



UNIVERSIDAD NACIONAL
“PEDRO RUIZ GALLO”
ESCUELA DE POSTGRADO



MAESTRIA EN DERECHO

"EL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO CON CAUSA POR PARTE DE LAS
ASEGURADORAS Y CLINICAS QUE PRESTAN SERVICIO DE SALUD BAJO EL
SISTEMA EPS"

TESIS

Presentada para optar el Grado Académico de
Maestro en derecho con mención en Civil y Comercial

AUTOR:

Abg. JULIO CESAR VALERA RENGIFO

ASESOR:

Dr. Víctor Ruperto Anacleto Guerrero

LAMBAYEQUE – PERÚ
2019

"EL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO CON CAUSA POR PARTE DE LAS ASEGURADORAS Y CLINICAS QUE PRESTAN SERVICIO DE SALUD BAJO EL SISTEMA EPS"

JULIO CESAR VALERA RENGIFO

AUTOR

VICTOR ANACLETO GUERRERO

ASESOR

Presentada a la Escuela de Postgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo para optar el Grado de: Maestro en Derecho con Mención en Civil y Comercial

APROBADO POR:

RAFAEL HERNANDEZ CANELO

PRESIDENTE DEL JURADO

LEOPOLDO YZQUIERDO HERNANDEZ

SECRETARIO DEL JURADO

CARLOS MANUEL ANTENOR CEVALLOS DE BARRENECHEA

VOCAL DEL JURADO

Setiembre, Año 2019

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación está dedicado a mi amada esposa Mónica, quien con su espíritu y vocación académica, es la persona que siempre está impulsándome cada día a ser mejor profesional, por ser mi compañera de camino en el matrimonio y una estupenda madre de nuestro querido hijo Santiago, quien vino a enseñarnos la importancia de la familia.

AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a la Escuela de Post Grado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo por brindarnos la oportunidad de crecer académicamente a través de docentes de un alto nivel académico; de quienes me llevo los mejores recuerdos y la gratitud eterna por compartir con nosotros sus conocimientos.

INDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

RESUMEN

ABTRACT

INTRODUCCIÓN10

CAPITULO. I ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO 12

1.1 ANTECEDENTES SOCIALES..... 12

1.2 .ANTECEDENTE HISTORICO..... 13

1.2.1 PERIODO COMPRENDIDO DESDE 1990 HASTA 2000

1.2.2 PERIODO COMPRENDIDO DESDE 2010 HASTA LA ACTUALIDAD

1.3 ANTECEDENTES NORMATIVOS19

1.3.1 SUSALUD

1.3.2 INDECOPI

1.3.3 SUPERINTENDENCIA DE BANCA SEGUROS-SBS

1.4 EL PROBLEMA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD BAJO EL SISTEMA

EPS 32

1.5 PREGUNTA PROBLEMATIZADORA 38

1.6 JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO 38

1.7 OBJETIVOS39

1.7.1 GENERALES

1.7.2 ESPECIFICOS

1.8 HIPOTESIS Y VARIABLES 40

1.8.1 HIPOTESIS

1.8.2 VARIABLES

1.9 POBLACION Y MUESTRA.....41

1.9.1 POBLACION

1.9.2 MUESTRA

1.10 METODOLOGIA EMPLEADA POR EL INVESTIGADOR.....42

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO.....	43
2.1. DERECHOS FUNDAMENTALES.....	43
2.1.1 DERECHO A LA SALUD	
2.1.2 SERVICIOS PÚBLICOS DEL ESTADO	
2.1.3 RESPONSABILIDADES DEL ESTADO	
2.1.4 SEVICIOS PÚBLICOS DE CALIDAD	
2.2 DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA EN EL PERU.....	55
2.2.1 INDECOPI	
2.2.2 SENTENCIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA	
2.2.3 DERECHO ADMINISTRATIVO	
2.2.4 FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA –SUSALUD	
2.2.4.1 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO	
2.2.4.1.1 AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO	
2.2.4.1.2 SUPERVISION	
2.2.4.1.3 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR – PAS	
2.3 LOS CONTRATOS Y CONVENIOS.....	82
2.3.1 LOS CONTRATOS	
2.3.1.1 NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONTRATOS	
2.3.1.2 ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS GENERALES	
2.3.1.3 CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS	
2.3.2 LOS CONVENIOS	
2.3.3 CONTRATO ADMINISTRATIVO VS CONVENIO	
2.4 EL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO.....	95
2.4.1 ORIGEN DEL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO	
2.4.1.1 LAS CONDICTIONS	
2.4.1.1.1 CLASIFICACION DE LAS CONDICTIONS:	
2.4.2 LA CODIFICACION DEL ENRIQUECIMEINTO INDEBIDO	
2.4.3 ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO EN EL PERÚ	
2.4.4 CONCEPTUALIZACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO	
2.4.4.1 ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA	
2.4.4.2 ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO	

2.4.5	CONSTRUCCIONES DOCTRINALES DEL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO	
2.4.5.1	EL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO	
2.4.5.2	EL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES	
2.4.6	ELEMENTOS DEL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO	
CAPITULO III: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTO UTILIZADOS		117
3.1	COMPARACIÓN DE LOS VALORES ECONOMICOS DE MEDICAMENTOS Y LABORATORIO (ANÁLISIS CLINICOS).....	117
3.2	ENCUESTAS SOBRE LAS PRESTACIONES DE SALUD BAJO EL SISTEMA EPS	123
3.3	PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO	124
3.3.1	EL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO CON CAUSA	
3.3.1.1	ENRIQUECIMIENTOS INDEBIDOS EN LAS CONTRATACIONES CON EL ESTADO	
3.3.1.2	ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO EN EL DERECHO DE FAMILIA	
3.3.1.3	ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO EN LA LEY DE TÍTULOS VALORES EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD BAJO EL SISTEMA EPS.	
 CONCLUSIONES.....		129
 RECOMENDACIONES.....		131
 BIBLIOGRAFIA... ..		133
 ANEXOS		138

RESUMEN

La presente tesis describe, como en las prestaciones de servicios de salud, en el modelo de negocio denominado Empresa Prestadora de Salud-EPS, se viene generando una acción de enriquecimiento indebido por parte de las Empresas aseguradoras y clínicas privadas que prestan estos servicios, hecho que viene ocasionando un perjuicio económico al Estado, al asegurado, y al libre mercado, producto de prácticas anticompetitivas, presumiblemente de concertación y sobrevaloración de precios en los medicamentos y laboratorio (análisis clínicos) ofertados bajo este sistema.

Situación jurídica antes descrita, que no ha podido ser resuelta por las fuentes formales de las obligaciones, ni por las del derecho administrativo, por lo que se plantea una acción de enriquecimiento indebido, pero con causa jurídica válida. El objetivo general de la investigación es reestablecer el desequilibrio en la transferencia del valor patrimonial, siendo esto un aporte novedoso en la institución del enriquecimiento, dejando constancia de la existencia de otros supuesto más, en los cuales se están dando enriquecimientos indebidos con causa, tal como ya otros investigadores los han descrito en las contrataciones con el estado, el derecho de familia y la ley de títulos valores.

Que, si bien los servicios de salud en el Perú se encuentran debidamente regulados por las normas que rigen el derecho administrativo y supervisados por SUSALUD, como ente supervisor del Sistema de salud, dicha normatividad resulta insuficiente e ineficaz, ya que se están suscitando prácticas comerciales que vulneran dichas normativas, las cuales requieren de una norma especial que regule exclusivamente el Sistema EPS y que contenga un enfoque proteccionista de los fondos públicos y no solamente este dirigido a la atención y protección de los asegurados, todo ello, concordante con las normas que rigen INDECOPI, SBS y OSCE.

Palabras claves: *Enriquecimiento indebido, obligaciones, contratos, EPS, SUSALUD.*

ABSTRACT

This thesis describes, as in the provision of health services, in the business model called Health Provider Company -EPS, an undue enrichment action has been generated by the private IAFAS and IPREES that provide these services, a fact that It is causing economic damage to the State, the insured, and the free market, product of anti-competitive practices, presumably of concertation and overvaluation of prices in medicines and laboratories (clinical analysis) offered under this system.

Legal situation described above, which could not be resolved by formal sources of obligations, nor by administrative law, so it is an action of undue enrichment, but with valid legal cause. The general objective of the research is to restore the imbalance in the transfer of the patrimonial value, this being a novel contribution in the institution of enrichment, the constancy of the existence of others, of course, in those who are enriching people with the cause, As already others, have described in the contracts with the state, labor law, and the law of securities.

That, although health services in Peru are duly regulated by the rules that govern administrative law and supervised by SUSALUD, as a supervising entity of the Health System, such regulations are insufficient and inefficient, since commercial practices are arising that violate these regulations, which require a special rule that exclusively regulates the EPS System and that contains a protectionist approach to public funds and is not only aimed at the care and protection of the insured, all in accordance with the rules that INDECOPI, SBS and OSCE.

Key Words: *Improper enrichment, obligations, contracts, EPS, SUSALUD.*

INTRODUCCIÓN

Seguramente, cuando usted leyó el título del presente trabajo de investigación, su primera impresión fue de admiración y desconfianza, y su primer razonamiento jurídico fue el siguiente: *“Para la configuración del enriquecimiento indebido no debe existir una causa jurídica”* y razón no le falta, ya que la institución jurídica del enriquecimiento indebido surge como evolución del enriquecimiento sin causa, la cual justamente tienen como elemento central la falta de “causa jurídica” en la transferencia patrimonial entre los actores, y está dirigida a restablecer un desequilibrio económico entre dos sujetos, que sin una causa jurídica válida, han experimentado un incremento y reducción correlativo de sus patrimonios, generándose de este modo el enriquecimiento de uno, a consecuencia del empobrecimiento del otro sujeto.

Sin embargo, en la práctica comercial, constantemente suceden situaciones jurídicas que no han sido previstas por nuestra normatividad general, por lo que, se requiere acudir a la legislación comparada y la jurisprudencia para brindar una alternativa de solución a dichas incertidumbres jurídicas, ó, en otros casos, exponer una alternativa jurídica novedosa, el cual es el caso del presente trabajo de investigación, ya que se plantea iniciar una acción de enriquecimiento indebido con causa contra las empresas aseguradoras y clínicas privadas, en las prestaciones de salud bajo el modelo de negocio denominado Empresas Prestadoras de Salud-EPS, como alternativa de solución a la relación contractual que mantienen con el estado, la cual está dirigida principalmente a restablecer el desequilibrio económico que viene afectando al Estado y al asegurado, por la sobrevaloración de costos de medicinas y laboratorio por parte de las clínicas privadas en ejecución de un contrato de seguro de salud bajo el Sistema EPS.

Señalar que, el Sistema de Salud Pública en el Perú no es óptima y que requiere de diversas modificaciones, no es novedoso, ya que muchos autores han expuesto los problemas generales del Sistema de Salud y han escrito sobre la materia, sin embargo, pocos, han escrito sobre el modelo de negocio denominado “Empresas Prestadoras de Salud-EPS” y menos aún, han escrito sobre la presunta práctica anticompetitiva que viene sucediendo al momento de fijar los precios por dichos servicios, llámese, medicamentos y análisis clínicos, perjudicando económicamente al Estado y el asegurado, quienes vienen pagando costos sobrevalorados por dichas prestaciones.

La problemática antes mencionada, surge de la experiencia propia del maestrante, quien en uso continuo del sistema EPS, ha podido evidenciar, una presumible práctica comercial anticompetitiva de acuerdos y sobrevaloración en el costo de todos los medicamento y análisis clínicos ofertados

por las IAFAS e IPREES privadas bajo este sistema, quienes en la mayoría de los casos mantienen una relación contractual de dependencia entre ellas, sobrevaloración que se corrobora mediante la comparación de boletas de ventas emitidas por los prestadores del Sistema EPS y farmacias y laboratorios privados ajenos al sistema EPS, hecho que lo llevó a efectuar un análisis jurídico de dicho sistema para identificar la causa fuente de dicho problema y esbozar algunas propuestas que permita, principalmente restablecer la posición negativa que viene perjudicando al Estado y el asegurado, y equiparar los costos por medicinas y laboratorio ofertados en este sistema, con los costos ofertados al público en general en el mercado farmacéutico y laboratorios clínicos independientes.

Resulta importante mencionar que, de la relación contractual que genera el modelo de negocio de EPS, se evidencia que los contratos suscritos por las IAFAS e IPREES privadas con SUSALUD, no puede ser resuelta por la normas que rigen los contratos, ya que estos han sido suscritos, bajo un modelo contractual tipo, elaborado y aprobado por SUSALUD, por lo tanto no existe causal que genere la resolución o rescisión contractual. Asimismo, la relación contractual generada entre las IAFAS e IPREES privas, tampoco pueden ser resueltas por la entidad pública, ya que estos han sido elaborados de común acuerdo entre privados y bajo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, por último, tampoco se podría plantear una acción de lesión contractual, ya que la relación contractual no ha sido suscrita ante la necesidad apremiante de uno de los contratantes (hecho generador de la lesión), toda vez que los prestadores de salud bajo el sistema EPS, necesariamente tienen que recorrer todo un procedimiento administrativo preestablecido para poder brindar servicios de salud en dicho sistema.

Por los motivos antes expuestos se plantea una acción de enriquecimiento indebido con causa, entendida esta como “Aquel enriquecimiento experimentado por un sujeto como consecuencia del empobrecimiento de otro sujeto, bajo el amparo de una fuente formal de las obligaciones”, que para el caso de la presente investigación es el contrato o el convenio, y esta orientada a lograr reestablecer el perjuicio económico que vienen sufriendo el Estado y los usuarios.

Paralelamente a la acción de enriquecimiento antes descrita, también, se esbozaran recomendaciones de carácter general que se encuentran ligado a la gestión pública y el derecho administrativo, planteando así una solución más extensa a la problemática suscitada en el sistema EPS.

CAP. I ANÁLISIS DEL OBJETO DE ESTUDIO

1.1 ANTECEDENTES SOCIALES

Para comprender el problema materia de investigación, es necesario precisar que el Sistema de Salud en el estado de Peruano se encuentra fraccionado, toda vez, que concurren varios prestadores de servicios de salud independientes entre sí, por ejemplo, Essalud, Minsa, Saludpol, y Seguro de las Fuerzas Armadas; y que si bien, mediante Ley 27657 Ley del Ministerio de Salud se ha establecido que el Ministerio de Salud es el ente rector de todo el Sistema de Salud (incluyendo privados), ello difiere de lo que realmente viene suscitándose en la realidad.

Que, si bien lo antes señalado es el marco general de todo el Sistema de Salud en el Perú, desarrollar su análisis general no es materia de investigación del presente trabajo de investigación, ya que únicamente nos centraremos en las prestaciones de salud bajo el sistema EPS y sus relaciones jurídicas entre ellos y el estado; sin embargo, debemos describir sucintamente la evolución del sistema de Salud para de este modo comprender porque el Sistema de Salud se encuentra fraccionado.

En el Perú el sistema de salud es producto de la superposición de diversas estructuras organizacionales provenientes de diferentes estadios sanitarios, tributarios de diversas concepciones y portadores de variados intereses, patrones culturales, formas de financiamiento y modelos de gobierno, de gestión y de prestación; acumulados a modo de estratos geológicos, algunos de ellas procedentes del mundo colonial¹. Como se desprende de la descripción situacional del autor antes citado, el sistema de salud en el Perú ha sufrido transformaciones a través de los años a consecuencia de factores sociales, políticos y económicos, lo cual ha ocasionado que las principales instituciones prestadoras de salud pública estructuralmente no formen parte de una misma estructura institucional.

Señalar que el Sistema de Salud Pública en el Perú no goza de las mejores aceptaciones ciudadanas, no es algo nuevo, toda vez, que mucho se expuesto sobre ello, y se ha tratado de

¹ Lazo Gonzales O. (2016) *El sistema de Salud en Peru, situación y desafíos* ubicado en <http://cmp.org.pe/wp-content/uploads/2016/12/libroSistemaSaludPeru-.pdf> recuperado el 29/03/2018

identificar sus problemática en conjunto; muestra de ello es que la normatividad en materia de salud ha ido virado en el tiempo y post de una unificación de todo el Sistema de Salud, y de una prestación de servicios de salud oportuna y de calidad (eficiente y eficaz) que permita la prevención y tratamiento adecuado de todas aquellas afecciones medicas por parte de las instituciones Públicas en materia de salud

1.2 .ANTECEDENTE HISTORICO

Como antecedentes históricos señalaremos que, institucionalmente, la prestación de servicios de salud en el Perú ha tenido sus mayores avances en periodos de dictadura Militar (Oscar R. Benavides Larrea, Manuel Odria Amoreti y Juan Velasco Alvarado), ello debido, al contexto social de insatisfacción generalizada que se vivía en aquellas épocas, que devendrían posteriormente en golpes militares.

En el año 1935 y bajo la presidencia del General Osca. R. Benavides Larrea, se crea el Ministerio de Salud Pública, trabajo y previsión social, y se promulga la Ley 8433 “Seguro Social Obrero Obligatorio” lo cual generó la creación de la **CAJA NACIONAL DEL SEGURO SOCIAL (CNSS)**, como la primera institución encargada de la prestación en servicios de salud, la cual inicio sus funciones el 07 de diciembre del año 1936; en un local alquilado, dándose inicio de este modo a la historia del seguro social en el Perú.

En el año 1937 se dio inicio a la construcción del primer Hospital Público, el cual fue denominado “*Hospital Mixto y Policlínico de Lima*” conocido actualmente como “**Hospital Guillermo Almenara Irigoyen**” el cual inicio sus funciones en el año 1941.

Durante el mandato del General Manuel Odria Amoreti se promulgo el Decreto Ley N° 10902, *que creó el Seguro Social Obligatorio del Empleado para brindar protección al empleado público y particular en los riesgos de enfermedad, maternidad, invalidez, vejez y muerte*”, y se encargó al Cuerpo Organizador del Seguro Social del Empleado-COSSE, realizar los estudios para el funcionamiento institucional, construcción del Hospital Central de Lima, una Red de Hospitales Regionales, entre otros.²

² ESSALUD. Recuperado el 20 de marzo del 2019 de http://www.essalud.gob.pe/downloads/archivo_central/BREVE_HISTORIA_SSE.pdf

Como consecuencia de la Ley 10902, en el año 1958 se crea la **CAJA NACIONAL DEL SEGURO SOCIAL DEL EMPLEADO**, como una institución prestadora de salud, de manera paralela se crearon la Caja de Enfermedad - Maternidad y la Caja de Pensiones y en el año 1961 se crea el Seguro Social del Empleado- SSE.

Como se puede apreciar hasta aquí, para la década de los 60, en el Perú coexistían diferentes prestadoras de salud, todas bajo la denominación de “CAJAS” de las cuales, todas, se encuentra dirigidas a la atención de servicios de salud, pero con la característica diferenciadora que cada una de ellas tiene de un público objetivo específico y diferente.

Durante el Periodo Militar del General Juan Velasco Alvarado se procedió a la restructuración del Sistema de Salud Pública en el Perú, es así que, mediante Decreto Ley se crea el “**Seguro Social del Perú**” como una institución pública descentralizada del sector trabajo con personería jurídica de derecho público y se fusionan la Caja Nacional de Seguro Social, Seguro Social del Empleado y Caja Nacional de Pensiones; Nótese hasta aquí, que este es el primer intento de unifica la prestación de servicios de salud en el Perú.

Posteriormente y bajo la presidencia del General Francisco Morales Bermudez se emitió el Decreto Ley 23161 que se crea el Instituto Peruano de Seguridad Social-IPSS, y es el 28 de diciembre de 1987 que se emite la Ley 24786- Ley General del Instituto Peruano de Seguridad Social, regulando ésta última la organización y funciones del IPSS.

Como se puede apreciar hasta aquí, desde el punto de vista organizacional, la prestación de servicios de salud en el Perú hasta la creación del IPSS constituye un gran esfuerzo por parte del Estado para satisfacer un derecho fundamental como lo es el Derecho a la Salud, bajo una institución autónoma que cuente con toda una red hospitalaria, policlínicos, postas médicas, y centros de atención médica; sin embargo, y debido a muchos factores (densidad poblacional, déficit económico, accesibilidad, inestabilidad política) dicha institución no logró satisfacer la demanda de salud, creando de este modo un descontento generalizado en las prestaciones de salud, motivo por el cual se procedió a una nueva restructuración del sistema de Salud, las mismas que detallaremos a continuación.

1.9 PERIODO COMPRENDIDO DESDE 1990 HASTA 2000

Como se ha mencionado anteriormente mediante Ley 24786 se crea el “*Instituto Peruano de Seguridad Social*”, publicado el 29-12-1987 en el Diario el Peruano, teniendo como objeto “*Desarrollar las acciones de seguridad social orientadas a la prevención, promoción, desarrollo*

y bienestar personal y colectivo ofreciendo protección frente a los riesgos y contingencias sociales, mediante otorgamiento de prestaciones de salud, prestaciones económicas y prestaciones sociales, tiene en particular las funciones de administrar los regímenes de prestaciones de salud, de pensiones y prestaciones sociales y los que la ley le encargue, e inscribir a los asegurados y empleadores recaudando y fiscalizando las aportaciones(...).³ Como se desprende de la norma antes señalada el “IPSS” no solamente se orientaba a la atención médica sino que también estaba encargada de la seguridad social del trabajador (Previsional).

Posteriormente el 17 de mayo 1997 mediante Ley 26790 “Ley de modernización de la seguridad social” “Se reformó el Instituto Peruano de Seguridad Social y se creó el Seguro Social en Salud. Comprendería dos modalidades: la tradicional, que cambia su denominación a Essalud, y la privada, a través de las entidades prestadoras de salud (EPS), que brinda un plan de beneficios de baja complejidad a través de las redes de establecimientos privados. Asimismo, se creó la Superintendencia de EPS (SEPS) como organismo supervisor de esta modalidad de prestación de servicios”⁴ es aquí donde nace formalmente el sistema EPS puntualmente en su artículo 13 señalando lo siguiente: “(....), **Se entiende por Entidades Prestadoras de Salud a las empresas e instituciones públicas o privadas distintas del IPSS, cuyo único fin es el de prestar servicios de atención para la salud, con infraestructura propia y de terceros, sujetándose a los controles que se indica en el artículo siguiente**”

De forma simultánea se procedió a la creación de la Superintendencia de EPS, constituida ésta última como “Organismo Público Descentralizado del Sector Salud, con personería de derecho público interno. Cuenta con autonomía funcional, administrativa y financiera. Se organiza de acuerdo a las normas que establezca su Estatuto, el mismo que será aprobado por Decreto Supremo (...)”.

De la Ley de modernización antes citada se aprecia que ésta tiene como función exclusiva la atención de salud, toda vez que la atención previsional fue asumida por las Administradoras de

³ OIT. Recuperado el 20 de marzo del 2019 de http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=4660&p_country=PER&p_count=1424

⁴ Lazo Gonzales O. (2016) *El sistema de Salud en Peru, situación y desafíos* ubicado en <http://cmp.org.pe/wp-content/uploads/2016/12/libroSistemaSaludPeru-.pdf> recuperado el 29/03/2018

Fondos de Pensión- AFP mediante decreto Ley N.25897 que fue publicado el 06 de diciembre de 1992.

Posteriormente a la emisión de la Ley de modernización del sistema de salud, fue publicado su respectivo reglamento, mediante Decreto Supremo N° 009-97-SA "Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. Asimismo mediante Decreto Supremo N° 006-97 se crea el *"Estatuto de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud"*.

En el devenir del tiempo se fueron promulgando distintas normativas que buscaban delimitar el correcto funcionamiento del Sistema de Salud ya sea a través de normas reglamentarias o disposiciones administrativas. Asimismo se fueron creando de forma aislada diferentes programas de salud que prestaban servicios de salud.

Paralelamente al sistema de salud antes mencionado (ESSALUD), a finales de los años noventa y por influencia de corrientes modernas en materia de salud, se inició un cambio a nivel de políticas públicas en busca del Aseguramiento Universal, sistema que tiene un corte netamente subvencionaste, creándose seguros dirigidos a una población en específico como lo son: **a)** El Seguro Escolar Gratuito (SEG), dirigido a los niños de 3 a 17 años, y **b)** El Seguro Materno Infantil (SMI), que brindaba cobertura a las madres gestantes y a los niños menores de 5 años, para posteriormente fusionarse dichos programas y crearse el **SISTEMA INTEGRAL DE SALUD – SIS**, el 29 de enero del 2002 mediante Ley N° 27657, y que institucionalmente forma parte de la estructura orgánica del Ministerio de Salud.

En el año 2002 se promulgo la Ley del Ministerio de Salud- Ley 27657, mediante la cual se delimita su competencia, organizaciones y funciones del Ministerio antes mencionado, siendo este otro intento de unificar el sistema de Salud Pública, puntualmente aquellos, organismos públicos descentralizados y desconcentrados creados en el tiempo y de manera independiente como respuesta inmediata a una demanda de salud, es de este modo, que se agrupa al Instituto Nacional de Salud (conformado por todos sus centro de Salud Nacionales), Superintendencia de EPS-SEPS, Instituto de Desarrollo Humano y el Seguro Integral de Salud.

El 09 de abril del 2009 se emitió la Ley Marco de Aseguramiento Universal- Ley 29344, que tiene por objeto establecer el marco normativo del Aseguramiento Universal de Salud, constituyendo dicha norma el tercer intento de unificación de todo el Sistema de Salud Pública, creándose de este modo un cambio estructural y funcional de las entidades prestadoras de salud, es así, que se proceda a regular a todos los prestadores de servicios de salud, sean

públicos, privados o mixtos.

Es en este punto donde cambia de denominación y regula a las instituciones que de manera directa o indirecta pertenecen al Sistema de Salud, y se las identifica como: **1.-Instituciones Administradoras de Fondos de Salud- IAFAS:** Encargan de administrar los fondos destinados al financiamiento de prestaciones de salud (públicas. Privadas o mixtas) que vendrían a ser las empresas aseguradoras llámese Rimac, La Positiva, etc; **2.- Instituciones Prestadoras de Salud-IPREES:** Son las instituciones públicas privadas o mixtas, autorizados para brindar los servicios de salud, es decir todas aquellas clínicas privadas o centros de salud de determinado nivel, que brinden servicios médicos de manera directa; y, sustentado económicamente bajo un sistema de aportes contributivo, subvencionado y semicontributivo.

2.9 PERIODO COMPRENDIDO DESDE 2010 HASTA LA ACTUALIDAD

Como se puede evidenciar hasta este punto, para el año 2010, la prestación de servicios de salud pública en el Perú, tenía un marco normativo que regula todos el sistema de Salud, independientemente a que dependencia orgánica pertenezca; sin embargo ello, no desvirtuaba el hecho de que los principales prestadores de servicios de salud estaban a cargo de dos instituciones autónomas, por una parte ESSALUD (Ministerio de Trabajo), y por el otro lado, el Ministerio de Salud (Seguro Integral de Salud) ambas dirigidas a un público específico.

Que si bien, de manera posterior a la promulgación de la Ley 29344 se han emitido normas de distinta naturaleza, todas ellas, están dirigidas a la optimización del Sistema de Salud en las condiciones organizacionales antes mencionadas, por lo tanto, cabría destacar únicamente el Decreto Legislativo 1161 Ley de Organizaciones y funciones del Ministerio de Salud, la cual precisa que en el Sector Salud **está conformado por el Ministerio de Salud como ente rector**, instituciones públicas, privadas, a nivel nacional, regional, y local así como personas naturales que realizan actividades en materia de salud.

Es el Decreto Legislativo 1161, es el último intento por unificar todo el sistema de salud del Perú, para tal fin, designo al Ministerio de Salud como ente rector del todo el Sector Salud, dando de este modo otro paso más a la creación de todo un sistema organizacional único en la prestación de los servicios de salud.

De todo lo antes mencionado podemos advertir que el fraccionamiento del Sistema de Salud, del cual se hacía alusión al comienzo del análisis del problema, es la consecuencia de políticas públicas aisladas entre sí, sin una visión estructural del Sistema de Salud; y que si bien se han dado pasos en post de la unificación de todo el Sistema de Salud, aun se requiere de modificaciones estructurales que permitan dicha unificación.

Hasta este punto hemos analizado el Sistema de Salud desde el punto de vista organizacional; por lo que ahora corresponde describir al usuario de salud, es decir al asegurado.

Según cifras actuales proporcionadas por SUSALUD⁵ en el Perú existen un total de 31,940.422 personas que cuentan con algún tipo de seguro de salud, siendo el Seguro Integral de Salud-SIS el que cuenta con la mayor cantidad de asegurados, siguiéndole ESSALUD, EPS, FFAA/PNP y AUTOSEGUROS; siendo ello así, podemos evidenciar que la mayoría de los ciudadanos cuenta con un seguro de corte subvencionista.

Que si bien el modelo económico peruano desde el año 1993, ha permitido reducir la pobreza en el Perú, y recaudar mayor fondos públicos, estos avances se ven contrapuestos a políticas públicas que no han ido de la mano con dicho crecimiento, factores que han contribuido a esta situación son muchos y van desde la corrupción, burocratización, etc.

La principal crítica al Sistema de Salud, bajo la óptica del asegurado, es la falta de atención oportuna de los asegurados, a la cual se le suma el desabastecimiento de medicamentos, críticas que constituyen la punta de lanza de un problema mucho mayor, que no necesariamente es comprendida por el asegurado.

➤ En cuanto a la atención oportuna de servicios de salud: Podemos señalar que ésta se evidencia en los tiempos que tiene que esperar a el asegurado para poder atenderse en su respectivo centro de Salud, así como los tiempos que transcurren para poder realizarse algún tipo de procedimiento médico o análisis clínico (excepto en casos de emergencias donde la atención es inmediata), pero esta inoportuna atención medica tiene su correlativa correspondencia en la gran demanda de salud y la poca capacidad material para atender dicha demanda, aunado a la falta de materiales logísticos e infraestructura necesaria.

⁵ MINSA. Recuperado el 20 de marzo del 2019 de http://www.minsa.gob.pe/reunis/data/poblacion_asegurada.asp

- Abastecimiento de medicamentos: En este punto podemos señalar que existe todo un marco normativo que regula la compra de medicamentos por parte del Estado, y la existencia de planes institucionales para la contratación pública de ello; sin embargo, podemos evidenciar que los medicamentos comprados por el Estado resultan insuficientes para cubrir las necesidades médicas de los asegurados, ocasionando de este modo, una insatisfacción en el asegurado quien tiene que asumir esta posición negativa y recurrir a farmacias privadas a fin de adquirir sus medicamentos.

Como se evidencia hasta aquí, existe una deficiente gestión pública por parte del Estado en las prestaciones de salud, motivo por el cual, y como alternativa de solución a dicha problemática, se implementó un modelo de negocio denominado Empresas Prestadoras de Salud- EPS, permitiendo que personas jurídicas de derecho privado puedan brindar servicios de salud a los asegurados a cuenta de un reembolso por parte del Estado, teniendo como fin, que los asegurados puedan gozar de una atención de salud de manera inmediata en una red hospitalaria de naturaleza privada.

Actualmente, son cada vez mayores las instituciones públicas que optan por ofrecer a sus trabajadores la posibilidad de afiliarse a un Sistema EPS, a través de las empresas de seguro existentes en el mercado, lo cual ha permitido descongestionar de alguna manera las atenciones de salud primaria en la red de establecimientos públicos.

Como antecedente social, podemos concluir que, debido al fraccionamiento del Sistema de Salud Pública, el asegurado, asume una posición negativa en las prestaciones de servicios de salud pública, debido a la falta de recursos económicos de las instituciones de salud y una inadecuada gestión pública de los servicios de salud, hecho que genera una insatisfacción en los asegurados y ve repercutido en su calidad de vida, ya que no recibe una servicios de salud óptimo.

1.3 ANTECEDENTES NORMATIVOS

En cuanto a los antecedentes normativos, no abundaremos en señalar el marco normativo y organizacional que regula todo el sistema de salud, ya que ello se analizara detalladamente en el marco teórico; por lo que en este punto, únicamente precisaremos normas y jurisprudencias emitidas por los distintos órganos de control que regulan las prestaciones de Salud bajo el Sistema

EPS, con expresa indicación de aquellas que resulten relevantes para el desarrollo del presente trabajo de investigación.

El Sistema EPS es un modelo de negocio que data de los años noventa y que normativamente ha venido sufriendo modificaciones importante, tanto a nivel de competencias, funciones e institucional, hecho que se ve reflejado en que el actual órgano regulador de sistema EPS es SUSALUD, como ente supervisor de todo el sistema de salud, motivo por el cual, describiremos como ésta institución ha normado la relación contractual de las IAFAS, IPREES, posteriormente se abordara a INDECOPI, SBS y finalmente a la OSCE, institución última donde ya se han evidenciados situaciones particulares que presumiblemente generarías un enriquecimiento indebido por parte del Estado.

1.9 SUSALUD

Como ya se ha hecho mención anteriormente, SUSALUD constituye el ente supervisor en las prestaciones de servicios de salud en general, pero estando la presente investigación dirigida al estudio y análisis del Sistema EPS, resulta necesario identificar como dicha institución ha normado las relaciones jurídicas entre los actores del Sistema EPS.

Las relaciones jurídicas suscritas por los distintos actores del Sistema EPS actualmente se encuentra regulado por la Resolución de Superintendencia N° 080-2014-SUSALUD, la cual ha sido modificada por las Resoluciones de Superintendencia N° 091-2014-SUSALUD, N°060-2015-SUSALUD y N°106-2015-SUSALUD, resoluciones que precisan los medios y la forma de cómo se deben relacionar jurídicamente las IAFS, IPREES, tanto públicas, privadas o mixtas.

De la normatividad antes mencionada es preciso indicar que se han establecido dos formas de relacionarse jurídicamente; la primera: **Los Contratos**; y, la segunda: **Los Convenios**; regulando de manera expresa modelos contractuales con cláusulas generales preestablecidas y aprobadas por SUSALUD, y de estricto cumplimiento por todos los actores del sistema EPS.

En cuanto a los convenios, de manera sucinta señalaremos que no existe un marco legal expreso que pueda determinar la naturaleza jurídica de los “Convenios” y mucho menos de las obligaciones y consecuencias jurídicas que derivaría de dicho acto jurídico, lo cual constituye un vacío normativo; motivo por el cual dicho análisis se desarrollara en el marco teórico.

Otra particularidad de las normas antes citadas y que regulan las relaciones jurídicas de los actores del sistema de salud, es que utilizan los términos convenios y contratos como si se

tratara de un mismo acto jurídico, lo cual se puede evidenciar de la simple lectura de la norma antes citada y sobre todo de sus anexos que suponen un “Contrato tipo” que es de aplicación tanto para contratos como para convenios.

Ahora bien, los medios utilizados por los actores del Sistema EPS para relacionarse entre sí, son las siguientes:

- Las **IAFAS públicas** se vinculan con las **IPREES públicas** mediante la celebración de un convenio.
- Las **IAFAS públicas** se vinculan con las **IPREES privadas o mixtas** mediante la celebración de un contrato.
- Las **IAFAS privadas** se vinculan con las **UGIPREES privadas** mediante la celebración de un contrato.
- Las **IAFAS privadas** se vinculan con las **UGIPREES públicas** mediante la celebración de un contrato.
- Las **IAFAS públicas** se vinculan con las **UGIPREES privadas** mediante la celebración de un convenio.
- Las **IAFAS públicas** se vinculan con las **UGIPREES públicas** mediante la celebración de un convenio.

Que, habiéndose identificado al contrato como el medio por el cual los actores del sistema EPS se interrelacionan entre sí, se infiere que su marco normativo se encuentra contenido en las disposiciones del Código Civil; sin embargo, y como consecuencia del Precedente administrativo de cumplimiento obligatorio contenido en el Acuerdo Plenario N° 05-2017 de fecha 21 de marzo del 2017, también le son aplicables el Código de Protección y defensa del Consumidor Ley 29571, así como la Ley de Contratos de Seguros - Ley 29946.

2.9 INDECOPI

El Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual –INDECOPI, tiene como marco general de acción la Ley 29571 - Ley de Protección y defensa del Consumidor, la cual ha regulado en diferentes títulos y capítulos la normas aplicables en defensa de los usuarios de servicios de salud, así como las condiciones para la realización de dicha prestación. Asimismo en su Título II ha regulado expresamente a “Los contratos” y dotado de contenido a las cláusulas abusivas.

Para los fines del presente trabajo de investigación, únicamente analizaremos el marco normativo referente a la contratación de servicios de salud; al respecto, podemos evidenciar que el Código de Protección y defensa del consumidor, puntualmente en su Título II, ha precisado al “contrato de consumo”, como el acto jurídico generador de obligaciones recíprocas y precisado las condiciones y requisitos que ésta debe contener.

El artículo 49 de la Ley 29571⁶ ha definido a las cláusulas abusivas en los siguientes términos *“En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra, de las exigencias de la buena fé, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o que anulen sus derechos”*. Para posteriormente diferenciar aquellas cláusulas abusivas de ineficacia absoluta y aquellas cláusulas abusivas de ineficacia relativa y los efectos que derivan de cada una de ellas.

El artículo 53 y siguientes de la Ley 29571 hace referencia a las cláusulas generales de contratación que requieren de aprobación administrativa, debiendo resaltarse que el inciso 2 del artículo 54 de la Ley antes citada señala lo siguiente *“En el caso de los contratos de consumo celebrados por empresas sometidas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, seguros, y administradoras privadas de fondos de pensiones, la aprobación administrativa de cláusulas generales de contratación corresponde a dicha entidad, conforme a la ley de la materia”*.

Finalmente el artículo 69 inciso 2 de la Ley 29571 señala la normatividad aplicable a los seguros de salud, en los términos siguientes *“Las prestaciones de servicios de seguros de salud **y el contenido de sus contratos** se sujetan a lo dispuesto por la regulación especial emitida por la Superintendencia de Banca, seguros, y administradoras privadas de fondos de pensiones”*.

Como se evidencia de la normatividad antes mencionada, INDECOPI como institución protectora de los derechos de los consumidores, ha establecido condiciones, obligaciones y

⁶ INDECOPI. Recuperado el 20 de marzo del 2019 de <http://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/309848/8.CodigoDP.pdf>

responsabilidades (desde el ámbito de su competencia) en las cuales se puede prestar servicios de salud; es así como de la normatividad que regula la relación contractual se puede desprender lo siguiente:

Precisa dos tipos contractuales específicos, contrato por adhesión y contrato de consumo. En cuanto a relaciones contractuales de entidades públicas, se precisa que las cláusulas generales de contratación deben estar previamente aprobadas por la institución contratante. Define conceptualmente a las cláusulas abusivas y las diferencia por sus efectos jurídicos. Precisa que los contratos de consumo celebrados por empresas sujetas a control de la SBS deberán ser aprobados por la SBS. Que, las prestaciones de salud y los contratos están sujetas a las normas que rigen la SBS.

Por lo tanto, si bien el Código de Protección al Consumidor, constituye fuente normativa que regula las condiciones de las prestaciones de salud a favor del asegurado, éstas únicamente están orientadas a garantizar una protección al usuario final (asegurado) mas no determina las condiciones contractuales que rigen dicho negocio jurídico, toda vez que, al constituir el Sistema EPS un seguro de salud, sus condiciones contractuales están reguladas por la Superintendencia de Banca y Seguros- SBS.

3.9 SUPERINTENDENCIA DE BANCA SEGUROS-SBS

La Superintendencia de Banca, seguros y AFP, en adelante SBS, es: *“El organismo encargado de la regulación y supervisión de los Sistemas Financiero, de Seguros y del Sistema Privado de Pensiones, así como de prevenir y detectar el lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Su objetivo primordial es preservar los intereses de los depositantes, de los asegurados y de los afiliados al SPP”*⁷.

La SBS, como institución de derecho público, tiene como marco normativo general la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP - **Ley 26702**.

El inciso 8 del artículo 349 de la Ley 26702 concede a la SBS la atribución de **“Establecer las normas generales que regulen los contratos e instrumentos relacionados con las operaciones señaladas en el Título III de la Sección Segunda de la presente ley; y aprobar las**

⁷SBS. Recuperado el 20 de marzo del 2019 de <http://www.sbs.gob.pe/acercadelasbs>

cláusulas generales de contratación que le sean sometidas por las empresas sujetas a su competencia, en la forma contemplada en los artículos pertinentes del Código Civil”.

Siendo la SBS el órgano supervisor del mercado de Seguros en general, para el ejercicio de sus funciones, aplica todas las normas especiales que regulan el propio sistema de seguros en el Perú y emite resoluciones de carácter obligatorio en la materia, por lo tanto, corresponde precisar las normas que regulan el sistema de seguros en el Perú.

Para los efectos de una regulación específica de los contratos de seguro se promulgó la **LEY N° 29946 - Ley del Contrato de Seguro**, dirigida a ser la ley base de todo tipo de contratos de seguro, definiendo los principios rectores y delimitando todos los efectos jurídicos que de ello se desprende y reconociendo a la SBS órgano supervisor.

La definición de contrato de seguro según el artículo 1 de la Ley 29946 es la siguiente: “*El contrato de seguro es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura, a indemnizar dentro de los límites pactados el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas*”. Posteriormente clasifica a los tipos de seguros existentes.

A su turno el artículo 116 de la Ley 29946, no solo define al seguro de salud en los términos que lo indica; sino que, además agrega lo siguiente: *La prestación podrá consistir también en garantizar al asegurado los servicios de asistencia médica, debiendo el asegurador poner a disposición del asegurado dichos servicios y asumir directamente su costo. Para tal efecto, los planes de seguro de salud y el tratamiento de preexistencias se rigen por la Ley 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, su reglamento y normas complementarias.*

De la norma antes citada se desprende que el contrato de seguro médico no solo constituye una reparación ante un hecho ocurrido en forma posterior a la contratación del seguro (enfermedad); sino que; también, puede consistir en la prestación continua de servicios de salud (preventiva).

Posteriormente, se han emitido normas y reglamentos complementarios que buscan regular los seguros de salud, y se han emitido resoluciones por parte de la SBS, que establecen procedimientos en la prestación de seguros de salud, por ejemplo:

➤ Ley 29878 – Ley que establece medidas de protección y supervisión de las condiciones generales de las pólizas de seguros médicos, de salud o asistencia médica; y su reglamento contenido en el Decreto Supremo N° 117-2012-EF: Esta norma modifica artículos de la Ley 29946 y Ley 26702; debiéndose resaltar que define a la póliza de seguro médico, de salud o asistencia médica; amplía sus facultades supervisoras de la SBS a efectos de la identificación de cláusulas abusivas en las pólizas de seguros médicos y establece la reserva de seguros médicos de salud o asistencia médica.

➤ Resolución SBS N°3202-2013 de fecha 24 de mayo del 2013: que aprueba normas complementarias aplicables a los seguros de salud y que principalmente delimita los alcances del término “Preexistencia” y señala la cobertura que debe tener todo seguro de salud.

➤ Resolución SBS N° 8181-2012 se aprobó Reglamento de Transparencia de Información y Contratación con Usuarios del Sistema Financiero, Que si bien dicha norma esta dirigida a regular al sistema financiero, del contenido de su artículo 46 se puede apreciar que han precisado los criterios para identificar una cláusula abusiva y conceptualizan a las cláusulas abusivas en los siguientes términos ***“Las cláusulas abusivas son todas aquellas estipulaciones no negociadas que en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio de los usuarios, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Se considera que una cláusula no se ha negociado cuando haya sido redactada previamente y el usuario no haya podido influir en su contenido”***, dispositivo legal que resulta aplicable a los seguros de salud en forma supletoria.

Como se puede apreciar de todo lo antes descrito, los seguros de salud y todo lo que derive de dicho seguro, se encuentra plenamente definido y normado por normas generales y especiales, debiendo resaltar que, dicha normatividad, ha precisado que la única fuente generadora de obligaciones en los seguros de salud es el contrato, por lo que se infiere que la solución a controversias en dicha materia debe ser resulta por el Código Civil, pero que también le son aplicables las normas reguladoras sobre la materia, tanto como leyes especiales y resoluciones de la SBS.

Otro punto a resaltar es que las condiciones generales de contratación debe estar aprobada por la SBS e inscrita en el Registro de Modelos de Pólizas de Seguro y Notas Técnicas,

aprobado por la Resolución SBS N° 7044-2013 y sus normas modificatorias o sustitutorias.

La SBS ha conceptualizado el contenido de una cláusula abusiva y ha precisado que cláusulas contractuales son abusivas y los efectos jurídicos que de ella derivan, impidiendo de este modo un ejercicio abusivo del derecho por parte de las aseguradoras.

En el caso de las prestaciones de servicios de Salud bajo el Sistema EPS, las condiciones contractuales en las cuales se desarrolla dicho modelo de negocio no solamente esta sujeta al control de SUSALUD, sino también a la SBS como regulador del sistema de Seguros, cada una de ellas en el ámbito de su competencia.

4.9 OSCE

En cuanto a la normatividad en las cuales se desenvuelve la OSCE, se ha podido evidenciar que por la naturaleza de las prestaciones de servicios de salud bajo el sistema EPS, ésta institución no tiene mucha injerencia normativa; sin embargo, y revisado los pronunciamientos emitidos por el Tribunal OSCE se puede evidenciar que este ha desarrollado meridianamente el instituto jurídico del enriquecimiento sin causa como alternativa de solución a determinadas situaciones suscitadas en las contrataciones públicas.

Como preámbulo, resulta importante citar que el enriquecimiento sin causa en las contrataciones con el estado ya ha sido materia de investigación por parte de la magister Guillen Vales Luz Maria⁸, en la PUCP, es por ello, que resulta necesario analizar como el OSCE resolvió dicha situaciones jurídicas.

Es preciso mencionar que el Tribunal OSCE, no regula la figura jurídica del enriquecimiento indebido, sino que, elabora una descripción conceptual del enriquecimiento sin causa, y como ésta, constituye un escape jurídico para situaciones donde la relación contractual del estado con un privado es declarado nulo como consecuencia de su función de control posterior, así como en la prestación de servicios sin aprobación administrativa y otro.

El precedente obligatorio del Tribunal de OSCE en materia de enriquecimiento sin causa lo

⁸ Guillen Vales Luz Maria Lorena (2013). *Análisis del Enriquecimiento sin causa en las Contrataciones con el Estado*, ubicado en http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5237/GUILLEN_VALES_LUZ_ANALISIS_ENRIQUECIMIENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Recuperado el 19/04/2019

podemos encontrar en el la Resolución N° 176/2004.TC-SU, que ha establecido lo siguiente: “(...) nos encontramos frente a una situación de hecho, en la que ha habido – aún sin contrato válido – un conjunto de prestaciones de una parte debidamente aceptadas - y utilizadas por la

Otra, **hecho que no puede ser soslayado para efectos civiles**. En este sentido, cabe señalar que, conforme al artículo 1954 del Código Civil, el ordenamiento jurídico nacional no ampara en modo alguno el enriquecimiento sin causa”.

De manera posterior y en sendas opiniones legales, OSCE señala lo siguiente:

“De esta manera, para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y, (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, **como puede ser la ausencia de contrato al haberse declarado su nulidad de oficio**”⁹.

Es importante precisar que aun cuando la Entidad en una decisión de su exclusiva responsabilidad reconociera la entrega de una suma de dinero a favor del proveedor, dicho monto no podía considerarse como un pago en términos contractuales -en la medida que el pago era la consecuencia directa de una obligación válidamente contraída- sino como una indemnización por el perjuicio que el desplazamiento patrimonial de la prestación había generado al proveedor.¹⁰

Es importante mencionar que la obligación de reconocer una suma determinada en favor del proveedor cuando se ha configurado un enriquecimiento sin causa, no emana de la normativa de Contrataciones del Estado, menos aún del contrato (pues este no tiene **valor** para la mencionada normativa); sino de un **principio general del Derecho**, según el cual “**nadie puede enriquecerse a expensas de otro**”, que se ha positivizado en el artículo 1954 del Código Civil¹¹.

⁹OSCE. Recuperado el 22 de marzo del 2019 de <https://portal.osce.gob.pe/osce/node/15894>

¹⁰ Opinión 209-2018. OSCE. Recuperado el 22 de marzo del 2019 de <https://portal.osce.gob.pe/osce/node/15894>

¹¹ Opinion199-2018. OSCE. Recuperado el 22 de marzo del 2019 de <https://portal.osce.gob.pe/osce/node/15894>

El contrato en ejecución que ha sido declarado nulo por la Entidad será ineficaz desde el momento de su formación y no solo desde que se dictó el acto que declara la nulidad. Por tanto, respecto de dicho contrato, no solo devienen en inexigibles las obligaciones pendientes de ejecución, sino que también deben considerarse como inexistentes- desde el punto de vista jurídico -las prestaciones ya ejecutadas entre las partes¹².

La Entidad no puede reconocerle al contratista una suma de dinero en concepto de pago por las prestaciones ejecutadas antes de la declaratoria de nulidad de un contrato, es necesario anotar también que sí podría reconocer una suma a modo de indemnización en caso se haya configurado un enriquecimiento sin causa¹³.

Le corresponde al proveedor empobrecido exigir el reconocimiento de una indemnización cuando considere que se ha configurado un enriquecimiento sin causa en favor de la Entidad. Dicha pretensión debería reclamarla en principio directamente a la Entidad y, de no satisfacerla, ante el Poder Judicial¹⁴.

*De conformidad con el criterio contenido en las Opiniones N° 061-2017/DTN y N° 234-2017/DTN, **un requisito adicional para que se configure un enriquecimiento sin causa**, en el marco de las contrataciones del Estado, es que este no sea el resultado de actos de mala fe del empobrecido; es decir, el proveedor debe haber ejecutado las prestaciones de buena fe, lo que implica necesariamente que hayan sido válidamente requeridas o aceptadas por el funcionario o funcionarios competentes de la Entidad. Cabe precisar que similar criterio es adoptado también por el Código Civil para determinados supuestos en los que no se otorga derecho a pago alguno a los terceros que, de mala fe, realizan construcciones en terreno ajeno¹⁵.*

Para que se verifique un enriquecimiento sin causa, en el marco de las contrataciones del Estado, es necesario determinar que: (i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya

¹² Opinión 164-2018. OSCE. Recuperado el 22 de marzo del 2019 de <https://portal.osce.gob.pe/osce/node/15894>

¹³ Opinión 164-2018. OSCE. Recuperado el 22 de marzo del 2019 de <https://portal.osce.gob.pe/osce/node/15894>

¹⁴ Opinión 164-2018. OSCE. Recuperado el 22 de marzo del 2019 de <https://portal.osce.gob.pe/osce/node/15894>

¹⁵ Opinión 112-2018. OSCE. Recuperado el 22 de marzo del 2019 de <https://portal.osce.gob.pe/osce/node/15894>

*empobrecido; (ii) exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; (iii) no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial, como puede ser la ausencia de contrato, o de la autorización correspondiente para la ejecución de prestaciones adicionales; y (iv) **que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor**.¹⁶*

Como se puede desprender de todo lo antes mencionado por la OSCE, estos han evidenciado la existencia de determinados “Supuestos de hechos” que generaría una acción de enriquecimiento sin causa, sin embargo, de su desarrollo jurisprudencial y opinión legal, podemos apreciar que dichos pronunciamientos constituyen una interpretación jurídica-

contractual que elimina la “causa jurídica”, como fuente de la obligación, para de esta forma habilitar al titular del derecho a realizar una acción de enriquecimiento, así por ejemplo, cuando la relación contractual es declarada nula por potestad administrativa de control posterior, considera que: “Que al haberse declarado nulo el contrato, las prestaciones ejecutadas durante la vigencia de dicho contrato devienen en inexistentes” eliminando de este modo causa jurídica como fuente generadora de la obligación, pese al haberse realizado bajo el amparo de un contrato.

Caso contrario, sucede cuando se realizan prestaciones adicionales no autorizadas por el titular de la entidad, en estos supuestos la OSCE faculta al titular de la entidad a reconocer prestaciones realizadas en forma directa a través de una indemnización, pero que, por ningún motivo dicho reconocimiento debe ser considerado como “Pago” ya que este concepto deriva de una relación contractual.

Asimismo precisa que previo al reconocimiento indemnizatorio, deberá acreditarse un enriquecimiento sin causa, agregando un quinto elemento constitutivo, como lo es **“La buena fé”**, elemento que nuestra doctrina no reconoce al enriquecimiento indebido, ya que si mediara la buena ó mala fé, estaríamos refiriéndonos a un pago indebido, mas no, de una acción de enriquecimiento.

Otra característica de los pronunciamientos emitidos por OSCE constituye el hecho de que la acción de enriquecimiento indebido, no puede ser resuelta por los medios alternativos de

¹⁶ Opinión 112-2018. OSCE. Recuperado el 22 de marzo del 2019 de <https://portal.osce.gob.pe/osce/node/15894>

Solución de Conflictos que señala OSCE, llámese Centro de Conciliación o Arbitraje.

De todos los pronunciamientos doctrinarios emitidos por OSCE respecto de la acción de enriquecimiento sin causa, se puede evidenciar que no se aplica un criterio uniforme para todos los casos, ya que en algunos pronunciamientos, nos hace referencia su condición de fuente de la obligación y en otros lo sustenta como principio general del derecho, para posteriormente concordarlo con el artículo 1954 del Código Civil.

Otro punto a resaltar, es que no existe uniformidad en cuanto a los elementos constitutivos de la acción de enriquecimiento, ya que en la mayoría de sus pronunciamientos precisa que son cuatro los elementos constitutivos de la acción de enriquecimiento, sin embargo, en otros pronunciamientos señala la existencia de un quinto elemento constitutivo (mala fé), lo cual, ocasiona una inseguridad jurídica, al momento de iniciar una acción indemnizatoria en sede administrativa.

Por otro lado, OSCE también ha emitido opinión sobre los “Convenios”, pero únicamente, como herramienta de gestión interinstitucional; al respecto ha señalado lo siguiente:

➤ *El literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley establece que se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, pero sujetas a supervisión del OSCE, “Los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga, suscritos entre Entidades, **siempre que se brinden los bienes, servicios u obras propios de la función que por Ley les corresponde, y no se persigan fines de lucro**”¹⁷.*

➤ *Los convenios de colaboración a los que se refiere el literal c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley, son aquellos cuyos objetivos y finalidades difieren de aquellos a los que se orientan los contratos celebrados en el marco de la normativa de contrataciones del Estado; siendo los convenios de colaboración, en el marco de las relaciones de Derecho Administrativo, un medio por el cual las Entidades, con un ánimo de cooperación mutua, buscan alcanzar otro tipo de beneficios de carácter **no lucrativo**.*¹⁸

➤ *Los convenios de colaboración que configuran el supuesto previsto en el literal c) del artículo 5 de la Ley tienen las siguientes características:*

¹⁷ Opinión 01-2018. OSCE. Recuperado el 22 de marzo del 2019 de <https://portal.osce.gob.pe/osce/node/15894>

¹⁸ Opinión 01-2018. OSCE. Recuperado el 22 de marzo del 2019 de <https://portal.osce.gob.pe/osce/node/15894>

✓ **Acuerdo celebrado entre Entidades:** Los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga son celebrados entre Entidades; entendiéndose por Entidades a aquellos organismos, órganos y organizaciones comprendidos dentro del criterio subjetivo que delimita el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado.

✓ **Acuerdo sin fin de lucro:** Las partes del convenio no buscan obtener un beneficio económico (ganancia o utilidad), sino otro tipo de beneficios, tales como: cooperación mutua, gestión especializada, u otro fin de naturaleza análoga.

✓ La ausencia de beneficio económico se evidencia cuando la Entidad que recibe los bienes, servicios u obras no se encuentra obligada a pagarle una retribución a la otra Entidad, según corresponda.

✓ **Acuerdo celebrado para brindar bienes, servicios u obras propios de la función que corresponde a la Entidad:** El objeto de los convenios de colaboración u otros de naturaleza análoga es brindar bienes, prestar servicios o ejecutar obras que son propios de la función que, por mandato legal, corresponde a las Entidades involucradas; no resultaría posible que el objeto de estos convenios sea uno distinto a los antes mencionados.¹⁹

Como se puede apreciar de los pronunciamientos emitidos por OSCE respecto los convenios interinstitucionales, éstos han sido definidos conceptualmente y precisado sus elementos constitutivos; así pues, podemos señalar que los convenios interinstitucionales no se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de las contrataciones con el Estado, pero que si son sujetos de control por parte de OSCE y que, la característica principal del “Convenio” es su “fin sin lucro”; por lo que no está permitido realizar o recibir una prestación económica.

Que, al igual que otras instituciones, OSCE, de manera unilateral procede a conceptualizar al “Convenio” en los términos que lo considera e incluso precisa sus elementos constitutivos; sin embargo, dicho desarrollo no tiene mayor sustento jurídico que una norma genérica del Derecho administrativo, lo cual refuerza la necesidad de regularlos expresamente.

Tampoco ha precisado las consecuencias jurídicas y responsabilidades que derivarían del incumplimiento de dichos “Convenios” por una de las partes, hecho que nos infiere que éstas

¹⁹ Opinión 01-2018. OSCE. Recuperado el 22 de marzo del 2019 de <https://portal.osce.gob.pe/osce/node/15894>

deben ser resueltas por las fuentes de las obligaciones.

Dispositivo legal antes mencionado, del cual se desprende elementos del contrato civil, como acto bilateral (aunque el derecho civil permita actos plurilaterales) relación jurídica, manifestación de la voluntad, y nexo causal; sin embargo es preciso mencionar que el contenido patrimonial que hace alusión el código civil no constituye un elemento constitutivo en el convenio administrativo.

Otra característica de la Resolución de Superintendencia antes mencionada es el hecho que no solamente genera condiciones contractuales-acuerdos; sino que, también genera obligaciones para con la administración pública, como son, las obligaciones de remisión de información, plazo, y las relevantes para el presente trabajo de investigación como es *“No realizar cobros a los asegurados de las IAFAS en exceso en los contratos-convenios, por las atenciones de salud otorgadas”* la cual será oportunamente analizado.

1.4 EL PROBLEMA EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD BAJO EL SISTEMA EPS

De todos los antecedentes sociales y normativos antes señalados, se evidencia que las prestación de servicios de salud derivadas de un contrato de seguro médico, se encuentra plenamente definido y regulado por normas generales y especiales, y sujeta a control por parte de distintas instituciones supervisoras, llámese, SUSALUD, INDECOPI, SBS, y OSCE, las cuales, se encuentran en constante modificaciones en post de un servicio de salud transparente, eficiente y eficaz, que garantice a los asegurados una atención en salud oportuna y de calidad.

Pese a las constantes modificaciones normativas en materia de salud y precisamente en la prestación de servicios de salud bajo el amparo de un contrato de seguro de salud, actualmente, en la prestaciones de servicios de salud bajo el sistema EPS, se ha podido evidenciar que los prestadores de dicho servicios, llámese IAFAS e IPREES privadas, estarían presumiblemente enriqueciéndose indebidamente bajo el amparo de una “causa jurídica” y que no ha sido debidamente regulado por SUSALUD como ente supervisor del sistema de salud.

Que, si bien el modelo económico actual permite la generación de riquezas por iniciativa privada, dichas actividades económicas se encuentran sujetas a las normas de libre competencia, y como tal, se encuentra sujeta a control por parte del Estado, conforme lo ha señalado el Tribunal Constitucional, sin que ello, constituya una intervención estatal en la actividad productiva, es decir, el Estado, a través de sus órganos competentes tienen la obligación de garantizar la libre

competencia y sancionar aquellas prácticas anticompetitivas, sea cual sea su naturaleza.

Desde la perspectiva del asegurado, las prestaciones del servicio de salud pública no son las mejores, ya que existe una elevada cifra de insatisfacción en la atención de salud y otorgamiento de medicinas, a consecuencia de una atención de salud inoportuna y limitada, generándose de este modo una afectación directa a su derecho a la salud.

En este punto, se procederá a describir detalladamente como el modelo de negocio denominado EPS, viene enriqueciendo indebidamente a las empresas aseguradoras-IAFAS y clínicas privadas-IPREES que prestan servicios de salud bajo el sistema EPS (relación de causalidad), en desmedro del Estado y del asegurado (empobrecidos) bajo el amparo de un contrato-convenio (causa jurídica), para posteriormente, indicar las normativas que normas vienen siendo vulneradas por dicho modelo de negocio.

Actualmente las clínicas y las empresas de seguros que prestan servicios de salud bajo el sistema “EPS”, sean IAFAS ó IPREES (Rímac Seguros, Pacífico Seguros, Clínica Pacífico, Clínica Metropolitana, etc.), vienen efectuando cobros sobrevalorados, por: **a)** Costo del servicio de Salud (laboratorio); y, **b)** Costo de medicamentos; causando de este modo un eventual perjuicio al Sistema de Salud, al libre mercado y sobre todo un perjuicio económico al Estado, toda vez que éste último **es quien asume el 90% y 85% del costo total de la atención (servicio médico, medicamento) dependiendo de la póliza de seguro y de la empresa aseguradora.**

Asimismo, se evidencia un eventual perjuicio económico a los usuarios por cuanto vienen pagando un costo mayor por los servicios y medicamentos ofrecidos, a través de la póliza de seguro bajo el sistema Empresas Prestadoras e Salud-EPS.

Estos hechos se materializan a través de contratos y convenios administrativos suscritos por las IAFAS e IPREES (aseguradoras y clínicas privadas que prestan dichos servicios) con SUSALUD; los mismos, que no pueden ser objeto de cuestionamiento por las fuentes formales de las obligaciones (contratos) por haberse celebrado bajo el amparo del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y de acuerdo a la normatividad determinada por SUSALUD, INDECOPI y SBS, pero que sí puede ser objeto de evaluación a través del **“Enriquecimiento Indebido con causa”**, entendida esta última como “Aquel enriquecimiento efectuado por una parte en desmedro de la otra, bajo el amparo de una fuente formal de las obligaciones, como lo es el contrato o el convenio”.

Estando a lo señalado anteriormente, se puede advertir que el Estado y los asegurados vienen pagando un costo mayor, al ofertado por empresas privadas (Laboratorios Inkafarma y Mifarma, etc.) cuando son atendidos en una Entidad Prestadora de Salud EPS-IPREES (Clínicas que

forman parte de la red de salud de una IAFA privada ó mixta), siendo el Estado y los asegurados, quienes asumen una posición negativa al estar perjudicados económicamente; constituyendo dicho acto, una práctica presumiblemente contrario a la normatividad (libre competencia, derecho a la salud y normas de carácter administrativo), generando como consecuencia que la aseguradoras y clínicas vengam enriqueciéndose indebidamente a costa del empobrecimiento de: i) El estado, y, ii) El asegurado.

En ese mismo orden de ideas, siendo las EPS un modelo de negocio creado como un sistema alternativo de salud, a fin de descongestionar a los hospitales públicos, las empresas aseguradoras y clínicas que prestar servicios de salud vienen aprovechándose de ello en desmedro de las arcas del Estado; practica comercial que no ha sido previsto por la normatividad de la Superintendencia Nacional de Salud “**SUSALUD**”, generando como consecuencia de ello, el presumible enriquecimiento indebido con causa por parte de las clínicas y aseguradoras; siendo necesario proteger al: **a)** Mercado de Servicios de Salud, **b)** Usuario, **c)** Estado. Así como también legislar y sancionar dichas prácticas comerciales y como consecuencia de ello, poner fin al abuso efectuado por las clínicas y las aseguradoras mediante la propuesta de una norma especial que regule todo el sistema EPS, así como la modificación de las funciones de “SUSALUD”, en la cual se cautele los fondos económicos del estado en el ejercicio de las prestaciones de salud bajo el sistema EPS, así como regular y sancionar en el reglamento de SUSALUD e Intendencias respectivas.

Como se evidencia hasta aquí, la problemática materia de análisis involucra dos aspectos puntuales, **la primera**, el valor económico de las prestaciones médicas; y, **la segunda**, la Causa jurídica generadora del problema, motivo por el cual es necesario disgregarlas para una mejor comprensión.

➤ **En cuanto al valor de las prestaciones médicas:** Ello forma parte de la función fiscalizadora de SUSALUD, ya que es ésta la llamada a cautelar los fondos destinados a las prestaciones de salud, conforme a lo establecido por:

- Decreto Legislativo 1158, puntualmente en el inciso 2 del artículo 8 que señala que es función de SUSALUD “*Supervisar el uso de los recursos destinados a la provisión de los servicios médicos de salud (...)*”.
- Decreto Supremo N°08-2014-SA “*Reglamento de organizaciones y funciones de SUSALUD*”, puntualmente en: **1.-** El literal b) del artículo 4 que identifica las funciones

generales de SUSALUD “Supervisar que el uso de los recursos destinados a la provisión de los servicios de salud (...);” y 2.- El literal i) del artículo 4.2 que señala “**Supervisar que el valor de las prestaciones y contraprestaciones interinstitucionales por intercambio de servicios, proteja los intereses de los asegurados**”.

Como se evidencia de los articulados antes mencionados, dicha normativa por sí sola, constituye una norma genérica que requiere una regulación especial que lo dote de contenido, motivo por el cual se emitió el siguiente decreto.

- Decreto Supremo 014-2014-SA de fecha 10 de julio del 2014, por la cual se aprueba el Reglamento que regula el Procedimiento Especial de Contratación de servicios de salud (..), decreto por el cual se pretende regular la adquisición de servicios médicos (medicinas) teniendo como base un precio unitario referencial, siendo esta la única norma que regula de manera referencial, el costo de los productos materia de contratación pública, sin embargo, dicha herramienta de gestión no es aplicable al Sistema EPS, por regular un concurso público especial para el abastecimiento de servicios de salud, llámese medicamentos.

En cuanto a las prestaciones de salud bajo el Sistema EPS, estas se encuentran sujetas a las normativas generales de contratación de servicios de salud emitidas por SUSALUD, es decir, la relación contractual de las IAFAS e IPRESS con el Estado, caso contrario, sucede en aquellas relaciones contractuales celebradas entre IAFAS privadas con IPREES privas, en las cuales prima el principio de la autonomía de la voluntad, donde el valor comercial de los servicios que ofrecen no están sujeta a control de SUSALUD.

- **En cuanto a la causa jurídica generadora del problema:** Como se ha precisado anteriormente, el negocio jurídico, por el cual los prestadores de servicio de salud bajo el sistema EPS se vinculan, es a través del contrato y del convenio administrativo; al respecto, resulta indispensable precisar que existen dos formas de prestar servicios médicos al Estado, **la primera**, El procedimiento Especial de contratación de servicios de salud; y **la segunda**, es sujetándose a las disposiciones administrativas reguladas por SUSALUD; motivo por el cual resulta necesario describirlas.

- **El Procedimiento Especial de contratación de servicios de salud:** Se encuentra contenido en el Decreto Supremo 014-2014-SA de fecha 10 de julio del 2014, la cual

constituye como su nombre lo indica, un proceso especial de contratación pública, la cual se encuentra sujeta a la Ley de contrataciones con el Estado, y de la cual podemos señalar que constituye un proceso de selección público sujeta a bases, plazos, y para la cual se requiere la conformación de una comisión *ad hoc*, y culmina con la celebración de un contrato administrativo sujeto a reglas de naturaleza civil y administrativo.

Resulta pertinente precisar que dicho procedimiento especial de contratación, constituye la norma base de contratación de servicios de salud ajenos al sistema EPS, y que resulta ideal para la contratación de medicamentos, ya que proporciona a ESSALUD y al SIS un procedimiento mas célere a los señalados en la Ley de Contrataciones con el Estado.

- Disposiciones administrativas reguladas por SUSALUD: Estos dispositivos se encuentran regulados en la Resolución de Superintendencia N° 091-2014-SUSALUD/S modificado por Resolución de Superintendencia N° 106-2015-SUSALUD/SA de fecha 20 de julio del 2015 que aprueba los **"Lineamientos para los contratos o convenios suscritos entre las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud y las Unidades de Gestión de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud"**.

En este punto, debemos precisar que es éste el marco normativo aplicable al modelo de negocio del Sistema EPS, ya que establece cláusulas generales de contratación que son aplicables a la relación contractual bajo el sistema EPS, la cual se materializa mediante la emisión de un modelo contractual base, concediendo a los contratantes la facultad de agregar cláusulas adicionales.

Otra precisión importante es que dicho modelo contractual, únicamente regula la relación contractual de los prestadores de servicios de salud con SUSALUD

Hasta este punto se ha precisado que la problemática en la prestación de servicio de salud bajo el sistema EPS, está marcada por una regulación de precios de servicios y productos de salud y que la fuente generadora de las obligaciones son el contrato y el convenio; sin embargo, también se ha podido advertir que el Sistema EPS presumiblemente estaría afectado el libre mercado, a través de prácticas presumiblemente anticompetitivas, como se describe a continuación:

Que, pese a existir un marco normativo que regula el modelo de negocio de EPS, dicha normatividad, no ha regulado las prácticas comerciales que afecten el libre mercado, por lo tanto, y ante situaciones no reguladas por SUSALUD se requiere de la aplicación e interpretación de la

normatividad que regula el libre mercado y todo el sistema de seguros de salud.

Prueba de lo señalado en el párrafo anterior, es que, la única referencia en cuanto a prácticas comerciales anticompetitivas es la contenida en el literal P del inciso 1 del artículo 4 del Decreto Supremo 08-2014-SA-Reglamento de Organizaciones y Funciones de SUSALUD- que establece como función de SUSALUD: “Identificar las cláusulas abusivas en los contratos o convenios que suscriben las IAFAS con los asegurados o entidades que los representen, según las disposiciones aplicables de la Ley N° 29571 Código de Protección y Defensa del Consumidor, con excepción de las pólizas de seguros de las Empresas de Seguros bajo el control de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones”

Sin embargo podemos evidenciar que dicho articulado, concordante con el reglamento de infracciones y sanciones, son las únicas referencias normativas que pretende, evitar un perjuicio al asegurado producto de una relación contractual válida, la cual a su vez, carece de contenido conceptual y alcances normativos, motivo por el cual SUSALUD emitió el **Acuerdo Plenario N° 005-2017 de fecha 21 de marzo de 2017** por el cual se acordó aplicar supletoriamente la Ley 29571, en todo lo referente a cláusulas abusivas, la cual a su vez referencia en los servicios de seguros de salud a la Superintendencia de Banca y Seguros- SBS.

El artículo 49 de la ley 29571 Código de Protección al Consumidor, precisa que las cláusulas abusivas son aquellas estipulaciones no negociadas que coloquen al estipulante en una situación de desventaja o desigualdad; siendo ello así, y constituyendo la relación contractual del asegurado un contrato de seguro de salud, las cláusulas contractuales se encuentran sujetas a control de la SBS.

A su turno, la SBS mediante Resolución SBS N°8181-2012, puntualmente en su artículo 46 procede no solo realiza una definición de cláusulas abusivas, sino que, va mas allá y precisa los criterios para la determinación de cláusulas abusivas, proporcionando una lista de supuestos que constituirían cláusulas abusivas.

En la prestación de servicios de salud en el Sistema EPS, el costo de los servicios médicos ofertados al Estado a través de contrataos de seguros esta sujeta a la ley de la oferta y demanda, es decir, son los privados quienes fijan los costos de dichos servicios y productos, no pudiendo SUSALUD determinar el costo de los servicios médicos ofertados por las IAFAS e IPREES privadas, y que si bien la SBS y SUSALUD han regulado el contenido de las clausulas generales de un contrato de seguro de salud, a través de la elaboración de contratos tipo, dicha regulación no afecta la potestad de los privados al momento de cuantificar el costo de los servicios que ofrecen.

Como se ha evidenciado, SUSALUD no ha previsto situaciones que afecten la libre competencia en el modelo de negocio de EPS, por lo que no existe una normatividad que regule y menos sanciones prácticas anticompetitivas, y que si bien puede señalarse que, el ente competente en materia de regulación del mercado es INDECOPI, no es menos cierto que, es función de SUSALUD supervisar el sistema de salud, por lo tanto, también es competente para emitir pronunciamiento.

Para finalizar, se ha señalado que los “Convenios” también constituyen fuente generadora de obligaciones, tal como se ha descrito en su oportunidad; sin embargo, es ésta situación, la que mayor incertidumbre genera en el Sistema EPS, ya que no existe una definición clara de que constituye un convenio, menos de su naturaleza jurídica y sus efectos legales, siendo por el contrario se ha advertido el uso indiscriminado del término “Convenio”, equiparándolo normativamente al contrato como fuente generadora de la obligación.

Al respecto las únicas referencias normativas que se han podido identificar se encuentran en el artículo 86 de la Ley de Contrataciones con el Estado aprobado por Decreto Supremo 084-2008- EF, que permite la suscripción de convenios. Así como el proyecto de norma emitidas SUSALUD, que pretende regular las relaciones contractuales o de convenio entre las IAFAS y los afiliados, la misma que se encuentra contenido en la Resolución de Superintendencia N° 106-2014- SUSALUD/S.

1.5 PREGUNTA PROBLEMATIZADORA

¿ ¿Cómo las relaciones contractuales en el Sistema EPS, al no poder ser resueltas por las fuentes formales de las obligaciones ni las normas del derecho administrativo, están generando enriquecimientos indebidos con causa a favor de las Empresas de Seguros que administran fondos de salud y Clínicas que prestan servicios de salud?

1.6 JUSTIFICACION E IMPORTANCIA DEL ESTUDIO

El presente trabajo de investigación se justifica en la relevancia teórica de la institución jurídica analizada, como una alternativa de solución en la problemática de las prestaciones de servicios de salud bajo el Sistema EPS, la cual va evidenciar que en el sistema de salud se está suscitando una acción de enriquecimiento indebido pero con causa jurídica válida, siendo esta la principal

Contribución del trabajo investigado a dicha institución jurídica. Asimismo, va permitir no solo el restablecimiento de las transferencias de los valores patrimoniales a favor del estado y el usuario, sino que también, va permitir identificar las deficiencias normativas del sistema de salud en la valoración de costos por medicamentos y laboratorio (análisis clínicos) pagados por el estado a favor de los actores privados que brindan dichos servicios de salud, poniendo fin de este modo a una práctica comercial anticompetitiva, presumiblemente de concertación de precios entre las empresas aseguradoras y clínicas privadas al momento de cotizar los servicios que prestan bajo este sistema.

1.7 OBJETIVOS

1.9 GENERALES

Demostrar que las relaciones contractuales en el Sistema EPS, al no poder ser resueltas por las fuentes formales de las obligaciones ni las normas del derecho administrativo, **generan un enriquecimiento indebido con causa** a favor de las IAFAS e IPREES que prestan estos servicios de salud.

2.9 ESPECIFICOS

- Identificar las deficiencias normativas existentes en relación a la cuantificación de los costos pagados por parte del Estado y los usuarios a favor de prestadores de servicios de salud privados y las consecuencias económicas que les estaría generando.
- Describir como la sobrevaloración de los precios en el sistema EPS, constituye una falla del mercado, que vulnera el derecho de la libre competencia en el sector de salud.
- Establecer un método o mecanismo de cuantificación de los costos de las medicinas y servicios médicos ofertados por las empresas aseguradoras y clínicas privadas en las prestaciones de salud bajo el sistema EPS, y que permita equiparar de manera referencial dichos costos, a los ofertados por agentes de salud fuera del sistema EPS.

1.8 HIPOTESIS Y VARIABLES

1.9 HIPOTESIS:

Las relaciones contractuales en el Sistema EPS, al no poder ser resueltas por las fuentes formales de las obligaciones ni por las normas del derecho administrativo, están generando un enriquecimiento indebido con causa a favor de las Empresas Aseguradoras y Clínicas que prestan estos servicios de salud.

2.9 VARIABLES:

VARIABLES	DIMENSIONES	INDICADORES
VARIABLE INDEPENDIENTE Las relaciones contractuales en el Sistema EPS, no pueden ser resueltas por las fuentes formales de las obligaciones ni las normas del derecho administrativo.	RELACIONES CONTRACTUALES EN EL SISTEMA EPS	SUSALUD IAFAS PRIVADAS IPREES PRIVADAS
	SUSALUD NO PUEDE RESOLVER LOS CONTRATOS EN EL SISTEMA EPS POR LAS FUENTES FORMALES DE LAS OBLIGACIONES NI LAS NORMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	LA NO RESOLUCION DE LOS CONTRATOS POR LAS FUENTES FORMALES DE LAS OBLIGACIONES.
		LA NO RESOLUCION DE LOS CONTRATOS POR LAS NORMAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

VARIABLE DEPENDIENTE Enriquecimiento indebido con causa por parte de las IAAS e IPREES del Sistema EPS	ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO CON CAUSA	INSTITUCIONES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES - IAFAS INSTITUCIONES PRESTADORAS DE SERVICIOS DE SALUD- IPREES
--	---------------------------------------	---

1.9 POBLACION Y MUESTRA

1.9.1 UNIDAD DE ANÁLISIS

Estará constituida por los usuarios del sistema EPS en la ciudad de Chiclayo

1.9.2 POBLACION

El Universo de estudio está representado por los usuarios de salud del Sistema EPS en la ciudad de Chiclayo, en el periodo comprendido entre los años 2018-2019.

1.9.3 MUESTRA

Atendiendo a las características de investigación a desarrollar se utilizaron dos tipos de muestras: primera: La Encuesta, la cual está dirigida a medir el nivel de conocimiento de los costos de los servicios ofertados en Sistema EPS, así como su grado de aceptación de dicho sistema. segunda: Las Boletas de venta emitidas en la ciudad de Chiclayo por agentes del sistema de salud que forman parte y no del Sistema EPS, a fin de acreditar la sobrevaloración de costos de servicios de salud.

1.10 METODOLOGIA EMPLEADA POR EL INVESTIGADOR

Teniendo en cuenta la problemática se evidenció la necesidad de realizar una investigación que abarque tres tipo de investigación: explorativo, descriptivo y explicativo; siendo ello así, la metodología utilizada para la comprobación de la hipótesis consistieron en:

- **Método Comparativo.-** Se empleó este método, a fin de evidenciar la sobrevaloración de los costos de los medicamentos y análisis clínicos ofertados por las IAFS e IPREES privada bajo el Sistema EPS, siendo necesario para tal fin, la comparación de boletas de venta por un mismo producto o servicio, por un operador del sistema EPS y no fuera de éste.
- **Método Deductivo e Inductivo.-** En la aplicación de patrones y verdades aceptadas en ciertas proposiciones, para crear nuevas propuestas a partir de las situaciones analizadas; este método, está orientado a demostrar que en la realidad fáctica están suscitándose hechos jurídicos que constituyen enriquecimientos indebidos pero a consecuencia de una causa jurídica válida.
- **Método jurídico.-** A fin de vislumbrar a través del análisis exegético de las normas positivas involucradas, si se cumple con la protección legal en igualdad de condiciones para los asegurados en la prestación de servicios de salud por parte de las clínicas y aseguradoras particulares.
- **Método de análisis.-** con el objeto de estudiar la existencia de regulación respecto a las EPS a fin de conocer los elementos que las componen.

CAPITULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. DERECHOS FUNDAMENTALES

Desarrollar los derechos fundamentales constituye una ardua labor académica, toda vez que mucho se ha escrito sobre ello, y muchas son la corrientes doctrinales que se han desarrollado en el tiempo, hasta llegar a la comprensión que tenemos actualmente, motivo por el cual el presente trabajo no pretende desarrollar un análisis profundo sobre los derechos fundamentales, ni cuestionar las posiciones doctrinales existentes, toda vez que ello no es materia de estudio de la presente investigación, sin embargo, es preciso identificar que constituye un derecho fundamental, para de este modo poder determinar que clases de derechos forman parte de la esfera de los derechos fundamentales y como alguno de estos están siendo vulnerados por una práctica comercial válida, pese existir instituciones de control gubernamental.

El antecedente más remoto de los derechos fundamentales “Aparece en Francia hacia el año 1770 en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La expresión ha alcanzado luego especial relieve en Alemania tras la Constitución de Weimar de 1919, cuya concepción acerca de los derechos fundamentales, parte de un extremado positivismo jurídico, que entendía los derechos —como recordara Otto B ACHOF— no como seguridades y garantías de un orden de valores”²⁰ posteriormente los derechos fundamentales, como tal, nacen del concepto establecido en la carta de las Naciones Unidas (1948), bajo la denominación de los «derechos humanos» que se definen como “Aquellas libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el simple hecho de su condición humana, para la garantía de una vida digna, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.”²¹

²⁰ Obando Blanco Víctor Roberto (2002), *El razonamiento Jurídico en el Derecho comparado*, ubicado en <https://app.vlex.com/#PE/vid/60274067>. Recuperado el 29/11/2018

²¹ Dotú i Guri, María del Mar (2013), *Los Derechos Fundamentales, concepto actual*, ubicado en <https://app.vlex.com/#PE/vid/480896710>. Recuperado el 29/11/2018.

Para la Real Academia de lengua Española el derecho fundamental es: *“Aquel conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva.. Y el adjetivo fundamental, calificador del nombre que acompaña, como aquello que sirve de fundamento o es lo principal en algo.”*

Para Maria del Mar Dotú i Guri, los derechos fundamentales son *“Aquella norma y/o principio que, por su carácter de inherente a toda persona, se considera principal dentro del conjunto de normas que conforman todo el resto de cuerpo legislativo de un Estado y base de las mismas por cuanto determina los límites legislativos que, de forma obligada, deberán”*²²

El profesor Luigi FERRAJOLI propone una definición teórica , puramente formal o estructural , de derechos fundamentales: *Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas*²³.

Para Federico de Fazio²⁴ *“Los derechos fundamentales en sentido estricto deben ser entendidos como derechos subjetivos que gozan de rango constitucional y cuya estructura está compuesta por: un sujeto titular “a”, que representa a una persona física; un sujeto destinatario “b”, que puede ser tanto el Estado como una persona física o jurídica de derecho privado; y un objeto “Apf”, que simboliza una acción positiva fáctica”*

Como se ha podido apreciar de los distintos conceptos de derechos fundamentales, existe un común denominador entre ellos, el cual consiste en que es un derecho subjetivo inherente al ser

²²Dotú i Guri, Maria del Mar (2013), *Los Derechos Fundamentales, concepto actual*, ubicado en <https://app.vlex.com/#PE/vid/480896710>. Recuperado el 29/11/2018.

²³Ferrajoli Luigi (2001) *Una definición formal del concepto de derecho fundamental*, ubicado en <https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibsipansp/reader.action?docID=3219274&query=derecho+fundamentales>. Recuperado el 29/11/2018

²⁴Fazio Federico (2018) *Revista de Derecho del Estado*, ubicado en https://app.vlex.com/#PE/search/*/derechos+fundamentales/PE/vid/736496957, recuperado el 03/12/2018.

humano que puede ser exigido por cualquier persona y debe ser respetado por el Estado, toda vez que la vulneración de estos derechos afectan directamente el desarrollo del individuo, por lo tanto, su garantía radica en el rango Constitucional y Supranacional en el cual ha sido incorporado a nuestro ordenamiento jurídico ya que permite reestablecer su afectación no solo a nivel nacional, sino ante las instancia internacionales, como son CIDH, Corte Penal Internacional etc.

Que, habiéndose mencionado el carácter subjetivo e inherente de los derechos fundamentales, corresponde identificar qué tipos de derechos forman parte de la esfera de protección de los derechos fundamentales, sobre esto, podemos señalar que los derechos fundamentales se clasifican en cuatro tipos, Derechos Civiles, Sociales, económicos y Ambientales.²⁵

Derechos Civiles: *Están constituidos por todos aquellos derechos individuales del ciudadano que tienen que ver con su relaciones interpersonales, así como su propia integridad, como por ejemplo el derecho a la vida y la salud*

Derechos Sociales: *Dentro de esta clasificación están todos aquellos derechos que puedan establecerse dentro de una sociedad, por ejemplo la libre asociación.*

Derechos Económicos: *Estos derechos están referidos a facultad que tiene el individuo para disponer de su dinero, crear actividades económicas sea a nivel individual como grupal.*

Derechos Ambientales: *Este tipo de derecho es novedoso y están relacionados a la protección del medio ambiente por parte del Estado.*

Para los fines del presente trabajo de investigación el Derecho la Salud, reviste de vital importancia, porque, La tesis está orientado al análisis de las prestaciones de salud bajo el Sistema EPS; por lo tanto resulta necesario comprenderlo en toda su dimensión.

2.1.1 DERECHO A LA SALUD

Que habiéndose determinado que, el derecho a la salud constituye un derecho fundamental, ahora, es necesario comprender en que consiste el derecho a la salud y como éste derecho constituye de vital importancia para el individuo; al respecto, Eduardo Vega Luna²⁶ en su

²⁵Clasificación de Derechos Fundamentales. <https://www.clasificacionde.org/clasificacion-de-los-derechos-fundamentales/> Recuperado el 03/12/2018.

²⁶ Vega Luna, Eduardo (2013) La Salud es un derecho de todos, ubicado en <https://app.vlex.com/#WWW/vid/452960906>. Recuperado el 05/12/2018

condición de Defensor del Pueblo señala lo siguiente *“A diferencia de otros derechos, el de la salud tiene una estrecha relación con la vida, pues la enfermedad puede menoscabar la propia existencia de la persona. Además, del ejercicio de este derecho dependen otros: no podemos trabajar, ir a votar o incluso ejercer nuestra libertad de tránsito, si no gozamos de salud”*.

Como se desprende de la cita antes mencionada, el derecho a la salud no es un derecho aislado de los individuos, toda vez que el goce de una salud optima o deficiente repercutirá en otros derechos del ciudadano, ya que como señala acertadamente el autor, no se puede trabajar sino existe salud, por lo tanto el derecho a salud resulta de vital importancia no solo para el ciudadano sino para el propio estado.

Para el Tribunal Constitucional el derecho a la salud es definido en los siguientes términos: *“El derecho a la salud comprende la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser, lo que implica, por tanto, una acción de conservación y otra de restablecimiento; acciones que el Estado debe efectuar tratando de que todas las personas, cada día, tengan una mejor calidad de vida. Ello comporta una inversión en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, así como la puesta en marcha de políticas, planes y programas en ese sentido”* (F. j. 27, segundo párrafo).²⁷

De la conceptualización antes mencionada podemos apreciar que: Nuestro Tribunal ha entrelazado el derecho a la salud con el derecho de recibir una prestación de salud optima por parte del Estado, hecho que considero acertado, toda vez que es el estado el llamado prestar este servicio a todos los ciudadanos, que actualmente se cumpla o no, es materia de discusión, pero cierto es, que cada día más ciudadanos gozan de este servicio por parte del Estado.

Como antecedentes del derecho a la Salud señalaremos: La Declaración Universal de los Derechos Humanos (25.1) quien ha precisado que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias*

²⁷Caso Correa Condori, STC 2016-2004-AA

independientes de su voluntad”.

El artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala que *“Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”*, como se desprende de las declaraciones antes mencionadas el derecho a la salud propiamente dicha no estaba conceptualizada, sino, que estaba concatenado con demás derechos sociales fundamentales ahí mencionados, dando un marco más general, es decir, el derecho a la salud pasa a forma parte de la esfera del Derecho Constitucional, toda vez que se le ha dado un rango supranacional de ineludible cumplimiento.

El derecho a la salud se encuentra Intrínsecamente relacionado al **“Estado de Bienestar”**, el cual, a su vez ha visto su desarrollo en la postguerra- final de la década de los 70, este periodo, según Celia Weingarten²⁸ *se caracterizó por propender al bienestar colectivo, que concilió el interés económico con los reclamos sociales, en virtud de la universalización de la salud, la educación, el empleo y la protección social, interpretando que el progreso social es parte del desarrollo económico.*

Como se desprende de la cita antes mencionada el rol de estado se orientaba a procurar el bienestar de sus ciudadanos, reivindicando de este modo las luchas sociales que por aquel entonces se suscitaban, pero señala la misma autora, *“Que dicha orientación social del estado se ve interrumpida por la política neoliberal de los 80 que arraso con las concepciones hasta entonces e implico una drástica transformación del rol del Estado en el plano social, haciendo prevalecer otros modelos que priorizaron la economicidad por sobre otros valores*, es decir, el estado varió de una visión social a una visión mercantilista, en la cuales considera a la economía de mercado como el bien máspreciado, ya que será el mercado el encargado de crear condiciones para la generación de las riquezas, las cuales a su vez, se verán reflejados en la mejora de la calidad de vida del ciudadanos, todo ello, con un mínimo de intervención estatal.

²⁸Weingarten Celia, 2011, *Manual Parte General Derecho Civil Comercial y de Consumo*, Tucuman, editorial La Ley S.A.E.e I, pagina 359.

Para LEMA AÑON CARLOS²⁹ hablar de un concepto de derecho a la salud *“Es una forma abreviada y poco precisa de denominarlo ya que, entendido estrictamente, no tendría sentido al venir a significar como mínimo un «derecho a no estar enfermo», lo que está fuera de las posibilidades jurídicas. Es decir, este derecho no puede garantizar un resultado que está fuera del alcance humano, sino la utilización de ciertos medios para la protección de la salud. En realidad sería un «derecho a la protección» en el sentido en que es un derecho a que se establezcan -por parte del Estado- una serie de medidas que permitan que la salud de los ciudadanos sea promocionada o reparada”*.

Para este autor, no cabría un concepto puro de derecho a la salud, toda vez que efectuarlo limitaría dicho derecho, por su parte, propone una redefinición del concepto de salud, en la cual, no solo se identifique a la salud como derecho, sino que, se entrelace con la obligación del estado de prestar servicios de salud.

Como se ha podido apreciar de todos los conceptos de salud antes mencionados, todos ellos tienen algo en común, el cual es, *la prestación de los servicio de salud por parte del Estado*, ello no constituye una casualidad, sino que, como ya hemos citado anteriormente es el logro de las luchas sociales de los ciudadanos, la cual ha logrado elevar éste derecho a rango Constitucional, lo cual a su vez ha logrado que todos los estados del mundo tengan políticas públicas destinadas a cubrir esta necesidad de sus ciudadanos; sin embargo en el Perú existen brechas económicas que no permiten que todos los ciudadanos gocen de este derecho, ello debido al corte neoliberal de nuestra política Económica.

Para clarificar lo antes mencionado es necesario señalar que si bien el desarrollo de la actividad empresarial-económica relacionada con la prestación de servicios de salud, bajo el modelo económico neoliberal ha visto un desarrollo notable, de tal modo, que a la fecha resulta una actividad empresarial muy rentable, sin embargo, ese desarrollo empresarial-económico de la prestación de salud, ha originado que un gran sector de la población se vean excluidos de los beneficios que implica una atención de salud, ello debido a los altos costos que se requiere, los cuales no pueden ser cubiertos por la gran mayoría, hecho que se ve repercutido en los

²⁹ Lema Añon, Carlos (2010), *Salud, Justicia Derechos, El derecho a la salud como derecho social*, ubicado en <https://app.vlex.com/#WWW/sources/5013>. Recuperado el 05/12/2018

Hospitales Públicos, los cuales se ven abarrotados con pacientes, sobrepasando su capacidad de atención, lo cual a su vez, genera una prestación de salud ineficiente y por consiguiente una afectación al derecho a la salud del ciudadano.

Por lo tanto, el derecho a la salud constituye un derecho de vital importancia que reviste de imperiosa necesidad su cautela por parte del Estado, a través de sus instituciones encargadas de prestar este servicio, ya que de garantizarse plenamente éste derecho, se estaría garantizando una serie de derechos conexos, que no solamente recaen en la esfera del bienestar del individuo, sino que, repercuten en la economía de un Estado.

2.1.2 SERVICIOS PÚBLICOS DEL ESTADO

Al referirnos a los Servicios Públicos del Estado, necesariamente estamos haciendo referencia a la capacidad organizativa del Estado para brindar a sus ciudadanos las condiciones básicas necesarias para su desarrollo, sobre esto, resulta necesario previamente comprender las ideas de Administración Pública.

Reyna Alfaro/ Ventura Saavedra, desarrollan y precisan que la Administración Pública puede ser concebida en dos acepciones: 1.- *La idea de Administración Pública en el Estado de Policía*: En la cual existe un estado de sujeción por parte del ciudadano para con el Estado y se vincula con el carácter marcadamente intervencionista del Estado, en la cual el administrado es una extensión del poder del Estado, y en donde la satisfacción de los servicios públicos queda al juego libre de las fuerzas sociales; y, 2.- *La idea de Administración Pública en el Estado de Derecho*: En esta idea, el administrado ya no es objeto de poder, sino el ciudadano. En el cual el estado asume un papel destinado a la satisfacción de los intereses de la ciudadanía, es decir, el Estado asume una posición de prestación de servicios.³⁰

De las ideas de administración Publica antes mencionada, el Perú ha desarrollado la segunda de ellas, es decir, la Administración Publica como Estado de Derecho, la cual esta orientada a satisfacer las necesidades básicas de sus ciudadanos, para tal fin, despliega todo un aparato administrativo, logístico y económico, a fin de cubrir a la mayor cantidad de ciudadanos de servicios públicos que garanticen su normal desarrollo, brindándoles de este modo las

³⁰ Reyna Alfaro/Ventura Saavedra. <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Servicios-P%C3%BAblicos-en-el-Per%C3%BA-UNAM.pdf>. Recabado el 10/12/2018.

condiciones necesarias para su desarrollo.

En el Perú, la idea de estado de Derecho, ha alcanzado desarrollo no solo los derechos civiles de los ciudadanos, sino que también en la forma de cómo se administra la cosa pública, y como éste garantiza la prestación de un servicio público eficiente, para comprender esta idea es necesario comprender ¿Qué es el Servicio Público?

Sobre esto último, Reyna Alfaro/Ventura Saavedra³¹, precisan lo siguiente: *Son aquellos servicios de interés general cuyo uso esta a disposición del público a cambio de una contraprestación tarifaria, sin discriminación alguna, dentro de las posibilidades de la oferta técnica que ofrecen los operadores. Estos servicios tienen por objeto la producción de bienes y actividades dirigidas realizar fines sociales, como satisfacer las necesidades de una comunidad, no solo en términos económicos, sino también en términos de promoción social, promoviendo de este modo el desarrollo económico y civil de un país*

Para Torrino Mas Joaquin³², el Servicio Público es *“Aquella actividad prestacional indispensable para la realización del desenvolvimiento de la interdependencia social que, como tal, debe ser garantizada por las administraciones públicas. Esta garantía no supone que en todo los casos el ejercicio de esta actividad deba ser excluido de la libre iniciativa económica (...)”*

Para Matias Camargo, Sergio Roberto³³ actualizando los pensamientos de Duguit y De Laubadere señala que *“Se entiende por servicio público toda actividad organizada tendiente a resolver necesidades de interés general, colectivas o públicas de la población, en forma regular, continua y obligatoria, de acuerdo con un régimen jurídico especial de derecho público, con la participación activa de la Administración Pública en la prestación directa, en su regulación y control. Los servicios públicos son aquellas actividades que*

³¹ Reyna Alfaro/Ventura Saavedra. <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wp-content/uploads/2013/08/Servicios-P%C3%BAblicos-en-el-Per%C3%BA-UNAM.pdf>. Recabado el 10/12/2018.

³²Torrino Mas, Juan (2016) Servicios Públicos y Remunicipalización. Publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdictions:PE+content_type:4/servicios+publicos+del+estado/PE/vid/651814989/graphical_version. Recabado el 10/12/2018.

³³Matias Camargo, Sergio Roberto (2014) Los servicios Públicos como derechos fundamentales. Publicado por UPTC (Colombia). https://app.vlex.com/#WW/search/*los+servicios+publicos/p4/WW/vid/738183425/graphical_version. Recabado el 12/12/2018.

satisfacen necesidades colectivas, generalmente esenciales, que deben ser ofrecidos en forma universal, obligatoria, continua y en condiciones de igualdad y calidad, a toda la comunidad”.

Como se desprende de los conceptos de “Servicio Público” antes mencionados, podríamos parafrasear diciendo que los Servicios Públicos constituye una actividad prestacional por parte del Estado, para satisfacer las necesidades básicas que necesita el ciudadano, como salud, educación, agua, desagüe, seguridad etc, a cambio de una contraprestación económica reducida, ello a fin de garantizar el óptimo desarrollo del ciudadano y el autosostenimiento de los servicios públicos prestados.

Habiéndose clarificado el concepto de servicio público podemos señalar que el Estado brinda estos servicios a los ciudadanos a través de sus diferentes estamentos, para tal fin, se creó organizaciones complejas y especializadas que tienen como misión dotar de servicios públicos eficientes al ciudadano, sin embargo, no todos los servicios públicos que brinda el estado puede ser asumidos económicamente por éste, debido a los altos costos que ello implica, por eso, en la década de los 90, puntualmente al promulgarse la Constitución Política del Perú, el estado introdujo una política económica de libre mercado, y desarrollo una política pública de reducción del aparato estatal, a través de las famosas privatizaciones, lo cual conllevó a que, muchos servicios públicos que brindaba el estado sean vendidos a empresas privadas, trayendo consigo un cambio radical en dichas organizaciones y consiguiente prestación de servicios, como contrapeso de dichas medidas se creó antes de regulación de servicios básicos que buscan asegurar una prestación de servicios eficiente.

Actualmente, el Estado Peruano no es el principal ofertante de servicios básicos, sino la empresa privada, quienes con sus proyectos de inversión y organización empresarial casi siempre han logrado una prestación de servicios eficiente; sin embargo, el estado se ha reservado la prestación de determinados servicios públicos que se consideran sensibles para el ciudadano, por ejemplo, la Salud, (sin que ello implique restricciones a la iniciativa privada en materia de salud) pretendiendo garantizar de este modo, que el derecho a la salud no se vea restringido por la capacidad económica de los ciudadanos, así como lograr la mayor cobertura de atención médica.

Los servicios Públicos que presta el Estado Peruano en la actualidad, forman parte de toda una organización compleja que no se puede ver a simple vista, toda vez, que las competencias y facultades para su ejercicio están determinadas por normas de rango de ley y de naturaleza

administrativas, algunas de carácter autónoma y otras subordinadas a los diferentes Ministerios, sin embargo, todas ellas persiguen el mismo fin, la cobertura de servicios básicos previamente identificados.

2.1.3 RESPONSABILIDADES DEL ESTADO

En este punto no trataremos la “Responsabilidad del Estado” desde un punto de vista del derecho de daños, sino desde la óptica del Estado como Gestor Público responsable de brindar servicios públicos para los ciudadanos y como éste se ha organizado puntualmente en materia de salud.

El artículo 11 de la Constitución Política del Perú señala *“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”* partiendo desde esta premisa diríamos que el Estado es el único encargado de velar por la salud de todos los ciudadanos y por consiguiente el responsable por una deficiente prestación de servicios público de salud, sin embargo ello no es del todo cierto, toda vez que si bien la política Pública en salud de un Estado es primordial para el desarrollo de sus ciudadanos, no es menos cierto que el Estado Peruano no tiene toda la capacidad económica para subvencionar todos los servicios de salud que requiere la ciudadanía, motivo por el cual, actualmente coexisten dos modelos de prestación de salud, **el contributivo y el subsidiado**,

El primero de ellos: Consiste en que el ciudadano contribuye con un aporte económico mensual al sostenimiento de la prestación de salud (ESSALUD); y, El segundo, consiste en que la prestación de salud es solventado económicamente por el estado, éste sistema está dirigido a personas en estado de pobreza que no pueden solventar una contribución económica (SIS-MINSA).

Debido a la alta demanda de servicios de salud y a una correlativa deficiente atención por parte del Estado, se consideró necesario la creación de un sistema mixto de prestación de salud, en la cual, el usuario seguiría aportando económicamente pero ya no sería el estado el encargado de brindar dichas las prestaciones de salud, sino, sería la empresa privada la encargada de prestar dicho servicio, para tal fin, se diseñó el modelo de negocio denominado la Empresas Prestadoras de Salud – EPS, creándose todo un marco legal para su ejecución así como la Superintendencia de Empresas Prestadoras de Salud. SEPS, actualmente extinguida para dar paso a la creación de una intendencia única en los servicios de salud- SUSALUD- quien

actualmente es ente encargo de regular y controlar y sancionar a todos prestadores de servicios de salud, sean públicos o privados.

Que si bien el sistema contributivo estatal o mixto, está dirigido a que más personas accedan a la prestación de servicios de salud, ello tiene una barrera, infranqueable para algunos, y que consiste en el aporte económico que se requiere para acceder a ella, hecho que ha originado que muchos ciudadanos en estado de pobreza no puedan acceder a dichos servicios de salud, motivo por el cual el Estado a través del Seguro Integral de Salud- SIS, busca que todas aquellas personas en estado de pobreza puedan acceder a las prestaciones de salud sin la necesidad de un aporte económico, toda vez que ello es asumido en su integridad por el Estado Peruano, sistema que ha logrado que personas en estado de vulnerabilidad accedan a los servicios de salud, generando mejor calidad de vida para el ciudadano y propiciando que el ciudadano pueda ejercer aquellos derechos conexos que le da un buen estado de salud.

Los sistemas de salud antes descritos coexisten actualmente y constituyen la respuesta del Estado a las necesidades de la ciudadanía, pretendiendo cumplir de este modo con su obligación de proveedor de servicios de salud.

Como se ha podido resumir sucintamente en este punto, la responsabilidad del Estado en la prestación de servicios de salud, constituye la obligación de éste, en procurar brindar servicios de salud de calidad y lograr que el mayor número de ciudadanos puedan acceder a dicho servicios, para tal fin se requiere de políticas públicas legitimadas por la ciudadanía y respaldadas económicamente, fortaleciendo de este modo la Institucionalidad de los estamentos que brindan servicios de salud así como los sistemas de salud que lo soportan.

2.1.4 SEVICIOS PÚBLICOS DE CALIDAD

Muchas veces se ha visto en medios de comunicación televisivos, reportajes, notas, e investigaciones que desnudan la poca capacidad del Estado para brindar servicio públicos eficientes y de calidad, y como consecuencia de ello, la percepción de la ciudadanía para con dichos servicios, es que éstos no son de calidad; sin embargo, es de preguntarse qué se entiende cuando se hace referencia al término "Calidad", sobre esto, es de precisar que no existe un concepto predeterminado e inmutable que describa que es la "Calidad", toda vez que la calidad para un sujeto no necesariamente constituye la calidad para otro, por ejemplo, para un productor o proveedor, la calidad está situada en la esfera de que el producto o servicio cumpla con determinadas características, por el lado contrario, la calidad para un consumidor

esta dentro de la esfera de sus necesidades, la que no necesariamente está relacionado con las características del producto o servicio, sino por factores de utilidad y costo.

Para clarificar el ejemplo antes citados podemos señalar que *"Los autores dedicados al estudio de la "Calidad" han venido definiéndola de múltiples manera como: autocontrol; atributo, búsqueda permanente de cero desperfectos; un grado perceptible de la fiabilidad a bajo costo y adecuada a las necesidades del servicio; aptitud adecuada al uso; cumplimiento de unas especificaciones; hacerlo bien y a la primera; adecuación a un objetivo; lo que el cliente esta dispuesto a pagar en función de lo que obtiene y valora; la satisfacción de las necesidades declaradas o implícitas del cliente; como satisfacción completa de las expectativas de conclusión; como participación de usuario/cliente, etc".*³⁴

Actualmente la definición de "Calidad" no se limita a la características propias del producto o servicio y tampoco a necesidades del usuario, *sino que se propone un enfoque de la gestión de la calidad basada en un sistema conformado por múltiples elementos, interrelacionados entre sí (o que interactúan), y cuya gestión de manera definida, estructurada y documentada, debe permitir lograr un nivel de calidad que alcance la satisfacción del cliente*, objetivo final del modelo ISO 9001.

Como se desprende de éste enfoque, ahora, se habla de una cadena de procesos, que inician con las necesidades del consumidor final y que en el desarrollo van moldeándose para entregar un producto o servicio, que satisfaga plenamente al usuario, para tal fin, se requiere la contribución del usuario para medir su nivel de satisfacción y en caso no encontrarse conforme con el producto, tomar las acciones necesaria para la mejora de los procesos y productos y lograr una satisfacción plena

Respecto a la "Calidad" de los servicios públicos, ésta se sitúa en el eje central de reforma de la Gestión del sector publico "Se fundamenta en la opinión de que las Administraciones Públicas están, ante todo, para prestar un servicio o suministrar un producto a un cliente (o a un consumidor, o a un comprador, o a un usuario) más que para asegurar, por ejemplo, un

³⁴ CARAZA CRISTIN, Maria del Mar. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos.*
<https://books.google.com.pe/books?id=55FGDQAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=servicios+publicos+en+calidad&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjWnY7x1sjgAhXOx1kKHZqZCNI4FBD0AQgmMAA#v=onepage&q=servicios%20publicos%20en%20calidad&f=false>. Recuperado el 19/02/2019.

empleo a los funcionarios. Se admite por lo general, que se trata de "Conferir la ventaja del poder" a los clientes, más que permitir a los suministradores tomar decisiones esenciales, sin proceder a una consulta formal y apropiada.³⁵

Del concepto antes descrito, podemos desprender que desde la óptica de la administración pública, los servicios que presta están orientados a la satisfacción del ciudadano, y es el ciudadano el eje central de sus nuevas políticas públicas; sin embargo, a la luz de práctica cotidiana, ello no resulta suficiente por cuanto el aparato estatal no ha logrado su total modernización, es decir, cambiar la visión de las políticas públicas en la prestación de servicios, por lo que devendría en ineficaz si es que no se cambian los procesos (cadena de producción), motivo por el cual, se requiere de Gestores Públicos que procedan a realizar un análisis y diagnóstico de la cadena de producción de los servicios públicos que presta el Estado, y consecuentemente aplicar los correctivos que resulten necesarios, para de este modo brindar servicios públicos eficientes y de calidad, lo cual a su vez cambiaría en algo la percepción negativa de las personas.

2.2 DERECHO DE LIBRE COMPETENCIA EN EL PERU

Para hablar sobre el derecho a la libre competencia en el Perú, es necesario señalar que, nuestro país tiene una historia de intervencionismo estatal (1960-1990) mediante la "Sustitución de las importaciones" y una considerable intervención estatal en la actividad productiva, los cuales conllevaron a una profunda crisis económica y social, siendo su punto más alto, el término de la década de los ochenta, principios de los noventa, periodo en el cual, el Perú, tenía la tasa de inflación más elevada del continente y una de las más altas a nivel mundial, una deuda pública insostenible, el bloqueo económico internacional, a consecuencia del no pago de la deuda externa, así como, un excesivo marco regulatorio respecto a la actividad empresarial (importaciones- exportaciones) el cual limitaba cualquier iniciativa privada.

Es a partir de la década de los noventa (asunción al poder del presidente Alberto Fujimori) se procedió a virar el modelo económico del estado, pasando de un modelo estatista, a un modelo de corte neoliberal, o de economía de mercado, la cual se materializa, mediante la promulgación

³⁵Muñoz Mechado, Andrés (1999) *La Gestión de la Calidad Total en la Administración Pública*. Madrid, EDICIONES diaz de los Santos. Pag. 120

de la Constitución Política del Perú de 1993, en la que en su artículo 58 prescribe que *"La iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado (...)"*, Constitución que introduce un artículo referente a la libre competencia, como lo es el artículo 61 que prescribe lo siguiente ***"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 (...)"***, artículo último, que constituye en el Perú la partida de nacimiento del derecho a la libre competencia.

Para la protección del Derecho a la Libre competencia, el Estado consideró necesario la creación de un organismo autónomo, que ejerza la función de árbitro y de promotor de la actividad del mercado, ello por cuanto, el Poder Judicial no otorgaba las garantías necesarias para una eficiente salvaguarda del derecho a la competencia y conexos, motivo por el cual, se creó el Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, institución a la cual se le concedieron atribuciones de resolución de conflictos, es decir, constituye un organismo alterno al sistema judicial, pero con plazos más amigables, con la predictibilidad esperada para la solución de conflictos y la dación de precedente de carácter vinculante.

El Perú tiene dos leyes base que regulan la libre competencia: **1.-La ley de defensa de la competencia**, la cual es aplicable a toda persona natural o jurídica que realice actividad económica, que busca la eliminación prácticas monopólicas, centralistas y restrictivas de la libre competencia y, **2.-Ley de acceso al Mercado**; que constituye el medio por el cual se puede oponer a normas reglamentarias que restrinjan el derecho a la libre competencia.

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico **OCDE**, publicó en el año 2004 un libro denominado "Derecho y Política de la competencia para América Latina"³⁶ en la cual ha realizado un análisis del Perú en materia de derecho a la competencia, señalando lo siguiente: *"Las leyes Generales de la competencia suelen abordar los problemas del poder monopolístico en tres entornos formales: relaciones y acuerdos entre empresas que, bajo cualquier otro aspecto, son independientes entre sí; actuaciones por parte de una sola empresa, y combinaciones estructurales de empresas independientes"*.

³⁶OCDE (2004), "Derecho y Política de la competencia para América Latina". Ubicado en <https://books.google.com.pe/books?id=xpDVAgAAQBAJ&pg=PA237&dq=libre+competencia&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwia8IzH5t7gAhWqm-AKHatcAoEQ6AEITzAl#v=onepage&q&f=false>. Recuperado el 28/02-2019

Para los fines académicos, la OCDE, identifica a las relaciones entre empresas como **"ACUERDOS"** los cuales a su vez se subdividen en: **a)** acuerdos horizontales, y **b)** acuerdos verticales; A las relaciones entre empresas independientes entre si las identifica como **"ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE"** y a las relaciones de empresas de combinaciones estructurales independientes las identifica como **FUSIONES O CONCENTRACIONES**.

Los acuerdos horizontales: constituyen aquellos acuerdos entre empresas destinados a la concertación de precios, repartirse el mercado, amañar licitaciones, limitar la producción (...), actos que se encuentran plenamente identificados en el artículo 6 de la Ley de la Defensa de la Competencia. Los acuerdos Verticales: por su parte están destinados a controlar el abastecimiento de suministro y la distribución de las mercancías.

El abuso de posición dominante: como su propio nombre lo describe, constituye un ejercicio abusivo de su poder en el mercado a consecuencia de una falta de competencia, y que ante dicha falta, la empresa puede a manera discrecional elevar los precios de los productos, o no introducir mejoras en la calidad de dicho producto.

Fusiones o concentraciones: se busca frenar las fusiones de empresas que sumados su cuota en el mercado conllevarían a ser el mayor productor del mercado en dicho sector, e impedir de este modo pueda ejercer un abuso de posición de dominio.

Que, habiéndose identificado las principales actos anticompetitivos, debemos señalar que ellos no son los únicos, sin embargo consideramos pertinente describirlos por la utilidad práctica que tiene en el presente trabajo, toda vez que corresponde identificar si la conducta que vienen realizando las Empresas Aseguradoras y Clínicas que prestan los servicios de salud bajo el Sistema EPS constituyen prácticas anticompetitivas.

En la prestación de servicios de salud bajo el sistema Eps, podemos apreciar que las clínicas que prestan los servicios están cotizando sus prestaciones (medicinas y servicios) en monto elevadamente superior al ofertado en el mercado libre (sin EPS), llegando inclusive a superar la misma cotización de las mismas clínicas pero sin el sistema EPS (ejm. Cesarea): sin embargo dichas prestaciones están avaladas por la propia SUSALUD, bajo un manto de legalidad que no puede ser cuestionado por las fuentes formales de las obligaciones, toda vez que ellas han sido acordadas bajo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, así como de normas en

materia administrativa, pese a existir prohibición expresa.

Las conductas anticompetitivas presumiblemente desarrolladas por las Empresas Aseguradoras y Clínicas que prestan el Servicios bajo el Sistema EPS, puede constituir una concertación de precios (Acuerdos Horizontales), sin embargo, dicho argumento, puede ser rebatido teóricamente, por cuanto, técnicamente dichos acuerdos son establecidos únicamente por un actor del mercado, por lo que al existir otros actores en el mismo rubro, éstos podrían autorregular los costos de las prestaciones bajo la ley de la oferta y demanda, pero es el caso que en las relaciones jurídicas en el Sistema EPS, presumiblemente existen un acuerdo de voluntades entre las IAFAS e IPREES privadas para la sobrevaloración de costos de servicio y medicamentos, toda vez que entre ellos existe una relación de dependencia jurídica, hecho que hace presumir que ambos partes estarían regulando a manera discrecional dichos costos en clara desventaja económica del estado y de los usuarios y del propio mercado, evidenciándose, pequeños acuerdos horizontales por los operadores de un misma actividad comercial.

2.2.1 INDECOPI

La creación de INDECOPI formó parte de un paquete de reformas del estado emitidas en la década de los años noventa y destinada reformular las políticas económicas del Estado, bajo este contexto, y mediante Decreto Ley N° 25868 del año 1992, se procede a la creación del El Instituto Nacional de la Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual -INDECOPI, como un Organismo Público Especializado adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, con personería jurídica de derecho público interno.

De acuerdo a lo señalado por la pagina institucional de **INDECOPI**, dicha institución *"Tiene como funciones la promoción del mercado y la protección de los derechos de los consumidores. Además, fomenta en la economía peruana una cultura de leal y honesta competencia, resguardando todas las formas de propiedad intelectual: desde los signos distintivos y los derechos de autor hasta las patentes y la biotecnología".*³⁷

Desde el plano organizacional, INDECOPI, como toda institución pública, constituye una organización compleja, que cuenta con órganos de dirección, consultivos, de control, asesoramiento y de apoyo; sin embargo, y, a diferencia de otras instituciones, ésta tiene órganos resolutivos (tribunales), siendo ésta su principal característica, toda vez que, como ya

³⁷ INDECOPI. Recuperado el 12 de abril del 2019 de <https://www.indecopi.gob.pe/sobre-el-indecopi>

se ha hecho mención anteriormente, constituye un organismo alterno al sistema judicial, ello a fin de brindar predictibilidad, celeridad y eficacia en la toma de decisiones en conflictos que afecten la libre competencia y mercado.

El Consejo Directivo es el órgano máximo de la administración y es conducido por el Presidente, quien ejerce la representación institucional del INDECOPI. Su labor es establecer las políticas generales, administrar la imagen de la institución y liderar la labor de difusión y comunicación³⁸.

Los órganos de alta dirección son: Los tribunal de Defensa de la Competencia y de la propiedad Intelectual, Consejo Directivo órgano consultivo institucional. Los órganos de asesoramiento son: Gerencia Legal, Gerencia de Planeamiento y Gestión Institucional y Gerencia de Cooperación Técnica y Relaciones Institucionales. Los órgano de Apoyo son: Gerencia de Administración y Finanzas, Gerencia de Recursos Humanos, Gerencia de Tecnologías de la información, Gerencia de Estudios Económicos.

En cuanto a los órganos resolutivos debemos señalar que éstos constituyen un estructura cuasijudicial, toda vez que existen órganos de primera y segunda instancia, siendo el Tribunal que ejerce como última instancia; sin embargo, es preciso mencionar que las decisiones emitidas en última instancia por INDECOPI pueden ser afectas de revisión por parte del Poder Judicial, así como pedir su ejecución judicial vía proceso único de ejecución, ello por cuanto gozan de merito ejecutivo.

El tribunal de Defensa de la Competencia y de la propiedad Intelectual, está conformado de la siguiente manera: como órgano resolutor de última instancia está el propio tribunal de Defensa de la Competencia y de la propiedad Intelectual, como órganos de primera instancia existen cinco (05) Salas Especializadas (Propiedad Intelectual, Defensa de la Competencia, Protección al consumidor, Procedimientos concursales y Eliminación de Barreras Burocráticas) y éstas a su vez cuentan con comisiones como parte integrante de su estructura.

Para el caso práctico del presente trabajo, podemos señalar que, al ser INDECOPI el ente encargado de resguardar la libre competencia, es éste quien en ejercicio de sus funciones debería determinar la conducta anticompetitiva que presumiblemente vienen desarrollando las Empresas Aseguradoras y Clínicas que Prestan Servicios de Salud Bajo El Sistema EPS, conductas que estarían afectando significativamente el derecho a la libre competencia, toda vez

³⁸ INDECOPI. Recuperado el 12 de abril del 2019 de <https://www.indecopi.gob.pe/sobre-el-indecopi>

que la concertación de precios se encuentra expresamente proscrita por norma de rango constitucional y desarrolladas por normas de menos jerarquía.

2.2.2 SENTENCIAS EMITIDAS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA

La mayoría de las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en materia de libre competencia no constituyen jurisprudencia de carácter vinculante, lo cual le ha permitido al Tribunal emitir pronunciamientos diferenciados entre sí, mostrando de esta forma un criterio elástico en cuanto temas en materia económica, puntualmente en el derecho a la libre competencia, así pues, se puede evidenciar sentencias que señalan que la libre competencia es irrestricta y contrario sensu, sentencias que precisan que el derecho a la libre competencia no es ilimitada y que el Estado tiene que ejercer un rol de garante.

A continuación se procede a señalar las sentencias más relevantes en cuanto a materia de libre competencia que ha emitido el Tribunal desde el año 2000 en adelante:

Para el Tribunal Constitucional la Libre Competencia se define como ***"La potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos. Esta facultad económica plantea el libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes: a) La autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica. b) La autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.). c) La igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación)."***³⁹

Bajo este concepto el Tribunal constitucional considera que el derecho a libre competencia, no solo constituye la existencia de pluralidad de ofertas en el mercado, sino que, además deben concurrir tres requisitos: **1.-** libertad de iniciativa; **2.-** libertad de producción; y, **3.-** igualdad de competidores; sobre esto, se puede señalar que los dos primeros requisitos se encuentran intrínsecamente ligados al derecho a la **libertad de iniciativa privada** la cual constituye la

³⁹ Tribunal Constitucional. EXP. N.º 018-2003-AI/TC Recuperado el 15 de abril del 2019 de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>

facultad por el cual el ciudadano es libre de elegir la actividad privada que desee desarrollar, así como la calidad, volumen y forma de producción de su producto, no pudiendo el estado poner límites a dicha iniciativa.

Por su parte el tercer requisito hace referencia que todas las iniciativas privadas se encuentran en igualdad de condiciones, no pudiendo existir discriminación alguna entre ellos; sea por la actividad económica a desarrollar, ó, por motivos de creencias, ideologías, religión o de cualquier otro tipo de restricciones que afecten el inicio, desarrollo y ejecución de la actividad privada, siempre y cuando estas actividades no constituyan un ilícito (ejm. producción de droga).

Como se aprecia de la sentencia antes mencionada el derecho a libre competencia no resiste limitación alguna por parte del Estado, sin embargo en el caso de **AGUA PURA ROVIC SAC**⁴⁰. El Tribunal ha señalado que el derecho a la libre competencia no es un derecho ilimitado, y que pueden existir ciertas limitaciones a la luz de los hechos prácticos; lo cual no significa que el derecho afecte las reglas del mercado, sino que dichas regulaciones constituyen el ejercicio propio de resguardo de las reglas del mercado por parte del Estado.

Sobre éste pronunciamiento cabría preguntarnos si dichas limitaciones en la práctica ha logrado el fin máximo (libre competencia); o por el contrario, ha favorecido a las grandes empresas que tienen un porcentaje elevado del mercado.

Posteriormente, el Tribunal, ha señalado que el derecho a la libre competencia "*Tiene el carácter de pautas o reglas de juego del mercado, con arreglo a la cual deben actuar todos los agentes económicos y que, en todo momento, ha de ser vigilada y preservada por el Estado, cuya principal función es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres, competitivos y transparentes, así como la de adoptar todas las medidas necesarias que impidan su obstrucción o restricción. Ello debido a que la Constitución en sus artículos 61 y 65, asume la posición de que la libre competencia junto con el derecho a la información, promueven de la mejor manera la satisfacción de los intereses de los consumidores y usuarios en el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados de bienes y servicios (...).*"⁴¹

⁴⁰Tribunal Constitucional. **EXP. N° 3315-2004-AA/TC** Recuperado el 15 de abril del 2019 de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html>

⁴¹Tribunal Constitucional **EXP. N.º 03116-2009-PA/TC**. Recuperado el 15 de abril del 2019 <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03116-2009-AA.html>

Como se puede apreciar de éste desarrollo constitucional, el Tribunal, ha valorado y agregado el rol que debe tener el Estado en la conservación del derecho a la libre competencia, y que, es éste último, el que debe adoptar las medidas necesarias para mantener mercados libres así como eliminar todas aquellas obstrucciones y limitaciones que impliquen una afectación a la libre competencia.

Otra de las grandes contradicciones del Tribunal, son la emitidas en materia de Monopolios, ya que en principio ha señalado que: *"El Estado debe evitar la instauraciones de posiciones de dominio"*⁴²**(no está prohibido por ley)** lo subrayado es nuestro; sin embargo posteriormente ha señalado que se puede ejercer una posición de dominio en el mercado siempre y cuando *"Dicha posición dominante sea adquirida de manera legítima y no en base a normas jurídicas que sin justificación razonable la privilegian, vulnerando el principio de igualdad ante la Ley"*.⁴³

Que, si bien existen algunas contradicciones en los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional, dichos pronunciamientos buscan fortalecer la economía de mercado existente en el país y eliminar o regular las llamadas "fallas del mercado"; sin embargo, alguna de sus decisiones pueden causar el efecto contrario (como permitir la posición de dominio de mercado) ocasionando de este modo el efecto contrario, afectar el propio mercado.

Por otro lado, cabe resaltar el rol preponderante que el Tribunal le da al Estado para tomar acciones regulatorias en contra de actos contrarios a la economía de mercado, sin que ello signifique un intervencionismo en la actividad productiva, la cual considero acertado por cuanto asumir la teoría de "La mano invisible" propuesta por Adam Smith, ocasionaría un perjuicio a los usuarios finales de una economía de mercado, ya que no tendrían medios, ni mecanismo para contrarrestar el poder monstruoso de las grandes transnacionales ni los actos anticompetitivos que puedan desarrollar.

Por último, los fallos emitidos por el Tribunal nos da el soporte Jurisprudencial necesario para poder sustentar que los actos desarrollados por las Empresas Aseguradoras y Clínicas son

⁴² Tribunal Constitucional. **EXP. N° 08-2003-AA/TC** Recuperado el 15 de abril del 2019 de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

⁴³ Tribunal Constitucional. **EXP. N° 1311-2000-AA** Recuperado el 15 de abril del 2019 de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/01311-2000-AA.html>

contrarios al concepto de libre competencia y por consiguiente, el Estado, en su rol de garante, y a través de sus instituciones competentes debe regular las prácticas anticompetitivas encubiertas en un marco legal preestablecido.

2.2.3 DERECHO ADMINISTRATIVO

En el desarrollo del presente trabajo de investigación se ha podido evidenciar que dentro de la problemática generada en la administración de fondos y prestación de servicios de salud bajo el sistema EPS, existe un componente relacionado con Instituciones Públicas, llámese ESSALUD o MINSA; siendo ello así, se requiere un análisis desde la óptica del derecho administrativo, toda vez que dichas Instituciones son de carácter Públicas, y de ellas emanan actos administrativos, por lo tanto, se encuentran bajo los alcances de la Ley 27444 “Ley de Procedimiento Administrativo General” y sus normas especiales.

Estando a lo señalado en el párrafo anterior resulta necesario puntualizar algunos conceptos básicos del derecho administrativo, al respecto el derecho administrativo según Juan Carlos Cassagne⁴⁴ “Es aquella parte del Derecho Público interno que regula la organización y las funciones de sustancia administrativa, legislativa y jurisdiccional del Órgano Ejecutor y de las entidades jurídicamente descentralizadas, las funciones administrativas de los restantes órganos que ejercen el poder del Estado (Legislativo y Judicial) y, en general, todas aquellas actividades realizadas por personas públicas o privadas a quienes el ordenamiento les atribuye potestades de poder público derogatorias o exorbitantes del Derecho Privado”.

Del concepto antes mencionado podemos sustraer que el derecho administrativo es una parte del derecho público que se encarga de regular la actuación de las instituciones del Estado, es decir, de la Administración Pública.

Pero, ¿Que se entiende por Administración Pública? Dicha pregunta ha sido resuelta por Piero Rojas⁴⁵ quien señala que: “La administración pública es un instrumento para alcanzar un desarrollo social y económico sostenido, pero también debe entenderse como un camino para lograr que los avances que se generan en el Estado puedan llegar también a las masas poblacionales y que la distribución favorezca también a los que más lo necesitan y no solo a los que más tienen”.

⁴⁴Cassagne Juan Carlos (2010) <https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdition:PE/derecho+administrativo/p2/PE/vid/445766274>. Recuperado el 05/03/2019

⁴⁵ Rojas Piero (2015)

Por lo tanto, podría señalarse que la Administración Pública es un instrumento mediante el cual el Estado a través de sus organismos e instituciones debidamente estructuradas y organizadas brindarán al ciudadano las condiciones de vida necesaria para su desarrollo personal.

Como se ha podido apreciar de los conceptos antes mencionado el derecho administrativo y la Administración Pública se encuentran íntimamente entrelazados, ya que la primera regula la actuación de la segunda, por lo tanto no se puede hablar de uno sin el otro.

Para el caso práctico del presente trabajo de investigación la institución que será analizada será la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-SUSALUD**, ello por cuanto, es ésta la institución encargada de registrar, autorizar, supervisar y regular todo lo concerniente al Sistema de atención de salud bajo el Sistema EPS.

2.2.4 FISCALIZACIÓN ADMINISTRATIVA –SUSALUD

La Superintendencia Nacional de Salud- SUSALUD, como la conocemos actualmente, es un organismo relativamente nuevo, creado en el marco de reformas del Estado en materia de Salud, ello por cuanto, antes de su creación, existían diferentes órganos que ejercían la función fiscalizadora en materia de Salud (SEPS, SUNASA y otras dispersadas en dentro de distintas Instituciones Públicas), hecho que generó la emisión de pronunciamientos distintos en una misma materia, con los perjuicios que ello conllevaba, aunado al gasto que generaba para el erario público la existencia de distintos órganos con las mismas competencias pero aplicables para instituciones distintas.

Para comprender la función fiscalizadora del Estado en materia de Salud, puntualmente en la prestación de servicios bajo el Sistema EPS, es necesario desarrollar una sucinta evolución a través del tiempo.

Mediante ley 26790 “**Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud**” (1997) se incorporó un mecanismo alternativo a la prestación de servicios de salud denominada “Empresas Prestadoras de Salud-EPS” la cual tiene por finalidad la prestación de servicios de salud en una red de clínicas privadas, y tiene como objetivo descongestionar el sistema de Salud Público, IPPS, para lo cual se tuvo que crear todo un marco legal para poder ejecutar dichas prestaciones.

Posteriormente por Decreto Supremo N° 009-97-SA se reglamenta la Ley de Modernización de

la Seguridad Social en el Perú y precisa en su artículo 56 que las EPS son “*Entidades Prestadoras de Salud se constituirán en el Perú como persona jurídica organizada de acuerdo con la legislación peruana; previa Autorización de Organización otorgada por la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud (SEPS)*”. Asimismo dicho reglamento estableció los requisitos y procedimientos necesarios para el funcionamiento de dichas personas jurídicas.

Es importante precisar que el Estado otorgaba un “Crédito de aportaciones”⁴⁶ a las Instituciones Públicas que presten servicios de salud sea través de establecimientos propios o sea a través EPS, crédito que ascendía al 25% de los aportes de los asegurados regulares (dependientes).

Que si bien el objetivo de la Ley 26790 así como su respectivo reglamento era la modernización de las prestaciones de servicios de Salud Pública, dicha norma creo un **“Modelo de negocio en materia de salud”** la misma que es aprovechada hasta la fecha por las Empresas Aseguradoras y Clínicas privadas, modelo de negocio que si bien parte de iniciativa del Estado, es el privado quien la viene ejecutando, con los beneficios económicos que ello conlleva.

Que si bien la Ley 26790, es el punto de inicio de un modelo de negocio en materia de salud denominado “EPS”, también se consideró necesario regular dicha actividad, para lo cual creo la Superintendencia de Empresas Prestadoras de Salud (SEPS) conforme se aprecia del artículo 14 de la citada norma.

Es la promulgación del Decreto Supremo N° 006-97 la Partida de Nacimiento oficial de la SEPS toda vez que dicha norma crea el “*Estatuto de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud*” como un organismo público descentralizado del sector salud que tiene personería jurídica de derecho público interno, patrimonio propio y autonomía funcional, económica, técnica, administrativa y financiera en el ámbito de sus competencias.

Es en este punto, la función fiscalizadora del estado despliega toda una organización compleja destinada a la regulación de las prestaciones de salud bajo el Sistema EPS, siendo dicha institución la única que tenía la competencia de autorizar, fiscalizar y supervisar todas aquellas actividades que involucraba el sistema EPS, excluyendo de su competencia cualquier acto

⁴⁶Artículo 15 de la ley 26790 “**Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud**”

fiscalizador que no derive del Sistema EPS.

Nota importante, es que dentro de las políticas de las SEPS, estas se orientaban a que todo conflicto derivado de la prestación de servicios EPS, sean solucionado a través de los Centros de Conciliación y Arbitraje que formaban parte de la estructura de las SEPS.

Posteriormente el 09 de abril del 2009 se publicó la Ley 29344 Ley Marco de Aseguramiento Universal, mediante la cual se crea sobre la base de la SEPS una nueva institución fiscalizadora, es decir, la SEPS paso a denominarse **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ASEGURAMIENTO EN SALUD-SUNASA**, ampliando su ámbito de competencia, por cuanto su acción fiscalizadora no era exclusiva para la EPS, sino que, también fiscalizaba todo el sistema de administración y prestación en los servicios de salud, sean entidades públicas, privadas o mixtas.

El Reglamento de la Ley 29344, se encuentra contenido en el Decreto Supremo 008-2010.SA, el cual desarrolla el Seguro Integral de Salud SIS, EPS, estructura orgánica de SUNASA y todo aquello concerniente a la prestaciones de salud, reglamento del cual podemos señalar que éste reguló de cierta manera la formas de contraprestaciones por los servicios prestados por los privados; sobre ello, regulo el Intercambio de prestaciones o de servicios y estableció dos modalidades:

1.- Intercambio prestacional propiamente dicho: El cual a su vez se subdivide en 2 formas: La Primera; Basada en la Unidad Básica de Intercambio Prestacional (UBIP) la misma que consistía en que todo intercambio prestacional debía hacerse bajo dicha Unidad de referencia, la cual a su vez era determinada por la SUNASA; y, La Segunda; el intercambio reciproco basado en la capacidad operativa de los prestadores, la cual consistía en un intercambio de prestaciones de una misma naturaleza.

2.- Intercambio basado en compra y venta de servicios: En este tipo de intercambio las prestaciones son reguladas por la ley de la oferta y demanda, sin embargo dicho reglamento estableció que las tarifas de servicios prestados por IPREES públicas no tendrán márgenes de lucro o rentabilidad. La tarifas entre IPRRES públicas y privadas incluirán gastos operativos y administrativos y por último las tarifas entre la IPREES privadas estará sujeta a negociación entre las partes, la misma que a su vez estará sujeta a ciertas condiciones predeterminadas.

Por lo tanto, es el reglamento de la Ley 29344 un punto de inflexión para identificar como el Estado pretendió regular una correlación equitativa entre prestación de servicios de salud y costo, sin que ello constituya una intervención del Estado en la actividad productiva del mercado, verificándose de este modo la aplicación de la sentencia del tribunal Constitucional en materia de libre competencia.

Mediante ley N°30073 de fecha 06 de diciembre del 2013 el Congreso de la República delegó facultades al Poder Ejecutivo a fin de legislar en materia de Salud y otros, producto del cual se emitieron diferentes dispositivos legales en distintos sectores, siendo una de estas el **Decreto Legislativo 1158** *“Decreto Legislativo que dispone medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la superintendencia nacional de aseguramiento en salud”*.

Decreto Legislativo por el cual se crea la **“Superintendencia Nacional de Salud-SUSALUD”** ello sobre la base de SUNASA, la misma que viene ejerciendo sus funciones fiscalizadoras hasta la actualidad.

La **“Superintendencia Nacional de Salud-SUSALUD”** es un organismo técnico especializado adscrito al Ministerio de Salud que cuenta con autonomía técnica, funcional, administrativa, económica y financiera.

Como toda institución Pública constituye una organización compleja, esta ha sido estructurada mediante el Decreto Legislativo 1158; sin embargo, es el Decreto Supremo N°008-2014-SA **“REGLAMENTO DE ORGANIZACIONES Y FUNCIONES DE SUSALUD”** el que delimita su competencias y funciones; organización que se encuentra conformado por:

➤ **ÓRGANOS DE ALTA DIRECCIÓN:** La cual está compuesta por el Consejo Directivo, La Superintendencia, Secretaría General, Superintendencia adjunta de promoción y protección de derechos en Salud, Superintendencia adjunta de supervisión, y la Superintendencia adjunta de regulación y fiscalización.

Dentro de este marco organizacional podemos señalar que el Consejo Directivo es el órgano de máximo de SUSALUD, la Superintendencia es el órgano máximo en materia ejecutiva y la Secretaría General es el órgano máximo en materia administrativa.

- **ÓRGANOS RESOLUTIVOS:** Centro de Conciliación y Arbitraje y el Tribunal de SUSALUD.

Este órgano está destinado a resolver cualquier controversia en materia de salud suscitada a los usuarios del servicio de salud.

- **ORGANOS DE CONTROL INSTITUCIONAL:** El cual está conformada por ella misma, es decir OCI.

- **ORGANOS DE DEFENSA JURIDICA:** Constituida por la Procuraduría Pública.

La procuraduría de SUSALUD forma parte del sistema de defensa jurídica del estado.

- **ORGANOS DE ADMINISTRACIÓN INTERNA:** Oficina General de Asesoría Jurídica, Oficina General de Administración.

Los órganos de administración interna están orientados a la administración interna de la propia SUSALUD.

- **ORGANOS DE LINEA:** La cual está constituida por las intendencias de Investigación y Desarrollo, Promoción en Derechos de Salud, Protección en Derechos de Salud, Supervisión de IAFAS, Supervisión de IPREES, Normas y autorizaciones y por último fiscalización y sanción.

En cuanto a los órganos de línea podemos señalar que constituyen el núcleo fuerte de la organización por cuanto son las intendencias donde se ejercen todas las funciones fiscalizadoras y regulatorias y es aquí donde nos detendremos para abordar las competencias de cada una de ellas, no sin antes precisar que todas las intendencias se encuentran adscritas a las Superintendencias adjuntas.

- Intendencia de Investigación y Desarrollo: Es el órgano responsable del planeamiento, desarrollo y administración del Sistema de Información Gerencial, de los recursos tecnológicos y la seguridad de la información que demandan las operaciones de la institución (...)⁴⁷.

Tiene como principales funciones la de conducir la recolección e intercambio de

⁴⁷Decreto Supremo N°008-2014-SA

información entre IAFAS, IPREES, UGIPREES, efectuar el monitoreo y seguimiento a la información brindada por IAFAS, IPREES, UGIPREES, conducir, diseñar e implementar estrategias de captura de información, Gestionar la base de datos, elaborar estudios.

Podemos señalar que ésta intendencia es la encargada de todo el Sistema informático de SUSALUD, ya sea de administración de datos, intercambio de información entre actores de salud, estudio y propuesta de nuevos mecanismo de control de la información y su intercambio.

- Intendencia de Promoción en Derechos en Salud: Es el órgano de línea, dependiente de la Superintendencia Adjunta de Promoción y Protección de Derechos en Salud, responsable de establecer, implementar, conducir y promover las actividades orientadas a fortalecer el ejercicio de los derechos y deberes, brindar orientación y difundir información a la ciudadanía, usuarios y a todos los actores del sistema de salud.

Tiene como principales funciones el Monitoreo de los procedimientos de orientación en la plataforma de las IAFAS e IPREES, proponer documento de gestión para la vigilancia de las IAFAS e IPREES, elaborar propuestas normativas, efectuar acciones de seguimiento a la IAFAS y UGIPREES producto de recomendaciones de informes y procedimiento administrativos sancionador.

Podemos señalar que esta Intendencia está orientada a la difusión de los derechos en salud, a fin de que los usuarios conozcan sus derechos, así como promover las alternativas de solución de conflictos, asimismo puede formular propuestas normativas relacionados al ámbito de su competencia.

- Intendencia de Protección de Derechos de Salud: Es el órgano de línea, dependiente de la Superintendencia Adjunta de Promoción y Protección de Derechos en Salud, responsable de establecer, implementar y conducir las actividades orientadas a proteger los derechos en salud de los usuarios de las IAFAS e IPRESS.

Tiene como función principal la protección de los derechos de salud para los cual puede intervenir de oficio o parte en los hechos o actos que vulneren los derechos de salud de los usuarios, conducir auditorias en salud y procesos en las IPREES e IAFAS

un evento que vulnere el derecho de salud del usuario, elaborar propuestas normativas relacionadas al ámbito de su competencia, atender y resolver quejas de los usuarios sometidas a su consideración.

Como se evidencia, esta Intendencia es el órgano de línea encargado de proteger al usuario ante un acto o evento que perjudique su derecho de salud para tal fin se le concedió la facultad de auditor en salud y procedimientos pudiendo elevar informes de quejas o denuncias.

- Intendencia de Supervisión de IAFAS: Es el órgano de línea, dependiente de la Superintendencia Adjunta de Supervisión, responsable de supervisar las actividades de las IAFAS, así como los aspectos contables y financieros de las Unidades de Gestión de IPRESS.

Tiene como funciones principales el supervisar el uso correcto de recursos destinados a la provisión de salud, así como los procedimientos, sostenibilidad financiera, la transferencia de información generadas por IAFAS y UGIPREES, separación contable, identificar cláusulas abusivas en los contratos y convenios suscritos por la iafas con los asegurados o entidades que los representan y supervisar que el valor de las prestaciones y contraprestaciones interinstitucionales por intercambio de servicios, proteja los intereses de los asegurados.

Como se evidencia esta Intendencia tiene como función principal la supervisión de las IAFAS ya sea en materia procedimental, económica así como la transferencia de información; sin embargo para los efectos de la presente investigación resulta relevante que ésta intendencia es la encargada de la supervisión de la equidad de las prestaciones así como la identificación de cláusulas abusivas en la realización de contratos y convenios.

Pero es el caso que, a la fecha el valor económico de las prestaciones realizadas por las IPREES y UGIPRESS, bajo el Sistema EPS, se encuentra muy por encima de los valores ofertados en el mercado, lo cual no ha sido debidamente regulado, hecho que pone en evidencia una deficiencia en el ente fiscalizador, pese a existir mandato expreso.

- Intendencia de Supervisión de IPREES: es el órgano de línea, dependiente de la Superintendencia Adjunta de Supervisión, responsable de supervisar los procesos asociados a la calidad, oportunidad, disponibilidad y aceptabilidad en la prestación de los servicios de salud por parte de las IPRESS y de los aspectos de gestión sanitaria en Unidades de Gestión de IPRESS.

Tiene como funciones principales supervisar la calidad, oportunidad y disponibilidad de los servicios de salud, así como supervisar el cumplimiento de las garantías de las prestaciones y el marco normativo relacionado a las IPREES Y UGIPREES; también puede efectuar acciones de seguimiento a la IPREES Y UGIPREES producto de observaciones y sanciones impuestas, y, proponer proyectos de norma en el ámbito de su competencia.

Como se aprecia de esta intendencia su principal función es la de supervisar el proceso, calidad, oportunidad y disponibilidad en la prestación de los servicios de salud por parte de las IPREES Y UGIPREES.

- Intendencia de Normas y Autorizaciones: es el órgano de línea, dependiente de la Superintendencia Adjunta de Regulación y Fiscalización, responsable de elaborar y proponer las normas de carácter general dentro del ámbito de competencia de SUSALUD. También es responsable de autorizar la organización y el funcionamiento de las IAFAS, registrar a las IPRESS y Unidades de Gestión de IPRESS.

Tiene como funciones principales evaluar el marco normativo existente en los operadores del Sistema de salud y proponer proyectos de normas, también tiene la función de conducir, administrar y mantener, los registros de IAFAS IPREES Y UGIPREES y emitir resoluciones en el cumplimiento de sus funciones.

Que si bien esta intendencia se encarga de analizar normas legales y elaborar proyectos de normas, consideramos, que la función principal es autorizar el funcionamiento de las IAFAS, para lo cual, se ha establecido los lineamientos

generales de todas aquellas iniciativas privadas que deseen desarrollar actividades en el Sector Salud⁴⁸, dispositivo que busca la aplicación del buen gobierno corporativo.

- Intendencia de Fiscalización y Sanción: Es el órgano de línea, dependiente de la Superintendencia Adjunta de Regulación y Fiscalización, responsable de organizar y conducir, en primera instancia, el Proceso Administrativo Sancionador de SUSALUD.

Tiene como función principal evaluar, conducir y proponer imposiciones de sanciones a las IAFAS, IPREES Y UGIPREES en los procesos administrativos sancionadores

Esta intendencia, es el órgano encargado de proponer el inicio de un PAS, para tal fin, se han emitidos disposiciones que establecen los actos proscritos, así como, la regulación de las sanciones a imponer; pero que será de análisis de manera posterior.

Por último es necesario señalar que las facultades concedidas a las intendencias antes mencionadas, se encuentran plenamente determinadas por Decretos y Resoluciones de Superintendencia.

➤ **ORGANOS DESCONCENTRADOS:** Las Intendencias Macro Regionales están a cargo, dentro de sus respectivos ámbitos territoriales, de la ejecución de las políticas y estrategias que establezca la Superintendencia. La Superintendencia Nacional de Salud cuenta con 05 Intendencias Macro Regionales (Norte, Centro, Sur, Lima y Oriente) y, puede contar hasta con veintiséis (26) Jefaturas Zonales que se implementan en forma gradual⁴⁹.

Para el cumplimiento de esta política de descentralización se han emitidos sendos dispositivos legales que dotan jurisdicción, competencia, y facultades a las respectivas Intendencias, así como la dotación de recursos económicos para su desarrollo, política que resulta acertada debido a las necesidades de los usuarios.

2.2.4.1 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Que, siendo SUSALUD la institución fiscalizadora de todo el Sistema de Salud, describir y analizar todos los procedimientos administrativos que desarrolla para la ejecución de sus funciones resultaría excesivo, toda vez que el presente trabajo

⁴⁸Resolución de Superintendencia N° 161-2015/SUSALUD/S

⁴⁹SUSALUD. Recuperado el 20 de marzo del 2019 de <http://portal.susalud.gob.pe/blog/estructura-organica/>

únicamente esta analizando el Sistema EPS, motivo por el cual se analizará los procedimientos de autorización, fiscalización y el procedimientos administrativo sancionador.

224.1.1 AUTORIZACIÓN DE FUNCIONAMIENTO

El órgano de línea encargado de la organización y autorización de funcionamiento de IAFAS, IPREES y UGIPREES es la **Intendencia de Normas y Autorizaciones**, la cual ha establecido condiciones organizativas y requisitos para el funcionamiento de las instituciones antes descritas, para tal fin se han emitido normas legales y resoluciones de superintendencia, que regulan todo este procedimiento, destacando entre ellas la Resolución de Superintendencia N° 168-2015-SUSALUD/S ***“Texto Único Ordenado del Reglamento de Autorización de Organización, Funcionamiento y Registro de las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud”***.

➤ IAFAS

El procedimiento para la obtención de la autorización de función como IAFAS consta de dos etapas, la primera, Obtención de **AUTORIZACION DE ORGANIZACIÓN**, y la segunda, obtención de **AUTORIZACION DE FUNCIONAMIENTO**.

- **Respecto la Autorización de Organización:** Ésta constituye la etapa organizacional de procedimiento, toda vez que es aquí donde se analizará la oportunidad de negocio, solvencia económica del solicitante, y la organización social propiamente dicha, para ello, se requiere de la presentación de una solicitud de organización dirigida a SUSALUD adjuntando todos los requisitos que dispone el artículo 5 de la Resolución de Superintendencia N° 168-2015-SUSALUD/S, requisitos de los cuales resaltaremos el Proyecto de minuta de constitución, estudio de factibilidad económico financiero, certificado de depósito de garantía por un monto ascendente al 5% del capital social y descripción de las operaciones y servicios que pretende brindar.

Una vez recepcionado la solicitud, ésta es derivada a la Intendencia de Normas y Autorizaciones, quien será la encargada de la verificación de los requisitos, en caso de encontrar observaciones, se notificará a los organizadores para que en el plazo de 10 días cumplan con subsanar dichas observaciones, de no cumplirlo, se tendrá por no presentada la solicitud, de no encontrarse observación alguna SUSALUD Dispondrá

que los organizadores publiquen en el Diario el Peruano y otro en el periódico de mayor circulación, un aviso haciendo de conocimiento la solicitud de organización y los nombres de los organizadores, para que en el plazo de 15 días se puedan presentar observaciones, y en caso se susciten, se correrá traslado a la parte solicitante quien las absolverá y posteriormente se emitirá la resolución denegando o aprobando la autorización de organización; en caso de, no existir observación se procederá a emitir la autorización de organización.

Una vez obtenido la Resolución de Autorización de Organización, la Intendencia de Normas y Autorizaciones procederá a extender el certificado de Autorización de Organización, quedando en ese momento el solicitante obligado a publicar dicho certificado en el Diario el Peruano, elevar a escritura pública la minuta de constitución y ejercer los actos necesarios conducentes a la obtención de la autorización de funcionamiento.

- Respecto la autorización de Funcionamiento: El procedimiento para la obtención de la autorización de funcionamiento es similar a la de autorización, ya que debe presentarse una solicitud de autorización ante SUSALUD la misma que mediante la Intendencia de Normas y Autorizaciones verificará los requisitos que establece el artículo 15 de la Resolución de Superintendencia N° 168-2015-SUSALUD/S, requisitos de los cuales debemos resaltar que se deberá presentar la escritura Pública de Constitución, que el capital mínimo de garantía se encuentre totalmente suscrito y pagado, que las IAFAS cuenten con manual de organizaciones y funciones, y que los planes de salud que ofrece se encuentren ajustados a la legislación sobre la materia.

Posteriormente y dentro del plazo de 30 días SUSALUD emitirá Resolución motivada autorizando o denegando la solicitud de autorización, resolución que es apelable y es aplicable las normas del procedimiento administrativo general a excepción de las del silencio administrativo positivo.

Que de emitirse la resolución de autorización de funcionamiento, se expedirá el Certificado de Autorización de Funcionamiento el mismo que es de duración indefinida.

➤ **IPREESS**

En cuanto, a la autorización de funcionamiento de una Entidad Prestadora de

Servicios-IPREES, debemos señalar que SUSALUD no goza de facultades para regular la organización de una IPREES, ello por cuanto la constitución de una persona jurídica o natural que presta estos servicios se encuentra regulada por la Ley General de sociedades (IPREES PRIVADAS) y para el caso de IPREES ÚBLICAS ésta se encuentra condicionada a la emisión de Ley o decretos que la regulen.

Que, si bien se ha señalado que la constitución de una IPREES no forma parte de las esfera de las competencia de SUSALUD, no es menos cierto que, toda institución que presta servicios de salud sea privada, pública o mixta, se encuentran obligadas de inscribirse en el Registro de Instituciones prestadoras de servicios de salud-RENIPREES, la cual forma parte de la Intendencia de Normas y Autorizaciones, registro que es requisito *sine quanon* para el inicio de las actividades, toda vez que recién con la generación de código único de IPEES la institución queda autorizada para brindar los servicios que oferta⁵⁰

Mediante Resolución de Superintendencia N° 053-2015-SUSALUD/S se aprobó el “Reglamento para el Registro Nacional de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud” dotando de este modo de una marco procedimental para el registro de inscripciones, categorizaciones y bajas de todas las IPREES existentes y por crearse; motivo por el cual se emitieron herramientas de gestión para determinar la categorización de la IPREES, a fin de verificar si la institución solicitante cuenta con las condiciones óptimas para brindar las prestaciones médicas ofertadas y en caso de no contar con las condiciones mínimas denegar la solicitud de inscripción.

El procedimiento de inscripción consiste en la presentación de una solicitud de registro, posteriormente dicha solicitud será derivada al órgano de categorización, quien se encargara de la verificación de los servicios ofertados, así como identificar al nivel que pertenece dicha institución, una vez completado esta etapa de forma satisfactoria, se le otorgara un código único de RENIPREES, siendo dicho código la autorización tácita para poder brindar los servicios ofertados.

Como se puede evidenciar, en la práctica, SUSALUD mediante el RENIPREES es el órgano encargado de autorizar el funcionamiento de instituciones prestadoras de salud,

⁵⁰ Artículo 7 de la Resolución de Superintendencia N° 053-2015-SUSALUD/S

hecho que se contrapone a las funciones de SUSALUD; sin embargo, dicho requisito resulta necesario para garantizar que las prestaciones de salud sean de calidad, cumpliendo de este modo SUSALUD con su función de fiscalización

➤ **UGIPREES**

En cuanto a las Unidades de Gestión de IPREES, la Superintendencia de Salud-SUSALUD, no goza de facultades para normar en cuanto a su organización, siendo que al igual que a las IPREES su función se ciñe estrictamente a la registrar y supervisar la UGIPREES.

Mediante Resolución de Intendencia N° 114-2014-SUSALUD/S ha reglamentado el Registro de Unidades de Gestión de IPREES, estableciéndose el marco procedimental para acceder al registro correspondiente la cual consiste en:

Presentar una solicitud dirigida a la Intendencia de Normas y Autorizaciones conteniendo los requisitos que dicho reglamento determina, SUSALUD dentro del plazo de 20 días para emitir pronunciamiento, (de encontrar deficiencias concederá un plazo de cinco días al solicitante para su subsanación) posteriormente y habiéndose cumplido con los requisitos la Intendencia antes mencionada procederá a expedir la Resolución de Registro de UGIPREES asignándole un código único de UGIPREES.

El incumplimiento de las UGIPREES de inscripción ante RUGIPREES es causal de sanción administrativa. Cabe destacar que una UGIPREES es el resultado de un proceso de descentralización, ya que las considera una unidad ejecutora que recibe presupuesto directamente del MEF mas no del MINSA o ESSALUD

22412 SUPERVISION

En cuanto a la supervisión de las IPREES, IAFAS y UGIPREES, la Superintendencia de Salud. SUSALUD cuenta con un marco legal específico que concentra toda acción de supervisión y control de supervisión de IPREES, AIFAS y UGIPREES la cual se encuentra contenido en el Decreto Supremo 034-2015-SA.

Decreto supremo que no solo regula la función supervisora de SUSALUD sino que establece funciones de seguimiento de los actos supervisados, creando para tal fin un procedimiento donde se garantiza el derecho de defensa de los administrados.

Resulta pertinente señalar que, la acción supervisora de SUSALUD no es competencia exclusiva de la Intendencia de Fiscalización, sino que, también participa la Intendencia de Investigación y Desarrollo, Promoción de derechos de salud y Protección de derechos de salud, hecho que evidencia la importancia de la acción supervisora.

La acción supervisora se encuentra dividida en cuatro etapas como son: Planificación, Ejecución, Informes y seguimientos; teniendo cada una de ellas sus propias particularidades como son:

➤ **Etapas de planificación:** En esta etapa como su propio nombre lo indica es aquella destinada a la planificación de acciones de supervisión, la cual está delimitada por las herramientas de gestión de cada intendencia involucrada, delimitándose las acciones supervisoras a realizar así como los instrumentos a utilizar.

➤ **Etapas de Ejecución de supervisión:** Esta etapa constituye la ejecución de la etapa de planificación, la supervisión consta de dos tipos:

1.-Supervisión de Gabinete; la misma que se supervisa la información remitida por los administrados aplicando enfoque de cumplimiento normativo, gestión de riesgos y protección de derechos de salud en este tipo de supervisión únicamente se supervisa la documentación enviada por las IPREES, IAFAS y UGIPREES-

2.-Supervisión de campo; Es aquella inspección física por parte de los supervisores de las diferentes intendencias a los ambientes de las IPREES, IAFAS y UGIPREES, la misma que podrá desarrollarse en un periodo de 10 días en los cuales los supervisores cumplirán con su planificación de supervisión, para lo cual levantará las actas correspondiente.

➤ **Etapas de Informes:** Esta etapa está destinada a establecer los tipos de herramientas de gestión que gozan los supervisores (informes) a fin de llevar a cabo la ejecución de la supervisión, los tipos de informes son los siguientes:

1.- Informe inicial de supervisión; el cual se utilizará cuando se constata los verificadores documentales, análisis de riesgo, y mitigación de riesgos.

2.- Informe Inicial de presuntas infracciones; Este informe se emitirá cuando se

presuma la comisión de infracciones, para tal fin se elaborara una relación de los hechos detectados en la supervisión.

3.-Informe final de supervisión; En este informe contiene verificadores documentales, actas de proceso de supervisión, relación de incumplimientos normativos, identificación y análisis de riesgos así como los descargos del administrado.

4.-Informe final de presuntas infracciones; el cual deberá contener la relación de hechos que constituirían infracciones así como su tipificación, los descargos del administrado y el resultado de dicha evaluación, en caso concluya la existencia de evidencias de infracciones recomendará el inicio de un proceso administrativo sancionador.

Una vez culminada la acción de supervisión, el supervisor procederá a emitir el informe inicial de supervisión y el informe inicial de presuntas infracciones, los mismo que serán elevado a la intendencia que corresponda dentro de un plazo de 10 días, posteriormente la intendencia que corresponde procederá a remitir a la institución supervisada con los informes antes descritos ello a fin de que formule sus descargos dentro de un plazo de 05 días de recibido dichos informes.

Absuelto por parte del administrado la intendencia que corresponde procederá a emitir el informe final de supervisión, y de ser el caso elevara dicho informe final a la Intendencia de Fiscalización para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador

22413 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR - PAS

Por mandato del artículo 49 del Decreto Supremo 08-2014-SA *“Reglamento de Organizaciones y Funciones de SUSALUD”* la Intendencia de Fiscalización y Sanción es la responsable de organizar y conducir en prima instancia el procedimiento administrativo sancionador, teniendo como funciones la de evaluar, conducir y proponer la imposición sanciones, dentro de las cuales se incluyen imposición de multas, medidas correctivas, medidas de carácter provisional y ejecución forzada.

Para el cumplimiento de las funciones de la Intendencia de Fiscalización y Sanciones se han emitido el Decreto Supremo N° 031-2014-SA *“Reglamento de Infracciones y Sanciones de SUSALUD”* y la Resolución de Superintendencia N° 099-2014-

SUSALUD/S que aprueba “Metodología de Cálculo de Sanciones Aplicables a las IAFAS, IPREES y UGIPREES” dotando de este modo un marco legal aplicable para la tipificación de infracciones y aplicación de sanciones, así como, un método para el calculo de dichas sanciones. Asimismo es preciso mencionar que al ser SUSALUD una institución Pública, esta se encuentra sujeto a los Dispuesto por la Ley 27444 “Ley del Procedimiento Administrativo General Ley”.

El Procedimiento administrativo sancionador-PAS, estará a cargo de la Superintendencia Adjunta de Regularización y Fiscalización SAREFIS, la misma que garantizará el derecho de acción de SUSALUD, así como, de la defensa de los administrados, para tal fin se ha establecido un procedimiento único que goza de doble instancia, actuando SAREFIS como órgano de primera instancia y el Tribunal de SUSALUD como órgano de segunda instancia.

Todo procedimiento administrativo sancionador- PAS, es iniciado de oficio como consecuencia de las acciones de supervisión y vigilancia a la IAFAS, IPREES y UGIPREES por parte de las intendencias correspondientes, ó, a iniciativa de parte, como consecuencia de una queja ciudadana; cuando el procedimiento sancionador es como consecuencia de las acciones propias de SUSALUD, el informe final será remitido a la Intendencia de Fiscalización y Sanciones- IFIS, quien a su vez elevara dicho informe con todos sus medios probatorio a SAREFIS para el inicio del procedimiento sancionador.

Cuando el PAS, es iniciado a instancia de parte, a consecuencia de una queja formal, la IPROT remitirá dicha queja la IFIS quien se encargara de su evaluación pudiendo recomendar el inicio del PAS o su archivo definitivo, en caso recomendando el inicio del PAS remitirá el informe inicial con todos los medios probatorios aportados a SAREFIS quien determinara en el plazo de 10 días el inicio del PAS, caso contrario, recomiende su Archivo, dicha resolución es inimpugnable.

El PAS cuenta con dos etapas procesales muy marcadas, la primera, **FASE INSTRUCTORA**, donde se ejercerá el derecho de defensa del administrado (30 días para absolver) y se actuarán los medios probatorios que se consideren y culminará con la emisión del informe final de instrucción, la segunda etapa, es la **FASE RESOLUTORIA**, la misma que inicia con la recepción del Informe final de instrucción y

citará a las partes involucradas a la vista de la causa, la misma que no podrá ser antes de 05 días hábiles, las partes podrán exponer sus alegatos en forma oral en la fecha de la vista de la causa.

Una vez culminada la vista de la causa, SAREFIS deberá emitir Resolución de Primera Instancia dentro de un plazo de 30 días, resolución que deberá ser debidamente motivada, pronunciándose por cada uno de los hechos imputados con valoración de los medios probatorios aportados por las partes.

La resolución de primera instancia, podrá resolver lo siguiente: No existencia de infracciones, en cuyo caso se dispondrá el Archivo del PAS; en cambio, si no se encontrara responsabilidad de algunas de las infracciones imputadas, únicamente se archivará respecto las que no se acreditaron responsabilidad pero sancionará por aquellas en las cuales si encontró responsabilidad.

El plazo de impugnación de la resolución de primera instancia es de 15 días, la calificación del recurso de apelación estará a cargo de SAREFIS, quien verificara dentro del plazo de 02 días si dicho recurso cumple con los requisitos de admisibilidad, los recursos de reconsideración son resueltos por SAREFIS, de concederse el recurso de apelación, el expediente único será elevado al Tribunal de SUSALUD, quien emitirá pronunciamiento en última instancia.

En casos en los que SAREFIN encuentre responsabilidad de infracciones de los administrados podrá al momento de emitir la resolución de primera instancia disponer la aplicación de medidas temporales o medidas correctivas de distinta índole, como multa, suspensión temporal de autorización de funcionamiento o cierre definitivo.

Como se ha descrito anteriormente el PAS, es un proceso célere que garantiza el derecho de defensa de las partes y culmina con la emisión de Resolución por parte del Tribunal de SUSALUD, dando por agotado de este modo la vía administrativa, y estando SUSALUD bajo los alcances de la Ley 27444 dicha resolución puede ser objeto de un control judicial-Poder Judicial, vía proceso contencioso administrativo, sin que ello implique la suspensión de la ejecución de las sanciones impuestas.

En cuanto a la calificación y graduación de los hechos infractores, éstas han sido determinadas como leves, graves y muy graves, conforme lo ha establecido el artículo

10 del Decreto Legislativo 1158. Asimismo el artículo 11 de la norma antes citada ha establecido 07 tipos de sanciones como son:

- Amonestación escrita
- Multa hasta 500 UIT
- Suspensión de Autorización de funcionamiento para las IAFAS por un plazo máximo de seis meses.
- Restricción de uno o más servicios de una IPREES, por un plazo máximo de seis meses.
- Cierre temporal de IPREES por un plazo máximo de seis meses.
- Revocación de Autorización de Funcionamiento para IAFAS.
- Cierre definitivo de una IPREES

El artículo 11 del Decreto Legislativo 1158 estableció que los criterios, graduación de las sanciones, y demás disposiciones procedimentales para el cumplimiento de la potestad sancionadora de SUSALUD se emitiría vía Decreto Supremo.

Mediante Decreto Supremo 031-2014-SA se aprobó el Reglamento de Infracciones y sanciones de SUSALUD, indicando en su artículo 34 que los criterios específicos para la aplicación de sanciones no pecuniaria, así como la ponderación de sanciones pecuniaria serán establecidos por SUSALUD mediante acuerdo de Consejo Directivo.

Mediante Resolución de Superintendencia N°099-2014-SUSALUD/S de fecha 18 de diciembre del 2014 se aprobó la *“Metodología del Cálculo de sanciones aplicables a las IAFAS, IPREES y UGIPREES”*, la misma que ha establecido en forma detallada y precisa los criterios y formulas aplicables para la graduación de imposición de sanciones en el PAS tanto para IAFAS, IPREES y UGIPREES.

Como se puede apreciar de todo lo antes descrito, son el Decreto Supremo 031-2014-SA y la Resolución de Superintendencia N°099-2014-SUSALUD/S el marco normativo que regulan las conductas infractoras y los criterios para la aplicación de sanciones pecuniarias y no pecuniarias.

De todo el marco normativo relacionado con la estructura organizacional de SUSALUD y el procedimiento administrativo aplicables, se puede señalar que, éstas están orientadas a delimitar funciones y competencias de los órganos administrativos dentro de las cuales se evidencia que se busca establecer procedimientos que faciliten el ejercicio de las funciones de supervisión, fiscalización y sancionadora.

2.3 LOS CONTRATOS Y CONVENIOS

Que, habiéndose analizado anteriormente que el derecho a la salud constituye un derecho fundamental reconocido por la Constitución Política del Perú, y como tal, requiere ser garantizado por el Estado, a través de la implementación de Políticas Públicas que permitan que todo ciudadano acceda a una prestación de salud eficiente y de calidad, en esta parte de la investigación, se procederá al análisis de las herramientas de gestión que utiliza la Administración Pública para garantizar el derecho a la Salud, ello siempre desde la óptica del Sistema EPS.

Para lograr la eficiencia y calidad de los servicios de salud antes mencionados, el Estado ha creado una estructura organizacional compleja, que no solo involucra a los agentes que brindan los servicios de salud (públicos, privados y mixtos) y usuarios, sino que, también involucra instituciones que permitan el control estatal de las actuaciones de estos y entre estos, para tal fin, ha delegado competencias a diferentes instituciones que tienen por fin no solo garantizar la prestación de los servicios de salud propiamente dicho, sino que también, garantice que las prestaciones realizadas por agentes privados se desarrolle dentro del modelo económico neoliberal y de libre competencia, regulando para tal fin las fallas propias del mercado como los monopolios, oligopolio, abuso de posiciones de dominio, etc.

Una forma de viabilizar que el ciudadano goce de servicios de salud inmediato, es el Sistema de “Entidades Prestadoras de Salud-EPS”, entendida como un modelo de negocio que permite que personas jurídicas de derecho privado (clínicas privadas) brinden servicios de Salud a los asegurados, como consecuencia de la suscripción de contrato de seguro o convenios (copago). Creándose para tal fin todo un marco normativo que lo regule, sin embargo, es dentro de este marco normativo que se elaboran relaciones jurídicas de naturaleza civil – administrativa, como: contratos y convenios entre Entidades Administradoras de Fondos de Salud- IAFAS con

Instituciones Prestadoras de Salud- IPREES, o estos con las entidades públicas, hecho que presumiblemente estaría ocasionando un enriquecimiento indebido con causa a favor de estos y correlativo empobrecimiento del Estado y de los usuarios del Sistema EPS.

La problemática antes mencionada, inexorablemente nos lleva a preguntarnos ¿Puede un privado enriquecerse indebidamente a causa de un acto jurídico válido y elaborado bajo el principio de la Autonomía de la Voluntad?

Para responde la interrogantes es necesario efectuar un análisis jurídico de los contratos, convenios y el propio enriquecimiento indebido, para posteriormente determinar la existencia o no de un enriquecimiento indebido con causa.

2.3.1 LOS CONTRATOS

Para desarrollar los contratos es necesario precisar que éstos forman parte del Derecho de las Obligaciones, entendida esta última en palabras de Justiniano como: “El vínculo de derecho que nos somete a la necesidad de pagar alguna cosa conforme al Derecho de nuestra ciudad (Inst-I.III,t.14).

Para Aníbal Torres Vásquez⁵¹ las relaciones obligacionales son *“El vínculo jurídico entre un acreedor y un deudor por la cual el deudor debe ejecutar una prestación pecuniaria de dar, hacer o no hacer a favor del acreedor”*.

Para Luis Mosset de Espanés⁵² *“La Obligación es una subespecie de las relaciones jurídicas de tipo patrimonial”* para posteriormente señalar que *“La relación jurídica obligatoria crea un vínculo entre dos sujetos, acreedor y deudor, en virtud de la cual el acreedor puede exigir al deudor el cumplimiento de una prestación”*⁵³.

Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre⁵⁴ consideran que *“La Obligación constituye una relación jurídica que liga a dos o ms personas, en virtud del cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir un prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de*

⁵¹Torres Vasquez, Anibal (2011). *Código Civil II Tomo*, Lima, Editorial Moreno S.A.. pág. 14

⁵²Mosset de Espanes Luis (2016) *Derecho de Obligaciones Tomo I*. Lima. Editorial Gaceta Jurídica, pág. 19

⁵³Mosset de Espanes Luis (2016) *Derecho de Obligaciones Tomo I*. Lima. Editorial Gaceta Jurídica, pág. 21

⁵⁴Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario (2014) *Tratado de Derecho de las Obligaciones Volumen I*.Lima, ECB Edidiciones, pág. CXXV

éste último, digno de protección”

Como se evidencia de los conceptos esbozados por los connotados juristas antes mencionado, todos coinciden en que las Obligaciones constituyen una relación jurídica entre dos o mas personas naturales o jurídicas por las cuales se obligan recíprocamente como acreedor y deudor, a fin de realizar una prestación a cambio de una contraprestación.

Que si bien la doctrina señala la existencia de obligaciones civiles y naturales, únicamente se analizará aquella obligación de naturaleza civil, por cuanto, es esta última las utilizadas por las empresas prestadoras de salud en un presunto acto de enriquecimiento indevido con causa.

En el desarrollo de la investigación se ha podido apreciar que, son los contratos civiles una de las formas por las cuales las IAFAS, IPREES y UGIPREES, se generan obligaciones reciprocas en la prestación de servicios de salud, para que de forma posterior su costo económico sean asumidos por el Estado y el asegurado, sin embargo, es de precisar de la existencia de contratos entre privados, así como entre privados y entidades públicas, hecho que evidencia la existencia de relaciones contractuales de naturaleza civil y administrativa.

Pero, ¿Que entendemos por contrato?; al respecto nuestro Código Civil ha precisado en su artículo 13451 que “El contrato es el acuerdo de voluntades de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial” dispositivo legal del cual se desprende que *“Para la existencia de un contrato se requiere de:*

- 1.-Que exista un acuerdo.*
- 2.-Que seas dos o más las partes.*
- 3.-Que sus efectos sean constitutivos, modificativos, extintivos o reguladores.*
- 4.-Que la relación sea jurídica y de naturaleza patrimonial”⁵⁵.*

En palabras de Anibal Torres Vásquez el contrato es: *“La expresión y realización de la autonomía de la voluntad privada de los contratantes, quienes se vinculan recíprocamente.”⁵⁶*

Para Manuel de la Puente y Lavalle⁵⁷ el concepto del contrato es: *“La declaración conjunta de la voluntad común de dos o más partes que, por permitirlo el*

⁵⁵Torres Vasquez, Anibal (2011). *Código Civil II Tomo*, Lima, Editorial Moreno S.A.. pág. 204

⁵⁶Torres Vasquez, Anibal (2011). *Código Civil II Tomo*, Lima, Editorial Moreno S.A.. pág. 204

⁵⁷La puent Lavalle Manuel (2007) *El contrato en General*. Lima. Palestra Editores. Pág 38

ordenamiento jurídico, tiene por efecto crear, regular, modificar o extinguir entre sí obligaciones lícitas de carácter patrimonial” .

Parafraseando a los autores antes citados podemos señalar que, el contrato es el medio por el cual las partes en el ejercicio de la autonomía de su voluntad deciden generarse obligaciones patrimoniales mutuas, estableciendo condiciones para su ejecución.

2.3.1.1 NATURALEZA JURIDICA DE LOS CONTRATOS

Por definición del artículo 1351 del Código Civil, la naturaleza jurídica de los contratos es de contenido patrimonial, tal como se concibió en el Derecho Romano.

El BGB Alemán de 1990 no hace alusión alguna al contenido patrimonial de las obligaciones, toda vez que: *“Bastaría para que la obligación sea válida que su objeto presentara para el acreedor un interés legítimo y digno de ser protegido por la justicia, aunque se trate de un interés moral o de puro interés de afección”*⁵⁸, es decir, se aparta del concepto clásico de contenido patrimonial para precisar que las obligaciones morales o de afección pueden ser perfeccionadas mediante el contrato.

Una corriente doctrinaria novedosa combina las teorías clásicas antes mencionadas, y señala lo siguiente: *“El interés pecuniario no es requisito de la obligación, pero que la prestación del objeto de ésta, cuando no es económica, debe tener una traducción patrimonial”*⁵⁹

Si bien del artículo 1351 del Código Civil se evidencia que la naturaleza jurídica de los contratos requiere necesariamente de un contenido patrimonial, no es menos ciertos que, nuestro código en otros articulados asume la posición moderna, es decir, que la obligación moral también es susceptible de reconocimiento económico.

2.3.1.2 ELEMENTOS DE LOS CONTRATOS GENERALES

Siguiendo la posición del profesor Aníbal Torres Vásquez⁶⁰ para que un contrato tenga

⁵⁸Torres Vasquez, Anibal (2011). *Código Civil II Tomo*, Lima, Editorial Moreno S.A. pág. 211

⁵⁹Torres Vasquez, Anibal (2011). *Código Civil II Tomo*, Lima, Editorial Moreno S.A. pág. 213

⁶⁰Torres Vasquez, Anibal (2011). *Código Civil II Tomo*, Lima, Editorial Moreno S.A. pág. 204

existencia se requiere de los siguientes elementos:

- Que exista un acuerdo: Este elemento se encuentra establecido en el intrínsecamente relacionado con el principio del consensualismo, toda vez que para que exista una relación jurídica obligacional mutua se requiere de un acuerdo de voluntades, a través del consentimiento (desprovisto de formas) a excepción de aquellas obligaciones que la propia ley establece una solemnidad predeterminada.
- Que sean dos o más partes: Este elemento está relacionado con los sujetos de las obligaciones, toda vez que se requiere una plena identificación de las partes contratantes, sean éstas personas naturales o jurídicas, ello por cuanto va permitir establecer quienes serán los obligados a efectuar una acción determinada así como establecer las responsabilidades del caso por su incumplimiento.
- Que sus efectos sean constitutivos, modificativos, extintivos o reguladores: Este elemento está relacionado al objeto de la obligación, es decir, la identificación de las prestaciones y contraprestaciones que ha de realizar por sujetos intervinientes, para de este modo poder determinar la acción positiva o negativa que le corresponde ejercitar a cada parte.
- Que la relación sea jurídica y de naturaleza patrimonial: Este elemento está relacionado a la licitud y el contenido patrimonial de las obligaciones, es decir que la relación jurídica que entrelazará a las partes constituya una fuente formal de las obligaciones, así como la identificación económica del objeto de la obligación o la cuantificación de prestación o contraprestación a realizar.

2.3.1.3 CLASIFICACION DE LOS CONTRATOS

La doctrina clásica, los ha distinguido como contratos típicos y atípicos; sin embargo, dicha conceptualización ha variado en el tiempo, actualmente, son denominados contratos nominados e innominados, que si bien existe un debate doctrinario respecto la denominación de dichos tipos contractuales, no los analizaremos por no ser materia de la presente investigación, simplemente señalaremos que nuestro Código Civil los ha diferenciado como: **1.-Contratos Nominados**, y **2.-Contratos Innominados**.

➤ **CONTRATOS NOMINADOS:** Se denomina a todos aquellos contratos plenamente establecidos en el Código Civil y que tienen un marco jurídico perfectamente determinado, dentro de esta clasificación encontramos a los contratos de compraventa, arrendamiento, permuta, suministro, mutuo donación, prestación de servicios etc.

➤ **CONTRATOS INNOMINADOS:** Se denomina así a todos aquellos contratos que no tienen una regulación determinada por el Código Civil y que surgen de las prácticas mercantiles, pero que gozan de pleno reconocimiento jurídico y de las cuales surgen obligaciones y derechos, un ejemplo de estos tipos de contratos son el *Joinventure*, *franchise*, *leasing*, *factoring*, etc. Es preciso mencionar este tipo de contratos nacen a consecuencia de la necesidad de los comerciantes para generar un mayor tránsito de bienes y mercancías.

Que habiéndose realizado una breve descripción de los conceptos básicos del Derecho de los contratos, se puede evidenciar que las relaciones jurídicas en la prestación de servicios de salud bajo el Sistema EPS, se efectúan bajo un contrato típico de prestaciones recíprocas, de compraventa (medicinas), servicios (atención médica) y suministro (de medicamentos y análisis clínicos); pero es en este punto, donde se debe precisar que dichos contratos de naturaleza civil, únicamente van a obligar a las IAFAS e IPREES privadas, mas no estas con las entidades públicas como ESSALUD o MINSA.

Respecto la relación contractual de los privados con las entidades Públicas (SUSALUD, ESSALUD o MINSA) debemos señalar que existe toda una corriente doctrinaria que se ha encargado de estudiar y precisar la naturaleza jurídica de dichos contratos, motivo por el cual corresponde efectuar su análisis correspondiente.

➤ **CONTRATOS ADMINISTRATIVOS O PUBLICOS**

Las relaciones obligacionales de personas naturales o jurídicas con el Estado es un tema de muy discutido a nivel doctrinal, y que ha merecido sendos estudios jurídicos a fin de poder determinar si dicha relación obligacional es de naturaleza civil ó pertenece a la esfera del derecho administrativo, discusión que resulta de relevante interés por cuanto de identificarse su naturaleza pública o privada se podrá determinar el fuero que le corresponde conocer aquellas controversias que pudieran surgir de dicha

relación obligacional.

Para Romero Perez Jorge⁶¹ *“El contrato administrativo es distinto del contrato civil. Su naturaleza responde a la concepción de ser un acto de colaboración voluntaria con la Administración Pública, destinado a satisfacer funciones esenciales del Estado, es decir, fines públicos”*

La relación obligacional del Estado con terceros *“Tiene sus antecedentes mas remotos en el Derecho Romano como método para gestionar los servicios públicos a través de las “Societas Publicanorum” las cuales cumplían funciones públicas por encargo del Estado Romano” para luego dar paso a la edad medieval y posteriormente a la edad moderna”*⁶²

En el Derecho Francés se reconoce la naturaleza administrativa de los contratos públicos siguiendo la posición de Jeze citado por Castro Cuenca Carlos⁶³ quien concluye que *“Estos contratos se inspiran en las ideas generales del derecho privado pero se combinan con las necesidades del funcionamiento regular y continuo de los servicios públicos”*.

En el Derecho Alemán se reconoce la autonomía de los contratos de derecho público y se regula el sistema contractual a través de figuras jurídicas específicas, así como una regulación de los medios de selección de los contratistas públicos⁶⁴.

⁶¹Romero Perez Jorge Enrique. *Derecho Administrativo especial: contratación administrativa*, ubicado en https://books.google.com.pe/books?id=F_xkHTXfwNkC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Recuperado el 18/04/2019

⁶²Castro Cuenca, Carlos. García López Luisa Fernanda y Martínez Vargas Juan Ramón (2010) *La Contratación Estatal. Teoría General. Perspectiva comparada y Regulación Internacional*. Colombia. Editorial Universidad de Rosario, págs. 49

⁶³Castro Cuenca, Carlos. García López Luisa Fernanda y Martínez Vargas Juan Ramón (2010) *La Contratación Estatal. Teoría General. Perspectiva comparada y Regulación Internacional*. Colombia. Editorial Universidad de Rosario, págs. 52

⁶⁴Castro Cuenca, Carlos. García López Luisa Fernanda y Martínez Vargas Juan Ramón (2010) *La Contratación Estatal. Teoría General. Perspectiva comparada y Regulación Internacional*. Colombia. Editorial Universidad de Rosario, págs. 55

En el Derecho Italiano se consideró que *“La actividad contractual de la administración se considera un acto de gestión al cual le era aplicable el derecho civil”*⁶⁵, teoría que sigue vigente hasta fecha pero con un marco legal que regula los procedimientos de selección y condiciones para los contratistas.

En el Derecho Español se reconoce la categoría de los contratos administrativos, y regula los procedimientos determinados para su aplicación, la misma que se materializa en la Ley de Bases de contrato del Estado y el Reglamento General de contratación.

Como se evidencia hasta aquí, existen dos posiciones doctrinales diferenciadas entre sí, ya que para unos, los contratos forman parte del derecho administrativo, y por otro lado, que refiere que los contratos celebrados por la administración se encuentran sujetos a las reglas del derecho civil.

La mayoría de los países consideran que los contratos realizados por el Estado constituyen una categoría especial del derecho administrativo, y como consecuencia de ella todo acto jurídico obligacional de la administración con terceros es un contrato administrativo, por lo tanto, el fuero que le es aplicable es el contencioso administrativo.

Por su parte, existe una tercera teoría, que entrelaza las dos primeras antes mencionadas, nos referimos a la “Técnica de los actos administrativos separables” la cual reconoce que toda la etapa previa (acuerdo) está sujeta a las reglas del Derecho Administrativo, pero que el contrato propiamente dicho está reglado por las normas del derecho ordinario y por consiguiente pertenece al ámbito del Derecho Civil, el sustento para esta técnica radica en la manifestación de la voluntad, ya que un contrato propiamente dicho está sujeto a la autonomía de la voluntad de las partes y es bilateral, pero que al ser el Estado el Contratante no podría darse dicha autonomía por cuanto el Estado realiza actos unilaterales más que bilaterales.

⁶⁵Castro Cuenca, Carlos. García López Luisa Fernanda y Martínez Vargas Juan Ramón (2010) *La Contratación Estatal. Teoría General. Perspectiva comparada y Regulación Internacional*. Colombia. Editorial Universidad de Rosario, págs. 56

Esta última concepción, es la aplicada en el Perú, ya que todos los actos previos a la celebración del contrato y ejecución están sujetas a las normas del Derecho Administrativo, pero el acto jurídico en sí (contrato), está sujeta a las normas del Derecho Civil, al respecto Baca Oneto Víctor⁶⁶ señala “La definición reglamentaria de éstos (contrato público) no sería tan clara, en tanto se reconocen al mismo tiempo poderes a la Administración propios de aquellos sistemas en donde puede defenderse su unilateralidad constitutiva. Es evidente que existe un acuerdo (puesto que hay dos voluntades coincidentes), pero, como se ha indicado antes, los efectos contractuales no surgen de ese acuerdo, sino del ejercicio de una potestad que ha sido atribuida a uno de los sujetos: La Administración”.

La conclusión manifestada por el autor antes mencionado, deriva del hecho que la norma en contrataciones estatales otorga facultades administrativas a todo el proceso de selección de contratación con el estado así como las acciones de control posterior y por ende es de aplicación las normas del Procedimiento Administrativo General Ley 27444 y su respectivo reglamentos, pudiéndose impugnar en sede administrativa y contenciosa administrativa todo acto administrativo generado por la Administración; sin embargo dicha facultad no es aplicable al contrato propiamente dicho, toda vez que éste (contrato público) se rige por las normas del Derecho Civil.

Es preciso mencionar que la Ley de contrataciones ha establecido que toda controversia que surja en la ejecución de las prestaciones con el contratista sea resuelta por Centros de Conciliación y de arbitraje mas no judiciales, sustrayéndose de este modo de la acción jurisdiccional, ello a fin de promover la ejecución de la obligaciones contractuales, y evitando litigios interminables, esta disposición únicamente resulta amparable cuando la controversia derive de la ejecución del contrato mismo y será resuelta por las normas del derecho privado.

Por su parte, la actuación administrativa, al derivar del derecho público es impugnabile en vía administrativa y judicial, en vía administrativa la Ley de Contrataciones con el Estado ha creado como órgano resolutor el Tribunal de Contrataciones con el Estado

⁶⁶Oneto Baca Víctor Sebastian. *El concepto, regulación, y clasificación de los contratos públicos en el Derecho Peruano*. Págs. 48 en *Revistatus et Veritas*. N° 48, 2014/julio

“La cual se encarga de resolver el última instancia administrativa cualquier controversia suscitada entre la Entidades participantes y postores durante el procedimiento de selección y los procedimientos para su implementación, y todo tipo de sanciones impuestas a las entidades y particulares”, pronunciamientos que pueden se impugnados en sede judicial y vía proceso contencioso administrativo.

Como se ha podido evidenciar de lo antes mencionado, la contratación pública por parte del Estado con privados tiene como marco general la “Ley de contrataciones con el Estado”, la cual acepta la aplicación de normas de derecho público como civiles, tal como se ha precisado en los párrafos anteriores; sin embargo de la Ley de Contrataciones con el Estado no resulta aplicable a las contrataciones derivadas por la Prestación de Servicios de Salud bajo el Sistema EPS, debido a las características particulares de las prestaciones a realizar, motivo por el cual podríamos decir la contratación de Entidades públicas de salud con IAFAS e IPREES privadas se regula por las normas del derecho privado y por las directivas emitidas por la SUSALUD que en el ejercicio de sus funciones pretende regular dicha relación contractual, la cual nos lleva a concluir que toda controversia suscitada en la relación contractual del Estado con los prestadores de salud debería resueltas por el derecho público, tanto en sede administrativa como judicial, pero siendo política institucional la solución de controversias a través de medios alternativos de solución de conflictos también le es aplicable las normas de derecho privado vía medios alternativos de solución de conflictos.

Que habiéndose concluido que las relaciones contractuales de las entidades públicas con las IAFAS e IPREES le es aplicable tanto el derecho público como privado, resulta factible una pretensión de enriquecimiento indebido en agravio del estado y los asegurados.

2.3.2 LOS CONVENIOS

Para referirnos a los convenios, es necesario precisar que éste, forma parte de las potestad de la Administración Pública, quien en ejercicio de sus funciones goza de facultades para crear una relación obligación de éste con privados o entre entidades públicas, la misma que es fácilmente confundida con una relación obligacional de derecho privado (contrato), por cuanto sus presupuesto son similares.

Para Huergo Lora Alejandro⁶⁷ los convenios: *“Constituyen un instrumento indispensable en la actuación administrativa actual, un instrumento que no se puede prescindir, aunque su utilización deba ser cuidadosamente regulada para evitar que sirva para eludir garantías básicas en un Estado de Derecho”*.

Para Romero Perez Jorge⁶⁸ el convenio es: *“Acuerdo de voluntades generador de obligaciones y por ello sinalagmático, celebrado entre un órgano del estado- en el ejercicio de las funciones administrativas que le competen- con otro órgano administrativo, un particular o un administrado, para satisfacer necesidades públicas”*, concepto antes descrito del cual se puede evidenciar la existencia de los presupuesto del contrato civil, diferenciándose el hecho que dicho relación obligacional tiene como fin la satisfacción de necesidades públicas.

El concepto de convenio en Derecho Español, puntualmente en el artículo 47 de la “Ley del Régimen Jurídico del Sector Público” los define como *“Son convenios los acuerdos con efectos jurídicos adoptados por la Administraciones Públicas, los organismos públicos y entidades de derecho público vinculadas o dependientes o Universidades públicas entre sí o con sujetos de derecho privado para un fin común...”*.

Sobre la definición de convenio efectuada en el Derecho Español Marc Vilalta-Reixach⁶⁹ precisa que *“La nueva regulación sigue partiendo de una noción muy amplia de los convenios. Sin embargo, de su tenor literal nos es posible identificar tres elementos distintivos e indispensables para la existencia de este tipo de negocio jurídico”*, los elementos que hace alusión al autor antes citado son: **1.-Carácter Bilateral. 2.-Carácter Jurídico obligatorio; y, 3.- Persiga un fin común.**

De los elementos mencionado por el autor antes citado, podemos señalar que, éstos elementos se asemejan en gran medida a los elementos del contrato civil, ya que son actos bilaterales

⁶⁷Huergo Lora Alejandro. 1998. *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*. Madrid. Editorial Civitas, págs 24

⁶⁸Romero Perez Jorge Enrique. *Derecho Administrativo especial: contratación administrativa*, ubicado en https://books.google.com.pe/books?id=F_xkHTXfwNkC&printsec=frontcover&source=qbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Recuperado el 18/04/2019.

⁶⁹VilaltaReixach Marc. *Los convenios Interadministrativos en el Ordenamiento Jurídico Español desde un punto de vista contractual*, págs. 87, 88. En *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 15, 2016/enero.

que genera una obligación jurídica que contiene un causa jurídica que lo origina, sobre esta última, es preciso mencionar que en el Derecho español señala que se requiere que al convenio se le acompañe una mención justificativa, donde se analice su oportunidad y necesidad, y se plasmará el carácter de interés público del convenio, lo cual genera su legitimidad; sin embargo la principal diferencia con el contrato civil es que el convenio no necesariamente tiene que tener un contenido patrimonial.

Los convenios administrativos en el Perú, no tienen un marco regulatorio específico que la conceptualice y delimite, sin embargo sí existe mención a ella en la Ley General de Procedimiento Administrativo Ley 27444, que hace alusión a la colaboración entre instituciones, puntualmente en su artículo 77.3 donde señala que: *“Por los convenios de colaboración, las entidades a través de sus representantes autorizados, celebran dentro de la ley acuerdos en el ámbito de su respectiva competencia, de naturaleza obligatoria para las partes y con cláusula expresa de libre adhesión y separación”*.

Del articulado antes señalado podemos desprender que los convenios constituyen un *“Acuerdo de naturaleza obligatoria para las partes”*, sin embargo, y teniendo en cuenta que dicha mención ha sido establecida en el sub capítulo de colaboración entre entidades, debería ser de exclusiva aplicación a entidades pública, sin embargo podemos advertir que la misma ley hace referencia a los convenios de manera genérica, incluso señalar que son de aplicación entre entidades públicas y sujetos privados, como lo es en el encargo de gestión señalada en el artículo 71.4 de la Ley 27444.

Otra mención la podemos encontrar es en el Decreto Supremo 006-2017-JUS Decreto que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley 27444 donde en sus artículos 85 y 86 reglamenta la colaboración entre entidades y los medios que se pueden utilizar para su cometido, precisando en el artículo 86.4 que *“Las entidades pueden celebrar convenios con las instituciones del sector privado, siempre que con ello se logre el cumplimiento de su finalidad y no se vulnere normas de orden público”*.

Otra de las particularidades de nuestra normativa respecto los convenios, es que no hacen mención a la calidad administrativa de éstos, utilizándose siempre el término genérico de “Convenios” hecho que se infiere es así, por cuanto se encuentra mencionado en las normas de derecho público.

Que habiéndose identificado una falta de regulación normativa sobre el concepto y naturaleza

jurídica del “Convenio” en la Ley 27444 y su respectivo reglamento, cada institución Pública en el Perú, emite directivas que pretenden conceptualizarlas, delimitar su aplicación y ejecución, hecho que evidencia la necesidad de regular dicha figura jurídica y determinar su naturaleza, esto último debido a las consecuencia jurídicas que derivarían del incumplimiento de los convenios y los tribunales competentes para su conocimiento.

2.3.3 CONTRATO ADMINISTRATIVO VS CONVENIO

Que habiéndose identificado anteriormente que los contratos y convenios que realizan las entidades públicas tienen naturaleza administrativa podemos señalar las siguientes diferencias:

El contrato administrativo es dual, por cuanto todo el procedimiento de elección y ejecución del contrato le es aplicable las normas del Derecho Público, sin embargo el contrato administrativo en si le es aplicable normas de derecho privado.

Los convenios Administrativos, tienen como elemento constitutivo el fin público, hecho que no sucede con el contrato administrativo, por cuanto éste último, únicamente regula una relación jurídica entre una entidad del estado con un privado.

A los contratos administrativos le es aplicable normas de derecho público como privado.

Como se ha podido apreciar de todo lo antes mencionado, las entidades públicas pueden generar relaciones jurídicas obligatorias a través de contratos civiles ó convenios de naturaleza administrativa, los cuales surgen obligaciones jurídicas ente las partes (públicas o privadas) y a las cuales le es aplicable normas de derecho público y por excepción normas de derecho privado, sin embargo, es de señalar que casi la mayoría de entidades públicas regulatorias del Perú han establecido que toda controversia que genere la ejecución de los actos que originaron los contratos y convenios sea resulta a través de los medios alternativos de solución de conflictos, sea arbitraje o conciliación, sin perjuicio de aquellas que son susceptibles de impugnación administrativa y judicial.

En el caso de las Entidades Prestadoras de Servicios de Salud bajo el Sistema EPS, SUSALUD ha emitido la Resolución de Superintendencia N°080-2014-SUSALUD que aprueba las “*Condiciones mínimas de los contratos o convenios entre IAFAS e IPREES*” en la cual se emite un formato de contrato-convenio preestablecido que es de obligatorio cumplimiento por las IAFAS e IPREES dejando a salvo su derecho de agregar cláusulas adicionales de acuerdo a sus intereses, hecho que evidencia un acto unilateral del ente supervisor que vulnera la autonomía de la voluntad de las

partes, generando de este modo una desnaturalización de la doctrina aplicada en el Perú a los contratos administrativos, y que si bien deja a salvo su derecho de agregar cláusulas adicionales, ello no enerva, el acto unilateral del contrato-convenio administrativo.

Asimismo, dicha resolución no hace diferenciación alguna entre contrato y convenio, precisando únicamente que le es aplicable de manera imperativa, hecho que asienta aún más la falta de conceptualización del convenio, ya que lo equipara con el contrato administrativo sin tener en cuenta las diferencias existentes entre ellas.

Por lo tanto, la prestación de servicios de salud bajo el Sistema EPS, es susceptible de cuestionamiento a través de las fuentes formales de las obligaciones (contratos) así como las normas de derecho público en aplicación de la potestad supervisora posterior de SUSALUD; por consiguiente, resulta factible una acción de enriquecimiento indebido con causa en agravio del estado y los usuarios.

2.4 EL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO

La figura jurídica que analizaremos en el presente título constituye el eje neurálgico de la presente investigación, ello por cuanto, es a través de ésta que se propone restablecer el desequilibrio económico que viene suscitándose en la prestación de servicios de salud bajo el sistema EPS; por ello, resulta necesario describir su evolución en el tiempo, comprender el concepto, naturaleza jurídica y elementos constitutivos.

2.4.1 ORIGEN DEL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO

El enriquecimiento indebido como lo conocemos en nuestro derecho nacional *“tiene su origen histórico en la exégesis, la glosa y comentario de un texto de Pomponio que aparecía en el Digesto (..), texto que decía así: “Por derecho natural es equitativo que ninguno se haga más rico en detrimento de otro y con injuria”⁷⁰, quien a decir de LACRUZ BERDEJO, señala que “Sin pensar probablemente en darle consecuencia directa, sirvió asimismo a los glosadores*

⁷⁰Cocheiro del río Jaime, *El enriquecimiento injusto en el derecho laboral*, Editorial Bosch, 2007, Barcelona,

*para construir la teoría del enriquecimiento injusto, que contemplan como una reacción del Derecho Natural (...)*⁷¹, como vemos del texto de Pomponio descrito por los autores antes citados el enriquecimiento indebido tiene como fundamento el derecho Natural, y sobre la cual se desarrollaría la evolución del mismo.

Habiéndose identificado la máxima de Pomponio, es preciso señalar que dicha premisa va encontrar asidero en el Derecho Romano, puntualmente en la teoría de las *condictiones*, acciones que en relación a diversos supuestos concretos en los cuales se había verificado una adquisición de propiedad con arreglo al derecho estricto, pero social y moralmente no justificada, permitían reclamar la devolución de lo entregado o su equivalente⁷². O como señala Álvarez Caperochipi: “La obligación de restituir sancionada por la *condictio*, nace de la retención sin causa de un bien o ventaja cuando ha existido una previa *Datio* (acto material de adquisición de la propiedad) o unos negocios jurídicos solemnes (la *stipulatio* principalmente)”⁷³.

Sin embargo es preciso mencionar, que no existe uniformidad para la identificación de las *condictios*, toda vez que a través de la doctrina estudiada se ha podido apreciar que los autores han pretendido su unificación, por ejemplo; DIEZ PICAZO la clasifica en tres categorías: *condictio por prestación indebida*, *condictio por intromisión* y *condictio por inversión o desembolso*. NUÑEZ LAGOS las identifica como: *condicti oindebiti*, *condictio ob causa datorum* o *causa data non secuta*, *condictio obturpen velinustam causam* y *condictio sine causa, vel causan finitam*; en posición totalmente contraria ALVAREZ CAPEROCHIPÍ refiere que: “Al no indicar en su fórmula la causa de pedir, la *condictio* necesariamente tiene que ser una; siendo imposible el delimitarla o diferenciarla por su causa”⁷⁴.

Como vemos doctrinariamente se han construido agrupaciones para las *condictios*, lo cual puede ser muy discutible, pero estando a que el presente trabajo no pretende dilucidar la

⁷¹La cruz Berdejo José Luis, *Derecho de Obligaciones, Elementos del Derecho Civil*, tercera edición, editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 408

⁷²La Cruz Berdejo José Luis, *Derecho de Obligaciones, volumen segundo*, tercera edición, Editorial DYKINSON S.L., Madrid, página 407,408

⁷³Álvarez Caperochipi, José Antonio, *el enriquecimiento sin causa*, tercera edición, editorial comares, 1993, página 65

⁷⁴Álvarez Caperochipi, José Antonio, *el enriquecimiento sin causa*, tercera edición, editorial comares, 1993, página 65

controversia citada entre los tratadistas, únicamente describiremos el contenido de las *condictios*, sin asumir una posición al respecto.

2.4.1.1 LAS CONDICTIONES

Como ya se ha citado anteriormente las *condictios* son: *“Acciones que en relación a diversos supuestos concretos en los cuales se había verificado una adquisición de propiedad con arreglo al derecho estricto, pero social y moralmente no justificada, permitían reclamar la devolución de lo entregado o su equivalente”*⁷⁵

La *condictio* fue un remedio legal, de origen, de contornos y de función en alguna medida inciertos. (ORTOLAN, citado por Luis Díez Pícaso y Antonio Gullón en el libro Sistema de Derecho Civil) dice que la quinta y última de las acciones de la ley (*legisactio per condictioem*) apareció en el año 510 a. C. para suplir las deficiencias de las otras cuatro. En ella, el recurso a la acción de la ley se produciría mediante la denuncia o emplazamiento del demandado (*condicere*=citar o emplazar para un juicio), y mediante esta acción se llevaban a cabo algunas singulares reclamaciones, ante todo la restitución de una *datio* cuando el demandado no poseía título o razón suficiente para retener.

2.4.1.1 CLASIFICACIÓN DE LAS CONDICTIONES:

➤ **Condictio causa data causa non secuta o condictio causa datorum**: Que era una atribución patrimonial que una persona había hecho en vista de un resultado futuro que no se produce, o en palabras de Díez-Pícaso (citado por COCHEIRO DEL RIO), esta *condictio* se concedía *“Cuando una persona había disminuido su patrimonio a favor de otra, en contemplación de una prestación que había de recibir de ella y que luego no se realiza o de un hecho futuro que no se produce”*⁷⁶.

Álvarez Caperochi señala que ésta *condictio*; *“Se produce cuando se dio sometiendo la Datio a una carga, modo o condición que luego se incumplen, o en virtud del juego de*

⁷⁵ La Cruz Berdejo José Luis, *Derecho de Obligaciones, volumen segundo, tercera edición, Editorial DYKINSON S.L., Madrid, página 407,408*

⁷⁶ Cocheiro del río Jaime, *El enriquecimiento injusto en el derecho laboral, Editorial Bosch, 2007, Barcelona, página 12*

la reciprocidad de los contratos (art. 1124) cuando uno de los contratantes incumple su prestación correspondiente⁷⁷.

Moisset de Espanés Luis⁷⁸ señala que ésta conditio es “Aquella en que se ha atendido a una causa futura, que luego no se realiza”.

➤ **Conditio obturpem**: Cuando el resultado buscado es inmoral o deshonesto, o en palabras de COCHEIRO DEL RIO, “Procede en aquellos casos en que se ha prometido algo con fin inmoral o prohibido por el derecho. En dicho caso, el accipiens estará obligado a restituir si la finalidad era deshonesto para el receptor de la atribución.”⁷⁹.

Álvarez Caperochipi José precisa que esta conditio se da cuando “La entrega en estos supuestos se produce en virtud de un negocio lícito para el tradens pero ilícito para el accipiens; en este caso, el ordenamiento jurídico considera que nunca se debió y, por lo tanto, permite la recuperación de lo entregado”.⁸⁰

Moisset de Espanés Luis⁸¹ señala que ésta conditio se da cuando “El pago se efectúa en razón de una causa ilícita, contraria a las leyes o al orden público.

➤ **Conditio indebiti**: “Con una concepción amplia según la que todo accipiens de una datio estará obligada a la restitución cuando no posee título para retener, y otra concepción estricta según la que la conditio únicamente se refiere a aquel que por error paga una deuda que luego se descubre inexistente, compitiendo la acción al que sufrió el error⁸².

Álvarez Caperochipi, José, “Esta datio se da cuando: la entrega ha producido por un

⁷⁷ÁlvarezCaperochipi, José Antonio, *el enriquecimiento sin causa*, tercera edición, editorial comares, 1993, página 73

⁷⁸Moisset de Espanés Luis (2016) *Derecho de Obligaciones- Tomo II*.Lima. Editorial Gaceta Juridica S.A., Págs 631

⁷⁹Cocheiro del rio Jaime, *El enriquecimiento injusto en el derecho laboral*, Editorial Bosch, 2007, Barcelona, página 12

⁸⁰Álvarez Caperochipi, José Antonio, *el enriquecimiento sin causa*, tercera edición, editorial comares, 1993, página 72

⁸¹Moisset de Espanés Luis (2016) *Derecho de Obligaciones- Tomo II*.Lima. Editorial Gaceta Juridica S.A., Págs 631

⁸²Cocheiro del Rrio Jaime, *El enriquecimiento injusto en el derecho laboral*, Editorial Bosch, 2007, Barcelona, página 12

acto voluntario del tradens (del que perdió la cosa), pero sin ánimo de liberalidad, o sin un previo acuerdo válido (sin contraprestación)-nunca se debió⁸³, es decir, cuando alguien paga por error una deuda inexistente o lo que se paga no se debía.

Moisset de Espanés Luis⁸⁴ señala que *“Esta condictio es el caso más general de pago de lo indebido”*.

➤ **Condictio sine causa:** *“Cuando alguien hace una promesa sin causa, que se diferencie de las anteriores en que en lugar de una datio se produce una simple promissio”⁸⁵.*

Alvarez Caperochipi Jose, señala que esta *condictio* *“Es el encabezamiento de un breve título del Digesto (D. 12, 7), su campo no está claramente acotado, y se comprenden allí como modalidades de conditioindebiti y la conditio o causa, datorum⁸⁶, como vemos aquí, para este autor, la conditio sine causa no constituye una conditio propiamente dicha sino que solo constituye un encabezado y que su sentido de ser se encuentra en la conditio indebiti y la conditio o causa, datorum, criterio que opuesto al señalado por Luis Diez. Picazo y Antonio Gullon, quienes si los identifican y le dan un contenido doctrinario.*

➤ **Condictio furtiva:** *“Que permite reclamarla cosa hurtada o su valor, y obliga no sólo al autor del hurto, sino a sus herederos”.⁸⁷*

➤ **Condictio ex lege:** *“De la cual se dice, en un texto de PAULO que cuando una nueva ley introduce una nueva obligación y no se ha prevenido en ella el tipo de acción que se da, se entiende que es la conditio”.⁸⁸*

⁸³Alvarez Caperochipi, José Antonio, *el enriquecimiento sin causa*, tercera edición, editorial comares, 1993, página 72

⁸⁴Moisset de Espanés Luis (2016) *Derecho de Obligaciones- Tomo II*.Lima. Editorial Gaceta Juridica S.A., Págs 631

⁸⁵Luis Diez-Picazo y Antonio Gullon, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, novena edición, editorial Tecnos,2001, página 52

⁸⁶Alvarez Caperochipi, José Antonio, *el enriquecimiento sin causa*, tercera edición, editorial comares, 1993, página 74

⁸⁷Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, Editorial Tenos (Grupo Anaya S.A.), 2002, paginas 522

⁸⁸Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, Editorial Tenos (Grupo Anaya S.A.), 2002, paginas 522

A manera de conclusión, podría señalarse que si bien la doctrina no es unitaria, en cuanto a la agrupación de las teorías de las *condictio*, sin embargo es preciso señalar que dichas teorías constituyen en eje sobre el cual se sustenta diferentes instituciones jurídicas, siendo una de ellas, la teoría del enriquecimiento indevido, toda vez que en ella descansan los supuestos sobre los cuales no se puede enriquecer en perjuicio de otro sin una causa justa que lo justifique.

2.4.2 LA CODIFICACION DEL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO

Para La Cruz Berdejo⁸⁹ el Sistema de las condiciones del Derecho Romano, pasó a las PARTIDAS (5,14,28 a 54) que enunciaron la norma de principio general, según la cual *“ninguno non deue enriquescerse tortizeramente con daño de otri”* (7,34,17), esto en derecho español; sin embargo es preciso señalar que en la codificación propiamente dicha, la *condictio* tiene sustento, como lo señala el profesor Díez.Picazo y Antonio Gullón⁹⁰ *“En la Glosa y la doctrina del derecho natural racionalista que comentaron los textos de las condictio y las reglas de Pomponio”*, fundamentando la prohibición del enriquecimiento injusto, tradición que es recogida en la recopilación del derecho general prusiano (1794) y el Código Civil Austriaco (1811), que la admitieron y reglamentaron supuestos legales inspirados en ella.

Ahora bien, es preciso mencionar que el primer código en tipificar el enriquecimiento indevido ha sido el BGB alemán, puntualmente en su artículo 812 que señala *“quien por prestación de otro, o de otro modo a costa de éste, se enriquece sin causa, está obligado a la restitución”* ello debido a la elaboración de los pandecistas como WINDSCHEID, sin embargo y cómo podemos apreciar del artículo citado, ésta hace referencia a la causa, como elemento constitutivo del enriquecimiento injusto, posteriormente SAVIGNY se preguntó que tienen en común las condiciones antes señaladas, llegando a la conclusión que: *“Todos estos casos tienen entre sí, en común, el aumento de un patrimonio por disminución de otro o que se ha producido sin*

⁸⁹La Cruz Berdejo José Luis, *Derecho de Obligaciones, Elementos del Derecho Civil*, tercera edición, editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 408

⁹⁰Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, novena edición, editorial Tecnos, 2001, página 522

causa, o ha perdido su causa originaria”.

Para Álvarez Caperochipi⁹¹, *“Los alemanes No han admitido de una manera positiva la causa como elemento constitutivo de las obligaciones, por lo tanto he ahí la críticas acuisiosas sobre la postura germánica”.*

La diferencia sustancial entre la doctrina Alemana y las demás es que éstos, no lo concibieron como enriquecimiento sin causa, sino como, un enriquecimiento injusto, ello debido a que no consideraron la causa como elemento constitutivo, motivo por el cual se amplía el espectro de acción del enriquecimiento indebido (injustificado para el derecho alemán).

Por otro lado la tradición francesa, en ningún momento regulo que nadie debe enriquecerse a cargo de otros como fuente general de las obligaciones, lo que hicieron fue hacer alusiones dispersas a través de sus codificación, por cuanto para ellos el enriquecimiento indebido se encontraba sujeta a la “causa” como un elemento estructural del contrato (DOMAT) por su parte para POTHIER la noción de enriquecimiento indebido se encuentra ligada con la gestión de negocios ajenos, por lo tanto no resulta sorprendente que el Código Napoleónico no haya regulado el enriquecimiento indebido, sin embargo existe la acción de repetición en la disciplina de las obligaciones y contratos, y una configuración de repetición de pago de lo indebido.

Por lo tanto, el enriquecimiento sin causa en el derecho francés, tiene un fuerte desarrollo en la doctrina jurisprudencial y como tal lo han ubicado como un principio general del derecho, hecho que ha generado múltiples críticas por cuanto consideran que al constituir un principio general, genera una inseguridad jurídica, ya que es posible llevar a juicio cualquier negocio jurídico.

2.4.3 ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO EN EL PERÚ

Nuestro Código Civil, no ha regulado el enriquecimiento sin causa propiamente dicho, sino por el contrario, lo ha tipificado como enriquecimiento indebido, en la Sección Cuarta de su Libro VII (Fuentes de las Obligaciones), puntualmente en sus artículo 1954 y 1955, en los siguientes términos: Art. 1954.- *Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro ésta obligado a indemnizarlo*; a su turno, el art. 1955 señala que: *La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para*

⁹¹Alvarez Caperochipi, José Antonio, *el enriquecimiento sin causa*, tercera edición, editorial Comares, 1993, página 43,44

obtener la respectivamente la indemnización.

De la descripción normativa antes señalados, se puede apreciar a grandes rasgos que el enriquecimiento indebido solamente puede ser ejercitado como último mecanismo de acción para poder obtener una indemnización, lo cual contradice a la teoría doctrinales que lo sustentan, ello por cuanto, el enriquecimiento indebido no busca un resarcimiento económico, sino la restitución material de la cosa u objeto que genera el enriquecimiento, y en caso esto resulte físicamente imposible, se persigue el pago de una valoración patrimonial de la cosa, objeto, acción o inacción.

2.4.4 CONCEPTUALIZACIÓN DEL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO

Como se ha podido de evidenciar de todo lo antes mencionado el concepto de “Enriquecimiento Indebido” es un aporte del Derecho Español (Enriquecimiento de lo no debido) en su intento de zanjar una discusión doctrinal, que hasta la fecha no ha sido resuelta, toda vez que existen dos corrientes jurídicas, ambas justificadas y criticadas por diferentes juristas, que pretenden conceptualizar al enriquecimiento indebido como: **1.-** Enriquecimiento sin causa; y, **2.-** Enriquecimiento injustificado, por consiguiente describiremos ambas corrientes jurídicas.

2.4.4.1 ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

Esta teoría, es aceptada por la mayoría de países de corriente romanística que consideran que “Se produce enriquecimiento sin causa cuando existe un desplazamiento de valor que provoca un incremento patrimonial en un determinado sujeto de derecho a costa del patrimonio del otro, que se realiza aparentemente de una manera conforme al derecho, pero que en el fondo carece de causa o justificación que la sirva de base, por lo que se le atribuye al perjudicado una acción de restitución”⁹².

Como se puede evidenciar de la definición antes mencionada, esta teoría tiene como eje neurálgico “La ausencia de causa jurídica” definida esta última como “falta de antecedentes justificativos del desplazamiento patrimonial”⁹³, para Nuñez Lagos, esta

⁹²De la Cámara ALVAREZ Manuel y Díez Pícaso y Ponce de León Luis (1988) *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa*, Madrid. Editorial Civitas, págs. 26

⁹³De la Cámara ALVAREZ Manuel y Díez Pícaso y Ponce de León Luis (1988) *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa*, Madrid. Editorial Civitas, págs. 26

causa del enriquecimiento es la causa final o finalidad buscada con la relación obligacional.

Oramas Gross Alfonso⁹⁴ señala que: *“Es indispensable por lo tanto precisar que al designar al enriquecimiento como “sin causa”, lo que se pretende es justamente señalar la falta de causa eficiente, que definitivamente esta ligada con los principios de la justicia y de la equidad; es evidente además que el enriquecimiento debe ser producido no como consecuencia del cumplimiento o de la violación de la norma jurídica, sino justamente el producido más allá de cualquier disposición legal (...)”*.

La Cruz Berdejo, José⁹⁵ señala que *“Lo característico y diferencial de la acción general de enriquecimiento es su motivación: la falta de causa para que el accipiens pueda retener lo indebido por obra de un desplazamiento patrimonial que empobrece a otro; y correlativamente la falta de una norma específica que permita exigir la restitución”*.

La idea central de esta teoría radica en que se puede pretender la restitución de cualquier prestación que no tenga causa que la justifique, al respecto Luis Diez Picaso⁹⁶ señala que *“Al arrancar de esta idea se limita el enriquecimiento objeto de la acción restitutoria al generado mediante prestación llevada a cabo en cumplimiento de una obligación, lo que significa dejar fuera del campo del instituto que estudiamos los enriquecimientos que se pueden producir sin relación obligatoria entre los sujetos y sin prestación entre ellos”*

Otra de las críticas a esta teoría *“Radica en la falta de explicación de la relación entre una típica conditio indebiti, a la que nuestro código civil dedica los artículo 1895 y siguientes, requiriendo el error en el pago y el pago mediante dación, y una hipotética conditio sine causa generalis ubicada al final del artículo 1901, pues de existir tal*

⁹⁴Oramas Gross Alfonso(1988). *El enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones*. Quito, Edit. Induato, págs. 64

⁹⁵La Cruz Berdejo José Luis, *Derecho de Obligaciones, Elementos del Derecho Civil*, tercera edición, editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 411

⁹⁶De la Cámara ALVAREZ Manuel y Diez Picaso y Ponce de León Luis (1988). *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa*, Madrid. Editorial Civitas, págs. 33

*condictio sine causa generalis, no se ve porque su regulación descansa en la condictio indebiti*⁹⁷.

Como se puede evidenciar hasta aquí, la teoría que propugna el enriquecimiento sin causa, ha tenido gran aceptación por parte de diferentes legislaciones comparadas, especialmente en la latinoamericana, las cuales asumen la teoría causalista del enriquecimiento indebido.

2.4.4.2 ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO

Esta teoría constituye la primera construcción doctrinal del enriquecimiento indebido, y se funda en el principio de que *“Nadie puede enriquecerse injustamente en desmedro de otro”*, teoría que surge de la jurisprudencia, ya que a través del concepto justicia como principio general del derecho se pretende restablecer un desequilibrio económico.

Para Brutau⁹⁸ *“El enriquecimiento injusto es un principio general de nuestro ordenamiento jurídico de carácter prohibitivo, según, el cual se deberá impedir que determinadas personas obtengan unos beneficios a expensas de otras y sin causa ó razón alguna que lo justifique”*.

Oramas Gross, Alfonso⁹⁹ al conceptualizar el enriquecimiento injustificado señala que *“Según esta teoría la institución del enriquecimiento injusto” tiene como soportes principales los principios de la justicia y de la equidad, que se constituyen en celosos guardianes del equilibrio en las diversas relaciones patrimoniales”*.

Cocheiro del Rio Jaime¹⁰⁰ concluye que: *“El enriquecimiento injusto es personal y dirigida a la recuperación de un valor que, sin justa causa, están en poder de otra*

⁹⁷De la Cámara ALVAREZ Manuel y Díez Picaso y Ponce de León Luis (1988). *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa*, Madrid. Editorial Civitas, págs. 34

⁹⁸Fundamentos del derecho civil patrimonial, vol I, Madrid, 1996

⁹⁹Orama Gros Alfonso. *El enriquecimiento sin cusa como fuente de las obligaciones*, editorial NomosLtda,pág. 63

¹⁰⁰Cocheiro del Rio, Jaime (2007) *El Enriquecimiento injusto en el Derecho Laboral*. Barcelona, Editorial Bosch, págs.

persona y del que injustamente fue privado otro sujeto”.

Diez-Picazo, Luis¹⁰¹ precisa que *“La idea de enriquecimiento injusto busca solo una valoración ético-jurídico de los caminos a través de los cuales el enriquecimiento se produjo y de su resultado como tal enriquecimiento”.*

Alvarez Caperochipi, José¹⁰² señala que *“No cabe duda que el enriquecimiento injusto es también una regla moral, pero su funcionalidad no se agota en la moralidad; la moralidad y la ética, para ser jurídicas deben tecnicizarse, conceptualizarse, definirse estrictamente; de lo contrario se corre el grave riesgo de vulgarismo jurídico, y de convertir la aplicación del Derecho en mero capricho de burócratas, que hacen de su deseo norma por medio de la llamada a los grandes y abstractos principios morales”.*

Diez-Picazo, Luis¹⁰³ señala que: *“A la teoría del enriquecimiento injusto se le puede llamar la moralización de la vida jurídica, mediante la rectificación de los resultados de las operaciones jurídicas que se consideran indeseables, en aras de la valoración ética de los mismos”* continua el autor antes mencionado diciendo *“El argumento central de la tesis simplista del enriquecimiento injusto lo constituye la imposibilidad de llevar a cabo con ella ningún tipo de construcción”.*

De los conceptos descritos por los autores antes citados podemos desprender que el Enriquecimiento injusto, constituye una creación jurisprudencial que busca dotar de juricidad como solución de aquellos supuestos donde la norma establecida no resolvían dichas relaciones, motivo por el cual ésta teoría se sustenta como un principio general del derecho, el cual parte de la premisa de que todo enriquecimiento debe contener el carácter de “Justicia”, término que se encuentra estrechamente ligado a la moralidad y ética.

2.4.5 CONSTRUCCIONES DOCTRINALES DEL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO

En cuanto a este punto, y revisada la doctrina autorizada en la materia se puede advertir que a

¹⁰¹De la Cámara ALVAREZ Manuel y Diez Picci y Ponce de Leon Luis (1988) *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa*, Madrid. Editorial Civitas, págs. 41

¹⁰²Alvarez Caperochipi, José Antonio, *el enriquecimiento sin causa*, tercera edición, editorial Comares, 1993, página 21

¹⁰³Diez Picazo y Ponce de Leon Luis (1988) *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa*, Madrid. Editorial Civitas, págs. 36

través de la evolución de la teoría del enriquecimiento indebido, ésta ha sido sustentada bajo distintas teorías en las cuales se le ha ubicado como un principio general del derecho, fuente de las obligaciones y cuasicontrato; sin embargo y atendiendo que ello es un tema de discusión doctrinal, el presente trabajo no pretende efectuar un análisis exhaustivo de cada teoría, sino simplemente se procederá a explicar a mera discreta el sustento y la crítica de dos de la teorías principales, toda vez que nuestra doctrina nacional ya ha asumido un posición al respecto, la cual considero acertada, más aún si tenemos en cuenta que el problema advertido en la práctica no se encuentra relacionado con tal discusión doctrinaria.

2.4.5.1 EL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

Esta doctrina surgió como respuesta de la evolución jurisprudencial del enriquecimiento indebido, ya que es la primera construcción doctrinal que pretende sustentar el enriquecimiento como figura jurídica.

Peralta Andia, Javier¹⁰⁴ señala que *“En determinado momento se generalizo la idea de que la prohibición de los enriquecimiento indebidos constituye un principio general del derecho. Según expresión de Ripert, se buscaría de este modo la implantación de una regla moral en la vida jurídica civil, llevando a cabo una valoración ética de los resultados de las operaciones jurídicas para su procedencia”*.

Alvarez Caperochipi¹⁰⁵ al analizar el enriquecimiento indebido como principio general del derecho concluye lo siguiente: *“El enriquecimiento injusto aun como principio general del derecho o como regla moral, no nos debe hacer olvidar la precisión exigible en toda regla de carácter jurídico. El principio, en si mismo, como regla moral, no puede tener una aplicación inmediata sino con riesgo de quebrantar los criterios técnicos de un sistema jurídico”*.

Diez Picaso, Luis¹⁰⁶ precisa que *“No se puede hablar de un principio general del derecho que imponga de todos los lucros obtenidos, de todos los enriquecimiento recibidos. La revisión o reexamen solo se produce en algunos casos en que se valora*

¹⁰⁴Peralta Andia Javier. *Fuentes de las Obligaciones en el Código Civil*. Perú Editorial Moreno 2005, pagina 168

¹⁰⁵Alvarez Caperochipi, José Antonio, *el enriquecimiento sin causa*, tercera edición, editorial comares, 1993, página 22

¹⁰⁶Luis Diez-Picazo y Antonio Gullon, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, novena edición, editorial Tecnos, 2001, página 522

como digno de tutela el interés del demandante de la restitución y se desprotege e interés del demandado”

Concluye Díez Pícaso¹⁰⁷ señalando que no le parece correcto el carácter de principio general del derecho del enriquecimiento indebido debido a que *“La puesta en práctica de una analogía legis de caso a caso no es nunca un buen expediente metodológico. Aunque el procedimiento se considerara admisible, produciría un principio jurídico, pero en modo alguno un principio general del derecho. Si por principio jurídico entendemos la idea o ideas que sirven de base a una regulación legal y que pueden permitir el ensanchamiento del campo de aplicación de ésta, creo que es ilícito hablar de un principio jurídico de interdicción del enriquecimiento injusto o sin causa”*.

Como se puede evidenciar, ésta teoría postula que jurídicamente es posible plantear una acción de enriquecimiento cuando una de las partes no considera justo la equidad en la transferencia del valor patrimonial, lo cual resulta contrario a los fines del código civil y comercial que permiten un libre flujo de bienes y servicio, bajo el amparo de principio de autonomía de la voluntad, lo cual permitiría como dicen los autores antes citados, que cualquier persona que se considere afecta como consecuencia de la relación negocial válida puede ser sujeta a revisión en sede judicial, ello debido a carácter general y subjetivo de este principio que permite su actuación y sustentación en situaciones que no se encuentran dentro de los supuestos del enriquecimiento indebido, la cual, afectaría la seguridad jurídica del Estado, trayendo como consecuencia diferentes consecuencias negativas tanto en los actores de la relación negocial, en el sistema de justicia, y en el propio estado.

Sin embargo esta doctrina, y para efectos de evitar un ejercicio desmedido de dicha acción, le dotó de un carácter subsidiario, es decir, que únicamente puede ser formulado cuando la parte empobrecida no tenga otra acción jurídica que le permita restablecer el desequilibrio suscitado.

¹⁰⁷Díez Pícaso y Ponce de León (1988) *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa*, Madrid. Editorial Civitas, págs.

2.4.5.2 EL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO COMO FUENTE DE LAS OBLIGACIONES

Esta es la doctrina más aceptada por las legislaciones comparadas, la cual sirve de base para la teoría del enriquecimiento sin causa, ello debido al elemento causalista que emana de dicha construcción teórica, pero es el elemento causal justamente lo que mas criticas ha generado esta doctrina.

Comentando esta construcción doctrinal Diez Picaso¹⁰⁸ señala lo siguiente *“Para unos se trata únicamente de un supuesto relevante de las obligaciones de origen legal, para otros en cambio, se trata de una figura que entra en estrecha relación con algunas otras de las tradicionales fuentes”* cuando el autor antes citado hace alusión a otra fuente tradicional, se refiere puntualmente al contrato como fuente de las obligaciones.

Peralta Andia, Javier¹⁰⁹ señala *“Otra corriente de pensamiento coloca al enriquecimiento sin causa entre las fuentes de las obligaciones, o como fundamento a la teoría de los cuasicontratos, lo que significa decir muy poca cosa, ya que es como quedarse en la superficie: si se quiere aludir a su efecto (la creación de una obligación restitutoria, se trata de una verdad indiscutible y nada mas).”* Para este autor dicha doctrina pretende fundamentar la doctrina del enriquecimiento en la noción del cuasicontrato.

Oramas Gross¹¹⁰ concluye que *“El desarrollo del concepto de enriquecimiento sin causa ha permitido que en el derecho contemporáneo se reconozca la plena validez de la institución como fuente independiente de obligaciones”*.

Bejarano Sánchez, Manuel¹¹¹ señala que: *“Toda transmisión de bienes y servicios debe tener fundamento en una disposición general (la Ley) o particular (un acto*

¹⁰⁸ Diez Picaso y Ponce de Leon (1988) *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa*, Madrid. Editorial Civitas, págs. 52

¹⁰⁹ Peralta Andia Javier. *Fuentes de las Obligaciones en el Código Civil*. Perú Editorial Moreno 2005, página 168

¹¹⁰ Orama Gros Alfonso. *El enriquecimiento sin cusa como fuente de las obligaciones*, editorial Nomos Ltda., pág. 60

¹¹¹ Bejarano Sanchez Manuel, *Obligaciones Civiles*, tercera edición, editorial Harla, Mexico, págs 199

jurídico) que la imponga, justifique o explique.” como se desprende de la cita antes mencionado, el autor, funda la acción de enriquecimiento en la falta de causa jurídica como tal, y que la falta de esta causa genera una acción de restitución, hecho que evidencia que la acción de enriquecimiento constituye una fuente de obligación.

Moisset de Espanés, Luis¹¹²; señala que “El enriquecimiento sin causa debe ser considerado en la actualidad como una fuente autónoma de la obligación. Es claro que se tratan de obligaciones de las que se llaman ex lege, porque provienen directa e indirectamente de la Ley y no de la voluntad lícita (contrato), o ilícita (delitos y cuasidelitos) de las partes.”

Fabregas P. Jorge¹¹³, luego de realizar un análisis del enriquecimiento sin causa concluye que “La institución cumple una doble misión de justicia y de seguridad social. De Justicia, porque por medio de la acción se llega, en lo posible, a dar o atribuir a cada uno lo suyo, o sea lo que le corresponde. De seguridad, porque viene a garantizar la estabilidad de los patrimonios”.

Como se aprecia de esta construcción doctrinal la acción de enriquecimiento indebido constituye una fuente de la obligación “Autónoma”; ó, como lo clasifica Moisset de Espanés, “Fuentes extracontractuales”, por lo tanto generador de una acción de restitución o reembolso del enriquecimiento indebido, pero que, al igual que la doctrina que asume constituye una fuente general de la obligación, esta acción está condicionada a que el empobrecido no tenga otra acción que le permita restablecer el desequilibrio suscitado.

2.4.6 ELEMENTOS DEL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO

Los elementos del enriquecimiento indebido, constituyen los presupuestos específicos que configuran dicha figura jurídica y sobre los cuales es preciso mencionar que estos presupuestos necesariamente tienen que ser concurrentes ya que ante la falta de uno de ello, no podríamos hablar de enriquecimiento indebido; ahora bien, y efectuado dicha precisión señalaremos que de la lectura de los diversos autores estos concuerdan unánimemente en cuatro requisitos específicos sin embargo, es preciso mencionar que algunos autores han

¹¹²Moisset de Espanés Luis (2016)Derecho de Obligaciones Tomo II, editorial Gaceta Jurídica, Lima, págs. 581

¹¹³Fabregas P. Jorge. *El enriquecimiento sin causa*. Panama. Editorial estrella de Panama, págs. 172

adicionado un quinto elemento, como lo es, la mala fe, pero que, para los efectos de la presente investigación desarrollaremos los cuatro elementos comunes a todos los autores.

➤ **El Enriquecimiento:** Como su propio nombre lo señala el enriquecimiento constituye en aumento del patrimonio por parte del demandado (Enriquecimiento positivo), sin embargo también puede constituir en un no gasto (Enriquecimiento negativo), que puede resultar en un beneficio para el actor.

Para La Cruz Berdejo¹¹⁴ *"Supone el ingreso en el patrimonio de algo que aumenta su valor, como la adquisición de una cosa o un derecho real o de crédito, o la liberación de una obligación o gravamen"*.

Para Bejarano Sanchez¹¹⁵ *"Un sujeto ha alcanzado beneficios patrimoniales, ya sea por adquirir nuevos bienes o servicios, por evitarse alguna perdida o por librarse de deudas. En todos los casos ha experimentado una ventaja económica."*

Para Gálvez Villegas¹¹⁶ *La idea de enriquecimiento estará siempre ligada al valor económico o pecuniario, descartándose aspectos o ventajas puramente morales o espirituales.*

Para Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón¹¹⁷ *El enriquecimiento se puede producir tanto por un aumento del patrimonio como por una no disminución del mismo (Ss. De 12 de enero de 1943 y 28 de enero de 1956).*

Para Álvarez Caperochipi¹¹⁸ *Se puede decir que toda persona que adquiere una ventaja patrimonial a la que no se corresponde recíprocamente una desventaja equivalente.*

Como se desprende de los conceptos de enriquecimiento antes señalados todos concuerdan en que el enriquecimiento es la existencia de una ventaja de contenido patrimonial o incremento patrimonial, así como la no disminución del patrimonio, conceptos que a mi juicio

¹¹⁴Lacruz Berdejo José Luis, *Derecho de Obligaciones, Elementos del Derecho Civil*, tercera edición, editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 413

¹¹⁵Bejarano Sánchez Manuel, *Obligaciones Civiles*, tercera edición, editorial Harla, Mexico, página 200

¹¹⁶Gálvez Villegas Tomas Aladino, *Delito de enriquecimiento ilícito* editorial Moreno S.A. 2001, página 100

¹¹⁷Luis Díez-Picazo y Antonio Gullon, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, novena edición, editorialn Tecnos,2001, página 526.

¹¹⁸Alvarez Caperochipi, José Antonio, *el enriquecimiento sin causa*, tercera edición, editorial comares, 1993, página 83

resultan acertados ya que el enriquecimiento por sí constituye una mejora económica la cual puede darse por incremento en el patrimonio o por la no pérdida o disminución del patrimonio.

➤ **El empobrecimiento:** Respecto a este elemento podemos señalar, que si bien el enriquecimiento constituye un incremento económico, el empobrecimiento constituye su antónimo, es decir, constituye en la disminución del patrimonio del demandante.

Para La Cruz Berdejo¹¹⁹ *La restitución no tiene lugar, sino en cuanto el enriquecimiento se ha obtenido a costa de otro. No es necesario que se exactamente del patrimonio de otro: basta, como dicen, para el BGB., Enneccerus y Lehmann, que la obtención de la ventaja por parte de uno haya costado algo a otro, esto es, tiene que causarle una desventaja o ser causada por tal desventaja.*

Bejarano Sánchez¹²⁰ señala que: *Como contrapartida del enriquecimiento, otro sujeto sufre un empobrecimiento que puede consistir en una transferencia de bienes, de servicios o en el sacrificio de algún beneficio. Esa pérdida lo convierte en acreedor.*

Gálvez Villegas¹²¹ señala que: *Para la procedencia de la acción no es suficiente con que se produzca el enriquecimiento, sino que es necesario que se verifique el empobrecimiento del demandante; es decir que se haya producido una pérdida pecuniaria apreciable o una disminución en su patrimonio. Disminución o pérdida que deben de haberse producido precisamente por las acciones que originaron el enriquecimiento del demandado.*

Luis Díez Picazo y Antonio Gullón¹²² precisan que: *El empobrecimiento es una pérdida pecuniariamente apreciable: puede consistir en un valor salido del patrimonio del reclamante, en una prestación de servicios, en un trabajo efectuado o en la pérdida de un lucro cierto y positivo.*

¹¹⁹La Cruz Berdejo José Luis, *Derecho de Obligaciones, Elementos del Derecho Civil*, tercera edición, editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 413

¹²⁰Bejarano Sánchez Manuel, *Obligaciones Civiles*, tercera edición, editorial Harla, Mexico, página 200

¹²¹Gálvez Villegas Tomas Aladino, *Delito de enriquecimiento ilícito* editorial Moreno S.A. 2001, página 100

¹²²Luis Díez-Picazo y Antonio Gullon, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, novena edición, editorial Tecnos, 2001, página 526.

De los conceptos desarrollados por los autores citados podemos apreciar que todos tienen en común al señalar que el empobrecimiento es la disminución del patrimonio del demandante, o dicho de otras palabras, es la pérdida pecuniaria de un valor patrimonial.

➤ **La relación de causalidad entre el enriquecimiento y el empobrecimiento:** Este elemento constitutivo del enriquecimiento indebido está marcado entre la relación directa del enriquecimiento y del empobrecimiento, sobre ello Lacruz Berdejo¹²³ señala que: *No basta que el demandado se enriquezca y el actor se empobrezca: además, el empobrecimiento ha de ser precisamente causa del enriquecimiento. Ha de tratarse de enriquecimiento y empobrecimiento correlativos conexos pero no es indispensable que el enriquecimiento se opere mediante la entrega de una cosa por el empobrecido al enriquecido.*

Bejarano Sánchez¹²⁴ señala que: *Uno es la causa del otro. ó, como señala mas propiamente Ripert, entre un hecho y el otro hay indivisibilidad de origen porque un mismo suceso los produce.*

Gálvez Villegas¹²⁵ citando Luis Diez Picaso señala que: *La relación de causalidad constituye un nexo o vínculo en entre ambos, de tal modo que pueda decirse que “El empobrecimiento del actor es precisamente la causa del enriquecimiento del demandado”.*

Luiz Diez Picaso y Antonio Gullón¹²⁶ señalan que: *Debe existir un lazo causal entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del actor pero a veces el enriquecimiento del demandado no proviene directamente del empobrecimiento del demandante, sino a través del desplazamiento patrimonial que este último ha realizado para el patrimonio de un tercero, del que ha pasado al del demandado. La causa del enriquecimiento previo del tercero es una relación jurídica ajena al demandado enriquecido, pero de cuyos*

¹²³La Cruz Berdejo José Luis, *Derecho de Obligaciones, Elementos del Derecho Civil*, tercera edición, editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 413

¹²⁴Bejarano Sanchez Manuel, *Obligaciones Civiles*, tercera edición, editorial Harla, Mexico, página 200

¹²⁵Gálvez Villegas Tomas Aladino, *Delito de enriquecimiento ilícito* editorial Moreno S.A. 2001, página 100

¹²⁶Luis Diez-Picazo y Antonio Gullon, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, novena edición, editorial Tecnos, 2001, página 526.

efectos se beneficia en último término.

Álvarez Caperochipi¹²⁷ señala que: *El vínculo de conexión se refiere a la existencia de una persona legitimada para reclamar una ventaja indebidamente retenida por otra.*

Como se ha podido señalar la relación de causalidad está enmarcada en la conexión existente entre el enriquecimiento y el empobrecimiento ya que el enriquecimiento de una persona es el motivo del empobrecimiento de la otra, eh ahí la relación de causalidad; sin embargo es necesario señalar que dicha conexión no siempre se da de manera directa ya que puede existir un tercero que puede servir de puente de la transferencia de la riqueza del empobrecido hasta el enriquecido final.

➤ **La ausencia de la causa jurídica en el enriquecimiento:** Para comprender plenamente de este elemento del "Enriquecimiento indebido" resulta necesario previamente entender el concepto de causa jurídica, sobre ello, los autores citados han señalado lo siguiente:

Para Lacruz Berdejo¹²⁸ el concepto de "Justa Causa" para retener lo atribuido debe aproximarse al de la causa de las obligaciones contractuales del art'. 1.274, extendiéndolo a toda atribución patrimonial mediante las contrapuestas nociones de liberalidad y equivalencia: "Entendiendo por "justa causa"-dice la S. 28 MARZO 1990 "aquella atribución jurídica que autoriza, de conformidad, con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir ésta y conservarla, bien porque exista un riesgo jurídico válido y eficaz entre ello, bien porque exista una expresa disposición legal que autoriza dicha consecuencia".

Bejarano Sánchez¹²⁹señala que: *La causa jurídica consiste en "Una norma de derecho que impone el desprendimiento de uno en beneficio del otro; una norma en cuyo cumplimiento se efectúa la transferencia patrimonial y que bien puede ser observancia general, como la Ley, o de acatamiento particular (obligatoria solo para ciertos sujeto), como la cláusula de un contrato de una declaración unilateral de voluntad.*

¹²⁷Álvarez Caperochipi, José Antonio, *el enriquecimiento sin causa*, tercera edición, editorial comares, 1993, página 83

¹²⁸La Cruz Berdejo José Luis, *Derecho de Obligaciones, Elementos del Derecho Civil*, tercera edición, editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 414

¹²⁹Bejarano Sánchez Manuel, *Obligaciones Civiles*, tercera edición, editorial Harla, Mexico, página 200

Gálvez Villegas¹³⁰ considera a la causa debe entenderse a aquella situación jurídica que autoriza, de conformidad con el ordenamiento jurídico, al beneficiario de la atribución para recibir esta y conservarla, lo cual puede ocurrir porque existe un negocio jurídico eficaz entre ellos o porque existe una expresa disposición legal autorice aquella consecuencia.

Siendo más precisos Orama Gross¹³¹ señala que: *Cuando se hace referencia a causa se está haciendo menciona a la causa eficiente, que es el hecho o hechos que da origen a una obligación.*

Peralta Andia Javier¹³² señala que: *Cuando se habla de causa, se alude al título, al acto o al hecho jurídico que justifique la adquisición de un valor patrimonial.*

Por su parte Álvarez Caperochipi¹³³ señala que: *La causa, en la doctrina del enriquecimiento sin causa, debe referirse principalmente a la ausencia de justificación en una adquisición patrimonial.*

Luis Diez Picaso y AnotnioGullon¹³⁴ señalan que: *La aplicación del principio que veda enriquecerse injustamente-dice. exige que se demuestre, en cada caso, además del hecho del enriquecimiento, su falta de causa o justificación, no enriqueciéndose torticeramente el que adquiere una utilidad en virtud de un derecho legítimo que se ejercita sin abuso, en virtud de una sentencia que lo estima procedente en Derecho, o cuando el beneficio del demandado se halla fundado en preceptos legales.*

¹³⁰Gálvez Villegas Tomas Aladino, *Delito de enriquecimiento ilícito* editorial Moreno S.A. 2001, página 101

¹³¹Orama Gros Alfonso. *El enriquecimiento sin cusa como fuente de las obligaciones*, editorial Nomos Ltda.,
pág. 85

¹³²Peralta Andia Javier. *Fuentes de las Obligaciones en el Código Civil*. Perú Editorial Moreno 2005, página 741

¹³³Álvarez Caperochipi, José Antonio, *el enriquecimiento sin causa*, tercera edición, editorial comares, 1993, página 94

¹³⁴Luis Diez-Picazo y Antonio Gullon, *Sistema de Derecho Civil, Volumen II*, novena edición, editorial Tecnos, 2001, página 527

Orama Gross¹³⁵ señala que: *La alusión a falta de causa se refiere a la falta concreta de amparo en una norma que cobija el enriquecimiento.*

Peralta Andía¹³⁶ señala que: *La falta de causa abre paso a la acción de enriquecimiento, por eso la ausencia de causa lícita que justifique el enriquecimiento constituye otro requisito para la procedencia del "Enriquecimiento indebido" porque si el enriquecimiento está legalmente justificado, nadie tiene la obligación de devolver lo que benefició por un título legítimo.*

Álvarez Caperochipi¹³⁷ precisa que: *La falta de causa se refiere a la inexistencia de un precedente negocial o legal que justifique una adquisición o, visto de otro punto de vista, en actos de adquisición inter vivos la falta de contraprestación o contrapromesa o de un ánimo de liberalidad.*

Como se desprende de los conceptos antes mencionados, la causa, a que hace referencia este elemento, viene a constituir el motivo o razón negocial u obligación legal justificadora que da origen al intercambio patrimonial entre enriquecido y el empobrecido, acto que no se encuentra vedado en el Perú por ningún principio ni norma especial, ello debido al corte neoliberal de nuestra Constitución Política del Perú, que permite el libre intercambio de bienes y servicios, sin embargo la ausencia de causa jurídica legítima la acción de enriquecimiento indebido ya que todo enriquecimiento necesariamente tiene que devenir de acto jurídico que obliga a las partes la transferencia de sus patrimonios entre el enriquecido y el empobrecido.

De todo lo antes mencionado, debemos señalar que el enriquecimiento indebido en el Perú asume la posición del enriquecimiento sin causa como una de las fuentes de las obligaciones y que su acción está condicionada a su carácter residual, es decir, únicamente resulta aplicable en aquellos casos donde no exista otra acción legal que permita restablecer ese desequilibrio económico;

Por otro lado, es preciso mencionar que la regulación actual de los artículos 1954 y 1955 del Código Civil, limita los efectos del enriquecimiento indebido a una acción indemnizatoria,

¹³⁵Orama Gros Alfonso. *El enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones*, editorial Nomos Ltda, pág. 85

¹³⁶Peralta Andía Javier. *Fuentes de las Obligaciones en el Código Civil*. Perú Editorial Moreno 2005, página 741

¹³⁷Álvarez Caperochipi, José Antonio, *el enriquecimiento sin causa*, tercera edición, editorial comares, 1993, página 99

cuando lo realmente pretendido por esta figura jurídica es el restablecimiento de las cosas al estado anterior, y por excepción cuando la cosa, objeto, ó inacción no pueda ser restituida físicamente, recién ahí, correspondería una valoración económica y su consiguiente reembolso.

CAPITULO III: ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS DE LOS INSTRUMENTO UTILIZADOS

En el siguiente capítulo se realizará un análisis comparativo de los valores económicos ofertados entre los actores del Sistema EPS, y de aquellos que no forman parte de dicho sistema sobre un mismo producto (medicamentos), ello, a efectos de evidenciar la presumible sobrevaloración de costos económicos efectuados por las Empresas aseguradoras y clínicas privadas que brindan servicios de salud bajo este sistema y que estaría ocasionando un perjuicio económico al estado, al usuario y al libre mercado. Asimismo se aplicará una encuesta a los usuarios del Sistema EPS, a fin de medir el nivel de conocimiento y satisfacción de los servicios de salud ofertados por el Sistema EPS.

3.1 COMPARACIÓN DE LOS VALORES ECONOMICOS DE MEDICAMENTOS Y LABORATORIO (ANÁLISIS CLINICOS)

Para ejemplificar el problema antes descrito en el análisis del objeto de estudio, se procedió a efectuar un análisis comparativo de los costos efectuados en la Clínica Pacífico y Clínica Metropolitana (Ubicados en la ciudad de Chiclayo), bajo el sistema EPS en la prestación de servicio de laboratorio y medicamento y los costos de dichos servicios por un agente fuera del sistema EPS, en la cual se podrá apreciar nítidamente que el principio de la autonomía de la voluntad y la falta de regulación expresa viene causando un grave perjuicio económico al estado y el usuario, así como un afectación al libre mercado:

COMPARACIÓN DE LOS VALORES ECONOMICOS DE MEDICAMENTOS

1. VENTA DE MEDICAMENTOS – CLINICA PACIFICO (COBERTURA: 20% COASEGURO)

PRODUCTO	COSTO UNIDAD	TOTAL
AERIUS (caja de 30)	9.56	286.8
HALOVATE-crema	77.14	77.14
PREDNISONA(caja de 100)	0.60	60.00
TOTAL		423.94(*)

Fuente: Boleta N° - Clínica del pacifico. Elaboración Propia (Ver Anexo 1)

No obstante los mismos productos que fueran cotizados, en la farmacia Inkafarma, su valor de venta al público en general es el de:

PRODUCTO	COSTO UNIDAD	TOTAL
AERIUS (Caja de 30)	5.30	159.00
HALOVATE-crema	53.05	53.05
PREDNISONA(caja de 100)	0.25	25.00
TOTAL		237.05^(*)

Fuente: <https://inkafarma.pe/>. Elaboración Propia (Ver Anexo 2)

- a. **Costo para el Estado:** Como se puede apreciar bajo el costo efectuado por la Prestadora de Salud- CLINICA PACIFICO, en aplicación del contrato con el Estado, **al estado** (al 80% de la póliza) le corresponde pagar a la IAFA la suma de **S/. 339.15 Soles** mientras que de haberse efectuado bajo los costos de la Botica Inkafarma al estado únicamente le correspondería el pago de la suma **S/. 189.60 Soles**, habiendo una sobre valoración del 79% sobre el costo por agentes fuera del sistema EPS.
- b. **Costo para el usuario:** Por su parte y en cuanto **al usuario** y bajo la misma póliza (80%) le correspondería pagar la suma de **84.60 Soles**; no obstante teniendo en cuenta el costo efectuado por la Botica Inkafarma en aplicación de la EPS le correspondería pagar la suma de **47.41 Soles**.

(*)Los costos mencionados en este ejemplo no incluyen monto por Impuesto General a las Ventas-IGV.

2 VENTA DE MEDICAMENTOS - SERVIMEDICOS PERU (COBERTURA:15% COASEGURO)

PRODUCTO	COSTO UNIDAD	TOTAL
BILAXTEN (caja de 20)	8.91	178.22
BETADUO2	45.11	45.11
TOTAL		223.33^(*)

Fuente: Boleta N° - Clínica Servimédicos. Elaboración Propia (Ver Anexo 3)

No obstante los mismos productos que fueran cotizados, en la farmacia Inkafarma y el buscador de DIGEMID, y su valor de venta al público en general es el de:

PRODUCTO	COSTO UNIDAD	TOTAL
BILAXTEN (caja de 20)	4.83	96.60
BETADUO2	33.50	33.50
TOTAL		130.10(*)

Fuente: <https://inkafarma.pe/>. y

http://observatorio.digemid.minsa.gob.pe/Precios/ProcesoL/Consulta/BusquedaGral.aspx?grupo=1953*3&total=1*1&con=500mg&fs=16&ubigeo=15&cad=CYMEVENE. Elaboración Propia (Ver Anexo 4)

- a Costo para el Estado:** Como se puede apreciar en este ejemplo bajo el costo efectuado por costo de medicamento ofertado por la IPREES Clínica Metropolitana, en aplicación del contrato con el Estado, **al estado** (al 85%) le correspondería pagar la suma de **S/. 189.83 Soles** mientras que de haberse efectuado bajo los costos de las farmacias privadas fuera del sistema EPS, al estado únicamente le correspondería el pago de la suma **S/. 110.58 Soles**, habiendo una sobre **valoración del 71%** sobre el costo por agentes fuera del sistema EPS.
- b Costo para el usuario:** Por su parte y en cuanto al usuario y bajo la misma cobertura (85%) le correspondería pagar la suma de **33.45 Soles**; no obstante teniendo en cuenta el costo efectuado en farmacias privadas fuera del sistema EPS, en aplicación de la EPS le correspondería pagar la suma de **19.51 Soles**.

(*) Los costos mencionados en este ejemplo no incluyen monto por Impuesto General a las Ventas-IGV.

3. VENTA DE MEDICAMENTOS - SERVIMEDICOS PERU – (COBERTURA: 15% COASEGURO)

Boleta de venta por un monto general:

PRODUCTOS	TOTAL
AVIANT 5mg (caja de 30 tab.) – 2 cajas DERMOVATE ungüento	641.26
TOTAL	641.26

Fuente: Boleta N° - Clínica Servimédicos. Elaboración Propia (Ver Anexo 5)

No obstante los mismos productos que fueran cotizados, en la farmacia Inkafarma su valor de venta al público en general es el de:

PRODUCTOS	TOTAL
AVIANT 5mg (caja de 30 tab.) – 2 cajas DERMOVATE ungüento	363.40
TOTAL.	363.40

Fuente: <https://inkafarma.pe/>. Elaboración Propia (Ver anexo 06)

- a Costo para el Estado:** Como se puede apreciar, en este ejemplo, el costo de los medicamentos ofertados por la IPREES Clínica Metropolitana, en aplicación del contrato con el Estado, **al estado** (al 85%), le correspondería pagar la suma de **S/. 545.07 Soles** mientras que de haberse efectuado bajo los costos de las farmacias privadas fuera del sistema EPS, al estado únicamente le correspondería el pago de la suma **S/. 308.89 Soles**, habiendo una sobre **valoración del 78%** sobre el costo por agentes fuera del sistema EPS.
- b. Costo para el usuario:** Por su parte y en cuanto al usuario y bajo la misma cobertura (85%) le correspondería pagar la suma de **96.18 Soles**; no obstante teniendo en cuenta el costo efectuado en farmacias privas fuera del sistema EPS, en aplicación de la EPS le correspondería pagar la suma de **54.51 Soles**.

Nota: Los costos mencionados en este ejemplo SI incluyen monto por Impuesto General a las Ventas-IGV.

4. VENTA EN FARMACIA DE CLINICA METROPOLITANA- SIN COBERTURA EPS

PRODUCTO	COSTO UNIDAD	TOTAL
BOLSA RECOLETORA DE ORINA PEDIATRICA (2)	2.50	5.00
TOTAL		5.00

Fuente: Boleta de venta Clínica Metropolitana (Ver Anexo 07)

No obstante los mismos productos que fueron comprados en la farmacia Inkafarma su valor de venta al público en general es el de:

PRODUCTO	COSTO UNIDAD	TOTAL
BOLSA RECOLETORA DE ORINA PEDIATRICA (2)	0.50	1.00
TOTAL		1.00

Fuente: Boleta de Venta INKAFARMA (Ver Anexo 7)

Este ejemplo se agrega para evidenciar que la problemática identificada en el presente trabajo de investigación no se limita a la prestación de servicios de salud bajo el Sistema EPS, sino que también ocurre en la oferta de medicamentos realizada por la IPREES de manera particular **(sobrevaloración estimada de costos al 500%)**, lo cual refuerza la posición de que se requiere una mejor regulación de los costos de los medicamentos en las prestaciones de salud en general.

(*) Los costos mencionados en este ejemplo no incluyen monto por Impuesto General a las Ventas-IGV

COMPARACIÓN DE LOS VALORES ECONOMICOS DE LABORATORIO

1. COSTO DE ANÁLISIS CLINICOS EN LA CLINICA METROPOLITANA (COBERTURA: 10%)

SERVICIO	COSTO EN CLINICA METROPOLITANA	COSTO CON DESCUENTO EPS
UROCULTIVO	S/. 60.15 SOLES	S/. 6.15 SOLES
ESPERMACULTIVO	S/. 60.15 SOLES	S/. 6.15 SOLES
PSA TOTAL	S/. 60.84 SOLES	S/. 6.84 SOLES
TOTAL	S/. 191.14 SOLES	S/. 19.14 SOLES

Fuente: Boleta de Venta (Ver Anexo 08)

SERVICIO	COSTO EN LABORATORIO PRIVADO- SIN EPS	COSTO CON DESCUENTO EPS
UROCULTIVO	S/. 30.00 SOLES	S/. 3.00 SOLES
ESPERMACULTIVO	S/. 30.00 SOLES	S/. 3.00 SOLES
PSA TOTAL	S/. 40.00 SOLES	S/. 3.00 SOLES
TOTAL	S/. 100.00 SOLES	S/. 9.00 SOLES

Fuente: Proformas de servicios (Ver Anexo 09)

- a. **Costo para el Estado:** Como se puede apreciar en este ejemplo bajo el costo efectuado por el laboratorio de la IPREES Clínica Metropolitana, en aplicación del contrato con el Estado, **al estado** (al 90%) le corresponde pagar la suma de **S/. 172.00** Soles mientras que de haberse efectuado bajo los costos de los Laboratorios Privados fuera del sistema EPS, al estado únicamente le correspondería el pago de la suma **S/. 90.00 Soles**, habiendo una sobre **valoración del 90%** sobre el costo por agentes fuera del sistema EPS.
- b. **Costo para el usuario:** Por su parte y en cuanto al usuario y bajo la misma póliza (10%) le correspondería pagar la suma de **19.14 Soles**; no obstante teniendo en cuenta el costo

efectuado por Laboratorios Privados fuera del sistema EPS en aplicación de la EPS le correspondería pagar la suma de **9.00 Soles**.

ANÁLISIS DE RESULTADO DE CUADROS COMPARATIVO

Estando a la comparación antes efectuada, se puede apreciar una marcada diferencia de costos de los servicios médicos prestados bajo el sistema EPS, sea por realización de análisis clínicos o costos de los medicamentos, comparados por los mismos servicios y productos en el mercado de farmacias y clínicas.

Se aprecia que, la sobrevaloración de los costos económicos asumidos por el estado y los asegurados en las prestaciones de salud bajo el sistema EPS, oscilan entre un 70 % u 80 %, llegando inclusive en algunos casos a superar el 100% del costo de dichos productos.

El margen de ganancias que genera el modelo de negocio-EPS, resulta sumamente rentables para las IAFAS e IPREES privadas, ya que los costos de sus servicios (laboratorio y medicamento) se encuentran sobrevalorados en relación a los costos ofertados por el mercado, evidenciándose de este modo un perjuicio del Sistema EPS, a los fondos públicos, asegurado, y al libre mercado, y por ende justificándose de este modo una clara forma de **“Enriquecimiento indebido con Causa”** por parte de las IAFAS e IPREES privadas que prestar servicios de salud bajo el sistema EPS.

El enriquecimiento indebido con causa antes referido, se realiza bajo el amparo de una fuente formal de la obligaciones (contratos-convenio) y el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, hecho que está causando un desfinanciamiento de los fondos público en el sistema de salud, así como un gasto oneroso para el asegurado y sobre todo una vulneración del **Decreto Legislativo 1158** *“Decreto Ley que dispone medidas destinadas al fortalecimiento y cambio de denominación de la Superintendencia Nacional de Aseguramiento en Salud”* y del **Decreto Supremo 034-2015-SA** *“Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de Supervisión de Superintendencia Nacional de Salud aplicable a las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud, Instituciones Prestadores de Servicios de Salud y Unidades de Gestión de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud”* y demás normas conexas al Sistema de Salud; ya que a pesar de existir normas que pretenden regular los fondos del estados, éstas vienen siendo vulnerados diariamente bajo estas prácticas comerciales presumiblemente anticompetitivas, sin que la Superintendencia Nacional de Salud- SUSALUD, ejecute acciones destinadas a modificar el marco regulatorio actual.

3.2 ENCUESTAS SOBRE LAS PRESTACIONES DE SALUD BAJO EL SISTEMA EPS

Luego de comprobado el sobre costo de los servicios médicos ofertados por las IAFAS e IPREES privadas en el Sistema EPS, se procedió a la elaboración de una encuesta dirigida a los usuarios del Sistema EPS, en las Clínicas Pacífico y Metropolitana de la ciudad de Chiclayo, a fin de poder determinar su conocimiento sobre dicho sistema, de los costos que asumen por prestaciones de salud, la frecuencia de atenciones, así como sus consideraciones generales.

La encuesta se realizó los días 3 y 4 de mayo del 2019, en las instalaciones de las Clínicas Pacífico y Metropolitana, lográndose encuestar a 20 usuarios del Sistema EPS (de manera indistinta) y se les aplicó una encuesta de 09 Preguntas (Ver anexo : 10), de las cuales se han podido extraer los siguientes resultados:

- El 30 % de los encuestados son los titulares del seguro de salud EPS
- El 70% de los encuestados son derechohabientes de los titulares de seguro de salud EPS.
- El 75% de los encuestados desconoce el Sistema EPS.
- El 25% de los encuestados tiene conocimientos generales del Sistema EPS
- El 100% de los encuestados desconoce las condiciones contractuales del contrato de seguro bajo el sistema EPS.
- El 94% desconoce las restricciones en las prestaciones de servicios de salud bajo el Sistema EPS.
- El 100% de los encuestados desconocen el costo total que genera la venta de medicamentos y análisis de laboratorios.
- 78% de los encuestados considera un ahorro la atención de salud (laboratorio y medicamentos) bajo el Sistema EPS.
- El 22% de encuestados considera que los medicamentos son costosos.
- El 100% de los encuestados considera que las atenciones de salud bajo el sistema EPS son buenas.
- El 94% de los encuestados considera al Sistema EPS muy beneficioso

ANÁLISIS DE RESULTADO DE ENCUESTAS

Del análisis de los resultados de las encuestas realizadas, podemos evidenciar que existe mucho desconocimiento sobre el modelo de negocio denominado EPS, de las condiciones contractuales,

de las limitaciones y sobre todo de los costos reales que genera cada compra de medicamentos y análisis clínicos; sin embargo, casi el 100% de los usuarios del sistema refieren recibir una atención de salud optima y oportuna, por lo que consideran a dicho sistema muy beneficio.

A manera de conclusión, se puede señalar que existe una gran contradicción en los usuarios del Sistema EPS, ya que mayoritariamente desconocen el sistema, así como, las condiciones y obligaciones que genera dicho sistema, pero consideran al mismo sistema muy beneficio por su oportunidad y eficacia en las atenciones de salud, hecho que nos lleva a inferir que los usuarios del Sistema EPS están dispuestos a sacrificar las condiciones contractuales del seguro de salud, a cambio de una atención médica oportuna y eficaz.

3.3 PRESENTACIÓN DEL MODELO TEÓRICO

Como se desprende del título de la presente tesis y del marco teórico desarrollado, la institución jurídica sobre la cual se sustenta el presente trabajo de investigación es el “Enriquecimiento indebido”, sin embargo, lo novedoso de este trabajo, es que dicho enriquecimiento indebido, se viene suscitándose a consecuencia de una causa jurídica que lo ampara, pero que, bajo nuestro posición constituye un enriquecimiento indebido con causa ya que existe un gran desequilibrio en las transferencia del valor patrimonial en las prestaciones de salud bajo el Sistema EPS, la cual se ha demostrado en los casos presentados anteriormente, así como las investigaciones de otros autores, antes citados, quienes en diferentes campos del que hacer jurídico también han evidenciado situaciones únicas que generarían enriquecimientos indebido, siendo esta figura jurídica el único mecanismo jurídico que restablecería el desequilibrio suscitando, en beneficio del Estado, los usuarios y el libre mercado.

De lo antes mencionado se puede desprender que actualmente la institución del enriquecimiento indebido viene siendo superada por la práctica comercial diaria, por lo que correspondería un estudio más acucioso sobre su naturaleza jurídica y utilidad en los tiempos actuales, a fin de continuar siendo aquella institución de carácter residual que acude al servicio de sistema jurídico en respaldo de la parte más débil en un transferencia patrimonial desigual.

3.3.1 EL ENRIQUECIMIENTO INDEBIDO CON CAUSA

Como se ha podido evidenciar de la presente investigación, la institución jurídica analizada es el enriquecimiento indebido; sin embargo, en este extremo no desarrollaremos un estudio pormenorizado de dicha institución, ya que ello, fue materia de análisis anteriormente, en la cual claramente se ha podido señalar su evolución histórica, conceptualización, naturaleza jurídica, elementos constitutivos y características, por lo tanto, únicamente describiremos situaciones de hechos que corroboran nuestra posición.

Estando a lo antes mencionado, es de considerar que, una característica del derecho es su mutabilidad por acción de adaptación a nuevas situaciones fácticas, y de la cual el enriquecimiento indebido no es la excepción, actualmente se evidencia diferentes situaciones jurídicas que no pueden ser resueltas por el ordenamiento actual y que han sido descritas por diferentes investigadores u autores y normas de carácter especial, así por ejemplo, tenemos:

➤ **Enriquecimientos indebidos en las contrataciones con el Estado:** Esta posición ha sido sustentada por la abogada Luz Maria Lorena Guillen Vales en su tesis maestra en la PUCP¹³⁸ quien sustenta la existencia de un enriquecimiento sin causa por parte del Estado en las siguientes situaciones: 1.-Enriquecimiento sin causa proveniente de la nulidad de los contratos cuyas prestaciones se han ejecutado total o parcialmente. 2.- Enriquecimiento sin causa como consecuencia de la ejecución de prestaciones adicionales sin que se cuente con la autorización previa que corresponde de acuerdo a cada caso; y, 3.-Enriquecimiento sin causa ocasionado por la adquisición de bienes o servicios sin la suscripción del contrato respectivo.

En los supuestos antes mencionados por la maestrante, ésta evidencia de la existencia de determinados supuestos en donde el Estado se enriquece en perjuicio de un privado como consecuencia de: acciones de control posterior de la administración, ejecución de obra sin autorización previa por la entidad y por aquellas prestaciones que realizan de buena fé sin

¹³⁸ Guillen Vales Luz Maria Lorena (2013). *Análisis del Enriquecimiento sin causa en las Contrataciones con el Estado*, ubicado en http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5237/GUILLEN_VALES_LUZ_ANALISIS_ENRIQUECIMIENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Recuperado el 19/04/2019

proceso de selección previa o habiéndose adjudicado dicha licitación no se hayan firmado el contrato.

En todos los supuestos antes mencionados la maestrante ha podido acreditar el enriquecimiento por parte el Estado y un correlativo empobrecimiento del privado a consecuencia de la ejecución de obras o servicios derivados de una cusa jurídica legal (contratos públicos) o sin ello (principio de buena fé); pero que no pueden ejercitar las acciones derivadas de los contratos o de la administración pública para conseguir la retribución económica por los servicios físicamente prestados.

➤ **Enriquecimiento indebido en el derecho de familia:** Otro supuesto especial de enriquecimiento indebido con causa se puede encontrar en el derecho de familia, puntualmente en el proceso de alimentos, en los cuales la demandante en su condición de representante legal de su menor hijo(a) obtiene una sentencia favorable de alimentos contra el supuesto padre, quien asume durante años el costo económico de una pensión de alimentos, pero que, de manera posterior se llega a demostrar mediante prueba científica de ADN, que el demandado no es el padre biológico de la menor alimentista, ante dicha situación, no cabría acción jurídica que permita restablecer el desequilibrio económico suscitado entre las partes a consecuencia de un mandato judicial, ya que no se configuran los supuestos par el pago indebido, por cuanto no estamos ante un erro de hecho (presupuesto principal para el pago indebido), ni mucho menos, para una acción de responsabilidad civil, ya que primero tendríamos que dilucidar, si dicha responsabilidad, es de naturaleza contractual o extracontractual, interrogante, que sería materia de debate jurídico-doctrinario, por lo tanto, en este caso puntual, podría ejercitarse una acción de enriquecimiento indebido con cusa jurídica válida (mandato judicial), ello por cuanto no cabría otra acción posible de ejercitar y debido a la particularidad de este supuesto de hecho.

➤ **Enriquecimiento indebido en la Ley de Títulos Valores:** Este tipo de enriquecimiento ya se encuentra regulado en la Ley N° 27287 "*Ley de Títulos Valores*", puntualmente en su artículo 20, señalando lo siguiente "*Que extinguidas las "acciones derivadas de los títulos valores, sin tener acción causal contra el emisor o los otros obligados, el tenedor podrá accionar contra los que se hubieren enriquecido sin causa en detrimento suyo, por la vía procesal respectiva".*

Articulado del cual podemos desprender el carácter residual de esta acción, ya que permite en *última ratio* al titular del Título Valor ejercitar su derecho de acción vía proceso ordinario, cuando por razones de índole formal su acción cambial no es posible de ejecutar vía proceso único de ejecución, a consecuencia del incumplimiento de las formalidades establecidas en la Ley de Títulos Valores, pese a existir una negocio jurídico garantizado por un título valor.

Como se evidencia de este supuesto, la Ley de Títulos Valores, garantiza al titular de un derecho de crédito poder ejercitar su derecho de acción sustrayéndose de la naturaleza jurídica del documento generador de la obligación (título valor), ello por cuanto infiere que la relación jurídica obligacional que garantizó dicho título valor deriva de un acto comercial (causa), pero que, por razones de utilidad comercial no se formalizo mediante un documento privado (contrato).

De los tres supuestos antes mencionados podemos extraer que éstos tienen una característica en común, que es, la existencia de una causa jurídica generadora de obligaciones, pero que no puede ser pretendidas por ninguna de las fuentes formales de las obligaciones (contratos, indemnización, etc.), toda vez, que no se encuentra regulado dichas situaciones especiales, generándose de este modo un empobrecimiento económico del titular y una correlativo enriquecimiento de la otra parte.

Debemos precisar que los supuestos antes mencionados derivan de las relaciones comerciales propias del mercado y de la interrelación del Estado con los privados, y un supuesto muy especial en el derecho de familia, por lo que, desamparar dichas situaciones generaría una inseguridad jurídica y por consiguiente falta de credibilidad en las Instituciones Públicas lo que a su vez repercutiría en la economía del Estado Peruano.

➤ **En la prestación de servicios de Salud bajo el Sistema EPS**, se ha podido evidenciar la existencia de una causa jurídica generadora de una relación obligacional (contratos privados, públicos y convenios), que viene presumiblemente perjudicando al Estado y a los usuarios de Salud, toda vez que se estaría pagando costos por prestaciones médicas y medicamentos, muy por encima de su costo real a los ofertados por las cadenas farmacéuticas, clínicas y laboratorios médicos ajenos al sistema EPS, y que no puede ser cuestionado por las mismas fuentes de las obligaciones.

De los hechos antes expuestos podemos evidenciar que en la realidad fáctica se vienen suscitando relaciones obligaciones que vienen generando un desequilibrio económico tanto en las personas jurídicas y naturales (privadas y públicas) que no pueden ser solucionadas por las fuentes formales de las obligaciones ni por el derecho administrativo, siendo su última acción el enriquecimiento indebido.

La finalidad del presente trabajo de investigación no es generar una nueva corriente doctrinaria del enriquecimiento indebido, sino, demostrar fehacientemente que en las prestaciones de servicios de salud bajo el Sistema EPS, se viene suscitando un enriquecimiento indebido pero con causa jurídica válida.

CONCLUSIONES

Habiéndose descrito, desarrollado y analizado la problemática que viene suscitándose en las prestaciones de servicios de Salud bajo el sistema EPS, se ha podido llegar a las siguientes conclusiones:

1. El costo de los servicios médicos, prestados bajo el sistema EPS (laboratorio y medicamento) por parte de las Empresas aseguradoras y clínicas privadas, se encuentran muy sobrevalorados, en relación con los mismos servicios y medicamentos ofertados por clínicas y farmacias privadas ajenas al Sistema EPS, llegando en algunos casos a sobrepasar el 100% de costo al público general.
2. El Estado y los asegurados, vienen perjudicándose económicamente en las prestaciones de salud bajo el sistema EPS, ya que son éstos quienes asumen una posición negativa al estar pagando servicios y productos sobrevalorados; el porcentaje que asumen el estado y el asegurado, el valor varía dependiendo de la póliza de seguro, y puede fluctuar entre 80%, 85%, o 90% por parte del estado, y, 10%, 15% o 20% por parte del asegurado.
3. En cuanto al valor económico de las prestaciones de servicios de salud, si bien se han emitido el Decreto Supremo 08-2010-SA y el Decreto Supremo 014-2014-SA, que buscan regular el costo de los servicios médicos, ninguna de ellas resulta aplicable al sistema EPS, debido a que la primera, regula únicamente el SIS (IAFAS); y, la segunda establece un procedimiento especial de contratación pública con el estado sujetas a control de OSCE.
4. Se puede presumir que las Empresas Aseguradoras y Clínicas Privadas, que forman parte de una misma red hospitalaria, estarían realizando acuerdos horizontales, destinados a la concertación de precios en las prestaciones de salud bajo el sistema EPS, lo cual también afectaría la libre competencia en el mercado de seguros, hecho que tampoco ha sido regulado expresamente en el reglamento de infracciones y sanciones de SUSALUD.
5. Los contratos celebrados por los actores del Sistema EPS con SUSALUD no pueden ser resuelto o rescindidos por las normas que regulan el contrato (fuente formal de las obligaciones) ya que han sido celebrados bajo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, y sobretodo, debido a que SUSALUD ha establecido un procedimiento administrativo especial en donde ha regulado las condiciones mínimas en la celebración de contratos en servicios de salud,

llegando inclusive a establecer de manera imperativa un contrato tipo a ser aplicado por las IAFAS e IPREES.

6. La cláusula contractual que precisa el costo de los servicios medico ofertados por la empresa de seguros y clínicas privadas no constituyen cláusulas abusivas, por cuanto no restringen ni elimina derecho alguno de los asegurados, ello conforme a la normatividad de INDECOPI y la SBS.

7. No existe un marco normativo general que precise la naturaleza jurídica del “Convenio”, ni los efectos jurídicos que de ella se deriven; siendo por el contrario se evidencia que cada institución elabora su propia definición de convenio, hecho que causa una inseguridad jurídica en los actores del sistema EPS.

8. Que, si bien, la administración publica en el ejercicio de su potestad de control posterior puede declarar la nulidad de negocio jurídico, ello estaría condicionado a la existencia de una infracción normativa en el procedimiento de autorización de funcionamiento de la IPREES y ejecución de las prestaciones de salud, mas no a las condiciones contractuales celebradas, ya que ésta última únicamente puede ser resuelta por las normas del Derecho Civil.

9. El sistema EPS, goza de alta aprobación por parte de los asegurados, debido a la oportunidad, eficacia, eficiencia y bajo costo de los servicios médicos prestados por las IPREES, sin embargo, la mayoría desconoce el propio sistema (condiciones, costos, restricciones, etc); hecho que genera en gran medida una falta de interés en los costos de las prestaciones en laboratorio y medicamento.

Esta conclusión deriva de los resultados de la encuesta.

RECOMENDACIONES

Luego de haber identificado la problemática suscitada en las prestaciones de salud bajo el Sistema EPS, se ha podido evidenciar que el marco jurídico que regula el sistema EPS, se encuentra disperso en normas de distintos niveles, llámese, leyes, decretos supremos, legislativos, reglamentos, así como resoluciones y disposiciones de carácter administrativo de distintas instituciones, por lo que resulta necesario la adopción de medidas en dos tipos de niveles; generales y específicas, mediante la promulgación de leyes y modificaciones de normas actualmente en vigencia, ello a fin de cautelar de una forma más rigurosa los fondos públicos, y al asegurado, así como prevenir situaciones que afecten al sistema EPS.

Para los fines señalados en el párrafo anterior se efectúan las siguientes recomendaciones de carácter general:

1. Establecer un marco normativo especial que unifique y regule todo el Sistema EPS, mediante la propuesta de Ley del Sistema EPS, así como la emisión del reglamento correspondiente, asumiendo SUSALUD la función de ente supervisor de dicho sistema.
2. Proponer un marco normativo general a los “Convenios”, mediante la emisión de un Decreto Supremo que lo conceptualice, describa su naturaleza, efectos jurídicos y las responsabilidades de la emisión de dicho documento.

Recomendaciones de carácter específica:

1. Modificar el Reglamento de Organizaciones y Funciones de SUSALUD, contenido en el Decreto Supremo N°08-2014-SA, puntualmente en los siguientes artículos:
 - Literal b) del artículo 4.1, que alude a la función general de supervisión de los recursos destinados a los servicios de salud; debiendo agregarse, que dicha función también **limite a las instituciones Públicas el gastos desproporcionado en prestaciones medicas previamente identificadas** (lo resaltado es nuestro).
 - Literal i) del artículo 4.2, que alude a la supervisión del valor de las prestaciones y contraprestaciones por intercambio de servicios; debiendo agregarse, que dicha función no solamente proteja al asegurado **sino también a los fondos públicos en las prestaciones de salud bajo cualquier modalidad** (lo resaltado es nuestro).

- Modificar el reglamento de infracciones y sanciones de SUSALUD, a fin de incorporar como infracción muy grave, la sobrevaloración de los costos en las prestaciones de salud bajo el sistema EPS.
 - Establecer responsabilidades individuales de los funcionarios públicos en las suscripciones de contratos y convenios que generaron o generen una sobrevaloración de los costos por servicios médicos.
2. Efectuar un estudio de mercado respecto los costos de medicamentos y servicios médicos, a fin de que sirva como instrumento para la emisión de una norma especial que permita la elaboración de un listado de precios referenciales para la cotización en las relaciones contractuales del estado con los privados sobre dichos productos y servicios., impidiendo de este modo una sobrevaloración de los costos por parte de las IAFAS e IPREES, sin que ello constituya una intervención estatal en la actividad privada.
 3. Encargar a la Intendencia de Investigación y desarrollo, la cuantificación de los montos pagados a las IPREES y IAFAS privadas en el Sistema EPS, para posteriormente cuantificar el monto pagado en exceso por dichos servicios e iniciar una acción de enriquecimiento indebido.
 4. Denunciar ante INDECOPI a las IAFAS e IPREES privadas, por la presunta realización de prácticas anticompetitivas (acuerdos horizontales) en la ejecución de contratos de seguros de salud bajo el sistema EPS.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. *Alvarez Caperochipi, José Antonio, el enriquecimiento sin causa, tercera edición, editorial comares, 1993, página 65.*
2. *Artículo 15 de la ley 26790 “Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud”.*
3. *Artículo 7 de la Resolución de Superintendencia N° 053-2015-SUSALUD/S*
4. *Bejarano Sanchez Manuel, Obligaciones Civiles, tercera edición, editorial Harla, Mexico, págs 1998.*
5. *Castro Cuenca, Carlos. García López Luisa Fernanda y Martínez Vargas Juan Ramón (2010) La Contratación Estatal. Teoría General. Perspectiva comparada y Regulación Internacional. Colombia. Editorial Universidad de Rosario, págs. 49.*
6. *Caso Correa Condori, STC 2016-2004-AA.*
7. *Cocheiro del rio Jaime, El enriquecimiento injusto en el derecho laboral, Editorial Bosch, 2007, Barcelona,pagina 11.*
8. *De la Camara ALVAREZ Manuel y Diez Picaso y Ponce de Leon Luis (1988) Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa, madrid. Editorial Civitas, págs. 26.*
9. *Decreto Supremo N°008-2014-SA*
10. *Fabregas P.Jorge. El enriquecimiento sin causa.Panama. Editorial estrella de Panama, págs. 172.*
11. *Fundamentos del derecho civil patrimonial, vol I, Madrid, 1996.*
12. *Galvéz Villegas Tomas Aladino, Delito de enriquecimiento ilícito editorial Moreno S.A. 2001, página 100.*
13. *Huergo Lora Alejandro. 1998. Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas. Madrid. Editorial Civitas, págs 24.*
14. *La puente Lavalle Manuel (2007) El contrato en General. Lima. Palestra Editores. Pág 38.*
15. *Lacruz Berdejo José Luis, Derecho de Obligaciones, Elementos del Derecho Civil, tercera edición, editorial Dykinson, Madrid, 2005, página 408.*
16. *Luis Diez-Picazo y Anonio Gullón, Sistema de Derecho Civil, Volumen II, Editorial Tenos (Grupo Anaya S.A.), 2002, paginas 522.*
17. *Moisset de Espanes Luis (2016) Derecho de Obligaciones Tomo I. Lima. Editorial Gaceta Jurídica, pág. 19.*

18. Muñoz Mechado, Andrés (1999) *La Gestion de la Calidad Total en la Administración Pública*. Madrid, EDICIONES díaz de los Santos. Pag. 120.
19. Oneto Baca Víctor Sebastian. *El concepto, regulación, y clasificación de los contratos públicos en el Derecho Peruano*. Págs. 48 en *Revista Ius et Veritas*.N° 48, 2014/julio.
20. Orama Gross Alfonso(1988). *El enriquecimiento sin causa como fuente de las obligaciones*.Quito,Edit. Induato, págs. 64.
21. Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario (2014) *Tratado de Derecho de las Obligaciones Volumen I*.Lima, ECB Edidiciones, pág. CXXV.
22. Peralta Andía Javier. *Fuentes de las Obligaciones en el Código Civil*. Perú Editorial Moreno 2005, pagina 168.
23. *Resolución de Superintendencia N° 161-2015/SUSALUD/S*.
24. Torres Vasquez, Anibal (2011). *Codigo Civil II Tomo*, Lima, Editorial Moreno S.A.. pág. 14.
25. Vilalta Reixach Marc. Los convenios Interadministrativos en el Ordenamiento Jurídico Español desde un punto de vista contractual, págs. 87, 88. En *Revista Digital de Derecho Administrativo* N° 15, 2016/enero.
26. Weingarten Celia, 2011,*Manual Parte General Derecho Civil Comercial y de Consumo*, Tucuman, editorial La Ley S.A.E.e I, pagina 359.

LINKOGRAFIA

1. Clasificación de Derechos Fundamentales. <https://www.clasificacionde.org/clasificacion-de-los-derechos-fundamentales/> Recuperado el 03/12/2018.
2. Dotú i Guri, Maria del Mar (2013), Los Derechos Fundamentales, concepto actual, ubicado en <https://app.vlex.com/#PE/vid/480896710>. Recuperado el 29/11/2018.
3. Fazio Federico (2018) Revista de Derecho del Estado, ubicado en https://app.vlex.com/#PE/search/*/derechos+fundamentales/PE/vid/736496957, recuperado el 03/12/2018.
4. Ferrajoli Luigi (2001) Una definición formal del concepto de derecho fundamental, ubicado en <https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibsipansp/reader.action?docID=3219274&query=derecho+fundamentales>. Recuperado el 29/11/2018.
5. Lazo Gonzales O. (2016) El sistema de Salud en Peru, situación y desafíos ubicado en <http://cmp.org.pe/wp-content/uploads/2016/12/libroSistemaSaludPeru-.pdf> recuperado el 29/03/2018.
6. Lema Añon, Carlos (2010), Salud, Justicia Derechos, El derecho a la salud como derecho social, ubicado en <https://app.vlex.com/#WW/sources/5013>. Recuperado el 05/12/2018.
7. Matias Camargo, Sergio Roberto (2014) Los servicios Públicos como derechos fundamentales. Publicado por UPTC (Colombia). https://app.vlex.com/#WW/search/*/los+servicios+publicos/p4/WW/vid/738183425/graphical_version. Recabado el 12/12/2018
8. Obando Blanco Victor Roberto (2002), El razonamiento Jurídico en el Derecho comparado, ubicado en <https://app.vlex.com/#PE/vid/60274067>. Recuperado el 29/11/2018.
9. Reyna Alfaro/Ventura Saavedra, disponible en <http://www.administracion.usmp.edu.pe/institutoconsumo/wpcontent/uploads/2013/08/Servicios-P%C3%BAblicos-en-el-Per%C3%BA-UNAM.pdf>. Recabado el 10/12/2018.
10. Torrino Mas, Juan (2016) Servicios Públicos y Remunicipalización. Publicado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdiction:PE+content_type:4/servicios+publicos+del+estado/PE/vid/651814989/graphical_version. Recabado el 10/12/2018.

11. .CARAZA CRISTIN, Maria del Mar. *La Responsabilidad Patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*, disponible en: <https://books.google.com.pe/books?id=55FGDQAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=servicios+publicos+en+calidad&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjWnY7x1sjgAhXOx1kKHZqZCNI4FBDoAQgmMAA#v=onepage&q=servicios%20publicos%20en%20calidad&f=false>. Recuperado el 19/02/2019.
12. Cassagne Juan Carlos (2010). <https://app.vlex.com/#PE/search/jurisdition>.
13. [:PE/derecho+administrativo/p2/PE/vid/445766274](https://app.vlex.com/#PE/derecho+administrativo/p2/PE/vid/445766274). Recuperado el 05/03/2019.
14. OCDE (2004), "Derecho y Política de la competencia para América Latina". Ubicado en <https://books.google.com.pe/books?id=xpDVAgAAQBAJ&pg=PA237&dq=libre+competencia&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwia8lzH5t7gAhWqm-AKHatcAoEQ6AEITzA#v=onepage&q&f=false>. Recuperado el 28/02-2019
15. Romero Perez Jorge Enrique. *Derecho Administrativo especial: contratación administrativa*, ubicado en https://books.google.com.pe/books?id=F_xkHTXfwNkC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Recuperado el 18/04/2019.
16. Romero Perez Jorge Enrique. *Derecho Administrativo especial: contratación administrativa*, ubicado en https://books.google.com.pe/books?id=F_xkHTXfwNkC&printsec=frontcover&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Recuperado el 18/04/2019.
17. Guillen Vales Luz Maria Lorena (2013). *Análisis del Enriquecimiento sin causa en las Contrataciones con el Estado*, ubicado en http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5237/GUILLEN_VALES_LUZ_ANALISIS_ENRIQUECIMIENTO.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Recuperado el 19/04/2019.
18. Sobre el Indecopi recuperado, ubicado en <https://www.indecopi.gob.pe/sobre-el-indecopi> recuperado el 10 de enero del 2019.
19. Estructura Organizacional, ubicado en <http://portal.susalud.gob.pe/blog/estructura-organica/>.recuperado el 13 de Enero del 2019
20. Breve Historia SUSALUD, ubicado en

http://www.essalud.gob.pe/downloads/archivo_central/BREVE_HISTORIA_SSE.pdf

recuperado el 12 de Febrero de 2019 de

<http://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/309848/8.CodigoDP.pdf>.

21. MINSA. Recuperado el 20 de marzo del 2019 de http://www.minsa.gob.pe/reunis/data/poblacion_asegurada.asp.
22. INDECOPI. Recuperado el 12 de abril del SBS. Recuperado el 20 de marzo del 2019 de <http://www.sbs.gob.pe/acercadelasbs>
23. OIT. Recuperado el 20 de marzo del 2019 de http://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=es&p_isn=4660&p_country=PER&p_count=1424.
24. OSCE. Recuperado el 22 de marzo del 2019 de <https://portal.osce.gob.pe/osce/node/15894>
25. *Tribunal Constitucional. EXP. N.º 018-2003-AI/TC* Recuperado el 15 de abril del 2019 de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>
26. *Tribunal Constitucional. EXP. N.º 3315-2004-AA/TC* Recuperado el 15 de abril del 2019 de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html>
27. *Tribunal Constitucional EXP. N.º 03116-2009-PA/TC*. Recuperado el 15 de abril del 2019
28. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/03116-2009-AA.html>
29. *Tribunal Constitucional. EXP. N.º 08-2003-AA/TC* Recuperado el 15 de abril del 2019 de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
30. *Tribunal Constitucional. EXP. N.º 1311-2000-AA* Recuperado el 15 de abril del 2019 de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2001/01311-2000-AA.html>
31. Vega Luna, Eduardo (2013) *La Salud es un derecho de todos*, ubicado en <https://app.vlex.com/#WW/vid/452960906>. Recuperado el 05/12/2018.

ANEXOS

ANEXO 01

CLINICA DEL PACIFICO SA
R.U.C. 20103269319
Av. José Leonardo Ortiz N° 420 Chiclayo
Teléfono: (074) 228585
BOLETA ELECTRÓNICA
HEMI 0019810

Caja: 10-ACHUQUEN
Fecha: 09/10/2018 19:54:58
AM: 1019551
RS: EXMACA ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD
Dir: CARPACCOR 295 1ER PISO - SAN JORDA
RUC: 20414955020
EC: 301241
Paciente: VALENTA RENGIFO JULIO

Nro Pedido: 1185530

Cant	Producto	Subtotal
1	ROFIDIA	77.14

Concepto: 77.14
IVA: 0.56
TOTAL: 77.70

FORMAS UNIVERSALES S.A.C. R.U.C. 20559962382 CENTRAL 407-1900 SERIE 002 DEL 304501 AL 341500

Señor(es):
Paciente: RIMAC S.A. ENTIDAD PRESTADORA DE SALUD
Médico: VALENTA RENGIFO JULIO
FARMACIA: ROLANDO GOMEZ WINSTON IVAN

Atendido por: CHUQUILLIN AGUILAR RUTH SARAI

APELLIDOS Y NOMBRES
DNI: _____

ACTO H:1015951

Fecha/hora: 09/10/2018 - 07:59:06 PM

R.U.C. 20103269319
COMPROBANTE INTERNO DE SALIDA
N° 002 - 00340245

CODIGO	DESCRIPCION	CANTIDAD	P. UNITARIO	P. TOTAL
06012 03281 06216	1B AERUS 5 MG X 30 TABLETAS 1B HALOVATE 0.05% X 30 GR 1B PREDNISOLNA 20 MG X TAB	1	9.56 77.14 0.00	66.92 77.14 8.40
	Afecto: 129.20 Defecto: 19.38 V. Venta: 109.82 Infecto: 0.00 Defecto: 0.00 V. Venta: 0.00		19.77 0.00	TOTAL 129.59

CLINICA DEL PACIFICO SA
19 OCT 2018
ENTREGADO FARMACIA

FARMACIA

ANEXO 02



Busca por marca o producto 

Imagen Referencial



Prednisona 20 Mg Tableta
CAJA DE 100 TABLETAS
S/ 25.00
Máximo de compra 10 al día



Busca por marca o producto 

Imagen Referencial



Prednisona 20 Mg Tableta
1 TABLETA
S/0.25



Aerius 5 Mg Tabletas

CAJA DE 30 TABLETAS

S/ 159.00



Aerius 5 Mg Tabletas

1 TABLETA

S/5.30

f f

V LTE 45% 11:53 a. m.

×

i

Buscador de Precios de Med...

observatorio.digemid.minsa.gob.pe

⋮

Crema - Unguento - Gel

Nueva Consulta

Estos precios d al público son referenciales y p diferir del precio ofertado al mon la compra

OBETASOL PROPIONATO

Sector Público: No existe precio de referencia para este producto.

Producto	Laboratorio	Farmacia/Botica	Precio Unit(S/.)
HALOVATE 0.05 % Crema	GLENMARK	BOTICA INKAFARMA	53.05
HALOVATE 0.05 % Crema	GLENMARK	BOTICA INKAFARMA	53.05
HALOVATE 0.05 % Crema	GLENMARK	BOTICA INKAFARMA	53.05
HALOVATE 0.05 % Crema	GLENMARK	BOTICA INKAFARMA	53.05
HALOVATE 0.05 % Crema	GLENMARK	BOTICA INKAFARMA	53.05
HALOVATE 0.05 % Crema	GLENMARK	BOTICA INKAFARMA	53.05
HALOVATE 0.05 % Crema	GLENMARK	BOTICA BOTICAS MIFARMA	55.90
HALOVATE 0.05 % Crema	GLENMARK	BOTICA BOTICAS MIFARMA	55.90
HALOVATE 0.05 % Crema	GLENMARK	BOTICA BOTICAS MIFARMA	55.90
HALOVATE 0.05 % Crema	GLENMARK	BOTICA BOTICAS MIFARMA	55.90

Inicio

Anterior

1

2

3

4

5

Siguiente

ANEXO 03

SERVIMEDICOS SAC

FARMACIA

Fecha : 23-03-2019 19:14
Prefactura : 1103229
Secuencia : 170795
Paciente : VALERA RENGIFO JULIO CESAR
DNI : 42446350
HC : 54812 ID : 0243039
Sexo : MASCULINO
Fecha Nac. : 06-05-1984
Edad : 34 años 10 meses
Médico : JIMENEZ LUNA GERARDO
Contratante: CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LAMBAYEQUE

Observación:

CARGOS A FACTURAR

CANT	DESCRIPCION
1F10	BILAXTEN 20MG CAJA COMP. X 20

Total: 178.22

Coaseguro : 15.00 %
Pago Paciente : 26.73
Usuario : VNEPO

Recibí conforme

* PARA LA ATENCION ES OBLIGATORIO *

* PRESENTAR EL DNI DEL PACIENTE *

RVIMEDICOS SAC

FARMACIA

Fecha : 27-04-2019 13:27
Factura : 1111729
Secuencia : 173004
Paciente : VALERA RENGIFO JULIO CESAR
DNI : 42446350
HC : 54812 ID : 0243039
Sexo : MASCULINO
Fecha Nac. : 06-05-1984
Edad : 34 años 11 meses
Médico : JIMENEZ LUNA GERARDO
Contratante: CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LAMBAYEQUE

Observación:

CARGOS A FACTURAR

CANT DESCRIPCION

1 BETADUO INY. VIAL X 1 X 2ML

Total: 45.11

Coaseguro : 15.00 %
Pago Paciente : 6.77
Usuario : RCARRANZAF

ANEXO 04

🕒

🔊

📶

🔋

VoLTE

35%

10:32 p. m.

✕

🔍

Buscador de Precios de Med...

observatorio.digemid.minsa.gob.pe

🔖

⋮

queda

BILAXTEN 20 mg Tableta - Capsula

Buscar

Nueva Consulta

Estos p

al públic

referenc

di ferir d

ofertado

la comp

ios Activos: BILASTINA

Mínimo en el Sector Público: No existe precio de referencia para este producto.

5

Fecha de Actualizac.	Producto	Laboratorio	Farmacia/Botica	Precio Unit(S/)
09/05/2019 08:44:17 a.m.	BILAXTEN 20 mg Comprimido	ALBIS	FARMACIA UNIVERSAL	4.83
12/05/2019 10:53:46 p.m.	BILAXTEN 20 mg Comprimido	FAES FARMA	BOTICA BOTICAS Y SALUD	5.08
12/05/2019 10:53:46 p.m.	BILAXTEN 20 mg Comprimido	FAES FARMA	BOTICA BOTICAS & SALUD	5.08
25/03/2019 10:30:12 p.m.	BILAXTEN 20 mg Comprimido	ALBIS	BOTICA BOTICAS Y SALUD	5.08
12/05/2019 10:53:46 p.m.	BILAXTEN 20 mg Comprimido	FAES FARMA	BOTICA BOTICAS Y SALUD	6.15

Inicio

Anterior

1

S

Inicio | Contáctenos

© 201

•

⌂

📄

←



Betaduo 2 Solución Inyectable, Jeringa prellenada

1 CAJA

S/ 33.50

 **2 EN STOCK**

Máximo de compra 10 al día



ANEXO 05

Fecha : 23-03-2022 14:34
Prefectura : 1103229
Secuencia : 170773
Paciente : VALERA RENGIFO JULIO CESAR
DNI : 42446350
HC : 54812 ID : 0243039
Sexo : MASCULINO
Fecha Nac. : 06-05-1984
Edad : 34 años 10 meses
Médico : JIMENEZ LUNA GERARDO
Contratante: CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DE LAMBAYEQUE
Observación:

CARGOS A FACTURAR

CANT DESCRIPCION

2 AVIANT 5MG X 30 TAB.
1 DERMOVATE 0.05 %CREMA X 30 GR

Total: 641.26
Coaseguro : 15.00 %
Pago Paciente : 96.19
Usuario : VNEPO

Recibí conforme

* PARA LA ATENCION ES OBLIGATORIO *
* PRESENTAR EL DNI DEL PACIENTE *

ANEXO 06



Dermovate 0.05 % Ungüento Tópico

TUBO DE 40 GRAMOS

S/ 32.80



VoLTE 34% 10:54 p. m.



Inkafarma: Más salud al mej...

<https://inkafarma.pe>



Ubicación actual desactiva...



Busca por marca o producto



Aviant 5 Mg Tablet

CAJA DE 30 TABLETAS

S/ 165.30



PRESENTACIÓN AGOTADA

Stock disponible en unidades

ANEXO 07

HOSPITAL METROPOLITANO S.A.
CA. MANUEL MARIA IZAGA 154 CHICLAYO
RUC: 20394723259 TLF: 074-272828

BOLETA DE VENTA ELECTRONICA
8067-0000024096

F-Emisión : 30-03-2019 Hora: 08:38:22
Cliente : BALERA DELGADO SANTIAGO
D-Ident. : 0 S-Caja: 570233
Paciente : BALERA DELGADO SANTIAGO
Prf.Nro. : 386333 H.C. : 0000000
Seguro: NO ESPECIFICA
Médico: NO ESPECIFICA

DESCRIPCION	CANT	MONTO
BOLSA COLECT.ORINA MED PEDIATR	2	5.00

OP. GRAVADA	S/	4.24
OP. INAFECTA	S/	0.00
IGV	S/	0.76
TOTAL	S/	5.00
REDONDEO	S/	0.00
TOTAL A PAGAR	S/	5.00

SON: CINCO Y 00/100 SOLES

EFFECTIVO S/ 5.00

CAJERO MYESQUEN



Representación impresa de
BOLETA DE VENTA ELECTRONICA
Autorizado mediante la resolución
No. 034-005-0005503/SUNAT
Consulta tu comprobante en nuestra Web:
www.quillasani.com:8010/E_LOLFAC/serv1e/t/com.elolfac.facturaelectronica

19 años apasionados por la salud
¡Te deseamos una feliz navidad!

InkaFarma
Botica - Perfumeria

Más salud al mejor precio

InRetail Pharma S.A. - INKA FARMA
RUC 20331066703 Tlf: 3159000 - 3142020
Central: Av. Def. del Morro 1277-Chorrillos
BOLETA DE VENTA ELECTRONICA: 8009-1187883

Tienda CHICLAYO 1
AV. LUIS GONZALES Nro. 684
CHICLAYO - CHICLAYO

FECHA DE EMISION: 30/03/2019 08:41:35
CORRELATIVO : 0987206450
CAJA/TURNO : 8 / 2 TIPO DE MONEDA : SOL

UD. HUBIESE GANADO 1 PUNTO(S) INKAPUNTO(S)

Código Descripción	Cant.	P.Unit.	Importe
935008 BOLSA COLECT DE ORINA PED.100ML UNO			
BOLYTON			
ACCESORIOS MEDICOS	2	0.50	1.00
Total S/			1.00
Op. Gravada			0.85
I.G.V.	S/		0.15
Importe Total	S/		1.00
Importe a Pagar	S/		1.00

SON: UNO CON 00/100 Soles
EFFECTIVO SOLES 1.00 (Soles)
VUELTO: S/ 0.00
CAJERO: GLADYS ELENA MEDINA VENDEDO: MARLENI BUSTAMANTE



Representación impresa de la Boleta de Venta Electrónica
esta puede ser consultada en www.inkafarma.com.pe.
Autorizado mediante resolución de Intendencia
0180050000949/SUNAT. NO HAY DEVOLUCION DE DINERO. TODO
CAMBIO DE MERCADERIA SE HARA DENTRO DE LAS 48 HORAS
PREVIA PRESENTACION DEL COMPROBANTE Y VERIFICACION
POR PARTE DEL QUIMICO FARMACEUTICO

www.inkafarma.com.pe
GRACIAS POR SU COMPRA

v5.1.0 - USUARIO: GMDINA - CAJA: 8 UBL2.0

ANEXO 08

HOSPITAL METROPOLITANO S.A.
CA. MANUEL MARIA IZAGA 154 CHICLAYO
RUC: 20394723259 TLF: 074-272828

=====

BOLETA DE VENTA ELECTRONICA
B061-0000003229

=====

F-Emisión : 13-02-2018 Hora: 17:27:19
D-Ident. : 42446350 S-Caja: 421679
Paciente : VALERA RENGIFO JULIO CESAR
Prf.Nro. : 280931 H.C. : 0107173
Seguro: RIMAC S.A. ENTIDAD PRESTADORA
Médico: DELFIN ORDÓÑEZ HUGO GUILLERMO

=====

DESCRIPCION	CANT	MONTO
UROCULTIVO - INC. EX. DIRECTO	1	6.15
CULTIVO ESPERMA O SEMEN -INC.E	1	6.15
PSA TOTAL - ANTIGENO PROSTATA	1	6.84
OP. GRAVADA	S/	16.22
OP. EXONERADA	S/	0.00
IGV	S/	2.92
TOTAL	S/	19.14
REDONDEO	S/	-0.04
TOTAL A PAGAR	S/	19.10

SON:DIECINUEVE Y 10/100 SOLES

=====

CAJERO MLLONTO
Representación impresa de
BOLETA DE VENTA ELECTRONICA
Autorizado mediante la resolución
No. 034-005-0005503/SUNAT
Consulta tu comprobante en:
www.quillasani.com:8010/E_LOLFAC/servle
t/com.elolfac.facturaelectronica

ANEXO 09

Nº Orden : 1933 13/02/2018 17:53		Nº Orden : 1933 13/02/2018 17:53	
ORDEN DE ATENCIÓN		ORDEN DE ATENCIÓN	
Paciente :	VALERIA RENGIFO, JULIO	Paciente :	VALERIA RENGIFO, JULIO
Doc. Edad :	33 a.	Doc. Edad :	33 a.
Cliente :	P-PARTICULAR	Cliente :	P-PARTICULAR
Dirección :		Dirección :	
Médico :		Médico :	
Usuario :	JVALERA3	Usuario :	JVALERA3
Clave :	7603648	Clave :	7603648
Servicio		Servicio	
UROCULTIVO		UROCULTIVO	
CULTIVO DE SEMEN		CULTIVO DE SEMEN	
PSA TOTAL		PSA TOTAL	
Precio		Precio	
30.00		30.00	
30.00		30.00	
40.00		40.00	
100.00		100.00	
ACUENTA : 0.00		ACUENTA : 0.00	
SALDO : 0.00		SALDO : 0.00	
TOTAL : 100.00		TOTAL : 100.00	



~ Calle María Izaga Nº 126
074-435215

~ Av. Progreso Mz. J Lote 50 - 2do Piso
Frente al Hospital Regional
978285483





GENmédica

GENMÉDICA
Sede Chidayo

Cotización de Exámenes

Dirección: Av. Luis Gonzales 507
Chidayo
Tel. 074-225135

SOLICITANTE:	JULIO VALERA RENGIFO
LE ATENDIÓ:	YURY CRUZADO TORRES
FOLIO:	12
FECHA:	13 Febrero 2018



FECHA DE ENTREGA: 1 DÍAS

1	1	PBA TOTAL (ANTIGENO PROSTATICO ESPECIFICO)	S/ 50.00
---	---	--	----------

Indicaciones: Ayuno de 4 h

FECHA DE ENTREGA: 3 DÍAS

2	1	CULTIVO DE SEMEN (ESPEMA)	S/ 35.00
---	---	---------------------------	----------

3	1	UROCULTIVO	S/ 35.00
---	---	------------	----------

Indicaciones: **ES RECOMENDABLE NO HABER INGERIDO ANTIBIÓTICOS POR LO MENOS 3 DÍAS ANTES DE LA TOMA, RECOLECTAR LA PRIMER ORINA DE LA MAÑANA, MICCIÓN MEDIA, PREVIO ASEO DE LOS GENITALES, RECOLECTAR Y ENVIAR EN CONTENEDORES DE CIERRE HERMÉTICO.**

IMPORTE S/ 120.00

DESCUENTO S/ 15.00

TOTAL S/ 105.00

Horario de Atención de Laboratorio : Lunes a viernes, 7:30 a 16:00 horas, Sábado: 7:30 a 16:00 horas.

ANEXO 10

ENCUESTA DESTINADA PARA MEDIR EL NIVEL DE CONOCIMIENTO Y SATISFACCIÓN DEL SISTEMA EPS.

1. ¿Conoce Ud., de que trata el sistema de EPS?

Sí ☐

No ☐

2. Marque la condición en la que utiliza el sistema de EPS

☐

Titular

☐

Derechohabiente

3. Marque Ud. con una X , su nivel de conocimiento sobre el Sistema EPS

Poco

☐

Medio

☐

Bastante

☐

4. ¿Sabe Ud., las condiciones contractuales suscritas en el contrato de seguro bajo el sistema EPS?

Sí ☐

No ☐

5. ¿Conoce UD, las restricciones en las prestaciones de servicios de salud bajo el Sistema EPS?

Sí ☐

No

☐

6. ¿Conoce UD el costo total de venta de medicamentos y análisis de laboratorios que le brindan bajo el Sistema EPS?

Sí ☐

No

☐

7. ¿Considera UD, un ahorro la atención de salud (laboratorio y medicamentos) bajo el Sistema EPS?

Sí ☐

No

☐

8. ¿Cómo considera UD, las atenciones de salud brindadas bajo el sistema EPS?

Buena

☐

Regular

☐☐

Malo

9. ¿Cómo calificaría UD, al Sistema EPS?

Muy beneficioso

☐

Poco beneficioso

☐

Nada beneficioso

☐