regiones no pertenecen al mismo mercado relevante, lo cual no necesariamente es cierto. En efecto, si los precios en A y B son iguales y existen costos de transporte (aunque sea muy pequeños), no se observaría comercio entre ambas regiones a pesar de su cercanía y de producir exactamente el mismo bien. No obstante, los productores en una región ejercen una presión significativa en los de la otra, ya que un incremento en los precios de cualquiera de ellas se vería reflejado en un cambio hacia el otro productor, haciendo que el incremento en precios no sea rentable.<sup>38</sup>
48. Otra forma de aproximar el mercado geográfico consiste en incorporar en el análisis los **costos de transporte** además del precio del producto en diferentes áreas. Así,

<sup>36</sup> Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the purposes of Community Competition Law. OJ C 372 on 9/12/1997. Disponible en: <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/Enseignement/CoursEUCompetitionLaw/6-CommissionNotice.pdf>, último acceso: 24 de agosto de 2011.

<sup>37</sup> Davis y Garces (2010), página 198.

<sup>38</sup> Motta (2004), página 114.

por ejemplo, ante un alza en el precio del bien en el área A se podrá determinar si es posible adquirirlo a un precio razonable desde el área B<sup>39</sup>.

49. En el caso de *British Plasterboard*, la Comisión Europea analizó el mercado del yeso en Gran Bretaña e Irlanda<sup>40</sup>. A partir de la evaluación del precio del producto y los costos de transporte se llegó a la conclusión de que estos últimos eran tan altos que Gran Bretaña e Irlanda constituían mercados separados en la comercialización de este producto. Por otro lado, en el caso de Hilti, el Tribunal de Primera Instancia analizó el mercado geográfico relevante de las pistolas de clavos que son usados en la construcción y manufactura en la Unión Europea<sup>41</sup>. El análisis determinó que el costo de transporte de este producto era tan bajo que las diferencias de precios entre los Estados podrían ser suficientes para estimular el comercio paralelo. Así, se determinó que el mercado relevante estaba constituido por todos los países miembros de la Comunidad Europea.
50. Otra alternativa para evaluar las decisiones de sustitución corresponde al **análisis de la evidencia cualitativa**. La decisión de sustitución no está restringida únicamente a cambios en el consumo frente a incrementos en el precio sino que también toma en cuenta factores no cuantitativos, como las características y funciones de los productos<sup>42</sup>. Así, el uso que el consumidor pretende dar al bien o servicio es crucial en el análisis para determinar qué productos pueden ser considerados como sustitutos.
51. En el caso *United Brands*, la Comisión y la Corte de Justicia Europea estudiaron el mercado de frutas llegando a la conclusión de que los plátanos estaban en un mercado relevante distinto al de las otras frutas<sup>43</sup>. Esta decisión estuvo fundamentada en las características de los productos analizados sin incorporar ninguna evidencia cuantitativa. Así, la definición del mercado tomó en cuenta la existencia de semillas en la fruta, su suavidad y su facilidad de manipulación o traslado. A partir de este enfoque numerosos casos evaluados bajo la Ley de Competencia europea han seguido este tipo de análisis<sup>44</sup>.

#### II.4.2 Metodologías para definir el mercado relevante en el sector salud

52. El sector salud, en general, y la industria de hospitales y clínicas, en particular, presenta características diferentes a otros mercados que han sido materia de investigación en casos de competencia. El mercado de los hospitales y clínicas está caracterizado por productos heterogéneos, asimetrías de información y extensiva

<sup>39</sup> O'Donoghue y Padilla (2006), página 94.

<sup>40</sup> BPB Industries plc, DO 1989, L 10/50. Disponible en: [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/1990/286plaster.htm](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/1990/286plaster.htm), último acceso: 24 de agosto de 2011.

<sup>41</sup> Caso T-30/89, Hilti AG vs. Comisión (1991) ECR II-1439. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989A0030:EN:HTML>, último acceso: 24 de agosto de 2011.

<sup>42</sup> Ver la comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209%2801%29:ES:HTML>, último acceso: 25 de agosto de 2011.

<sup>43</sup> Caso 27/76, United Brands Company and United Brands Continental BV vs. Commission (1978) ECR 207. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976CJ0027:EN:PDF>, último acceso: 24 de agosto de 2011.

<sup>44</sup> O'Donoghue y Padilla (2006), página 86.



regulación gubernamental<sup>45</sup>. Cada una de estas características afecta la naturaleza de la competencia en la industria y por tanto la función de bienestar de la sociedad. Por esta razón, las metodologías empleadas en la definición del mercado relevante para estos casos incorporan en su definición estas características.

53. La experiencia de los casos revisados por el Departamento de Justicia (*Department of Justice* – DOJ) y la Comisión Federal de Comercio (*Federal Trade Commission* – FTC) de Estados Unidos muestra que las **consideraciones geográficas** han primado en la definición del mercado relevante en el sector salud<sup>46</sup>. Es decir, los usuarios de servicios médicos tienden a preferir usar los servicios provistos por aquellos centros de salud que se encuentren cerca a sus viviendas y familiares. Según Posner: "Las personas desearán ser hospitalizadas cerca de sus familias y casas, en hospitales en los cuales sus propios doctores tienen privilegios"<sup>47</sup>. En la práctica, esta definición ha sido implementada considerando los centros de salud ubicados dentro de un **radio de 24,14 km (15 millas)**<sup>48, 49</sup>.
54. Otra aplicación que ha sido ampliamente utilizada en el sector salud para definir mercados geográficos es el **test de Elzinga-Hogarty**. En este caso el test analiza el flujo de personas entre centros de salud de distintas áreas midiendo cuántos pacientes salen del área bajo análisis en busca de centros de salud en otros lugares así como los que arriban a dicha área en busca de atención médica. La principal limitación que esta prueba tiene en el caso del análisis del mercado de hospitales y clínicas es que asume que el servicio bajo análisis es un producto homogéneo. Esto representa un fuerte supuesto ya que lo usual en el caso de la prestación de los servicios de salud es que el producto sea diferenciado. Asimismo, se ha criticado que el traslado de los pacientes hacia otras áreas geográficas obedece a una serie de razones más allá de las variaciones en el precio<sup>50</sup>. Por tanto los flujos de pacientes entre hospitales no necesariamente reflejarían la sustitución de estos frente a cambios en el precio<sup>51</sup>.
55. Por otro lado, una de las críticas más comunes a la aplicación de esta metodología en el sector salud es que se ha observado que el radio de influencia puede ser extendido de tal manera que se agrande el mercado y así se diluya el poder de mercado. A finales de los años 90 el test Elzinga-Hogarty fue criticado duramente en Estados Unidos. Las agencias de competencia y las autoridades estatales cuestionaron que de un total de 900 casos de fusiones de hospitales analizados entre los años 1994 y 2000, solo se objetaron siete. Además, en ninguno de estos siete casos se logró que la objeción a la fusión procediera debido a que el test permitió ampliar el mercado relevante<sup>52</sup>. Por esta razón, el DOJ y el FTC

<sup>45</sup> Zang y Scout (2006), página 2.

<sup>46</sup> DOJ y FTC (2004). Disponible en: [http://www.justice.gov/atr/public/health\\_care/204694/chapter4.htm](http://www.justice.gov/atr/public/health_care/204694/chapter4.htm), último acceso: 25 de agosto de 2011.

<sup>47</sup> "People want to be hospitalized near their families and homes, in hospitals in which their own - local doctors have privileges." *Ibíd.*, capítulo 4, página 5.

<sup>48</sup> Dranove, Shanley y Simon (1992), página 251.

<sup>49</sup> Si bien se ha encontrado estudios en los que el radio de referencia se extiende entre las 5 y 65 millas, en las investigaciones realizadas por la FTC sobre el sector de salud se ha encontrado que el radio de influencia generalmente usado es de 15 millas. No obstante, cabe precisar que el radio de referencia puede variar en función al sector que es materia de análisis.

<sup>50</sup> Por ejemplo debido a variaciones percibidas o reales en la calidad, cobertura del seguro, desembolso efectivo, consideraciones familiares, entre otros.

<sup>51</sup> Davis y Garces (2010), página 200.

<sup>52</sup> *Ibíd.*, página 199.

- concluyeron que este test no era válido ni confiable para definir mercados geográficos en casos de fusiones de hospitales<sup>53</sup>.
56. En cuanto a la implementación del **SSNIP test** en el mercado de salud, se ha encontrado que el mercado geográfico podría variar en función al grupo de consumidores que se toma como referencia. En el caso *Cardinal Health*, la corte de Columbia reconoció que existía un mercado nacional y otro regional para los medicamentos: se encontró que los medicamentos adquiridos por grandes cadenas de farmacias pertenecían a un mercado nacional de consumo al por mayor; mientras que para el caso de farmacias independientes o de asociaciones se encontró que existía un mercado regional.<sup>54</sup>
57. En estudios recientes sobre la competencia en la prestación de servicios de salud se han encontrado propuestas para incorporar en el análisis **atributos no monetarios**. Goldman y Romley (2008) emplearon modelos probabilísticos<sup>55</sup> para incorporar en el análisis el efecto de factores como la calidad de la alimentación, del equipo médico y del entorno. De acuerdo a los autores, estos factores juegan un rol importante en la demanda de hospitales por parte de los pacientes con neumonía en Estados Unidos. Asimismo, para determinar la demanda los centros de salud, Howard (2005) empleó un modelo probabilístico para casos de atención de trasplantes de riñón en Estados Unidos<sup>56</sup>. Tay (2003) destacó la importancia de la diferenciación entre centros de salud dando énfasis al efecto de la calidad. El modelo estimó el flujo de pacientes a diferentes hospitales encontrando que la distancia y la calidad son sustancialmente importantes.
58. La aplicación de estos modelos para definir el mercado relevante de los servicios de salud tiene la ventaja de que incorpora el efecto de los factores no monetarios, lo cual permite identificar la sensibilidad de la demanda a atributos que son relevantes en un mercado diferenciado. Sin embargo, la desventaja es que están sujetos a la disponibilidad de información sobre estos factores. La dificultad, por tanto, radica en que tener acceso a esto implica conocer las preferencias de los pacientes o acceder a estudios de mercado o encuestas.
59. Finalmente, en algunos casos se ha utilizado más de una de las metodologías antes descritas. En el análisis realizado por el FTC respecto del impacto sobre la competencia de la fusión entre *Tenet Healthcare Corporation* y *Doctors Regional Medical Center*<sup>57</sup> se consideraron tanto los precios de los servicios como atributos no

<sup>53</sup> DOJ y FTC (2004), capítulo 4, página 5. Disponible en: [http://www.justice.gov/atr/public/health\\_care/204694/chapter4.htm](http://www.justice.gov/atr/public/health_care/204694/chapter4.htm), último acceso: 24 de agosto de 2011.

<sup>54</sup> Sullivan y Grimes (2000), página 585. Disponible en: <http://www.ftc.gov/os/1998/07/98cv0595.htm>, último acceso 26 de agosto.

<sup>55</sup> Los modelos probabilísticos se utilizan para hacer predicciones cuando la variable que se quiere evaluar (variable dependiente) es dicotómica (toma dos valores) y las variables independientes son continuas y/o discretas. De acuerdo a la función utilizada para la estimación de la probabilidad se puede tener:

- i) modelo logit: se usa cuando la función de probabilidad tiene una distribución logística, y
- ii) modelo probit: se usa cuando la función de probabilidad tiene una distribución normal.

Para mayor información revisar Medina (2003).

<sup>56</sup> Otros estudios en los que se ha empleado modelos probabilísticos para identificar los determinantes de la atención en determinado centro de salud fueron Qian, Yin, Nagarajam y Meng (2009) para zonas rurales en China; y Borah (2006) para zonas rurales en India. Ambos estudios emplearon modelos logit multinomiales mixtos.

<sup>57</sup> Caso N° 1:98CV00040CDP, FTC vs TENET HEALTHCARE CORPORATION, a Nevada Corporation, and POPLAR BLUFF PHYSICIANS GROUP, INC. d/b/a DOCTORS REGIONAL MEDICAL CENTER, a Missouri

monetarios. El análisis del mercado relevante de producto siguió la costumbre de las cortes norteamericanas de considerar el "servicio general de cuidados intensivos para pacientes en el hospital"<sup>58</sup>. Con este concepto se incluye un rango de servicios y capacidades necesarias para satisfacer las necesidades médicas, quirúrgicas, etc. de los pacientes.

60. El mercado relevante geográfico fue definido como el condado de Butler<sup>59</sup> y porciones de siete condados vecinos<sup>60</sup>. Para llegar a esta conclusión se utilizó evidencia presentada por empleadores, planes de salud y las partes a fusionarse que mostraban que fuera de dicha área no existían hospitales alternativos a los que los pacientes pudieran acudir en caso el nuevo hospital fusionado incrementara sus precios. Dicha evidencia estaba referida a aspectos diversos como los niveles de precios de hospitales alternativos, la distancia que tendrían que recorrer los pacientes y el cambio de médico tratante. Asimismo, se consideró que los hospitales rurales cercanos a los hospitales a fusionarse no ofrecían servicios comparables o de la misma calidad, por lo que no ejercían una presión competitiva real en caso los hospitales a fusionarse quisieran incrementar sus precios.

#### II.4.3 Metodologías para definir el mercado relevante en la prestación de los servicios médicos especializados en oncología

61. A continuación se presentan algunos casos en los que se han implementado las metodologías anteriormente descritas para la determinación del mercado relevante de instituciones que brindan servicios médicos especializados en oncología.
62. En el caso del *Evanston Northwestern Healthcare Corporation* por los servicios oncológicos, el FTC analizó el impacto de la fusión entre *Evanston Hospital*, *Glenbrook Hospital* y *Highland Park Hospital* en el estado de Evanston<sup>61</sup>. En la definición del mercado relevante se descartó el empleo del test Elzinga–Hogarty por considerar que se trataba de un producto diferenciado y por tanto el análisis del flujo de pacientes sería inaplicable<sup>62</sup>. La investigación señaló que es errado pensar que si algunos de los pacientes deciden viajar hacia hospitales lejanos, luego otros también lo harán en respuesta a cambios en el precio<sup>63</sup>. Es decir, sería incorrecto sugerir un mercado geográfico más amplio solo por la decisión de algunos pacientes. Así, se concluyó que existía una elevada probabilidad de que la fusión entre los hospitales reduciría sustancialmente la competencia en el mercado en el futuro. Es decir, se esperaba que después de la fusión los precios podrían incrementarse por encima de lo socialmente óptimo.

---

Corporation (1998). Disponible en: <http://www.ftc.gov/os/1998/04/pibrief.fin.htm>, último acceso: 25 de agosto de 2011.

<sup>58</sup> Traducción libre de *general acute care inpatient service*.

<sup>59</sup> Los hospitales que buscaban fusionarse estaban ubicados en el condado de Buttlar.

<sup>60</sup> Los hospitales incluidos se encontraban a una distancia máxima de 80,47 km. del condado de Buttlar.

<sup>61</sup> Documento N° 9315, *Evanston Northwestern Healthcare Corporation vs Federal Trade Commission* (2005), p.42 y p. 212-225. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/0555.pdf>, último acceso: 24 de agosto de 2011.

<sup>62</sup> *Ibíd.*, página 30.

<sup>63</sup> *Ibíd.*, página 31.

63. Adicionalmente, cabe tener en cuenta que, de acuerdo a Gaynor y Vogt (1999), los servicios de salud son heterogéneos y por tanto la competencia entre estos puede ser imperfecta. Por ejemplo, si bien puede existir un procedimiento estándar para la atención médica de una enfermedad, el servicio prestado por el centro de salud "X" podrá ser distinto del servicio prestado por el centro de salud "Y". Esto ocurre porque cada centro de salud tendrá características que hacen que el servicio que ofrece no sea exactamente igual al que ofrecen sus competidores.
64. Zang y Scout (2006) analizaron la entrada y competencia en el mercado de servicios médicos específicos tomando en cuenta consideraciones geográficas y atributos no monetarios. A diferencia de otros estudios sobre competencia entre hospitales en los cuales el mercado relevante de producto es definido como el servicio general de cuidados intensivos para pacientes en el hospital, los autores tratan a los hospitales como firmas multiproducto y analizan cada servicio por separado, esto es, definen múltiples mercados de producto, entre los cuales se incluye la provisión de servicios oncológicos, pediátricos, obstétricos, oftalmológicos, entre otros.
65. Para delimitar el mercado geográfico, Zang y Scout (2006) buscan definir áreas totalmente aisladas tales que los pacientes solo busquen servicios médicos dentro de dicha área y no se trate a pacientes provenientes de fuera de ella. Dado que no existe un método que empíricamente garantice esta situación, los autores optan por focalizarse en áreas geográficas (zonas metropolitanas<sup>64</sup> y condados) en las cuales se presente la menor cantidad de filtraciones. Parten de identificar todas las zonas metropolitanas de los Estados Unidos como potenciales mercados. Luego eliminan aquellas zonas metropolitanas que se encuentran a menos de 80,47 km. de distancia, con lo cual obtienen 141 zonas metropolitanas aisladas. Finalmente, añaden 78 condados grandes y aislados, a los cuales definen como aquellos condados con una población de al menos 50 000 personas y que se encuentran al menos a 80,47 km. de distancia de una zona metropolitana aislada o a 24,14 km. de otro condado con al menos 50 000 habitantes. De esta manera, se define un total de 219 mercados geográficos relevantes.
66. Considerando la literatura económica presentada (tanto la teórica como los casos aplicados) así como la información recogida en entrevistas, se encuentra que en la elección del centro de salud, además del precio, interviene la valoración de los factores no monetarios. Entre estos destaca la confianza en el médico tratante; el prestigio de la institución; la ubicación del centro de salud, la calidad del servicio; entre otros.
67. Los pacientes elegirán el centro de salud donde se encuentra su médico de confianza o donde este les sugiera que se atiendan. Asimismo, la decisión está influenciada por el prestigio de la institución que lo brinda, sea por su trayectoria o por la gama de especialidades relacionadas que también se practican en la institución. Otro factor determinante de la elección es la ubicación del centro de salud. Dependiendo del tipo de atención, los pacientes prefieren atenderse en un establecimiento cercano a sus familiares o a su centro laboral. Finalmente, en cuanto a la calidad del centro de salud se valoran aspectos como la rapidez en la atención (citas, exámenes, fecha de consultas, etc.), la comodidad del establecimiento y hasta la suntuosidad del mismo.

<sup>64</sup> *Metropolitan and micropolitan statistical areas.*

68. Por esta razón, la definición del mercado relevante en el que operan los SBTD del INEN deberá considerar los factores mencionados. En este sentido, se requerirá analizar la información del instituto bajo análisis así como la de los potenciales competidores con la finalidad de implementar el análisis metodológico para determinar el mercado relevante.

### III. HALLAZGOS PRELIMINARES

69. Los SBTD brindados por el INEN son todos aquellos servicios de oncología brindados por el INEN por los cuales se cobra una tarifa mayor que a otros tipos de pacientes, a cambio de lo cual la atención es brindada con un menor tiempo de espera y las hospitalizaciones se realizan en habitaciones privadas.
70. Diversos aspectos relacionados con la demanda por servicios médicos deben ser tomados en cuenta para la determinación del mercado relevante en el que operan los SBTD del INEN. En primer lugar, los servicios médicos son percibidos por los usuarios como heterogéneos debido a la existencia de importantes asimetrías de información y extensiva regulación gubernamental.
71. En segundo lugar, la demanda por servicios médicos es una demanda derivada que se presenta con el objetivo último de estar saludable. En el caso de los servicios médicos no es el paciente mismo (consumidor) quien define qué tipo de servicios serán demandados en el tratamiento de una enfermedad, sino que dicha demanda es determinada por el médico tratante (proveedor), a quien se le confía la decisión considerando los conocimientos y experiencia previamente adquiridos. En este sentido, el prestigio ganado por la institución, el equipamiento con que ella cuenta y su personal de soporte son también variables que son tomadas en cuenta por el paciente al momento de decidir en qué centro médico recibirá atención. Estas características son particularmente importantes cuando se trata del tratamiento de enfermedades oncológicas, ya que el riesgo asociado a recibir un tratamiento de baja calidad involucra en la mayoría de los casos a la vida misma del paciente. Adicionalmente, no todos los centros médicos del país cuentan con el equipamiento necesario para brindar las distintas alternativas de tratamiento contra el cáncer (cirugías, quimioterapia, radioterapia, etc.), lo cual determinaría que los servicios prestados por algunos centros médicos no puedan ser considerados sustitutos adecuados de los servicios prestados por el INEN.
72. En tercer lugar, existen algunas variables ajenas a la provisión misma del servicio médico que también pueden afectar su demanda. Entre dichas variables se encuentran, por ejemplo, el costo de oportunidad de ausentarse del centro laboral, los costos de traslado hacia el centro médico, el tiempo de espera para recibir el tratamiento, etc.
73. Por otro lado, se debe tener en cuenta que la aplicación de las metodologías utilizadas por diversas agencias de competencia para la determinación del mercado relevante implica contar con amplia información. Por ejemplo, para llevar a cabo un análisis de la pérdida crítica es necesario contar con información de los márgenes de ganancias netas en cada servicio prestado por los centros de salud, así como información de los precios de los servicios que están bajo análisis y sus volúmenes

de venta. Por su parte, para analizar la correlación y la co-integración de precios es necesario contar con información acerca de los precios cobrados por los distintos centros médicos a lo largo del tiempo. Y en el caso del test de Elzinga-Hogarty, se necesita contar con información del flujo de pacientes entre ofertantes de distintas áreas geográficas.

74. En este sentido, para dar respuesta a la solicitud formulada mediante el Memorándum N° 081-2011/CCD, es necesario contar con información adicional que deberá ser requerida por la CCD tanto al INEN como a diversas instituciones médicas del sector privado, tal como se detalla en los Anexos 2 y 3. La lista de instituciones médicas a las que se debe remitir el requerimiento de información es presentada en el Anexo 4.



**Juan De la Cruz T.**  
Gerente de Estudios  
Económicos (e)



**Melina Caldas C.**  
Ejecutivo 1



**Johanna Tejada V.**  
Ejecutivo 2

Lima, 07 de setiembre de 2011.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKERLOF, G. (1970). "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism". *The Quarterly Journal of Economics*, 84, pp. 488-500.

ARROW, K. J. (1963). "Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care". *The American Economic Review*, Vol. 53, N° 5 (Diciembre de 1963), pp. 941-973.

ASOCIACIÓN PERUANA DE EMPRESAS DE INVESTIGACIÓN DE MERCADO – APEIM (2008). *Niveles socioeconómicos 2009*. Disponible en: [http://www.apeim.com.pe/images/APEIMNSE2008\\_2009.pdf](http://www.apeim.com.pe/images/APEIMNSE2008_2009.pdf) (último acceso: 12 de agosto de 2011).

CALLIGARO, K.D., B. TOURSARKISSIAN, G. P. CLAGETT, J. TOWNE, K. HODGSON, G. MONETA, A. N. SIDAWY, J. L. CRONENWETT y CLINICAL PRACTICE COUNCIL OF THE SOCIETY FOR VASCULAR SURGERY (2008). "Guidelines for hospital privileges in vascular and endovascular surgery: Recommendations of the Society for Vascular Surgery". *Journal of Vascular Surgery*, Vol. 47, N° 1 (Enero de 2008), pp. 1-5.

CERNA - THE CENTRE OF INDUSTRIAL ECONOMICS AT MINES PARISTECH - COMMISSION NOTICE on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law OJ C 372 on 9/12/1997. Disponible en: <http://www.cerna.ensmp.fr/Documents/Enseignement/CoursEUCompetitionLaw/6-CommissionNotice.pdf>, último acceso: 24 de agosto de 2011.

COMPETITION COMMISSION OF THE UNITED KINGDOM (2005). *Somerfield plc / Wm Morrison Supermarkets plc: A report on the acquisition by Somerfield plc of 115 stores from Wm Morrison Supermarkets plc*. Disponible en: [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2005/501somerfield.htm](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2005/501somerfield.htm), último acceso: 26 de agosto de 2011.

COMPETITION COMMISSION OF UNITED KINGDOM (2000). *Nutreco Holding NV and Hydro Seafood GSP Ltd: A report on the proposed merger*. Disponible en: [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/2000/451nutreco.htm](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/2000/451nutreco.htm), último acceso: 24 de agosto de 2011.

COMPETITION COMMISSION OF UNITED KINGDOM (1990). BPB Industries plc, DO 1989, L 10/50. Disponible en: [http://www.competition-commission.org.uk/rep\\_pub/reports/1990/286plaster.htm](http://www.competition-commission.org.uk/rep_pub/reports/1990/286plaster.htm), último acceso: 24 de agosto de 2011.

DARBY, M. R. y E. KARNI (1973). "Free Competition and the Optimal Amount of Fraud". *Journal of Law and Economics*, Vol. 16, N° 1 (Abril de 1973), pp. 67-88.

DAVIS, P. y E. GARCES (2009), *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. Princeton: Princeton University Press.

DRANOVE, D., M. SHANLEY y C. SIMON. (1992). "Is hospital competition wasteful?" *The Rand Journal of Economics*, Vol. 23, N° 2, pp. 247-262.

EUROPEAN ECONOMIC COMMUNITY – EEC (1999). *Caso No. IV/M 619, Gencor/Lonhro. Confirmado en la apelación, Caso T-102/96, Gencor Ltd vs. Commission (1999)* ECR II-753. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61996A0102:EN:HTML> , último acceso: 24 de agosto de 2011.

EUROPEAN ECONOMIC COMMUNITY – EEC (1997). *comunicación de la Comisión Europea relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03)*. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209%2801%29:ES:HTML>, último acceso: 25 de agosto de 2011.

EUROPEAN ECONOMIC COMMUNITY – EEC (1992), Regulation 4064/59. *Caso número IV/M 190 Nestlé/Perrier (1992)* OJ 1992 L 356/1. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31992D0553:EN:HTML>, último acceso: 24 de agosto de 2011.

EUROPEAN ECONOMIC COMMUNITY – EEC (1991), *Caso T-30/89, Hilti AG vs. Comisión (1991)* ECR II-1439. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61989A0030:EN:HTML>, último acceso: 24 de agosto de 2011.

EUROPEAN ECONOMIC COMMUNITY – EEC (1978), *Caso 27/76, United Brands Company and United Brands Continental BV vs. Commission (1978)* ECR 207. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976CJ0027:EN:PDF>, último acceso: 24 de agosto de 2011.

FEDERAL TRADE COMMISSION – FTC (1998). *FTC v. Cardinal Health, Inc., and Bergen Brunswig Corp.* Disponible en: <http://www.ftc.gov/os/1998/07/98cv0595.htm>, último acceso 26 de agosto.

GOLDMAN, D. y J. A. ROMLEY (2008). "Hospitals as hotels: The role of patient amenities in hospital demand", *NBER Working Paper Series* 14619.

GRIMES, W. S. y L. A. SULLIVAN (2000). *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. Minnesota: Hornbook Series, West Group.

HASS WILSON, D. (2006). "The effect of Commercial Practice Restrictions: The case of Optometry", *Chicago Journal*, 12.

HOWARD, D. H. (2005). "Quality and consumer choice in healthcare: Evidence from kidney transplantation". *Topics in Economic Analysis and Policy*, Vol. 5(1), Artículo 24, p 5.

INEN (2011). *Resumen de Indicadores de Salud*. Departamento de Estadística. Disponible en: <http://www.inen.sld.pe/portal/estadisticas/datos-estadisticos/310-indicadores-de-salud.html> (último acceso: 22 de agosto de 2011).

INEN (2008 - 2011). *Indicadores para la Gestión Hospitalaria*. Reporte mensual del Departamento de Epidemiología y Estadística del Cáncer. Disponible en:



<http://www.inen.sld.pe/portal/estadisticas/estadisticas.html> (último acceso: 22 de agosto de 2011).

LEO, T. W. (2010). *Notes for Health Economics*. St. Francis Xavier University. Disponible en: <http://people.stfx.ca/tleo/Health.html> (último acceso: 17 de agosto de 2011).

MEDINA, E. (2003). "Modelos de Elección Discreta". Madrid: Universidad Autónoma de Madrid. Disponible en: [http://www.uam.es/personal\\_pdi/economicas/eva/pdf/logit.pdf](http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/eva/pdf/logit.pdf), último acceso 26 de agosto.

MOTTA, M. (2004), *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press.

NELSON, P. (1970). "Information and Consumer Behavior". *Journal of Political Economy*, Vol. 78, N° 2 (Marzo-Abril de 1970), pp. 311-329.

O'DONOGHUE, R. y A. J. PADILLA (2006). *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oregon: Hart Publishing.

QIAN, D., R. PONG, R., A. YIN, K. NAGARAJAN y Q. MENG (2009). "Determinants of health care demand in poor, rural China: the case of Gansu Province". *Health Policy and Planning*, 24: 324-334.

TAY, A. (2003). "Assessing competition in hospital care markets: The importance of accounting for quality differentiation". *RAND Journal of Economics*, 34(4): 786-814.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE – DOJ (2001). *Rio Grande Eye Associates -REGA-*. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/8973.htm>, último acceso: 26 de agosto de 2011.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE – DOJ (2001). *Respuesta al caso Rio Grande Eye Associates -REGA-*. Disponible en: <http://www.justice.gov/atr/public/busreview/8973.htm>, último acceso: 25 de Agosto de 2011.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION (2004). *Improving Health Care: A Dose of Competition*. Disponible en: [http://www.justice.gov/atr/public/health\\_care/204694.htm#toc](http://www.justice.gov/atr/public/health_care/204694.htm#toc), último acceso: 26 de agosto de 2011

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE – DOJ y FEDERAL TRADE COMMISSION – FTC (2004). *Improving Health Care: A Dose of Competition*. Disponible en: [http://www.justice.gov/atr/public/health\\_care/204694/chapter4.htm](http://www.justice.gov/atr/public/health_care/204694/chapter4.htm), último acceso: 25 de agosto de 2011.

ZANG, W y F. SCOTT (2006), *Entry and Competition in Markets for Specific Hospital Services*. The School of Economics of SUFE. Disponible en: [http://se.shufe.edu.cn/upload/info/wuhuayu/57632\\_1010180152411.pdf](http://se.shufe.edu.cn/upload/info/wuhuayu/57632_1010180152411.pdf), último acceso: 26 de agosto de 2011.

### Anexo 1

#### REUNIONES SOSTENIDAS PARA LA PREPARACIÓN DEL INFORME

Con el objetivo de dar respuesta a la solicitud de la CCD, representantes de la Gerencia remitieron las Cartas N° 013-2011/GEE-INDECOPI a 017-2011/GEE-INDECOPI, solicitando reuniones con diversos agentes participantes en el mercado de prestación de servicios médicos en general y de servicios médicos especializados en oftalmología, en particular. Lamentablemente, no fue posible concertar una cita con varias de las entidades contactadas. A continuación, se detallan las entrevistas sostenidas:

- El 14 de junio de 2011 a las 10h00 se llevó a cabo la reunión con el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas - INEN, representado por un equipo encabezado por el Dr. Raúl Cordero. Cabe precisar que un representante de la CCD estuvo presente en esta reunión.
- El 05 de julio de 2011 a las 15h00 se llevó a cabo la reunión con Pacífico Seguros, representada por los señores Francisco Monge y Ana Ramos.
- El 08 de julio de 2011 a las 10h00 se llevó a cabo la reunión con Oncosalud, representada por los señores Froilán Arellano Arrieta y Daniel Olaya.
- El 11 de julio de 2011 a las 11h30 se llevó a cabo la reunión con la Clínica Ricardo Palma, representada por el Dr. Sebastián Céspedes Espinosa.
- El 11 de julio de 2011 a las 15h00 se llevó a cabo la reunión con la Clínica Internacional, representada por el Dr. Alcides Garcia Barrionuevo.
- El 13 de julio de 2011 a las 10h00 se llevó a cabo la reunión con Mapfre Seguros, representada por el Sr. Guillermo Vallejo Ríos.
- El 15 de julio de 2011 a las 11h00 se llevó a cabo la reunión con la Clínica San Pablo, representada por el Dr. Amador Vargas Guerra.
- El 19 de agosto de 2011 a las 09h00 se llevó a cabo la reunión con Rímac Seguros, representada por los señores Jorge Salvatierra y Emerson Marquillo.
- Finalmente, el 11 de agosto de 2011 a las 11h00 se llevó a cabo la reunión con la clínica Santa Teresa, representada por el Sr. Víctor Puente-Arnao. Cabe precisar que un representante de la CCD estuvo presente en esta reunión.

000554

**Anexo 2**  
**REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN PARA EL INEN**

1. Desde su percepción, ¿qué atributos son los más valorados por los pacientes que hacen uso de los Servicios Bajo Tarifario Diferenciado (en adelante, SBTD)? Complete la tabla siguiente asignando a cada atributo un puntaje del 1 al 5, siendo 1 = muy valorado y 5 = nada valorado.

Atributo	Valoración en pacientes
Staff médico	
Tiempo de espera	
Ubicación	
Equipamiento	
Hotelería	
Limpieza	
Decoración	
Equipamiento	
Otros (especificar):	
1.	
2.	
3.	

Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

2. ¿Cuál es el tiempo de espera promedio para acceder a una consulta externa (ambulatoria)?

.....

3. ¿Brinda su institución algún servicio que **no** es provisto por ninguna clínica o institución médica del sector privado? En caso su respuesta sea afirmativa, complete la tabla siguiente:

Nombre del procedimiento	Equipos requeridos para su provisión	Breve descripción de las funciones del equipo

Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

4. ¿Cuenta su institución con equipos que ninguna otra clínica o institución médica del sector privado posee? En caso su respuesta sea afirmativa, especifique el nombre y las principales características de dichos equipos. Considere el formato siguiente:

Nombre del equipo	Breve descripción de sus funciones

Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

5. ¿Considera usted que alguna clínica o institución médica del sector privado está en la capacidad de brindar los SBTB que brinda su institución?

5.1. En caso su respuesta fuera afirmativa, mencione los nombres de dichas clínicas o instituciones médicas del sector privado.

.....  
 .....  
 .....  
 .....

5.2. En caso su respuesta fuera negativa, explique las razones que justifican su respuesta.

.....  
 .....  
 .....  
 .....

6. Liste los médicos que brindan SBTB, según especialidad y sub especialidad. Considere el formato siguiente:

Nombre del médico	CMP	Especialidad	Sub especialidad	Años de experiencia

Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

7. Respecto al personal que brinda SBTD:

7.1. ¿Cuáles son los requisitos para formar parte del grupo de personas que brinda SBTD?

.....  
 .....  
 .....  
 .....

7.2. Complete las tablas siguientes:

Año	Número de personas empleadas por el instituto <sup>1/</sup>			
	Médicos	Enfermeras	Personal técnico	Otros
2006				
2007				
2008				
2009				
2010				

1/ En caso el número de personas empleadas haya sufrido alguna variación durante el año, considere la cantidad promedio anual.

Año	Número de personas que brindan SBTD <sup>1/</sup>			
	Médicos	Enfermeras	Personal técnico	Otros
2006				
2007				
2008				
2009				
2010				

1/ En caso el número de personas empleadas haya sufrido alguna variación durante el año, considere la cantidad promedio anual.

8. Con relación a las hospitalizaciones, complete la tabla siguiente:

Año	Egresos de pacientes del instituto	Egresos de pacientes SBTD	Cantidad total de camas en el instituto	Cantidad de camas destinadas a los SBTD
2006				
2007				
2008				
2009				
2010				

000557

9. Con relación a las consultas externas (ambulatorias), complete la tabla siguiente:

Año	Cantidad total de consultas externas brindadas por el instituto	Cantidad de consultas externas brindadas en SBTD
2006		
2007		
2008		
2009		
2010		

10. Con relación a las intervenciones quirúrgicas (operaciones), complete la tabla siguiente:

Año	Cantidad total de intervenciones quirúrgicas brindadas por el instituto	Cantidad de intervenciones quirúrgicas brindadas en SBTD
2006		
2007		
2008		
2009		
2010		

11. Especifique el precio en Nuevos Soles de todos los servicios médicos brindados por su institución (incluye consultas, hospitalización, exámenes, intervenciones quirúrgicas u otros), según tipo de paciente, entre los años 2006 y 2011. Considere los formatos siguientes:

Nombre del servicio <sup>1/</sup>	2006				
	SBTD	EsSalud	Hospitalar	Social	SIS

1/ Incluye consultas, hospitalización, exámenes, intervenciones quirúrgicas (operaciones), etc.  
 Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

000558

Nombre del servicio <sup>1/</sup>	2007				
	SBTD	EsSalud	Hospitalar	Social	SIS

1/ Incluye consultas, hospitalización, exámenes, intervenciones quirúrgicas (operaciones), etc.  
 Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

Nombre del servicio <sup>1/</sup>	2008				
	SBTD	EsSalud	Hospitalar	Social	SIS

1/ Incluye consultas, hospitalización, exámenes, intervenciones quirúrgicas (operaciones), etc.  
 Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

Nombre del servicio <sup>1/</sup>	2009				
	SBTD	EsSalud	Hospitalar	Social	SIS

1/ Incluye consultas, hospitalización, exámenes, intervenciones quirúrgicas (operaciones), etc.  
 Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

000559

Nombre del servicio <sup>1/</sup>	2010				
	SBTD	EsSalud	Hospitalar	Social	SIS

1/ Incluye consultas, hospitalización, exámenes, intervenciones quirúrgicas (operaciones), etc.  
 Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

Nombre del servicio <sup>1/</sup>	2011				
	SBTD	EsSalud	Hospitalar	Social	SIS

1/ Incluye consultas, hospitalización, exámenes, intervenciones quirúrgicas (operaciones), etc.  
 Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

12. Especifique la cantidad total de servicios médicos brindados en SBTD por su institución (incluye consultas, hospitalizaciones, exámenes, intervenciones quirúrgicas u otros) entre los años 2006 y 2010. Considere el formato siguiente:

Nombre del servicio <sup>1/</sup>	2006	2007	2008	2009	2010

1/ Incluye consultas, hospitalización, exámenes, intervenciones quirúrgicas (operaciones), etc.  
 Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.



000566

13. Con relación a los ingresos del instituto, complete la tabla siguiente:

Año	Ingresos totales del instituto (en Nuevos Soles)	Ingresos del instituto por brindar SBTB (en Nuevos Soles)	Monto que quedó para la institución de los ingresos por brindar SBTB después de cubrir todos los costos de brindar SBTB (en Nuevos Soles)
2006			
2007			
2008			
2009			
2010			

14. Con relación a los pacientes atendidos en SBTB durante el 2010, complete la tabla siguiente:

Departamento de procedencia	Número de pacientes atendidos en SBTB, 2010
Amazonas	
Ancash	
Apurímac	
Arequipa	
Ayacucho	
Cajamarca	
Callao	
Cusco	
Huancavelica	
Huánuco	
Ica	
Junín	
La Libertad	
Lambayeque	
Lima	
Loreto	
Madre de Dios	
Moquegua	
Pasco	
Piura	
Puno	
San Martín	
Tacna	
Tumbes	
Ucayali	
TOTAL	

15. Con relación a los pacientes atendidos en SBTD y provenientes del departamento de Lima durante el 2010, complete la tabla siguiente:

Provincia de procedencia	Número de pacientes provenientes del departamento de Lima atendidos en SBTD, 2010
Lima	
Barranca	
Cajatambo	
Canta	
Cañete	
Huaral	
Huachipaico	
Huancavelica	
Huancabamba	
Huancayo	
Oyón	
Yauyos	
<b>TOTAL</b>	

16. Con relación a los pacientes atendidos en SBTD y provenientes de la provincia de Lima durante el 2010, complete la tabla siguiente:

Distrito de procedencia	Número de pacientes provenientes de la provincia de Lima atendidos en SBTD, 2010
Ancón	
Ate	
Barranco	
Breña	
Carabaylo	
Chaclacayo	
Chorrillos	
Cieneguilla	
Comas	
El Agustino	
Independencia	
Jesús María	
La Molina	
La Victoria	
Lima (Cercado)	
Lince	
Los Olivos	
Lurigancho	
Lurín	
Magdalena del Mar	
Pueblo Libre (Magdalena Vieja)	
Miraflores	
Pachacámac	

Pucusana	
Puente Piedra	
Punta Hermosa	
Punta Negra	
Rímac	
San Bartolo	
San Borja	
San Isidro	
San Juan de Lurigancho	
San Juan de Miraflores	
San Luis	
San Martín de Porres	
San Miguel	
Santa Anita	
Santa María del Mar	
Santa Rosa	
Santiago de Surco	
Surquillo	
Villa El Salvador	
Villa María del Triunfo	
TOTAL	

17. ¿Se ha visto interrumpida la provisión de SBTB entre los años 2006 y 2010? Especifique la fecha y duración de la(s) interrupción(es), así como las razones que motivaron dicha(s) interrupción(es).

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

18. En su opinión, ¿cuáles son las razones por las que los pacientes de SBTB prefieren tratarse en su institución y no en clínicas privadas?

.....  
.....  
.....  
.....  
.....





19.9. ¿Qué razones cree usted que motivaron la ausencia de dicho tipo de contrato o convenio? Fin del cuestionario.

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

*Si tiene alguna duda o consulta respecto a este cuestionario, por favor comuníquese con la Srta. Melina Caldas al teléfono 2247800, anexo 1385 o a la dirección electrónica [mcaldas@indecopi.gob.pe](mailto:mcaldas@indecopi.gob.pe).*

**Anexo 3**  
**REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN PARA INSTITUCIONES MÉDICAS DEL  
SECTOR PRIVADO**

1. Liste los accionistas (personas naturales y jurídicas) de su institución desde su creación hasta la fecha.

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

2. Desde su percepción, ¿qué atributos son los más valorados por los pacientes de su institución? Complete la tabla siguiente asignando a cada atributo un puntaje del 1 al 5, siendo 1 = muy valorado y 5 = nada valorado.

Atributo	Valoración en pacientes
Staff médico	
Tiempo de espera	
Ubicación	
Equipamiento	
Hotelería	
Limpieza	
Decoración	
Otros (especificar):	
1.	
2.	
3.	

Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

3. ¿Cuál es el tiempo de espera promedio para acceder a una consulta externa (ambulatoria)?

.....

4. Liste los médicos que laboran en su institución, según especialidad y sub especialidad. Considere el formato siguiente:

Nombre del médico	CMP	Especialidad	Sub especialidad	Años de experiencia

Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

5. Especifique el precio en Nuevos Soles de **todos los servicios médicos** brindados por su institución (incluye consultas, hospitalización, exámenes, intervenciones quirúrgicas u otros) para **un paciente que no cuenta con ningún tipo de seguro**, entre los años 2006 y 2011. Considere el formato siguiente:

Nombre del servicio <sup>1/</sup>	2006	2007	2008	2009	2010

1/ Incluye consultas, hospitalización, exámenes, intervenciones quirúrgicas (operaciones), etc.

Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

6. Especifique el precio en Nuevos Soles de **todos los servicios médicos** brindados por su institución (incluye consultas, hospitalización, exámenes, intervenciones quirúrgicas u otros) para **un paciente que cuenta con un seguro de salud (no EPS)**, según empresa de seguros durante el año 2010. Considere el formato siguiente:



000568

Nombre del servicio <sup>1/</sup>	Rímac	Pacífico	Mapfre	Otro (especificar)

<sup>1/</sup> Incluye consultas, hospitalización, exámenes, intervenciones quirúrgicas (operaciones), etc.  
 Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

7. ¿Brinda su institución algún servicio en la **especialidad de Oncología** que no es provisto por ninguna clínica o institución médica del sector privado y del sector público? En caso su respuesta sea afirmativa, complete la tabla siguiente:

Nombre del servicio	Equipos requeridos para su provisión	Breve descripción de las funciones del equipo

Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

8. ¿Cuenta su institución con equipos **utilizados en la especialidad de Oncología** que ninguna otra clínica o institución médica del sector privado o público posee? En caso su respuesta sea afirmativa, especifique el nombre y las principales características de dichos equipos. Considere el formato siguiente:

Nombre del equipo	Breve descripción de sus funciones

Nota: Incluya más filas en la tabla de considerarlo necesario.

9. ¿Considera usted que alguna clínica o institución médica del sector privado o público está en la capacidad de brindar los **servicios oncológicos** que brinda su institución? Para su respuesta tome en consideración aspectos como el staff

médico, nivel de precios, equipos, ubicación, variedad de especialidades y otros atributos.

- En caso su respuesta fuera afirmativa, mencione los nombres de dichas clínicas o instituciones médicas del sector privado o público.

.....  
.....  
.....  
.....

- En caso su respuesta fuera negativa, explique las razones que justifican su respuesta.

.....  
.....  
.....  
.....

10. Especifique el número promedio de camas con que contó su institución para atender pacientes en la **especialidad de Oncología** entre los años 2006 y 2010:

Año	Cantidad promedio de camas en la institución
2006	
2007	
2008	
2009	
2010	

11. Con relación a los pacientes atendidos en la **especialidad de Oncología** durante el 2010, complete la tabla siguiente:

Departamento de procedencia	Número de pacientes atendidos en la especialidad de Oncología, 2010
Amazonas	
Ancash	
Apurímac	
Arequipa	
Ayacucho	
Cajamarca	
Callao	

Cusco	
Huancavelica	
Huánuco	
Ica	
Junín	
La Libertad	
Lambayeque	
Lima	
Loreto	
Madre de Dios	
Moquegua	
Pasco	
Piura	
Puno	
San Martín	
Tacna	
Tumbes	
Ucayali	
<b>TOTAL</b>	

12. Con relación a los pacientes atendidos en la **especialidad de Oncología** y provenientes del departamento de Lima durante el 2010, complete la tabla siguiente:

Provincia de procedencia	Número de pacientes atendidos en la especialidad de Oncología, 2010
Lima	
Barranca	
Cajatambo	
Canta	
Cañete	
Huaral	
Huachichirí	
Huaura	
Oyón	
Yauyos	
<b>TOTAL</b>	

13. Con relación a los pacientes atendidos en la **especialidad de Oncología** y provenientes de la provincia de Lima durante el 2010, complete la tabla siguiente:

000571

<b>Distrito de procedencia</b>	<b>Número de pacientes atendidos en la especialidad de Oncología, 2010</b>
Ancón	
Ate	
Barranco	
Breña	
Carabaylo	
Chaclacayo	
Chorrillos	
Cieneguilla	
Comas	
El Agustino	
Independencia	
Jesús María	
La Molina	
La Victoria	
Lima (Cercado)	
Lince	
Los Olivos	
Lurigancho	
Lurín	
Magdalena del Mar	
Pueblo Libre (Magdalena Vieja)	
Miraflores	
Pachacámac	
Pucusana	
Puente Piedra	
Punta Hermosa	
Punta Negra	
Rímac	
San Bartolo	
San Borja	
San Isidro	
San Juan de Lurigancho	
San Juan de Miraflores	
San Luis	
San Martín de Porres	
San Miguel	
Santa Anita	
Santa María del Mar	
Santa Rosa	
Santiago de Surco	
Surquillo	
Villa El Salvador	
Villa María del Triunfo	
<b>TOTAL</b>	

000572

14. En promedio, ¿qué porcentaje del total de pacientes atendidos en su institución en la **especialidad de Oncología** cuenta con algún tipo de seguro (EPS, seguro oncológico, seguro de salud, etc.)?

.....

15. En su opinión, ¿cuáles son las razones por las que sus pacientes en la **especialidad de Oncología** prefieren tratarse en su institución y no en el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (INEN)?

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

16. Entre los años 2006 y 2010, ¿ha derivado su institución a algún paciente al INEN? Especifique fechas, sub-especialidad médica y las razones que motivaron la derivación del paciente.

.....  
.....  
.....  
.....  
.....

*Si tiene alguna duda o consulta respecto a este cuestionario, por favor comuníquese con la Srta. Melina Caldas al teléfono 2247800, anexo 1385 o a la dirección electrónica [mcaldas@indecopi.gob.pe](mailto:mcaldas@indecopi.gob.pe).*

**Anexo 4**  
**INSTITUCIONES MÉDICAS DEL SECTOR PRIVADO A QUIENES SE DIRIGE EL  
REQUERIMIENTO DE INFORMACIÓN**

Para la determinación de la lista de instituciones médicas que se incluyen en la presente lista se consideró información provista por la Asociación de Clínicas Particulares del Perú, así como información sobre las clínicas y clínicas especializadas con inscripción vigente ante la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud (SUNASA) y ubicadas en la provincia de Lima.

N°	Razón Social	Nombre Comercial
1	ADMINISTRADORA CLINICA RICARDO PALMA S.A.	CLINICA RICARDO PALMA
2	ASOCIACION CIVIL NUESTRA SEÑORA DEL SAGRADO CORAZON	CLINICA STELLA MARIS
3	ASOCIACION HIJAS DE SAN CAMILO	CLINICA TEZZA
4	ASOCIACIÓN PERUANO JAPONESA	CLINICA PERUANO JAPONESA
5	BRITISH AMERICAN HOSPITAL S.A.	CLINICA ANGLOAMERICANA
6	CLINICA INTERNACIONAL S.A.	CLINICA INTERNACIONAL SEDE LIMA
7	CLINICA INTERNACIONAL S.A. SEDE SAN BORJA	CLINICA INTERNACIONAL SEDE SAN BORJA
8	CLINICA JAVIER PRADO S.A.	CLINICA JAVIER PRADO
9	CLINICA MEDICA CAYETANO HEREDIA S.A.	CLINICA MEDICA CAYETANO HEREDIA
10	CLINICA QUIRURGICA SANTA MARIA S.A.	CLINICA QUIRURGICA SANTA MARIA
11	CLINICA SAN FELIPE S.A.	CLINICA SAN FELIPE
12	CLINICA SAN PABLO S.A.C.	CLINICA SAN PABLO
13	CLINICAS SAN BERNARDO S.A.	CLINICAS SAN BERNARDO
14	INSTITUTO ONCOLOGICO DE LIMA S.A.	INSTITUTO ONCOLOGICO DE LIMA
15	INSTITUTO ONCOLOGICO MIRAFLORES S.A.	INSTITUTO ONCOLOGICO MIRAFLORES
16	LA ESPERANZA DEL PERU S.A.	CLINICA SAN BORJA
17	SERVICIOS DE SALUD MONTEFIORI S.A.C.	CLINICA MONTEFIORI
18	SISTEMAS DE ADMINISTRACION HOSPITALARIA S.A.C.	CLINICA EL GOLF
19	SOCIEDAD FRANCESA DE BENEFICENCIA	CLINICA MAISON DE SANTE
20	VESALIO S.A.	CLINICA VESALIO



# **Anexo G**

Gerencia de Estudios Económicos  
anexo 4701



**INFORME N°026-2017/GEE**

A : **Abelardo Aramayo Baella**  
Secretario Técnico  
Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal

DE : **Javier Coronado Saleh**  
Gerente de Estudios Económicos

**Rodolfo Tupayachi Romero**  
Sub Gerente

**Roberto Daga Lázaro**  
Ejecutivo 1

ASUNTO : **Determinación del mercado relevante del "Servicio Bajo Tarifario Diferenciado" del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas durante el periodo 2008 - 2015**  
Memorándum N° 424-2016/CD1  
Memorándum N° 118-2016/GEE  
Memorándum N° 133-2016/CD1  
Informe N°130-2011/GEE  
Memorándum N° 081-2011/CCD  
(Expediente N° 154-2008/CCD)

En relación a la consulta efectuada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, ST-CCD), se remite el presente informe que recomienda la definición del mercado relevante del "Servicio Bajo Tarifario Diferenciado" (en adelante, SBTD) del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (en adelante, INEN) y el análisis de la oferta privada en ese mercado y las barreras a la entrada para el periodo 2008 - 2015.

**I. ANTECEDENTES**

1. La ST-CCD mediante Memorándum N° 081-2011/CCD, solicitó a esta Gerencia elaborar un informe técnico donde se determine el mercado relevante del SBTD del INEN. Ello en el marco del procedimiento tramitado bajo Expediente N° 154-2008/CCD, seguido por la Clínica Santa Teresa S.A. contra el INEN por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal. En respuesta a dicho requerimiento, esta Gerencia indicó, mediante el Informe N° 130-2011/GEE, la información que se requería tanto del propio INEN como de las diversas Instituciones médicas del sector privado, para elaborar el referido informe técnico.
2. Posteriormente, por intermedio del Memorándum N° 133-2016/CD1, se consultó a esta Gerencia si dicho requerimiento de información (es decir, el contenido en el



Informe N° 130-2011/GEE) debía ser actualizado y/o modificado, o si se mantenía vigente. Al respecto, esta Gerencia, por medio del Memorándum N° 118-2016/GEE, remitió el requerimiento de información actualizado siendo que la respuesta del INEN fue enviada a esta Gerencia mediante el Memorándum N° 424-2016/CD1.

## II. ANÁLISIS

3. Los objetivos del presente informe son definir el mercado relevante del SBTD del INEN durante el periodo 2008 - 2015, analizar la oferta privada disponible en ese mercado e identificar las barreras a la entrada para nuevos proveedores de servicios.
4. El análisis correspondiente se ha dividido en tres partes: (i) en la primera, se discute acerca de los criterios metodológicos para definir mercados relevantes en casos de servicios hospitalarios, (ii) en la segunda, se muestra el análisis de la información disponible y procesada por esta Gerencia, y (iii) en la tercera, se presenta la definición del mercado relevante del SBTD del INEN y el respectivo análisis de oferta privada disponible y barreras a la entrada a dicho mercado relevante.

### II.1. Metodologías para definir mercado relevante en servicios hospitalarios

5. La definición de mercado relevante busca definir el conjunto de productos o servicios y las respectivas ubicaciones geográficas de los proveedores de dichos productos o servicios, que rivalizan entre sí, ejerciéndose presión competitiva; es decir, se busca determinar dos dimensiones: el mercado del producto o servicio, y el mercado geográfico:<sup>1</sup>
  - El mercado de producto o servicio relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos, para lo que se evalúa, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas de sustitución y el tiempo requerido para ello.
  - El mercado geográfico relevante se refiere al conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto, cuyas condiciones de rivalidad son similares. Para la determinación de esta dimensión del mercado, se evalúa, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.
6. Al respecto, la casuística de las diversas agencias de competencia a nivel internacional, particularmente en casos de fusiones, donde se evaluaron las condiciones de competencia entre hospitales, permite extraer importantes criterios metodológicos para la determinación del mercado del producto o servicio y del mercado geográfico del SBTD del INEN. Dicha experiencia se pasa a revisar muy brevemente.

---

<sup>1</sup> Información tomada del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1034 "Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas", publicado el 25 de junio de 2008 en el Diario Oficial El Peruano. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/196578/dl1034.pdf/66c0472e-46de-4eb3-b872-7369c5279583>, accedido el 22 de noviembre de 2016.

### II.1.1. Metodología para definir el mercado del producto o servicio

7. En Estados Unidos, las decisiones de la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en Inglés) en relación a fusiones en mercados de servicios hospitalarios, concluyen que, aunque los potenciales efectos de la fusión sobre la competencia podrían ser analizados de manera separada para cada uno de los servicios hospitalarios, resulta adecuado evaluar el conjunto de servicios como un todo debido a que son ofrecidos bajo condiciones de competencia relativamente similares.<sup>2</sup>
8. Al respecto, este criterio de agrupación parece ser regla en varias experiencias internacionales, pues no se ha identificado un debate público intenso donde se critique el criterio adoptado por las diferentes agencias de competencia. Por ejemplo, en casos de competencia entre servicios hospitalarios en Estados Unidos, Alemania y Holanda, el criterio es similar sin que ello haya generado una controversia relevante (Kemp y Severijnen, 2010).<sup>3</sup>
9. El caso de Inglaterra, se presenta en la orilla opuesta a las experiencias precitadas pues se consideran mercados separados para cada especialidad médica dado que resulta bastante costoso para un hospital empezar a proveer especialidades médicas que antes no brindaba. Sin embargo, dentro de cada especialidad, ya no se hacen desagregaciones por sub-especialidades dado que es muy difícil sustituir tratamientos, en vista que existe un conjunto de procedimientos, equipos y recursos que se comparten dentro de cada especialidad. Es decir, los hospitales terminan compitiendo por proveer casi el mismo grupo de servicios dentro de cada especialidad.<sup>4</sup>
10. En términos generales, salvo el caso de Inglaterra, el enfoque dominante tanto en los casos de fusiones de hospitales como en las investigaciones académicas (que raramente ha sido objetado), es definir el mercado de producto como un conjunto de servicios hospitalarios o clúster (Hentschker et al, 2014).<sup>5</sup>
11. Las mejores prácticas internacionales, entonces, se inclinan por definir el mercado de producto como un conjunto de servicios hospitalarios y no necesariamente haciendo divisiones individuales según cada uno de los servicios hospitalarios o los diferentes diagnósticos médicos, y menos aún a nivel de sub-especialidades.

### II.1.2. Metodología para definir el mercado geográfico

12. En el caso de la definición del mercado geográfico de servicios hospitalarios, la controversia es significativamente mayor en comparación al caso de la definición del mercado de producto, considerándose como el "Talón de Aquiles" de los casos de

<sup>2</sup> Información disponible en:  
<<https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/151218ahc-pt3cmpt.pdf>>, accedido el 1 de noviembre de 2016.

<sup>3</sup> Kemp, R. y A. Severijnen, (2010). *Price effects of Dutch hospital mergers: An ex post assessment of hip surgery*. NMa Working Papers No 2, October 2010. Disponible en:

<sup>4</sup> <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1769544](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1769544)>, accedido el 3 de noviembre de 2016. Información disponible en:

<[https://assets.publishing.service.gov.uk/media/55194832ed915d142700014f/131017\\_final\\_report\\_appendices\\_glossary.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/media/55194832ed915d142700014f/131017_final_report_appendices_glossary.pdf)>, accedido el 15 de marzo de 2017.

<sup>5</sup> Hentschker, C.; R. Mennicken, y A. Schmid, (2014). *Defining Hospital Markets – An Application to the German Hospital Sector*. Health Economics Review 2014, 4:28. Disponible en:

<<https://thehealtheconomicreview.springeropen.com/articles/10.1186/s13561-014-0028-0>>, accedido el 8 de noviembre de 2016.

competencia dentro de la industria de hospitales (Kemp y Severijnen, 2010; y Varkevisser y Schut, 2012).<sup>6</sup>

13. Por un lado, en Estados Unidos, se ha pasado de un enfoque donde se analizaba el flujo de pacientes entre dos zonas geográficas hacia otro donde se identifican los diferentes hospitales que las empresas aseguradoras requieren tener dentro de sus redes de atención con el objetivo de brindar planes de salud atractivos para los diferentes pacientes (Brennan, 2016).<sup>7</sup>
14. De otro lado, en la experiencia europea, se distingue que, en Alemania, se emplea información sobre flujos de pacientes entre los diferentes hospitales, pero determinando el área comercial o *catchment area* de cada hospital mediante medidas referenciales previamente definidas o isócronas que son líneas imaginarias sobre un mapa que muestran los puntos de un tiempo de viaje determinado. El método de las isócronas también es empleado regularmente en Inglaterra. Para evitar sobre estimar el ámbito de los mercados geográficos, se evita considerar hospitales que son claramente diferentes entre sí dentro del área geográfica propuesta y tampoco se consideran umbrales arbitrarios de orden general, sino que se tienen en cuenta las características específicas de cada caso.
15. De las referencias consultadas por esta Gerencia, se puede concluir que solo se consideran los hospitales donde efectivamente los pacientes han sido atendidos en el pasado, aunque - como se deduce de la experiencia de Los Países Bajos - sin perder de vista que, en el futuro, la disponibilidad a viajar podría cambiar dependiendo de las diferencias respecto a la calidad de los servicios entre un hospital y otro.

## II.2. Análisis de la información disponible y procesada

16. La información disponible y procesada por esta Gerencia se presenta en dos secciones, según su orientación: (i) aquella información relacionada con características de la oferta, y (ii) aquella referida a características de la demanda.

### II.2.1. Características de la oferta

#### II.2.1.1. Descripción del INEN y su SBTD

17. El INEN es un Organismo Público Descentralizado adscrito al Sector Salud que *“tiene como misión proteger, promover, prevenir y garantizar la atención integral del paciente oncológico, dando prioridad a las personas de escasos recursos económicos; así como, controlar, técnica y administrativamente, a nivel nacional los servicios de salud de las enfermedades neoplásicas, y realizar las actividades de investigación y docencia propias del Instituto”*<sup>8</sup> y sus inicios se remontan hacia 1939 con la creación del entonces Instituto Nacional del Cáncer.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Varkevisser, M. y F. Schut, (2012). *The impact of geographic market definition on the stringency of hospital merger control in Germany and the Netherlands*. Health Economics, Policy and Law (2012), 7, 363–381. Cambridge University Press 2012. Disponible en: <[repub.eur.nl/pub/37330/Metis\\_181039.pdf](http://repub.eur.nl/pub/37330/Metis_181039.pdf)>, accedido el 10 de noviembre de 2016.

<sup>7</sup> Brennan, J. (2016). *Evolution of FTC Geographic Market Definition in Healthcare Mergers*. McDermott Will & Emery LLP. Disponible en: <[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/healthlaw/06\\_evolution\\_of\\_market\\_definition\\_in\\_healthcare\\_provider\\_transactions.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/healthlaw/06_evolution_of_market_definition_in_healthcare_provider_transactions.authcheckdam.pdf)>, accedido el 31 de octubre de 2016.

<sup>8</sup> Ver Artículo 3 de la Ley N° 28748, Ley que crea como Organismo Público Descentralizado - INEN, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30 de mayo de 2006. Disponible en:

<<http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/Leyes/28748.pdf>>, accedido el 26 de enero de 2017.

<sup>9</sup> Ver: <<http://www.inen.sld.pe/portal/institucional/resena-historica.html>>, accedido el 26 de enero de 2017.

18. El 28 de junio de 2005, mediante Resolución Directoral N° 629/2005-DG-DESP-DSS-DISA.V.LC<sup>10</sup>, el Minsa otorgó al INEN la categoría III-2<sup>11</sup> "Instituto Especializado en Oncología de Tercer Nivel de Atención" en virtud a que:
- (i) Pertenece al nivel de atención más alto (tercer nivel).
  - (ii) Es un establecimiento de salud y de investigación altamente especializado en el ámbito nacional.
  - (iii) Es el centro de referencia especializado de mayor complejidad.
  - (iv) Tiene un equipo de profesionales altamente especializado que garantiza la investigación y el desarrollo de técnicas médico-quirúrgicas de alta complejidad.
19. El SBTD del INEN es el conjunto de servicios oncológicos por los cuales se cobra una tarifa mayor a un tipo de paciente respecto de otras categorías. Por ejemplo, se cobra S/ 150 por consulta ambulatoria especializada frente a los S/ 20 para pacientes con seguro público y S/ 5 para pacientes sin seguro<sup>12</sup>. Los servicios bajo el SBTD se ofrecen con un menor tiempo de espera (entre 0 y 5 días frente a los 5 y 25 días ofrecidos a otro tipo de paciente<sup>13</sup>), siendo que, en casos de hospitalización, se brinda hospedaje en habitaciones privadas, a diferencia de los servicios convencionales que ofrecen habitaciones de entre 3 y 6 personas cada una<sup>14</sup>. Asimismo, se permite que el paciente que accede a los servicios del SBTD, elija al médico de su preferencia según la respectiva especialidad.<sup>15,16</sup>
20. Como se puede apreciar en el Cuadro 1, el número de consultas externas atendidas por el SBTD del INEN se ha multiplicado 2,14 veces entre 2011 (2 425 consultas externas) y 2015 (5 182 consultas externas). Asimismo, en términos relativos, su participación ha pasado de 0,89% a 1,45% del total de consultas externas del INEN, que incluye también pacientes del Seguro Integral de Salud - SIS, Hospitalar, EsSalud, y Social.

<sup>10</sup> La referencia a la categorización del INEN se encuentra disponible en:  
<[http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas\\_legales/NUEVA\\_Resoluciones\\_Jefaturales/2012/07112012\\_437\\_2012.pdf](http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas_legales/NUEVA_Resoluciones_Jefaturales/2012/07112012_437_2012.pdf)>, accedido el 26 de enero de 2017.

<sup>11</sup> MINISTERIO DE SALUD - Minsa (2004). *Norma Técnica: Categorías de Establecimientos de Sector Salud*. N T N° 0021- Minsa / DGSP V.01. Disponible en:  
<[http://www.minsa.gob.pe/dgsem/infraestructura/WEB\\_DI/NORMAS/NT-0021-DOCUMENTO%20OFICIAL%20CATEGORIZACION.pdf](http://www.minsa.gob.pe/dgsem/infraestructura/WEB_DI/NORMAS/NT-0021-DOCUMENTO%20OFICIAL%20CATEGORIZACION.pdf)>, accedido el 28 de noviembre de 2016

<sup>12</sup> Ver Tarifario del INEN 2016, aprobado mediante Resolución Jefatural N° 103-2016-J/INEN del 31 de marzo de 2016. Disponible en:  
<[http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas\\_legales/NUEVA\\_Resoluciones\\_Jefaturales/2016/02092016\\_RJ%20N%C2%B0%20103-2016.pdf](http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas_legales/NUEVA_Resoluciones_Jefaturales/2016/02092016_RJ%20N%C2%B0%20103-2016.pdf)>, accedido el 26 de enero de 2017.

<sup>13</sup> Ver párrafo 10 del Informe N° 130-2011/GEE del 7 de septiembre de 2011.

<sup>14</sup> Ídem.

<sup>15</sup> Esta información sobre la elección del médico por parte del paciente fue confirmada mediante una llamada telefónica realizada directamente al área SBTD del INEN el 27 de enero de 2017.

<sup>16</sup> Su funcionamiento se remonta hacia 1990 cuando se emitió la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM que aprobó el Reglamento del Servicio de Clínicas (como entonces se llamaba a los SBTD) en los Hospitales e Institutos Especializados del Minsa. Ver referencia en la página web del INEN, disponible en: <[http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas\\_legales/res\\_ministeriales/RM586\\_2006.pdf](http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas_legales/res_ministeriales/RM586_2006.pdf)>, accedido el 26 de enero de 2017.

**Cuadro 1**  
INEN: CONSULTAS EXTERNAS, SEGÚN GRUPOS DE PACIENTES, 2011 - 2015

Grupos de Pacientes	2011	2012	2013 <sup>a/</sup>	2014	2015	Total	Porcentaje
SIS <sup>1/</sup>	143 759	161 191	216 719	250 938	284 187	1 056 794	67,99%
Hospitalar <sup>2/</sup>	82 414	78 619	47 496	32 737	28 054	269 320	17,33%
EsSalud	32 080	35 541	36 667	37 376	36 519	178 183	11,46%
Social <sup>3/</sup>	13 071	8 509	4 523	3 530	2 234	31 867	2,05%
SBTD	2 425	2 977	3 654	3 326	5 182	18 064	1,16%
<b>Total</b>	<b>273 749</b>	<b>286 837</b>	<b>309 059</b>	<b>328 407</b>	<b>356 176</b>	<b>1 554 228</b>	<b>100,00%</b>

a/ enero - noviembre 2013.

1/ Seguro Integral de Salud.

2/ Se referiría a los "pacientes que no cuentan con ningún tipo de seguro". Información disponible en: <[http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas\\_legales/NUEVA\\_Resoluciones\\_Jefaturales/2011/30052011\\_203\\_2011.pdf](http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas_legales/NUEVA_Resoluciones_Jefaturales/2011/30052011_203_2011.pdf)>, accedido el 24 de febrero de 2017.

3/ Se trataría de "paciente(s) que no tiene(n) ningún tipo de seguro y son de escasos recursos económicos para afrontar los gastos de tratamiento". Información disponible en:

<[http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas\\_legales/NUEVA\\_Resoluciones\\_Jefaturales/2011/30052011\\_203\\_2011.pdf](http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas_legales/NUEVA_Resoluciones_Jefaturales/2011/30052011_203_2011.pdf)>, accedido el 24 de febrero de 2017.

Fuente: Reporte de Estadísticas "Indicadores para Evaluar la Gestión Hospitalaria" del Departamento de Epidemiología y Estadística del Cáncer del INEN (versiones 2011, 2012, 2013, 2014 y 2015).

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

21. La tarifa del SBTD del INEN se determina como el costo total de producción del servicio más un "margen adicional pasible de negociación".<sup>17</sup>

$$\text{Tarifa}_{\text{SBTD del INEN}} = \text{Costo total de producción} + \text{Margen adicional}$$

22. El costo total de producción se divide en: (i) costos directos, es decir, recursos humanos, insumos, servicios básicos, equipamiento básico y complementario, e infraestructura; y (ii) costos indirectos como servicios administrativos y servicios generales.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> No se pudo encontrar información sobre la determinación del "margen adicional". Ver Glosario del Tarifario del INEN 2016, aprobado mediante Resolución Jefatural N° 103-2016-J/INEN del 31 de marzo de 2016. Disponible en:

<[http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas\\_legales/NUEVA\\_Resoluciones\\_Jefaturales/2016/02092016\\_RJ%20N%C2%B0%20103-2016.pdf](http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas_legales/NUEVA_Resoluciones_Jefaturales/2016/02092016_RJ%20N%C2%B0%20103-2016.pdf)>, accedido el 26 de enero de 2017.

<sup>18</sup> Los lineamientos metodológicos para calcular el costo total de producción fueron aprobados por el Minsa mediante sus respectivas resoluciones ministeriales 704-2006/MINSA y 195-2009/MINSA, emitidas en el marco de la Resolución Ministerial N° 246-2006/MINSA.

- Resolución Ministerial N° 246-2006/MINSA del 13 de marzo de 2006 que aprobó el Documento Técnico "Lineamientos de Política Tarifaria en el Sector Salud". Disponible en:

<[ftp://ftp2.minsa.gob.pe/descargas/Transparencia/09GestionIns/Tarifaria/LPTarifaria.pdf](http://ftp2.minsa.gob.pe/descargas/Transparencia/09GestionIns/Tarifaria/LPTarifaria.pdf)>, accedido el 26 de enero de 2017.

- Resolución Ministerial N° 704-2006/MINSA del 26 de julio de 2006 que aprobó, entre otros, el Documento Técnico "Guía Metodológica de Determinación de Costos de Servicios de Salud para el Sector Salud". Disponible en: <<http://www.minsa.gob.pe/ogel/conversatorio/Recursos/RM704-2006.pdf>>, accedido el 13 de enero de 2017.

- Resolución Ministerial N° 195-2009/MINSA del 27 de marzo de 2009 que aprobó el Documento Técnico "Metodología para la Estimación de Costos Estándar en los Establecimientos de Salud". Disponible en: <<http://www.minsa.gob.pe/servicios/serums/2009/normas/15dtmce.pdf>>, accedido el 13 de enero de 2017.

**II.2.1.2. Categorización de los establecimientos de salud en el Perú**

23. En el Perú, todos los establecimientos de salud deben ser categorizados en función principalmente al grado de complejidad de las enfermedades que pueden atender. En el Cuadro 2 se presenta el detalle de los criterios de categorización de dichos establecimientos de salud.

**Cuadro 2**  
**PERÚ: TIPOS DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD, SEGÚN NIVELES DE ATENCIÓN, CARACTERÍSTICAS GENERALES, COMPLEJIDAD Y CATEGORÍA**

Nivel de atención	Características generales según Organización Mundial de la Salud OMS	Complejidad	Categoría	Denominación	
Primer nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Tiene pocas especialidades médicas, principalmente: medicina interna, obstetricia-ginecología, pediatría, cirugía general o solo medicina general.</li> <li>- Los servicios de laboratorio son limitados, están disponibles para análisis patológico general no especializado.</li> <li>- Tienen entre 30 y 200 camas.</li> </ul>	1°	I-1	Consultorio de profesionales de la salud (no médico cirujano)	
				Puesto de Salud o Posta de Salud (con profesional de la salud no médico cirujano)	
		2°	I-2	Consultorio Médico (con médico cirujano con o sin especialidad)	
				Puesto de Salud o Posta de Salud (con médico cirujano)	
		3°	I-3	Centro de Salud	
				Centro Médico	
				Centro Médico Especializado	
				Policlínico	
4°	I-4	Centro Odontológico			
		Centro de Salud con camas de internamiento			
Segundo nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Altamente diferenciado según función, con cinco a diez especialidades clínicas.</li> <li>- Tiene entre 200 y 800 camas.</li> </ul>	5°	II-1 (Atención General)	Hospital de atención general	
				Clinica de atención general	
		6°	II-2 (Atención General)	II-E (Atención Especializada)	Hospital de atención especializada
					Clinica de atención especializada
				II-2 (Atención General)	Hospital de atención general
					Clinica de atención general
Tercer nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Cuentan con personal y equipo técnico altamente especializado.</li> <li>- Los servicios clínicos están altamente diferenciados por función.</li> <li>- Podría tener actividades de enseñanza.</li> <li>- Tamaño de la cama que se extiende de 300-1.500 camas.</li> </ul>	7°	III-1 (Atención General)	Hospital de atención general	
				Clinica de atención general	
		III-E (Atención Especializada)	Hospital de atención especializada		
			Clinica de atención especializada		
		8°	III-2 (Atención Especializada)	Instituto de Salud Especializado	

1/ Información obtenida de Mulligan, J., A. Fox-Rushby, T. Adam, J. Johns, y A. Mills, (2005). *Unit Costs of Health Care Inputs in Low and Middle Income Regions*. DCP Working Paper No. 9. September 2003 (revised June 2005). Disponible en <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.366.3302&rep=rep1&type=pdf>>, accedido el 16 de marzo de 2017

Fuente: Resolución Ministerial 546-2011/MINSA. Disponible en: <[ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2012/RM546\\_2011\\_MINSA.pdf](ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2012/RM546_2011_MINSA.pdf)>, accedido el 21 de febrero de 2017.

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

24. Los Institutos de Salud Especializados son los establecimientos de salud que pertenecen a la categoría de mayor complejidad (III-2) y el nivel de atención más alto (tercer nivel). Por ello, se diferencian de los hospitales y las clínicas del sector público o privado, de atención general o especializada, que se encuentran en categorías de menor complejidad dentro del mismo nivel de atención (III-E y III-1), e incluso, algunas dentro de un nivel de atención menor (segundo nivel: II-2, II-E y II-1).
25. Si dos establecimientos de salud se encuentran dentro de la misma categoría de complejidad implica que están diseñados “[...] para enfrentar demandas equivalentes”,<sup>19</sup> aunque no necesariamente que sean similares respecto a todas sus características o atributos principales, como tamaño de infraestructura y cantidad de especialidades o sub-especialidades, o incluso respecto a público objetivo.<sup>20</sup>
26. El análisis comparativo entre los establecimientos de salud de categoría III-2 y los otros dos tipos de establecimientos de salud (III-E y III-1) dentro del tercer nivel de atención, permite concluir que:
- La similitud entre establecimientos de salud de la categoría III-2 (como los Institutos de Salud Especializados) y los de la categoría III-E (como un hospital o clínica de atención especializada) es que ambos brindan servicios con algún grado de especialización. Sin embargo, la diferencia determinante es que los de la categoría III-2 prestan “servicios de la mayor especialización” mientras que los de la categoría III-E simplemente brindan “atención especializada” (no la de mayor especialización).<sup>21</sup>
  - En relación a los establecimientos de salud de la categoría III-2 y los de la categoría III-1 el principal atributo diferencial es que los primeros son considerados especializados, en tanto los segundos son de atención general (hospitales o clínicas, como, por ejemplo, la Clínica Delgado<sup>22</sup> o la Clínica Ricardo Palma).
27. Como puede apreciarse en el Cuadro 3, hacia el 20 de julio de 2016 existían apenas cinco clínicas privadas en las diferentes categorías del nivel III en todo el Perú, sin embargo, ninguna de ellas estaba especializada en la atención de enfermedades oncológicas.

<sup>19</sup> Ver Directiva Administrativa N° 001-2010-DISA II LS/MINSA – DESP – V.01. “Directiva Administrativa: Requisitos y procedimientos administrativos para el proceso de categorización y recategorización de los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo, públicos y privados, en la Dirección de Salud II Lima Sur” (posteriormente derogada mediante Resolución Directoral 1009-2014-DISA.II.LS/AG del 8 de septiembre de 2014). Disponible en:

<[http://disalimasur.gob.pe/arch\\_categorias\\_servicios/archivos/Arch\\_19082010\\_11340980.pdf](http://disalimasur.gob.pe/arch_categorias_servicios/archivos/Arch_19082010_11340980.pdf)>, accedido el 8 de marzo de 2017.

<sup>20</sup> Por ejemplo, las sedes de San Borja y Benavides de la Clínica Oncosalud pertenecen a la misma categoría (I-3) pero se diferencian en cuanto al tamaño de su infraestructura y el número de especialidades. La primera tiene 155 ambientes y 21 especialidades (probablemente referidas a sub especialidades dentro de la especialidad de oncología) y la segunda tiene 39 ambientes y 8 especialidades. Ver:

<<http://www.spsd.org.pe/wp-content/uploads/2016/09/DIRECTORIO-DE-CL%C3%8DNICAS-PRIVADAS-Y-CENTROS-M%C3%89DICOS.pdf>>, accedido el 9 de marzo de 2017.

<sup>21</sup> Ver Resolución Ministerial 546-2011/MINSA.



Cuadro 3

## PERÚ: ESTABLECIMIENTOS DE SALUD DEL TERCER NIVEL DE ATENCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO, AL 20 DE JULIO DE 2016

Complejidad	Categoría	Denominación	Nombre Comercial	Especialidad	Ubicación
7°	III-1 (Atención General)	Hospital o clínica de atención general	- Clínica Ricardo Palma - Clínica San Borja - Clínica San Felipe S.A.	Atención general	Lima
	III-E (Atención Especializada)		- Instituto Médico Especializado en Diabetes "Soy Diabético"	Diabetes Mellitus <sup>1/</sup>	Piura
8°	III-2 (Atención Especializada)	Instituto de Salud Especializado	- Clínica del Inca (Instituto Neuro Cardiovascular de las Américas - INCA) <sup>2/</sup>	Enfermedades cardíacas, neurológicas y vasculares <sup>3/</sup>	Lima

Nota: Incluye únicamente establecimientos de salud privados, es decir, se han retirado aquellos pertenecientes a entidades públicas como el Instituto de Gestión de Servicios de Salud (IGSS), los Gobiernos Regionales, el Seguro Social de Salud (Essalud), el Ministerio de Salud (Minsa), la Sanidad de la Policía Nacional del Perú (PNP), la Sanidad del Ejército Peruano (EP), la Sanidad de la Fuerza Aérea del Perú (FAP), y la Sanidad de la Marina de Guerra del Perú.

1/Según su Página Web se trata de un "centro de atención integral en Diabetes Mellitus". Información disponible en: <<http://www.soydiabetico.pe/nosotros/>>, accedido el 23 de febrero de 2017.

2/ Su categorización le fue otorgada mediante Resolución Administrativa N° 1094-15-DESP-DSS-DISA.II.LS. del 12 de junio de 2015. Información disponible en: <<http://www.inca.org.pe/wp-content/uploads/2015/08/Resolucion-Categorizacion-III-2.pdf>>, accedido el 23 de febrero de 2017.

3/ Información disponible en: <<http://www.inca.org.pe/sobre-nosotros/>>, accedido el 23 de febrero de 2017.

Fuente: Registro Nacional de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (Renipress) de la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud).

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

28. En algunas ciudades distintas a Lima, existen hospitales especializados en enfermedades oncológicas, por ejemplo: el Instituto Regional de Enfermedades Neoplásicas "Dr. Luis Pinillos Ganoza" (en adelante, IREN Norte) en Trujillo y el Instituto Regional de Enfermedades Neoplásicas del Sur (en adelante, IREN Sur) en Arequipa. Ambos hospitales pertenecen a los Gobiernos Regionales de sus respectivas áreas geográficas, y por ello no son materia de análisis.

- El IREN Norte se creó mediante Ordenanza Regional N° 021-2006-CR/RLL el 7 de diciembre del 2006 como órgano desconcentrado de la Dirección Regional de Salud de la Gerencia Regional de Desarrollo Social del Gobierno Regional La Libertad, pero con dependencia técnica del INEN.<sup>23</sup>
- El IREN Sur se creó mediante Ordenanza Regional N° 057 del 17 de junio del 2008 como órgano desconcentrado de la Gerencia Regional de Salud del Gobierno Regional de Arequipa.<sup>24</sup>

<sup>23</sup> Información tomada de la página web del IREN Norte, disponible en: <<http://www.irennorte.gob.pe/historia.php>>, accedido el 30 de enero de 2017.

<sup>24</sup> Información tomada de la página web del IREN Sur, disponible en: <<http://www.irensur.gob.pe/index.php/institucional/resena-historica>>, accedido el 30 de enero de 2017.

29. En resumen, dentro del ámbito privado a nivel nacional, no existen establecimientos de salud de la misma especialidad que el INEN, que brinden el mismo nivel de atención (tercer nivel) y/o la misma complejidad (8° nivel de complejidad). Si se reduce el nivel de complejidad de la categoría III-2 a la III-E, tampoco se encuentra un establecimiento de salud que atienda la misma especialidad que el INEN.
30. Esta Gerencia considera que no es necesario proyectar el análisis desarrollado hasta el momento para niveles de complejidad menores, debido a que los servicios de otros establecimientos de salud del sector privado no son comparables a los servicios de los Institutos de Salud Especializados justamente por el distinto nivel de complejidad de las atenciones.

### II.2.1.3. Características económicas de los hospitales

31. Desde un enfoque económico, los hospitales son empresas organizadas para brindar servicios médicos que involucran combinaciones complejas de diferentes factores como: instalaciones físicas, tecnología avanzada y capital humano especializado (Hammer y Sage, 2003).<sup>25</sup> Sin embargo, por lo general, en los hospitales el capital humano no es un sustituto del capital físico, sino un factor complementario. Ello se debe a que los avances tecnológicos incorporados en planta y equipo (por ejemplo, salas de operaciones y equipo de diagnóstico por imágenes) requiere un volumen considerable de capital humano especializado para operar estas herramientas tecnológicas (Sloan y Hsieh, 2012).
32. En términos generales, los servicios que brindan los hospitales están orientados al mejoramiento de la salud de las personas o al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de las personas enfermas (Hirshon et al, 2013).<sup>26</sup> Los pacientes acuden a los hospitales porque tienen una enfermedad aguda (por ejemplo neumonía), o porque están experimentando consecuencias adversas particularmente serias de enfermedades crónicas, tales como ataque al corazón entre personas con enfermedades cardíacas (Sloan y Hsieh, 2012).<sup>27</sup>
33. Los hospitales se pueden clasificar atendiendo a un conjunto de criterios. En particular puede clasificarse según: propiedad (públicos y privados), objetivos financieros (con y sin fines de lucro),<sup>28</sup> responsabilidades formativas (docentes y no docentes), niveles jerárquicos o área de influencia (hospitales de atención primaria o locales, secundarios o regionales, y terciarios o nacionales), grado de especialidad de sus servicios (generales o especializados), modo de empleo de los médicos (como trabajadores del hospital o como profesionales independientes que atienden dentro de sus instalaciones) (Liu y Mills, 2007).<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Hammer, P. y W. Sage, (2003). *Critical Issues in Hospital Antitrust Law*. Health Affairs 22, N°6 (2003): 88-100. Disponible en: <<http://content.healthaffairs.org/content/22/6/88.full>>, accedido el 26 de octubre de 2016.

<sup>26</sup> Hirshon, J., N. Risko, E. Calvillo, S. Stewart, M. Narayan, Theodosios, y J. O'Neill, (2013). *Health systems and services: the role of acute care*. Bulletin of the World Health Organization 2013; 91:386-388. Disponible en: <<http://www.who.int/bulletin/volumes/91/5/12-112664.pdf>>, accedido el 26 de octubre de 2016.

<sup>27</sup> Sloan, F. y C. Hsieh, (2012). *Health Economics*. The MIT Press.

<sup>28</sup> El enfoque moderno del análisis de competencia se orienta a estudiar el comportamiento de las empresas (como, por ejemplo, los hospitales) y no sus objetivos (financieros). Por tal motivo, la categoría de "empresas sin fines de lucro" y características similares de buenas intenciones es irrelevante para la aplicación del análisis de competencia (Hammer y Sage, 2003).

<sup>29</sup> Liu, X. y A. Mills, (2007). *Economic Models of Hospital Behavior*. En: Capítulo 9 de Preker, A., X. Liu, V. Velenyi, y E. Baris, (2007, editores). *Public Ends, Private Means: Strategic Purchasing of Health Services*. The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank. Disponible

34. Respecto de la distinción de centros hospitalarios por niveles jerárquicos o áreas geográficas de influencia, es común definir tres niveles (Liu y Mills, 2007):
- Hospitales de atención primaria o locales, que brindan servicios médicos y quirúrgicos para enfermedades comunes.
  - Hospitales secundarios o regionales que atienden la mayoría de servicios hospitalarios y procedimientos quirúrgicos graves.
  - Hospitales terciarios o nacionales que cuentan con servicios para pacientes cuyas enfermedades no pueden ser diagnosticadas y tratadas en los hospitales de menor nivel jerárquico, presumiblemente por el alto grado de complejidad de la condición médica.
35. En el caso de la clasificación de hospitales según el grado de especialidad (servicios generales o especializados), se distinguen dos tipos de hospitales (Liu y Mills, 2007):
- Hospitales generales que brindan atención médica para todo tipo de enfermedades y para todo tipo de pacientes.
  - Hospitales especializados que brindan atención médica para tratamiento de enfermedades específicas como enfermedades cancerígenas, enfermedades de la vista, etc.; o para grupos específicos de pacientes, por ejemplo: niños, mujeres, ancianos, etc.
36. Respecto a los servicios especializados, intuitivamente se espera que la oferta hospitalaria sea limitada, debido a los altos costos de los tratamientos y el escaso personal cualificado. Los hospitales especializados, por lo tanto, requieren cierta escala de servicios para ser eficientes económicamente. La evidencia empírica consultada favorece la intuición ya que concluye que la atención de procedimientos complejos altamente especializados como, por ejemplo, cirugía cardíaca, tiende a ser brindada por un número muy limitado de hospitales (Propper y Leckie, 2011).<sup>30</sup>
37. De la discusión y evidencia analizada hasta el momento, esta Gerencia verifica y concluye que el INEN es un hospital público (según su propiedad), sin fines de lucro (según sus objetivos financieros), docente (según sus responsabilidades educativas), de tercer nivel o de ámbito nacional (según su jerarquía o área de influencia), de servicios especializados (según el grado de especialidad de sus servicios), y con trabajadores contratados por el hospital (según el modo de empleo de los médicos).
38. Adicionalmente, los mercados de servicios hospitalarios tienen al menos tres características específicas que deben tenerse en cuenta para la definición del mercado relevante (Kemp y Severijnen, 2010).<sup>31</sup>

---

en: <[https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/6683/399790PAPER0Pu101OFFICIAL\\_0USE0ONLY1.pdf?sequence=1](https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/6683/399790PAPER0Pu101OFFICIAL_0USE0ONLY1.pdf?sequence=1)>, accedido el 26 de octubre de 2016.

<sup>30</sup> Propper, C. y G. Leckie, (2011). *Increasing Competition between providers in health care markets: The economic evidence*. En: Capítulo 28 de Glied, S. y Smith, P. (2011, editores). *The Oxford Handbook of Health Economics*. Oxford University Press.

<sup>31</sup> Kemp, R. y A. Severijnen, (2010). *Price effects of Dutch hospital mergers: An ex post assessment of hip surgery*. NMa Working Papers No 2. October 2010. Disponible en: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1769544](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1769544)>, accedido el 3 de noviembre de 2016.

- Existen planes de seguros de salud que son los que finalmente pagan la mayor parte de los costos de los servicios médicos, procedimientos, etc., y el paciente paga solo una parte menor de dichos costos, dependiendo del grado de cobertura de su seguro.
- Los servicios médicos, procedimientos, etc. que brinda un hospital son diferentes en comparación con los que brinda otro hospital pues se trata de un mercado donde el producto es diferenciado, en cuanto a sus características de: precios, calidad del servicio, experiencia del médico, ubicación geográfica del hospital, instalaciones físicas de los hospitales, tiempos de espera para atención médica, disponibilidad de procedimientos y medicinas, entre otras características.
- Existe asimetría de información entre el paciente y el médico respecto a las características de los diagnósticos y tratamientos de las diversas enfermedades, e incluso el médico (que oferta sus servicios a los hospitales o clínicas, o directamente a los pacientes en el caso de consultorios privados) es quien determina el diagnóstico y el mejor tratamiento disponible, además de las respectivas medicinas que se deben adquirir. El médico actúa en la práctica como un orientador de la demanda de los pacientes. Esta asimetría de información entre el paciente y el médico probablemente sea mayor en el caso de enfermedades complejas donde los médicos son altamente especializados.

39. El hecho que los servicios, procedimientos, y otros, que brinda un hospital puedan llegar a ser suficientemente distintos en comparación con los que brinda otro hospital, se hace más notorio cuando se trata de hacer comparaciones entre hospitales generales y hospitales especializados, por los siguientes motivos:

- La clasificación de establecimientos de salud diferencia entre hospitales generales, y hospitales especializados, puesto que el grado de especificidad de los servicios podría influir en los objetivos y desempeño de los hospitales (Liu y Mills, 2007).
- Los estudios donde se busca analizar alguna problemática o característica propia del mercado de hospitales, no suelen incluir dentro de un mismo grupo de análisis a los hospitales generales y los hospitales especializados, porque se entiende que son diferentes y, por ello, no deben compararse entre sí. Por ejemplo:
  - Para estimar el grado de eficiencia económica de los hospitales públicos de Grecia en 2005, Mitropoulos *et. al.* (2012)<sup>32</sup> retiraron de su estudio a los hospitales especializados por no ser comparables con los generales. Los investigadores consideraron una muestra de hospitales más homogénea tomando en cuenta únicamente los servicios hospitalarios que proveen un número completo de servicios generales.
  - Tay (2003)<sup>33</sup> condujo un estudio sobre el impacto de la calidad y la distancia de los hospitales de Estados Unidos en la demanda de los pacientes con datos de 1994, donde consideró únicamente a los hospitales de atención

<sup>32</sup> Mitropoulos, P., I. Mitropoulos, y A. Sissouras, (2012). *Managing for Efficiency in Health Care: The Case of Greek Public Hospitals*. The European Journal of Health Economics, Vol. 14, No. 6 (December 2013), pp. 929-938. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/42002299.pdf>>, accedido el 6 de marzo de 2017.

<sup>33</sup> Tay, A. (2003). *Assessing Competition in Hospital Care Markets: The Importance of Accounting for Quality Differentiation*. The RAND Journal of Economics, 34(4), pp. 786-814. Disponible en: <<https://www.jstor.org/stable/pdf/1593788.pdf>>, accedido el 6 de marzo de 2017.

general, debido a que comparten características que los hacen un grupo más homogéneo, por ejemplo, algunos atributos cercanos son el número de camas, el tamaño del hospital, y el número de especialidades ofrecidas.

- Al estudiar el impacto del número de hospitales especializados en los costos de las operaciones realizadas en hospitales generales de Estados Unidos, Kumar (2010)<sup>34</sup> indica que ambos grupos difieren respecto a sus niveles de eficiencia, en tanto los hospitales especializados tenderían a ser más eficientes en costos que los generales. Este resultado favorece la intuición anteriormente señalada que sugiere que los hospitales especializados, por sus características tecnológicas, requieren de cierta escala de producción para ser eficientes.
40. El enfoque de los estudios consultados en la literatura internacional, es consistente con los procedimientos típicos de análisis de mercado relevante, en la medida que buscan comparaciones entre servicios que sean considerados claramente sustitutivos entre sí desde el punto de vista de la demanda. A criterio de esta Gerencia, este enfoque además cobra mayor significancia, y su estándar de análisis debe ser más estricto, tratándose de servicios médicos, más aún si son servicios médicos especializados. Nuestro razonamiento considera fundamental que lo que busca la demanda es tratarse con éxito una condición médica, y en el caso particular de enfermedades oncológicas, tratar una condición de mucha gravedad. Por ello, la sustitución entre servicios solo puede darse entre servicios médicos marcadamente homogéneos.
  41. De otro lado, buena parte de la evidencia que se obtiene de la literatura parece corroborarse en el caso de los servicios hospitalarios en el Perú. Por ejemplo, los Institutos de Salud Especializados tienen una cantidad de personal médico muy superior en comparación con establecimientos de salud de atención general del sector privado. Asimismo, realizan una cantidad mayor de operaciones en cada una de las especialidades de oftalmología, oncología y pediatría.<sup>35</sup>
  42. Lo anterior sugiere que los Institutos de Salud Especializados, por sus características, muestran la necesidad de atender una escala significativa de pacientes, hecho que es consistente con la tecnología propia de centros de alta especialización, a saber, equipamientos especializados y de alto costo, con capital humano numeroso y bien cualificado.

## II.2.2. Características de la demanda

### II.2.2.1. Características económicas de los servicios médico

43. Las características típicas de los servicios médicos en general son: información asimétrica,<sup>36</sup> incertidumbre sobre la calidad del servicio, bienes o servicios de confianza,<sup>37</sup> demanda determinada por el médico, etc. (Arrow, 1963<sup>38</sup>; y Leo, 2010<sup>39</sup>).

---

<sup>34</sup> Kumar, S. (2010). *Specialty hospitals emulating focused factories: A case study*. International Journal of Health Care Quality Assurance, 23:1, pp. 94-109. Disponible en: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/21387866>>, accedido el 6 de marzo de 2017.

<sup>35</sup>

<sup>36</sup> El médico tiene más información sobre la enfermedad y su tratamiento en comparación con el paciente.

<sup>37</sup> La existencia de incertidumbre respecto a la calidad del servicio brindado y de asimetrías de información entre las partes participantes en la transacción genera que los servicios médicos puedan ser catalogados como bienes o servicios de confianza (*credence goods*) siendo que los consumidores enfrentan

Adicionalmente, resulta importante considerar algunas otras características como las siguientes:

- La existencia de seguros de salud reduce el efecto del precio sobre la cantidad demandada porque el paciente paga solo una parte pequeña del precio de los diferentes servicios médicos, procedimientos, etc.
- El rol del prestigio ganado por los médicos y los establecimientos de salud donde atienden es clave, sobre todo cuando se trata de enfermedades con alto grado de complejidad, ya que dicho prestigio es percibido por los pacientes como un indicador de la calidad del servicio médico.
- La demanda por los servicios médicos no cambia significativamente en el corto plazo debido a modificaciones en el precio y el ingreso monetario de los pacientes. La evidencia empírica muestra que: (i) aunque las estimaciones de la elasticidad precio de los servicios médicos en general presentan un rango de valores relativamente amplio, en promedio tiende a un valor negativo bastante bajo, alrededor de 0,17, que indica que, un aumento del precio reducirá muy poco el gasto en cuidados de la salud; y (ii) la elasticidad ingreso se encuentra en un rango de entre 0 y 0,2 lo que significa que conforme el ingreso monetario de los pacientes se incrementa, también aumenta la cantidad demandada, pero en una magnitud relativamente pequeña (Ringel *et al.*, 2002).<sup>40</sup>
- En el caso específico de enfermedades oncológicas no se ha identificado estudios donde se estime la elasticidad de la demanda por cuidados del cáncer, sin embargo, es fácil concluir que los pacientes de cáncer (o, específicamente, las empresas aseguradoras) son incluso menos sensibles a los precios, en comparación a lo que ocurre con otras condiciones de salud (Ramsey, 2007).<sup>41</sup> Al respecto, el Profesor Tomas Philipson, especialista en economía de la salud de la Universidad de Chicago, indica que, efectivamente, incluso cuando los precios de los medicamentos oncológicos son altos, su demanda es largamente inelástica (The Economist, 2011).<sup>42</sup>
- El gasto en tratamientos oncológicos es significativo, altamente variable, destinado principalmente a medicamentos oncológicos, y ocurre fundamentalmente durante el primer año de tratamiento. En efecto:

---

limitaciones para buscar, determinar e inclusive para aprender a través de la experiencia sobre los principales elementos de calidad del servicio.

<sup>38</sup> Arrow, K. (1963). *Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care*. The American Economic Review, Vol. 53, N° 5 (December 1963), pp. 941-973. Disponible en: <<https://assets.aeaweb.org/assets/production/journals/aer/top20/53.5.941-973.pdf>>, accedido el 25 de noviembre de 2016.

<sup>39</sup> Leo, T. (2010). *Notes for Health Economics*. St. Francis Xavier University. Disponible en: <<http://people.stfx.ca/leo/Health.html>>, accedido el 25 de noviembre de 2016.

<sup>40</sup> Ringel, J., S. Hosek, B. Vollaard, y S. Mahnovski, (2002). *The Elasticity of Demand for Health Care: A Review of the Literature and Its Application to the Military Health System*. RAND Corporation. Disponible en: <[http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monograph\\_reports/2005/MR1355.pdf](http://www.rand.org/content/dam/rand/pubs/monograph_reports/2005/MR1355.pdf)>, accedido el 27 de enero de 2017.

<sup>41</sup> Ramsey, S. (2007). *How Should We Pay the Piper When He's Calling the Tune? On the Long-Term Affordability of Cancer Care in the United States*. Journal of Clinical Oncology. Volume 25, Number 2, January 10, 2007. Disponible en: <<http://ascopubs.org/doi/pdf/10.1200/JCO.2006.08.9805>>, accedido el 27 de enero de 2017.

<sup>42</sup> The Economist (2011). *The costly war on cancer. Drug companies in America*. May 26th 2011 | New York. Disponible en: <<http://www.economist.com/node/18743951>>, accedido el 27 de enero de 2017.

- Según estimaciones realizadas por Rímac Seguros en los años 2013 y 2014, el gasto promedio de los tratamientos oncológicos podía llegar hasta S/ 150 mil en el 90% de los casos, y ser mayor a S/ 450 mil en el 10% de los casos restantes.<sup>43</sup>
- Dichas estimaciones también indican que el gasto promedio varía significativamente según tipo de patología, desde un cáncer de piel con S/ 3,5 mil, hasta un cáncer de colon con S/ 180 mil, cáncer de mama S/ 250 mil, y una leucemia (con trasplante de médula ósea) con S/ 500 mil (o incluso hasta un monto de S/ 1 millón<sup>44</sup>).<sup>45,46</sup>
- Según Oncosalud, también con cifras hacia el año 2014, el 60% del gasto total corresponde a medicamentos y más del 50% del gasto ocurre por lo general durante el primer año del tratamiento.<sup>47</sup>
- Las enfermedades de salud complejas como las oncológicas no parecen distinguir entre segmentos poblacionales específicos (por ejemplo, edad, ubicación geográfica, o poder adquisitivo) y el acceso o demanda por diagnóstico y posterior tratamiento dependerá finalmente del poder adquisitivo de los pacientes.

#### II.2.2.2. Características de la demanda por el SBTD del INEN

44. La información disponible y procesada por esta Gerencia, permite caracterizar la demanda por los servicios, procedimientos, entre otros, del SBTD del INEN en función a dos atributos de los pacientes, valorados en casos similares: procedencia geográfica y poder adquisitivo.
- En cuanto a la procedencia geográfica de los pacientes se observa que, durante el 2015, el 75,27% del total de pacientes atendidos por el SBTD del INEN provino del departamento de Lima (incluida la Provincia Constitucional del Callao), mientras que la participación porcentual de otros departamentos estuvo alrededor de 3% o menos.

A su vez, el análisis de la información sobre los pacientes provenientes de la provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao, que se presenta en el Cuadro 4, permite identificar las siguientes características:

---

<sup>43</sup> Información disponible en: <http://gestion.pe/economia/seguros-oncologicos-se-han-convertido-inversion-inteligente-2076036>, accedido el 17 de febrero de 2017.

<sup>44</sup> Información disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/peru/cuanto-asciende-costo-anual-tratamiento-cancer-noticia-1716699>, accedido el 17 de febrero de 2017.

<sup>45</sup> Información disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/personal/conoce-cuanto-cuesta-protégerte-seguro-oncologico-noticia-1734675>, accedido el 27 de enero de 2017.

<sup>46</sup> Según Pacífico Seguros, el gasto en un tratamiento oncológico puede ser de entre S/ 150 mil y S/ 450 mil, pero anualmente, dependiendo de la gravedad del cáncer. Información disponible en: <http://gestion.pe/tu-dinero/alrededor-12-millones-peruanos-tienen-seguros-oncologicos-que-frena-su-aumento-2171861>, accedido el 17 de febrero de 2017.

<sup>47</sup> Información disponible en: <http://elcomercio.pe/economia/peru/cuanto-asciende-costo-anual-tratamiento-cancer-noticia-1716699>, accedido el 17 de febrero de 2017.

- Los pacientes atendidos por el SBTD del INEN provienen principalmente de lugares cuyo tiempo de viaje hacia el INEN (en minutos) es relativamente bajo en comparación a otros lugares.

El tiempo de viaje al INEN se encuentra en un rango entre 19 y 31,53 minutos en el caso de pacientes provenientes de la Zona 7 (Miraflores, San Isidro, San Borja, Surco y La Molina), Zona 8 (Surquillo, Barranco, Chorrillos y San Juan de Miraflores), Zona 6 (Jesús María, Lince, Pueblo Libre, Magdalena y San Miguel), Zona 4 (Cercado, Rímac, Breña y La Victoria) y Zona 3 (solo San Juan de Lurigancho). Estos datos son de particular relevancia debido a que el 75,30% del total de pacientes provenientes de la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, eran precisamente de estas zonas.

Por su parte, el tiempo de viaje de las otras zonas de origen de pacientes del INEN se encuentra en un rango amplio que va desde los 35,88 minutos (Zona 9 compuesta por Villa El Salvador, Villa María del Triunfo, Lurín y Pachacamac) hasta los 65,67 minutos (Zona 1 compuesta por Puente Piedra, Comas, Carabaylo).<sup>48</sup>

- Los pacientes atendidos por el SBTD del INEN provienen principalmente de lugares cuya distancia al INEN (en kilómetros) es relativamente menor en comparación a otros lugares.

La distancia promedio hacia el INEN se encuentra en un rango de entre 4,20 y 8,28 km en el caso de lugares desde dónde provino el 75,30% del total de pacientes de la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao. De otro lado, el 24,32%<sup>49</sup> proviene de zonas más alejadas dentro de la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, que se encuentran a una distancia de entre 13,64 km y 23,95 km en promedio respecto al INEN.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Esta información fue recogida en 2017, fuera del período de análisis que corresponde a los años entre 2008 y 2015. Sin embargo, al tratarse de un análisis de tiempos relativos de desplazamiento entre zonas es esperable que los resultados sean extrapolables a la situación relevante a lo largo del período de análisis. En otras palabras, si bien los tiempos de desplazamiento para una zona respecto del INEN pueden haber cambiado en términos absolutos, en términos comparables con los tiempos de otras zonas no deberían haber cambiado de manera significativa.

<sup>49</sup> Tal como se aprecia en el Cuadro 4, el porcentaje de 24,32% resulta de sumar: 7,45% (Zona 2), 2,48% (Zona 9), 7,07% (Zona 5), 4,20% (Zona 10) y 3,12% (Zona 1).

<sup>50</sup> Como se puede observar en el Anexo, el restante 0,38% corresponde a Cieneguilla (0,25%), Punta Hermosa (0,06%) y San Bartolo (0,06%), que no han sido clasificados entre las diez zonas de la Apeim. En el Anexo se presenta información similar al Cuadro 4, pero de manera desagregada, a nivel de cada distrito dentro de la provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao.



**Cuadro 4**  
**TIEMPO Y DISTANCIA AL INEN DE LOS PACIENTES DEL SBTD DE LA PROVINCIA DE LIMA Y DE LA PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO, SEGÚN ZONA DE PROCEDENCIA, 2015**

Zona (Distritos) <sup>1/</sup>	Tiempo de viaje al INEN (minutos) <sup>2/</sup>			Distancia al INEN (km) <sup>3/</sup>			% Atendidos SBTD	% acum.
	Mínimo	Máximo	Promedio	Mínimo	Máximo	Promedio		
Zona 7 (Miraflores, San Bartolo, San Borja, Surco, La Molina)	6,00	36,50	19,60	0,58	9,60	4,20	38,77%	38,77%
Zona 8 (Surquillo, Barranco, Chorrillos, San Juan de Miraflores)	14,33	24,67	23,00	4,63	6,93	5,30	10,36%	49,14%
Zona 6 (Jesús María, Ince, Pueblo Libre, Magdalena, San Miguel)	22,00	69,00	31,52	4,88	9,08	7,23	13,62%	62,76%
Zona 4 (Cercado, Rimac, Breña, La Victoria)	25,33	35,33	30,50	6,35	6,47	7,77	9,55%	72,31%
Zona 3 (San Juan de Lurigancho)	27,00	27,00	27,00	6,28	6,28	6,28	2,99%	75,30%
Zona 2 (Independencia, Los Olivos, San Martín de Porras)	39,00	50,33	44,78	11,14	15,58	13,64	7,45%	82,75%
Zona 9 (Villa El Salvador, Villa María del Triunfo, Lurín, Pachacamac)	29,00	47,00	35,88	8,08	22,76	15,94	2,48%	85,23%
Zona 5 (Ate, Chaclacayo, Lurigancho, Santa Anita, San Luis, El Agustino)	16,67	73,00	41,11	4,10	38,04	16,60	7,07%	92,30%
Zona 10 (Callao, Bellavista, La Perla, La Punta, Carmen de la Legua, Ventanilla)	37,00	78,00	48,50	13,05	29,67	18,75	4,20%	96,50%
Zona 1 (Puente Piedra, Comas, Carabayllo)	57,67	71,00	65,67	18,09	28,77	23,95	3,12%	99,62%
Otros <sup>4/</sup>	41,00	58,00	49,33	19,87	38,94	29,99	0,38%	100,00%
<b>Total general</b>	<b>6,00</b>	<b>78,00</b>	<b>37,16</b>	<b>0,58</b>	<b>38,94</b>	<b>13,43</b>	<b>100,00%</b>	

- 1/ Zona de agrupación de distritos de la Apeim, según niveles socio-económico (NSE) relativamente similares.  
 2/ Tiempo de viaje desde la respectiva municipalidad distrital hasta el INEN (información tomada el 6 de marzo de 2017 de Google Maps entre 2 y 3 pm).  
 3/ Distancia desde la respectiva municipalidad distrital hasta el INEN (tomada de Google Maps).  
 4/ Incluye los distritos de Cieneguilla, Punta Hermosa y San Bartolo.

Fuente: Apeim, Google Maps e INEN (información recibida mediante Memorandum N° 424-2016/CD1 del 27 de octubre de 2016).

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

- Por otro lado, la información sobre poder adquisitivo de los pacientes, que se presenta en el Cuadro 5, muestra que la demanda por los servicios del SBTD del INEN está compuesta por pacientes con diferentes niveles de disponibilidad de recursos económicos.<sup>51</sup>

En efecto, el 52,39% de los pacientes de la provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao que fueron atendidos durante el 2015 por el SBTD del INEN provenía de distritos donde predominaba el nivel socio-económico (NSE) B, en tanto que el 47,61% provenían de distritos donde predominaban los NSE C y C-D.<sup>52</sup>

<sup>51</sup> Esto parece corroborar lo que se dijo anteriormente respecto a que las enfermedades oncológicas no necesariamente distinguen entre grupos poblacionales según disponibilidad de recursos económicos.

<sup>52</sup> La información sobre los NSE de los hogares en los diferentes distritos de la provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao, se obtuvo de la Asociación Peruana de Empresas de Investigación de Mercados (Apeim). Disponible en: <<http://www.apeim.com.pe/wp-content/themes/apecim/docs/nse/APEIM-NSE-2016.pdf>>, accedido el 2 de marzo de 2017.

## Cuadro 5

INEN: PACIENTES ATENDIDOS EN EL SBTB PROVENIENTES DE LA PROVINCIA DE LIMA Y DE LA PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO, SEGÚN NIVEL SOCIO-ECONÓMICO Y ZONA DE PROCEDENCIA, 2015

NSE predominante <sup>1/</sup>	Zonas (Distritos) <sup>2/</sup>	A	B	C	D	E	Total
B	Zona 7 (Miraflores, San Isidro, San Borja, Surco, La Molina)	13,41%	17,52%	5,43%	1,94%	0,47%	38,77%
	Zona 6 (Jesús María, Lince, Pueblo Libre, Magdalena, San Miguel)	1,85%	7,90%	3,05%	0,71%	0,10%	13,62%
	Sub total B	15,27%	25,42%	8,48%	2,65%	0,56%	52,39%
C y C-D	Zona 8 (Surquillo, Barranco, Chorrillos, San Juan de Miraflores)	0,44%	2,88%	4,49%	2,09%	0,48%	10,38%
	Zona 4 (Cercado, Rímac, Breña, La Victoria)	0,36%	2,55%	4,30%	1,90%	0,44%	9,55%
	Zona 2 (Independencia, Los Olivos, San Martín de Porras)	0,14%	1,72%	3,84%	1,56%	0,19%	7,45%
	Zona 5 (Ate, Chaclacayo, Lurigancho, Santa Anita, San Luis, El Agustino)	0,14%	0,85%	2,87%	2,56%	0,63%	7,07%
	Zona 10 (Callao, Bellavista, La Perla, La Punta, Carmen de la Legua, Ventanilla)	0,06%	0,78%	1,84%	1,00%	0,53%	4,20%
	Zona 1 (Puente Piedra, Comas, Carabaylo)	0,03%	0,33%	1,38%	0,98%	0,39%	3,12%
	Zona 3 (San Juan de Lurigancho)	0,00%	0,56%	1,25%	0,83%	0,35%	2,99%
	Zona 9 (Villa El Salvador, Villa María del Triunfo, Lurín, Pachacamac)	0,00%	0,15%	1,06%	0,96%	0,31%	2,48%
	Otros <sup>3/</sup>	0,00%	0,03%	0,16%	0,09%	0,09%	0,38%
	Sub total C y C-D	1,17%	9,86%	21,19%	11,98%	3,40%	47,61%
<b>Total<sup>4/</sup></b>		<b>16,44%</b>	<b>35,28%</b>	<b>29,66%</b>	<b>14,63%</b>	<b>3,96%</b>	<b>100,00%</b>

Nota: Los porcentajes de pacientes en cada NSE son referenciales y se han calculado multiplicando el porcentaje total de pacientes del SBTB del INEN que provenía de cada zona (última columna de la derecha) por su respectiva estructura de NSE publicada por la Apeim. El NSE A indica mayor poder adquisitivo que B, y así sucesivamente; siendo A y E los niveles máximo y mínimo, respectivamente.

1/ NSE que predomina (con más del 40%) dentro las respectivas zonas de la Apeim, y se agregó el segundo NSE que predomina solo cuando la diferencia entre el primero y el segundo es reducida (entre 4 y 4,3 puntos porcentuales). Se interpreta como el porcentaje de hogares dentro de cada NSE (información procesada por la Apeim tomando como base la Encuesta Nacional de Hogares - Enaho del 2015).

2/ Zona de agrupación de distritos de la Apeim, según NSE relativamente similares entre sí.

3/ Incluye los distritos de Cieneguilla, Punta Hermosa y San Bartolo.

Fuente: Apeim, e INEN (información recibida mediante Memorándum N° 424-2016/CD1 del 27 de octubre de 2016).

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

### II.2.2.3. Demanda derivada de programas oncológicos de asistencia médica prepagados

45. Una característica del INEN es que resulta de suma importancia para las empresas de programas oncológicos de asistencia médica prepagados o seguros oncológicos. A continuación, se describen algunos hechos relacionados con este aspecto de singular relevancia:

- Oncosalud, empresa privada que participa en el 80% de los programas oncológicos de asistencia médica prepagados,<sup>53</sup> incluye al INEN dentro de su red prestacional<sup>54</sup> para que se encargue del tratamiento de los casos de alta complejidad.

El INEN cobra una tarifa determinada por el propio INEN que no es negociable e incluso puede ser incrementada unilateralmente, entrando en vigencia solo con

<sup>53</sup> No es posible determinar el periodo al que corresponde el porcentaje de participación. Información disponible en: <<http://aempresarial.com/web/informativo.php?id=10580>>, accedido el 17 de febrero de 2017.

<sup>54</sup> Información disponible en: <<http://cdn2.hubspot.net/hubfs/2202832/programa-oncoplus-documentos/red-prestacional.pdf>>, accedido el 17 de febrero de 2017.

una previa comunicación a Oncosalud.<sup>55</sup> Los casos de mediana y baja complejidad, previa coordinación con el paciente y/o sus familiares, son atendidos en establecimientos de salud del propio Oncosalud (Clínica Oncosalud) y, en menor medida, de terceros (Clínica Ricardo Palma, Clínica Angloamericana, etc.).<sup>56</sup>

Esta relación comercial se desarrolla en el marco del Convenio INEN – Oncosalud, suscrito el 4 de enero de 2001 con plazo de vigencia de un año, el mismo que se renueva automáticamente salvo indicación en contrario por alguna de las partes. Este convenio se encontró vigente a lo largo del periodo de análisis, y se mantiene vigente a la fecha.<sup>57</sup>

- Pacífico Seguros, en su Plan de Seguro Oncomedic del 2010, incluía al INEN dentro de su red de establecimientos de salud proveedores de servicios oncológicos a nivel nacional. Esta cobertura se activaría solo cuando el tratamiento oncológico no puede ser realizado en alguna de las clínicas o centros médicos que pertenecen a la red de proveedores de servicios oncológicos de este seguro.<sup>58</sup>

El Convenio INEN – Pacífico fue suscrito en el 2010 con plazo de vigencia de tres años, y renovable automáticamente. Dicho convenio se encontraba vigente a lo largo del periodo de análisis y se mantiene vigente a la fecha.<sup>59</sup>

- En el caso de Rímac Seguros, la cobertura en el INEN por enfermedades oncológicas es únicamente mediante reembolso.<sup>60</sup>

46. El hecho que la principal empresa de programas oncológicos de asistencia médica prepagados (Oncosalud), derive al INEN sus casos de alta complejidad teniendo la opción de enviarlos a su propio establecimiento de salud o a alguna clínica privada con capacidad resolutive<sup>61</sup> relativamente similar al INEN (como sería el caso de la Clínica Delgado o la Clínica Ricardo Palma), parece revelar que, con independencia de los costos, en opinión de los médicos oncólogos especializados, que son los que finalmente deciden la derivación, el INEN tiene un conjunto de características que le permite hacer frente a dichos casos de alta complejidad (por ejemplo, pacientes con

---

55

56

57

Información disponible en:

<[http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/CONVENIOS/16082016\\_ONCOSALUD%20\(ASISTENCIA%20MEDICO%20QUIRURGICA\).pdf](http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/CONVENIOS/16082016_ONCOSALUD%20(ASISTENCIA%20MEDICO%20QUIRURGICA).pdf)>, accedido el 21 de febrero de 2017.

58

Información disponible en:

<[http://www.pacifico.com.pe/documents/28730/113319/Seguro+Colectivo+Oncol%C3%B3gico+ONCOMEDIC+\(D%C3%B3lares+y+Soles\)/7bff3eef-7524-4d20-b7bb-931b962e970a](http://www.pacifico.com.pe/documents/28730/113319/Seguro+Colectivo+Oncol%C3%B3gico+ONCOMEDIC+(D%C3%B3lares+y+Soles)/7bff3eef-7524-4d20-b7bb-931b962e970a)>, accedido el 6 de marzo de 2017.

59

Información disponible en:

<[http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/CONVENIOS/31052011\\_PACIFICO\\_PERUANO\\_SUIZA.pdf](http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/CONVENIOS/31052011_PACIFICO_PERUANO_SUIZA.pdf)>, accedido el 6 de marzo de 2017.

60

Información disponible en:

<<https://www.rimac.com.pe/uploads/Beneficios-RedMedica-Clasico.pdf>>, accedido el 6 de marzo de 2017.

61

La capacidad resolutive es "la capacidad que tienen los establecimientos de salud de producir el tipo de servicios necesarios para solucionar las diversas necesidades de la población, incluyendo la satisfacción de los usuarios (depende de la especialización y tecnificación de sus recursos)". Ver:

<[http://www.pronis.gob.pe/sites/default/files/documentos/tecnicos\\_pi/04.%20Guía\\_de\\_categorizacion\\_vigente.pdf](http://www.pronis.gob.pe/sites/default/files/documentos/tecnicos_pi/04.%20Guía_de_categorizacion_vigente.pdf)>, accedido el 22 de febrero de 2017.

leucemia que requieren trasplante de médula ósea), que no se encuentra en algún otro establecimiento de salud del sector privado, sea de Oncosalud o de terceros.<sup>62</sup>

47. Lo anterior parece explicar el hecho que un conjunto significativo de pacientes del SBTD del INEN (52,39% de la provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao en el 2015) proviene de distritos donde predomina el NSE B. Es decir, para este tipo de pacientes, el factor determinante para que acudan al SBTD del INEN no sería su poder adquisitivo (dado que pueden atenderse en una clínica privada de similar capacidad resolutive del INEN) sino el grado de complejidad de la enfermedad oncológica que padecen. En tanto que, para el 47,61% restante de pacientes del SBTD del INEN, que proviene de distritos donde predominan los NSE C y C-D, la disponibilidad de recursos junto con el grado de complejidad, parecen ser los factores determinantes para acudir al SBTD del INEN.
48. Esto es evidencia de una diferenciación multidimensional del INEN respecto a los establecimientos de salud del sector privado, específicamente con clínicas de similar capacidad resolutive, como por ejemplo la Clínica Ricardo Palma o la Clínica Delgado.
49. Por un lado, parte de la demanda del INEN, que en apariencia se solapa con la demanda de algunos establecimientos privados, cuyos pacientes oncológicos provienen principalmente de la denominada Zona 7 (Miraflores, San Isidro, San Borja, Surco, La Molina)<sup>63</sup> donde predomina el NSE B, acude principalmente por la expectativa de resolver un problema de muy alta complejidad.
50. De otro lado, otro sector de la demanda del INEN, aquél proveniente de estratos de menor poder adquisitivo valora tanto la expectativa de tratamiento exitoso de una condición médica muy compleja, como el costo más asequible de los servicios.
51. Sobre este último punto, es ilustrativo mostrar algunas diferencias básicas de precios. Por ejemplo, en el SBTD del INEN, la tarifa de la consulta ambulatoria especializada es como máximo S/ 150<sup>64</sup> mientras que, en un establecimiento de salud del sector privado, como la Clínica Delgado, el precio de la consulta con un oncólogo oscila entre S/ 300 y S/ 350 dependiendo del médico.<sup>65</sup> Los diferenciales de precios suelen ser utilizados por diversas agencias de competencia como señales para distinguir si dos productos o servicios pertenecen al mismo mercado relevante. De hecho, esta Gerencia ha utilizado este enfoque de comparación de precios en pasadas recomendaciones y opiniones respecto a otro Instituto de Salud Especializado.<sup>66</sup>

---

62

63

64 Ver Tarifario del INEN 2016, aprobado mediante Resolución Jefatural N° 103-2016-J/INEN del 31 de marzo de 2016. Disponible en: <[http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas\\_legales/NUEVA\\_Resoluciones\\_Jefaturales/2016/02092016\\_RJ%20N%C2%B0%20103-2016.pdf](http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas_legales/NUEVA_Resoluciones_Jefaturales/2016/02092016_RJ%20N%C2%B0%20103-2016.pdf)>, accedido el 26 de enero de 2017.

65 Esta información fue obtenida mediante una llamada telefónica realizada directamente a la Clínica Delgado el 23 de febrero de 2017. La comparación es referencial porque, tratándose de enfermedades oncológicas, lo relevante para elecciones de consumo no es el precio de la consulta con el especialista médico sino el costo total del tratamiento oncológico.

66 Ver Informe N° 010-2014/GEE del 03 de febrero de 2014 e Informe N° 045-2014/GEE del 25 de junio de 2014 respecto al caso del Instituto Nacional Materno Perinatal.

### **II.3. Mercado relevante del SBTD del INEN, oferta privada y barreras a la entrada**

#### **II.3.1. Mercado relevante del SBTD del INEN**

52. Luego de analizar la evidencia disponible, la literatura relacionada y otra información de particular importancia, esta Gerencia opina que los servicios bajo el SBTD deben ser considerados de manera conjunta como un único producto. La evidencia y la práctica común de los servicios hospitalarios, inclusive los especializados, sugiere de forma clara que tales servicios no compiten de forma específica a nivel de sub-especialidades con servicios similares. La experiencia internacional, por ejemplo, es contundente en este aspecto, inclusive cuando se analizan servicios de hospitales generales. En esa línea, parece mucho menos razonable, establecer productos diferentes a nivel de sub-especialidades dentro de una misma especialidad, como es el caso de los servicios especializados en oncología.
53. De otro lado, se ha probado que el sector privado, no ofrece servicios de salud con atributos de especialización suficientemente cercanos al INEN, siendo que la homogeneidad entre servicios de proveedores distintos es el estándar propuesto por esta Gerencia para el análisis de sustitución en casos de servicios médicos. No existen en todo el ámbito nacional, establecimientos de salud privados que ofrezcan el conjunto de servicios médicos oncológicos (no solo unos cuantos) hasta el nivel de complejidad del INEN. Por ejemplo:
  - Si se considera solo la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, no se encontrarán establecimientos de salud en la especialidad de oncología y sus respectivas sub-especialidades, que puedan atender el alto nivel de complejidad de enfermedades tal como lo realiza el INEN.
  - Si se extiende el análisis al ámbito nacional, tampoco se encontrará algún establecimiento de salud que brinde servicios oncológicos a un nivel de complejidad tan alto como el INEN.
54. Adicionalmente, la evidencia de las decisiones de demanda sugiere que, inclusive si el precio no es un atributo decisivo para la elección del consumidor, principalmente por la cobertura de seguros oncológicos privados, el SBTD del INEN parece ser la elección en razón a su particular reputación, calidad y alto grado de especialización.
55. En el caso de segmentos de demanda para los que el costo de tratamiento si es un elemento a valorar (NSE C y D), es notorio que el menor poder adquisitivo de un conjunto de pacientes del SBTD del INEN (NSE C y C-D), el atributo precio se conjuga con el reputacional en casos de alta complejidad. De esta manera, se refuerza la escasa sustitución del INEN respecto de proveedores alternativos, como los del sector privado con similar capacidad resolutive al INEN. Por poner un ejemplo, para estos segmentos los servicios de la Clínica Ricardo Palma, cuyos pacientes, en su mayoría, pertenecen al NSE B, no pueden ser considerados sustitutos de los que reciben del INEN en razón a las dos dimensiones en juego, costo y muy alta complejidad del tratamiento.
56. Debido a estas consideraciones, esta Gerencia opina que el mercado relevante donde opera el SBTD del INEN debe ser definido como el conjunto de servicios de salud afines a la especialidad de oncología (y subespecialidades), con capacidad para atender diagnósticos y tratamientos altamente complejos, con atributos conexos de

prestaciones como elección del médico, hospitalización individualizada, y menor tiempo de espera.

57. En atención al hecho que no existen a nivel nacional servicios cercanos al INEN, no es necesario delimitar con exactitud el ámbito geográfico, por lo que tal aspecto puede quedar abierto. Sin embargo, los servicios del SBTD en tanto atienden pacientes fundamentalmente de la provincia de Lima y la Provincia Constitucional Callao, es posible conjeturar que existen costos de desplazamientos que, en la eventualidad que exista un servicio suficientemente comparable fuera de este ámbito, implicaría un grado de rivalidad bastante limitado.

### II.3.2. Oferta privada disponible en mercado relevante del SBTD del INEN

58. En el mercado relevante donde opera el SBTD del INEN, sea a nivel local (provincia de Lima y Provincia Constitucional del Callao) o incluso a nivel nacional, no existe oferta privada disponible, porque ningún centro de salud del sector privado brinda servicios hasta un nivel de alta complejidad como el INEN.

### II.3.3. Barreras a la entrada en mercado relevante del SBTD del INEN

59. Las barreras a la entrada, desde el punto de vista de las políticas de competencia (barreras antitrust) son todas aquellas actividades necesarias que generan costos ineludibles para la entrada de nuevas empresas a un determinado mercado relevante. Aunque existen una diversidad bastante amplia de diferentes tipos de barreras a la entrada, las mismas se pueden clasificar en las siguientes categorías: (i) barreras de tipo estructural, por ejemplo relacionadas a las economías de escala (costo medio de producción decreciente conforme mayor es el nivel de producción) o costos fijos o indirectos altos; (ii) barreras relacionadas con costos hundidos, es decir costos fijos de instalación que tienen naturaleza irrecuperable; (iii) barreras estratégicas creadas por las empresas que se encuentran actualmente en el mercado; y (iv) barreras introducidas por una regulación estatal, por ejemplo el establecimiento de un límite sobre el número de empresas que pueden participar en un mercado a través de la entrega de licencias de funcionamiento (OFT, 2004<sup>67</sup> y OCDE, 2011<sup>68</sup>).
60. En el caso del mercado relevante donde opera el SBTD del INEN, el análisis de la presencia de barreras a la entrada se traduce en razonar en qué medida algún centro de salud del sector privado (existente o nuevo), podría obtener la categoría de Instituto de Salud Especializado como el INEN en el corto plazo (hasta un año) y brindar servicios oncológicos de muy alta complejidad, similar al INEN. En opinión de esta Gerencia este es el aspecto más importante a analizar en materia de barreras de entrada, por lo que de no superarse la misma, no es necesario identificar otras barreras, aun a riesgo de no considerar otras de importancia sustantiva.
61. La información obtenida por esta Gerencia con agentes representativos del sector de las clínicas privadas con capacidad resolutive relativamente similar al INEN (como la Clínica Delgado<sup>69</sup> y la Clínica Ricardo Palma<sup>70</sup>) parece indicar que la verosimilitud de

<sup>67</sup> OFT (2004). *Assessment of market power*. Understanding Competition Law. Diciembre, 2014. Disponible en: <[https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/284400/oft415.pdf](https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284400/oft415.pdf)>, accedido el 6 de marzo de 2017.

<sup>68</sup> OCDE (2011). *Herramientas para la evaluación de la competencia*. Volumen II: Guía (Versión 2.0 en PDF). Disponible en: <<http://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>>, accedido el 6 de marzo de 2017.

<sup>69</sup>

este escenario es de muy escasa relevancia, al menos en el corto plazo. Llegamos a esta conclusión debido a que para que los establecimientos de salud del sector privado puedan obtener la categoría de mayor complejidad III-2 (como la que actualmente tiene el INEN) requieren realizar inversiones significativas en infraestructura, equipamiento y recursos humanos. En particular, el acceso a recursos humanos parece ser una barrera de entrada significativa puesto que la cantidad disponible de médicos oncológicos altamente calificados es bastante limitada.<sup>71</sup>

### **III. CONCLUSIONES**

- En base al análisis de la evidencia disponible, la literatura económica y antitrust relacionada al tema, y otra información de particular importancia, esta Gerencia opina que el mercado relevante donde operó el SBTD del INEN durante el periodo 2008 – 2015, es el conjunto de servicios de salud afines a la especialidad de oncología (y subespecialidades), con capacidad para atender diagnósticos y tratamientos altamente complejos, con atributos conexos de prestaciones como elección del médico, hospitalización individualizada, y menor tiempo de espera.
- Dado que no existen a nivel nacional establecimientos de salud similares al INEN, no es necesario delimitar con exactitud el ámbito geográfico, por lo que tal aspecto puede quedar abierto. Sin embargo, el análisis de procedencia de los pacientes del SBTD del INEN, sugiere que en el supuesto que existiese un servicio suficientemente homogéneo fuera de la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, los costos de desplazamiento implicarían una reducida rivalidad con el SBTD del INEN.
- En el mercado relevante donde operó el SBTD del INEN, independientemente del ámbito geográfico, no ha existido oferta privada disponible, porque ningún centro de salud del sector privado brindaba el conjunto de servicios oncológicos hasta un nivel de complejidad tan alto como el INEN.
- El análisis de la presencia de barreras a la entrada al mercado relevante donde opera el SBTD del INEN, permite concluir que, es bastante escasa la posibilidad que algún centro de salud del sector privado (existente o nuevo), obtenga en el corto plazo (hasta un año) la categoría de Instituto de Salud Especializado y brinde servicios oncológicos de muy alta complejidad, similar al INEN, porque se requieren inversiones significativas en infraestructura, equipamiento y recursos humanos. El acceso a recursos humanos parece ser una barrera de entrada significativa puesto que la cantidad disponible de médicos oncológicos y personal de apoyo altamente calificados es bastante limitada.
- Si bien es cierto que casi la totalidad del presente informe técnico emplea información estadística del 2015, esta Gerencia no espera que las conclusiones presentadas en esta sección sean distintas para el periodo de análisis completo 2008 – 2015, por al menos los siguientes motivos:
  - La Categoría III-2 como “Instituto Especializado en Oncología de Tercer Nivel de Atención” fue otorgada al INEN en el 2005 (Resolución Directoral N° 629/2005-DG-DESP-DSS-DISA.V.LC, del 25 de junio de 2005) y la habría mantenido durante el periodo 2008 – 2015, incluso hasta la actualidad.

---

70

71

000490

INFORME N°026-2017/GEE  
Pág. 25/26

- No se ha encontrado información que indique que durante el periodo 2008 – 2014 haya existido algún establecimiento de salud dentro del sector privado con capacidad para atender enfermedades oncológicas altamente complejas como el INEN.



**Javier Coronado Salen**  
Gerente de Estudios Económicos



**Rodolfo Tupayachi Romero**  
Sub Gerente



**Roberto Daga Lázaro**  
Ejecutivo 1

Lima, 23 de marzo de 2017

Adj.: Memorándum N° 424-2016/CD1 y adjuntos (incluye 2 CDs).  
Expediente N° 154-2008/CCD (Expediente N° 823-2009/SC1-INDECOPÍ (Tomo I y II))



ANEXO

INEN: PACIENTES DE LA PROVINCIA DE LIMA Y DE LA PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO ATENDIDOS EN EL SBTD, SEGÚN DISTRITO DE PROCEDENCIA, 2015

N°	Distrito de procedencia	Distancia al INEN (km) <sup>1/</sup>	Tiempo de viaje al INEN (minutos)				Pro-medio <sup>2/</sup>	Clasificación según NSE		Atendidos SBTD	%	% acum.
			Ruta 1	Ruta 2	Ruta 3	Zona de NSE <sup>3/</sup>		NSE predominante <sup>4/</sup>				
1	Surco	3,72	13	12		12,50	Zona 7	B: 45,2%	235	14,96%	14,96%	
2	San Borja	0,58	6	6		6,00	Zona 7	B: 45,2%	125	7,96%	22,92%	
3	La Molina	9,60	31	42		36,50	Zona 7	B: 45,2%	99	6,30%	29,22%	
4	Miraflores	3,52	19	19	20	19,33	Zona 7	B: 45,2%	82	5,22%	34,44%	
5	Cercado	8,31	29	38	39	35,33	Zona 4	C: 45%	74	4,71%	39,15%	
6	San Isidro	3,56	19	21	22	20,67	Zona 7	B: 45,2%	68	4,33%	43,48%	
7	San Miguel	9,08	33	33	39	35,00	Zona 6	B: 58%	62	3,95%	47,42%	
8	San Martín de Porres	11,14	36	42		39,00	Zona 2	C: 51,5%	67	3,63%	51,05%	
9	Chorrillos	6,93	23	26	25	24,67	Zona 8	C: 43,3%	64	3,44%	54,49%	
10	Los Olivos	15,58	41	63	57	50,33	Zona 2	C: 51,5%	60	3,18%	57,67%	
11	Jesús María	6,34	28	30	31	29,67	Zona 6	B: 58%	60	3,18%	60,85%	
12	Ate	12,90	39	40	45	41,33	Zona 5	C-D: 40,6% y 36,3%	49	3,12%	63,97%	
13	Surquillo	2,63	14	14	15	14,33	Zona 8	C: 43,3%	49	3,12%	67,09%	
14	San Juan de Lurigancho	8,28	24	26	31	27,00	Zona 3	C: 41,7%	47	2,99%	70,08%	
16	Pueblo Libre	7,97	39	39	39	39,00	Zona 6	B: 58%	43	2,74%	72,82%	
16	San Juan de Miraflores	6,81	22	25		23,50	Zona 8	C: 43,3%	41	2,61%	75,43%	
17	La Victoria	6,35	25	26	25	25,33	Zona 4	C: 45%	37	2,36%	77,79%	
18	Callao (Cercado)	17,12	41			41,00	Zona 10	C: 43,8%	36	2,29%	80,08%	
19	Lince	4,88	21	22	23	22,00	Zona 6	B: 58%	32	2,04%	82,11%	
20	Comas	18,09	52	57	64	57,67	Zona 1	C: 44,3%	29	1,85%	83,96%	
21	Magdalena	7,89	32	31	33	32,00	Zona 6	B: 58%	27	1,72%	85,68%	
22	Santa Anita	8,21	22	27	36	28,33	Zona 6	C-D: 40,6% y 36,3%	21	1,34%	87,01%	
23	Piñac	8,47	24	30	35	29,67	Zona 4	C: 45%	20	1,27%	88,29%	
24	Villa María del Triunfo	8,08	28	30		29,00	Zona 9	C-D: 42,7% y 38,7%	20	1,27%	89,56%	
25	Breña	7,96	30	32	33	31,67	Zona 4	C: 45%	19	1,21%	90,77%	
26	San Luis	4,10	12	18	20	16,67	Zona 6	C-D: 40,6% y 36,3%	19	1,21%	91,98%	
27	Barranco	4,84	19	22	24	21,67	Zona 8	C: 43,3%	19	1,21%	93,19%	
28	Bellavista	15,38	38			38,00	Zona 10	C: 43,8%	17	1,08%	94,27%	
29	Villa El Salvador	13,02	31	34		32,50	Zona 9	C-D: 42,7% y 38,7%	12	0,76%	95,04%	
30	Carabayillo	25,00	62	74	77	71,00	Zona 1	C: 44,3%	11	0,70%	95,74%	
31	Independencia	14,21	41	49		45,00	Zona 2	C: 51,5%	10	0,64%	96,37%	
32	Lurigancho	38,04	67	79		73,00	Zona 5	C-D: 40,6% y 36,3%	10	0,64%	97,01%	
33	La Perla	13,05	37			37,00	Zona 10	C: 43,8%	10	0,64%	97,64%	
34	Puente Piedra	28,77	59	71	76	68,33	Zona 1	C: 44,3%	9	0,57%	98,22%	
35	El Agustino	7,19	26	32	30	29,33	Zona 5	C-D: 40,6% y 36,3%	7	0,45%	98,66%	
36	Chaclacayo	29,14	53	63		58,00	Zona 5	C-D: 40,6% y 36,3%	5	0,32%	98,98%	
37	Lurín	22,76	35			35,00	Zona 9	C-D: 42,7% y 38,7%	4	0,25%	99,24%	
38	Cieneguilla	19,87	58			58,00	Otros <sup>5/</sup>	C: 42,9%	4	0,25%	99,49%	
39	Pachacámac	19,88	47			47,00	Zona 9	C-D: 42,7% y 38,7%	3	0,19%	99,68%	
40	Ventanilla	29,67	74	76	84	78,00	Zona 10	C: 43,8%	2	0,13%	99,81%	
41	Punta Hermosa	31,15	41			41,00	Otros <sup>5/</sup>	C: 42,9%	1	0,06%	99,87%	
42	San Bartolo	38,94	49			49,00	Otros <sup>5/</sup>	C: 42,9%	1	0,06%	99,94%	
43	La Punta	18,51	46	51		48,50	Zona 10	C: 43,8%	1	0,06%	100,00%	
TOTAL									1 571	100,00%		

1/ Es la distancia lineal desde la respectiva municipalidad distrital hasta el INEN (tomada de Google Maps).

2/ Es el promedio de rutas disponibles en Google Maps desde la respectiva municipalidad distrital hasta el INEN (información tomada el 6 de marzo de 2017 entre 2 y 3 pm).

3/ Es la zona de agrupación empleada por la Apeim según sus respectivos NSE.

4/ Es el NSE que predomina (con más del 40%) dentro las respectivas zonas de la Apeim, y se agregó el segundo NSE que predomina solo cuando la diferencia entre el primero y el segundo es reducida (entre 4 y 4,3 puntos porcentuales). Se interpreta como el porcentaje de hogares dentro de cada NSE (información procesada por la Apeim tomando como base la Enaho del 2015).

4/ La fuente de información original no indica los distritos de esta zona, pero puede entenderse como aquellos que no están agrupados en alguna de las diez zonas de la Apeim.

Fuente: Apeim, Google Maps e INEN (información recibida mediante Memorandum N° 424-2016/CD1 del 27 de octubre de 2016).

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.



# **Anexo H**



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

090650

# Resolución

N° 034-2017/CCD-INDECOPI

Lima, 3 de mayo de 2017

EXPEDIENTE N° 154-2008/CCD

DENUNCIANTE : CLÍNICA SANTA TERESA S.A.  
(SANTA TERESA)  
TERCERO COADYUVANTE : ASOCIACIÓN DE CLÍNICAS PARTICULARES DEL PERÚ  
(ACP)  
IMPUTADO : INEN DR. EDUARDO CÁCERES GRAZIANI  
(INEN)  
MATERIAS : COMPETENCIA DESLEAL  
VIOLACIÓN DE NORMAS  
SUBSIDIARIEDAD  
INTERÉS PÚBLICO O MANIFIESTA CONVENIENCIA  
NACIONAL  
ACTIVIDAD : PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

**SUMILLA:** Se declara **INFUNDADA** la denuncia presentada por Santa Teresa contra INEN, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto ejemplificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la realización de la actividad empresarial denominada "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" dentro del marco de la Ley N° 27657 - Ley del Ministerio de Salud. Asimismo, se **DENIEGAN** los pedidos accesorios formulados por la denunciante.

## 1. ANTECEDENTES

El 26 de septiembre de 2008, Santa Teresa denunció la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, por infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución), supuesto ejemplificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal), siendo que mediante escrito presentado con fecha 10 de octubre de 2008, la denunciante precisó que su denuncia se encontraba dirigida contra el INEN.

Según los términos de la denuncia, Santa Teresa es una persona jurídica de derecho privado, constituida bajo el régimen de sociedad anónima, cuyo objeto social es la prestación de servicios de salud en el sector privado a particulares, compañías de seguros y entidades prestadoras de salud, para lo cual compete con otras instituciones de salud privadas en calidad, precio e igualdad de condiciones de mercado.

Asimismo, la denunciante afirmó que la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM, permitiría a los hospitales e institutos especializados del Ministerio de Salud prestar servicios de salud a pacientes privados, compañías de seguros y empresas prestadoras de salud, bajo la modalidad de "Clínicas Privadas de los Hospitales", utilizando la infraestructura del hospital, la misma razón social, el mismo Registro Único de Contribuyente, los mismos recursos y personal, empleando



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

000651

además, una tarifa diferenciada. En dicho contexto, a decir de Santa Teresa, la Resolución Ministerial N° 071-90-SA/DM habría sido derogada tácitamente por el artículo 60 de la Constitución por lo que el INEN prestaría servicios de salud mediante una clínica privada sin encontrarse autorizado por una ley expresa, conforme a lo establecido en la citada disposición constitucional.

Por dichas consideraciones, Santa Teresa solicitó a la Comisión que ordenara el cese de la conducta denunciada. Asimismo, la denunciante solicitó a la Comisión que condenara a INEN al pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del procedimiento.

En virtud del Memorándum N° 1142-2008/GAF-Afi de fecha 30 de octubre de 2008, el Área de Fiscalización del Indecopi, adjuntó el Informe N° 234-2008-MGG/AFI referido a la visita inspectiva realizada en el establecimiento de INEN con fecha 29 de octubre de 2008, conforme a lo solicitado por la Secretaría Técnica mediante Memorándum N° 756-2008/CCD de fecha 20 de octubre de 2008.

Mediante Resolución de fecha 6 de noviembre de 2008, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia presentada por Santa Teresa contra INEN por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el artículo 14 de la Ley de Represión de Competencia Desleal.

El 15 de enero de 2009, INEN, representada por la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio de Salud, presentó su escrito de descargo señalando que la Resolución N° 071-90-SA habría sido derogada el 22 de junio de 2005 por la Resolución Ministerial N° 586-2005/MINSA, la misma que aprobó la Directiva 092-MINSA/DGSO-V.01, "Directiva para el funcionamiento del Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado en Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud"<sup>1</sup>. En esa línea, INEN señaló que con fecha 12 de noviembre de 2008, se publicó la Resolución Ministerial N° 798-2008/MINSA, la misma que autorizó el funcionamiento del "Servicio de Salud bajo Tarifario Diferenciado" hasta el 31 de diciembre de 2008, en tanto se efectúe el rediseño del servicio.<sup>2</sup>

Asimismo, el imputado señaló que con respecto al servicio de tarifas diferenciadas, éste se encontraría sujeto a un tarifario institucional en virtud del cual se cobraría un determinado monto a aquellas personas que estén en condiciones de afrontar su costo, de tal manera que el saldo o la diferencia que pudiera resultar de su operatividad se destinaría para subsidiar los requerimientos de salud de la población en estado de pobreza.

Adicionalmente, el INEN señaló que al ser un órgano de la administración pública, ejerce potestades administrativas y tiene como objetivo el cumplimiento de fines sociales, no ofertando o demandando bienes o servicios en un mercado determinado. En tal sentido, el imputado manifestó que no estaría actuando como un agente económico, sino que por el contrario, estaría limitado, en el ámbito de su actuación, al *ius Imperium* del Estado, no siéndole aplicable la normatividad de competencia desleal.

El 13 de febrero de 2009, Santa Teresa presentó un escrito pronunciándose sobre los argumentos expuestos por INEN en su descargo. Al respecto, la denunciante manifestó que el imputado habría ingresado a competir al mercado de manera desleal, ya que su participación contravendría directamente el rol subsidiario que la Constitución prevé para el Estado.

<sup>1</sup> La referida directiva establece que el destino y uso de los recursos captados, a través de los servicios de tarifario diferenciado se tendrían que efectuar de acuerdo a la Ley de Presupuesto del Sector Público del año fiscal correspondiente y las medidas presupuestales complementarias.

<sup>2</sup> Previamente, mediante Resolución Ministerial N° 640-2008/MINSA, publicada el 18 de septiembre de 2008, se dispuso "dejar en suspenso los servicios de salud bajo tarifario diferenciado".



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

000651

El 24 de junio de 2009, se realizó la audiencia de informe oral, en la cual las partes hicieron uso de la palabra, exponiendo los argumentos de hecho y de derecho que sustentan sus posiciones.

Finalmente, con fecha 9 de julio de 2009, Santa Teresa presentó su escrito de alegatos reiterando los argumentos expuestos en el procedimiento. Al respecto, la denunciante señaló que el INEN se encontraría realizando actividad empresarial sin contar con ley expresa que lo autorice.

Posteriormente, mediante Resolución N° 104-2009/CCD-INDECOPÍ de fecha 15 de julio de 2009, la Comisión declaró fundada la denuncia presentada por Santa Teresa en contra de INEN, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60 de la Constitución Política, supuesto ejemplificado en el numeral 14.3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En virtud de la Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPÍ de fecha 6 de septiembre de 2010, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 del Tribunal del INDECOPÍ (en adelante, la Sala) declaró la nulidad de la Resolución N° 104-2009/CCD-INDECOPÍ, debido a que consideró que la actividad desarrollada por el INEN a través del "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" es de carácter empresarial y se encontraba autorizada por el artículo 33 de la Ley N° 27657 (en adelante, Ley del Ministerio de Salud). En dicho contexto, dispuso que el expediente sea devuelto a la primera instancia con la finalidad de que se evalúe el cumplimiento de las demás exigencias previstas en el artículo 60 de la Constitución Política, relacionadas con el análisis de subsidiariedad económica de la actividad estatal cuestionada y la finalidad de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

Mediante Resolución N° 4 de fecha 13 de octubre de 2010, la Comisión se avocó al conocimiento del presente procedimiento, conforme al mandato de la Sala establecido en la Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPÍ de fecha 6 de septiembre de 2010.

Por Memorandum N° 081-2011/CCD de fecha 9 de marzo de 2011, la Secretaría Técnica solicitó a la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPÍ (en adelante, GEE) que emitiera un informe en el que se determine el mercado relevante en el que se desarrolla el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" prestado por la clínica que opera en el INEN, que se dedica al servicio de salud neoplásica.

Seguidamente, mediante Resolución N° 5 de fecha 11 de mayo de 2011, la Comisión suspendió de oficio la tramitación del procedimiento hasta que la GEE emita un informe en el que se determine el mercado relevante en el que se desarrolla el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" prestado por la clínica que opera en el INEN.

De acuerdo a las actas correspondientes, con fechas 16 y 23 de febrero, así como el 17 de marzo de 2017 se realizaron entrevistas a Oncosalud S.A.C. (en adelante, Oncosalud), Medic Ser S.A.C. (en adelante, Clínica Delgado) y Clínica Ricardo Palma (en adelante, Ricardo Palma), quienes formularon pedido de reserva y confidencialidad a la información brindada en dichas entrevistas, la cual se encuentra en un grabación de audio en discos compactos, dado que la misma tendría naturaleza comercial y sensible para sus organizaciones.

Posteriormente, mediante Informe N° 026-2017/GEE de fecha 23 de marzo de 2017, la GEE emitió un informe por el cual determinó el mercado relevante en el que se desarrolla el "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" prestado por la clínica que opera en el INEN.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

070659

Mediante escritos presentados con fechas 14 de noviembre de 2011, 14 de agosto de 2012, 2 de mayo y 17 de julio de 2013, así como el 25 de julio de 2016, Santa Teresa reiteró los cuestionamientos formulados en contra del imputado.

Sucesivamente, mediante Resolución N° 6 de fecha 29 de marzo de 2017, la Comisión decidió levantar la suspensión del procedimiento, dispuesta mediante Resolución N° 5 de fecha 11 de mayo de 2011, continuando con la tramitación del expediente según su estado.

Mediante Resolución de fecha 29 de marzo de 2017, la Secretaría Técnica integró a la relación procesal del presente procedimiento a la ACP<sup>3</sup>, en calidad de tercero coadyuvante.

El 24 de abril de 2017, los representantes del INEN presentaron dos (2) escritos por el cual manifestaron que su institución no restringiría la competencia, debido a que se habría demostrado que la denunciante y las clínicas en general podrían prestar sus servicios con libertad e independencia, en la medida que sus servicios poseerían características diferentes, no siendo sustituibles. Así como se destacó que mediante Ley N° 28748 se otorgó a dicha institución la categoría de organismo público descentralizado, destacando diversos aspectos en sus servicios, así como las modificaciones normativas que se habrían dado lugar durante la existencia de la misma.

## 2. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

Conforme a los antecedentes expuestos, en el presente caso, corresponde a la Comisión analizar lo siguiente:

1. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.
2. Los pedidos accesorios formulados por Santa Teresa.

## 3. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

### 3.1. Marco teórico del rol subsidiario del Estado

El artículo 60 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

**"Artículo 60°.-** El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal."

(Subrayado agregado)

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en relación con la actuación subsidiaria del Estado en la economía, en la Sentencia expedida con fecha 11 de noviembre de 2003 en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC, en los siguientes términos:

<sup>3</sup> Dicha organización se apersonó al procedimiento como un tercero coadyuvante del denunciante, en tanto consideró que la materia de controversia no solo tiene repercusión respecto de la denunciante, sino para todas las clínicas que pertenecen al sector privado. En esa línea, destacó que su institución congrega a múltiples clínicas del sector.



"(...)

#### § 4.6. La actuación subsidiaria del Estado en la economía

19. (...) el principio de subsidiariedad surge en el constitucionalismo moderno como una técnica decididamente útil para lograr la pacificación social o la resolución de los conflictos mediante el respeto absoluto de los derechos y libertades individuales, y tiene como fin la reestructuración del equilibrio entre lo público y lo privado según una adecuada flexibilización que acentúa la concepción democrática del ordenamiento estatal.

(...)

21. (...)

Desde la perspectiva de una organización social inspirada en el principio de subsidiariedad, el Estado emerge como garante final del interés general, desde el momento en que su tarea consiste en la intervención directa para satisfacer una necesidad real de la sociedad, cuando la colectividad y los grupos sociales, a los cuales corresponde en primer lugar la labor de intervenir, no están en condiciones de hacerlo.

22. De este modo, el principio de subsidiariedad, más que un mecanismo de defensa contra el Estado, resulta ser un instrumento para la conciliación de conflictos; no se funda en una concepción 'opositiva' de la relación entre Estado y sociedad, sino en una visión 'integradora' y 'consensual' del cuerpo social, cuyas partes, mediante vínculos de tipo subsidiario, se recomponen armónicamente en un proceso que gradualmente desciende desde el individuo hasta el Estado a través de las formaciones sociales intermedias.

23. A diferencia de la Constitución de 1979, que no establecía claramente la subsidiariedad de la intervención de los poderes públicos en la economía, la actual Constitución prescribe expresamente en su artículo 60° que '[...]. Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional[...]. Se consagra así, el 'principio de subsidiariedad' de la actuación del Estado en la economía, y se plantea el reconocimiento de la existencia de una función supletoria del Estado ante las imperfecciones u omisiones de los agentes económicos, en aras del bien común.

En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.

(...)

25. Asimismo, este principio debe ser interpretado en concordancia con otro de equivalente importancia, como es del pluralismo económico (primer párrafo del artículo 60° de la Constitución), que se ha desarrollado bajo el concepto de igualdad jurídica entre los competidores, y que constituye uno de los pilares del derecho de la competencia. Este régimen de paridad al que se someten tanto las empresas públicas como las privadas, constituye una garantía para el desenvolvimiento del tipo de mercado establecido en la Constitución y la optimización de los principios y valores que fundamenten el Estado democrático de derecho. (...)" (Subrayado añadido)



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

000655

En tal sentido, conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional, la Constitución consagra el "principio de subsidiariedad" de la actuación del Estado en la economía, el cual establece que, de manera excepcional, podrá intervenir sólo cuando los particulares no participen en un determinado mercado o no satisfagan la demanda del mismo, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional y siempre que dicha actividad empresarial se autorice mediante ley expresa.

En este orden de ideas, la Comisión considera que la aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de Competencia Desleal debe entenderse como el reconocimiento que hace el Estado, no sólo acerca de la importancia de establecer filtros y medios que delimiten la actividad empresarial del Estado, sino también como el reconocimiento de los principios de libre iniciativa privada y libertad de empresa establecidos en los artículos 58 y 59, respectivamente, de la Constitución<sup>4</sup>, los mismos que guardan una relación de complementariedad con el artículo 60 de la misma. En ese sentido, dicha relación de complementariedad radica en que el Estado solamente debe intervenir realizando actividad empresarial en aquellos sectores en los que los privados, por sí solos, no son capaces de satisfacer la demanda de bienes o servicios relevantes para la sociedad en su conjunto.<sup>5</sup>

En atención a lo expuesto, dado el diseño establecido por la Constitución Política del Perú, así como el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión considera que su labor consiste en verificar la existencia de una ley que autorice expresamente al Estado a desarrollar actividad empresarial.

### 3.2. La presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas

#### 3.2.1. Normas y criterios aplicables

El artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece lo siguiente:

**"Artículo 14º.- Actos de violación de normas.-**

(...)

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle actividad empresarial."

Por su parte, el artículo 60 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

**"Artículo 60º.-** El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

<sup>4</sup> **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

**Artículo 58.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e Infraestructura

**Artículo 59.-** El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e Industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

<sup>5</sup> Al respecto, ver Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal, publicado en el sitio web [http://spij.minjus.gob.pe/DecretosLeg/DL-MATERIAS/Exposicion\\_de\\_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf](http://spij.minjus.gob.pe/DecretosLeg/DL-MATERIAS/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf)





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

000653

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.”  
(Subrayado agregado)

En consecuencia, a fin de determinar si en el presente caso, el imputado ha incurrido en la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, resulta necesario determinar previamente si nos encontramos frente a una actividad empresarial desarrollada por parte del Estado. Una vez comprobado el cumplimiento de dicho supuesto, corresponde verificar si dicha actividad se adecúa a los límites establecidos en el artículo 60 de la Constitución. Así, se procedería a constatar los siguientes tres requisitos:

- (i) El primero requisito exige que la realización de la actividad empresarial estatal esté autorizada por ley expresa.
- (ii) El segundo requisito implica verificar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado, esto es, que la actuación del Estado como agente económico en determinado mercado se realiza ante la ausencia real o potencial de la iniciativa privada para atender dicha demanda.
- (iii) El tercer elemento consiste en constatar si el objetivo que la actividad económica pretende satisfacer reviste un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional.

De este modo, conforme se ha podido observar en los antecedentes del presente caso, la Sala mediante la Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPÍ de fecha 6 de septiembre de 2010 ha considerado que la actividad desarrollada por el INEN a través del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” es de carácter empresarial y se encuentra autorizada por el artículo 30 de la Ley N° 27657, Ley del Ministerio de Salud.

En ese sentido, corresponde a esta Comisión que, tal como se estableció en la Resolución N° 4 de fecha 13 de octubre de 2010, proceda a analizar el segundo y el tercer requisito consisten en realizar el análisis de subsidiariedad económica de la actividad estatal cuestionada y constatar si el objetivo de la actividad económica cuestionada reviste un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional.

### 3.2.2. Aplicación al presente caso

- a) **El primer requisito: la exigencia que la realización de la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por ley expresa**

De acuerdo a lo anteriormente detallado, la Sala consideró que la actividad desarrollada por el INEN a través del “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado” (en adelante, SBTB) es de carácter empresarial y se encontraba autorizada por el artículo 33 de la Ley N° 27657, Ley del Ministerio de Salud, por lo que corresponde realizar únicamente los siguientes niveles de análisis identificados previamente.

- b) **El segundo requisito: la verificación del carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado**

#### b.1. Determinación del mercado relevante

Mediante la Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOPÍ la Sala ha determinado los distintos



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

000657

niveles de análisis que corresponde realizar en los casos de presunta actividad empresarial del Estado. En ese sentido, manifestó que, una vez que se ha delimitado el mercado relevante, corresponde analizar el carácter subsidiario de la actividad imputada dependiendo del escenario que se presente, el cual se encontrará definido por el número de participantes privados en el mercado:

“79. Una vez delimitado el mercado relevante, el investigador analizará el carácter subsidiario de la empresa estatal dependiendo del escenario que se presente, el cual estará definido por el número de participantes privados en el mercado.

80. Se puede distinguir tres escenarios:

Escenario 1: existen dos o más empresas privadas no vinculadas y una empresa estatal.

Escenario 2: existe una empresa privada y una empresa estatal.

Escenario 3: solo existe una empresa estatal. (...)”

En particular, la delimitación del mercado relevante es trascendental porque permite identificar cuáles son los competidores directos de la institución estatal investigada.

En el presente caso, mediante Informe N° 026-2017/GEE de fecha 23 de marzo de 2017, la GEE emitió un informe por el cual determinó el mercado relevante en el que se desarrolla el servicio de salud, tipo SBTB, prestado por el INEN:

“(…) En base al análisis de la evidencia disponible, (...), esta Gerencia opina que el mercado relevante donde operó el SBTB del INEN durante el periodo 2008 – 2015, es el conjunto de servicios de salud afines a la especialidad de oncología (y subespecialidades), con capacidad para atender diagnósticos y tratamientos altamente complejos, con atributos conexos de prestaciones como elección del médico, hospitalización individualizada, y menor tiempo de espera.”

En este punto, el periodo analizado por la GEE permite evaluar de manera adecuada el carácter subsidiario de la actividad empresarial materia de análisis, dado que permite observar la evolución de la oferta privada en el mercado investigado, siendo que si bien podría mencionarse información de momentos posteriores a la imputación de cargos; sin embargo, no existe evidencia que verifique que las condiciones del mercado investigado han variado, por lo que dicha información se tomará de manera de muestra.

En virtud a lo anterior, corresponde a la Comisión identificar el escenario en el cual se encuentra enmarcado el presente procedimiento (esto, determinar si en el mercado relevante existe oferta privada y de ser el caso, cuántas empresas privadas existen en el mismo). Para dicho propósito, este órgano colegiado considera necesario tomar en cuenta el informe emitido por la GEE, dado que el mismo, contiene información técnica necesaria para poder continuar con el desarrollo de este pronunciamiento.

Sobre este punto, la Comisión ha podido identificar dentro del mercado relevante delimitado por la GEE la existencia de determinados factores para identificar a los agentes económicos que participan en dicho mercado. En ese sentido, los factores relevantes para la evaluación materia del presente pronunciamiento son los siguientes:



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPA

000658

- **Primer factor** : Las características del servicio analizado.
- **Segundo factor** : Las características de la demanda del servicio.
- **Tercer factor** : La oferta privada identificable.

## b.2. Determinación del escenario

### b.2.1. Primer factor: Las características del servicio analizado.

En relación al primer factor, la GEE ha determinado que el mercado relevante es el conjunto de servicios de salud afines a la especialidad de oncología (y subespecialidades), con capacidad para atender diagnósticos y tratamientos altamente complejos, con atributos conexos de prestaciones como elección del médico, hospitalización individualizada, y menor tiempo de espera.

En este punto, este colegiado considera oportuno destacar que las instituciones de salud en general, son organizaciones que brindan servicios médicos que involucran combinaciones complejas de diferentes elementos, tales como instalaciones físicas, tecnología avanzada, insumos médicos y capital humano especializado. En esa línea, resulta necesario que en el presente caso, observemos que los servicios médicos del mercado relevante se encuentran vinculados a la especialidad de oncología (y subespecialidades). En atención a ello, si bien existen elementos cuantitativos que podrían ser útiles para medir las características del mercado analizado, lo cierto es que para atender diagnósticos y tratamientos de oncología resulta imprescindible la existencia de elementos cualitativos especializados. En particular, los elementos cualitativos de los servicios de salud pueden estar orientados desde aspectos generales, tales como: la calidad de atención, infraestructura, limpieza, etc., hasta aspectos más específicos, como: el tipo de instrumentos utilizados, el tipo de tratamiento realizado, la tecnología que acompaña el tratamiento, el grado de especialización médica, la investigación, etc.

Por ejemplo, dentro de la categorización de hospitales existe la clasificación según el grado de especialidad, existiendo: (i) hospitales generales que brindan servicios médicos para todo tipo de enfermedad y para todo tipo de paciente; y, (ii) hospitales especializados que brindan servicios médicos para el tratamiento de enfermedades específicas. Este último punto fue abordado por la GEE en su informe N° 026-2017/GEE bajo los siguientes términos:

- "36. Respecto a los servicios especializados, intuitivamente se espera que la oferta hospitalaria sea limitada, debido a los altos costos de los tratamientos y el escaso personal cualificado. Los hospitales especializados, por lo tanto, requieren cierta escala de servicios para ser eficientes económicamente. La evidencia empírica consultada favorece la intuición ya que concluye que la atención de procedimientos complejos altamente especializados (...) tiende a ser brindada por un número muy limitado de hospitales (Propper y Leckie, 2011).
37. De la discusión y evidencia analizada hasta el momento, esta Gerencia verifica y concluye que el INEN es un hospital público (según su propiedad), sin fines de lucro (según sus objetivos financieros), docente (según sus responsabilidades educativas), de tercer nivel o de ámbito nacional (según su jerarquía o área de influencia), de servicios especializados (según el grado de especialidad de sus servicios), y con trabajadores contratados por el hospital (según el modo de empleo de los médicos)."



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

000659

En atención a lo anterior, un aspecto relevante a destacar en el presente caso, es que los servicios, procedimientos y otros aspectos que brinda un hospital pueden ser suficientemente distintos en comparación con los que brindan otros hospitales, dado que se trata de un mercado donde el producto es diferenciado, en cuanto a sus características, tales como: precios, calidad del servicio, experiencia del médico, ubicación geográfica, instalaciones físicas, tiempos de espera para atención médica, disponibilidad de procedimientos y medicinas, entre otras características.

Al respecto, la GEE ha determinado que dicho aspecto se hace más notorio cuando se trata de efectuar comparaciones entre hospitales generales y hospitales especializados, en la medida de lo siguiente: (i) la clasificación de establecimientos de salud diferencia entre hospitales generales y hospitales especializadas, puesto que el grado de especialidad podría influir en los objetivos y desempeño de los mismos; (ii) los estudios donde se busca analizar alguna problemática o característica propia del mercado de hospitales, no suelen incluir dentro de un mismo grupo de análisis a los hospitales generales y los hospitales especializados, porque se entiende que son diferentes. En esa línea, este colegiado comparte plenamente lo señalado en el Informe N° 026-2017/GEE, el cual indica:

- “40. El enfoque de los estudios consultados en la literatura internacional, es consistente con los procedimientos típicos de análisis de mercado relevante, en la medida que buscan comparaciones entre servicios que sean considerados claramente sustitutivos entre sí desde el punto de vista de la demanda. A criterio de esta Gerencia, este enfoque además cobra mayor significancia, y su estándar de análisis debe ser más estricto, tratándose de servicios médicos, más aún si son servicios médicos especializados. Nuestro razonamiento considera fundamental que lo que busca la demanda es tratarse con éxito una condición médica, y en el caso particular de enfermedades oncológicas, tratar una condición de mucha gravedad. Por ello, la sustitución entre servicios solo puede darse entre servicios médicos marcadamente homogéneos.” (Resaltado añadido)

Dicho esto, para el factor materia de análisis, se puede verificar que en primer lugar, el mercado relevante no solo considera a aquellos agentes económicos que puedan ofrecer bienes y servicios dentro de un determinado rubro económico, sino que, además estos agentes económicos puedan constituirse como potenciales y efectivos sustitutos ante la ausencia de alguno de ellos, esto es, que puedan ofrecer un bien o realizar un servicio en la similar medida y características, ello con la finalidad de no perjudicar el interés de los consumidores. Así, en segundo lugar, estas características se pueden ver reflejadas en variables como las particularidades de un determinado servicio, tal como puede ser la calidad o tecnología de un servicio.

De este modo, corresponde evaluar a esta Comisión, en el caso en concreto, si los establecimientos de salud privados pueden ser sustitutos del servicio tipo SBTB ofrecido por el INEN, considerando los aspectos mencionados líneas previas; no obstante, corresponde delimitar previamente la demanda de dicho servicio para una adecuada identificación de la oferta privada.

#### **b.2.2. Segundo factor: Las características de la demanda del servicio.**

De manera preliminar a la identificación de los establecimientos de salud privados que pueden ser sustitutos del servicio brindado por el INEN bajo el SBTB, resulta necesario circunscribir las características de la demanda del servicio.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

000660

Al respecto, las características típicas de los servicios médicos en general, son: información asimétrica, incertidumbre sobre la calidad del servicio, bienes o servicios de confianza, demanda determinada por el médico, entre otros aspectos. De igual modo, en el mercado resulta posible identificar aspectos tales como: la existencia de seguros de salud que reduce el efecto del precio sobre la cantidad de la demanda, el prestigio ganado por los médicos y/o establecimientos de salud dado que el mismo es percibido como indicador de calidad, la demanda de los servicios médicos no varía significativamente en el mediano plazo. En ese contexto, la GEE ha observado lo siguiente: (i) en el caso específico de las enfermedades oncológicas no se ha identificado estudios donde se estime la elasticidad de la demanda por cuidados del cáncer; no obstante, es sencillo concluir que los paciencias de cáncer (o, específicamente, las empresas aseguradoras) son incluso menos sensibles a los precios, en comparación a lo que ocurre con otras condiciones de salud; y, (ii) el gasto de tratamientos oncológicos es significativo, altamente variable, destinado principalmente a medicamentos oncológicos, y ocurre fundamentalmente durante el primer año de tratamiento.

En particular, este colegiado estima pertinente destacar que las enfermedades de salud complejas, no distinguen entre segmentos poblacionales específicos, observando en la realidad personas de diferentes edades, lugares o estratos sociales que podrían sufrir esta enfermedad. Sin embargo, el acceso a un diagnóstico o posterior tratamiento dependerá del poder adquisitivo de los pacientes, lo cual podría reducir su nivel de riesgo<sup>6</sup>.

Al respecto, la GEE ha caracterizado la demanda por los servicios, procedimientos, entre otros, del SBTD del INEN en función de dos atributos de los pacientes: procedencia geográfica y poder adquisitivo. En esa línea, respecto de la procedencia geográfica de los pacientes, en el Informe N° 026-2017/GEE, se indica:

"(...) En cuanto a la procedencia geográfica de los pacientes se observa que, durante el 2015, el 75,27% del total de pacientes atendidos por el SBTD del INEN provino del departamento de Lima (incluida la Provincia Constitucional del Callao), mientras que la participación porcentual de otros departamentos estuvo alrededor de 3% o menos. (...)

El tiempo de viaje al INEN se encuentra en un rango entre 19 y 31,53 minutos en el caso de pacientes provenientes de la Zona 7 (Miraflores, San Isidro, San Borja, Surco y La Molina), Zona 8 (Surquillo, Barranco, Chorrillos y San Juan de Miraflores), Zona 6 (Jesús María, Lince, Pueblo Libre, Magdalena y San Miguel), Zona 4 (Cercado, Rímac, Breña y La Victoria) y Zona 3 (solo San Juan de Lurigancho). Estos datos son de particular relevancia debido a que el 75,30% del total de pacientes provenientes de la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, eran precisamente de estas zonas.

Por su parte, el tiempo de viaje de las otras zonas de origen de pacientes del INEN se encuentra en un rango amplio que va desde los 35,88 minutos (Zona 9 compuesta por Villa El Salvador, Villa María del Triunfo, Lurín y Pachacamac) hasta los 65,67 minutos (Zona 1 compuesta por Puente Piedra, Comas, Carabayllo). (...)

La distancia promedio hacia el INEN se encuentra en un rango de entre 4,20 y 8,28 km en el caso de lugares desde dónde provino el 75,30% del total de pacientes de la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao. De otro lado, el 24,32% proviene de zonas más alejadas dentro de la provincia de Lima y la Provincia Constitucional del Callao, que se encuentran a una distancia de entre 13,64 km y 23,95 km en promedio respecto al INEN."

<sup>6</sup> Por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud ha destacado lo siguiente: "Cerca del 70% de las muertes por cáncer se registran en países de ingresos medios y bajos". De acuerdo a lo difundido en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs297/es/> (revisado el 10 de abril de 2017)



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

000661

Asimismo, respecto de la información sobre el poder adquisitivo de los pacientes, en el cuadro elaborado por la GEE, se muestra que la demanda por los servicios del SBTd del INEN está compuesta por pacientes con diferentes niveles de disponibilidad de recursos económicos, conforme se detalla a continuación:

**CUADRO A**  
INEN: PACIENTES ATENDIDOS EN EL SBTd PROVENIENTES DE LA PROVINCIA DE LIMA Y DE LA PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO, SEGÚN NIVEL SOCIO-ECONÓMICO Y ZONA DE PROCEDENCIA, 2015

NSE predominante <sup>1/</sup>	Zonas (Distritos) <sup>2/</sup>	A	B	C	D	E	Total
B	Zona 7 (Miraflores, San Isidro, San Borja, Surco, La Molina)	13,41%	17,52%	5,43%	1,94%	0,47%	38,77%
	Zona 6 (Jesús María, Lince, Pueblo Libre, Magdalena, San Miguel)	1,85%	7,90%	3,05%	0,71%	0,10%	13,62%
	Sub total B	15,27%	25,42%	8,48%	2,65%	0,56%	52,39%
C y C-D	Zona 8 (Surquillo, Barranco, Chorrillos, San Juan de Miraflores)	0,44%	2,88%	4,49%	2,09%	0,48%	10,38%
	Zona 4 (Cercado, Rímac, Breña, La Victoria)	0,36%	2,55%	4,30%	1,90%	0,44%	9,55%
	Zona 2 (Independencia, Los Olivos, San Martín de Porras)	0,14%	1,72%	3,84%	1,56%	0,19%	7,45%
	Zona 5 (Ate, Chaclacayo, Lurigancho, Santa Anita, San Luis, El Agustino)	0,14%	0,85%	2,87%	2,56%	0,63%	7,07%
	Zona 10 (Callao, Bellavista, La Perla, La Punta, Carmen de la Legua, Ventanilla)	0,06%	0,78%	1,84%	1,00%	0,53%	4,20%
	Zona 1 (Puente Piedra, Comas, Carabayllo)	0,03%	0,33%	1,38%	0,98%	0,39%	3,12%
	Zona 3 (San Juan de Lurigancho)	0,00%	0,56%	1,25%	0,83%	0,35%	2,99%
	Zona 9 (Villa El Salvador, Villa María del Triunfo, Lurín, Pachacamac)	0,00%	0,15%	1,06%	0,96%	0,31%	2,48%
	Otros <sup>3/</sup>	0,00%	0,03%	0,16%	0,09%	0,09%	0,38%
	Sub total C y C-D	1,17%	9,86%	21,19%	11,98%	3,40%	47,61%
<b>Total<sup>4/</sup></b>		<b>16,44%</b>	<b>35,28%</b>	<b>29,66%</b>	<b>14,63%</b>	<b>3,96%</b>	<b>100,00%</b>

Nota: Los porcentajes de pacientes en cada Nivel Socio Económico (NSE) son referenciales y se han calculado multiplicando el porcentaje total de pacientes del SBTd del INEN que provenía de cada zona (última columna de la derecha) por su respectiva estructura de NSE publicada por la Apeim. El NSE A indica mayor poder adquisitivo que B, y así sucesivamente; siendo A y E los niveles máximo y mínimo, respectivamente.

1/ NSE que predomina (con más del 40%) dentro las respectivas zonas de la Apeim, y se agregó el segundo NSE que predomina solo cuando la diferencia entre el primero y el segundo es reducida (entre 4 y 4,3 puntos porcentuales). Se interpreta como el porcentaje de hogares dentro de cada NSE (información procesada por la Apeim tomando como base la Encuesta Nacional de Hogares - Enaho del 2015).

2/ Zona de agrupación de distritos de la Apeim, según NSE relativamente similares entre sí.

3/ Incluye los distritos de Cieneguilla, Punta Hermosa y San Bartolo.

Fuente: Apeim, e INEN (información recibida mediante Memorandum N° 424-2016/CD1 del 27 de octubre de 2016).

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

De acuerdo a dicho cuadro, se observa que el 52,39% de los pacientes de la provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao que han sido atendidos durante el 2015 por el SBTd del INEN provenía de distritos donde predominaba el nivel socio-económico B, en tanto que el 47,61% provenían de distritos donde predominan los niveles socio-económicos C y C-D.

### b.2.3. Tercer factor: La oferta privada identificable.

En atención a los parámetros anteriormente expuestos, se ha observado que el mercado relevante donde operó el SBTd del INEN durante el periodo 2008 – 2015, es el conjunto de servicios de salud afines a la especialidad de oncología (y subespecialidades), con capacidad para atender diagnósticos y tratamientos altamente complejos, con atributos conexos de prestaciones como elección del médico, hospitalización individualizada, y menor tiempo de espera, siendo que el 75,27% del total de pacientes atendidos por dicho servicio provino del departamento de Lima (incluida la Provincia Constitucional del Callao), siendo que el poder adquisitivo de los mismos está compuesta por diferentes niveles de disponibilidad de recursos económicos.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

000662

En este punto, resulta necesario destacar que lo que busca la demanda de servicios médicos es tratarse con éxito una condición médica, y en el caso particular de enfermedades oncológicas, tratar una condición de mucha gravedad. Por ello, la sustitución entre servicios solo puede darse entre servicios médicos marcadamente homogéneos, por lo que resulta necesario identificar si los establecimientos de salud privados pueden ser sustitutos del servicio tipo SBTB ofrecido por el INEN.

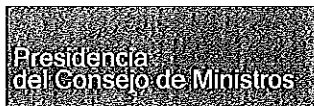
Al respecto, en nuestro país se observa que todos los establecimientos de salud deben ser categorizados en función principalmente al grado de complejidad de las enfermedades que se pueden atender. En la actualidad, la GEE ha identificado la existencia de establecimientos de salud que pertenecen a determinadas categorías, conforme se detalla a continuación:

**CUADRO B**  
**PERÚ: TIPOS DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD, SEGÚN NIVELES DE ATENCIÓN,**  
**CARACTERÍSTICAS GENERALES, COMPLEJIDAD Y CATEGORÍA**

Nivel de atención	Características generales según Organización Mundial de la Salud OMS <sup>1/</sup>	Complejidad	Categoría	Denominación
Primer nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>Tiene pocas especialidades médicas, principalmente: medicina interna, obstetricia-ginecología, pediatría, cirugía general o solo medicina general.</li> <li>Los servicios de laboratorio son limitados, están disponibles para análisis patológico general no especializado.</li> <li>Tienen entre 30 y 200 camas.</li> </ul>	1º	I-1	Consultorio de profesionales de la salud (no médico cirujano)
				Puesto de Salud o Posta de Salud (con profesional de la salud no médico cirujano)
		2º	I-2	Consultorio Médico (con médico cirujano con o sin especialidad)
				Puesto de Salud o Posta de Salud (con médico cirujano)
		3º	I-3	Centro de Salud
				Centro Médico
				Centro Médico Especializado
				Policlínico
4º	I-4	Centro Odontológico		
		Centro de Salud con camas de internamiento		
Segundo nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>Altamente diferenciado según función, con cinco a diez especialidades clínicas.</li> <li>Tiene entre 200 y 600 camas.</li> </ul>	5º	II-1 (Atención General)	Hospital de atención general
				Clinica de atención general
		5º	II-E (Atención Especializada)	Hospital de atención especializada
				Clinica de atención especializada
		6º	II-2 (Atención General)	Hospital de atención general
				Clinica de atención general
Tercer nivel	<ul style="list-style-type: none"> <li>Cuentan con personal y equipo técnico altamente especializado.</li> <li>Los servicios clínicos están altamente diferenciados por función.</li> <li>Podrían tener actividades de enseñanza.</li> <li>Tamaño de la cama que se extiende de 300-1.500 camas.</li> </ul>	7º	III-1 (Atención General)	Hospital de atención general
				Clinica de atención general
		8º	III-E (Atención Especializada)	Hospital de atención especializada
				Clinica de atención especializada
				Instituto de Salud Especializado

1/ Información obtenida de Mulligan, J., A. Fox-Rushby, T. Adam, J. Johns, y A. Mills, (2005). Unit Costs of Health Care Inputs in Low and Middle Income Regions. DCP Working Paper No. 9. September 2003 (revised June 2005). Disponible en <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.366.3302&rep=rep1&type=pdf>>, accedido el 16 de marzo de 2017  
Fuente: Resolución Ministerial 546-2011/MINSA. Disponible en: <[ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2012/RM546\\_2011\\_MINSA.pdf](ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2012/RM546_2011_MINSA.pdf)>, accedido el 21 de febrero de 2017.  
Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

Al respecto, mediante Resolución Directoral N° 629/2005-DG-DESP-DSS-DISA.V.LC, el Ministerio de Salud otorgó al INEN la categoría III-2 "Instituto Especializado en Oncología de Tercer Nivel de Atención" en virtud a que: (i) pertenece al nivel de atención más alto (tercer nivel); (ii) es un establecimiento de salud y de investigación altamente especializado en el ámbito nacional; (iii) es el centro de referencia especializado de mayor complejidad; y, (iv) tiene un equipo de profesionales altamente especializado que garantiza la investigación y el desarrollo de técnicas médico-quirúrgicas de alta complejidad. De acuerdo a dichas características, deben identificarse las características de los establecimientos privados, a efectos de determinar la existencia de sustitutos reales o potenciales en el mercado para los servicios que brindan el SBTB del INEN, dado que son elementos que permite evaluar el grado de homogeneidad existente con los servicios brindados por los establecimientos de salud privados.



000683

En esa línea, la GEE ha identificado las características de los establecimientos de salud en virtud de sus categorías. En ese sentido, en el Informe N° 026-2017/GEE se señaló lo siguiente:

- "24. Los Institutos de Salud Especializados son los establecimientos de salud que pertenecen a la categoría de mayor complejidad (III-2) y el nivel de atención más alto (tercer nivel). Por ello, se diferencian de los hospitales y las clínicas del sector público o privado, de atención general o especializada, que se encuentran en categorías de menor complejidad dentro del mismo nivel de atención (III-E y III-1), e incluso, algunas dentro de un nivel de atención menor (segundo nivel: II-2, II-E y II-1).
25. Si dos establecimientos de salud se encuentran dentro de la misma categoría de complejidad implica que están diseñados "[...] para enfrentar demandas equivalentes", aunque no necesariamente que sean similares respecto a todas sus características o atributos principales, como tamaño de infraestructura y cantidad de especialidades o sub-especialidades, o incluso respecto a público objetivo.
26. El análisis comparativo entre los establecimientos de salud de categoría III-2 y los otros dos tipos de establecimientos de salud (III-E y III-1) dentro del tercer nivel de atención, permite concluir que:
- La similitud entre establecimientos de salud de la categoría III-2 (como los Institutos de Salud Especializados) y los de la categoría III-E (como un hospital o clínica de atención especializada) es que ambos brindan servicios con algún grado de especialización. Sin embargo, la diferencia determinante es que los de la categoría III-2 prestan "servicios de la mayor especialización" mientras que los de la categoría III-E simplemente brindan "atención especializada" (no la de mayor especialización).
  - En relación a los establecimientos de salud de la categoría III-2 y los de la categoría III-1 el principal atributo diferencial es que los primeros son considerados especializados, en tanto los segundos son de atención general (...)."

En esa línea, al 20 de julio de 2016 la GEE ha reconocido que solo existen apenas cinco (5) clínicas privadas en las diferentes categorías del nivel III en nuestro país; sin embargo, ninguna de ellas se encuentra especializada en la atención de enfermedades oncológicas de acuerdo a la categoría que han obtenido, conforme se detalla en el siguiente cuadro:

#### CUADRO C

PERÚ: ESTABLECIMIENTOS DE SALUD DEL TERCER NIVEL DE ATENCIÓN EN EL SECTOR PRIVADO, AL 20 DE JULIO DE 2016

Complejidad	Categoría	Denominación	Nombre Comercial	Especialidad	Ubicación
7°	III-1 (Atención General)	Hospital o clínica de atención general	- Clínica Ricardo Palma - Clínica San Borja - Clínica San Felipe S.A.	Atención general	Lima
	III-E (Atención Especializada)		- Instituto Médico Especializado en Diabetes "Soy Diabético"	Diabetes Mellitus <sup>1/</sup>	Piura





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

000664

Complejidad	Categoría	Denominación	Nombre Comercial	Especialidad	Ubicación
8°	III-2 (Atención Especializada)	Instituto de Salud Especializado	- Clínica del Inca (Instituto Neuro Cardiovascular de las Américas - INCA) <sup>2/</sup>	Enfermedades cardíacas, neurológicas y vasculares <sup>3/</sup>	Lima

Nota: Incluye únicamente establecimientos de salud privados, es decir, se han retirado aquellos pertenecientes a entidades públicas como el Instituto de Gestión de Servicios de Salud (IGSS), los Gobiernos Regionales, el Seguro Social de Salud (Essalud), el Ministerio de Salud (Minsa), la Sanidad de la Policía Nacional del Perú (PNP), la Sanidad del Ejército Peruano (EP), la Sanidad de la Fuerza Aérea del Perú (FAP), y la Sanidad de la Marina de Guerra del Perú.

1/Según su Página Web se trata de un "centro de atención integral en Diabetes Mellitus". Información disponible en: <<http://www.soydiabetico.pe/nosotros/>>, accedido el 23 de febrero de 2017.

2/ Su categorización le fue otorgada mediante Resolución Administrativa N° 1094-15-DESP-DSS-DISA.II.L.S. del 12 de Junio de 2015. Información disponible en:

<<http://www.inca.org.pe/wp-content/uploads/2015/08/Resolucion-Categorizacion-III-2.pdf>>, accedido el 23 de febrero de 2017.

3/ Información disponible en: <<http://www.inca.org.pe/sobre-nosotros/>>, accedido el 23 de febrero de 2017.

Fuente: Registro Nacional de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (Renipress) de la Superintendencia Nacional de Salud (Susalud).

Elaboración: Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.

En consecuencia, dentro del ámbito del departamento de Lima (incluida la Provincia Constitucional del Callao), inclusive a nivel nacional, no existen establecimientos de salud de la misma especialidad que el INEN, que brinden el mismo nivel de atención (tercer nivel) y/o la misma complejidad (8° nivel de complejidad). De igual modo, si se reduce el nivel de complejidad de la categoría III-2 a la III-E, tampoco se encuentra un establecimiento de salud que atienda la misma especialidad que el INEN.

En este punto, si observamos en el nivel III-1, se observa la existencia de tres (3) establecimientos de salud privados de atención general; sin embargo, conforme se ha destacado líneas previas es necesario un alto grado de homogeneidad entre los servicios brindados mediante el SBTD del INEN con los servicios brindados por los establecimientos de salud privados, lo que no se reflejaría entre establecimientos bajo las categorías III.1 y III.3 dado que estos atienden distintos niveles de complejidad de atenciones.

En esa línea, la GEE ha destacado que los Institutos de Salud Especializados, tales como el INEN, tiene una cantidad de personal médico muy superior en comparación con establecimientos de salud de atención general del sector privado, realizando una cantidad mayor de operaciones en el ámbito de su especialidad. Dicha situación se ve corroborada por la propia demanda de servicios médicos en oncología (y subespecialidades). En particular, una característica del INEN es que resulta de suma importancia para las empresas de programas oncológicos de asistencia médica prepagados o seguros oncológicos. Al respecto, este colegiado comparte lo señalado por la GEE respecto de que esta situación refleja que el grado de complejidad resulta ser un factor determinante para acudir al SBTD del INEN, conforme se detalla a continuación:

46. El hecho que la principal empresa de programas oncológicos de asistencia médica prepagados (Oncosalud), derive al INEN sus casos de alta complejidad teniendo la opción de enviarlos a su propio establecimiento de salud o a alguna clínica privada con capacidad resolutive relativamente similar al INEN (...), parece revelar que, con independencia de los costos, en opinión de los médicos oncólogos especializados, que son los que finalmente deciden la derivación, el **INEN tiene un conjunto de características que le permite hacer frente a dichos casos de alta complejidad** (por ejemplo, pacientes con leucemia que requieren trasplante de médula ósea), que no se encuentra en algún otro establecimiento de salud del sector privado, sea de Oncosalud o de terceros .
47. Lo anterior parece explicar el hecho que un conjunto significativo de pacientes del SBTD del INEN (52,39% de la provincia de Lima y de la Provincia Constitucional del Callao en el 2015) proviene de distritos donde predomina el NSE B. Es decir, para este tipo de pacientes, **el factor determinante para que acudan al SBTD**



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

000665

del INEN no sería su poder adquisitivo (dado que pueden atenderse en una clínica privada de similar capacidad resolutive del INEN) sino el grado de complejidad de la enfermedad oncológica que padecen. En tanto que, para el 47,61% restante de pacientes del SBTD del INEN, que proviene de distritos donde predominan los NSE C y C-D, la disponibilidad de recursos junto con el grado de complejidad, parecen ser los factores determinantes para acudir al SBTD del INEN.

48. Esto es evidencia de una diferenciación multidimensional del INEN respecto a los establecimientos de salud del sector privado, específicamente con clínicas de similar capacidad resolutive, (...).
49. Por un lado, parte de la demanda del INEN, que en apariencia se solapa con la demanda de algunos establecimientos privados, cuyos pacientes oncológicos provienen principalmente de la denominada Zona 7 (Miraflores, San Isidro, San Borja, Surco, La Molina) donde predomina el NSE B, acude principalmente por la expectativa de resolver un problema de muy alta complejidad.
50. De otro lado, otro sector de la demanda del INEN, aquél proveniente de estratos de menor poder adquisitivo valora tanto la expectativa de tratamiento exitoso de una condición médica muy compleja, como el costo más asequible de los servicios." (Resaltado añadido)

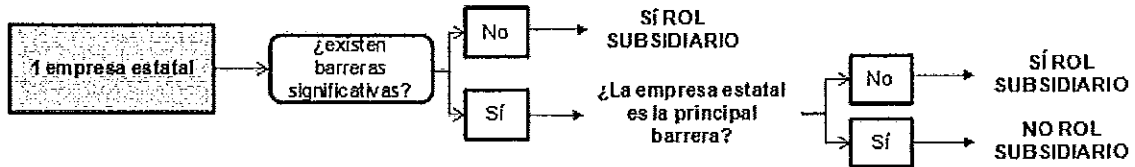
De acuerdo a lo anterior, se puede concluir que el sector privado, no ofrece servicios de salud con atributos de especialización suficientemente cercanos al INEN, no existiendo la homogeneidad necesaria para que exista un sustituto a los servicios brindados por la imputada, por lo que puede concluirse que solo el INEN se encuentra participando en el mercado relevante analizado.

De esta manera, este órgano colegiado considera que, una vez analizado el mercado relevante del presente procedimiento, el análisis debe realizarse tomando en cuenta un escenario en el cual solo existe un actor económico en el mercado relevante, es decir, en el caso en particular, el INEN. En ese sentido, conforme la clasificación expuesta al inicio del presente pronunciamiento, nos encontramos dentro del tercer escenario, el cual se desarrolla cuando solo existe una entidad pública en el mercado relevante.

### b.3. Análisis de barreras de entrada.

Sobre el particular, una vez que en el caso en concreto se determinó que solamente el INEN participa en el mercado relevante, el proceso de evaluación a realizar, en conformidad con la Sala, tiene la siguiente estructura:

## CUADRO D



De este modo, posterior al análisis de subsidiariedad, y como consecuencia de estar en el marco del tercer escenario, corresponde a esta Comisión, de acuerdo a los criterios recogidos por la Sala, evaluar si en el mercado relevante del presente caso existen barreras de entrada<sup>7</sup> en la medida que el objetivo de este escenario es evaluar si existe la posibilidad de que el sector privado pueda proveer el bien o servicio bajo las mismas condiciones en que lo hace la institución estatal. Al respecto, cabe destacar que, con respecto a las barreras de entrada, la Sala se ha pronunciado en el siguiente extremo:

90. Se pueden identificar hasta tres tipos de barreras: (i) legales y/o administrativas; (ii) estructurales; y, (iii) de conducta o estratégicas.
91. Las primeras se refieren a las barreras derivadas de las medidas de política pública y del marco legal de la industria que pueden afectar de manera directa o indirecta a las empresas.
92. El siguiente grupo de barreras engloba a aquellas de carácter económico, las cuales nacen de las características fundamentales de la propia industria (tecnología y costos). Por ejemplo, el caso de los costos hundidos y el caso de las economías de escala y de alcance.
93. Finalmente, las barreras de conducta o estratégicas son las generadas por el comportamiento de las propias empresas que compiten actualmente en el mercado investigado, o de las empresas que no están establecidas en el mercado, pero desde fuera pueden influir en sus condiciones de competencia. Una barrera de este tipo podría ser, por ejemplo, la existencia de acuerdos verticales de exclusividad.”

Como se puede apreciar, existe una distinción de barreras de entrada, respecto de las cuales la Comisión tendrá que evaluar su aplicación al mercado relevante del presente procedimiento. Dicho esto, se puede inferir que es necesario conocer, en detalle, el marco regulatorio y económico de los establecimientos de salud, tomando en cuenta un hipotético agente económico que tenga la intención de ingresar en el mercado de servicios de salud afines a la especialidad de oncología (y subespecialidades), tomando en consideración que el servicio que se otorgaría sería de similar nivel al realizado por el INEN.

<sup>7</sup> Al respecto, en el artículo denominado "Las barreras de entrada" de Paolo Buccrossi, director del "Laboratory of Economics, Antitrust and Regulation" (LEAR). Disponible en: [http://cra.site.softbox.com.mx/guias-y-estudios/estudios-de-sector/cat\\_view/5-transversales?limit=5&limitstart=0&order=date&dir=DESC](http://cra.site.softbox.com.mx/guias-y-estudios/estudios-de-sector/cat_view/5-transversales?limit=5&limitstart=0&order=date&dir=DESC) (Revisado el 20 de junio de 2016), se sostiene lo siguiente:

- "Sobre la base de la caracterización de entrada detallada en la sección 2, una BE (barrera de entrada) puede definirse como cualquier factor que pueda:
- 1) Impedirle la entrada a nuevos competidores en el mercado;
  - 2) Obligar a nuevos competidores a entrar en el mercado a una menor escala con un menor rango de productos o con una propuesta comercial menos atractiva;
  - 3) Retrasar la entrada de nuevos competidores al mercado”.



### b.3.1. Barreras legales y/o administrativas

Para poder desarrollar este punto, previamente, es necesario tener conocimiento de las fases de implementación de un establecimiento de salud en el Perú en la actualidad, debido a que dicha normativa debe ser considerada por los agentes económicos para realizar sus actividades económicas en el mercado analizado. Al respecto, la Comisión ha podido identificar tres (3) fases: (i) habilitación; (ii) acreditación; y (iii) categorización, las cuales si bien cuentan con distintas áreas de regulación (por ejemplo: municipal, tributaria, societaria, etc.), para fines del presente caso, solo se ha considerado tomar en cuenta aquellas relacionadas directamente con la regulación del sector salud.

En primer lugar, con relación a la fase de habilitación, esta se define como aquel proceso de carácter obligatorio, mediante el cual se autoriza el funcionamiento de un determinado establecimiento de salud para iniciar o continuar sus operaciones, una vez cumplidos los requerimientos establecidos en el marco normativo aplicable. Sobre el particular, tenemos como principal base legal al Decreto Supremo N° 013-2006-SA – Reglamento de Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo (en adelante, el Reglamento de Establecimientos de Salud), el cual prevé los requisitos que un establecimiento público o privado<sup>8</sup> debe cumplir para ejercer de manera formal el servicio de salud.

En segundo lugar, con relación a la fase de acreditación, de acuerdo al artículo 2 del Reglamento de Establecimientos de Salud, se define como aquel procedimiento de evaluación periódica de los recursos institucionales, que tiende a garantizar la calidad de la atención, a través de estándares previamente definidos por la autoridad de salud. Dicho procedimiento de acreditación tiene como finalidad: (i) que todos los establecimientos de salud acreditados cumplan con requisitos (estándares) mínimos de calidad; (ii) que el personal de salud se interese y motive para mejorar continuamente sus servicios; (iii) que los establecimientos de salud acreditados solucionen mejor las necesidades de salud de la población; (iv) que las personas salgan satisfechas con la atención de salud recibida; y (v) que la población cuente con información sobre la calidad de atención que brindan los establecimientos de salud acreditados.

Asimismo, el artículo 8 del referido cuerpo normativo expone lo siguiente:

#### **“Artículo 101.- Proceso de acreditación**

Los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo, a solicitud de parte, podrán someterse al proceso de acreditación para obtener del Ministerio de Salud el reconocimiento de que cumplen los estándares de calidad contenidos en los instrumentos de acreditación.” (Resaltado y subrayado añadido)

Sobre lo expuesto, la Comisión puede observar que el procedimiento de acreditación es de carácter voluntario en la medida que solo se realiza si un establecimiento de salud lo solicita. En efecto, tal como lo establece la Resolución Ministerial N° 456-2007/MINSA<sup>9</sup>, dicho procedimiento cuenta con dos fases: (i) autoevaluación<sup>10</sup> y (ii) la evaluación externa, siendo que, sobre esta

<sup>8</sup> **DECRETO SUPREMO N° 013-2006-SA – REGLAMENTO DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD Y SERVICIOS MÉDICOS DE APOYO**

Artículo 3.- **Ámbito de aplicación**

El presente Reglamento, así como las normas que aprueba el Ministerio de Salud en su desarrollo, son de aplicación general a todos los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo públicos y privados, incluyendo a los de EsSalud, las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales.

<sup>9</sup> Resolución Ministerial mediante la cual se aprueba la NTS N° 050-V.02 Norma Técnica en Salud para la acreditación de establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo.

<sup>10</sup> Si bien la Resolución Ministerial N° 456-2007/MINSA establece que la fase de autoevaluación es de carácter obligatorio, esto está referido, en el caso que un establecimiento de salud realice efectivamente el proceso de acreditación, dado que, si fuera ese el caso, la autoevaluación es una fase previa a la evaluación externa. No obstante ello, la acreditación solo se encuentra referida a la fase de evaluación externa, tal como lo establece dicho cuerpo normativo:



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

000668

última fase se estipula que: "La evaluación externa es de carácter voluntario y deberá ser realizada en un plazo posterior no mayor a doce meses desde la última autoevaluación con calificación aprobatoria".

En tercer lugar, con relación a la fase de categorización, de acuerdo al artículo 2 del Reglamento de Establecimientos de Salud, se define como aquel proceso que conduce a homogenizar y clasificar los diferentes establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo, en base a niveles de complejidad y a características funcionales, que permitan responder a las necesidades de salud de la población que atiende. Esta fase, a diferencia del procedimiento de acreditación, sí es de carácter obligatorio para los establecimientos, tal como lo establece el artículo 8 del referido cuerpo normativo:

**"Artículo 8.- Categorización de los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo**

Los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo, luego de haber presentado la comunicación a que se refiere el primer párrafo del artículo 7, tendrán un plazo de noventa (90) días calendario para solicitar a la Dirección Regional de Salud o Dirección de Salud correspondiente su categorización."

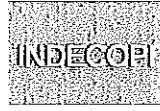
En la actualidad, de acuerdo a la Resolución de Superintendencia Nacional de Salud N° 089-2014-SUSALUD/S de fecha 27 de noviembre de 2014, la autoridad sanitaria correspondiente (sea la Autoridad Sanitaria Regional o la Dirección de Salud de Lima, según corresponda) deberá solicitar una opinión previa, de carácter vinculante, a la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante, Susalud) con la finalidad de que esta institución realice un informe que apruebe u observe la categorización otorgada por la autoridad competente. Cabe precisar que la intervención de Susalud solo es aplicable para las categorizaciones de establecimientos de salud en niveles II y III.

Conforme se manifestó en la parte pertinente a la determinación del mercado relevante, el procedimiento de categorización es de carácter relevante, dado que permite determinar el nivel de calidad del servicio ofrecido por el establecimiento de salud. En virtud de ello, en el caso en concreto, el agente económico hipotético tiene que cumplir con los requerimientos establecidos para la mayor categoría en la especialidad de oncología (y subespecialidades), en la medida que el INEN cuenta con la categoría III-2 de la referida especialidad.

En virtud de ello, y en conformidad con la Resolución Ministerial N° 546-2011/MINSA un establecimiento de salud con categoría III-2 debe cumplir con los determinados requerimientos, conforme se detalla en el siguiente cuadro:

---

"Acreditación: Proceso de evaluación externa, periódico, basado en la comparación del desempeño del prestador de salud con una serie de estándares óptimos, y factibles de alcanzar, formulados y conocidos por los actores de la atención de la salud, y que está orientado a promover acciones de mejoramiento continuo de la calidad de atención y el desarrollo armónico de las unidades productoras de servicios de un establecimiento de salud o servicio médico de apoyo. La condición de Acreditado se otorga por Resolución Ministerial en Lima y Callao y mediante Resolución Ejecutiva Regional en las regiones."



000669

**CUADRO E**  
**DESCRIPCIÓN DE LA CATEGORÍA III-2 DE LOS ESTABLECIMIENTOS DE SALUD**

CATEGORÍA	DEFINICIÓN	FUNCIONES GENERALES	ACTIVIDADES	UPSS FARMACIA
CATEGORÍA III-2	Corresponde a: • Institutos Especializados	a) Promoción b) Prevención c) Recuperación d) Rehabilitación e) Gestión f) Investigación g) Docencia	a) UPSS Consulta Externa b) UPSS Hospitalización c) UPSS Diagnóstico por Imágenes d) UPSS Patología Clínica (Laboratorio Clínico) e) UPSS Farmacia f) UPSS Nutrición y Dietética g) UPSS Central de Esterilización h) UPSS de Docencia e Investigación i) UPSS Emergencia j) UPSS Centro Obstétrico k) UPSS Centro Quirúrgico l) UPSS Cuidados Intensivos m) UPSS Medicina de Rehabilitación n) UPSS Anatomía patológica o) UPSS Centro de Hemoterapia y Banco de Sangre p) UPSS Hemodiálisis q) UPSS Radioterapia r) UPSS Medicina nuclear	Unidad básica organizada para dispensación, expendio, gestión de programación y almacenamiento especializado de PF, DM (con excepción de equipos biomédicos y de tecnología controlada) y PS que correspondan; así como farmacotécnia y farmacia clínica de acuerdo a la complejidad del establecimiento de salud.  Responsable: QF, Técnico de Farmacia. Atención: 24 horas para emergencia y horario del establecimiento para atención electiva.  Capacidad resolutive: Realiza dispensación y expendio previa RUE de los medicamentos propios de la especialidad de acuerdo al PNUME y aquellos fuera del PNUME que el CF autorice, DM y PS que correspondan a los pacientes ambulatorios y pacientes hospitalizados a través del SOMDU; así como disposición especializada para la unidad de cuidados intensivos y sala de operaciones. En caso de desarrollo estudios clínicos, deberá brindar el servicio de dispensación de productos en investigación para ensayos clínicos. Farmacia Clínica: Farmacovigilancia, seguimiento farmacoterapéutico, información de Medicamentos y Tóxicos, brinda el servicio de Farmacocinética clínica previa evaluación de la necesidad del servicio. Farmacotecnia: diluciones y acondicionamiento de antisépticos y desinfectantes; acondicionamiento de dosis de medicamentos; fórmulas magistrales y preparados oficinales, y brinda el servicio de preparación de mezclas parenterales y enterales especializadas, previa evaluación de la necesidad del servicio. Almacenamiento especializado cumpliendo las buenas prácticas de almacenamiento.

Una vez expuestas las distintas fases de constitución de un establecimiento de salud, la Comisión ha podido evidenciar que, si bien existe una abundante regulación sobre este sector, dicha situación responde a que, efectivamente el servicio de salud es de carácter sensible por el bien jurídico que envuelve. En ese orden de ideas, este órgano colegiado no ha podido identificar que existan significativas o arbitrarias barreras de carácter legal o administrativo con respecto a los servicios de salud afines a la especialidad de oncología (y subespecialidades).

**b.3.2. Barreras estructurales y barreras estratégicas**

En el presente caso, la Comisión ha considerado conveniente evaluar, de manera simultánea ambos tipos de barreras de entrada en la medida que ambas están referidas al ámbito económico del mercado relevante investigado. Esto es, las barreras estructurales se encuentran ligadas a los factores que impiden, retrasan o reducen el alcance de una entrada al mercado derivadas de los medios tecnológicos y/o personal especializado que puede necesitar un agente económico para ofrecer un determinado servicio; y, por otro lado, las barreras estructurales están referidas al propio comportamiento de los integrantes de un mercado (agentes y proveedores) que obstaculizan o retrasan el ingreso de un nuevo competidor.

Al respecto, este órgano colegiado estima que se debe considerar lo señalado por la GEE en el Informe N° 026-2017/GEE, el cual indica lo siguiente:



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

000670

- “60. En el caso del mercado relevante donde opera el SBTD del INEN, el análisis de la presencia de barreras a la entrada se traduce en razonar en qué medida algún centro de salud del sector privado (existente o nuevo), podría obtener la categoría de Instituto de Salud Especializado como el INEN en el corto plazo (hasta un año) y brindar servicios oncológicos de muy alta complejidad, similar al INEN. En opinión de esta Gerencia este es el aspecto más importante a analizar en materia de barreras de entrada, por lo que de no superarse la misma, no es necesario identificar otras barreras, aun a riesgo de no considerar otras de importancia sustantiva.
61. La información obtenida por esta Gerencia con agentes representativos del sector de las clínicas privadas con capacidad resolutive relativamente similar al INEN (...) parece indicar que la verosimilitud de este escenario es de muy escasa relevancia, al menos en el corto plazo. Llegamos a esta conclusión debido a que para que los establecimientos de salud del sector privado puedan obtener la categoría de mayor complejidad III-2 (como la que actualmente tiene el INEN) requieren realizar inversiones significativas en infraestructura, equipamiento y recursos humanos. En particular, el acceso a recursos humanos parece ser una barrera de entrada significativa puesto que la cantidad disponible de médicos oncológicos altamente calificados es bastante limitada.” (Resaltado añadido)

De acuerdo a lo anterior, si se determina que existen barreras significativas, se debe proceder a definir si la propia existencia de la empresa o entidad estatal en el mercado es la que desincentiva la entrada de competidores privados.

Al respecto, este colegiado observa que no existe evidencia que permita concluir que frente a la amenaza de entrada de una empresa privada en el mercado, el INEN pueda llevar a cabo una estrategia de reducción de precios –a través de un mecanismo de subsidios– que atentaría contra la rentabilidad de la posible firma privada entrante, disuadiendo así su ingreso al mercado, dado que el elemento que define los servicios del INEN no se encuentran relacionadas con los precios, sino con el alto grado de especialización que posee.

De otro lado, se observa que el acceso a recursos humanos sería una barrera de entrada significativa puesto que la cantidad disponible de médicos oncológicos altamente calificados es bastante limitada; sin embargo, esta situación no podría ser atribuida al INEN debido a que se encuentra relacionada a la oferta educativa correspondiente para el desarrollo de este tipo de profesionales.

En conclusión, la Comisión considera que no existen evidencias que permitan determinar que el mercado consistente en los servicios de salud afines a la especialidad de oncología (y subespecialidades) cuente con barreras legales significativas, siendo que las barreras estructurales no son atribuibles al INEN, por ello se concluye que la actividad estatal en dicho mercado es subsidiaria, por lo que se debe proceder al siguiente nivel de análisis consistente en evaluar si la actividad realizada por la imputada en el mercado relevante determinado es de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

**c) El alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional**

El tercer requisito previsto en el artículo 60 de la Constitución es el objetivo de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional que debe sustentar la autorización para que el Estado desarrolle actividad empresarial.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

00067

En el presente caso tenemos que, el artículo 30 de la Ley N° 27657, Ley del Ministerio de Salud<sup>11</sup> constituye la ley autoritativa que facultó al INEN a realizar la actividad empresarial consistente en la prestación de servicios de salud afines la especialidad de oncología (y subespecialidades), como ha sido destacado por la Sala en la Resolución N° 2473-2010/SC1-INDECOP en los siguientes términos:

156. Como señalamos anteriormente, para que se cumpla con el requisito de ley expresa, debe existir una ley del Congreso que, de manera clara y patente, habilite a la entidad estatal a producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios. El artículo 30 de la Ley 27657 –Ley del Ministerio de Salud– señala expresamente que los Institutos Especializados cuentan con la posibilidad de desarrollar servicios de salud con la finalidad de realizar las actividades de investigar, capacitar, publicitar, difundir y aplicar los conocimientos de su área científica.
157. Como señalamos anteriormente, para que se cumpla con el requisito de ley expresa, debe existir una ley del Congreso que, de manera clara y patente, habilite a la entidad estatal a producir, distribuir, prestar o intercambiar bienes y servicios. En esa línea, el artículo 33 de la Ley 27657 –Ley del Ministerio de Salud– señala expresamente que el INEN es un Organismo Público Descentralizado que tiene entre sus misiones el garantizar la atención integral del paciente oncológico.
158. Como vemos, la ley detalla las actividades que en el campo oncológico se pueden desarrollar y distingue “garantizar” de, por ejemplo, “promover”, “prevenir” o “investigar”. Esto permite claramente inferir que la referencia a “garantizar” la atención integral de salud de los pacientes se refiere de manera específica a prestar el servicio de tratamiento oncológico para que los pacientes puedan superar sus enfermedades neoplásicas.
159. Además, debe entenderse que la ley prevé que estos servicios se presten a pacientes de cualquier situación económica, pues el artículo 33 precisa que la atención oncológica que brinda el INEN debe “priorizar” a los pacientes de escasos recursos económicos. “Priorizar” significa que dentro de los diversos tipos de servicios oncológicos que el INEN puede brindar se ponga especial énfasis en el sector de pacientes de bajos recursos por sobre los pacientes de mayores recursos que también pueden percibir atención, por ejemplo, vía el “Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado”. Pero no significa que se excluya al segundo grupo.
160. Si la ley hubiera querido limitar los servicios del INEN a servicios asistenciales, en vez de referir que se brindan de manera “prioritaria” hubiese establecido que ellos se prestan de forma “exclusiva” a pacientes de bajos recursos.

<sup>11</sup> **LEY N° 27657 – LEY DEL MINISTERIO DE SALUD (DEROGADA)**

**Artículo 30.- De los Institutos Especializados**

Los Institutos Especializados:

- a) Son los órganos de investigación e innovación científico-tecnológica y docencia en su campo.
- b) Coordinan y proponen normas técnicas a las Direcciones Generales técnico-normativas.
- c) Desarrollan Investigaciones específicas por encargo de la Alta Dirección y de las Direcciones Generales técnico-normativas del Ministerio.
- d) Desarrollan servicios especializados de salud, específicamente para investigar, aplicar, publicar, capacitar y difundir los conocimientos de su área científica y tecnológica.
- e) Establecen relaciones de cooperación científica y tecnológica con la comunidad científica nacional e internacional, en el marco de sus objetivos funcionales a través de la Alta Dirección.
- f) El Reglamento de la presente Ley determina su número, especialidad y Organización General.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000672

161. Por eso, debe entenderse que la autorización del artículo 33 de la Ley 27657 abarca a las diversas formas de atención que puede brindar el INEN en el rubro oncológico, ya sea a través del típico servicio asistencial que se da a pacientes de escasos recursos como a través del servicio diferenciado de las clínicas que operan en virtud del "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado".
162. En consecuencia, esta Sala aprecia que la primera instancia fundamentó su pronunciamiento en una incorrecta interpretación de la norma (error de derecho), pues el denominado "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" prestado por el INEN cumple con el requisito de "ley expresa" previsto en el artículo 60 de la Constitución."

Al respecto, conforme a lo anterior, la Ley N° 27657<sup>12</sup> resulta aplicable en el análisis del presente caso, dado que la misma se encontraba vigente durante la emisión de la Resolución de fecha 11 de noviembre de 2008, por la cual la Secretaría Técnica realizó la imputación de cargos<sup>13</sup>.

En particular, la Comisión considera que la Ley del Ministerio de Salud sí contiene las condiciones de interés público o conveniencia nacional que sustentaron el contenido del artículo 30 del referido cuerpo normativo. Es así que, en el artículo 2 de dicho cuerpo normativo se señala que el Ministerio de Salud es el ente rector que conduce, regula y promueve la intervención del Sistema Nacional de Salud con la finalidad de lograr el desarrollo de la persona humana, a través de la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de su salud y del desarrollo de un entorno saludable, con pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, desde su concepción hasta su muerte natural.

Claramente, la Ley del Ministerio de Salud – a través del funcionamiento de los Institutos Especializados como el INEN - enaltece la finalidad de su competencia y organización en la protección del bien jurídico que es la vida, y la persona humana como fin supremo, lo cual, es concordante con lo establecido en nuestra Constitución.

En este punto, igualmente cabe destacar que frente a la sociedad<sup>14</sup>, la Constitución establece que el Estado actúa principalmente, entre otras, en el área de promoción de la salud, siendo que prestaciones como las analizadas se encuentran en el marco de dicha promoción, lo que evidencia que su carácter es de alto interés público.

<sup>12</sup> En efecto, el 7 de diciembre del 2013 se publicó el Decreto Legislativo N° 1161 – Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, cuerpo normativo que mediante su Única Disposición Derogatoria estipuló lo siguiente:

**\*DECRETO LEGISLATIVO N° 1161 – LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DE SALUD**

(...)

**DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA**

**ÚNICA.- Normas legales derogadas**

A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo queda derogada la Ley N° 27657, Ley del Ministerio de Salud, excepto lo dispuesto en el literal a) de los artículos 32 y 33 de la citada Ley."

<sup>13</sup> Mediante Resolución N° 2377-2013/SDC-INDECOPI de fecha 20 de diciembre de 2013, se señaló respecto de hechos ocurridos de materia posterior a la imputación de cargos lo siguiente: "(...) cuando el órgano Instructor inicia un procedimiento sancionador contra un administrado, lo hace porque existen indicios de que hasta dicha fecha el referido agente habría cometido actos que contravienen determinada normativa, en este caso, la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Considerando los hechos sobre los cuales se imputan los cargos, los que obviamente habrían ocurrido hasta la fecha en que se inicia el procedimiento, es que la persona imputada ejerce su derecho de defensa, mas no sobre actos que podrían ocurrir en una fecha posterior a la imputación de cargos. De lo contrario, se estaría iniciando un procedimiento sancionador contra una persona por un supuesto acto que cometería en el futuro." (Resaltado añadido)

<sup>14</sup> **CONSTITUCIÓN POLÍTICA**

**Artículo 58.-** La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. (Resaltado añadido)



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

000673

De este modo, este órgano colegiado observa que la actividad empresarial realizada por el INEN consistente en la prestación de servicios de salud afines a la especialidad de oncología (y subespecialidades) responde a un interés público o a una manifiesta conveniencia nacional.

En virtud de lo anterior, dado que para la actividad empresarial realizada por el INEN, dentro del marco de la Ley N° 27657, ha cumplido con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución, corresponde declarar infundada la denuncia interpuesta por Santa Teresa en contra del INEN por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto ejemplificado en el numeral 14.3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

### 3.2. Los pedidos accesorios formulados por Santa Teresa

En el presente caso, Santa Teresa solicitó a la Comisión que ordenara el cese de la conducta denunciada. Asimismo, la denunciante solicitó a la Comisión que condenara a INEN al pago de las costas y los costos en los que incurriera durante la tramitación del procedimiento.

Sobre el particular, conforme a lo señalado en los puntos precedentes, la Comisión considera que, al devenir en infundada la denuncia presentada por Santa Teresa, corresponde denegar dichos pedidos accesorios.

### 4. DECISIÓN DE LA COMISIÓN

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 25 del Decreto Legislativo N° 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi y 25 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal;

#### HA RESUELTO:

**PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA** la denuncia presentada por Clínica Santa Teresa S.A. contra INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto ejemplificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal, por la realización de la actividad empresarial denominada "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" dentro del marco de la Ley N° 27657 - Ley del Ministerio de Salud.

**SEGUNDO: DENEGAR** los pedidos accesorios formulados por Clínica Santa Teresa S.A., por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

*Con la intervención de los miembros de Comisión: Ana Rosa Martinelli Montoya, Edward Tovar Mendoza, Alfredo Castillo Ramírez y José Tavera Colugna.*

  
**ANA ROSA MARTINELLI MONTOYA**  
Presidenta  
Comisión de Fiscalización de  
la Competencia Desleal



# **Anexo I**

076317

000708

Indecopi

EXPEDIENTE: N° 154-2008/CCD

SUMILLA: INTERPONEMOS RECURSO

DE APELACIÓN CONTRA LA

RESOLUCIÓN FINAL N° 034-2017/CCD-

INDECOPI

RECIBIDO 2017 JUN 5 10:11:25  
 RECIBIDO  
 SEÑORES DE LA COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL:

**ASOCIACIÓN DE CLÍNICAS PARTICULARES DEL PERÚ - ACP**, con RUC 20139640099, representada por su Presidente, Dr. Sebastián Céspedes Espinosa, identificado con D.N.I. N° 10274095, con domicilio procesal en la casilla N° 6702 del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, Sede Miraflores, ante ustedes nos presentamos y atentamente decimos:

Que, habiéndosenos notificado la Resolución Final N° 034-2017/CCD-INDECOPI del 03 de mayo de 2017, notificada el 15 de mayo del presente año, mediante la cual se resuelve declarar infundada la denuncia contra el INEN Dr. Eduardo Cáceres Graziani, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por infracción del artículo 60° de la Constitución Política del Perú, ejemplificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo N° 1044, por la realización de actividad empresarial denominada "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado"; por lo que estando dentro del término de ley, interponemos **RECURSO DE APELACIÓN** contra la Resolución Final N° 034-2017/CDD-INDECOPI del 3 de mayo de 2017, bajo los siguientes fundamentos:

### **FUNDAMENTOS DE HECHO**

Es el caso que la presente Resolución Final, materia de apelación, dispone que no existen evidencias que permitan determinar que el mercado en los servicios de Oncología, cuente con barreras legales, estructurales y/o estratégicas, asimismo que la actividad se desarrolla de acuerdo al alto interés público o conveniencia nacional.

Debemos tener presente que el Estado debe garantizar que todas las personas tengan acceso a los servicios mínimos de salud, debiendo llevar a cabo inversiones que fortalezcan las instituciones que prestan dicha clase de servicios, así como implementar políticas y programas para alcanzar el fin. Ahora bien, se aduce que el INEN debe **priorizar** a los pacientes de escasos recursos y que por ende esto no significa que no pueda brindar servicios de salud bajo el tarifario diferenciado, pero en todo caso debe valorarse que la prioridad de ese servicio asistencial sea

real, eficiente, suficiente y demás, ya que en la práctica dicha situación no se da, aspecto que no se tiene en cuenta adecuadamente al momento de resolver la denuncia.

De esta forma, procede la Comisión a analizar si la actividad desarrollada por el INEN sustituye a los establecimientos de salud privados, teniendo en cuenta entre otras cosas, la oferta, la demanda, si se constituye en barreras, resolviendo finalmente denegar la denuncia presentada. La Ley de Represión de la Competencia Desleal dispone que la complementariedad radica en que el Estado puede intervenir realizando actividad empresarial en los sectores donde los privados no son capaces de satisfacer la demanda de bienes o servicios relevantes para la sociedad en su conjunto.

) Tomando como base el informe emitido por la GEE, la Comisión identifica los factores relevantes para resolver la discusión, siendo los siguientes: Características del servicio analizado; características de la demanda del servicio; oferta privada identificable.

- **Características del servicio analizado:** Dentro del primer factor se indica que debe evaluarse si los establecimientos de salud privados pueden ser sustitutos del servicio bajo tarifario diferenciado que ofrece el INEN. No queda muy clara la apreciación de dicho factor, porque entendemos que lo que se analiza en el presente caso es la subsidiariedad del estado para desarrollar actividades empresariales ante la ausencia de oferta privada, más no si el sector privado puede sustituir al estado.

) Debe indicarse que la función principal del INEN es la prestación de servicios de salud asistenciales, a la que puede acceder toda la población, entendiéndose que la demanda se cubre con dicha función, pero esta actividad no es la que se discute en la denuncia, puesto que debe ser totalmente aceptada dicha prestación asistencial, el conflicto se suscita en si el INEN además debe realizar actividad empresarial, por ende, si la presencia del sistema bajo tarifario diferenciado es necesaria, con lo cual, lo dispuesto por la Comisión es equivocado y no parece advertir que el INEN ya presta los servicios asistenciales, por lo cual, la demanda restante se cubre con los establecimientos del sector privado, no siendo requerido que intervenga desarrollando actividad empresarial.

No nos encontramos en el escenario de que el estado debe intervenir en la actividad empresarial puesto que no existe empresa privada que brinde determinado servicio, sino que el estado que ya brinda atención asistencial,

entendiendo que da cobertura a la demanda, también pretende participar como empresa, en desmedro del sector privado que brinda los mismos servicios y que apunta a la población que cuenta con la capacidad adquisitiva para obtener un servicio con características especiales, diferente a la asistencial que ya otorga el INEN.

Bajo este punto, se advierte que la intervención del INEN con su sistema de tarifario diferenciado NO es necesaria, debiendo solo desarrollar la actividad asistencial para toda la población que lo requiera, indistintamente de su condición económica, no interviniendo en la actividad empresarial, que perjudica el mercado.

- **Características de la demanda del servicio:** Desde el primer factor ya se puede desvirtuar la subsidiariedad del INEN, no obstante, al hacerse una interpretación errónea, debe continuarse con la revisión de los factores, continuando con las características de la demanda del servicio; se indica que el 52.3% de los pacientes de la provincia de Lima y Callao atendidos en el 2005 a través del SBTD provenían de distritos donde predomina el nivel socio-económico B y el 47.61% de distritos con niveles socio-económicos C y C-D.

La resolución solo llega a estimar de donde provienen los usuarios que hacen uso del SBTD, pero no establece que tipo de servicio requieren, considerándose fundamental el conocer cuáles son los requerimientos de los pacientes e identificar si es estrictamente necesario que el INEN brinde los servicios como SBTD; esta información se hace importante en el entendido de que posteriormente, se aduce que solo el INEN brinda servicios de salud en oncología de mayor complejidad, pero sin que en algún momento se hayan determinado realmente a qué tipo de servicios se refiere, que porcentaje de usuarios lo requieren, por lo cual consideramos que el factor no se ha desarrollado adecuadamente.

- **Oferta privada identificable:** El tercer factor refiere a la oferta privada identificable, para lo cual se establece que solo el INEN se encuentra en la categoría III-2, servicios de la mayor especialización; al respecto indicamos que si bien, la Resolución Ministerial N° 546-2011/MINSA del 13 de julio de 2011, que establece las categorías de establecimientos del sector salud, es la que aduce una mayor especialización, ni en el informe presentado ni en el aparte de la oferta ni demanda se hace mención a dicha mayor especialización, en qué consiste, que tipo de procedimientos abarca, que especialidades médicas se requieren, es decir, tener la certeza de que

000709

ningún establecimiento de salud privado brinda el mismo servicio. Dicha información es la que entendemos debía aclarar el informe, que ha tardado más de 5 años en emitirse, concibiendo que se iba a realizar un estudio a fondo de los servicios.

La Resolución indica: *"En consecuencia, dentro del ámbito del departamento de Lima (incluida la Provincia Constitucional del Callao), inclusive a nivel nacional, no existen establecimientos de salud de la misma especialidad que el INEN, que brinden el mismo nivel de atención (tercer nivel) y/o la misma complejidad (8º nivel de complejidad). De igual modo, si se reduce el nivel de complejidad de la categoría III-2 a la III-E, tampoco se encuentra un establecimiento de salud que atienda la misma especialidad que el INEN."*

Se observa como solo se menciona la mayor complejidad del INEN sin esclarecer dicha complejidad, sin mencionar la cartera de servicios del INEN que no ofrecen las clínicas privadas, con el cual se pudiera determinar ausencia de oferta de servicios de salud en el sector privado, que tuviera que ser cubierta por el sector público; ahora bien, debe aclararse que el sector público no tiene argumento para participar como empresa aún cuando lograra determinarse que las clínicas privadas no prestan alguna clase de servicio, estando a que estos los puede brindar mediante su tarifa de hospital, sin que deba hacerlo con una tarifa preferente, como lo viene haciendo.

Es decir, es sabido que el INEN cuenta con una tarifa de hospital, para brindar servicio a quien no cuentan con aseguramiento, pero que tiene las mismas características del servicio asistencial que presta, diferenciándose de la Tarifa de clínica, que es más alta y que da preferencia a los pacientes, configurándose discriminación para quienes no pueden pagar dichas tarifas.

Continúa la Resolución: *"En esa línea, la GEE ha destacado que los Institutos de Salud Especializados, tales como el INEN, tiene una cantidad de personal médico muy superior en comparación con establecimiento de salud de atención general del sector privado, realizando una cantidad mayor de operaciones en el ámbito de su especialidad."* Desconocemos si tal afirmación ha sido comprobada, puesto que es de conocimiento que muchos de los médicos que brindan servicios en el INEN, también lo hacen en las clínicas privadas, por lo que no tendría ningún fundamento asegurar que los médicos son muy superiores. Además de lo anterior, es menester que se explique qué características tienen los médicos del INEN, para

000710

determinar su superioridad, situación que entendemos no son más que comentarios para tratar de justificar la existencia de SBTD, ejercicio que afecta el mercado, perjudica el servicio asistencial que debe brindar el INEN y que se torna discriminatorio, dando prioridad de atención a quien cuenta con capacidad para pagar.

Sigue la Resolución: *"En particular, una característica del INEN es que resulta de suma importancia para las empresas de programas oncológicos de asistencia médica prepagados o seguros oncológicos (...)*

*46. El hecho que la principal empresa de programas oncológicos de asistencia médica prepagados (Oncosalud), derive al INEN sus casos de alta complejidad teniendo la opción de enviarlos a su propio establecimiento de salud o a alguna clínica privada con capacidad resolutive relativamente similar al INEN (...) parece revelar que, con independencia de los costos, en opinión de los médicos oncólogos especializados, que son los que finalmente deciden la derivación, el INEN tiene un conjunto de características que le permite hacer frente a dichos casos de alta complejidad (por ejemplo, pacientes con leucemia que requieren trasplante de médula ósea), que no se encuentra en algún otro establecimiento de salud del sector privado, sea de Oncosalud o de terceros".*

En primer lugar cabe indicar que a las aseguradoras privadas les resulta más ventajoso contratar con el INEN que con clínicas privadas, incluso al prestar los servicios ellas mismas –para el caso de Oncosalud- estando a que el INEN se encuentra financiado por el estado, por ende, los precios que ofertan pueden ser inferiores; aunque se aduzca que la preferencia con el INEN se hace con independencia de los costos, dicha situación queda desvirtuada en el hecho de que médicos del INEN atiendan también en otros establecimientos, entre otras cosas, de lo cual no podría aseverarse una superioridad del personal como se pretende.

Nuevamente se hace indispensable el conocer específicamente a que refiere la alta complejidad que maneja el INEN para esclarecer la demanda de dichos servicios y llegar a aclarar si el sector privado también los brinda y si no lo hace, cual es la razón, generándose algunos interrogantes como: ¿existe poca oferta? ¿Existe intervención del estado por medio del INEN?, ¿por qué el sector privado no brinda dicha clase de servicios?; dudas que no tienen respuesta en tanto no hay una profundización en el tema para saber si la intervención del INEN es necesaria, en el entendido de su función asistencial y la prestación de servicio a través de tarifa de hospital.



000711

Se aduce que un seguro como Oncosalud prefiere derivar sus pacientes al INEN antes de hacerlo a alguna clínica privada o incluso prestarlos ellos mismos, de lo que, conociendo el mercado, puede fácilmente aducirse que tal situación tiene explicación en que los costos son menores que contratar con una clínica privada o incluso, implementar dicha prestación de servicios, todo en desmedro de la población más vulnerable, en tanto la prestación de un servicio bajo tarifario diferenciado significa menos tiempo de atención de la población más vulnerable, dando prioridad a quien puede costear el servicio.

Se indica que hay procedimientos que no brinda el sector privado, como por ejemplo el caso de pacientes con leucemia que requieren trasplante de médula ósea, no quedando muy clara la referencia, porque se tiene conocimiento que la Clínica San Borja también realiza dichos procedimientos y naturalmente también los hospitales.

Concluye la Resolución, luego del análisis de los tres factores, que el sector privado no ofrece servicios de salud de especialización suficiente, cercanos al INEN, por lo que no existe homogeneidad para que exista un sustituto de los servicios brindados, indicando que solo el INEN se encuentra participando en el mercado relevante.

Dicha conclusión no se encuentra fundamentada, no tiene bases, en algunos casos solo son conjeturas, pues no se ha determinado que servicios brinda el INEN que no realicen las clínicas privadas; se ha demostrado que la conclusión de que tanto los usuarios como las aseguradoras prefieren el INEN por su alta especialización no tiene soporte, conociéndose que los precios que brinda el INEN al estar subvencionado por el estado son más bajos, que sus médicos también brindan servicios en otros establecimientos, pretendiendo ocultarse las verdaderas razones por la cual un instituto que debería cumplir prioritariamente el servicio asistencial, da prelación a quien puede pagar por el servicio, además de lo que ya se recibe por parte del estado, todo en desmedro de la población más vulnerable.

La Resolución de igual forma procede a determinar si la actividad del INEN se constituye como barrera significativa, para lo cual indica: *"Al respecto, este colegiado observa que no existe evidencia que permita concluir que frente a la amenaza de entrada de una empresa privada en el mercado, el INEN puede llevar a cabo una estrategia de reducción de precios -a través de un mecanismo de subsidios- que atentaría contra la rentabilidad de la posible firma privada entrante, disuadiendo así su ingreso al mercado, dado que el elemento que define los*



*servicios del INEN no se encuentran relacionados con los precios, sino con el alto grado de especialización que posee."*

Nuevamente la Comisión insiste en que los usuarios y seguros prefieren contratar con el INEN por su especialización y no por sus precios, situación que no es tal, puesto que las Clínicas privadas cuentan con personal altamente capacitado, incluso en algunas ocasiones son los mismos médicos que trabajan en el INEN, contando además con infraestructura y equipamiento moderno, conociéndose que el mayor atractivo del INEN son sus precios bajos, que naturalmente pueden ser así, debido a que el estado subvenciona, por lo que las consideraciones de la Comisión en dicho sentido no son aceptadas.

) Los precios que puede ofrecer un instituto cuyos recursos provienen directamente del Estado, que se encuentra subvencionado, que usa la misma estructura, personal y demás, de lo dispuesto para atención a la población más vulnerable, son mucho más bajos que lo que puede presentar una empresa del sector privado, en este sentido, la competencia se convierte en desleal en tanto no es posible competir con un servicio que se encuentra favorecido con presupuesto estatal, por lo que no es justificado que se aduzca que los costos no tienen inferencia en la decisión de atenderse en el instituto.

) La intervención del INEN naturalmente constituye una barrera, puesto que ningún inversionista considera la prestación de servicios oncológicos, si conoce que un instituto cuyo presupuesto es otorgado por el estado, compite con los privados, situación que desincentiva el mercado. En este sentido, el estudio realizado por la GEE debió abarcar datos reales, puesto que en la práctica, el INEN sí realiza actividad empresarial en desmedro de la economía, participando como empresa en un mercado que puede ser cubierto por el sector privado y peor aún, dando prioridad de atención a quien puede pagar por el servicio en perjuicio de la población más vulnerable que requiere de atenciones médicas.

Como fuera indicado en escrito de observación del informe del GEE, al existir establecimientos de salud con la más alta categorización, debe definirse cuáles son los supuestos servicios que no son cubiertos por el sector privado, con el cual pretende desarrollar actividad empresarial. En todo caso, vale indicar que surge controversia en el hecho de permitirle al INEN que desarrolle actividad empresarial, puesto que es sabido que no logra cubrir la demanda de las personas de bajos recursos que requieren atenciones, por ende, no es dable que se brinde una atención preferencial a quien puede costear las atenciones, pagando por las mismas, sin cubrir previamente la de los sectores más necesitados.

000713

Se debe insistir en que no se trata de que el INEN no brinde atenciones médicas, sino que las condiciones de los usuarios sean igualitarias, es decir, que no exista un tarifario diferenciado sino que todos los ciudadanos tengan las mismas posibilidades sin que el estado desarrolle actividad empresarial, cuando ni siquiera logra cubrir las necesidades de aquellas personas de sectores socioeconómicos más bajos.

Una de las características que debe tenerse en cuenta para permitir que el Estado pueda ejercer como empresa, es que primero se logre alcanzar los objetivos sociales fijados y que son prioritarios, por ejemplo, cubrir las necesidades de los sectores socioeconómicos más vulnerables, haciendo un uso eficiente de los recursos fiscales, es decir, que primero debe satisfacer la demanda de las personas de bajos recursos, en cumplimiento de sus funciones como Estado, para luego poder establecer si se encuentra en capacidad de ofertar servicios como empresa, puesto que los recursos fiscales no podrían usarse para brindar servicios bajo tarifario diferenciado, cuando no logra atenderse adecuadamente al sector que no cuenta con recursos.

En este punto debe tenerse en cuenta que la demanda de servicios de salud de los sectores socioeconómicos más vulnerables, de personas con SIS y demás programas, no son cubiertos de manera satisfactoria por el Estado, por lo que resulta ilógico que además pretenda participar a través de institutos como el INEN, como empresa privada. Puede considerarse entonces que no se está realizando un uso eficiente de los recursos fiscales puesto que en lugar de cubrir las necesidades de los más necesitados, se usa el presupuesto, la infraestructura y el personal, para brindar servicios como empresa, aún cuando el sector privado cubre de manera suficiente la demanda.

Dicha situación es conocida por toda la población, discutida por la prensa, incluso reconocida por el poder ejecutivo, en donde la Ministra de Salud ha indicado públicamente que el INEN da prioridad de atención a personas que cuentan con la capacidad de costear sus atenciones, sobre los servicios asistenciales que está obligado a brindar y que no logra cubrir, con lo cual queda más que demostrado que el INEN no debe desarrollar actividad empresarial.



000714

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Amparamos nuestra apelación a la Resolución Final N° 034-2017/CCD-INDECOPI del 03 de mayo de 2017, en las siguientes leyes:

- Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General
- Decreto Legislativo 1044, que aprueba la Ley de Represión de Competencia Desleal

**POR TANTO:**

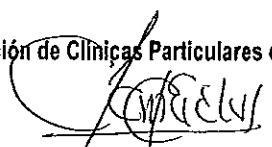
Solicitamos a ustedes señores de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal N° 1, declarar FUNDADO nuestro recurso de apelación y proveer conforme a Ley.

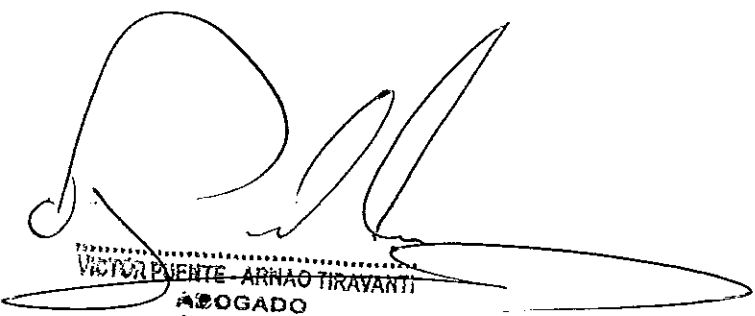
**PRIMER OTROSI DECIMOS:** Que, adjuntamos los siguientes documentos:

- Artículo "Ministra de Salud: La Contraloría con todo al INEN"
- Artículo "El INEN y lucha contra la corrupción en salud"
- Artículo "INEN, no la ven"
- Capturas de pantalla de comentarios de los usuarios del INEN en una red social
- Relación de Staff del INEN

Lima, 30 de mayo de 2017

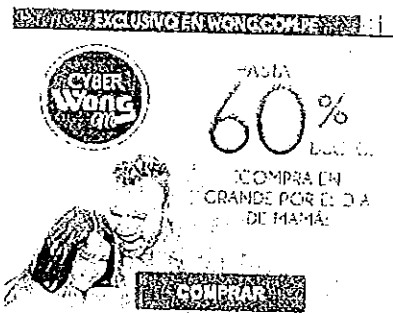
Asociación de Clínicas Particulares del Perú

  
Dr. Sebastián Céspedes Espinosa  
Presidente

  
VICTOR PUENTE - ARNAO TIRAVANTI  
ABOGADO  
CAL. 31215

## Ministra de Salud: "La Contraloría entrará con todo al INEN"

Luego de que la Comisión Permanente del Congreso derogara el Decreto Legislativo N°1305, Patricia García asegura que el gobierno insistirá con el proyecto de ley que ordena el regreso del instituto oncológico al Minsa.



### REDACCIÓN MULERA

ALBERTO ÑIQUEN G.  
(PERFIL/ALBERTONIQUEN/SEGUIDORES)  
Editor en La Mula. Antropólogo,  
periodista, melómano, viajero, culturoso,  
lector, curioso ... @TINKUEDITORS  
(HTTPS://TWITTER.COM/TINKUEDITORS)

PUBLICADO 2017-01-31

Golpe directo al Ministerio de Salud y al Gobierno de PPK. Hoy la Comisión Permanente del Congreso de la República aprobó un proyecto de ley que deroga el Decreto Legislativo N°1305 (<https://redaccion.lamula.pe/2017/01/31/comision-permanente-del-congreso-aprueba-derogatoria-de-decreto-que-quitaba-autonomia-al-inen/manuelangeloprado/>).

No sorprende, era un secreto a voces que el Congreso, con mayoría fujimorista, iba a rechazar los decretos legislativos relacionados con el sector salud por considerar que estos no eran parte de las facultades legislativas que el parlamento le otorgó al gobierno de Pedro Pablo Kuczynski.

¿Qué va a ocurrir ahora? "Todo ha sido muy rápido y tan eficientemente en el Congreso, pero vamos a seguir adelante. Vamos a presentar el proyecto de ley, porque si dicen que el problema es constitucional -con lo cual estoy en desacuerdo- podemos presentarlo nuevamente de manera regular. Nosotros nos

¡Tú también puedes publicar!  
Esta es una plataforma abierta.  
Cualquier persona puede crearse un blog y escribir libremente.  
No necesitas ningún permiso.

tenemos en la decisión de que el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (INEN) pase a ser un órgano desconcentrado", dijo la ministra de Salud, Patricia García a *LaMula.pe*.

11

000718

El Decreto Legislativo N°1305 dispone el pase del INEN al Ministerio de Salud, así el instituto deja de ser un organismo público descentralizado (OPD) y vuelve a ser un órgano desconcentrado del Minsa.

De esta manera la ministra reitera que el gobierno y su cartera van a insistir en esta ley porque consideran que es o mejor para el sector y los usuarios.

¿Por qué mantendrán esta posición a pesar de comentarios en contra de los decretos más allá de si es constitucional o no? De hecho el apoyo de médicos oncólogos, enfermeras y pacientes, todos del INEN, determinan que García crea que están en la línea correcta.

"Ciertamente ha habido críticas, desde muchos frentes, pero somos optimistas, más aún cuando oncólogos han emitido pronunciamientos a favor, cuando las enfermeras se han acercado a nosotros y nos han manifestado su apoyo. Hemos hablado con los pacientes, y ellos tienen muy buenas expectativas de este cambio. Lo importante de estos decretos es que el cáncer se ha posicionado en la agenda pública", explica.

Si bien es cierto que el tema de cáncer está en agenda, hay preocupación de que la medida gubernamental pueda conllevar la privatización de la salud. No obstante, García dice que es todo lo contrario. "El INEN tiene una clínica privada, es decir que se paga cama, solo para aquellos que son pagantes; ellos tienen atenciones en tiempos más cortos y servicios mejores, en desmedro de lo que debería ser la atención pública. Incluso si uno ve en el gasto de medicamentos, y esto también son gastos clarísimos, el Estado ha estado comprando cantidades notorias de medicamentos, que deberían ser para los pacientes del Seguro Integral de Salud, pero muy pocos de ellos se beneficiaban y el resto se vendían", detalla a *LaMula.pe*.

La intención del gobierno -resalta- es tratar de hacer que el sector salud sirva a quien lo necesita. No estoy en contra del sector privado. "El sector privado tiene su rol, pero tenemos que fortalecer al sector público para brindar servicios de la mejor manera", apunta.

#### ¿Nombramiento inconstitucional?

Hay voces que señalan que por ley quien debía nombrar al nuevo jefe del INEN debía ser el presidente y que, por tanto, es inconstitucional que la ministra lo haya hecho. "El asunto es que esta es una resolución suprema. Como todo lo que pasa, porque el INEN es parte del sector, la ministra propone, lo discute con el presidente y es él quien hace la resolución suprema. Eso es lo que sucede. Así es como funciona", responde. Y agrega que a pesar de la derogatoria del decreto, los cambios administrativos en el INEN se mantendrán.

También reitera que ha habido hipertrofia del aparato administrativo en el INEN, entre otros cuestionamientos. "Ya le pedí a la Contraloría que entre con todo al INEN. Hemos encontrado observaciones y temas que deben ser revisados por la Contraloría. Hay ineficiencia de gastos. Yo ya he documentado las cosas administrativas". La ministra no dio más detalles de estas irregularidades y manifestó que el contralor Edgar Alarcón será quien se manifieste más adelante. Habrá que esperar.

Con derogatoria o no, la situación del INEN seguirá en agenda, y el debate debe continuar.

¿ién puedes leer:

12

Comisión Permanente del Congreso decide que INEN no retorne al Minsa  
(<https://redaccion.lamula.pe/2017/01/31/comision-permanente-del-congreso-aprueba-derogatoria-de-decreto-que-quitaba-autonomia-a-inen/manuelangeloprado/>)

000717

Destino avisado: Congreso plantea derogar decreto que quita autonomía a INEN  
(<https://redaccion.lamula.pe/2017/01/19/destino-avisado-plantean-derogar-decreto-que-quita-autonomia-a-inen/manuelangeloprado/>)

Ministra de Salud defiende decreto sobre el INEN y propone la creación de una red nacional oncológica  
(<https://redaccion.lamula.pe/2017/01/14/ministra-de-salud-defiende-decreto-sobre-inen-y-propone-la-creacion-de-una-red-nacional-oncologica/manuelangeloprado/>)

"Ante todo, no hagas daño": un comentario a propósito de los decretos legislativos en salud  
(<https://monicarubio.lamula.pe/2017/01/13/ante-todo-no-hagas-dano-un-comentario-a-proposito-de-los-decretos-legislativos-en-salud/monicarubio/>)

ESCRITO POR

**ALBERTO ÑIQUEN G.** (<http://redaccion.lamula.pe>)

Editor en La Mula. Antropólogo, periodista, melómano, viajero, culturoso, lector, curioso ... @inkueditores (<https://twitter.com/inkueditores>)

PUBLICADO EN

**Redacción mulera** (<http://redaccion.lamula.pe>)

Aquí se publican las noticias del equipo de redacción de @lamula (<https://twitter.com/lamula>), que también se encarga de difundir las mejores notas de la comunidad.

TEMAS LEÍDOS

DECRETO LEGISLATIVO1305 ([HTTP://LAMULA.PE/TAG/DECRETO-LEGISLATIVO1305](http://lamula.pe/tag/decreto-legislativo1305))

DECRETOS LEGISLATIVOS ([HTTP://LAMULA.PE/TAG/DECRETOS-LEGISLATIVOS](http://lamula.pe/tag/decretos-legislativos))

INEN ([HTTP://LAMULA.PE/TAG/INEN](http://lamula.pe/tag/inen))

PATRICIA GARCÍA ([HTTP://LAMULA.PE/TAG/PATRICIA-GARCIA](http://lamula.pe/tag/patricia-garcia))

SALUD ([HTTP://LAMULA.PE/TAG/SALUD](http://lamula.pe/tag/salud)) SOCIEDAD ([HTTP://LAMULA.PE/TAG/SOCIEDAD](http://lamula.pe/tag/sociedad))



(<http://www.connuestroperu.com/>)

000718

Q Buscar...

Buscar

Compra, venta, alquiler, traspaso,  
viviendas, locales, terrenos.

(<http://www.propleplus.com/>)

ProplePlus - Portal Inmobiliario - Compra, Venta, Alquiler, Traspaso de Inmuebles,  
Casas, Departamentos, Oficinas, Locales, Terrenos (<http://www.propleplus.com/>)

## Salud

# La mafia se resiste a dejar su botín del cáncer (/ciencia-y- tecnologia/salud/22373-la-mafia-se-resiste-a-dejar-su-botin-del- cancer)

➤ Ciencia y Salud (/ciencia-y-tecnologia/salud) 02 Diciembre 2011



Compartir 0 G+ 0 Share 0 Compartir 5

### La mafia se resiste a dejar su botín del cáncer



Han pasado más de 120 días de instalado el Gobierno del presidente Ollanta Humala, que prometió luchar contra la corrupción, pero hasta ahora se muestra intocable la mafia que lucra con los desesperados pacientes del cáncer, encabezada por el apista Carlos Vallejos al frente del Instituto de Enfermedades Neoplásicas.

En tanto, Vallejos sigue protegiendo a sus negocios GECCO y Oncosalud, asociados a capitales chilenos, que han visto en los peruanos que padecen esta enfermedad jugosos conejillos de Indias y del INEN han extendido ya sus tentáculos a Essalud.

Leamos un artículo del periodista Raúl Wiener:

#### El cáncer puede ser un gran negocio

Por Raúl Wiener

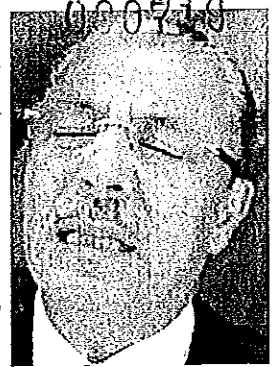
Cualquiera corre ante la sola mención de la palabra, menos el Dr. Vallejos para el cual el cáncer ha sido más bien una curiosa bendición que le ha permitido ejercer la doble condición de alto funcionario público y única autoridad del cáncer en todo el país, y a la vez propietario de una cadena de empresas con las que el Vallejos privado le vende servicios al Vallejos Estatal. Aquí la historia.

Si el gobierno de Ollanta Humala quiere hacer frente a la corrupción tiene un caso muy evidente frente a sus ojos. Se trata del eterno jefe del INEN (Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas), Dr. Carlos Vallejos, que ya lleva tres gobiernos en el cargo sin que nadie pueda hacer nada contra él y que se dio el lujo de ocupar por poco más de dos años la cartera de Salud, hasta el escándalo de los petroaudios, donde aprovechó para fortalecer las posiciones de poder del puesto al que regresó inmediatamente después que salieron a luz las evidencias de que era parte de los visitantes de la suite del Hotel Country donde se hacían negocios con el dominicano Fortunato Canaán.

Pues bien, este sobreviviente increíble a presidentes, ministros y escándalos, se jacta ahora de tener contactos al más alto nivel también con el gobierno nacionalista, ya que su mujer sería modista de una importante dama del régimen actual. Y es que el doctor no puede tener más buena suerte. Desde el 2002 en que llegó al INEN, que no es solo el hospital de San Borja sino la rectoría de toda las políticas públicas en relación al cáncer, lo que extiende su influencia a todas las áreas de investigación, diagnóstico y tratamiento de esta grave enfermedad, lo que incluye las unidades oncológicas del MINSA y Essalud, a nivel nacional, el imperio oncológico privado de Vallejos, con su nave madrina, la aseguradora Oncosalud, no ha cesado de crecer.



Por quien no lo sabe, en el INEN de avenida Primavera hay un primer piso, en él circulan diariamente miles de pacientes pobres y semipobres a la espera de un turno que siempre les llega demasiado tarde para lo que se requiere cuando se trata de cáncer, pero en la segunda planta hay una clínica de primer nivel para atención privada, que en principio era una fuente de ingresos para el hospital, pero cuyo nivel de ocupación por pacientes que son clientes de Oncosalud ya sobrepasa el 70% de las camas. Literalmente se ha convertido en una clínica de la aseguradora del director del hospital estatal. Obviamente para una persona que puede pagar un seguro es siempre una mejor opción que esta garantía de acceso cuando lo necesite a un servicio a cargo de los mismos médicos, laboratorios y medicamentos del primer instituto de cáncer del país, pero sin las colas y dilaciones de los que van al área hospitalaria. El problema no son los contratantes sino el modo como se encadena el semimonopolio de las camas de la Clínica por una sola empresa, con la presencia del Dr. Vallejos en la dirección del hospital.



Una comprobación de lo que esto significa puede hacerse solamente revisando los precios que se pagan mensualmente por los distintos seguros, lo que permite darse cuenta de que la empresa del Dr. Vallejos es largamente la más cara y a la vez la de mayor clientela, lo que sólo se explica por lo que oferta que es un servicio privado desde el INEN, donde el ubicado doctor es el mandamás de los últimos nueve años.

#### Experimentaciones

Pero las gracias del Dr. Vallejos no acaban en su aseguradora y una red de proveedoras de servicios al INEN, que han cimentado la considerable fortuna personal y familiar del ex ministro, sino que llegan hasta un terreno aún más delicado que va desde el conflicto de interés hasta la falta al código de ética profesional que es burlado por este médico empresario sin mayor remordimiento. Nos referimos al caso de los Ensayo Clínicos de nuevos medicamentos en experimentación internacional que son contratados por otra empresa de Vallejos: Geco Perú (Grupo de Estudios Oncológicos del Perú), con entidades de Estados Unidos para la realización de pruebas en pacientes peruanos, a través del INEN.

En el año 2006, la ministra de Salud de Toledo, Pilar Mazzetti sacó una Ley sobre los llamados Ensayos Clínicos, que son aquellos que se realizan en personas "para determinar o confirmar los efectos clínicos-farmacológicos y/o demás efectos farmacodinámicos, detectar reacciones adversas, estudiar la absorción, distribución, metabolismo y eliminación de uno o varios productos en investigación, con el fin de determinar su eficacia y/o su seguridad" (Definiciones Médicas), que buscaba separar este delicado asunto de cualquier intervención con fines de lucro, poniendo al Estado como garante de su aplicación.

Pero al señor Alan García no se le ocurrió mejor idea que nombrar al jefe del INEN como ministro de Salud, y ni siquiera lo obligó a renunciar a esa institución y buscar un reemplazo independiente, sino que le permitió tomarse una "licencia" para después regresar al mismo logro. Vallejos, por cierto, venía de formar en el 2005 el Geco Perú, con sus amigos del INEN, el Almenara y Rebagliati, con la clara intención de intermediar en el tema de los ensayos clínicos. Así que lo más natural fue que a comienzos del 2007, en la dirección de nuevo ministro lograra introducir en la ley Mazzetti nada menos que 133 modificaciones orientadas a facilitar la intervención privada en convenios para la utilización de pacientes del Estado en los ensayos de medicinas que se están probando a nivel internacional.

El paso estaba abierto. Lo que seguía era que el doctor Henry Gómez de la Dirección General de Medicina del INEN y sus puntas Salas Sánchez del Hospital Almenara y Hurtado de Mendoza del Rebagliati, convirtieran a las tres más importantes entidades de tratamiento del cáncer en proveedoras de pacientes para los ensayos, y que esto se hiciera una vez sobrepasadas las fases de diagnóstico y cirugía del enfermo y cuando se le señala la necesidad de "tratamiento adyuvante" que significa en lenguaje común candidato a quimioterapia o drogas, lo que también lo convierte en candidato a la experimentación.

#### 139 casos

Una investigación de los sindicatos del INEN determinó que para un paquete de 139 pacientes cuyas historias clínicas fueron derivadas a Geco Perú para el cumplimiento del contrato privado que mantiene con ECOG (Eastern Cooperative Oncology Group) para la experimentación con drogas nuevas en fase de ensayo clínico, se cobró un monto promedio de dos mil dólares por persona captada y un total de 278 mil dólares, que no fueron al INEN sino a la entidad privada de propiedad del Dr. Vallejos y sus amigos, a pesar que se trataba de pacientes estatales y los medios usados fueron estatales.

En el caso de una paciente con historia clínica 0501125, se comprobó que tras la operación de cáncer a la mama a la que fue sometida, "se le informó del Protocolo E 5103" (que corresponde a los ensayos clínicos) con lo que se le dio por bien informada. Asimismo que se le explicaron los beneficios posibles del nuevo tratamiento con lo que la paciente quedó satisfecha". Y, finalmente, que otorgó su consentimiento informado para el uso de tejidos y sangre", lo que significaba que podían pincharla todas las veces que quisieran para realizar tantas biopsias o exámenes que creyeran necesarias, no tanto para saber como iba su salud, sino para reportar a los laboratorios.

La señora de la historia clínica señalada fue sometida a innumerables radiografías, tomografías, radiografías, exámenes de sangre y tejido, de alto costo para ver sus reacciones. ¿Y quién las pagó? El SIS, con los recursos del INEN y el beneficio de Geco Perú del doctor Vallejos.

#### Ética

El INEN tiene un Comité de Ética que preside el Dr. Rolando Calderón, y está al servicio de las actividades no ética del Dr. Vallejos:

- Permite que entidades privadas como Geco Perú realice captaciones de pacientes con las historias clínicas de su institución a las que nadie debería tener acceso.
- Permite que se realicen ensayos clínicos simultáneos a un ritmo mucho mayor al permitido para cumplir con las metas comerciales de Geco-Perú.
- Realizar experimentaciones sin que existiera reglamento de la ley de ensayos clínicos, modificada por el propio Vallejos Sologuren
- Reglamentar sólo cuando ya estaba bajo acusación fiscal por prácticas médicas inadecuadas.
- Inventar la categoría "exámenes clínicos académicos" para justificar la exoneración de pagos al Estado para favorecer a los laboratorios con los que contrata Geco Perú.
- Trasladar al costo del SIS los casos de complicaciones que se crean por el uso de medicamentos en prueba, en vez de cubrirlos con Oncosalud.

#### Todo el clan de Geco Perú

- Carlos Vallejos Sologuren: actual jefe del INEN, socio fundador y apoderado de la Asociación Grupo de Estudios Clínicos Oncológicos Peruano -- Geco Perú.
- Henry Leonidas Gómez Moreno: fundador y vicepresidente de Geco Perú y actual director de la Dirección de Medicina del INEN (donde se aprueban los ensayos para uso de nuevos medicamentos)
- Jorge Fernando Salas Sánchez: fundador y actual presidente de Geco Perú y médico oncólogo del Hospital Guillermo Almenara Irigoyen.
- José Luis Fernando Hurtado de Mendoza Acurio: actual vicepresidente de Geco Perú y médico oncólogo del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati.
- Juan Fernando Miguel Suazo Casanova, fundador y actual tesorero de Geco Perú, y médico del departamento de Oncología Médica del INEN.
- Sivia Patricia Neciosup Delgado: actual secretaria de Geco Perú y médico del departamento de Oncología Médica del INEN
- María José Vallejos Fernández, actual apoderada de Geco Perú e hija de Carlos Vallejos Sologuren.
- Francisco Juan Torres Fernández, apoderado de Geco Perú

[www.rwiener.blogspot.com](http://www.rwiener.blogspot.com) (<http://www.rwiener.blogspot.com>)

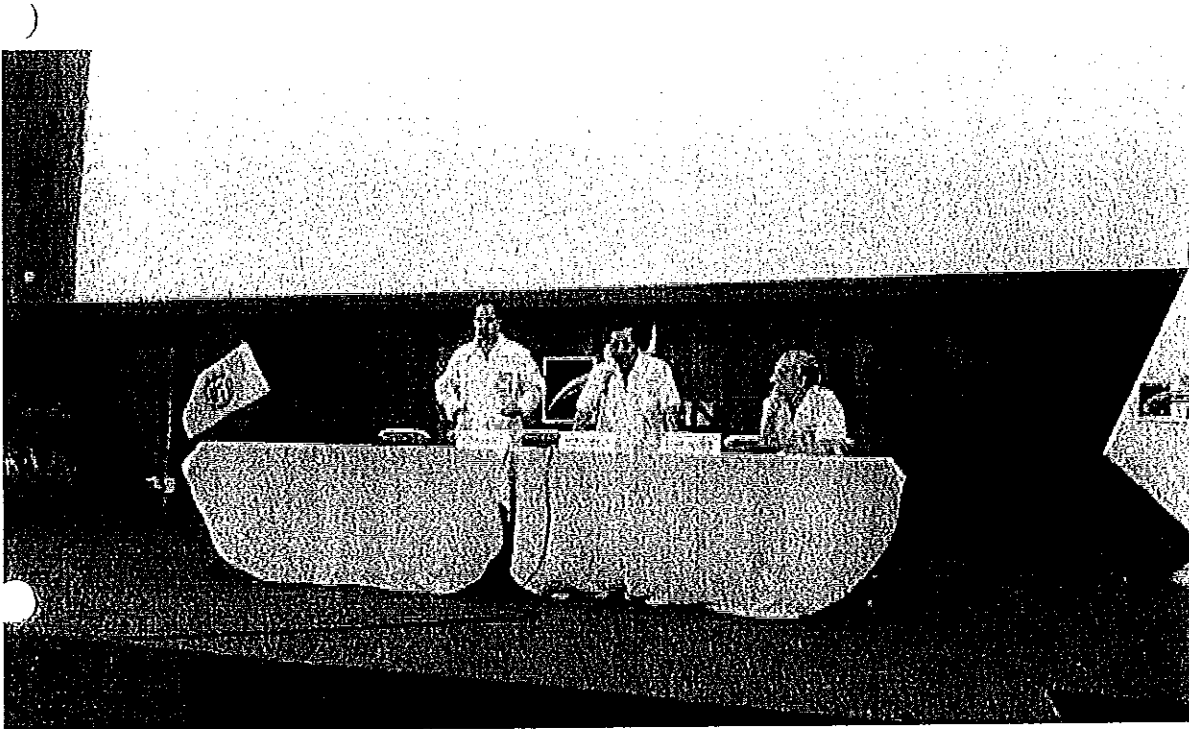
Ver artículos relacionados:

[Médicos del INEN piden cambio del inmoral Carlos Vallejos](http://ciencia-y-tecnologia/salud/37-ciencia-y-salud/19567-medicos-del-inen-piden-cambio-del-inmoral-carlos-vallejos) ([ciencia-y-tecnologia/salud/37-ciencia-y-salud/19567-medicos-del-inen-piden-cambio-del-inmoral-carlos-vallejos](http://ciencia-y-tecnologia/salud/37-ciencia-y-salud/19567-medicos-del-inen-piden-cambio-del-inmoral-carlos-vallejos))

LIMA

## Reincorporación al Minsa divide a médicos del INEN

Cuerpo Médico suspendió conferencia esta tarde por discrepancias internas entre sus miembros



Reincorporación al Minsa divide a médicos del INEN

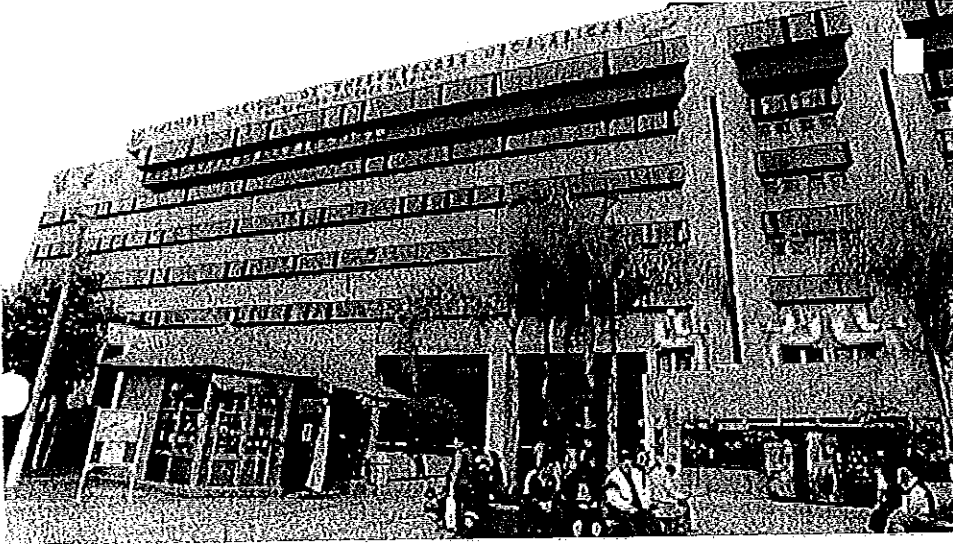
11.01.2017 / 04:43 pm


La reincorporación del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (INEN) al Ministerio de Salud (Minsa) como órgano desconcentrado, dispuesta por el decreto legislativo 1305 dado por el Ejecutivo en diciembre pasado, parece haber dividido a los integrantes del Cuerpo Médico de este nosocomio, especializado en el tratamiento de pacientes con cáncer.

Ello se apreció esta tarde, cuando Javier Ramos, presidente del Cuerpo Médico del INEN, anunció la cancelación de una conferencia de prensa en la que iban a expresar su posición sobre el tema. 16

000721

"Nos vemos obligados a cancelar esta actividad por fallas de procedimiento", dijo Ramos casi 40 minutos después de la hora prevista para la actividad, anunciada para el mediodía.



 Lima\_El Comercio  
@Lima\_ECpe

Seguir

Médicos de Neoplásicas respaldan traspaso al @Minsa\_Peru

[goo.gl/tKE42O](https://goo.gl/tKE42O) #INEN

20:58 - 9 Jan 2017

9 18

Javier Manrique Hinojosa, jefe del Departamento de Promoción de la Salud y Prevención del Cáncer, fue uno de los galenos que expresó su disconformidad con la forma cómo estaba actuando el Cuerpo Médico, sin consultar con sus integrantes y anunciado posiciones que no habrían sido concertadas.

"Tampoco se nos ha dicho cómo la reincorporación al Minsa mejorará nuestra situación. ¿Nos corresponderán los mismos beneficios que a los médicos de hospitales nacionales?", observó otra profesional de la salud, que pidió mantener su nombre en reserva.

Como se recuerda, el INEN salió del Minsa para convertirse en un organismo público desconcentrado en el 2006. Ello le permitió contar con un presupuesto directo del Ministerio de Economía y Finanzas (MEF), sin mayor coordinación con el sector Salud.

17

"Sin embargo, en todo ese tiempo no se pudo descentralizar el servicio de atención del cáncer, pero sí se saturaron las atenciones en el instituto. Se crearon institutos regionales, pero no se les apoyó, y aumentaron el número de infecciones intrahospitalarias. Se burocratizó el sistema, y sus oficinas duplicaban las funciones del Minsa, precisó al respecto la ministra Patricia García. 000722

Según la funcionaria, con la reincorporación del INEN, el instituto podrá dedicarse más a la atención especializada, el Minsa podrá fiscalizar los fondos y asegurar una mejor atención para el paciente.

)

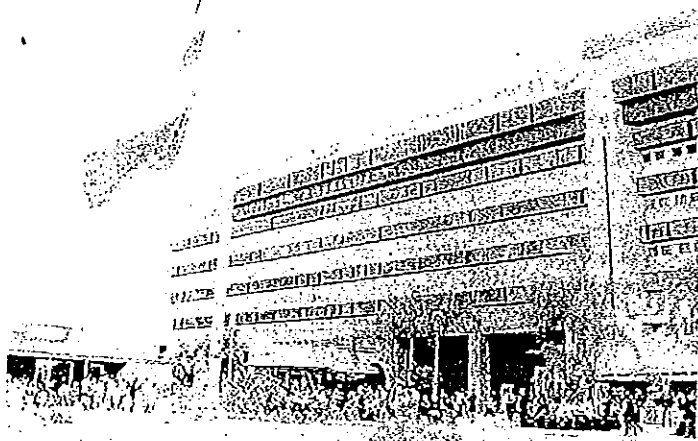
)

El INEN y lucha contra la corrupción en salud

# El INEN y lucha contra la corrupción en salud

Por *Carlos Bardalez del Águila*  
el enero 17, 2017

El autor considera que es incongruente que el INEN tenga autonomía normativa, como si fuera un ministerio del cáncer.

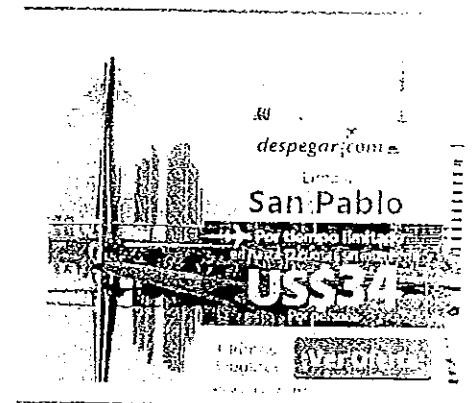


*Carlos Bardalez del Águila*  
*Ota Mirada*

El resultado de la delegación de facultades otorgadas al Poder Ejecutivo, mediante la Ley N° 30506, se encuentra en un conjunto de decretos legislativos relacionados con el sector Salud, incluyendo el N° 1305, que incorpora el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (INEN) al Ministerio de Salud como órgano desconcentrado, desactivándose como organismo público.

Esta medida ha generado gran preocupación entre la ciudadanía, lo cual es comprensible debido a la sensible del tema del cáncer. No obstante, es esencial realizar un análisis desapasionado del caso.

En primer lugar, llama la atención la inclusión de un conjunto de decretos del sector Salud, cuando la Ley N° 30506 no lo establecía y era sumamente detallada en los temas específicos de delegación en materia de reactivación económica, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú. En este sentido, esta medida vacía notoriamente la delegación y podría ser derogada.



## Ilusión perdida

27 de abril de 2017

Comenzó mejor que su rival, Ota Mirada, pero al final no pudo figurar en el parte de Medellín, es decir, no pudo jugar en la derecha. Malgar aprovechó para tener un buen tiempo al balón. Siempre...

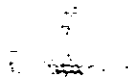


Sigue el combate

000724



Aprovechó y golgó



Copa América



Resaca de la eliminación



Venezuela se va de la OEA

## EL ÚNICO

Con respecto al tema de fondo, cabe preguntarse por qué el INEN era el único instituto nacional de salud con el estatus de organismo público (OP), mientras que el resto no, como los de Oftalmología, Oncología, Materno-Perinatal, Rehabilitación, etc.; no existiera justificación técnica para convertirlos en OP.

El INEN fue creado mediante la Ley N° 28748, de mayo de 2006, con la misión de controlar y administrar a nivel nacional los servicios de salud de las enfermedades neoplásicas y realizar actividades de investigación y docencia; otorgándosele autonomía en materia financiera, administrativa y normativa.

Por otro lado, la ley orgánica del Poder Ejecutivo establece que los ministerios diseñan la política, la ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la rectoría y dependencia.

La misma ley estatal los OP tienen rectoría nacional, porque esta es una competencia exclusiva ministerial, por ejemplo, la política tributaria la establece el MEF, no la SUNAT. Por ello, al crear al INEN, otorgarle autonomía normativa al INEN, como si fuera un ministerio del cáncer.

Además, se le encomienda controlar administrativamente a nivel nacional los servicios oncológicos cuando los servicios de salud fuera de la provincia de Lima, son de competencia administrativa de las autoridades regionales.

En consecuencia, indagaremos acerca de la justificación de la Ley N° 28748.

## EL PROMOTOR

El autor principal del análisis que esta fue promovida por el propio INEN, siendo director el Dr. Carlos Vallejos Solórzano, quien asumiría el cargo de ministro de salud el 28 de julio de 2006, tras la dimisión de Toledo para luego volver a la jefatura del INEN desde febrero de 2008 hasta febrero de 2012. El INEN tenía convenios con Oncosalud, cuyos principales accionistas eran los Dr. Luis Prioste Ardón y Carlos Vallejos.

El Dr. Vallejos tenía la curiosa doble condición de jefe del INEN y a la vez socio accionista de Oncosalud, que comercializaba servicios con el mismo INEN. De esta forma se fue generando un modelo de negocio privado que aprovechaba los recursos públicos y que evidencia conflicto de intereses.

El desarrollo favorable la importante expansión de OncoSalud, que desde el 2008 formaría el grupo AMHA, junto con el Fondo de Inversiones ENFOCA. Actualmente cuenta con una importante red de establecimientos en distintas ciudades del país y ha invertido más de 100 millones de dólares en los últimos años (1). El desarrollo de los institutos oncológicos regionales, que sustentaba el INEN era complementario a la expansión de Oncosalud.

## ¿NEGOCIAZO?

Es importante resaltar que en el último quinquenio ha habido una mejora significativa en la atención del cáncer en el país, gracias al Plan Esperanza y a un mayor financiamiento por parte del Seguro Integral de Salud, el Fondo Intangible Solidario de Salud - FISSAL y el Programa Nacional de prevención y control del cáncer; además de una mejor gestión por parte de su



Nuevas revelaciones sobre la presunta maestría de García

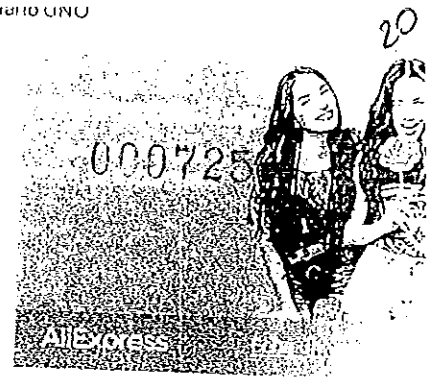


Más vínculos de apristas con narcos



Alan García: ¿otro "doctor bamba"? (1)

...el objetivo de esta medida, que al parecer no ha sido la lucha...  
...ya que no se ha incluido ninguna disposición orientada a desterrar, de una...  
...las prácticas privadas mercantilistas al interior del hospital, entre las que se...  
...la existencia de una clínica privada dentro del INEN, las derivaciones de los pacientes...  
...para una rápida atención. Tomando en consideración el considerable...  
...de Oncosalud, dichas prácticas podrían estar dejando el caso del...  
...como un simple bebe de pecho.



...sobremanera la inexistencia de un decreto, dentro del paquete...  
...promulgado en el marco de la delegación de facultades --posible dentro de esta...  
...estas prácticas mercantilistas, muy comunes en casi todos los hospitales...  
...demandaba.

...el Ministerio de Salud no se tenga conocimiento que uno de los sustratos...  
...la corrupción presente en el sector es precisamente la existencia de estas...  
...que esa haya sido la razón de tal omisión, lo contrario evidenciaría una...  
...del gobierno en esta lucha.

...Fabola: Huacles, J., Los rüenos de la salud privada en el Perú, Lima, 2015.

### Reacciones

1 Comment

Sort by Oldest

Add comment

**Luis Calderon · G.U.E. RICARDO BENTIN**

Y sobre el Dr. Luis Pinillos Ashton no dicen nada? ha sido ministro de salud y director del INEN durante el primer gobierno de Alan Garcia. También ha sido director de Oncosalud muchos años y actualmente director de la Red AUNA-Oncosalud.

Like Reply Jan 26 2017 3:41pm

La voz clara

Anterior noticia

Siguiente noticia

**"Es un pedido encubierto de impedirle salir del país"**



UNO

Edición 2472: Jueves, 26 de Enero de 2017

## INEN, No la Ven

Razones de un traslado que el fujimorismo va a revertir.



Ministra Patricia García: "no se ha podido descentralizar los servicios de cáncer".

El congresista fujimorista Miguel Torres, presidente de la Comisión de Constitución, anunció que ese grupo de trabajo planteará al pleno la derogatoria de los decretos legislativos en el rubro de Salud. Se basan en un preinforme sobre el que votó a favor la fujimorista Úrsula Letona y el aprista Javier Velásquez Quesquén, y en contra el oficialista Vicente Zaballos.

Consultada, la ministra Patricia García responde que "hay mucho que discutir y la decisión recién pasaría al pleno en marzo



¿Tienen razón los fujimoristas?

000727



Citas toman hasta 120 días.

La punta de lanza está en el D.L. 1305 que transfiere el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (INEN) al Ministerio.

000728

García revela que “el informe de la comisión de transferencia ya advertía que, a pesar de haber tenido una administración y presupuesto independiente, no se ha podido descentralizar los servicios de cáncer. En todo el país solo podemos hacer radioterapia en el INEN y el hospital Goyeneche de Arequipa, con equipos que consiguieron por donación”. El porcentaje de pacientes que viene de provincias se mantiene hace cinco años en alrededor del 45%, lo que da cuenta de las deficiencias.

García añade que en el local de Lima “las colas son desde las tres de la mañana y las citas para radioterapia te las dan en 120 días. Los médicos son de primera pero comenzaron a centralizar todo y no cumplieron lo que debían. De 2 mil trabajadores pasaron a 3 mil, que es más de lo que tiene el ministerio”.

La tasa de mortalidad ha aumentado de 5,53% en el 2011 a 7,36% el 2015. Y las infecciones intrahospitalarias tienen una curva ascendente preocupante. En marzo del 2011, los pacientes infectados con neumonía, en la Unidad de Cuidados Intensivos, eran el 14,5%. Cinco años después, son el 40%”.

Según Luis Casanova Márquez, presidente de la Sociedad Peruano de Oncología Médica que se declaró a favor del D.L., “el INEN no debería realizar detecciones de cáncer porque eso tendría que hacerse en hospitales y postas. Si antes tenía pacientes que se hacían tratamientos en 10, 15 días, ahora toman dos meses. Por ejemplo, Emergencias del INEN es una catástrofe porque está todo centralizado”.

Todo a pesar de un incremento presupuestal de 113% entre el 2010 y la actualidad, que es de S/ 371 millones.

#### MISTERIO PRIVADO

Como ocurre en otros nosocomios del Estado, el INEN tiene una clínica privada dentro de sus instalaciones. “La clínica privada ha mejorado sus tiempos de atención y el número de pacientes también”, dice García, “pero los ingresos al INEN habrían ido disminuyendo por la clínica privada. La ministra sostiene que ahora deben ingresar para conocer la realidad de los números con más claridad, lo que no se ha podido hacer por el grado de autonomía del INEN.

Personaje clave es el oncólogo Carlos Vallejos, que fundó Oncosalud con su colega Luis Pinillos en 1989. En 2001, Oncosalud firmó un convenio de prestaciones de asistencia por la cual esta organización podía derivar sus pacientes al INEN y el Instituto le cobraba a Oncosalud su tarifa estándar.

Vallejos estuvo al frente del INEN entre 2002 y 2006, año en el que el Instituto se “independizó”. De inmediato pasó a ser ministro de Salud del segundo gobierno de Alan García y volvió a dirigir el INEN entre 2008 y 2012.

Los manejos de las clínicas privadas dentro de los hospitales públicos han sido objeto de cuestionamientos en los últimos años y estuvieron en el centro del “negociazo” que intentó el exasesor presidencial Carlos Moreno en el hospital Loayza. Un informe de Contraloría emitido el 2010 cuestionó que para el INEN el convenio no tenía utilidad. El negocio de Oncosalud, mientras el doctor Vallejos estuvo al frente del INEN, floreció. Si bien encabeza el ranking de las empresas de servicios de salud más multadas por Indecopi, en 2008 creó el Grupo Salud del Perú con el fondo de inversiones Enfoca y es propietario de establecimientos como la Clínica Delgado en Miraflores y la cadena de Laboratorios Cantella.

## Más en Sociedad

000729



INEN

Me gusta [Seguir](#) [Compartir](#)

# Inen Enfermedades Neoplásicas

Inicio

Información

Eventos

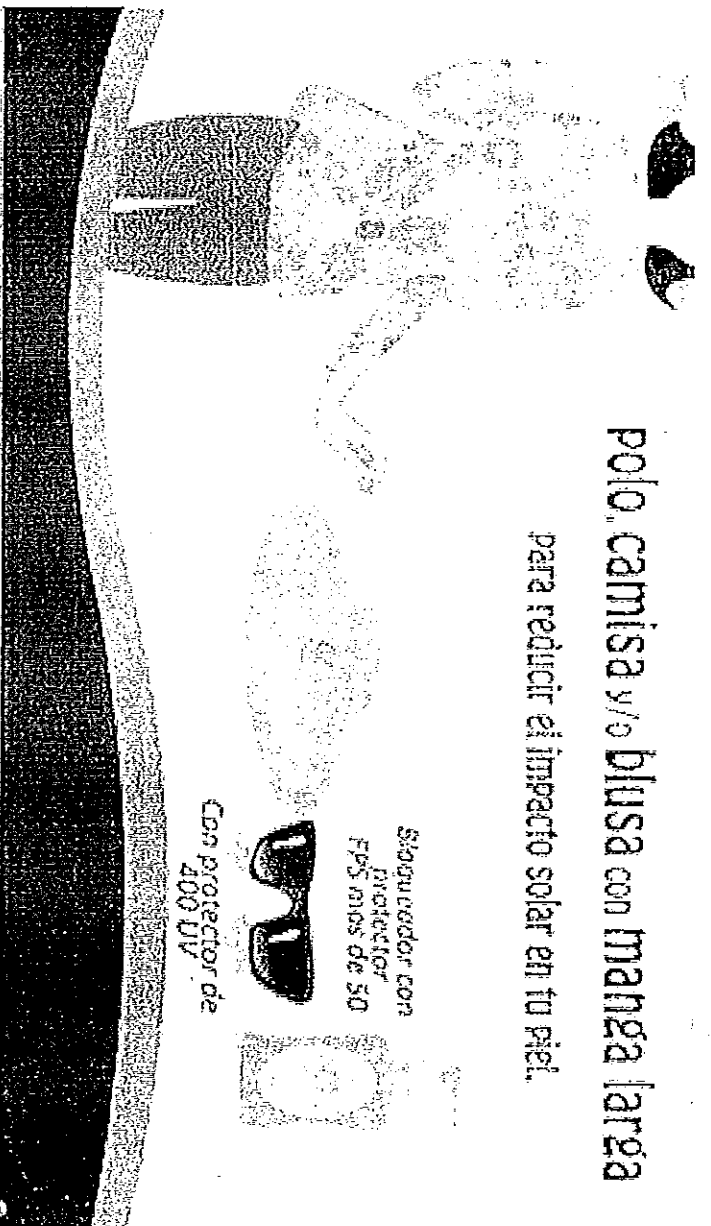
Fotos

Me gusta

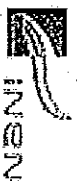
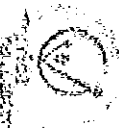
Videos

Notas

Publicaciones



PERU Ministerio de Salud



Me gusta

Comentar

Compartir

82

Orden cronológico

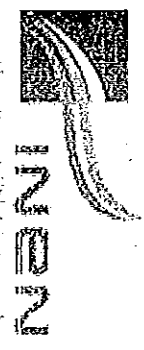
89 veces compartido
























Fernando Jarama Estimados sres. Es normal que los doctores manden cita con un año de postergación? Si bien se sabe que los recursos son escasos, ordenar una cita con tanto desinterés me parece poco profesional

Me gusta Responder





















000730























Paula Reyna  Me gusta · Responder ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  · 

Guly Bere Villar Yo soy paciente y no estoy concurriendo, no me dieron las 3 pastillas que tomare x los 3 meses (producto la pastilla quinto) y siempre es lo mismo dicen q no hay .....





















Enfórcese q ayuda nos dan ...?????

Me gusta · Responder ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  · 





















Milagros V Black Igual y me dicen "ay, hercinas que hacer más papelo, mejor compralas"





















Me gusta · Responder ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  · 

Inen Enfermedades Neoplásicas Estimada Guly Bere Villar disculpe los inconvenientes. Para darle una mayor orientación envíenos sus datos y el nombre del medicamento. Su comentario nos ayuda a mejorar el servicio de atención al paciente.





















Me gusta · Responder ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  · 





















Guly Bere Villar Buenos Dias, Guiliana Bereniz Villar Castillo H.C 2023200 las medicinas son :  
Calcitriol  
Calcio bicarbonato... Ver más

Me gusta · Responder ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  · 

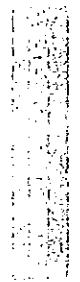
Me gusta · Responder ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  · 

Milagros V Black Si ran solo todos los pacientes tuvieran Facebook para poder ser atendidos de manera tan gentil como ésta. Definitivamente no son las técnicas ni las enfermeras quienes responden por acá, si por ellas fueran me gran una puerta virtual en la cara, como lo hacen allá.

Me gusta · Responder ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  · 

Me gusta · Responder ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  ·  · 

Inen Enfermedades Neoplásicas Estimada Guly Bere Villar los medicamentos Alendronato 350mg, Arastano, analgésicos, morfina y los otros medicamentos que se le han recetado, se los entregamos en el momento de su ingreso al hospital. Si tiene alguna duda o comentario, puede comunicarse con el personal de enfermería o con el personal de atención al paciente. Gracias.



000731

Me gusta · Seguir · Compartir



Las células cancerígenas sobreviven con un pH de 7,4 pero cuando se hace una alimentación alcalina y se alcanza un pH de 8,4 estas células mueren.

### Inen Enfermedades Neoplásicas

¿Qué son neoplasias?

Inicio

Información

Eventos

Me gusta · Seguir · Compartir

Me gusta · Responder · 15 de marzo a las 19:55

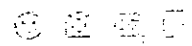


Julia Sarango En lo que es abastecimiento de medicinas es mentira ayer mi hermana tuvo su cita, en la cual yo fui a recoger medicina a farmacia y sólo me dieron el anastrozol porque el resto de medicina que necesita urgente para los huesos como el calcitriol y otros, no hay. por favor pedimos a ud. sr. jefe de la institución solucionar el problema de desabastecimiento en dicha farmacia de la institución para la mejorias de nuestros familiares.

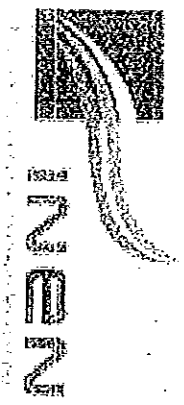
Me gusta · Responder · 16 de marzo a las 21:13



Escribe un comentario...



000732



# Inen Enfermedades Neoplásicas

Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas

Inicio

Información

Eventos

Fotos

Me gusta

Videos

Notas



Laura Sofía Pacientes de Inen estan esperando pastillas (anaprazol) que desde hace mas de una semana no hay.

Me gusta · Responder · 2 de marzo a las 12:06

Inen Enfermedades Neoplásicas Estimada Laura: lamentamos los inconvenientes. Estamos trabajando para brindarte un mejor servicio.  
Me gusta · Responder · 16 de marzo a las 14:59



Nadia Barreto Rios Pacientes de inen a la espera que arreglen la maquina de rx tienen más de 1 semana esperando

Me gusta · Responder · 16 de marzo a las 12:24

Inen Enfermedades Neoplásicas Estimada Nadia: lamentamos los inconvenientes. En relación a la máquina que indicas no está malograda solo está en su período de mantenimiento debido a su constante trabajo y estará en funcionamiento a la brevedad posible.  
Me gusta · Responder · 16 de marzo a las 14:55

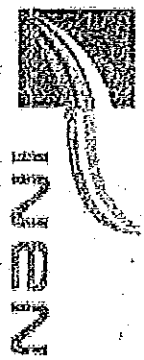


Sandra Mendoza Sorte Porque un enfermo de cáncer tiene que volver tantas veces a probar suerte... para ver si hoy si tendrá cama para ser operado. **HASTA CUANDO... ¿Cuántos meses más DEBE ESPERAR?**

Me gusta · Responder · 16 de marzo a las 10:55

Inen Enfermedades Neoplásicas Estimada Sandra: Disculpe los inconvenientes, estamos trabajando para brindar un mejor servicio.  
Me gusta · Responder · 16 de marzo a las 14:59

Ver más respuestas



# Inen Enfermedades

## Neoplásicas

Inicio

Información

Eventos

Fotos

Me gusta

Videos

Notas

Publicaciones

Me gusta Seguir Compartir

Inconvenientes, estamos trabajando para brindar un mejor servicio

Me gusta Responder Ver más respuestas



Carmen Villena Yo entiendo que es un hospital que atiende a personas con CANCER, PERO NO ME PARECE QUE ANTE EL DOLOR Y LAS LAGRIMAS DE MI PACIENTE, salga un doctor en emergencias y le diga tienes un TUMOR Y ESTA GRANDE... Y NO SABEMOS DONDE SE INICIO, Porque tanta insensibilidad!!!

Me gusta Responder Editar



Marta Cristina Ganza ELLA ES MI PRIMA KASANDRA TIENE CÁNCER ES LÓGICO POR ALGO ESTA EN ESE LUGAR QUE "TRATA" DE SALVAR VIDAS, PERO SABEN QUE SEÑORES ESE LUGAR CUANDO LLEGAS MAL CASI SIN VIDA TE TIENEN EN UNA SILLA DE RUEDAS NO HAY CAMAS EL AIRE ACONDICIONADO DEMASADO BAJO, ELLA ES MI PRIMA PASANDO SU CUMPLEAÑOS 16 HACE 10 MESES SE LE DETECTO EL MALDITO CÁNCER Y HASTA AHORA CUANDO TIENE QUE ENTRAR A EMERGENCIA EL TRATO ES INHUMANO, AHORA ESTA EN CAMA DESPUÉS DE MUCHO LUCHAR POR LOGRAR QUE ELLA ESTE AHÍ PERO QUE TENEMOS QUE HACER PARA LOGRAR QUE SUPLICA POR FAVOR "SEÑOR" DOCTORES SEÑORITAS "ENFERMERAS DE EMERGENCIA TRATEN A ESTOS PACIENTES COMO LO QUE SON PACIENTES HUMANOS CON CORAZÓN CON VIDA CON ALMA SE LES DEBE TRATAR CON RESPETO, ES VERDAD SON MUCHOS PACIENTES, PERO ESCOGIERON JUSTAMENTE ESA PROFESIÓN PARA SERVIR A CADA UNO DE ELLOS POR IGUAL CON CARINO SOBRE TODO CON HUMANIDAD.

Me gusta Responder



Marta Cristina Ganza ELLA ES KASANDRA LUCHADORA UNA NIÑA DE 16 AÑOS LA VIDA NO ES JUSTA MUCHAS VECES PERO SE SUFONE QUE HAY EN ALGUNAS BUENAS AMIGAS Y UNAS PARA TRATARLAS LO MEJOR POSIBLE

000734



INEN

# Inen Enfermedades Neoplásicas

Inicio

Información

Eventos

Fotos

Me gusta

Videos

Notas

Publicaciones



Me gusta Me sigue Compartir



Mariana Marcos Moreno Si se puede pero cuando tmh hay citas a tiempo y cuando hay cama para los pacientes y no tener q esperar meses

Me gusta · Responder · 20 de febrero a las 2:10 PM

Inen Enfermedades Neoplásicas Estimada Mariana: cualquier sugerencia puede acercarse a la Oficina de Atención al Ciudadano, oficina 101

Me gusta · Responder · 20 de febrero a las 1:02 PM

Se ocultó este comentario.

Mostrar · Reportar · Bloquear a Nelisa



Escribe una respuesta...



Kevin Pérez Ormeño mejoran los cambios administrativos, hacen lo que quieren. Van a Poner a novatas que solo paran pendientes de su celular de Jefe, EMBARADOS y así quieren que la institución progresar?. Por eso estamos como estamos.

Me gusta · Responder · 20 de febrero a las 2:14 PM

Se ocultó este comentario.

Mostrar · Reportar



Carmen Navarro Navarro Hay médicos no tratan bien ni informan como debe ser al familiar ni al paciente no tienen paciencia para tratar al paciente nos trata cómo si fuéramos aspidotos comenzando con las enfermedades y los médicos sólo algunos conatos tratan bien pero hay q tener suerte ojalá cambien en algo el trató q nos dan y más apoyo para todos los del sis

Me gusta · Responder · 20 de febrero a las 2:14 PM

Se ocultó este comentario.

Mostrar · Reportar



Mariana Marcos Moreno Yo personalmente me he sentido quejar en atención al cliente q más bien se debería llamar caso crisis a los clientes

Me gusta · Responder · 20 de febrero a las 2:14 PM



AREA INEN	MEDICO	ESTABLECIMIENTO DE SALUD PRIVADO
DEPARTAMENTO DE PROMOCIÓN DE LA SALUD	JORGE RUBIÑOS DEL POZO JAVIER MANRIQUE HINOJOSA JORGE HORNA ESPINOZA KATHERINE PALACIOS TAYRO	000735
DEPARTAMENTO DE NORMATIVIDAD	ROXANA REGALADO RAFAEL	
DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIÓN	CARLOS ARTURO CASTAÑEDA	ONCOSALUD
DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN	JOSÉ ANTONIO GALARRETA ZEGARRA	CLINICA DELGADO - CENTRO DETECTOR DEL CANCER
DEPARTAMENTO DE EPIDEMIOLOGÍA Y ESTADÍSTICA DEL CANCER	EBERT POQUIOMA ROJAS EDGAR DIAZ NAVA	
DEPARTAMENTO ONCOLOGÍA MÉDICA	SILVIA NECIOSUP DELGADO LUIS MAS LOPEZ HENRY GÓMEZ MORENO TATIANA VIDAURRE ROJAS VICTOR CASTRO OLIDEN PAOLA MONTENEGRO BELTRAN SHIRLEY QUINTANA TRUYENQUE CARLOS MUNIVE HUARI MARCO VILLENLA LAZO NATALIA VALDIVIESO LAMA MIVAE OLIVERA HURTADO DE MENDOZA HUGO FUENTES RIVERA LOURDES LOPEZ CHAVEZ BRUNO MUÑANTE LUNA JULE VASQUEZ CHAVEZ MONICA CALDERON ANTICONA ROSSANA RUIZ MENDOZA CRISTIAN PACHECO ROMAN	ONCOSALUD - CENTRO DETECTOR DEL CANCER  DETECTA  ALIADA - DETECTA - CLÍNICA TEZZA  CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO ALIADA ONCOSALUD  CLINICA ANGLO AMERICANA
DEPARTAMENTO DE ONCOLOGÍA PEDIATRICA	CLARA PEREZ SAMITIER JUAN GARCÍA LEÓN SHARON CHAVEZ PAREDES CECILIA UGAZ OLIVARES JACQUELINE MONTOYA VASQUEZ ESSY MARADIEGUE CHIRINOS ROSDALI DIAZ CORONADO KATY ORDOÑEZ TANCHIVA ARTURO ZAPATA LOPEZ ROXANA MORALES RIVAS	CLINICA ANGLO AMERICANA        CLINICA DELGADO
DEPARTAMENTO DE ESPECIALIDADES MÉDICAS	FERNANDO BARREDA BOLAÑOS CARLOS RUIZ MORI LEONOR AYALA BUSTAMANTE JORGE BURGOS BUSTAMANTE ROSARIO RODRIGUEZ BALDOCEDA	CLINICA RICARDO PALMA   CENTRO DETECTOR DEL CANCER

<p>}</p>	<p>ROMYNA LA ROSA VASQUEZ          LUIS BARREDA BOLAÑOS          JUAN COMBE GUTIERREZ          HUMBERTO LIU BEJARANO          DANIEL VALDIVIA LEONARDO          LUIS CUELLAR PONCE DE LEON          JUAN VELARDE MARCA          ALEXIS HOLGUIN RUIZ          DIANA PORTILLO ALVAREZ          MIGUEL OTOYA LOPEZ          MARIA ECHELIN SUAREZ          GLORIA DIAZ PEREZ          IRMA ORTIZ MORALES          HECTOR VALDERRAMA ATAUJE          CARLA ZAPATA DEL MAR          MARGA LOPEZ CONTRERAS          RICHARD MACALUPU YOVERA          KATHERINE GUTARRA CHUQUIN          CARLOS SAAVEDRA RAMIREZ          LUIS JAVIER TAY LIYUEN          DANIEL ARBAIZA ALDAZABAL          WILLIAN QUISPE VALVERDE          HUGO LOZADA ROCCA          ORLANDO VALLEJOS MUÑOZ</p>	<p>DETECTA          CLINICA SAN FELIPE 000736          CENTRO DETECTOR DEL CANCER          CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO ALIADA          CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO AUADA          CENTRO DETECTOR DEL CANCER          CENTRO DETECTOR DEL CANCER          CLINICA SAN PABLO          AUNA</p>
----------	--	---

DEPARTAMENTO DE MEDICINA CRITICA

<p>}</p>	<p>WILDER CALMET BERROCAL          LUIS CASTILLO BRAVO          CESAR RODRIGUEZ FELIX          CARLOS SALAS VILLASANTE          INDIRA OYANGUREN MIRANDA          ALFREDO DIAZ GUADALUPE          PEDRO FAJARDO LUNA          EDWIN PABLO ROCANO          ROCIO QUISPE SOTO          LORENA CASTRO PADILLA          RONALD PEREZ MAITA          RICHARD CAMONES YACTAYO          GIOVANNI DE LA CRUZ ROSALES          ANA RAMIREZ PARRA          JORGE ROJAS ARIAS          GIULIANO VERA YAMAMOTO          HUGO BREÑA BARNETT          EDGAR LOAYZA ENRIQUEZ</p>	<p>DETECTA          CLINICA DELGADO - CLINICA ANGLO AMERICANA          CLINICA DELGADO          CLINICA DELGADO - CLINICA ANGLO AMERICANA          CLINICA DELGADO          CLINICA VESALIO          ONCOMUJER</p>
----------	---	--

DEPARTAMENTO DE CIRUGÍA EN TORAX

	<p>EDGAR AMORIN KAJATT          ALBERTO DE LA GUERRA PANCORVO          LUIS BRACAMONTE ORTIZ          JULIO RIVERA TORRES          VICTOR ROJAS GONZALES          ENRIQUE FERRER AÑEZ          MARIA EUGENCIA GUILLEN ZEVALLOS</p>	<p>CLINICA DELGADO - CLINICA RICARDO PALMA          ONCOMUJER - CENTRO DETECTOR DEL CANCER          CLINICA RICARDO PALMA          CENTRO DETECTOR DEL CANCER          ONCOSALUD          CLINICA RICARDO PALMA</p>
--	--	---

DEPARTAMENTO DE CIRUGIA EN MAMAS Y TEJIDOS BLANDOS

--	--	--

000737

	JOSE COTRINA CONCHA JULIO ABUGATTAS SABA JORGE DUNSTAN YATACO MIGUEL DE LA CRUZ SACASQUI GABRIELA CALDERON VALENCIA MARTIN FALLA JIMENEZ SHEILA VILCHEZ SANTILLAN MARCO VELARDE MENDEZ	ALIADA - CLINICA ANGLO AMERICANA CLINICA SAN FELIPE  CLINICA DE ESPECIALIDADES MEDICAS INSTITUTO MEDICO DE LA MUJER ONCOSALUD CUNICA DELGADO - C. MEDICO ESPECIALIZAD ALIADA DETECTA
DEPARTAMENTO DE ESPECIALIDADES QUIRURGICAS		
	RICARDO DELGADO BINASCO JESUS LOPEZ ARGOTE MIGUEL CHAVEZ HUARCAYA LUIS RAMIREZ MARIÑOS WALTER IBERICO OCAMPO DARWIN SALAZAR SALAZAR	CENTRO DETECTOR DEL CANCER CENTRO DETECTOR DEL CANCER  CENTRO DETECTOR DEL CANCER
DEPARTAMENTO DE CIRUGÍA UROLOGICA		
}	LUIS MEZA MONTOYA CARLOS MORANTE DEZA MARIELA POW SANG GODOY VICTOR DESTEFANO URRUTIA FERNANDO QUIROA VERA ENRIQUE FRANCO ROJAS GILMER DIAZ PEREZ LUIS COHAILA RAMOS	CLINICA DELGADO CENTRO DETECTOR DEL CANCER - ALIADA  CLINICA ALGO AMERICANA CLINICA LOS ANDES ONCOMUJER CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO ALIADA CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO ALIADA
DEPARTAMENTO DE NEUROCIROLOGIA		
	ENRIQUE ORREGO PUELLES LUIS OJEDA MEDINA PEDRO DEZA RUIZ CRISOGONO RUBIO VALENZUELA HUGO HEINICKE YAÑEZ	C. RICARDO PALMA - CENTRO DETECTOR DEL CANCER-PROVIDENCIA  CLINICA PROVIDENCIA CLINICA RICARDO PALMA
DEPARTAMENTO DE CIRUGÍA EN CABEZA Y CUELLO		
}	JUAN POSTIGO DIAZ ABRAHAM SALAS HURTADO PEDRO SANCHEZ E INGUNZA FERNANDO TORRES VEGA JOSE GUTIERREZ LAZARTE CARLOS OLAECHEA MATTO ALVARO DIAZ CARDENAS CRISTIAN APESTEGUI MORENO SOLON SERPA FRIAS JOSE ASURZA RUIZ CRISTINA CAVERO CALLE	CLINICA DE ESPECIALIDADES MEDICAS CLINICA RICARDO PALMA - CLINICA SAN FELIPE CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO ALIADA CLINICA DELGADO - C. DETECTOR DEL CANCER DETECTA INSTITUTO ONCOLOGICO DE LIMA CLINICA ANGLO AMERICANA CENTRO ONCOLOGICO SAN MARTIN DE PORRES
DEPARTAMENTO DE CIRUGIA DE ABDOMEN		
	ELOY RUIZ FIGUEROA IVAN CHAVEZ PASSIURI EDUARDO PAYET MEZA FRANCISCO BERROSPI ESPINOZA JUAN CELIS ZAPATA FRANK YOUNG TABUSSO CARLOS LUQUE VASQUEZ JOSE CABALA OLAZABAL	CENTRO DETECTOR DEL CANCER CLINICA ANGLO AMERICANA  CLINICA RICARDO PALMA - ONCOSALUD

DEPARTAMENTO DE CIRUGIA GINECOLOGICA		000738 CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO ALIADA CLINICA DELGADO CENTRO DETECTOR DEL CANCER CENTRO ONCOLOGICO SAN MARTIN DE PORRES CENTRO DETECTOR DEL CANCER
	MANUEL ALVAREZ LARRAONDO CARLOS SANTOS ORTIZ CARLOS VELARDE NAVARRETE HENRY VALDIVIA FRANCO MARCO SANCHEZ SALCEDO ABSALON MONTOYA GUIVIN ALDO LOPEZ BLANCO ALBERT ZEVALLOS CARDENAS VLADIMIR VILLOSLADA TERRONES	
DEPARTAMENTO DE ANESTESIA, ANALGESIA, REANIMACIÓN Y CENTRO QUIRURGICO		CENTRO DETECTOR DEL CANCER
	JAVIER RAMOS GONZALES JUAN URQUIZO SORIANO ELOY NUÑEZ VILLALVA BEÁTRIZ ALVAREZ CISNEROS JOSE CHAVEZ FAJARDO JUAN BAILETTI SOTELO PERCY PARI HUACASI DEMETRIO ARMAS SANTOS MARIA QUIROGA PEREZ CRISTHIAN YARANGA RODRIGUEZ HENRY BOLAÑOS CALDERON MARGIORY VELA RAMIREZ ANGEL SERRUTO CONTRERAS CAROL NAVARRO ALVA CESAR ACUÑA AMABLE	
DEPARTAMENTO DE RADIOTERAPIA		C. DE RADIOTERAPIA DE LIMA - INST.ONCOLOGICO DE LIMA CLINICA DELGADO - ONCOSALUD CENTRO MEDICO ESPECIALIZADO ALIADA - RADIONCOLOGIA CLINICA DELGADO - ONCOSALUD - RADIONCOLOGIA DETECTA
	ADELA HEREDIA ZELAYA GUSTAVO SARRIA BARDALES JUAN MARQUINA DIAZ ALBERTO LACHOS DAVILA KARINTHIA BALLON CERVANTES HERBERT CARDENAS DEL CARPIO IVAN BELZUSARRI PADILLA ALICIA AVALOS ROSAS PAOLA FUENTES RIVERA CARMELO TATIANO NEGREIROS CHINCHIHUARA YESENIA MIRANDA TUNQUE CINDY SANDOVAL BACA	
DEPARTAMENTO DE MEDICINA NUCLEAR		CLINICA SAN PABLO
	PATRICIA SAAVEDRA SOBRADOS ROQUE CANO PEREZ ROSSANA MORALES GUZMAN BARRON LUIS ARAUJO CACHAY	
DEPARTAMENTO DE PATOLOGIA		LABORATORIO ONCOLOGICO TAXA - CLINICA STELLA MARIS CENTRO DETECTOR DEL CANCER - PREBENTOR CENTRO DETECTOR DEL CANCER CLINICA ANGLO AMERICANA
	HENRY GUERRA MILLER LUIS TAXA ROJAS SANDRO CASAVILCA ZAMBRANO CARLOS BARRIONUEVO CORNEJO ROSA OSORIO ANAYA JAIME MONTEL GIL LOURDES HUANCA AMESQUITA	

	PATRICIA WEBB LINARESOS ESPERANZA MILLA NOBLEGA MARIA NUÑEZ BUTRON HERBERTH ALFARO SALAZAR GRISNERY MAQUERA TORRES JUDITH VIDAL AYLLO ROSARIO RETAMOZO OJEDA MABEL AUCCA VITORINO YASER SULLCAHUAMAN ALLENDE ABELARDO ARIAS VELASQUEZ ANALI PAMELA MORA ALFEREZ MARIA DEL CARMEN CASTRO MUJICA VILMA HERRERA VALVERDE WILLIAM VICENTE TABOADA GREENLANDIA FERREYROS BRANDON CARMEN ARMAS PURILLA ROMY PIZARRO ROBLES DANIEL AGUILAR RIVERA MILUSKA MAYURI MONSEFU CLAUDIA VILLOSLADO ESPINOZA LUIS ARGUMANIS SANCHEZ MILAGROS RAMIREZ DANIEL LEIVA ROXANA REGALADO RAFAEL	DIAGNOLAB
DEPARTAMENTO DE RADIODIAGNOSTICO	JOSE RODRIGUEZ LIRA JORGE HUAYANAY SANTOS RAYMUNDO FLORES ALVARO ALVARO RODRIGUEZ LIRA CIJIA FARIAS MEJIA TITO NAVARRO ROMERO RAYMUNDO SERNAQUE QUINTANA PERCY MORENO NAVARRO IGNACIO MENDOZA PANTOJA PEDRO HUARIPATA ATALAYA CARLOS MALCA SALAZAR ROMY AMES CARO NATALI ANGULO CARVALLO SHIRLEY ORIHUELA NINAHUAMAN VICTOR MENDOZA LEON	CLINICA RICARDO PALMA CENTRO ONCOLOGICO JUAN XXIII RESOMASA CLINICA RICARDO PALMA - RESOMASA  RESOCENTRO  RESOMASA  RESOMASA  CLINICA SAN FELIPE - CLINICA VESALIO
DEPARTAMENTO DE ATENCIÓN Y SERVICIOS AL PACIENTE	FELIX SANTIAGO GARCIA AHUMADA	
OFICINA DE GESTION DE CALIDAD	LUIS CASTILLO BRAVO MARIA ORCOTUMA ANTAY	CLINICA DELGADO - CLINICA ANGLO AMERICANA



# **Anexo J**



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

**PROCEDENCIA :** COMISIÓN DE FISCALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL  
**DENUNCIANTE :** CLÍNICA SANTA TERESA S.A.  
**DENUNCIADO :** INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS DR. EDUARDO CÁCERES GRAZIANI<sup>1</sup>  
**TERCERO ADMINISTRADO :** ASOCIACIÓN DE CLÍNICAS PARTICULARES DEL PERÚ  
**MATERIAS :** COMPETENCIA DESLEAL  
 VIOLACIÓN DE NORMAS  
 SUBSIDIARIEDAD  
 ALTO INTERÉS PÚBLICO  
 BARRERAS A LA ENTRADA  
**ACTIVIDAD :** PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

**SUMILLA:** Se CONFIRMA, la Resolución 034-2017/CCD-INDECOPI del 3 de mayo de 2017, que declaró infundada la denuncia interpuesta por la Clínica Santa Teresa S.A. contra el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas Dr. Eduardo Cáceres Graziani por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por desarrollar actividad estatal sin contar con los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto tipificado en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

El fundamento es, en primer lugar, que de la información obtenida en el presente caso, se advierte que la inexistencia de oferta privada se debió a la imposición de barreras normativas a la entrada del mercado relevante durante el período de análisis. Por consiguiente, la actividad realizada por el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas Dr. Eduardo Cáceres Graziani, consistente en la prestación del denominado "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado", constituye una actividad empresarial subsidiaria.

En segundo lugar, el fundamento de la resolución consiste en que se ha comprobado que la prestación de la actividad por el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas Dr. Eduardo Cáceres Graziani denominada "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" se encuentra sustentada en una finalidad de alto interés público, lo cual es conforme con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 27657, Ley del Ministerio de Salud.

Finalmente, puesto que en el presente caso se han detectado barreras a la entrada en el mercado relevante contenidas en instrumentos normativos, se

<sup>1</sup> Con Registro Único de Contribuyente (RUC) 20131367342.



**ordena a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal que remita copia de todo lo actuado a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas a efectos que ejerza sus funciones, según corresponda.**

Lima, 28 de marzo de 2019

## I. ANTECEDENTES

1. El 26 de septiembre de 2008, la Clínica Santa Teresa S.A. (en adelante, Clínica Santa Teresa) denunció al Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas Dr. Eduardo Cáceres Graziani<sup>2</sup> (en adelante, INEN) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, Comisión), por presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto tipificado en el numeral 3 del artículo 14 del Decreto Legislativo 1044<sup>3</sup> (en adelante, Ley de Represión de la Competencia Desleal).
2. En su denuncia, la Clínica Santa Teresa señaló lo siguiente:
  - (i) El artículo 60 de la Constitución Política del Perú (en adelante, Constitución)<sup>4</sup> establece que la actividad empresarial del Estado —a través de empresas públicas o sus entidades estatales— únicamente puede realizarse cuando exista una autorización por ley expresa, sea una actividad estatal subsidiaria y exista un alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional para su realización.
  - (ii) Conforme al Reglamento que Norma la Atención en las Clínicas de los Hospitales e Institutos del Ministerio de Salud, aprobado por la Resolución Ministerial 071-90-SA/DM, el INEN presta en sus instalaciones el denominado "Servicio de Salud Bajo Tarifario Diferenciado" (en adelante,

<sup>2</sup> Mediante Ley 8892 promulgada el 11 de mayo de 1939 se creó el "Instituto Nacional del Cáncer". Posteriormente, el 1 de enero de 1952 cambió su denominación por el de "Instituto de Radioterapia"; no obstante, el 19 de mayo de ese mismo año se modificó y se le denominó "Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (INEN)", el cual mantiene hasta la actualidad. A través de la Ley 28748 se le otorgó la calidad de organismo público descentralizado adscrito al Sector Salud.

<sup>3</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**  
Artículo 14.- Actos de violación de normas.

(...)

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial.

<sup>4</sup> **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 60.- El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.  
Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.  
La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.





SBTD), el cual es distinto al servicio de salud general que brinda regularmente.

- (iii) El SBTD autorizado bajo el mencionado reglamento permite al INEN brindar un servicio de salud dirigido a pacientes privados, compañías aseguradoras y Entidades Prestadoras de Salud a una tarifa distinta a la del servicio asistencial que ofrece regularmente. Para acreditar la diferencia de características entre uno y otro servicio, ofrece como medio probatorio la realización de una diligencia de inspección en el establecimiento denunciado.
  - (iv) A pesar de que el referido reglamento no tiene rango de ley, el INEN continúa prestando dicho servicio, sin incurrir en mayores costos, pues utiliza la misma infraestructura y personal médico asignado por el Estado a su establecimiento para prestar el SBTD.
3. El 6 de noviembre de 2008, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia interpuesta por la Clínica Santa Teresa contra el INEN e imputó la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, supuesto tipificado en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal<sup>5</sup>.
4. El 15 de enero de 2009, el INEN presentó sus descargos indicando lo siguiente:
- (i) El SBTD es el conjunto de prestaciones de salud brindadas por los hospitales e institutos especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud al que acceden las personas que tienen los recursos suficientes para costearlo, pues su tarifa es distinta a la regular. Los ingresos obtenidos con la prestación del SBTD se utilizan para solventar el acceso a este mismo tipo servicio a nivel general y regular a personas de escasos recursos, sin diferencia alguna en la calidad de su prestación.
  - (ii) La Ley 27657, Ley del Ministerio de Salud (en adelante, Ley 27657) atribuye al INEN la calidad de organismo público descentralizado del

<sup>5</sup> Cabe acotar que la Secretaría Técnica de la Comisión mediante Memorandum 756-2008/CCD del 20 de octubre de 2008, encargó al Área de Fiscalización del Indecopi la realización de una inspección inopinada en el establecimiento del INEN. En atención a dicho pedido, la mencionada área remitió el Informe 234-2008-MGG/AFI con los resultados de la diligencia solicitada, indicando que constató que el SBTD se encontraba temporalmente suspendido, en atención a lo dispuesto por la Resolución Ministerial 640-2008-MINSA, y que hasta esa fecha los servicios ofrecidos, la infraestructura, el personal y el equipo médico fueron utilizados indistintamente para prestar el SBTD y el servicio asistencial inherente a su establecimiento médico.

Adicionalmente, dejó constancia que a esa fecha el INEN únicamente continúa brindado el servicio a pacientes que a la fecha de suspensión (18 de septiembre de 2008) hubiesen iniciado su atención o tratamiento en su institución.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

Ministerio de Salud, y le otorga como misión prestar atención oncológica a la comunidad, bajo la conducción y regulación que estime pertinente.

- (iii) La denuncia cuestiona que el INEN brinda el SBTB, en virtud del Reglamento que Norma la Atención en las Clínicas de los Hospitales e Institutos del Ministerio de Salud aprobado por Resolución Ministerial 071-90-SAVDM, lo cual estaría vulnerando el artículo 60 de la Constitución.
  - (iv) No obstante, esta disposición ha sido derogada y la nueva Directiva<sup>6</sup> estipula que los recursos captados se destinarán según lo disponga la Ley de Presupuesto del Sector Público. Así, una parte de estos recursos se utilizará para ampliar la cobertura de servicios de salud a la población más desprotegida, así como para mejorar la infraestructura y el equipamiento del establecimiento.
  - (v) El INEN no actúa como agente económico, su actuación está limitada al *ius imperium* del Estado, en tanto sus prestaciones no responden a una lógica de mercado, sino a satisfacer fines asistenciales. En tal sentido, las normas de represión de competencia desleal no le son aplicables.
5. El 24 de junio de 2009, se llevó a cabo una audiencia de informe oral<sup>7</sup>, en la cual las partes hicieron uso de la palabra, exponiendo sus argumentos de hecho y de derecho<sup>8</sup>.
  6. Mediante Resolución 104-2009/CCD-INDECOPI del 15 de julio de 2009, la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por la Clínica Santa Teresa contra el INEN por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad

<sup>6</sup> Mediante Resolución Ministerial 586-2006/MINSA, publicada el 26 de junio de 2006, se aprobó la Directiva 092-MINSA/DGSP-V.01 "Directiva para el funcionamiento del servicio de salud bajo tarifario diferenciado en los Hospitales e Institutos Especializados de la Red Asistencial del Ministerio de Salud".

Posteriormente, mediante Resolución Ministerial 640-2008/MINSA, publicada el 18 de septiembre de 2008, se suspendió el SBTB mientras la Comisión de Alto Nivel encargada de revisar la gestión de este servicio se encuentre en funciones y solo atenderá a los pacientes que se encontraban recibiendo dicho servicio de salud. Asimismo, a través de la Resolución Ministerial 798-2008/MINSA, publicada el 12 de noviembre de 2008, se autorizó nuevamente el funcionamiento del SBTB hasta el 31 de diciembre de 2008, con la finalidad de que los pacientes reciban atención mientras se efectuaba el rediseño y reestructuración de dicho servicio. De manera posterior, mediante sucesivas resoluciones ministeriales el Ministerio de Salud ha venido ampliando la vigencia del SBTB hasta el 31 de mayo de 2012.

<sup>7</sup> Es preciso acotar que la Clínica Santa Teresa solicitó el uso de la palabra mediante escrito del 2 de marzo de 2009, siendo dicho pedido atendido por la Secretaría Técnica de la Comisión mediante Proveído 12 del 4 de junio de 2009.

<sup>8</sup> En esta diligencia participaron por parte de la Clínica Santa Teresa los señores Paul Ricardo de Souza Ferreyra Quiroz y Víctor Andrés Puente Arnao Tiravanti; y, por parte del INEN, la señora Jesús Fanny Freigeiro Moran en su calidad de Procuradora Pública del Ministerio de Salud.

Cabe indicar que el 9 de julio de 2009, la Clínica Santa Teresa presentó un escrito reiterando los argumentos expuestos durante el procedimiento; y, precisó que el INEN estaría realizando actividad empresarial, sin contar con ley expresa que lo autorice.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

4/56



de violación de normas y lo sancionó con una amonestación. La Comisión sustentó su pronunciamiento en las siguientes consideraciones:

- (i) El INEN brinda servicios de salud bajo la denominación "SBTD" como una oferta independiente de las prestaciones que regularmente ofrece a sus pacientes. Al brindar dicho servicio, cobra tarifas semejantes a las del sector privado, sin incurrir en costos propios, pues emplea los recursos públicos asignados a dicho establecimiento. En tal sentido, dicho servicio constituye actividad empresarial.
  - (ii) El diseño y desarrollo del SBTD se encontraba amparado por las Resoluciones Ministeriales 586-2006/MINSA y 798-2008/MINSA; sin embargo, dichos dispositivos no ostentan rango legal, por lo que la actividad empresarial del INEN no cumple con el requisito de autorización mediante ley expresa exigido por el artículo 60 de la Constitución.
7. El 24 de julio de 2009, el INEN apeló la Resolución 104-2009/CCD-INDECOPI reiterando que las prestaciones que brinda en virtud del SBTD no son de índole empresarial, en tanto no tienen un fin lucrativo, ni restringe la competencia de las empresas prestadoras del servicio de salud.
8. Mediante Resolución 2473-2010/SC1-INDECOPI del 6 de septiembre de 2010, la Sala de Defensa de la Competencia 1 del Tribunal del Indecopi<sup>9</sup> (en adelante, la Sala) resolvió lo siguiente:
- (i) Declaró la nulidad de la Resolución 104-2009/CCD-INDECOPI, en tanto consideró que la Comisión incurrió en un vicio en la motivación, al realizar una incorrecta interpretación normativa de la ley habilitante, pues la actividad empresarial que realiza el INEN mediante el SBTD se encuentra habilitada por el artículo 33 de la Ley 27657.
  - (ii) Dispuso que el expediente sea devuelto a la primera instancia para que evalúe el cumplimiento de las demás exigencias establecidas en el artículo 60 de la Constitución, relacionadas con el análisis sobre el carácter subsidiario de la actividad estatal y sobre si se identifica un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.
9. Con base a lo dispuesto por la Sala, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi (en adelante, GEE)<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Actualmente Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

<sup>10</sup> La solicitud de este informe se realizó mediante Memorándum 081-2011/CCD del 11 de marzo de 2011.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

la realización de un informe en el cual se determine el mercado relevante en el que participaría el INEN en la prestación del SBT<sup>11</sup>.

10. En respuesta a los requerimientos formulados por la Secretaría Técnica de la Comisión, la GEE emitió el Informe 026-2017/GEE<sup>12</sup> del 23 de marzo de 2017, manifestando lo siguiente<sup>13</sup>:

- (i) El mercado relevante donde operó el SBT<sup>11</sup> del INEN es el conjunto de servicios de salud afines a la especialidad de oncología (y subespecialidades), con capacidad para atender diagnósticos y tratamientos altamente complejos con atributos conexos de prestaciones como elección del médico, hospitalización individualizada y menor tiempo de espera.
- (ii) No ha existido oferta privada disponible, dado que ningún centro de salud del sector privado prestaba servicios oncológicos hasta un nivel de complejidad alto como el INEN.
- (iii) Se determinó la presencia de barreras de entrada, debido a que, para que los establecimientos de salud del sector privado puedan obtener la categoría de mayor complejidad (Categoría III-2) requieren realizar inversiones significativas en infraestructura, equipamiento y recursos humanos.

11. El 29 de marzo de 2017, la Secretaría Técnica de la Comisión integró a la relación procesal del presente procedimiento a la Asociación de Clínicas Particulares del Perú (en adelante, ACP), en calidad de tercero administrado<sup>14</sup>.

12. Mediante Resolución 034-2017/CCD-INDECOPI del 3 de mayo de 2017, la Comisión declaró infundada la denuncia presentada por la Clínica Santa Teresa contra el INEN por actos de violación de normas. La Comisión sustentó su pronunciamiento en las siguientes consideraciones:

- (i) El mercado relevante donde opera el SBT<sup>11</sup> del INEN está definido por el conjunto de servicios de salud con alta especialización en diagnósticos y

<sup>11</sup> Cabe señalar que mediante Resolución 5 del 11 de mayo de 2011, la Comisión decidió suspender la tramitación del procedimiento hasta que la GEE emita el informe en el que se determine el mercado relevante en el que se desarrolla el SBT<sup>11</sup> prestado por el INEN.

<sup>12</sup> Ver fojas 478 a 490 del Expediente.

<sup>13</sup> En atención a que la GEE remitió el informe sobre el mercado relevante del INEN el 29 de marzo de 2017, mediante Resolución 6 la Comisión decidió levantar la suspensión del procedimiento y dispuso la continuación del procedimiento.

<sup>14</sup> Cabe indicar que esta incorporación se realizó en atención al pedido efectuado por la ACP mediante escrito del 25 de julio de 2016.



tratamientos oncológicos (y subespecialidades), con la posibilidad de elegir al médico tratante, hospitalización individual y menor tiempo de espera.

- (ii) En el referido mercado relevante, a nivel local y nacional, ningún centro de salud privado ofrece servicios de la misma complejidad que el INEN (Categorización III-2); por tanto, no existe oferta privada de este tipo y nivel, siendo el INEN el único agente económico estatal en dicho mercado.
  - (iii) Existen barreras de entrada que impiden que, en un corto plazo, un nuevo agente económico obtenga el grado de especialización alcanzado por el INEN y dichas barreras estructurales y estratégicas (estrategia de reducción de precios mediante subsidios y el acceso a recursos humanos) no son atribuibles al INEN.
  - (iv) De conformidad a lo expuesto, la actividad estatal desarrollada por el INEN a través del SBTB es subsidiaria.
  - (v) Con relación al alto interés público o la manifiesta conveniencia nacional, el artículo 2 de la Ley 27657 establece que el Ministerio de Salud es el ente rector que conduce, regula y promueve la intervención del Sistema Nacional de Salud con la finalidad de lograr el desarrollo de la persona humana. Así, este sector a través de sus institutos especializados —como el INEN— cumple con dicha finalidad, protegiendo el bien jurídico de la vida y la persona humana como fin supremo.
  - (vi) En conclusión, la actividad empresarial que realiza el INEN, a través del SBTB, cumple con todos los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución.
13. El 5 de junio de 2017, la ACP, en calidad de tercero administrado, interpuso recurso de apelación contra la Resolución 034-2017/CCD-INDECOPI, señalando lo siguiente:
- (i) La Comisión alegó que el INEN debe priorizar sus servicios a los pacientes de escasos recursos, lo cual no restringe la posibilidad de que pueda prestar el SBTB mientras cumpla con garantizar su servicio asistencial a la población. Sin embargo, dicha prioridad en la práctica no se aplica y resulta ineficiente. La Comisión no ha tenido en cuenta esta situación al momento de resolver.
  - (ii) La primera instancia no realizó un análisis adecuado de los siguientes factores:



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

- Respecto a las características del servicio analizado, se centró en analizar si el sector privado puede sustituir al Estado; sin embargo, debió verificar si el Estado realiza una actividad subsidiaria. El INEN brinda servicios de salud asistencial a toda la población que lo requiera y no resulta necesario que preste el SBTB, pues la demanda restante puede ser cubierta por el sector privado.
  - Sobre las características de la demanda del servicio, se limitó a indicar los estratos socioeconómicos de procedencia de la demanda del SBTB brindado por el INEN<sup>15</sup>. No detalló qué tipo de servicio recibieron estos pacientes ni su grado de complejidad, pese a que en su pronunciamiento alegó que el INEN solo brinda servicios de oncología de mayor complejidad.
  - En lo concerniente a la oferta disponible, la Comisión ha indicado que el INEN se encuentra en la Categoría III-2 (servicios de mayor especialización), sin explicar en qué consiste esa especialización, qué procedimientos abarca, qué especialidades médicas requiere y así, tener certeza que ningún otro establecimiento brinda el mismo servicio.
  - En caso no exista clínica privada que preste los mismos servicios especializados que brinda el INEN y la demanda tuviese que ser cubierta por el Estado, el servicio debe brindarse a una tarifa acorde con su función asistencial y no mediante una tarifa diferenciada (SBTB), la cual es más alta y otorga preferencia a los pacientes.
  - La Comisión no justificó el motivo por el cual el INEN cuenta con una cantidad de personal médico "muy superior" en comparación con los establecimientos de salud privados. A pesar de que algunos médicos del INEN también trabajan en clínicas privadas.
  - Se alegó que el sector privado no brindaba algunos procedimientos, como el trasplante de médula ósea para pacientes con leucemia, pese a que dicho servicio es prestado por la Clínica San Borja y otras entidades privadas de salud.
- (iii) La intervención del INEN en el mercado es una barrera, puesto que ningún inversionista pretende realizar dicho servicio, cuando existe una entidad estatal que lo presta, desincentivando así la entrada a dicho mercado.

<sup>15</sup> En este punto, la ACP indicó que el 52.39% de los pacientes de la provincia de Lima y Callao que fueron atendidos en el 2005 a través del SBTB, provenían de distritos donde predomina el nivel socioeconómico B; y, el 47.61% de distritos con niveles socioeconómicos C y C-D.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

8/56

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@Indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

- (iv) Para permitir que el Estado (a través del INEN) realice actividad empresarial, primero tiene que satisfacer la demanda de las personas de bajos recursos, en cumplimiento de sus funciones, y luego establecer si se encuentra en capacidad de ofertar servicios como empresa, dado que los recursos públicos no deben utilizarse para ofrecer un servicio bajo tarifario diferenciado, cuando con su rol asistencial no logra atender adecuadamente al sector.

## II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

14. De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde que la Sala evalúe lo siguiente:

- (i) Si el INEN ha cometido un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas conforme lo señalado en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, por incumplimiento del artículo 60 de la Constitución; y,
- (ii) de ser el caso, si corresponde imponer una medida correctiva y/o una sanción al INEN.

## III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

### III.1. Cuestiones previas

#### III.1.1 Sobre los argumentos expuestos en apelación

15. En su escrito de apelación, la ACP ha cuestionado cómo es que el INEN ejecuta su función asistencial, alegando que debería priorizar, de manera real y eficiente, la prestación de su servicio a los pacientes que tienen escasos recursos y así garantizar la atención de servicios médicos relacionados a la especialidad de oncología para aquellas personas de niveles socioeconómicos más vulnerables bajo su rol asistencial, para luego determinar si puede brindar el SBTD.
16. De la revisión de dichos argumentos, esta Sala verifica que están enfocados en cuestionar la forma en que el INEN ejecuta su función asistencial. Dichos cuestionamientos están relacionados con las decisiones organizacionales internas que toma el INEN sobre sus servicios asistenciales, lo cual no es materia del presente procedimiento.
17. El presente procedimiento tiene como objetivo evaluar si la actividad empresarial estatal desarrollada por el INEN -a través del SBTD- califica como



un acto de competencia desleal por violación de normas al estar infringiendo lo establecido en el artículo 60 de la Constitución<sup>16</sup>.

18. Cabe acotar que en un pronunciamiento anterior -mediante Resolución 2473-2010/SC1-INDECPOPI-, esta Sala determinó que el SBTD que presta el INEN es una actividad económica habilitada por la Ley 27657 y que es diferente a la función asistencial que desarrolla este instituto especializado cuando presta sus servicios regulares. Dicho pronunciamiento agotó la vía administrativa y quedó firme<sup>17</sup>.
19. Además, resulta oportuno resaltar que, el cuestionamiento que realiza la Clínica Santa Teresa sobre la actividad asistencial que presta el INEN no es una materia que pueda ser analizada en un procedimiento por infracción a las normas de competencia desleal, como el presente caso, en el que se evalúa si la actividad empresarial que realiza el Estado se presta cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución.
20. Teniendo en cuenta ello, los cuestionamientos expuestos por la ACP relacionados con la manera en que el INEN cumple su función asistencial y ejecuta la prestación de sus servicios, no resultan ser materia controvertida en este procedimiento, por lo que, corresponde desestimar dicho extremo de la apelación.

### III.1.2. Sobre el periodo de investigación del presente procedimiento

21. De manera preliminar resulta necesario precisar el periodo de análisis respecto al servicio de salud objeto de cuestionamiento (SBTD). Para ello, debemos tener en cuenta que, de acuerdo con el escrito de denuncia y la imputación de cargos, este procedimiento versa sobre la presunta infracción del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, norma que entró en vigencia el 26 de julio de 2008.
22. Por dicho motivo, en atención al artículo 103 de la Constitución y al principio de irretroactividad recogido en el numeral 5 del artículo 248 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante,

<sup>16</sup> Ver nota al pie 4.

<sup>17</sup> DANÓS ORDOÑEZ, Jorge. "La Impugnación de los Actos de Trámite en el Procedimiento Administrativo y la Queja". En: Revistas PUCP. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/viewFile/17237/17524>. Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019.

*"Los actos firmes son aquellos no impugnados dentro de los plazos legales y que por ende han quedado consentidos, perdiendo los interesados toda posibilidad de cuestionarlos, al margen de que causen estado o no. El acto administrativo firme es un acto irrecurable o insusceptible de ser impugnado en vía administrativa o en sede judicial, en doctrina se dice metafóricamente que genera efectos de "cosa juzgada administrativa." (Subrayado agregado)*





TUO de la LPAG)<sup>18</sup>, el periodo de análisis iniciará desde la vigencia de la referida norma (26 de julio de 2008) y se extenderá hasta el momento en que el INEN fue notificado con la imputación de cargos (12 de noviembre de 2008)<sup>19</sup>.

23. En atención a ello, corresponde analizar si el SBTD brindado por el INEN durante el periodo del 26 de julio al 12 de noviembre de 2008 se prestó cumpliendo con los requisitos establecidos en el artículo 60 de la Constitución.

### III.2. Sobre la presunta violación de normas por realizar actividad empresarial estatal sin cumplir con lo dispuesto en el artículo 60 de la Constitución

#### III.2.1. Marco normativo

##### III.2.1.1. Subsidiariedad estatal y su expresión en materia económica

24. El principio de subsidiariedad estatal establece el grado de intervención del Estado en la vida económica del país, constituyendo un límite al campo de acción estatal respecto de la libertad de los ciudadanos para hacer empresa.

25. Este principio se encuentra reconocido en el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución, el cual señala que *"sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional"*<sup>20</sup>.

26. El texto constitucional precisa que la intervención empresarial del Estado es excepcional. Esto encuentra respaldo en el modelo de economía social de

<sup>18</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Leyes especiales, Irretroactividad, derogación y abuso del derecho

Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. (Subrayado agregado).

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, aprobado por DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS.

Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

5.- Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

<sup>19</sup> Ver foja 55 del Expediente.

<sup>20</sup> Ver nota al pie 4.



mercado acogido por la Constitución<sup>21</sup>, que otorga una protección prevalente a las diversas libertades económicas fundamentales de los individuos (tales como la libertad de empresa, libertad de contratación, entre otras), reconociendo que en la economía peruana rige la asignación libre de recursos vía los mercados, conservando el Estado solo una función residual o subsidiaria<sup>22</sup>.

27. La finalidad del principio constitucional de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado consiste en evitar que los recursos públicos destinados para cubrir las necesidades más urgentes de la sociedad (especialmente allí donde la oferta privada es insuficiente o ausente), por ejemplo, en materia de salud, educación, infraestructura, entre otras, sean desviados para la producción de bienes y servicios susceptibles de ser provistos por la actividad privada<sup>23</sup>. Con ello, se busca promover una eficiente asignación de recursos públicos.
28. Otra razón muchas veces mencionada, que justifica el principio de subsidiariedad económica en la actividad empresarial del Estado es que la gestión de las empresas estatales o de las actividades comerciales brindadas por las entidades públicas no suele ser eficiente si se compara con las actividades privadas.
29. La Administración Pública no necesariamente maximiza la rentabilidad patrimonial como lo hace la empresa privada. Las empresas e instituciones públicas persiguen el cumplimiento de políticas gubernamentales<sup>24</sup> y suelen

<sup>21</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ  
Artículo 58.-

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

<sup>22</sup> Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico 23 de la Sentencia expedida en el Expediente 008-2003-AI/TC, en la cual, al desarrollar el contenido del principio constitucional de subsidiariedad económica, señaló que *"Debe enfatizarse que la intervención de las autoridades públicas en el campo económico, por dilatada y profunda que sea, no sólo no debe coartar la libre iniciativa de los particulares, sino que, por el contrario, ha de garantizar la expansión de esa libre iniciativa, y la de los derechos esenciales de la persona humana."*

<sup>23</sup> Por ejemplo, alguna dependencia estatal decide constituir un bazar en el cual se venden zapatos, alimentos y otros productos similares. Como en dicho mercado participan diversas empresas privadas que pueden atender toda la demanda bajo condiciones similares o inclusive más ventajosas, en cuanto a precio y calidad, resulta evidente que la necesidad de la población puede ser atendida de manera apropiada por los particulares, por lo que la administración pública no debería invertir en llevar a cabo tal actividad económica.

<sup>24</sup> Como señala el profesor Ariño, *"(h)a sido una tentación constante de los políticos la utilización de las empresas públicas como instrumento fácil de la política: unas veces de su política antiinflacionista (mediante el simple procedimiento de vender por debajo del precio de costo), otras de su política de empleo (...). Todas estas utilidades de la empresa pública –por no citar otras, menos confesables– han sido a costa, naturalmente, de déficits crecientes con cargo al presupuesto nacional"*.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica.* Editorial Comares. Granada. 2004. Pág. 461.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

tener incentivos que no están sujetos a la obtención de mayor rentabilidad<sup>25</sup>. De hecho, es común que las actividades públicas se presten por debajo de su costo, ya que las pérdidas se sufragan con los recursos del Estado.

30. Una gestión ineficiente, que no busca reducir costos para incrementar sus rentas y motivada por decisiones políticas, puede provocar en el presupuesto del Estado un importante déficit que afecta el entorno macroeconómico. En un estudio comparativo realizado entre diversas empresas públicas de más de noventa países, con el objeto de medir los efectos macroeconómicos que genera su gestión, se concluyó que *"el principal indicador que resume el impacto macroeconómico de las empresas públicas es su déficit global o sus necesidades de financiamiento"*<sup>26</sup>.
31. Pese a que, en la mayoría de los casos, la actividad empresarial del Estado no alcanza niveles óptimos de eficiencia económica por su esquema de gestión, es importante precisar que el modelo de intervención subsidiaria acepta que la intervención estatal en los mercados se encuentre excepcionalmente justificada<sup>27</sup>.
32. En efecto, las actividades empresariales subsidiarias desarrolladas por empresas públicas o entidades estatales son aceptadas, pues pueden

<sup>25</sup> Vickers y Yarrow señalan que esta estructura dual de intereses que convive en una empresa pública genera que los funcionarios que las supervisan prefieran en la mayoría de los casos la obtención de objetivos sociales y políticos, pues pueden dejar de percibir beneficios personales (electorales) en caso opten por percibir beneficios económicos.

Cfr. VICKERS, John y George YARROW. *"Un análisis económico de la privatización"*. Fondo de Cultura Económica. México. 1991. Pág. 49.

En la misma línea, Patrón, a propósito del rol empresarial del Estado en Latinoamérica, señala que los objetivos de muchas empresas públicas fueron paulatinamente expandiéndose hacia la consecución de fines sociales y políticos que nada tenían que ver con la rentabilidad: *"Por lo general, el común denominador a esta variedad de objetivos era la ausencia de motivación en perseguir la rentabilidad. A su vez, estos argumentos, comúnmente, simplemente enmascaraban motivaciones políticas perseguidas por gobiernos populistas o autoritarios que buscaban asegurar ingresos de actividades altamente productivas, concentrar su poder o emplear las EPE para otros propósitos interesados"*.

PATRÓN SALINAS, Carlos. *"El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica"*. Publicado en: Themis 52. Revista editada por la Asociación Civil Themis. Lima. 2006. Pág. 78.

<sup>26</sup> Traducción libre del siguiente texto: *"The principal summary indicator of the macroeconomic impact of public enterprises is their overall deficit or financing requirement."*

FLOYD, Robert H., GRAY, Clive S. y R. P. SHORT. *"Public Enterprise in Mixed Economies. Some macroeconomic aspects"*. International Monetary Fund. Washington. 1986. Pág. 144.

<sup>27</sup> Stiglitz plantea que las empresas privadas tienen como objetivo (en principio) maximizar beneficios, mientras que las públicas tienen objetivos económicos y no económicos. Así pues, una empresa pública puede, deliberadamente, completar plenamente su objetivo no económico a costa de tener pérdidas. Por tanto, es difícil la comparación de eficiencia entre públicas y privadas cuando éstas no persiguen los mismos objetivos.

Cfr.: STIGLITZ, Joseph E. *"La economía del sector público"*. Editorial Bosch. Barcelona. 2002.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros



TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

satisfacer la demanda de bienes o servicios desatendida por los privados y cuya provisión reviste un alto interés público.

33. En tal sentido, el principio constitucional de subsidiariedad del Estado justifica la intervención excepcional de empresas públicas en la economía siempre que esta sea autorizada por ley expresa, actúe de manera subsidiaria y responda a un alto interés público o a una manifiesta conveniencia nacional. Solo cumpliendo dichos requisitos previstos en nuestra Constitución, el Estado se encontrará facultado a realizar actividad empresarial destinada a satisfacer la demanda de bienes y/o servicios que no se encuentra cubierta por la oferta privada, pues su provisión involucra un alto interés público.

III.2.1.2 Metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal

34. El Indecopi, a través de la Comisión y de la Sala<sup>28</sup>, es la autoridad encargada de reprimir todos los actos o conductas de competencia desleal previstos en la Ley de Represión de la Competencia Desleal, vía la imposición de sanciones y la implementación de medidas correctivas idóneas que permitan revertir la distorsión causada y restablecer la leal competencia en el mercado.
35. Uno de los actos de competencia desleal contemplados en la Ley de Represión de la Competencia Desleal es el de violación de normas. Dentro de dicho tipo infractor, un supuesto particular, recogido en el artículo 14.3 de la norma antes mencionada, señala lo siguiente:

**DECRETO LEGISLATIVO 1044. LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL**

**"Artículo 14.- Actos de violación de normas.-**

(...)

**14.3** *La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60 de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial'.*

28

**DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – INDECOPI.**

**Artículo 25.- De la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.-**

Corresponde a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal velar por el cumplimiento de la Ley de Represión de la Competencia Desleal y de las leyes que, en general, prohíben y sancionan las prácticas contra la buena fe comercial, incluyendo las normas de la publicidad, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

**Artículo 31.- Apelación de resoluciones y su sustentación ante la segunda instancia.-**

31.1 Las resoluciones de las Comisiones que pongan fin a la Instancia, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o causen indefensión podrán ser apeladas ante la Sala del Tribunal que tenga competencia en la materia. (...)

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

14/56

**INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800  
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

36. Como se aprecia, la autoridad de competencia supervisará que la actividad empresarial desplegada por el Estado se ajuste a lo indicado en el mandato de subsidiariedad previsto en la Constitución.
37. De acuerdo con los criterios desarrollados por esta Sala mediante Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010<sup>29</sup>, la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal supone analizar, en primer lugar, si la conducta cuestionada que desarrolla el Estado, ya sea a través de una empresa pública o de una entidad estatal, implica el ejercicio de una actividad de carácter empresarial; pues si la conducta que despliega el Estado corresponde a actividades de otra índole, no se encontrará sujeta a los límites de subsidiariedad previstos en la Constitución.
38. Solo si la actividad estatal desarrollada es de tipo empresarial, se continuará con el siguiente nivel de análisis, en virtud del cual se debe verificar que dicha iniciativa se adecúe a los límites impuestos por el artículo 60 de la Constitución. Así, corresponderá constatar los siguientes tres requisitos:
- (i) El primero, de tipo formal, exige que la realización de **la actividad empresarial estatal se encuentre autorizada por ley expresa** aprobada por el Congreso de la República. Asimismo, la ley debe establecer de manera clara que la empresa o entidad estatal se encuentra habilitada para producir, distribuir, desarrollar o intercambiar bienes y servicios en determinada actividad, no admitiéndose autorizaciones tácitas ni interpretaciones analógicas o extensivas de la habilitación;
  - (ii) el segundo requisito es de fondo e implica **verificar el carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado**, esto es, que la actuación económica del Estado en determinado mercado se realiza ante la ausencia real o potencial de la iniciativa privada para atender dicha demanda; y,
  - (iii) el tercer elemento previsto por el dispositivo constitucional consiste en constatar si el objetivo que la actividad empresarial pretende satisfacer reviste un **alto interés público o una manifiesta conveniencia nacional**<sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Asimismo, véase las siguientes resoluciones que contienen dicho criterio: Resolución 2470-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2471-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2472-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2473-2010/SC1-INDECOPI, Resolución 2549-2010/SC1-INDECOPI y Resolución 2550-2010/SC1-INDECOPI.

<sup>30</sup> Con relación a este tercer elemento, cabe precisar que la autoridad de competencia se limitará a comprobar que la ley que autoriza la actividad señala la razón de interés público o conveniencia nacional que sustentó su aprobación. Por lo tanto, solo si la ley no precisa la justificación se incumplirá este requisito.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

39. Adicionalmente, debe resaltarse que según lo dispuesto por el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, para que se configure el supuesto de violación de normas no es necesario que se acredite la obtención de una ventaja competitiva significativa, bastando que la actividad empresarial estatal vulnere el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución antes mencionado.
40. En línea con lo anterior, la intervención empresarial del Estado será lícita solo en caso de que cumpla cada uno de los tres requisitos mencionados. De lo contrario, se configurará una infracción a lo dispuesto por el artículo 60 de la Constitución y, por tanto, se incurrirá en el supuesto de violación de normas previsto en el artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.
41. Habiéndose esbozado la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, corresponde analizar si en el presente caso el SBTD prestado por el INEN contraviene o no el artículo 60 de la Constitución.

### **III.2.2. Respetto de la ley expresa habilitante del SBTD que brinda el INEN**

42. Tal como ha sido desarrollado en el acápite anterior, la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal supone analizar, en primer lugar, si la actividad empresarial realizada por la entidad estatal se encuentra habilitada por ley expresa.
43. Como se ha descrito en los antecedentes de la presente resolución<sup>31</sup>, mediante Resolución 2473-2010/SC1-INDECOPI, la Sala analizó la actividad empresarial desarrollada por el INEN dentro del mercado y concluyó que esta se encuentra habilitada de manera expresa en el artículo 33 de la Ley 27657.
44. En tal sentido, en la medida que la actividad empresarial desplegada por el INEN cuenta con una habilitación legal de manera expresa, previamente analizada por esta autoridad, corresponderá a esta Sala proceder con el siguiente nivel de análisis, esto es, verificar si la actividad empresarial desarrollada se adecúa a los límites impuestos por el artículo 60 de la Constitución.

### **III.2.3. Respetto del carácter subsidiario del SBTD brindado por el INEN**

#### **III.2.3.1. Metodología de análisis**

<sup>31</sup> Ver fundamento 8 de la presente Resolución.



45. De conformidad con la metodología de aplicación del artículo 14.3 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal aprobada por Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, la cual será aplicada de manera referencial, para evaluar si la actividad empresarial en cuestión cumple con ser subsidiaria, primero se debe delimitar el mercado relevante en el cual participa la empresa o entidad estatal.
46. Determinado el mercado relevante, se prosigue con el análisis del carácter subsidiario de la empresa estatal, para lo cual se evalúa la existencia o no de oferta privada y de barreras a la entrada en dicho mercado.

### III.2.3.1.1. Sobre el mercado relevante

47. Las normas de libre competencia contemplan una previsión legal que puede ser utilizada para el presente análisis, pues establece que la determinación del mercado relevante se realiza definiendo el mercado de producto y el mercado geográfico<sup>32</sup>.
48. El mercado de producto relevante incluye a todos aquellos bienes y servicios que los consumidores consideran sustitutos o intercambiables entre sí<sup>33</sup> en función de sus características, precio, calidad, usos y otras condiciones inherentes al producto<sup>34</sup>. Así, anteriormente la Sala ha sostenido que:

"El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores. Ello implica

<sup>32</sup> DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Artículo 6.- El mercado relevante

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes y consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para su sustitución.

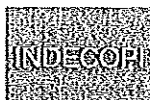
6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

<sup>33</sup> Conforme a la Comunicación de la Comisión Europea sobre Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia: "El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos o servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos".

Disponible en: <http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/21.pdf>.

Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019.

<sup>34</sup> Sobre la definición del mercado producto, ver CONRATH, W, Craig. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*. World Bank, Washington, 1995, Sección 4, págs. 2 a 11; y, HYLTON, Keith. *Antitrust Law. Economic theory and common law evolution*. Editorial Cambridge University Press, Primera Edición, Cambridge, 2003, pág. 237 y ss.



*determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo.*<sup>35</sup>

(Subrayado agregado)

49. Por su parte, el mercado geográfico relevante está delimitado por las áreas o espacios geográficos donde se encuentran las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante ya delimitado. Esto se mide en función de las restricciones que tendrían tanto los productores de otras zonas geográficas para trasladar sus productos a donde se encuentran los clientes, como a las limitaciones que enfrentan los propios consumidores para acceder a las otras áreas donde se encuentran las fuentes alternativas de aprovisionamiento<sup>36</sup>.
50. Por tanto, para definir el mercado relevante se requiere evaluar si existen o no productos o servicios sustitutos del producto o servicio en cuestión (mercado de producto relevante) y el ámbito de influencia respecto de dicho producto o servicio (mercado geográfico relevante).

#### III.2.3.1.2. Sobre del carácter subsidiario de la empresa estatal

51. Una vez delimitado el mercado relevante, se debe analizar si la actividad empresarial cumple con ser subsidiaria, esto es, si satisface las necesidades de un segmento de consumidores ante la inexistencia o insuficiencia de oferta privada real o potencial. Así, dependiendo del número de participantes en el mercado relevante se puede presentar uno de los siguientes escenarios a ser evaluado<sup>37</sup>:

<sup>35</sup> Ver la Resolución 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999, recaída en el procedimiento iniciado por Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A. También ver la Resolución 0857-2014/SDC-INDECOPI del 15 de diciembre de 2014, recaída en el procedimiento iniciado por la empresa Malva S.A. contra la empresa productora de cemento UNACEM S.A. y sus distribuidoras.

<sup>36</sup> Sobre el particular, Whish y Bailey han manifestado que: "La delimitación del mercado geográfico ayuda a identificar qué otras firmas imponen una restricción competitiva sobre otro agente bajo investigación. El costo de transporte es un importante factor: algunos bienes son tan caros de transportar en relación con su valor que no sería económico intentar venderlos en mercados distantes (...)". Traducción libre de: "The delineation of the geographic market helps to indicate which other firms impose a competitive constrain on the one(s) under investigation. The cost of transporting products is an important factor: some goods are so expensive to transport in relation to their value that it would not be economic to attempt to sell them on distant markets." WHISH, Richard y BAILEY, David. *Competition Law*. Oxford University, octava edición, Reino Unido, 2015, Pág. 40. Disponible en: [https://books.google.com.pe/books?id=3HMsCgAAQBAJ&printsec=copyright&source=qbs\\_pub\\_info\\_r#v=onepage&q&f=false](https://books.google.com.pe/books?id=3HMsCgAAQBAJ&printsec=copyright&source=qbs_pub_info_r#v=onepage&q&f=false). Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019. En ese mismo sentido, ver CONRATH, W, Craig, op. cit., sección 4, págs. 12 y ss.

<sup>37</sup> Ver numeral 4 del punto segundo de la parte resolutoria de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI y Anexo 1 de la presente resolución.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

- 1) Escenario 1: Existen dos (2) o más empresas privadas no vinculadas y una (1) empresa estatal.
  - 2) Escenario 2: Existe una (1) empresa privada y una (1) empresa estatal.
  - 3) Escenario 3: Solo existe una (1) empresa estatal.
52. Como lo señaló la Sala en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI<sup>38</sup>, el primer escenario se presenta cuando concurren en el mercado relevante dos (2) o más empresas privadas no vinculadas y una (1) empresa o entidad estatal. En este supuesto, se configura una presunción relativa de que las condiciones de competencia son adecuadas y la oferta privada es suficiente<sup>39</sup>. Por ello, es la entidad o empresa estatal denunciada quien deberá acreditar que la participación de las empresas privadas no resulta suficiente para absorber la demanda que podría dejar en caso se retire del mercado.
53. De otro lado, el segundo escenario se configura cuando en el mercado relevante participan una (1) empresa privada y una (1) entidad o empresa estatal. En este caso no opera la presunción relativa, pues no existe norma legal que lo así disponga, por lo que la autoridad deberá constatar (con sus actuaciones de instrucción y los medios probatorios aportados por el denunciante) que la empresa privada cuenta con las condiciones suficientes

<sup>38</sup> RESOLUCIÓN 3134-2010/SC1-INDECOPI

"(...)

90. En ese sentido, siguiendo el criterio establecido en el artículo 3 del referido decreto supremo [Decreto Supremo 034-2001-PCM], cuando existan dos o más empresas privadas no vinculadas establecidas en un mercado, se puede asumir, en calidad de presunción legal relativa, que las condiciones de competencia son las adecuadas y la oferta privada podrá ampliarse lo suficiente como para satisfacer la demanda del bien o servicio, por lo que queda prohibida la participación del aparato estatal. Así, de acuerdo con este dispositivo, "(...) salvo demostración en contrario, tal condición [oferta privada suficiente] se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí."

(Subrayado agregado)

<sup>39</sup> Resulta necesario precisar que esta presunción relativa se encuentra establecida en el artículo 3 del Decreto Supremo 034-2001-PCM, como se aprecia a continuación:

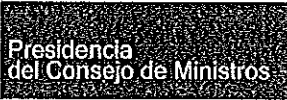
**DECRETO SUPREMO 034-2001-PCM, ESTABLECEN PROCEDIMIENTOS MEDIANTE LOS CUALES EL FONAFE DELIMITA Y AUTORIZA EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES EMPRESARIALES QUE CON CARÁCTER SUBSIDIARIO REALIZA EL ESTADO**

**Artículo 3.-** Queda prohibido el desarrollo de actividades empresariales por parte del Estado bajo cualquier forma empresarial en aquellos mercados en los que la oferta de las empresas privadas se considera suficiente para satisfacer la demanda existente, en todo el territorio nacional o en la parte en donde atienden. Se presume, salvo demostración en contrario, que tal condición se verifica en aquellos mercados en los que operan al menos dos empresas privadas no vinculadas entre sí.

La prohibición dispuesta por el párrafo precedente comprende también a aquellas empresas que pertenezcan mayoritariamente o totalmente a los Sectores Defensa e Interior.

La prohibición contenida en el presente artículo no es aplicable a las empresas cuyos activos o acciones se encuentren dentro del proceso de promoción de la inversión privada, a cargo de COPRI.

La prohibición contenida en este artículo no será aplicable a las actividades que el Directorio de FONAFE determine específica e individualmente. En estos casos, el Directorio tomará en cuenta el aprovechamiento de la capacidad operativa de las empresas, pudiendo establecer limitaciones al incremento y/o renovación de dicha capacidad. (Subrayado agregado) (Texto modificado por el artículo 1 del Decreto Supremo 011-2002-PCM)



para satisfacer la demanda que libere ante su eventual salida del mercado y por ende, la intervención estatal no resulta subsidiaria<sup>40</sup>.

54. En el tercer escenario, solo existe una (1) empresa estatal; por lo que, no existe oferta privada disponible que abastezca la demanda del mercado. En este escenario, realizar un análisis de las barreras de entrada es absolutamente necesario, debido a que el objetivo es evaluar si existe la posibilidad de que el sector privado pueda proveer el bien o servicio bajo las mismas condiciones en que actualmente lo hace la actividad empresarial estatal<sup>41</sup>.
55. Con relación a las barreras de entrada, la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)<sup>42</sup>, las ha definido como los factores que impiden o dificultan la entrada de nuevas empresas a una industria, incluso cuando las firmas establecidas están obteniendo beneficios extraordinarios<sup>43</sup>. Así, las barreras de entrada pueden clasificarse en legales, estructurales o estratégicas<sup>44</sup>.
56. Las barreras legales se derivan principalmente de las autorizaciones, licencias o permisos otorgados por autoridades gubernamentales para el desarrollo de actividades, estas dificultan el acceso al mercado de nuevos competidores que

<sup>40</sup> RESOLUCIÓN 3134-2010/SC1-INDECOPI

"(...)

108. En esta línea, el órgano investigador deberá evaluar si la empresa privada se encuentra en condiciones de cubrir de manera inmediata la demanda que eventualmente libere la empresa o entidad estatal. La metodología para demostrar que la empresa privada cuenta con las condiciones necesarias para ampliar su capacidad instalada y cubrir la demanda liberada por la [empresa o entidad] estatal deberá seguir los lineamientos ya explicados en el primer escenario.

(Subrayado agregado)

<sup>41</sup> RESOLUCIÓN 3134-2010/SC1-INDECOPI

"(...)

112. En este escenario es claro que no existe oferta privada disponible en la actualidad que abastezca la demanda del mercado, por lo que realizar un análisis de las barreras a la entrada es absolutamente relevante debido a que el objetivo en este escenario es evaluar si existe la posibilidad de que el sector privado pueda proveer el bien o servicio bajo las mismas condiciones en que lo hace la empresa estatal actualmente.

(Subrayado agregado)

<sup>42</sup> *The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)*. Es un organismo de cooperación internacional integrado por 36 países que tienen por finalidad coordinar políticas económicas y sociales, su misión es promover políticas que mejorarán el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo.

Ver: <http://www.oecd.org/about/>. Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019.

<sup>43</sup> Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law, ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2003, págs. 13-14. Disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>. Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019.

<sup>44</sup> Para mayor detalle ver, P. Geroski y A. Jacquemin, "Industrial Change, Barriers to Mobility and European Industrial Policy", Economic Policy, Nov. 1985, sección 3. R. Gilbert. "Mobility Barriers and the Value of Incumbency", En R. Schmalensee y R. Willig (eds), The Handbook of Industrial Organization, North Holland, Amsterdam, 1989.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

- puedan disciplinar el comportamiento del agente establecido<sup>45</sup>. Dentro de este tipo de barreras se encuentran las barreras burocráticas que impiden o dificultan el ingreso de nuevos inversionistas a un determinado mercado<sup>46</sup>.
57. Las barreras estructurales se derivan de las características básicas de una industria tales como la tecnología, los costos y la demanda. En particular, estas barreras tienen que ver con aspectos económicos propios de los productos diferenciados, de las ventajas tecnológicas, de economías de escala, de economías de ámbito, costos hundidos, entre otros<sup>47</sup>.
58. Las barreras estratégicas tienen que ver con conductas llevadas a cabo por las empresas establecidas destinadas a disuadir la entrada de competidores potenciales<sup>48</sup>.
59. Los tres (3) tipos de barreras indicados por la OCDE hacen referencia no solo a factores que puedan disuadir la entrada de una firma en un mercado relevante, sino también a aquellos elementos que demoren su entrada<sup>49</sup>. En consecuencia, se debe analizar la existencia de dichos factores y si estos disuaden y/o demoran la entrada de nuevos competidores en el mercado relevante.

<sup>45</sup> Los cit. OECD, 2003. En el mismo sentido, Fernández-Baca Llamosas señala lo siguiente en lo que respecta a las barreras de naturaleza legal:

*"La mayoría de las veces, las barreras de entrada son impuestas por el mismo Estado, a través de leyes que otorgan licencias de exclusividad, prohíben la importación del bien o servicio o fijan requisitos de operación que sólo pueden ser cumplidas por una empresa o grupo de empresas. (...)"*

*"(...)"*

*En síntesis, un mercado monopolístico se caracteriza por la existencia de barreras de entrada, que impiden el ingreso de nuevas empresas al mercado, atraídas por las ganancias supranormales. Estas barreras tienen muchas veces una naturaleza legal, cuando el propio Estado dicta leyes que protegen al monopolista de la entrada de competidores, (...)"*. FERNÁNDEZ-BACA LLAMOSAS, Jorge. "Microeconomía: Teoría y aplicaciones". 1ra. Edición corregida, Lima: Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2003, Tomo II, págs. 70-74.

<sup>46</sup> DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

Artículo 3.- Definiciones

Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

3. Barrera burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad.

<sup>47</sup> Ver nota al pie 43.

<sup>48</sup> Ídem.

<sup>49</sup> MCAFEE, R. Preston, MIALON, Hugo M. y WILLIAMS, Michael A. *What is a Barrier to Entry?* AEA Papers and Proceedings, Mayo 2004, vol. 94, Nro. 2, pág. 465. Disponible en: <http://authors.library.caltech.edu/11284/1/MCAaer04.pdf>. Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019.



60. Cabe precisar que no todas las barreras logran evitar definitivamente el ingreso de nuevos actores al mercado. Por el contrario, muchas representan tan solo la dificultad común que cualquier empresa debe enfrentar para entrar al mercado y que, en la mayoría de los casos, pueden ser superadas.
61. No obstante, existen otras barreras que efectivamente disuaden la entrada de nuevos competidores, como es el caso de ciertas barreras normativas, que llegan a ser tan significativas que en efecto logran evitar que una nueva empresa entre a operar en el mercado. Por ejemplo, marcos regulatorios y sistemas de otorgamiento de licencias y permisos muy estrictos.
62. Si bien ni la Comisión ni la Sala cuentan con la potestad de remover las trabas normativas que impiden el acceso de potenciales competidores en el marco de un procedimiento por presuntas infracciones a las normas de competencia desleal, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas sí cuenta con la posibilidad de eliminar cierto grupo de exigencias normativas que limitan el acceso de los privados al mercado relevante en que opera la entidad estatal<sup>50</sup>, de conformidad con los artículos 23 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, y el artículo 6 del Decreto Legislativo 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas<sup>51</sup>.
63. Por consiguiente, en caso de que se expida un pronunciamiento que determine que la actividad empresarial del Estado es subsidiaria puesto que no existe oferta privada y que existen barreras normativas a la entrada del mercado relevante, se deberá remitir los actuados a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi para que evalúe dichas normas, a efectos de que ejerza sus funciones, según corresponda.

<sup>50</sup> Ver nota al pie 46.

<sup>51</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL – INDECOPI**  
**Artículo 23.- De la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.** - Corresponde a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas aplicar las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y empresas, y velar por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.

**DECRETO LEGISLATIVO 1256, LEY DE PREVENCIÓN Y ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS**

**Artículo 6. - Atribuciones de las autoridades en materia de eliminación de barreras burocráticas**

**6.1. De la Comisión y la Sala**

La Comisión y la Sala en segunda instancia, son competentes para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Asimismo, son competentes para velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N° 283, 668, 757 y el artículo 61 del Texto Único Ordenado de la Ley de Tributación Municipal, así como las normas reglamentarias pertinentes, o las normas que las sustituyan. Ninguna otra entidad podrá arrogarse estas facultades. Sus resoluciones son ejecutables cuando hayan quedado consentidas o sean confirmadas por la Sala, según corresponda de conformidad con lo establecido en el artículo 32 de la presente Ley.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de MinistrosTRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

64. En caso de que la barrera que impide el acceso se encuentre en un dispositivo que no pudiera ser analizado por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, la función que debe asumir la autoridad consiste en emitir una opinión a través de la cual exhorte o recomiende a las autoridades legislativas o administrativas que adopten las medidas para remover la barrera legal y promover así la leal competencia. Esta atribución se denomina "abogacía de la competencia" o "promoción de la competencia", y se encuentra recogida en el artículo 25.2 literal g) de la Ley de Represión de la Competencia Desleal<sup>52</sup>.
65. En el supuesto de que la barrera legal no pueda ser eliminada por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, el particular tiene expedito su derecho para removerla con efectos generales vía un proceso de inconstitucionalidad<sup>53</sup> o, inclusive, conseguir su inaplicación a su caso concreto vía un amparo contra normas autoaplicativas<sup>54</sup>.
66. En conclusión, si es que no existe la posibilidad de que el bien o servicio sea provisto por un privado, la actividad empresarial desarrollada por el Estado

<sup>52</sup> DECRETO LEGISLATIVO 1044, LEY DE REPRESIÓN DE LA COMPETENCIA DESLEAL

Artículo 25.- La Comisión. -

(...)

25.2.- Son atribuciones de la Comisión:

(...)

- g) En sus procedimientos, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que aseguren la leal competencia; y,

<sup>53</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 200.- Son garantías constitucionales

(...)

4. La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

(...)

Artículo 204.- La sentencia del Tribunal que declara la inconstitucionalidad de una norma se publica en el diario oficial. Al día siguiente de la publicación, dicha norma queda sin efecto. No tiene efecto retroactivo la sentencia del Tribunal que declara inconstitucional, en todo o en parte, una norma legal.

<sup>54</sup> LEY 28237, CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Artículo 3.- Procedencia frente a actos basados en normas. - Cuando se invoque la amenaza o violación de actos que tienen como sustento la aplicación de una norma autoaplicativa incompatible con la Constitución, la sentencia que declare fundada la demanda dispondrá, además, la inaplicabilidad de la citada norma.

Son normas autoaplicativas, aquellas cuya aplicabilidad, una vez que han entrado en vigencia, resulta inmediata e incondicionada.

Las decisiones jurisdiccionales que se adopten en aplicación del control difuso de la constitucionalidad de las normas, serán elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las resoluciones judiciales en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no proceda medio impugnatorio alguno.

En todos estos casos, los Jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma por incompatibilidad inconstitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, realizando interpretación constitucional, conforme a la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de menor jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso de acción popular. La consulta a que hace alusión el presente artículo se hace en interés de la ley.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

cumple un rol subsidiario y está habilitada su participación en el mercado, siempre que cumpla adicionalmente con el requisito de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

### III.2.3.2 Aplicación al caso concreto

67. En el presente caso, la Resolución 034-2017/CCD-INDECOPI —objeto de apelación— antes de realizar el análisis del mercado relevante, tomó en consideración lo dispuesto en el Informe 026-2017/GEE elaborado por la GEE. En este documento se detalló que, de acuerdo con las mejores prácticas de las agencias de competencia a nivel internacional (Estados Unidos, Alemania y Holanda), en los casos de fusiones en mercados de servicios hospitalarios<sup>55</sup>, el mercado de producto o servicio estará determinado por el conjunto de servicios médicos y no por la especialidad médica, el diagnóstico o la subespecialidad médica<sup>56</sup>.
68. Atendiendo a ello y considerando que el servicio cuestionado en el presente caso es la prestación de servicios médicos oncológicos (y subespecialidades) a través del SBTD, esta Sala coincide con lo descrito por la Comisión respecto a que, el criterio de análisis del mercado relevante se realizará teniendo en cuenta, de manera conjunta, los servicios médicos oncológicos que brinda el INEN de manera integral a través del SBTD y no de manera aislada alguna subespecialidad médica o diagnóstico médico.
69. Ahora bien, a efectos de determinar el mercado relevante en el presente caso, resulta oportuno precisar que, a diferencia de otro tipo de actividades económicas, la prestación de un servicio de salud —como el analizado en el presente procedimiento— es una actividad que debe ser principalmente orientada por el Estado<sup>57</sup> a través de una política pública de salud<sup>58</sup> en cumplimiento de los roles prioritarios que tiene por mandato constitucional<sup>59</sup>.

<sup>55</sup> La GEE consideró la definición del servicio brindado por el INEN como servicios hospitalarios.

<sup>56</sup> Esta afirmación está basada en información disponible en la página web de la *Federal Trade Commission* (FTC), así como en diversos *papers* relacionados con casos de competencia entre servicios hospitalarios en los mercados de Alemania y Holanda. Al respecto ver el Informe 026-2017/GEE (acápites II.1.1). Ver a fojas 479 del Expediente.

<sup>57</sup> Ver nota al pie 21.

#### <sup>58</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 9.- El Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud.

#### <sup>59</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. 008-2003-AI/TC

"24. Dentro del marco establecido por el principio de subsidiariedad y en el ejercicio de su actividad económica, el Estado, tal y conforme lo dispone el artículo 58°, asume roles sociales en áreas tales como el de la promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura." (Subrayado agregado)



70. En efecto, la prestación de un servicio de salud involucra, de manera directa, la protección al derecho a la salud y la vida de la persona humana<sup>60</sup>, como valor superior; así como el derecho de recuperar y mantener una salud física y mental. De esta manera, se evidencia la importancia de la presencia del Estado en la adopción de acciones necesarias para proteger los bienes jurídicos involucrados, teniendo en cuenta aspectos tanto cuantitativos como cualitativos en la prestación de dichos servicios.

71. En tal sentido, resulta necesario explicar el marco normativo de los servicios de salud durante el periodo bajo análisis (26 de julio a 12 de noviembre de 2008), a efectos de ver si alguna de las acciones adoptadas por el Estado para garantizar la prestación de este servicio influyó en la configuración del mercado relevante en el presente caso.

III.2.3.2.1 Descripción del entorno normativo de los servicios de salud

72. En el Perú, el Ministerio de Salud<sup>61</sup> es el órgano del Poder Ejecutivo rector del sector salud. Se encuentra encargado de organizar, regular y promover el

<sup>60</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. 2016-2004-AA/TC "27. La salud es derecho fundamental por su relación inseparable con el derecho a la vida; y la vinculación entre ambos es irresoluble, ya que la presencia de una enfermedad o patología puede conducirnos a la muerte o, en todo caso, desmejorar la calidad de la vida. Entonces, es evidente la necesidad de efectuar las acciones para instrumentalizar las medidas dirigidas a cuidar la vida, lo que supone el tratamiento destinado a atacar las manifestaciones de cualquier enfermedad para impedir su desarrollo o mitigar sus efectos, tratando, en lo posible, de facilitar al enfermo los medios que le permitan desenvolver su propia personalidad dentro de su medio social." (Subrayado agregado)

<sup>61</sup> Es preciso indicar que durante el periodo de análisis (26 de julio al 12 de noviembre de 2008), se encontraba vigente la Ley 27657, Ley del Ministerio de Salud, la cual establecía lo siguiente:

**LEY 27657, LEY DEL MINISTERIO DE SALUD**  
**Artículo 2.- De la naturaleza del Ministerio de Salud**  
El Ministerio de Salud es un órgano del Poder Ejecutivo. Es el ente rector del Sector Salud que conduce, regula y promueve la intervención del Sistema Nacional de Salud, con la finalidad de lograr el desarrollo de la persona humana, a través de la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de su salud y del desarrollo de un entorno saludable, con pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, desde su concepción hasta su muerte natural.

Cabe acotar que mediante Decreto Legislativo 1161, publicado el 7 de diciembre de 2013, se aprobó la nueva Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, derogando así la Ley 27657, Ley del Ministerio de Salud. A pesar de este cambio, la actual norma recoge de manera similar la naturaleza y finalidad del Ministerio de Salud, en los siguientes términos:

**DECRETO LEGISLATIVO 1161, DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DE SALUD**

**Artículo 1.- Finalidad**  
El presente Decreto Legislativo determina y regula el ámbito de competencia, las funciones, la estructura orgánica básica del Ministerio de Salud y su función rectora como único ente que establece políticas en materia de salud a nivel nacional, con la finalidad de disponer la estandarización de los procesos, a fin de brindar atenciones oportunas y de calidad. Determina también sus relaciones de articulación y coordinación con otras entidades.

**Artículo 2.- Naturaleza Jurídica del Ministerio**



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPÍ

Sistema Nacional de Salud<sup>62</sup> con la finalidad de lograr el desarrollo de la persona humana.

73. Para cumplir dicho fin, el Ministerio de Salud gestiona la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud humana, así como el desarrollo de la persona en un entorno saludable, respetando sus derechos fundamentales, desde su concepción hasta su muerte natural.
74. En efecto, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 27657 -Ley del Ministerio de Salud-, el Ministerio de Salud tiene la facultad de ser el encargado de realizar el análisis y la regulación técnica de la prestación de servicios de salud, la acreditación de establecimientos, la certificación y recertificación del ejercicio de los profesionales de la salud<sup>63</sup>.

El Ministerio de Salud es un organismo del Poder Ejecutivo, órgano rector en materia de salud a nivel nacional, con personería jurídica de derecho público y constituye un pliego presupuestal.

**DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES.**

**Primera.- De la Autoridad de Salud a nivel nacional**

El Ministerio de Salud es la Autoridad de Salud a nivel nacional, según lo establece la Ley 26842, Ley General de Salud, tiene a su cargo la función rectora a nivel nacional, la formulación, dirección y gestión de la política nacional de salud y es la máxima autoridad rectora en el sector. Su finalidad es la promoción de la salud, la prevención de enfermedades, la recuperación de la salud y la rehabilitación de la salud de la población.

*(Cabe indicar que los citados artículos corresponden a la modificación efectuada por el artículo 2 de la Ley 30895, Ley que fortalece la función rectora del Ministerio de Salud, publicada el 28 de diciembre de 2018)*

<sup>62</sup> Actualmente denominado "Sistema Nacional Coordinado y Descentralizado de Salud", según lo estableció la norma que modificó la denominación del referido sistema, tal y como se aprecia a continuación:

**LEY 27813, LEY DEL SISTEMA NACIONAL COORDINADO Y DESCENTRALIZADO DE SALUD.**

**DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES**

**QUINTA.** - Toda mención al Sistema Nacional de Salud en la Ley N° 27657 y en otros dispositivos legales y normas administrativas, se entenderá referida al Sistema Nacional Coordinado y Descentralizado de Salud.

<sup>63</sup> **LEY 27657, LEY DEL MINISTERIO DE SALUD**

**Artículo 3.- De las competencias de rectoría sectorial del Ministerio**

Las competencias de rectoría sectorial del Ministerio de Salud en el Sistema Nacional de salud, son las siguientes:

(...)

h) el análisis y la regulación técnica de la prestación de servicios de salud, acreditación de establecimientos, certificación y recertificación del ejercicio de los profesionales de la salud.

Posteriormente, el Decreto Legislativo 1161, publicado el 7 de diciembre de 2013, aprobó la nueva Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud y derogó la Ley 27657, Ley del Ministerio de Salud. Pese a ello, la norma vigente mantiene el alcance y las funciones rectoras del Ministerio de Salud respecto a la regulación técnica y supervisión de la prestación de los servicios de salud, como seguidamente se puede apreciar:

**DECRETO LEGISLATIVO 1161, DECRETO LEGISLATIVO QUE APRUEBA LA LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL MINISTERIO DE SALUD**

**Artículo 4-A.- Alcances de la rectoría del Ministerio de Salud**

El Ministerio de Salud, en su condición de ente rector y dentro del ámbito de sus competencias, determina la política, regula y supervisa la prestación de los servicios de salud, a nivel nacional, en las siguientes instituciones: Essalud, Sanidad de la Policía Nacional del Perú, Sanidad de las Fuerzas Armadas, instituciones de salud del gobierno nacional y de los gobiernos regionales y locales, y demás instituciones públicas, privadas y público-privadas. (Subrayado agregado)

**Artículo 5.- Funciones Rectoras**

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

26/56

**INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL**

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800  
e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

75. En línea con las facultades propias y exclusivas del Ministerio de Salud, de acuerdo a la Ley 27657 – Ley del Ministerio de Salud- a través de la Norma Técnica 021-MINSA/DGSP-V.01, denominada “Categorías de Establecimientos del Sector Salud” (en adelante, Norma Técnica de Salud), dicho Ministerio estableció las categorías de los establecimientos del Sector Salud<sup>64</sup>, la cual estuvo vigente durante el periodo de análisis (26 de julio al 12 de noviembre de 2008)<sup>65</sup>. Así, dicha Norma Técnica tuvo como objetivo estipular las características técnicas correspondientes a cada una de las categorías de los establecimientos de salud por determinados niveles de atención en este mercado<sup>66</sup>.
76. Sobre el particular, cabe indicar que el referido proceso de categorización estipulado por la Ley 27657, fue reglamentado mediante Decreto Supremo 013-2006-SA, el cual dispuso un plazo de 90 días calendario para que los

Son funciones rectoras del Ministerio de Salud:

(...)

- b) Dictar normas y lineamientos técnicos para la adecuada ejecución y supervisión de las políticas nacionales y sectoriales, la gestión de los recursos del sector; así como para el otorgamiento y reconocimiento de derechos, fiscalización, sanción y ejecución coactiva en las materias de su competencia (Subrayado agregado)

<sup>64</sup> RESOLUCIÓN MINISTERIAL 769-2004/MINSA del 26 de julio de 2004, se aprobó la Norma Técnica 021-MINSA/DGSP-V.01.

II. MARCO CONCEPTUAL

(...)

- Categoría: Tipo de establecimientos de salud que comparten funciones, características y niveles de complejidad comunes, las cuales responden a realidades socio-sanitarias similares y están diseñadas para enfrentar demandas equivalentes. Es un atributo de la oferta, que debe considerar el tamaño, nivel tecnológico, y la capacidad resolutoria cualitativa y cuantitativa de la oferta.

<sup>65</sup> Al respecto, mediante Resolución Ministerial 769-2004/MINSA del 26 de julio de 2004, el MINSA aprobó la primera versión de la Norma Técnica 021-MINSA/DGSP-V.01 denominada “Categoría de Establecimiento del Sector Salud”. La cual es aplicable al presente caso al haber estado vigente durante el período bajo análisis. Ver numerales 21 a 23 de la presente Resolución.

No obstante, posteriormente, mediante Resolución Ministerial 914-2010/MINSA del 20 de noviembre de 2010, el MINSA aprobó una segunda versión de la Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.02. (Norma Técnica de Salud del año 2010).

Finalmente, mediante Resolución Ministerial 546-2011/MINSA del 13 de julio de 2011, el MINSA aprobó la tercera y última versión de la Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.03 (Norma Técnica de Salud del año 2011).

<sup>66</sup> RESOLUCIÓN MINISTERIAL 769-2004/MINSA del 26 de julio de 2004, se aprobó la Norma Técnica 021-MINSA/DGSP-V.01.

III. DIRECCIONAMIENTO

FINALIDAD

Contribuir a mejorar la organización de los servicios de salud estableciendo claramente las categorías de establecimientos necesarios para cada Nivel de Atención.

OBJETIVOS

3.2.1 Objetivo General

Establecer el marco técnico normativo para el proceso de categorización de los establecimientos del sector salud.

3.2.2 Específicos

- Definir las categorías de establecimientos necesarias para el sector salud.
- Definir las características técnicas necesarias para establecer la complejidad de cada categoría.
- Permitir el mejor manejo de recursos humanos y materiales en los establecimientos de salud.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

27/56

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOP

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOP

establecimientos de salud soliciten la categorización a la Dirección Regional de Salud o Dirección de Salud correspondiente, precisando además que los procedimientos y requisitos a seguir para dicha categorización se sujetan a lo dispuesto en la Norma Técnica de Salud<sup>67</sup>.

77. Por lo expuesto, se desprende que cada establecimiento de salud debe obligatoriamente adecuarse al proceso de categorización dado por el Ministerio de Salud en función de las características técnicas definidas para cada categoría y nivel de atención de acuerdo a la Norma Técnica de Salud.
78. Así, a efectos del referido proceso de categorización, la Norma Técnica de Salud estableció que las categorías de los establecimientos de salud se definen por: (i) niveles de atención; (ii) tipos de atención (general y especializada); y, (iii) niveles de complejidad que van desde la Categoría I-1 hasta la Categoría III-2. Cabe indicar que conforme se avanza en la categorización, los servicios que brinda la categoría anterior se complementan y la complejidad de la oferta de servicios de salud se incrementa<sup>68</sup>.
79. En la Tabla 1 se muestran las categorías de los establecimientos de salud por niveles de atención, los cuales van desde el menor nivel (Primer Nivel, complejidad 1) hasta el mayor nivel (Tercer Nivel, complejidad 8):

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

<sup>67</sup> DECRETO SUPREMO 013-2006-SA, REGLAMENTO DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD Y SERVICIOS MÉDICOS DE APOYO

**Artículo 8.- Categorización de los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo**

Los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo, luego de haber presentado la comunicación [por inicio de actividades], a que se refiere el primer párrafo del artículo 7, tendrán un plazo de noventa (90) días calendario para solicitar a la Dirección Regional de Salud o Dirección de Salud correspondiente su categorización (sic).

Los procedimientos y requisitos para la categorización se sujetan a lo dispuesto en la norma técnica sobre categorías que aprueba el Ministerio de Salud.

**Artículo 100.- Proceso de categorización y recategorización**

Los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo deben someterse a procesos de categorización y recategorización de acuerdo a normas técnico sanitarias establecidas por el Ministerio de Salud. La recategorización debe obtenerse cada tres años, o en caso varíe su complejidad.

<sup>68</sup> RESOLUCIÓN MINISTERIAL 769-2004/MINSA del 26 de Julio de 2004, se aprobó la Norma Técnica 021-MINSA/DGSP-V.01.

**II. MARCO CONCEPTUAL**

(...)

Complejidad de los Establecimientos de Salud

La complejidad está determinada sólo por los aspectos cualitativos de la oferta de servicios de salud, es decir, la capacidad resolutoria cualitativa y el nivel tecnológico de los recursos.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

28/56

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

Tabla 1  
Categorías de establecimientos de salud por niveles de atención

Nivel de Atención	Tipo de atención	Categoría	Complejidad
Primer Nivel	-	Categoría I - 1	1
		Categoría I - 2	2
		Categoría I - 3	3
		Categoría I - 4	4
Segundo Nivel	Atención general	Categoría II - 1	5
	Atención general	Categoría II - 2	6
Tercer Nivel	Atención general	Categoría III - 1	7
	Atención especializada	Categoría III - 2	8

Fuente: Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.01  
Elaboración: ST-SDC

80. En el Primer Nivel de Atención<sup>69</sup> se desarrollan actividades de promoción de la salud, prevención de riesgos y control de daños a la salud, diagnóstico precoz y tratamiento oportuno de las necesidades de salud más frecuentes y de baja complejidad. En este nivel se encuentran las Categorías I-1, I-2, I-3 y I-4. A cada una de estas le corresponde un determinado tipo de establecimiento de salud, tal como se observa en la siguiente Tabla 2:

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

<sup>69</sup> RESOLUCIÓN MINISTERIAL 769-2004/MINSA del 26 de julio de 2004, se aprobó la Norma Técnica 021-MINSA/DGSP-V.01.

II. MARCO CONCEPTUAL

(...)

Primer Nivel

Donde se atiende el 70-80% de la demanda del sistema. Aquí la severidad de los problemas de salud plantea una atención de baja complejidad con una oferta de gran tamaño y con menor especialización y tecnificación de sus recursos. En este nivel, se desarrollan principalmente actividades de promoción y protección específica, diagnóstico precoz y tratamiento oportuno de las necesidades de salud más frecuentes. (Subrayado agregado).

M-SDC-02/01

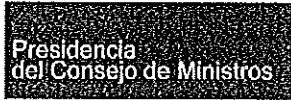
Vigencia del Modelo: 2018-11-29

29/56

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



**Tabla 2**  
**Tipos de establecimientos de salud en el Primer Nivel de Atención**

Categoría	Tipo de establecimiento de salud
Categoría I - 1	- Puesto de Salud o Posta de Salud (no médico cirujano) - Consultorio de profesionales de la salud (no médico cirujano)
Categoría I - 2	- Puesto de Salud o Posta de Salud (con médico cirujano) - Consultorio Médico (con médico cirujano, con o sin especialidad)
Categoría I - 3	- Centro de Salud sin internamiento - Centro Médico - Policlínico
Categoría I - 4	- Centro de Salud con internamiento - Centro Médico - Policlínico

Fuente: Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.01  
Elaboración: ST-SDC

81. Como se desprende de la Tabla 2, las Categorías I-1, I-2 y I-3 prestan servicios de manera ambulatoria, sin internamiento<sup>70</sup>, siendo la Categoría I-4 la única en dicho nivel que abarca establecimientos de salud con internamiento<sup>71</sup>.
82. El Segundo Nivel de Atención<sup>72</sup> complementa la atención integral iniciada en el Primer Nivel de Atención y amplía el grado de especialización, tanto en recursos humanos como tecnológicos. En este nivel se encuentran las Categorías II-1 y II-2, a cada una de estas le corresponde un determinado tipo de establecimiento de salud, ya sea un hospital y/o una clínica que incluyen internamiento, tal como se observa en la Tabla 3.

<sup>70</sup> En este tipo de servicio, los profesionales de la salud desarrollan actividades que se restringen a la atención clínica ambulatoria, a la realización de diagnósticos, procedimientos terapéuticos o de rehabilitación que no requieran de internamiento.

<sup>71</sup> Los establecimientos de salud de la categoría I-4 brindan atención integral, general o especializada al usuario agudo o crónico y que, para realizar atenciones o procedimientos clínicos o quirúrgicos con fines de diagnósticos, terapéuticos o de rehabilitación, requieran permanencia y necesidad de soporte asistencial por más de doce (12) horas por su grado de dependencia o riesgo.

<sup>72</sup> RESOLUCIÓN MINISTERIAL 769-2004/MINSA del 26 de julio de 2004, se aprobó la Norma Técnica 021-MINSA/DGSP-V.01.

II. MARCO CONCEPTUAL

(...)

Segundo Nivel

Donde se atiende el 12 al 22% de la demanda, portadora de necesidades de salud que requieren atención de complejidad intermedia.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

**Tabla 3**  
**Tipos de establecimientos de salud en el Segundo Nivel de Atención**

Tipo de atención	Categoría	Tipo de establecimiento de salud
Atención general	Categoría II - 1	Hospital I Clínica
	Categoría II - 2	Hospital II Clínica

Fuente: Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.01  
Elaboración: ST-SDC

83. El Tercer Nivel de Atención<sup>73</sup> es el nivel de mayor especialización y capacidad resolutive en cuanto a recursos humanos y tecnológicos, recibe pacientes referidos de otros niveles y atiende a aquellos pacientes que acuden por urgencia o emergencia. En este nivel se encuentran las Categorías III-1 y III-2<sup>74</sup>, a cada una de estas le corresponde un determinado tipo de establecimiento de salud, ya sea un hospital, una clínica o un instituto especializado que incluyen internamiento, tal como se observa en la Tabla 4:

**Tabla 4**  
**Tipos de establecimientos de salud en el Tercer Nivel de Atención**

Tipo de atención	Categoría	Tipo de establecimiento de salud
Atención general	Categoría III - 1	Hospital III
		Clínica
Atención especializada	Categoría III - 2	Instituto Especializado

Fuente: Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.01  
Elaboración: ST-SDC

84. De lo expuesto en el Tabla 4, se debe resaltar que la Categoría III-2 del Tercer Nivel de Atención cuenta con una "atención especializada". Los establecimientos de salud de esta categoría se enfocan y especializan en un determinado campo clínico (por ejemplo: oncología, ginecología, obstetricia,

<sup>73</sup> RESOLUCIÓN MINISTERIAL 769-2004/MINSA del 26 de julio de 2004, se aprobó la Norma Técnica 021-MINSA/DGSP-V.01.

II. MARCO CONCEPTUAL

(...)

Tercer Nivel

Donde se atiende el 5 al 10% de la demanda, la cual requiere de una atención de salud de alta complejidad con una oferta de menor tamaño, pero de alta especialización y tecnificación.

<sup>74</sup> Tal como ha sido detallado con anterioridad, la Norma Técnica de Salud aplicable al presente caso ha sido actualizada a través de dos Resoluciones Ministeriales posteriores: 914-2010/MINSA del 17 de noviembre de 2010 y 546-2011/MINSA del 13 de julio de 2011. La diferencia principal con la tercera y última versión es que esta incluye dentro del Nivel de Atención 2 y 3 de Establecimientos de Salud dos nuevas Categorías II-E y III-E, respectivamente.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

31/56

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



neonatología, pediatría, oftalmología, neurocardiovascular, entre otros) y/o grupo etario (por ejemplo: mujeres en edad reproductiva, neonato -recién nacido hasta los 28 días de vida, niños, adolescentes, entre otros), para lo cual desarrollan actividades de investigación y docencia en la rama específica de salud del instituto especializado.

85. De la comparación realizada entre las categorías superiores de cada Nivel de Atención, se observa que la Categoría III-2 del Tercer Nivel de Atención contiene dos (2) funciones generales adicionales y exclusivas que las demás categorías no presentan: "Investigación" y "Docencia":

Tabla 5  
Funciones generales en las categorías superiores de cada Nivel de Atención

Función general	Primer Nivel: Categoría I-4	Segundo Nivel: Categoría II-2	Tercer Nivel: Categoría III-2
Promoción	Aplica	Aplica	Aplica
Prevención	Aplica	Aplica	Aplica
Recuperación	Aplica	Aplica	Aplica
Rehabilitación	Aplica	Aplica	Aplica
Gestión	Aplica	Aplica	Aplica
Investigación	No aplica	No aplica	Aplica
Docencia	No aplica	No aplica	Aplica

Fuente: Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.01

Elaboración: ST-SDC

86. Resulta importante señalar que cada Nivel de Atención tiene Unidades Productoras de Servicios de Salud (UPSS) específicas, acorde con la complejidad de los servicios que brinda.
87. De acuerdo al marco conceptual de la Norma Técnica de Salud aplicable al presente caso, la UPSS es la unidad básica de la oferta constituida por el conjunto de recursos humanos, físicos y tecnológicos, organizados para desarrollar funciones homogéneas y producir determinados servicios de salud, en relación directa con su complejidad. Asimismo, la existencia de las UPSS es uno de los factores más importantes para la determinación de la categoría de los establecimientos de salud<sup>75</sup>.

RESOLUCIÓN MINISTERIAL 769-2004/MINSA del 26 de julio de 2004, se aprobó la Norma Técnica 021-MINSA/DGSP-V.01.

II. MARCO CONCEPTUAL

(...)

Unidad Productora de Servicios de Salud

Es la unidad básica de la oferta constituida por el conjunto de recursos humanos, físicos y tecnológicos, organizados para desarrollar funciones homogéneas y producir determinados servicios de salud, en relación directa con su complejidad.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

32/56

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@Indecopi.gob.pe / Web: www.Indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

88. Así, de conformidad con lo estipulado en la Norma Técnica de Salud, las UPSS de los tres niveles de atención eran<sup>76</sup> las siguientes:

- En el Primer Nivel de Atención se verificaban las siguientes UPSS:
  - (i) Salud comunitaria y ambiental;
  - (ii) consulta externa;
  - (iii) farmacia/botiquín;
  - (iv) patología clínica; y,
  - (v) sala de atención de parto.
- En el Segundo Nivel de Atención se presentaban las UPSS del Primer Nivel de Atención y adicionalmente las siguientes:
  - (i) Emergencia;
  - (ii) hospitalización;
  - (iii) epidemiología;
  - (iv) centro quirúrgico;
  - (v) centro obstétrico;
  - (vi) esterilización;
  - (vii) medicina de rehabilitación;
  - (viii) diagnóstico por imágenes;
  - (ix) hemoterapia;
  - (x) anatomía patológica;
  - (xi) unidad de cuidados intensivos;
  - (xii) neonatología; y,
  - (xiii) nutrición y dietética.
- En el Tercer Nivel de Atención se contaba con todas las UPSS del Segundo Nivel de Atención y adicionalmente las siguientes:
  - (i) Hemodiálisis;
  - (ii) radioterapia;
  - (iii) medicina nuclear; e,
  - (iv) investigación y docencia.

89. Así, para que un establecimiento de salud reciba la categoría con el más alto nivel de especialización (Categoría III-2 del Tercer Nivel de Atención) y pueda operar como **Instituto Especializado** debe contar con las UPSS correspondientes al Primer y Segundo Nivel de Atención y, adicionalmente, las

---

La existencia de las UPSS es uno de los factores más importantes para la determinación de la categoría de los establecimientos de salud.

<sup>76</sup> Tal como se señaló en la nota al pie 65, la Norma Técnica de Salud aplicable al presente caso fue actualizada por otra Norma Técnica de Salud en el año 2010. Sin embargo, al haber estado vigente durante el periodo de análisis, resulta aplicable. Ver numerales 21 a 23 de la presente Resolución.



UPSS exclusivas del Tercer Nivel de Atención y de la Categoría III-2 ("Radioterapia"<sup>77</sup>, "Medicina nuclear"<sup>78</sup> e "Investigación y docencia"<sup>79</sup>), tal como se aprecia en la Tabla 6.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

<sup>77</sup> La UPSS Radioterapia ejecuta tratamientos con radiaciones. Para poder tener esta UPSS, el establecimiento deberá contar con médicos especialistas en radioterapia, profesionales de tecnología médica capacitado en radioterapia y profesionales de física con capacitación en física médica; además, estos profesionales deberán contar con capacitación en dosimetría y contar con personal técnico capacitado. Cabe acotar que esta UPSS también cuenta con áreas específicas adecuadas y seguras, áreas de hospitalización, mobiliario, equipos biomédicos e insumos para la evaluación, dosimetría, aplicación de radioterapia; es decir, con capacidad resolutive para los procedimientos de teleterapia y braquiterapia, de acuerdo con las normas del Instituto Peruano de Energía Nuclear (IPEN).

<sup>78</sup> La UPSS Medicina Nuclear realiza procedimientos de diagnósticos y procedimientos terapéuticos con aplicación de radioisótopos y radiofármacos. El establecimiento deberá contar con médicos especialistas en medicina nuclear y con profesionales en tecnología médica, en radiología, enfermería, así como personal técnico capacitado. Adicionalmente, este tipo de UPSS también cuenta con áreas específicas adecuadas y seguras, mobiliario, equipos biomédicos e insumos para realizar exámenes de captación de sustancias radioactivas y tratamientos con radioisótopos y radiofármacos, además, cuenta con un área de observación y área de descontaminación de acuerdo con normas del Ministerio de Salud y del IPEN.

<sup>79</sup> La UPSS Docencia e Investigación se encuentra organizada para planificar, desarrollar, promover y controlar los procesos de investigación y docencia que se desarrollan. Asimismo, estos establecimientos deben contar con médicos que cuenten con especialidades o subespecialidades y otros profesionales con capacitación de postgrado en investigación y docencia. Esta UPSS tiene como objetivo difundir, a través de la docencia, los hallazgos obtenidos en la investigación desarrollada no solo al personal del establecimiento donde se ubican, sino también a profesionales médicos de otras instituciones de salud.

RESOLUCIÓN MINISTERIAL 769-2004/MINSA del 26 de julio de 2004, se aprobó la Norma Técnica 021-MINSA/DGSP-V.01.

4.8 CATEGORÍA III-2

(...)

4.8.3 FUNCIONES GENERALES

A. Investigación

- Propone, establece y diseña políticas de investigación.
- Establece y desarrolla líneas de investigación específica de interés institucional y nacional.
- Promueve el diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los proyectos de investigación científico-tecnológica.
- Ejecuta investigación clínica, tecnológica, operativa y epidemiológica en las áreas de promoción de la salud, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.
- Difusión y publicación de trabajos de investigación y de información científico-tecnológica a nivel nacional e internacional.

(...)

B. Docencia

- Desarrolla actividades de docencia del más alto nivel en la especialidad de su competencia a nivel nacional y/o internacional.
- Promueve y coordina el diseño y ejecución de programas de especialización y capacitación de recursos humanos requeridos para desarrollar las actividades asistenciales y de investigación del Instituto.
- Implementa y actualiza un centro de información especializada.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

34/56

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

**Tabla 6**  
**Unidades Productoras de Servicio de Salud del Tercer Nivel de Atención**

Item	Unidad Productora de Servicio de Salud	Tercer Nivel	
		III - 1	III - 2
1	Consulta externa	Obligatorio	Obligatorio
2	Emergencia	Obligatorio	Obligatorio
3	Hospitalización	Obligatorio	Obligatorio
4	Centro obstétrico	Obligatorio	Obligatorio
5	Centro quirúrgico	Obligatorio	Obligatorio
6	Unidad de cuidados intensivos	Obligatorio	Obligatorio
7	Medicina de rehabilitación	Obligatorio	Obligatorio
8	Diagnóstico por imágenes	Obligatorio	Obligatorio
9	Patología clínica	Obligatorio	Obligatorio
10	Anatomía patológica	Obligatorio	Obligatorio
11	Farmacia	Obligatorio	Obligatorio
12	Hemoterapia	Obligatorio	Obligatorio
13	Hemodiálisis	Obligatorio	Obligatorio
14	Nutrición y dietética	Obligatorio	Obligatorio
15	Esterilización	Obligatorio	Obligatorio
16	Epidemiología	Obligatorio	Obligatorio
17	Neonatología	Obligatorio	Obligatorio
18	Salud comunitaria y ambiental	Obligatorio	Obligatorio
19	Radioterapia	No aplica	Obligatorio
20	Medicina nuclear	No aplica	Obligatorio
21	Investigación y docencia	No aplica	Obligatorio

Fuente: Norma Técnica de Salud 021-MiNSA/DGSP-V.01  
Elaboración: ST-SDC

### III.2.3.2.2 Análisis del mercado relevante

#### A) Mercado del servicio relevante

##### Sobre la categorización del INEN

90. Mediante Resolución Directoral 629/2005-DG-DESP-DSS-DISA.V.LC del 28 de junio de 2005, el Ministerio de Salud otorgó al INEN la "Categoría III-2", "Instituto Especializado en Oncología del Tercer Nivel de Atención".<sup>80</sup>

<sup>80</sup> Información obtenida del sexto considerando de la Resolución Jefatural 437-2012-J/INEN. Disponible en: [http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas\\_legales/NUEVA\\_Resoluciones\\_Jefaturales/2012/29112012\\_20121129152752.pdf](http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas_legales/NUEVA_Resoluciones_Jefaturales/2012/29112012_20121129152752.pdf). Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

91. Dicha información ha sido corroborada en el Registro Nacional de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud - Renipress<sup>81</sup> de la Superintendencia Nacional de Salud – Susalud, en donde se afirma que el INEN es un Instituto de Salud Especializado que pertenece a la Categoría III-2, cuyo grupo objetivo son pacientes oncológicos<sup>82</sup>.
92. Inclusive este nivel de especialización aparece en el Reglamento de Organización y Funciones del INEN (en adelante el ROF)<sup>83</sup>, el cual señala que su misión consiste en *“Proteger, promover, prevenir y garantizar la atención integral del paciente oncológico, dando prioridad a las personas de escasos recursos económicos; así como, controlar, técnica y administrativamente, a nivel nacional los servicios de salud de las enfermedades neoplásicas, y realizar las actividades de investigación y docencia propias del Instituto”*.
93. A mayor abundamiento, de la revisión del portal web institucional del INEN a la fecha de elaboración de la presente resolución, se aprecia que dicho instituto cuenta con un cuerpo médico conformado por 256 médicos staff (ver Tabla 7), 177 médicos residentes (ver Tabla 8) y algunos médicos ilustres<sup>84</sup>.

CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA

<sup>81</sup> RESOLUCIÓN DE SUPERINTENDENCIA 053-2015-SUSALUD/S de fecha 27 de febrero de 2015, Reglamento para el Registro Nacional de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

Artículo 1.- Objeto

La presente norma tiene por objeto establecer el contenido del Registro Nacional de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud – RENIPRESS, a fin de dar soporte a los procedimientos de inscripción, categorización, actualización de información y retiro voluntario de las IPRESS [Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud] a cargo de la Autoridad Sanitaria; así como a los correspondientes a SUSALUD en el marco de sus competencias. (...)

Cabe señalar que el Renipress es un aplicativo informático que contiene información respecto a la infraestructura, equipamiento, recursos humanos y organización para la atención de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas, privadas y mixtas, autorizadas para brindar servicios de salud. Disponible en: <http://app12.susalud.gob.pe/>. Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019.

<sup>82</sup> Al respecto ver: <http://app20.susalud.gob.pe:8080/registro-renipress-webapp/ipress.htm?action=mostrarVer&idipress=00006210#no-back-bultton>. Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019.

<sup>83</sup> Mediante Decreto Supremo 001-2007-SA, se aprobó el Reglamento de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas – INEN, el cual se encuentra vigente a la fecha.

<sup>84</sup> En el portal institucional del INEN se verifica que su directorio médico es clasificado en tres tipos: i) médicos staff, ii) médicos residentes y iii) médicos ilustres. Para el caso de los médicos ilustres nombran al Dr. Eduardo Cáceres, Ex - Director del INEN y considerado "Padre de la oncología peruana" y al Dr. Andrés Solidoro, Ex – Director del INEN (1927-2017). Disponible en: <https://portal.inen.sld.pe/medicos-ilustres-2/>. Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

36/56

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: [consultas@indecopi.gob.pe](mailto:consultas@indecopi.gob.pe) / Web: [www.indecopi.gob.pe](http://www.indecopi.gob.pe)



PERU

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

**Tabla 7**  
**Número de médicos staff por áreas de especialidad**

Áreas por especialidad	Número de Médicos Staff
Control del cáncer (promoción, prevención, epidemiología, normatividad, investigación y educación)	11
Cirugía (especialidades quirúrgicas, tórax, ginecológica, cabeza y cuello, urológica, mamas y tejidos blandos, neurocirugía, abdomen, anestesia, analgesia y reanimación)	81
Medicina (especialidades médicas, oncología médica, medicina crítica, oncología pediátrica)	91
Radioterapia y Medicina nuclear	21
Servicio de apoyo al diagnóstico y tratamiento (patología, radiodiagnóstico y atención de servicios al paciente)	52
<b>Total</b>	<b>256</b>

Fuente: Portal web Institucional del INEN. Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019.  
Elaboración: ST-SDC

**Tabla 8**  
**Número de médicos residentes por especialidad**

Especialidad	Número de Médicos Residentes
Anatomía Patológica	9
Anestesiología	24
Cirugía de Cabeza y Cuello	3
Cirugía Oncológica	47
Cirugía Oncológica Abdominal	1
Cirugía Oncológica de Mamas, Tejidos Blandos y Pie	2
Genética	5
Ginecología Oncológica	7
Medicina Nuclear	3
Medicina Oncológica	26
Oncología Pediátrica	3
Patología Clínica	8
Patología Oncológica	2
Radiodiagnóstico	21
Radioterapia	15
Urología Oncológica	1
<b>Total</b>	<b>177</b>

Fuente: Portal web institucional del INEN. Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019.  
Elaboración: ST-SDC

94. Asimismo, respecto a las UPSS exclusivas con las que contaría el INEN derivadas de su Categorización III-2, de la revisión del organigrama publicado

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

37/56



en su portal web institucional<sup>85</sup> a la fecha de elaboración de la presente resolución, se aprecia que dicho instituto cuenta con las UPSS de Radioterapia, Medicina Nuclear, Investigación<sup>86</sup> y Docencia (Ver Anexo 2).

95. Por lo expuesto, la Sala verifica que el INEN califica como un "Instituto Especializado" de acuerdo con la normativa del sector salud, pues tiene la Categoría III-2 correspondiente al más alto nivel de atención (Tercer Nivel de Atención) otorgada por el Ministerio de Salud.

#### Características de la oferta del SBTD del INEN

96. De acuerdo con la información que obra en el expediente<sup>87</sup>, el SBTD del INEN comprendía los servicios médicos oncológicos especializados, prestados de manera integral<sup>88</sup> pero a una tarifa diferente respecto del servicio regular prestado, pues tenía las siguientes características:
- (i) la tarifa del SBTD era mayor a la tarifa del servicio regular,
  - (ii) el tiempo de espera en el SBTD era menor en comparación con el servicio regular,
  - (iii) ofrecía el beneficio de elegir al médico tratante y,
  - (iv) ofrecía habitaciones individuales o dobles, en casos de hospitalización.
97. Respecto de las tarifas, según consta en la información públicamente disponible, en la siguiente tabla se presentan las tarifas diferenciadas con las que contaba el INEN para el caso de la UPSS Consulta Externa Ambulatoria durante el año 2016<sup>89</sup>, de lo cual se aprecia que en efecto la tarifa SBTD (S/

<sup>85</sup> Información publicada en el portal web institucional del INEN. Disponible en: <https://portal.inen.sld.pe/orgnigrama>. Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019.

<sup>86</sup> El Departamento de Investigación del INEN, durante el año 2008 realizó 70 estudios y 3 artículos especializados. A continuación, listamos algunos estudios realizados durante el año 2008:

- Estudio fase 3 aleatorizado, de diseño abierto, sobre Bosutinib Vs. Imatinib en sujetos con Leucemia Mieloide Crónica reciente diagnosticada cromosoma Filadelfia positiva en fase crónica.
- Estudio fase II, doble ciego controlado con placebo, multicéntrico, aleatorizado de AZD0530 en pacientes con cáncer de ovario avanzado sensible a la quimioterapia basada en platino (OVERT-1).
- Ensayo randomizado de terapia Químico-Hormonal vs. Ablación andrógena para enfermedad extensa de Cáncer de Próstata.

Asimismo, los artículos especializados en el año 2008 abarcaron los siguientes temas: cáncer de mama, cáncer de páncreas y cáncer gastro intestinal.

Disponible en: [http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/Investigacion/17062010\\_INVESTIGACIONES\\_2008.PDF](http://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/Investigacion/17062010_INVESTIGACIONES_2008.PDF). Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019.

<sup>87</sup> Ver informes 130-2011/GEE del 7 de septiembre de 2011 (a fojas 528 - 573 del Expediente) y 026-2017/GEE del 23 de marzo de 2017 (a fojas 478 - 490 del Expediente).

<sup>88</sup> Incluye la especialidad de oncología y subespecialidades.

<sup>89</sup> La Sala ha recurrido a la información públicamente disponible del año 2016 para evidenciar las diferencias existentes entre las tarifas denunciadas en el año 2008. Es decir, tal diferenciación de las tarifas del INEN se habría mantenido desde el año de la denuncia (2008) hasta el 2016. Asimismo, cabe señalar que el contenido de la Norma Técnica de



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

150.0) era significativamente mayor a las tarifas de hospital (S/ 5.0) y de un asegurado del sector público (S/ 20.0):

**Tabla 9**  
**Tarifas de la UPSS Consulta Externa Ambulatoria, 2016**

Tipo de tarifa	Tarifa de la UPSS Consulta Externa ambulatoria (S/)
Tarifa Hospital	5.0
Tarifa Asegurado (sector público)	20.0
Tarifa SBTB (Servicios Bajo Tarifario Diferenciado)	150.0
Tarifa ECIF (Ensayos Clínicos Financiados por Industria Farmacéutica)	150.0

Fuente: Portal web Institucional del INEN  
Elaboración: ST-SDC

98. De la Tabla 9 se observa que, el INEN presentó cuatro (4) tipos de tarifas para una misma consulta externa ambulatoria:
- (i) Tarifa de hospital a S/ 5.0;
  - (ii) tarifa para el paciente asegurado en el sector público a S/ 20.0;
  - (iii) tarifa SBTB dirigido a pacientes asegurados en el sector privado o pacientes con capacidad de pago particular a S/ 150.0; y,
  - (iv) tarifa para ensayos clínicos a S/ 150.0.

Salud del 2004 (aplicable al presente caso) resulta tener las mismas exigencias y especificaciones técnicas que la Norma Técnica de Salud del 2011 aplicable al año 2016. Por ello, la Sala considera que la referida información del año 2016 resulta aplicable al presente caso.

La información consignada en la Tabla 9 se encuentra contenida en la Resolución Jefatural 103-2016-J/INEN (Ver: [https://www.inen.sid.pe/portal/documentos/pdf/normas\\_legales/NUEVA\\_Resoluciones\\_Jefaturales/2016/14062016\\_RJ%20N%C2%B0%20103-2016.pdf](https://www.inen.sid.pe/portal/documentos/pdf/normas_legales/NUEVA_Resoluciones_Jefaturales/2016/14062016_RJ%20N%C2%B0%20103-2016.pdf), Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019), a través de la cual se aprobó el Tarifario Institucional 2016 – V.01 del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas, el cual define los tipos de tarifas:

- Tarifa Hospital, es el precio que pagan los usuarios o consumidores a cambio del servicio público de salud brindado (el mismo que debe cubrir el costo directo del servicio de salud), en este caso el paciente se encuentra en la condición del paciente hospitalario el cual no cuenta con ningún tipo de seguro de salud.
- Tarifa Asegurado S.P (Sector Público), es el precio que pagan los financiadores públicos a cambio del servicio público de salud brindado, de acuerdo los convenios de intercambio prestacional de servicios de salud celebrados, (la tarifa debe cubrir el costo total del servicio de salud).
- El Seguro Integral de Salud (SIS), se refiere a la tarifa que reembolsa el SIS a los establecimientos de salud, correspondientes al costo variable del servicio de salud brindado a los pacientes asegurados con condición SIS.
- Tarifa SBTB (Servicios Bajo Tarifario Diferenciado), es el precio que pagan los usuarios o consumidores de convenios con financiadores privados o con capacidad de pago particular, los cuales deberán cubrir el costo total de la producción del servicio más un margen adicional pasible de negociación. En este caso se encuentra el paciente con condición de Servicio Bajo Tarifario Diferenciado.
- Tarifa ECIF (Ensayos Clínicos Financiados por la Industria Farmacéutica), la aplicación de esta tarifa es igual a la de paciente privado (SBTD), tarifas exclusivas para Protocolos de Investigación financiadas principalmente por la Industria Farmacéutica.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

39/56

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



99. Cabe señalar que, de la revisión de la información del portal web institucional del INEN<sup>90</sup>, durante el 2016 todas las UPSS que conformaban el INEN contaron con un tarifario diferenciado como el expuesto anteriormente.
100. Con relación a las demás características del SBTB (atención más rápida que el servicio regular, elección del médico tratante y habitaciones individuales o dobles en caso de hospitalización), el mismo INEN ha declarado que los pacientes del SBTB recibían una atención con un menor tiempo de espera que el servicio regular (entre 0 y 5 días, mientras que bajo el servicio regular dicho tiempo ascendía entre 5 y 25 días) y podían hospitalizarse en habitaciones individuales o dobles<sup>91</sup>.
101. A partir de ello, la Sala aprecia las siguientes diferencias entre las características de la prestación del SBTB y el servicio regular:

Tabla 10  
Características del SBTB del INEN

Característica	SBTB	Servicio regular
Tiempo de espera para la atención médica	De 0 a 5 días	De 5 a 25 días
Tipo de habitación en casos de hospitalización	Habitaciones privadas o dobles	Habitaciones compartidas de 3 a 6 pacientes
Médico tratante <sup>92</sup>	A elección	Se asigna el médico de turno

Fuente: Informes 130-2011/GEE y 026-2017/GEE  
Elaboración: ST-SDC

102. Por tanto, este Colegiado aprecia diferencias no solo en la tarifa sino también en las condiciones del SBTB con respecto al servicio regular brindado por el

<sup>90</sup> Al respecto, ver:  
[https://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas\\_legales/NUEVA\\_Resoluciones\\_Jefaturales/2016/14062016\\_RJ%20N%C2%B0%20103-2016.pdf](https://www.inen.sld.pe/portal/documentos/pdf/normas_legales/NUEVA_Resoluciones_Jefaturales/2016/14062016_RJ%20N%C2%B0%20103-2016.pdf). Fecha de última visita: 27 de marzo de 2019.

<sup>91</sup> La GEE en el Informe 130-2011/GEE del 7 de septiembre de 2011 consideró como fuente de información la reunión del 14 de junio de 2011 sostenida entre los funcionarios de la GEE y la Comisión con el Dr. Raúl Cordero, Sub-Jefe del INEN. En dicha reunión el mencionado Sub-Jefe del INEN precisó lo siguiente: "(...) a cambio de la mayor tarifa, los pacientes que optan por los SBTB reciben atención en un menor tiempo de espera y pueden hospedarse en habitaciones privadas" (...). Además, en los pies de página 7 y 8 del Informe 130-2011/GEE, se indicó: "Al optar por los SBTB, el tiempo de espera para que un paciente reciba atención en el INEN se reduce entre 0 y 5 días; mientras que si el paciente es atendido bajo alguna de las otras modalidades de atención dicho tiempo asciende entre 5 y 25 días." y "Los pacientes que no reciben servicio bajo la modalidad SBTB utilizan habitaciones ocupadas por 3 y 6 personas.", respectivamente. Ver foja 532 del Expediente.

Asimismo, en el Informe 026-2017/GEE del 23 de marzo de 2017, la GEE corroboró lo manifestado previamente por el Sub-Jefe del INEN a través de una llamada telefónica al área del SBTB del INEN el 27 de enero de 2017 e información contenida en la página web institucional del INEN. Ver foja 480 del Expediente.

<sup>92</sup> La Comisión señala que esta información sobre la elección del médico por parte del paciente fue confirmada mediante una llamada telefónica realizada directamente al área SBTB del INEN el 27 de enero de 2017.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

INEN. No obstante, se debe precisar que ambos servicios fueron ofrecidos por el mismo INEN en su calidad de "Instituto Especializado", otorgado por el Ministerio de Salud de acuerdo con la Norma Técnica de Salud.

103. Tal como se señaló en el acápite III.2.3.2.1 de la presente resolución, esta Sala constata que las características del servicio médico oncológico prestado por el INEN, correspondientes a la Categoría III-2 del Tercer Nivel de Atención, responden a procedimientos y requisitos técnicos obligatorios establecidos en la Norma Técnica de Salud en atención al proceso de categorización -también de carácter obligatorio- de aplicación a todo establecimiento de salud.
104. Por lo expuesto, la Sala considera que el mercado del servicio relevante del presente caso comprende todos aquellos servicios oncológicos y subespecialidades con características similares al SBTB brindados por los Institutos Especializados -categorizados obligatoriamente por el Ministerio de Salud de acuerdo con la Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.01- y para lo cual cuentan con la Categoría III-2 correspondiente al más alto nivel de atención (Tercer Nivel de Atención).

#### B) Mercado geográfico relevante

105. Respecto a la delimitación del ámbito geográfico, se debe considerar que de acuerdo con el ROF del INEN, el servicio médico oncológico que brinda (el cual incluye el SBTB) tiene como ámbito de influencia todo el territorio nacional, debido a que no solo atiende a los pacientes que acuden directamente a dicho instituto especializado, sino también a pacientes referidos o derivados de los establecimientos de salud públicos y privados que prestan servicios de salud oncológicos a nivel nacional, regional y local<sup>93</sup>.

#### C) Conclusión del mercado relevante

106. Teniendo en cuenta lo expuesto, la Sala encuentra que, durante el periodo de análisis (26 de julio al 12 de noviembre de 2008), el mercado relevante donde operó el SBTB del INEN se define como la prestación integral de servicios oncológicos y subespecialidades con características similares al SBTB brindados por los Institutos Especializados -categorizados obligatoriamente por el Ministerio de Salud de acuerdo con la Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.01- y para lo cual cuentan con la Categoría III-2

93

DECRETO SUPREMO 001-2007-SA. REGLAMENTO DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS  
ARTÍCULO 2. JURISDICCIÓN

El ámbito de acción y territorial del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas, en el que ejerce sus competencias, es nacional y comprende a las entidades públicas y privadas que prestan servicios de salud oncológicos a nivel nacional, regional y local, así como aquellas que deben participar y/o apoyar los esfuerzos de promoción, prevención y atención recuperativa oncológica de la población en el Perú.

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

41/56

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



correspondiente al más alto nivel de atención (Tercer Nivel de Atención), con ámbito de influencia a nivel nacional.

III.2.3.2.3 Sobre la existencia de oferta privada disponible dentro del mercado relevante

107. Habiendo definido el mercado relevante en el que participa el INEN, corresponde evaluar cuál es la oferta privada disponible y si ella pudiera atender la demanda cubierta o potencialmente liberada por la actividad estatal.
108. Para ello, se debe verificar si en el mercado relevante existe otro Instituto Especializado privado que ofrezca servicios médicos de oncología (y subespecialidades) similares al SBTD ofrecido por el INEN y con ámbito de acción a nivel nacional.
109. En primer lugar, este Colegiado procederá a evaluar qué establecimientos de salud privados contaban con la calidad de "Instituto Especializado" otorgada por el Ministerio de Salud. En caso se encuentre uno o más Institutos Especializados privados, se procederá a verificar si estos estaban autorizados por el referido Ministerio para ofrecer la atención relacionada a los servicios médicos de oncología (y subespecialidades), similares al SBTD ofrecido por el INEN. Finalmente, de ser el caso, se verificará el ámbito geográfico de acción de los establecimientos privados que cumplan con las dos primeras condiciones.
110. A partir de lo expuesto en el Informe 026-2017/GEE, la Sala ha revisado los establecimientos de salud privados pertenecientes al Tercer Nivel de Atención y con Categoría III-2 que obran en el Renipress, a partir de lo cual se aprecia que solo la Clínica del Inca tiene la misma categorización que el INEN; es decir es un Instituto Especializado. En efecto, la Clínica del Inca pertenece al Tercer Nivel de Atención, con Categoría III-2 (nivel de complejidad 8) otorgada por el Ministerio de Salud<sup>84</sup>.
111. Sin embargo, a partir de la información brindada por el Renipress, se ha verificado que los servicios de salud prestados por la Clínica del Inca corresponden a las especializaciones de neurología y cardiovascular (ver Tabla 11), las cuales no guardan relación con la especialidad de oncología (y

<sup>84</sup> De acuerdo con la información disponible en la página web de la Clínica del Inca (<https://www.inca.org.pe/wp-content/uploads/2015/08/Resolucion-Categorizacion-III-2.pdf>) se verifica la Resolución Administrativa 1094-15-DESP-DISA II LS del 12 de junio de 2015, la cual le asigna la categoría III-2 a partir de esa fecha.





PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

subespecialidades) correspondientes al mercado relevante del presente caso. Por tanto, los servicios brindados por la Clínica del Inca no pueden ser considerados como oferta privada disponible.

**Tabla 11**  
**Establecimientos de salud privados del Tercer Nivel de Atención, al 20 de julio de 2016**

Nivel de Atención	Categoría	Complejidad <sup>95</sup>	Establecimiento de salud	Tipo de atención	Ubicación
Tercer Nivel	III - 2	8	Clínica del Inca (Instituto Neuro Cardiovascular de las Américas - INCA)	Atención especializada (enfermedades cardíacas neurológicas y vasculares)	Lima

Fuente: Renipress  
Elaboración: ST-SDC

112. En consecuencia, la Sala advierte que durante el periodo de análisis (26 de julio al 12 de noviembre de 2008) no existió oferta privada disponible en el mercado relevante, pues no se verifica la existencia de establecimiento privado alguno que cuente con la autorización del Ministerio de Salud para brindar el servicio especializado delimitado en el presente caso.

#### III.2.3.2.4 Análisis de barreras de entrada

113. Conforme a lo señalado en el apartado III.2.3.1.2 de la presente resolución, una vez delimitado el mercado relevante y habiendo determinado la inexistencia de oferta privada disponible, corresponde analizar el carácter subsidiario de la empresa estatal dependiendo del escenario definido en función del número de agentes participantes que existan en el mercado relevante: (i) escenario 1, en el cual existen dos o más empresas privadas no vinculadas y una empresa estatal; (ii) escenario 2, en el cual existe una empresa privada y una empresa estatal; y, (iii) escenario 3, en el cual solo existe una empresa estatal.

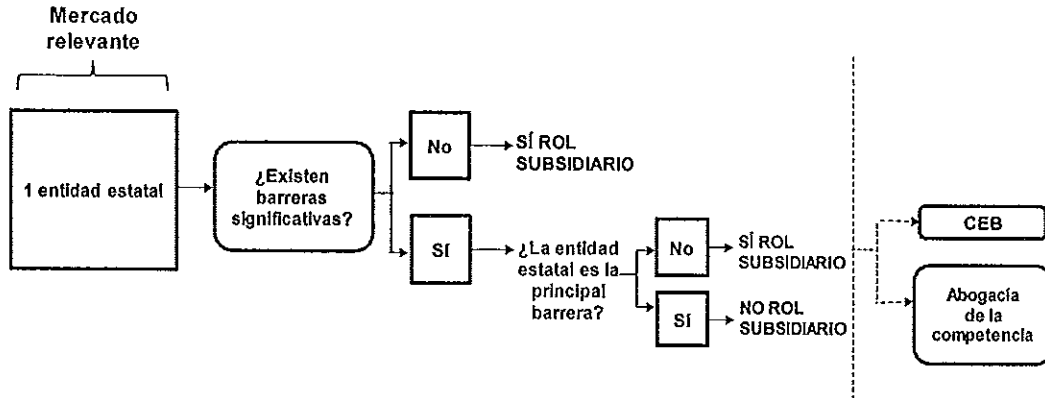
114. De acuerdo a la conclusión del acápite anterior, el presente caso se ubica en el escenario 3, en el cual el INEN es el único agente participante dentro del mercado relevante. En tal sentido, el análisis de subsidiariedad que se desarrollará en este acápite será el siguiente:

**CONTINÚA EN LA SIGUIENTE PÁGINA**

<sup>95</sup> La complejidad de las categorías se establece de menor a mayor, desde 1 hasta 8.  
M-SDC-02/01  
Vigencia del Modelo: 2018-11-29



**Flujograma 1**  
**Análisis de subsidiariedad para el escenario 3**



Fuente: Anexo 1 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI  
Elaboración: ST-SDC

115. De acuerdo con lo señalado en el Flujograma 1, corresponde analizar si existieron barreras significativas en el mercado relevante donde operó el SBTD del INEN durante el periodo de análisis (26 de julio al 12 de noviembre de 2008). En el supuesto de que no existan barreras significativas en el mercado que expliquen la ausencia de oferta privada, se determinará que la actividad estatal sí cumple un rol subsidiario. Por el contrario, si se comprueba la existencia de barreras significativas a la entrada, corresponderá analizar si la empresa estatal participante es o no la principal barrera que desincentiva el ingreso al mercado por parte de las empresas privadas.
116. Así pues, si la entidad estatal no representa la principal barrera de acceso, la actividad estatal cumple un rol subsidiario, mientras no se remueva la barrera significativa a identificarse. Caso contrario, si se comprueba que la actividad estatal es la principal barrera de acceso, se determinará que dicha actividad no cumple un rol subsidiario y se deberá remover el servicio brindado por la empresa estatal, pues su sola existencia impide que los potenciales ofertantes privados accedan al mercado relevante.
117. Considerando lo antes expuesto, a continuación se abordará el análisis sobre la existencia o no de barreras significativas a la entrada al mercado relevante para el presente caso.

A) Barreras normativas

118. De acuerdo con el Decreto Supremo 013-2006-SA – Reglamento de Establecimientos de Salud y Servicios Médicos de Apoyo (en adelante, el Reglamento de Establecimientos de Salud), para poner en marcha un

M-SDC-02/01  
Vigencia del Modelo: 2018-11-29



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

establecimiento de salud público o privado<sup>96</sup> en el Perú, es necesario seguir las siguientes fases de implementación: i) fase de habilitación, ii) fase de acreditación y iii) fase de categorización.

119. La fase de habilitación es un proceso de carácter obligatorio mediante el cual el Ministerio de Salud establece requisitos para el inicio de actividades, instalación y operación de los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo<sup>97</sup>.
120. La fase de acreditación es el procedimiento de evaluación periódica de los recursos institucionales. Tiene como finalidad garantizar la calidad de la atención a través de estándares previamente definidos por la autoridad de salud. Este procedimiento es de carácter voluntario, se realiza a solicitud de los propios establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo<sup>98</sup>.
121. La fase de categorización es el proceso que conduce a homogeneizar y clasificar los diferentes establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo, con base en niveles de complejidad y características funcionales. Esta fase, a diferencia del procedimiento de acreditación, -tal como se señaló en los numerales 76 y 77 de la presente resolución- sí es de carácter obligatorio para los establecimientos<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> DECRETO SUPREMO 013-2006-SA, REGLAMENTO DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD Y SERVICIOS MÉDICOS DE APOYO

Artículo 3.- **Ámbito de aplicación**

El presente Reglamento, así como las normas que aprueba el Ministerio de Salud en su desarrollo, son de aplicación general a todos los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo públicos y privados, incluyendo a los de EsSalud, las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú, los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales.

<sup>97</sup> DECRETO SUPREMO 013-2006-SA, REGLAMENTO DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD Y SERVICIOS MÉDICOS DE APOYO

Artículo 5.- **Inicio de actividades de los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo**

Los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo para dar inicio a sus actividades deben contar con un reglamento interno y otros documentos de gestión que definan claramente su organización, las funciones del personal, mecanismos de coordinación y comunicación interna y externa, estandarización de procesos y mecanismos de control de acuerdo a las normas vigentes.

Además, deben contar, en cada área, unidad o servicio, con manuales de procedimientos, guías de práctica clínica referidos a la atención de los pacientes, personal, suministros, mantenimiento, seguridad, y otros que sean necesarios, según sea el caso.

Artículo 6.- **Instalación y operación de establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo**

Conforme a lo establecido en la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley General de Salud, los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo comprendidos en el Reglamento, no requieren de autorización sanitaria para su instalación o funcionamiento. Cualquier persona que cumpla con las disposiciones legales vigentes y con las normas contenidas en el presente Reglamento podrá instalar y operar establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo.

<sup>98</sup> DECRETO SUPREMO 013-2006-SA, REGLAMENTO DE ESTABLECIMIENTOS DE SALUD Y SERVICIOS MÉDICOS DE APOYO

Artículo 101.- **Proceso de acreditación**

Los establecimientos de salud y servicios médicos de apoyo, a solicitud de parte, podrán someterse al proceso de acreditación para obtener del Ministerio de Salud el reconocimiento de que cumplen los estándares de calidad contenidos en los instrumentos de acreditación." (Subrayado añadido)

<sup>99</sup> Ver nota al pie 67.



122. Por otro lado, el Reglamento de Establecimientos de Salud señala que los procedimientos y requisitos para la categorización se sujetan a lo dispuesto en la Norma Técnica de Salud sobre categorías que aprueba el Ministerio de salud<sup>100</sup>.
123. En ese sentido, de acuerdo con la Norma Técnica de Salud, la autoridad competente evalúa las características técnicas de los establecimientos de salud y otorga la categoría correspondiente, con la finalidad de contribuir con la organización de la oferta de servicios de salud en el sector salud a nivel nacional.
124. En esa misma línea, la Norma Técnica de Salud establece los requisitos para que un establecimiento de salud pueda obtener una determinada categoría, las cuales se basan en cuatro aspectos:
- (i) Capacidad resolutive cuantitativa (atención al volumen de paciente);
  - (ii) capacidad resolutive cualitativa (atención de pacientes según diagnóstico);
  - (iii) estructura (cantidad y rendimiento de recursos humanos, equipamiento, infraestructura, insumos, entre otros); y,
  - (iv) nivel tecnológico (especialización de recursos humanos y tecnificación de equipamiento, infraestructura, insumos, entre otros).
125. Si bien estos aspectos generales corresponden a todas las categorías, su aplicación varía de acuerdo a la complejidad de cada una. Para el caso de la Categoría III-2 es necesario, además de los aspectos generales, contar con requisitos específicos para las UPPS relacionadas con investigación y docencia, radioterapia y medicina nuclear, las cuales se detallarán a continuación:
- i) Investigación y docencia
- Para la UPSS investigación y docencia se requiere contar con los siguientes recursos humanos: i) médico con título de especialista reconocido por el Colegio Médico del Perú, con formación en investigación y docencia, ii) otros profesionales de la salud con título de postgrado en la especialidad y/o sub especialidades de competencia del instituto y con formación en investigación y docencia y iii) otros profesionales que realizan actividades complementarias y de apoyo a la investigación y docencia.

<sup>100</sup> Idem.  
M-SDC-02/01  
Vigencia del Modelo: 2018-11-29



- En cuanto a su infraestructura, se requiere un ambiente de uso exclusivo para las áreas de docencia e investigación. Asimismo, en cuanto a su equipamiento se requiere contar con tecnología necesaria que permita desarrollar las funciones de investigación y docencia adecuadamente.

ii) Radioterapia

- Para la UPSS Radioterapia se requiere como recurso humano contar con un médico radiólogo con capacitación en radioterapia. En cuanto a su infraestructura, se requiere un ambiente adecuado y seguro para la aplicación de la radioterapia según las normas del Instituto Peruano de Energía Nuclear. Asimismo, requiere contar con mobiliario y equipos para las actividades del servicio. Se exige una organización que garantice la atención diaria de acuerdo a turnos establecidos para realizar procedimientos de radioterapia, roentgen terapia y cobaltoterapia (capacidad resolutive).

iii) Medicina nuclear

- Para la UPSS Medicina Nuclear se requiere como recurso humano contar con un médico especialista en medicina nuclear. Para su infraestructura se requiere un ambiente adecuado y seguro para la aplicación de radioisótopos según las normas del Instituto Peruano de Energía Nuclear. Su equipamiento exige contar con mobiliario y equipos para las actividades del servicio. Finalmente, se requiere una organización que garantice la atención diaria de acuerdo a turnos establecidos para realizar exámenes y tratamientos con radioisótopos (capacidad resolutive).

126. De lo expuesto se observa que, para poner en marcha un establecimiento de salud existen diversas etapas procedimentales que se deben seguir. Una de ellas es el procedimiento de categorización. Para que un establecimiento de salud pueda llegar a obtener un Nivel de Atención 3 con Categoría III-2 (complejidad 8) -tal cual viene funcionando el INEN- se deberá cumplir con los requisitos de recursos humanos, infraestructura, equipamiento, organización y capacidad resolutive contenidos en la Norma Técnica de Salud conforme ha sido expuesto con anterioridad.

127. Por lo tanto, la Norma Técnica de Salud que establece la Categoría III-2 es el factor determinante de la estructura del mercado relevante, debido a que obtener dicha categorización es un requisito necesario y obligatorio para que los establecimientos de salud puedan prestar sus servicios médicos en el país como "institutos especializados".



128. Del análisis elaborado en el presente acápite se concluye que, la Norma Técnica de Salud resulta ser una barrera normativa significativa, pues es un requisito indispensable para los agentes económicos que quieran acceder al mercado relevante en el presente caso<sup>101</sup>.

B) Niveles de inversión y capacidad instalada

129. En el mercado relevante del presente caso, teniendo en cuenta las características técnicas estipuladas en la Norma Técnica de Salud, la Sala estima que, para que una entidad privada de salud acceda a la categoría de especialización III-2, se requiere realizar inversiones significativas en infraestructura, equipamiento y recursos humanos. Es decir, el agente económico deberá realizar altos niveles de inversión con la finalidad de habilitar su establecimiento para la prestación de servicios de salud de la más alta capacidad resolutive en un determinado campo clínico o grupo etario y de esta manera poder desarrollar innovación tecnológica, investigación y docencia.

130. Con relación a este punto, la Comisión obtuvo declaraciones de agentes representativos de las clínicas privadas<sup>102</sup>, quienes manifestaron que no era factible realizar dichos niveles de inversión en infraestructura, equipamiento y recursos humanos en el corto plazo de un año para obtener una capacidad instalada correspondiente a la Categoría III-2 en mención, de acuerdo con la Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.01, "Categorías de Establecimientos del Sector Salud".

C) Estrategia en los servicios de salud

131. En el caso peruano, es difícil determinar si el INEN en la práctica ha podido desarrollar barreras de tipo estratégico para dificultar la entrada de otro agente, principalmente porque el Estado siempre ha mostrado principal interés en promover el desarrollo y mejora del sector, por ejemplo, a través de la actualización de la Norma Técnica de Salud<sup>103</sup> y la implementación del Renipress bajo competencia de Susalud, con el fin de asegurar la adecuada cobertura de servicios de salud en el país.

<sup>101</sup> Tal como se ha desarrollado en la presente resolución, el mercado relevante del presente caso consiste en la prestación integral de servicios oncológicos y subespecialidades con características similares al SBTD brindados por los Institutos Especializados -categorizados obligatoriamente por el Ministerio de Salud de acuerdo con la Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.01- y para lo cual cuentan con la Categoría III-2 correspondiente al más alto nivel de atención (Tercer Nivel de Atención), con ámbito de influencia a nivel nacional.

<sup>102</sup> Información obtenida en entrevistas realizadas a representantes de: (i) Clínica Delgado, con fecha 23 de febrero de 2017; y, (ii) Clínica Ricardo Palma, con fecha 17 de marzo de 2017.

<sup>103</sup> Ver nota al pie 65.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

132. Asimismo, la Sala considera pertinente precisar que la barrera significativa que impide la entrada de agentes privados al mercado relevante en el presente caso está dada por la Norma Técnica de Salud y no por las decisiones organizacionales internas que toma el INEN con respecto a la prestación del SBTD<sup>104</sup>.

### III.2.3.2.5 Conclusión respecto del carácter subsidiario del SBTD del INEN

133. De acuerdo con lo desarrollado en el acápite previo, dentro del mercado relevante de prestación integral de servicios de salud oncológicos (y subespecialidades) con características similares al SBTD brindados por los Institutos Especializados -categorizados por el Ministerio de Salud de acuerdo con la Norma Técnica de Salud 021-MINSA/DGSP-V.01- y para lo cual cuentan con la Categoría III-2 correspondiente al más alto nivel de atención (Tercer Nivel de Atención) y con ámbito de influencia a nivel nacional, este Colegiado verifica la existencia de una (1) barrera de entrada significativa contenida en la referida Norma Técnica de Salud.

134. En consecuencia y de conformidad con lo establecido en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, la presencia del INEN dentro del mercado relevante, como único agente participante, no resulta ser la barrera que impide la entrada de nuevos agentes privados, sino que lo es la Norma Técnica de Salud.

135. Por lo tanto, el SBTD prestado por el INEN durante el periodo de análisis (26 de julio al 12 de noviembre de 2008) sí cumple un rol subsidiario.

### III.2.4. **Respecto de si la actividad realizada por el INEN responde a un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional**

136. El tercer requisito establecido por el artículo 60 de la Constitución es que la autorización otorgada para que el Estado desarrolle actividad empresarial se fundamente en un alto interés público.

137. Al igual que en anteriores pronunciamientos<sup>105</sup>, este Colegiado considera que el concepto jurídico de "interés público" es indeterminado, y no ha sido definido por la Constitución; sin embargo, por su propia naturaleza dicho supuesto

<sup>104</sup> Como se ha señalado en el apartado III.1.1 correspondiente a cuestiones previas, las decisiones organizacionales internas que toma el INEN sobre sus servicios no son materia del presente procedimiento.

<sup>105</sup> Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI del 29 de noviembre de 2010, correspondiente a la denuncia de Pollaría El Rancho II E.I.R.L. contra Universidad Nacional del Altiplano – Puno, el cual se estableció un precedente de observancia obligatoria respecto a la interpretación y aplicación del numeral 3 del artículo 14 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal. Asimismo, entre otras, la Resolución 2470-2010/SC1-INDECOPI del 6 de septiembre de 2010, correspondiente a la denuncia de la Clínica Santa Teresa S.A. contra el Instituto Nacional de Oftalmología.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

denota que se podrá autorizar la actividad empresarial por parte del Estado únicamente en casos muy excepcionales, en situaciones donde se verifique que se está proporcionando bienes o servicios con beneficios indeterminados.

138. La necesidad de que la actividad satisfaga un interés relevante para la comunidad tiene por finalidad evitar que el Estado distraiga recursos públicos en el desarrollo de actividades que no son prioritarias y se concentre en la ejecución de las funciones que le son inherentes (v. g. las relacionadas a los sectores de defensa nacional y justicia, o las de corte económico cuyo cumplimiento resulta trascendente por satisfacer una necesidad asistencial).
139. En esa línea, el Congreso de la República sería el único legitimado para evaluar la oportunidad de la intervención empresarial, al momento de expedir la ley autoritativa, logrando así una manifestación representativa del interés de la comunidad.
140. En ese contexto, cuando el Congreso de la República expida la norma autoritativa, deberá expresar en ella las condiciones de alto interés público que sustentaron su aprobación; caso contrario, dicha actividad empresarial estará transgrediendo lo establecido en el artículo 60 de la Constitución.
141. Las características que presenta la actividad objeto de análisis (servicio de salud oncológico especializado bajo tarifario diferenciado) son particularmente especiales. Tal como ha sido desarrollado en los numerales 69 y 70, dicha actividad se encuentra íntimamente ligada con el derecho a la salud, a la vida y a la recuperación de la salud física y mental de toda persona humana. Dada dicha importancia el Estado debe orientar su prestación para asegurar el respeto de los bienes jurídicos involucrados. Circunstancias que no se presentan necesariamente en otro tipo de actividades, lo que evidencia que esta actividad —en concreto— es de vital importancia para nuestra sociedad.
142. Asimismo, la Ley 27657, vigente durante el periodo de análisis (26 de julio al 12 de noviembre de 2008)<sup>106</sup>, estableció el ámbito, competencia, finalidad y organización del Ministerio de Salud, así como la de sus organismos públicos descentralizados y órganos desconcentrados.

<sup>106</sup> Al respecto, la Ley 27657 fue publicada el 29 de enero de 2002 y estuvo vigente hasta el 7 de diciembre de 2013. Esta norma fue derogada por la Única Disposición Transitoria del Decreto Legislativo 1161, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud. Cabe acotar que, con anterioridad a su derogación, se incluyó en la Ley 27657 el literal e) del artículo 33, a través de la Ley 28748, Ley que crea como Organismo Público Descentralizado al Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas -INEN.

Si bien la Ley 27657 se encuentra actualmente derogada, ello no significa que el sustento del alto interés público que motivó y habilitó la prestación del SBTD ha desaparecido. Por el contrario, este último requisito debe evaluarse al momento en que se autoriza el desarrollo de tal actividad objeto de análisis, pues es en dicho momento en que el efecto de la habilitación se agota.

M-SDC-02/01  
Vigencia del Modelo: 2018-11-29

50/56

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800  
e-mail: consultas@Indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe





143. Además, el artículo 2 de la Ley 27657 establece que el Ministerio de Salud es el ente rector del Sector Salud para lo cual conduce, regula y promueve la intervención del Sistema Nacional de Salud, con la finalidad de lograr el desarrollo de la persona humana, realizando actividades de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de su salud, desarrollando un entorno saludable. Finalmente, precisa que dichas actividades se realizan con pleno respeto de los derechos fundamentales de la persona, desde su concepción hasta su muerte natural.
144. De igual forma, el artículo 5 de la Ley 27657<sup>107</sup> detalla que el Ministerio de Salud diseña y norma los procesos organizacionales para cumplir —en el ámbito de su gestión institucional— sus objetivos funcionales, entre los que se encuentran la protección y recuperación de la salud, así como la rehabilitación de las capacidades de las personas en condiciones de equidad y plena accesibilidad.
145. Con base en ello, el Ministerio de Salud para ejecutar sus objetivos funcionales cuenta en su estructura con unidades orgánicas generales entre las que se encuentran, los órganos desconcentrados y los organismos públicos descentralizados<sup>108</sup>, los cuales se enfocan en la prestación de servicios médicos de salud especializados.
146. Así, de acuerdo con el literal e) del artículo 33 de la Ley 27657<sup>109</sup>, el INEN es un organismo público descentralizado que forma parte del Ministerio de Salud y

<sup>107</sup> LEY 27657, LEY DEL MINISTERIO DE SALUD  
Artículo 5.- De los objetivos funcionales  
El Ministerio de Salud diseña y norma los procesos organizacionales correspondientes, en el ámbito de su gestión institucional y sectorial, para lograr los siguientes objetivos funcionales:  
(...)  
6. La protección y recuperación de la salud y la rehabilitación de las capacidades de las personas en condiciones de equidad y plena accesibilidad.  
(...)

<sup>108</sup> LEY 27657, LEY DEL MINISTERIO DE SALUD  
Artículo 6.- De las unidades orgánicas generales  
El Ministerio de Salud para cumplir sus objetivos funcionales, diseño y ejecución de los Procesos Organizacionales necesarios en su ámbito sectorial e institucional, asigna y establece como recurso las Unidades Orgánicas Generales, que se agrupan y jerarquizan de la forma que se indica a continuación:  
(...)  
8. ORGANOS DESCONCENTRADOS  
8.1 Direcciones de Salud  
8.2 Institutos Especializados  
9. ORGANISMOS PÚBLICOS DESCENTRALIZADOS  
(...)  
9.5 Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (INEN)

<sup>109</sup> LEY 27657, LEY DEL MINISTERIO DE SALUD  
Artículo 33.- De la misión de los Organismos Públicos Descentralizados  
(...)  
e) El Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (INEN), tiene como misión proteger, promover, prevenir y garantizar la atención integral del paciente oncológico, dando prioridad a las personas de escasos recursos



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

tiene entre sus finalidades proteger, promover, prevenir y garantizar la atención integral del paciente oncológico —dando prioridad a las personas de escasos recursos económicos— controlar (técnica y administrativamente) a nivel nacional los servicios de salud de las enfermedades neoplásicas; así como realizar las actividades de investigación y docencia propias de su actividad.

147. De lo expuesto se concluye lo siguiente: (i) la ley autoritativa de la actividad empresarial objeto de análisis (Ley 27657) se sustenta en la necesidad de satisfacer un interés relevante para la sociedad, el cual es, entre otros, el de brindar una atención integral a los pacientes oncológicos; (ii) para dicho fin, el Ministerio de Salud actúa a través de organismos públicos descentralizados como el INEN; y, (iii) este instituto especializado está enfocado en prestar servicios de salud en el área oncológica, entre los que se encuentra el SBTD, garantizando así la atención integral de sus pacientes y encontrándose en línea con lo dispuesto en la norma autoritativa.

148. En tal sentido, al encontrarse los servicios que brinda el INEN bajo el SBTD acorde con el objetivo de su ley habilitante (Ley 27657), se comprueba un alto interés público que buscó satisfacer el legislador al autorizar la referida actividad empresarial<sup>110</sup>.

149. Por lo expuesto, dado que la actividad denunciada cumple el requisito de subsidiariedad y se sustenta en un alto interés público, corresponde confirmar la Resolución 034-2017/CCD-INDECOPI apelada que declaró infundada la denuncia presentada por la Clínica Santa Teresa contra el INEN, por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas.

### III.3. Sobre la remisión de lo actuado a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas

150. Conforme a lo expuesto anteriormente al analizar el carácter subsidiario de la actividad en cuestión, esta Sala ha detectado la existencia de barreras

económicos; así como, controlar, técnica y administrativamente, a nivel nacional los servicios de salud de las enfermedades neoplásicas, y realizar las actividades de investigación y docencia propias del Instituto.”

Cabe indicar que este artículo de la citada ley aún se encuentra vigente, en virtud a lo establecido en la Ley 28748, Ley que crea como organismo público descentralizado al Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas.

<sup>110</sup> En esa misma línea, la Sala se pronunció en la Resolución 269-2018/SDC-INDECOPI, correspondiente a la denuncia de Gremco Publicidad S.A. contra la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, indicando lo siguiente:

“84. Ahora bien, tal como ha sido indicado previamente, el alto interés público que el legislador buscar satisfacer al autorizar determinada actividad empresarial por parte del Estado, puede estar plasmado en los fines u objetivos que persigue la ley autoritativa. En tal sentido, en el presente caso, la actividad de arrendamiento del Estadio UNMSM para la realización de espectáculos no deportivos (conciertos) estará justificada en tanto se encuentre acorde con una de las finalidades previstas en la Ley 23733.”

M-SDC-02/01

Vigencia del Modelo: 2018-11-29

52/56

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú / Telf: 224 7800

e-mail: consultas@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

normativas a la entrada del mercado relevante, las cuales estaban contenidas en la Resolución Ministerial 769-2004/MINSA del 26 de julio de 2004 que aprobó la Norma Técnica 021-MINSA/DGSP V.01.

151. Cabe tener en cuenta que la referida norma técnica ha sido derogada mediante la Resolución Ministerial 914-2010/MINSA del 17 de noviembre de 2010, la cual aprobó una nueva versión de aquella (NTS 021-MINSA/DGSP V.02). No obstante, posteriormente, a través de la Resolución Ministerial 546-2011-MINSA del 13 de julio de 2011, se volvió a aprobar una nueva versión de la norma técnica denominándola "NTS 021-MINSA/DGSP V.03", la cual se encuentra vigente.
152. De la revisión de la vigente norma técnica "NTS 021-MINSA/DGSP V.03", este Colegiado verifica que contiene las mismas exigencias y especificaciones técnicas para que un establecimiento de salud pueda alcanzar la Categoría III-2 que se encontraban contenidas en la norma técnica de salud del año 2004<sup>111</sup>. Por lo que, aun cuando la Norma Técnica de Salud del presente caso ha quedado derogada, la barrera de entrada al mercado que se evidenció en el presente pronunciamiento sigue existiendo.
153. Teniendo en cuenta lo expuesto y considerando lo señalado por la Sala en la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI respecto de que cuando la autoridad detecte barreras de entrada contenidas en instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentre facultada a remover, deberá remitir los actuados a dicho órgano resolutorio a efectos de que actúe en ámbito de su competencia<sup>112</sup>, resulta oportuno remitir todo lo actuado a dicha Comisión a fin de que evalúe la Resolución Ministerial 546-2011/MINSA

<sup>111</sup> En efecto, la Norma Técnica de Salud "NTS 021-MINSA/DGSP V.03" que se encuentra actualmente vigente exige a los establecimientos de salud la implementación de las mismas Unidades Productoras de Servicios de Salud (UPSS) que se exigían inicialmente a través de la norma técnica primigenia que ha sido objeto de análisis en el presente caso (Norma Técnica 021-MINSA/DGSP V.01 aprobada por Resolución Ministerial 769-2004/MINSA del 26 de julio de 2004).

Así pues, en la Norma Técnica de Salud vigente se exige que los establecimientos de salud de la Categoría III-2 cuenten con las siguientes UPSS: (i) consulta externa, (ii) emergencia, (iii) hospitalización, (iv) centro obstétrico, (v) centro quirúrgico, (vi) unidad de cuidados intensivos, (vii) medicina de rehabilitación, (viii) diagnóstico por imágenes, (ix) patología clínica, (x) anatomía patológica, (xi) farmacia, (xii) hemoterapia, (xiii) hemodiálisis, (xiv) nutrición y dietética, (xv) esterilización, (xvi) radioterapia, (xvii) medicina nuclear e (xviii) investigación y docencia.

Cabe indicar que, la vigente Norma Técnica de Salud cuenta con la UPSS "Centro Obstétrico", la cual incluye a la especialidad de neonatología (antes UPPS de neonatología); además, considera dentro de los servicios de atención directa y de atención de soporte obligatorios a los servicios de epidemiología y salud comunitaria y ambiental (antes UPPS de epidemiología y UPPS de salud comunitaria y ambiental, respectivamente). (Ver Tabla 6 del fundamento 91 de la presente Resolución)

<sup>112</sup> El precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, establece que cuando la autoridad detecte barreras de entrada contenidas en instrumentos normativos que la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentre facultada a remover, deberá remitir a dicha Comisión los actuados para que analice la pertinencia de iniciar un procedimiento de oficio por imposición de barreras ilegales y/o carentes de razonabilidad.



PERÚ

Presidencia  
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA  
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL  
Sala Especializada en Defensa de la Competencia

RESOLUCIÓN 0060-2019/SDC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0154-2008/CCD-INDECOPI

del 13 de julio de 2011 que aprobó la NTS 021-MINSA/DGSP V.03, a efectos que ejerza sus funciones, según corresponda.

#### IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

**PRIMERO:** confirmar la Resolución 034-2017/CCD-INDECOPI del 3 de mayo de 2017, que declaró infundada la denuncia de la Clínica Santa Teresa S.A. contra el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas Dr. Eduardo Cáceres Graziani por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de violación de normas por la realización de actividad empresarial estatal sin contemplar los requisitos del artículo 60 de la Constitución Política del Perú, supuesto previsto en el artículo 14.3 del Decreto Legislativo 1044 - Ley de Represión de la Competencia Desleal.

**SEGUNDO:** ordenar a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal que remita copia de todo lo actuado a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas para que respecto a las barreras de acceso (barreras normativas) detectadas en este procedimiento analice la pertinencia de iniciar un procedimiento de oficio por imposición de presuntas barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.

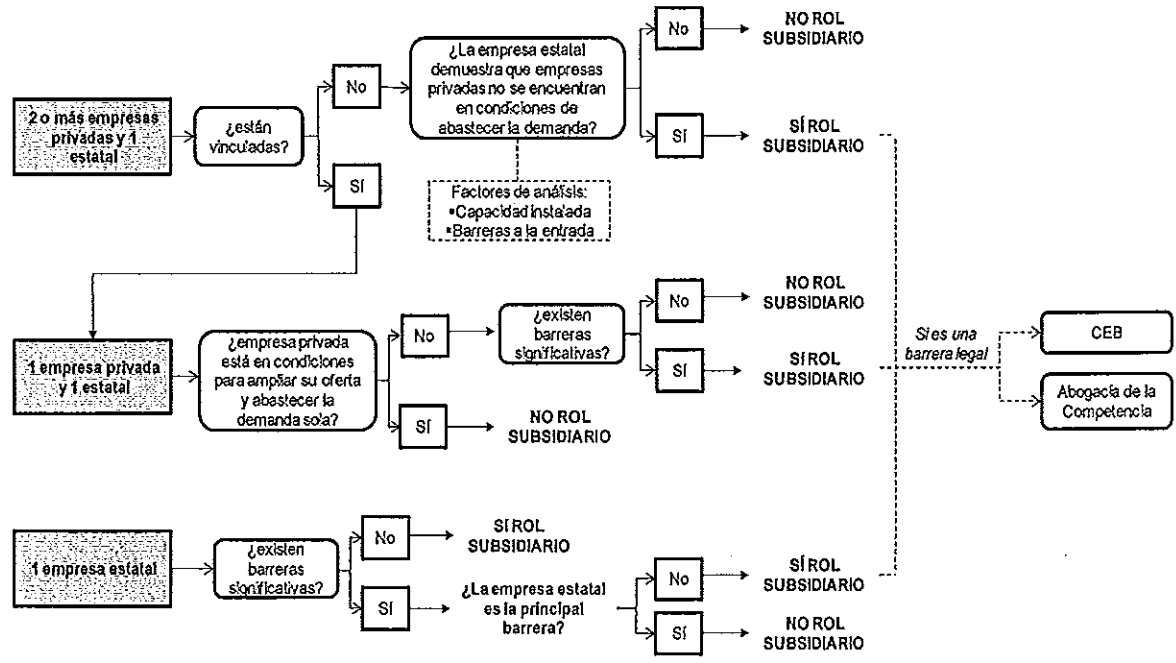
*Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Silvia Lorena Hooker Ortega, Mónica Eliana Medina Triveño y José Francisco Martín Perla Anaya.*

  
JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ  
Presidente



ANEXO 1

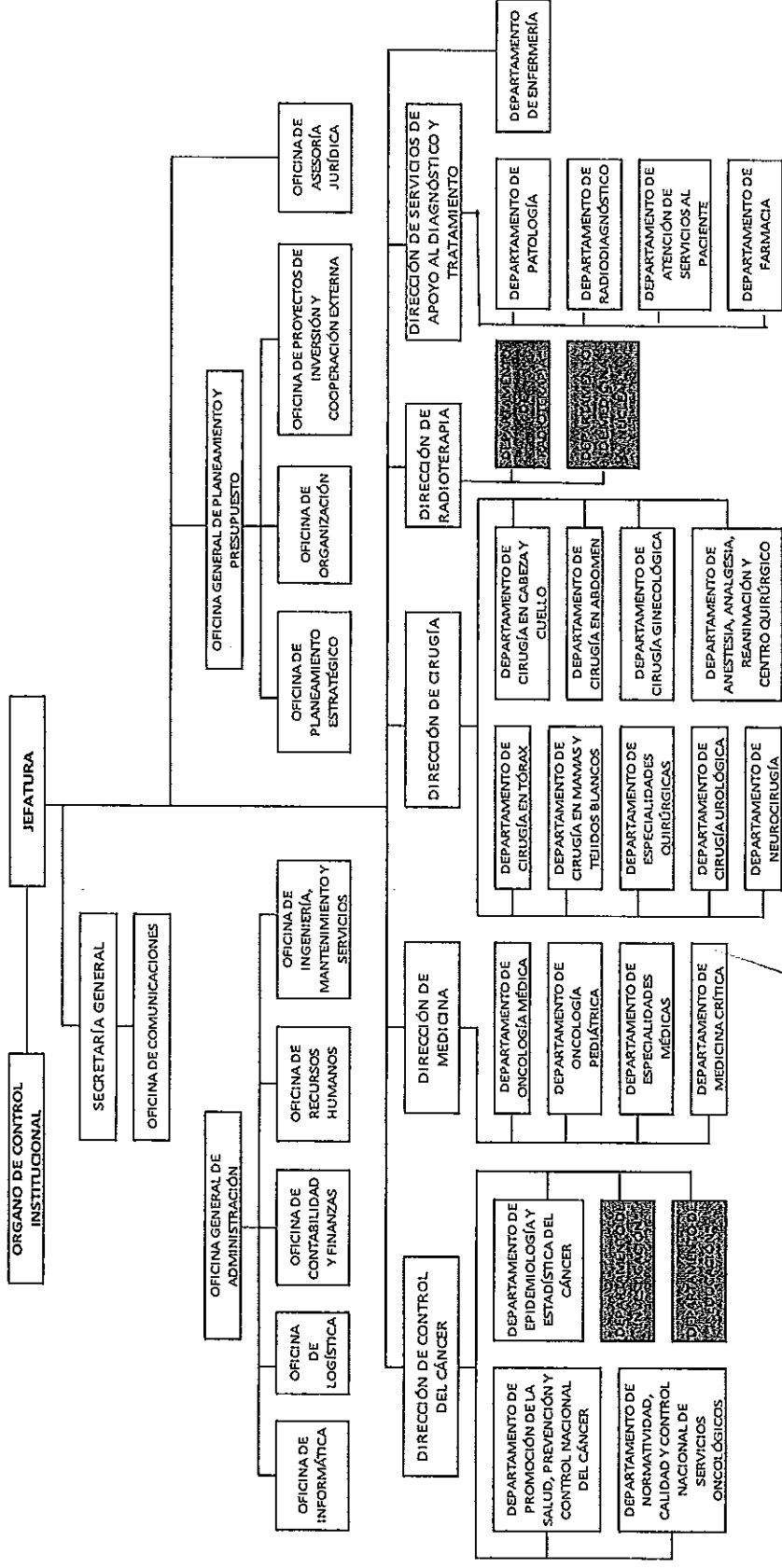
Marco general de análisis de los escenarios 1, 2 y 3



Fuente: Tomado del Anexo 1 de la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI.



## ANEXO 2 Organigrama del INEN



Fuente: Portal web institucional del INEN  
Elaboración: ST-SDC

\* UPSS exclusiva de los Institutos Especializados, de acuerdo con la Categoría III-2 del Tercer Nivel de Atención otorgada por el Ministerio de Salud al INEN.