

Nebot & Páez
Abogados

Informe sobre las condiciones de competencia en el mercado de asistencia sanitaria privada

Madrid, 26 de mayo de 2021

José Carlos Páez Romero

Abogado

www.nebotpaez-abogados.com

1. Descripción del encargo

Fases:

(I) el análisis de los posibles incumplimientos de la normativa vigente en materia de defensa de la competencia y de competencia desleal en el mercado de asistencia sanitaria privada / mercado de prestación de servicios de seguro de salud

(II) el diseño de soluciones jurídicas

(III) su ejecución o puesta en práctica

2. FASE I: Análisis de los posibles incumplimientos

Constaba de varias acciones, que podían ir adaptándose a medida que avanzase el trabajo. Finalmente:

1. Conocer las prácticas problemáticas (comerciales o de otro tipo) para el ejercicio libre de la medicina (pdv: facultativo por cuenta ajena y **por cuenta propia**): Encuesta

Objetivo

Población

Diseño

Recolecta

Análisis

2. Identificar las prácticas susceptibles de constituir una infracción de la normativa vigente en materia de defensa de la competencia y de competencia desleal (informe)

3. Realizar una valoración jurídica de la compatibilidad de las prácticas identificadas como potencialmente incompatibles con la normativa vigente en materia de defensa de la competencia y de competencia desleal (informe)

4. Elaboración de un informe que recoja, principalmente: (i) las conclusiones extraídas de la valoración jurídica de las prácticas; y (ii) un mapa nacional de prácticas anticompetitivas o constitutivas de actos de competencia desleal por Colegio de Médicos

3. FASE II: Diseño de soluciones jurídicas (Informe)

- Propuesta de acciones individuales o de conjunto
→ Objetivo (en función de cada caso):
 - poner fin a las prácticas anticompetitivas o desleales
 - reforzar la defensa de los intereses de los profesionales médicos que ejercen libremente la medicina, por cuenta propia o por cuenta ajena
 - obtener una compensación por los perjuicios causados

4. FASE III – Ejecución de las soluciones jurídicas

- Ejecución de la solución o soluciones jurídicas específicas identificadas después de haber completado las FASES I y II → consistirá en una o varias de las siguientes acciones:

- preparación y presentación de denuncia ante la autoridad nacional o autoridades autonómicas de defensa de la competencia
- preparación e interposición de reclamaciones judiciales ante los Juzgados de lo Mercantil (competentes en materia de defensa de la competencia)
- entrega de las conclusiones de las FASES I y II a la CNMC y consiguiente solicitud para llevar a cabo una investigación de sector
 - uno de los objetivos: impulsar un cambio legislativo en defensa de los intereses de los profesionales médicos que ejercen libremente la medicina (por cuenta propia o por cuenta ajena)

5. El mercado relevante de asistencia sanitaria privada desde la óptica del Derecho de la competencia

- La definición del mercado relevante, de producto/servicio y geográfica:
 - identificar y definir los límites de la competencia entre empresas = marco en el que la autoridad de competencia aplica los principios de la política de competencia
 - principal objetivo: determinar de manera sistemática las presiones competitivas a que están sometidas las empresas
- Distintos mercados relevantes dentro del sector de la sanidad privada:
 - desde la óptica del servicio / producto: [Estructura mercados relevantes.docx](#)
 - mercados de asistencia sanitaria privada
 - desde un punto de vista geográfico: provinciales. Razones:
 - preferencias por la asistencia sanitaria cercana (menor coste y tiempo de desplazamiento posible)
 - diferencias de precios entre provincias, que dependen de
 - oferta provincial de facultativos
 - centros disponibles
 - coste de las prestaciones

6.1 Estructura del mercado relevante

- Estructura de la oferta:

- facultativos médicos dedicados al ejercicio privado de la medicina
- operadores sanitarios integrados verticalmente con aseguradoras de salud (ASISA y SANITAS)
- operadores sanitarios no integrados (IDC SALUD, RECOLETAS, VITHAS o HM HOSPITALES)
- operadores sanitarios de carácter benéfico (Orden Hospitalaria de San Juan de Dios o los obispados, Fundaciones públicas y privadas y la Cruz Roja)
- (mercado de la asistencia sanitaria concertada con las mutualidades de funcionarios) operadores sanitarios privados cuyos centros hayan sido incluidos en los conciertos suscritos por MUFACE, ISFAS y MUGEJU con las aseguradoras privadas, más el INSS

6.2 Estructura del mercado relevante

- Estructura de la demanda

- aseguradoras médicas y pacientes privados sin seguro (mercados (provinciales) de asistencia sanitaria privada)
- Sanidad Pública (mercado de conciertos sanitarios)

- Fijación de precios de los servicios de asistencia sanitaria privada a las aseguradoras médicas:

- Mercado de asistencia sanitaria privada o mercado de prestación de servicios de seguro (facultativos y hospitales privados): inviable el incremento unilateral de los precios
- Mercado de asistencia sanitaria concertada con las mutualidades de funcionarios: procedimientos de licitación (en la mayoría de los casos), lo que excluye cualquier poder de mercado de los operadores sanitarios privados

6.3 Estructura del mercado relevante

- Canales de distribución: no tiene canales de distribución definidos
 - facultativos deciden a qué centro remiten a sus pacientes
 - aseguradoras médicas tienen mecanismos para favorecer determinados centros sanitarios incluidos en sus catálogos de servicios (pudiendo dirigir los pacientes a sus propios centros, en el caso de que existan)
- no hay barreras a la entrada y competencia potencial:
 - Únicamente: registros administrativos y capacidad financiera suficiente para acometer las inversiones necesarias
 - Prueba: entrada de inversores industriales y de capital riesgo
 - mercado de conciertos sanitarios: barreras = requisitos técnicos de homologación fijados por la administración

7. Conclusiones sobre las características relevantes para la medicina privada

- Servicios de asistencia sanitaria privada están íntimamente relacionados con las prestaciones de las aseguradoras médicas (adquisición de los insumos)

- Consecuencias

- principal parte de ingresos de operadores sanitarios privados proviene de contratos con aseguradoras
- operadores obligados a contratar con aseguradoras médicas
- dependencia de los operadores sanitarios respecto a las aseguradoras > éstas respecto de aquéllos
- dependencia acrecentada por exceso de oferta en mercado de asistencia privada de libre elección

- Progresiva y drástica reducción de la demanda de servicios de asistencia sanitaria privada, fundamentalmente de aseguradoras (aunque también reducción de los conciertos)

→ reducción paulatina de los ingresos de los operadores sanitarios privados → cierre o a su integración

= Racionalización del mercado de sanidad privada

- autoridades de competencia: tamaño mínimo óptimo de centros hospitalarios → impacto en rentabilidad y calidad

8.1 Identificación, a partir de la Encuesta, de las prácticas susceptibles de constituir una infracción de la normativa vigente en materia de defensa de la competencia y de competencia desleal

- Capacidad de las AMs de actuar de manera independiente de sus proveedores, concretamente de los facultativos:

- Fijación unilateral de baremos
 - no han cambiado en decenas de años o, incluso, han disminuido directa o indirectamente
 - claro impacto en:
 - aspectos económicos de relación comercial AMs-facultativos
 - obligaciones de facultativos por su condición de colegiados [práctica 18]
- Imposición unilateral de otras condiciones de la relación comercial [prácticas 1, 2, 3, 5, 16 y 19]
- Obstáculos en el desarrollo de la actividad de los facultativos [práctica 6], concretamente problemas relativos a los pagos [práctica 14]
- Exclusión de los cuadros casi siempre a la conveniencia de las AMs; a solicitud del facultativo sólo de forma muy excepcional ← dependencia (económica), original o sobrevenida, de los pacientes asegurados para viabilidad de actividad [práctica 15]
- Conductas en relación con pacientes = capacidad de las AMs de actuar sin limitaciones no sólo frente a proveedores de servicios (médicos), sino también frente a sus clientes (pacientes tenedores de pólizas) [práctica 21]

8.2 Identificación, a partir de la Encuesta, de las prácticas susceptibles de constituir una infracción de la normativa vigente en materia de defensa de la competencia y de competencia desleal

- Estas prácticas coherentes con la apertura de centros propios (→ la exclusión del cuadro médico de los facultativos cuyas especialidades compiten con las de estos centros) [práctica 11]
 - este modo de proceder de las AMs por sí solo ≠ problemas de competencia
 - si resulta de un abuso de posición de dominio, sí restricción de la competencia (finalidad: excluir o explotar a los competidores)
- Acuerdos entre AMs y grupos hospitalarios

8.3 Identificación, a partir de la Encuesta, de las prácticas susceptibles de constituir una infracción de la normativa vigente en materia de defensa de la competencia y de competencia desleal

- Capacidad de las AMs de actuar de manera independiente de sus proveedores, concretamente de los facultativos (conductas descritas) => posible abuso [práctica 12]:
 - primero, por explotación: debilitando a los facultativos que ofrecen sus servicios de forma individual o en pequeñas clínicas de dos o más facultativos
 - a continuación, por exclusión: con la apertura de centros propios y una presión asociada sobre los facultativos proveedores de los servicios para que se integren en los equipos de esos nuevos centros propios de las AMs o de los centros hospitalarios socios de las AMs
 - Presión similar por parte de grupos hospitalarios [práctica 13]:
 - en la nueva estructura del mercado relevante provincial de asistencia sanitaria privada existe una tendencia a los acuerdos de las AMs con los grupos hospitalarios en exclusiva

8.4 Identificación, a partir de la Encuesta, de las prácticas susceptibles de constituir una infracción de la normativa vigente en materia de defensa de la competencia y de competencia desleal

- Indicios de abuso de posición de dominio también, o alternativamente, en forma de abuso de situación de dependencia económica (posición de dominio relativa)
- Acto de competencia desleal que, por su importancia, se considera que falsea la libre competencia, afectando en consecuencia al interés público [práctica 4]
- Conductas que apuntan en el sentido de posibles acuerdos colusorios (de tipo vertical): acuerdos entre AMs y grupos hospitalarios, alentados estos últimos por el objetivo de reservarse la atención a los pacientes tenedores de pólizas privadas [prácticas 8 y 20]
- imposición por la AM al facultativo de la necesaria prestación de sus servicios a través del centro médico / grupo hospitalario con el que colaboran, so pena de exclusión del cuadro médico [práctica 9]
- la exclusividad de los acuerdos de prestación de servicios por los grupos hospitalarios a las AMs en una determinada provincia, de tal modo que los facultativos se ven obligados a trabajar con los grupos hospitalarios [práctica 10]

8.5 Identificación, a partir de la Encuesta, de las prácticas susceptibles de constituir una infracción de la normativa vigente en materia de defensa de la competencia y de competencia desleal

- Características comunes de los tres grupos de conductas potencialmente anticompetitivas
 - de tipo temporal
 - los problemas señalados por los facultativos e identificados como conductas contrarias a la LDC y a la LCD no son ni aislados ni puntuales, sino que se repiten en el tiempo (prácticas 14 y 18)
 - en relación con las AMs, el cambio de estrategia parece situarse principalmente a partir de 2010
 - en el año 2010 la posición de dominio de las AMs, en general, o la situación de dependencia económica de los facultativos respecto de las AMs estaban lo suficientemente consolidadas
 - 56% de los facultativos trabaja con alguna AM desde antes del 2000 y más de un 40% empezó a hacerlo entre el 2000 y el 2010
 - » en 2010 una muy importante proporción de facultativos llevaba trabajando al menos 10 años para una o varias AMs

8.6 Identificación, a partir de la Encuesta, de las prácticas susceptibles de constituir una infracción de la normativa vigente en materia de defensa de la competencia y de competencia desleal

- Medidas tomadas en relación con los cuadros médicos de las mutualidades [práctica 17] confirma el ánimo que mueve a las AMs en su actuación y, en definitiva, en su nueva estrategia: el lucro
- en los conciertos con la Administración las AMs que concurren no pueden sino adecuarse a las condiciones del correspondiente pliego
 - incremento de diferencias entre cuadros médicos, los centros y prestaciones para asegurados particulares y para mutualistas, en detrimento de estos últimos = reducción significativa de los recursos destinados a asegurados mutualistas

9.1 Propuesta de soluciones jurídicas: acciones individuales o de conjunto

- Desde la óptica de la defensa de los intereses de los profesionales médicos que ejercen libremente la medicina (por cuenta propia o por cuenta ajena)
- Finalidad: atajar los problemas y contribuir a satisfacer las demandas relativas a la relación de los facultativos con las aseguradoras y los hospitales que se pueden extraer
 - de las reuniones con los representantes de la Vocalía de Medicina Privada de la OMC
 - de las asambleas de Vocales de Medicina Privada de los Colegios de Médicos
 - de los resultados de la Encuesta
 - de las consideraciones realizadas en el informe
- ¿Cómo?
 - el cese de las prácticas anticompetitivas o desleales que se atribuyen a las AMs;
 - la garantía de la calidad de los servicios de asistencia sanitaria que prestan los facultativos por cuenta de las AMs, mediante el reequilibrio del poder de negociación entre AMs y facultativos
 - la compensación por los perjuicios causados

9.2 PARA LOS FACULTATIVOS QUE EJERCEN SU ACTIVIDAD POR CUENTA PROPIA

9.2.1 Solicitar a la CNMC una investigación de sector (I)

- En ejercicio de las facultades que le reconoce el artículo 5.1.h) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la CNMC puede acordar la realización de un informe sobre las condiciones de competencia existentes en el mercado de la asistencia sanitaria privada en su relación vertical con el mercado de los seguros de salud
- Similitudes con otros expedientes que justificaron este tipo de acción (Expte. S/0165/09)
- la relación comercial entre las AMs y los facultativos:
 - la concentración de las AMs, tanto a nivel Nacional (en 2019 la cuota de mercado conjunta de las seis principales AMs era del 75%) como a nivel autonómico
 - el aumento constante del número de tenedores de pólizas de seguros de asistencia sanitaria desde 2011, situándose en 2020 en más de 12 millones
 - el incremento de la apertura de centros propios de las AMs y las colaboraciones AMs-centros hospitalarios, con el efecto de exclusión y consiguiente sustitución de los facultativos en el mercado de servicios de asistencia sanitaria privada
 - también se repiten las dinámicas identificadas en el expediente Expte. S/0165/09
 - junto a la relación vertical entre facultativos y AM puede existir una relación horizontal o de competencia efectiva entre ellos
 - las AMs se estarían apalancando en su eventual situación de poder en la relación vertical para obtener ventajas que les permiten imponer conductas contractuales o comerciales que podrían ser aptas para distorsionar las condiciones de normal competencia en el sentido del artículo 3 de la LDC

9.2.1 Solicitar a la CNMC una investigación de sector (II)

- Este enfoque de las relaciones entre facultativos y AMs aún no ha sido analizado por las autoridades de competencia españolas
- procedimiento sancionador no sea el marco jurídico más adecuado para realizar este análisis de competencia, sin contar previamente con una mayor y más amplia información sobre estas relaciones y el contexto jurídico y económico en el que tienen lugar
- Diferencias de poder negociador + existencia de situaciones individuales de dependencia económica de determinados facultativos frente a sus AMs
 - => a corto plazo dificultan las reclamaciones por los proveedores perjudicados e incluso la eventual denuncia de situaciones que pueden constituir una infracción de la normativa vigente en materia de competencia desleal o defensa de la competencia

9.2.1 Solicitar a la CNMC una investigación de sector (III)

- Investigación es necesaria para la determinación de las características y de la incidencia efectiva de tales prácticas comerciales en España, elemento esencial del análisis del mercado y de la lucha contra la generalización de posibles efectos negativos de su utilización sobre el bienestar
 - principal objetivo: obtener datos a este respecto
- Aunque en España se han realizado, por autoridades autonómicas de defensa de la competencia, otros estudios sobre el mercado de servicios de asistencia sanitaria privada, ninguna hasta la fecha se ha centrado en las relaciones entre los facultativos que desarrollan su actividad en modalidad de consulta individual o pequeña clínica, que son los más numerosos, y las AMs
- Podría constituir el paso previo a un cambio normativo que hiciera posible el pretendido reequilibrio, bien mediante la habilitación, por ley, a los Colegios de Médicos para negociar unas mínimas condiciones contractuales para la prestación de servicios por los facultativos a las AMs, bien mediante otras soluciones parciales que mejorasen la situación actual y que, al amparo de la exención legal del artículo 1.3 LDC, facilitasen la negociación de baremos u otras condiciones conjuntamente

9.2.2 Detección de oficio de prácticas por las autoridades competentes o por una entidad independiente con capacidad de arbitraje y denuncia

- Aun cuando las conductas identificadas gracias a la Encuesta pudieran constituir prácticas prohibidas y sancionables, los facultativos no tienen incentivos para denunciarlas

- entre otros motivos, porque ello puede derivar en medidas de represalia difíciles de probar o de sancionar

- Conveniente favorecer los métodos que permitan la detección de estas prácticas con un mínimo riesgo para los afectados

- de oficio por las autoridades competentes o por una entidad independiente con capacidad de arbitraje en estos conflictos
 - mecanismos que faciliten las posibilidades de denunciar estas prácticas ante las instancias correspondientes con un mínimo riesgo de represalias contra el denunciante
 - Los Colegios Profesionales de Médicos pueden jugar un papel activo en la denuncia de este tipo de prácticas, como prevé el artículo 33.2 LCD

9.2.3 Códigos de conducta como mecanismos de corrección de la competencia desleal

- Una de las principales dificultades a la que se enfrenta la aplicación efectiva de la normativa de competencia desleal: la utilización de los instrumentos jurídicos de protección presenta riesgos no siempre son asumibles por los afectados, por miedo a represalias comerciales
- Las “buenas prácticas” que recogen los códigos de conducta van destinadas a promover las relaciones leales tanto a nivel horizontal como, sobre todo, en las relaciones verticales
- En la medida en que se pueda garantizar su exigibilidad, estos códigos podrán resultar útiles para corregir de una manera más eficaz las posibles prácticas de competencia desleal causadas por la explotación abusiva del poder de compra
- La autoridad española de defensa de la competencia se ha posicionado en favor de los códigos de conducta entre operadores, siempre y cuando
 - su contenido no incorpore cláusulas restrictivas de la competencia
 - la adhesión a los mismos sea libre y voluntaria
 - incluyan mecanismos efectivos y obligatorios de resolución de conflictos

9.2.4 Fijación por adelantado y por escrito de las condiciones contractuales

- Permitiría prevenir en mayor medida situaciones de abuso de la parte con mayor poder negociador
- la no fijación por escrito de las condiciones contractuales y las modificaciones retroactivas o no previstas también son prácticas muy extendidas, produciéndose no sólo en relación con los pagos comerciales, sino en todas las demás variables de la relación comercial
- Estas prácticas podrían dificultarse en cierta medida mediante una mayor formalización de las relaciones comerciales
- determinar, además de las circunstancias concretas en que podrán realizarse esas modificaciones, las compensaciones a los proveedores que se consideran oportunas en caso de que tengan lugar este tipo de contingencias
- la autoridad española de defensa de la competencia ha puesto de manifiesto en diversas ocasiones su apoyo a la formalización de las relaciones contractuales, incluso mediante contratos tipo homologados por instituciones públicas, siempre y cuando los elementos fundamentales del contrato se negocien libremente entre las partes

9.2.5 Distintos grupos de tarifas por acto médico

- Que las AMs ofrecieran a los facultativos de su cuadro médico la posibilidad de acogerse a una de varias tarifas diferentes existentes para cada acto médico
- vinculadas a parámetros comprensibles para los asegurados y que permitieran a estos tomar una decisión informada en su elección del facultativo del cuadro médico
- se permite al menos cierta competencia entre grupos de tarifas
 - mercado competitivo dentro de cada cuadro médico y entre los diferentes cuadros médicos

9.2.6 Agruparse en estructuras que mejoren el poder de negociación

- Fórmula asociativa con el fin único del establecer baremos de honorarios → sancionada por las autoridades de competencia españolas
- La normativa de la competencia no impide a las empresas alcanzar diferentes acuerdos de colaboración e integración para ganar en eficiencia y ofrecer un mejor servicio a los consumidores
- para ello pueden guiarse por
 - Comunicación de la Comisión sobre acuerdos de cooperación horizontal
 - Comunicación del DOJ sobre los acuerdos de colaboración entre profesionales de la salud + extensa práctica administrativa de la FTC y el DOJ

9.3 PARA LOS FACULTATIVOS QUE EJERCEN SU ACTIVIDAD COMO TRADE

9.3.1 Acuerdos de interés profesional (AIPs)

- Utilidad para la regulación del trabajo autónomo
- ámbito de negociación: sectorial, territorial o de centro de trabajo
- contenido: cuestiones que afectan al desarrollo de su actividad (desde las percepciones económicas a la prevención de riesgos o a la formación)
- objeto: cubrir vacíos o mejorar lo establecido a través del acuerdo de las partes
- Funcionamiento: sujetos legitimados para concertar los acuerdos de interés profesional
- banco social: las asociaciones o los sindicatos que representen a los TRADE
- banco económico: las empresas para las que ejecuten su actividad

9.3.2 Acuerdos de interés profesional (AIPs)

- Eficacia: desprovistos de la eficacia normativa y personal general propia de la negociación colectiva laboral estatutaria, pero cierto grado de relevancia supracontractual → su contravención en los contratos individuales de los TRADE producirá la nulidad de dichas cláusulas
- dimensión imperativa de los AIPs frente al pacto individual queda subordinada al cumplimiento de dos condiciones:
 - la existencia de vínculo de afiliación con un sindicato o asociación firmante del AIP
 - el consentimiento favorable del autónomo (aceptación expresa e individualizada del AIP)
- Contenido:
 - limitado a las cuestiones reguladas por la propia Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (LETA) en el capítulo dedicado al TRADE
 - condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución de la actividad; y otras condiciones generales de contratación → materias:
 - contrato y su extinción
 - jornada e interrupciones de la actividad
 - acuerdos de solución extrajudicial de conflictos
 - **(incluso) posibilidad de establecimiento de tarifas económicas como precio de los servicios prestados por los autónomos**
 - en principio no necesariamente constitutivo de prácticas anticompetitivas

9.3.2 Acuerdos de interés profesional (AIPs)

- Conclusión general:

- La tutela de los TRADE como contratantes débiles que pretende la LETA → objetivo normativo que goza de amparo constitucional y de un respaldo legal formal
- la experiencia ha perfilado este instrumento como el más eficaz en la adaptación a los cambios y a la diversidad social → están llamados a ser una fuente de primer orden de la relación profesional entre los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) y los empresarios-cliente a los que prestan servicios

- Conclusión específica:

- propicia una corrección de abusos de posición dominante por parte de empresas-cliente que poseen de facto un poder absoluto para la determinación unilateral de las condiciones de intercambio en ámbitos productivos geográfica y/o funcionalmente determinados
 - Respaldo legal que no queda debilitado, ni mucho menos anulado, por la remisión inversa que efectúa el propio artículo 13 LETA a los límites y condiciones establecidos en la legislación de defensa de la competencia

Nebot & Páez
Abogados

Gracias.

José Carlos Páez Romero

Abogado

www.nebotpaez-abogados.com