



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

3084

00

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"

Lima, 30 ENE. 2019

OFICIO N° 141 -2019-MTPE/1

Señor
REYMUNDO LAPA INGA
Presidente de la Comisión de Trabajo y Seguridad Social
Congreso de la República
Avenida Abancay s/n, Plaza Bolívar
Lima.-



Asunto : Opinión sobre Proyecto de Ley N° 3549/2018-CR

Referencia : Oficio N° 087/2018-2019/CTSS-CR-(po.)
Oficio N° 085/2018-2019/CTSS-CR-(po.)

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted en atención a los documentos de la referencia, mediante los cuales solicita se emita opinión respecto al Proyecto de Ley N° 3549/2018-CR, "Ley que establece medidas para garantizar la protección a la madre gestante y al recién nacido en los Sistemas de Seguridad Social de Essalud y el Sistema Integral de Salud (SIS)"

Al respecto, remito a usted para conocimiento y fines pertinentes, el Informe N° 139-2019/4/8 de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

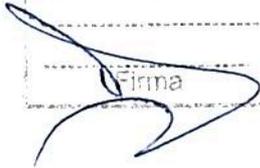
Hago propicia la oportunidad para expresarle los sentimientos de mi mayor consideración y estima personal.

Atentamente,

.....
SYLVIA E. CÁCERES PIZARRO
Ministra de Trabajo y Promoción del Empleo

COMISIÓN DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL
Provedo N°
Secretaría Técnica
Fecha: 5/2/19

Firma





PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

«Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres»
«Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad»

INFORME N° 139 -2019-MTPE/4/8

PARA : **HAYDEÉ VICTORIA ROSAS CHÁVEZ**
Jefa de la Oficina General de Asesoría Jurídica

ASUNTO : Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 3549/2018-CR, «Ley que establece medidas para garantizar la protección a la madre gestante y al recién nacido en los sistemas de seguridad social de EsSALUD y el Sistema Integral de Salud (SIS)»

REFERENCIA : a) Hoja de Ruta E-191767-2018
b) Oficio 087/2018-2019/CTSS-CR-(po.)
c) Oficio 1215-SG-ESSALUD-2018
d) Informe N° 214-2018-MTPE/2/14.4

FECHA : 18 ENE. 2019

Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarle muy cordialmente y al mismo tiempo informarle lo siguiente:

1. ANTECEDENTES:

Mediante el documento c) de la referencia, el señor Congresista de la República Zacarías R. Lapa Inga, quien preside la Comisión de Trabajo y Seguridad Social del Congreso de la República, solicitó al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) la opinión técnica del Proyecto de Ley N° 3549/2018-CR, «Ley que establece medidas para garantizar la protección a la madre gestante y al recién nacido en los sistemas de seguridad social de EsSALUD y el Sistema Integral de Salud (SIS)» (en lo sucesivo, el Proyecto de Ley).

2. BASE LEGAL:

- 2.1. Constitución Política del Perú.
- 2.2. Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social, y sus modificatorias.
- 2.3. Ley N° 29381, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y su modificatoria.
- 2.4. Ley N° 29761, Ley del financiamiento público de los regímenes subsidiado y semicontributivo del aseguramiento universal en salud.
- 2.5. Decreto Legislativo N° 1163, que aprueba disposiciones para el fortalecimiento del Seguro Integral de Salud.
- 2.6. Decreto Supremo N° 009-97-SA, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 26790, modificado por el Decreto Supremo N° 020-2016-TR.
- 2.7. Decreto Supremo N° 008-2006-JUS, que aprueba el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa.
- 2.8. Decreto Supremo N° 008-2010-SA, que aprueba el Reglamento de la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, modificado por el Decreto Supremo N° 030-2014-SA.
- 2.9. Decreto Supremo N° 004-2014-TR, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, modificado por el Decreto Supremo N° 020-2017-TR.
- 2.10. Decreto Supremo N° 020-2014-SA, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud.



«Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres»
«Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad»

- 2.11. Decreto Supremo N° 008-2017/MINSA, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, y sus modificatorias.

3. ANÁLISIS:

3.1 Sobre la competencia de la Oficina General de Asesoría Jurídica

Según lo indicado en el literal k) del 4 de la Ley de Organización y Funciones del MTPE, éste tiene entre sus áreas programáticas de acción a la seguridad social. Asimismo, al ser el organismo rector en materia de trabajo y promoción del empleo, tiene dentro de sus competencias exclusivas la de dictar normas y lineamientos técnicos en la referida área programática.

Por su parte, la Oficina General de Asesoría Jurídica es el órgano de administración interna encargado de asesorar en materia legal, emitiendo opinión jurídica y pronunciándose sobre los actos que sean remitidos para su revisión; ello, de conformidad con lo indicado en el artículo 23 del Reglamento de Organización y Funciones del MTPE.

En esa misma línea, según lo indicado en el literal d) del artículo 24 de la norma citada en el párrafo precedente, la Oficina General de Asesoría Jurídica tiene entre sus funciones específicas la emisión de opiniones legales que le sean solicitadas por la Alta Dirección y órganos del Ministerio. En virtud de ello, corresponde emitir opinión legal sobre la viabilidad del Proyecto de Ley objeto de análisis.

3.2 Opinión técnica del órgano de línea del MTPE

La Dirección General de Trabajo (DGT), a través del Informe N° 201-2018-MTPE/2/14.4¹ elaborado por su Dirección de Seguridad Social, concluye lo siguiente:

«IV. CONCLUSIONES:

[...]

- 4.1. *El Proyecto de Ley N° 3549-2018-CR, desde la perspectiva de la Seguridad Social en Salud, es una propuesta que beneficiará a las mujeres gestantes que son trabajadoras de la pequeña, mediana y gran empresa que estén afiliadas a ESSALUD, a las trabajadoras que estén afiliadas al Seguro Integral de Salud – SIS, medida de protección social que es conforme con los principios de “Universalidad” y “Equidad” establecidos en el TUO de la Ley Marco de Aseguramiento en Salud, [...], asimismo **está dentro del marco del artículo 7 y artículo 23 de la Constitución Política y el Convenio 102-OIT**, Normas Mínimas de la Seguridad Social, **por lo que consideramos que es viable.***
- 4.2. *Sin perjuicio de lo señalado en el numeral precedente, el Proyecto de Ley sólo beneficiaría a los afiliados al Seguro Integral de Salud – SIS, al Seguro Social de Salud – ESSALUD; pero **estaría excluyendo a los afiliados de las IAFAS de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, con lo cual se estaría afectando el principio de “universalidad” de la Seguridad Social**, aspecto que debe ser evaluado por el legislador.*

¹ Cabe precisar que a través de los informes N° 202 y 213-2018-MTPE/2/14.4 la DGT se pronunció respecto del Proyecto de Ley en los mismos términos.



«Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres»
«Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad»

- 4.3. *Corresponde que el Seguro Social de Salud – ESSALUD y el Seguro Integral de Salud – SIS emita opinión con relación al Proyecto de Ley, porque al ser una medida que deberá ser implementada por las citadas entidades, podría generar un impacto en su financiamiento y su disponibilidad presupuestal.» (Énfasis agregado)*

Como se puede advertir, de acuerdo con la DGT, si bien es cierto que el proyecto de Ley armoniza con la Constitución Política y el Convenio 102 de la OIT, es necesario (i) evaluar el supuesto que excluye a los afiliados de otras IAFAS² (Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú), así como (ii) contar con la opinión de ESSALUD y el SIS, debido al impacto presupuestal que pudiera generar la norma, en caso se viabilice.

3.3. Opinión del Seguro Social de Salud³

La Gerencia de Normativa y Asuntos Administrativos de ESSALUD emitió el Informe N° 523-GNAA-GCAJ-ESSALUD-2018, que hace suyo la Secretaría General de dicha entidad conforme se advierte del Oficio N° 1215-SG-ESSALUD-2018, en el que se concluye lo siguiente:

«V. CONCLUSIONES

1. Esta Gerencia no encuentra conforme el Proyecto de Ley N° 3549/2018-CR, que propone la “Ley que establece medidas para garantizar la protección a la madre gestante y al recién nacido a los Sistemas de Seguridad Social de ESSALUD y el Sistema Integral de Salud (SIS)”, [...].

2. [...], la Gerencia Central de Seguros y Prestaciones Económicas manifiesta su no conformidad con el Proyecto de Ley N° 3549-2018/CR, por afectar la sostenibilidad financiera de ESSALUD y, por tanto, la atención oportuna y de calidad de la población asegurada.

3. La Gerencia Central de Operaciones opina considerar las condiciones en las cuales se realizan las atenciones materno perinatales en los establecimientos de ESSALUD en cuanto a la disponibilidad de recursos, y contar con un presupuesto destinado para la cobertura de lo propuesto.

4. La Gerencia Central de Prestaciones de Salud opina que para la implementación de la iniciativa legislativa se necesita la realización de estudios actuariales en el régimen contributivo de la seguridad social de salud; y que para garantizar la protección a la madre y al recién nacido, es necesario fortalecer la capacidad resolutoria del sector público con un incremento presupuestal.» (Resaltado añadido)

De la opinión de ESSALUD se desprende que no dan viabilidad al Proyecto de Ley objeto de comentario, dado que, entre otras cosas, se requiere de estudios actuariales para evitar la afectación de su sostenibilidad financiera.

² Conforme al artículo 6 del Decreto Legislativo N° 1158, y sus modificatorias, las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS) son «aquellas entidades o empresas públicas, privadas o mixtas, creadas o por crearse, que reciban, capten y/o gestionen fondos para la cobertura de las atenciones de salud o que oferten cobertura de riesgos de salud, bajo cualquier modalidad. [...]»

³ Cabe señalar que esta opinión se extrajo de la documentación obrante en el expediente administrativo con Hoja de Ruta E-223593-2018, la cual guarda relación con el mismo proyecto de ley y que ESSALUD transmitió al MTEPE a través del Oficio N° 1215-SG-ESSALUD-2018.



3.4 Acerca del objeto del Proyecto de Ley

Como cuestión previa debemos señalar que el objeto del Proyecto de la Ley es el que sigue:

«Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente ley tiene por objeto establecer medidas destinadas a garantizar la cabal protección a las madres gestantes afiliadas a los sistemas de seguridad social, en el régimen contributivo de ESSALUD y en las diversas modalidades contributivas y semicontributivas del Seguro Integral de Salud (SIS); mediante la cobertura de atención de salud para el control del embarazo, la atención del parto y los cuidados posteriores a la madre y del recién nacido; así como en el otorgamiento de los subsidios económicos correspondientes cuyo derecho, sus aportes previos en calidad de aseguradas hubieran generado.» (Énfasis agregado)

De objeto de la propuesta legislativa se tiene que:

- (i) Busca establecer medidas que garanticen la protección de las madres gestantes afiliadas a ESSALUD o al SIS.
- (ii) Las medidas propuestas consisten en: cobertura de atención de salud para el control del embarazo, atención del parto, cuidados posteriores a la madre y recién nacido y otorgamiento de subsidios económicos sobre la base de las aportaciones generadas.

Desde esa premisa, pese a que el primer punto concuerda -en líneas generales- con los artículos 7 y 23 de la Constitución Política⁴, así como con los artículos 50 y 51 del Convenio 102 de la OIT⁵, no debe perderse de vista que -centrándonos en el segundo punto- el otorgamiento de subsidios económicos sobre la base de las aportaciones generadas no debe colisionar con el aspecto presupuestal de ESSALUD ni del SIS.

Ahora bien, con relación al artículo 2 del Proyecto de Ley, éste establece la modificación de los artículos 10, 11 y 12 de la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, los cuales serán abordados con mayor detalle en los siguientes acápitales.

3.4.1. Sobre la modificación del «periodo de carencia»

El Proyecto de Ley bajo análisis propone que, en el caso de la madre gestante y el recién nacido, se modifique el artículo 10 de la Ley N° 26790 en los siguientes términos:

⁴ Constitución Política del Perú

«Artículo 7.- Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.»

⁵ Convenio 102 de la OIT

Este Convenio fue aprobado por Resolución Legislativa N° 13284 el 9 de diciembre de 1959. Asimismo, el texto de los artículo es como sigue:

«Artículo 50.- Con respecto a la suspensión de ganancias resultante del embarazo, del parto y sus consecuencias, la prestación consistirá en un pago periódico calculado de conformidad con las disposiciones del artículo 65 o las del artículo 66. El monto del pago periódico podrá variar en el transcurso de la contingencia, a condición de que el monto medio esté de conformidad con las disposiciones susodichas.

Artículo 51.- Las prestaciones mencionadas en los artículos 49 y 50 deberán garantizarse, en la contingencia cubierta, por lo menos, a las mujeres pertenecientes a las categorías protegidas que hayan cumplido el período de calificación que se considere necesario para evitar abusos; las prestaciones mencionadas en el artículo 49 deberán también garantizarse a las cónyuges de los trabajadores de las categorías protegidas, cuando éstos hayan cumplido el período de calificación previsto.»

**«Artículo 10.- Derecho de Cobertura**

Los afiliados regulares y sus derechohabientes tienen el derecho a las prestaciones del Seguro Social de Salud siempre que aquellos cuenten con tres meses de aportación consecutivos o con cuatro no consecutivos dentro de los seis meses calendario anteriores al mes en que se inició la contingencia y que la entidad empleadora haya declarado y pagado o se encuentre en fraccionamiento vigente las aportaciones de los doce meses anteriores a los seis meses previos al mes de inicio de la atención, según corresponda. En caso de accidente basta que exista afiliación. ESSALUD podrá establecer periodos de espera para contingencias que éste determine; con excepción de los regímenes especiales.

En el caso de los afiliados regulares pensionistas y sus derechohabientes tienen derechos de cobertura desde la fecha en que se les reconoce como pensionistas sin periodo de carencia. Mantienen su cobertura siempre y cuando continúen con su condición de pensionistas.

En caso de la madre gestante, la cobertura regirá en forma inmediata luego de su afiliación, tanto para la madre como para el recién nacido. [...].»

Con relación a este artículo, queda claro del último párrafo añadido que su pretensión es otorgar cobertura inmediata por maternidad con posterioridad a la afiliación al régimen contributivo de ESSALUD, lo que conlleva el otorgamiento de prestaciones de dicho régimen sin necesidad de que la madre gestante haya superado el periodo de carencia.

Al respecto, como cuestión preliminar, debemos tener en cuenta que dicha disposición colisiona con lo dispuesto en el antes citado artículo 51 del Convenio 102 de la OIT o, lo que equivale decir, lesiona el «bloque de constitucionalidad»⁶, debido a que para el citado convenio las prestaciones se garantizan, en tanto, se haya cumplido con el periodo de calificación (o de carencia), a efectos de evitar abusos.

De otro lado, según la revisión de la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, se aprecia que el análisis de su costo beneficio no contempla el impacto presupuestal que generará en ESSALUD, con lo cual se incumple lo dispuesto en el artículo 3 del Reglamento de la Ley N° 26889⁷, dado que no se permite conocer en términos cuantitativos los impactos y efectos que tiene la propuesta sobre diversas variables que afectan a los actores, la sociedad y el bienestar general.

Como complemento a lo antes señalado, debido a la naturaleza de la medida propuesta es necesario realizar un estudio actuarial que determine cuál será el impacto presupuestal en dicha entidad, de conformidad con el artículo 3-A del Decreto Legislativo N° 1171, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud y establece la realización de estudios actuariales en el régimen contributivo de la seguridad social en salud⁸.

⁶ El Tribunal Constitucional nacional se ha pronunciado estableciendo que se debe comprender como integrante del bloque de constitucionalidad a toda norma de naturaleza jurídica, que si bien ni está desarrollada por la Constitución, tiene algún tipo de jerarquía constitucional y sirva como parámetro constitucional para la toma de decisión tanto del Tribunal Constitucional como de los demás órganos jurisdiccionales. En Revista Oficial del Poder Judicial: Año 6 - 7, N° 8 y N° 9 / 2012-2013, pág. 143.

⁷ Recordemos que nos encontramos frente a una propuesta de norma de desarrollo constitucional y/o política en salud.

⁸ «Artículo 3-A.- Estudio actuarial e informe técnico del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo



«Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres»
«Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad»

3.4.2. Respeto de la «cobertura por desempleo» en el caso de la madre gestante y recién nacido

El Proyecto de Ley comentado propone la modificación del artículo 11 de la Ley N° 26790 en los siguientes términos:

«Artículo 11.- Derecho especial de cobertura por desempleo

En caso de desempleo y de suspensión perfecta de labores que genere la pérdida del derecho de cobertura, los afiliados regulares y sus derechohabientes tienen el derecho a las prestaciones de prevención, promoción y atención de la salud durante un periodo de latencia de hasta doce meses, siempre que cuenten con un mínimo de cinco meses de aportación en los últimos tres años precedentes al cese, acogándose a dos meses de periodo de latencia por cada cinco meses de aportación. El periodo de latencia para los casos de suspensión perfecta de labores será de aplicación a partir de la fecha de pérdida de derecho de cobertura.

En el caso de maternidad el periodo de latencia para las prestaciones de salud referidas al control del embarazo, atención del parto y del recién nacido continuará hasta treinta días después del nacimiento.»

En lo que concierne a este artículo, es coherente seguir la misma línea del punto anterior, con relación al cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3-A del Decreto Legislativo N° 1171, puesto que la propuesta de ampliar el derecho de cobertura por desempleo en caso de maternidad («periodo de latencia»), sin duda alguna, implica ampliar las prestaciones a cargo de ESSALUD. Por tanto, se requiere de un estudio actuarial que determine cuál será el impacto presupuestal en dicha entidad.

3.4.3. Acerca del derecho de «subsidio por maternidad y lactancia»

La propuesta legislativa pretende modificar la regulación del derecho de subsidio y lactancia, conforme al siguiente detalle:

«Artículo 12.- Derecho de subsidio

Los subsidios se rigen por las siguientes reglas:

[...]

b) Subsidios por maternidad y lactancia

b.1) Tienen derecho a subsidios por maternidad y lactancia, las afiliadas regulares en actividad que cumplan con los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 10.

La incorporación de trabajadores independientes al régimen contributivo de la Seguridad Social en Salud y la creación de un Seguro de Salud específico a cargo de EsSalud, deben cumplir previamente de manera concurrente con los siguientes requisitos que tienen carácter de condición esencial para su realización:

a) La realización previa de un estudio actuarial.

b) El informe técnico emitido por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.»



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

«Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres»
«Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad»

b.2) *La determinación del subsidio por maternidad se establece de acuerdo al promedio diario de las remuneraciones de los 12 últimos meses. Si el total de los meses de afiliación es menor a 12, el promedio se determinará en función a los que tenga la afiliada.*

No pierde el derecho al subsidio por maternidad, por no tener vínculo laboral vigente al momento del parto, la madre asegurada titular regular que hubiera tenido una afiliación de al menos 12 meses calendarios antes del inicio del descanso prenatal; a condición que durante el periodo subsidiado no realice trabajo remunerado.

b.3) *El subsidio por lactancia se otorga conforme a la normativa vigente.*

No pierde el derecho al subsidio por lactancia, por no tener vínculo laboral vigente al momento del parto, la madre asegurada titular regular que cuente con tres meses consecutivos de aportes o cuatro no consecutivos, dentro de los seis meses calendario anteriores al mes del parto.
[...]

Sobre la base de la propuesta legislativa, corresponde precisar -en líneas generales- que para la procedencia del subsidio por maternidad, así como para el subsidio por lactancia, nuestro ordenamiento jurídico⁹ presupone la existencia de un vínculo laboral vigente, dado que de éste deriva la condición de asegurado.

Desde esa premisa, en lo que respecta al «subsidio por maternidad» resulta pertinente citar el artículo 16 del Reglamento de la Ley N° 29790, según el cual las madres gestantes tienen derecho a una subvención económica con el objeto de resarcir el lucro cesante consecuencia del alumbramiento y de las necesidades de cuidado del/a recién nacido/a. La existencia de esta subvención se encuentra en línea con lo establecido en el Convenio 183 de la OIT y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). Estas normas internacionales coinciden al establecer que las mujeres en período de gestación tienen derecho a que se les otorguen prestaciones pecuniarias durante el período que se encuentren ausentes del trabajo.¹⁰

En esa línea de análisis, se sostiene que el «subsidio por maternidad», cuya *ratio legis* es sustituir la remuneración que la madre gestante deja de percibir como consecuencia del descanso médico otorgado por el parto, armoniza no solo con las disposiciones normativas de derecho interno sino con aquellas -como se señaló en el párrafo precedente- de alcance supranacional. Por tanto, es necesario tener en cuenta lo señalado, a fin de que la propuesta normativa no desnaturalice el mencionado subsidio.

De otro lado, en el caso del «subsidio por lactancia», según el literal b.3) del artículo 12 de la Ley N° 26790, éste se otorga conforme la normatividad vigente y tiene como presupuesto la existencia de un vínculo laboral. Al respecto, en el artículo 17 de su Reglamento se dispone que su otorgamiento en dinero se realiza con el propósito de contribuir al cuidado del recién nacido, entendiéndose que basta solo con que éste

⁹ De acuerdo con el literal b.1) del artículo 12 de la Ley N° 26790, tienen derecho a estos subsidios las «afiliadas regulares», es decir, aquellas que, conforme lo establece el artículo 3 del mismo cuerpo normativo, laboran bajo una relación de dependencia.

¹⁰ MOLERO, Marlene. www.enfoquederecho.com/2016/09/15/el-subsidio-por-maternidad-y-la-igualdad-de-oportunidades-entre-mujeres-y-hombres/ (Fecha de búsqueda: 17 de enero de 2019).



«Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres»
«Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad»

último sea hijo del asegurado a ESSALUD para que goce de las prestaciones de salud¹¹.

No obstante ello, al igual que en el caso de las modificaciones propuestas a la regulación del «periodo de carencia» y «periodo de latencia» antes mencionados, se considera necesario realizar un estudio actuarial conforme lo dispone el antes citado artículo 3-A del Decreto Legislativo N° 1171.

3.4.4. Sobre la atención de la madre gestante y el recién nacido afiliados al SIS

Finalmente, el artículo 3 del Proyecto de Ley propone modificar el artículo 90 del Decreto Supremo N° 008-2010-SA, Reglamento de la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, bajo los siguientes términos:

«Artículo 90.- Periodo de carencia

Las emergencias no presentan periodos de carencias en ninguno de los regímenes de financiamiento.

Las prestaciones incluidas en el PEAS no consideran periodos de carencia en el régimen subsidiado. El régimen contributivo y semicontributivo podrá considerar periodos de carencia de acuerdo a sus respectivas normas.

En los regímenes contributivo y semicontributivo del Seguro Integral de Salud (SIS) para el caso de maternidad, la atención de la asegurada será inmediata luego de su afiliación, para el control del embarazo, atención del parto y cuidados del recién nacido.»

Acerca de la incorporación del último párrafo del artículo 90 del Reglamento de la Ley N° 29344, corresponde aclarar que el SIS no contempla el «régimen contributivo» sino los regímenes semicontributivo y subsidiado, conforme lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley N° 29761, Ley del financiamiento público de los regímenes subsidiado y semicontributivo del aseguramiento universal en salud¹². Por tanto, se sugiere corregir este aspecto en el texto propuesto.

Por otro lado, no se debe perder de vista que la modificación del artículo 90 del Reglamento de la Ley N° 29344, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2010-SA, y modificado por el Decreto Supremo N° 030-2014-SA, a través de un Proyecto de Ley - en sentido estricto- no compatibiliza con lo dispuesto en el artículo 103 de la Constitución Política¹³, ya que nos encontramos frente a dos normas de distintos rangos, siendo necesario corregir este aspecto.

¹¹ Además de ello, se considera necesario realizar un estudio actuarial conforme lo dispone el antes citado artículo 3-A del Decreto Legislativo N° 1171.

¹² **«Artículo 8. Administración de los recursos destinados a los regímenes subsidiado y semicontributivo**
Los recursos destinados al financiamiento de los regímenes de aseguramiento subsidiado y semicontributivo son administrados por el Seguro Integral de Salud (SIS), en su calidad de Institución Administradora de Fondo de Aseguramiento en Salud (IAFAS), con el objeto de respaldar las obligaciones y derechos que se deriven del aseguramiento universal en salud contenido en la Ley 29344, Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, y su reglamento.»

¹³ Constitución Política del Perú
«Artículo 103.- [...] La ley se deroga solo por otra ley. [...]»



«Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres»
«Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad»

En esa línea, sobre la derogación de decretos supremos por disposición directa de una ley esta Oficina considera que si bien la ley es una norma con rango normativo superior a un decreto supremo, el Congreso de la República no tiene competencia constitucional para modificar o derogar una norma emitida por el Poder Ejecutivo.

En efecto, conforme al inciso 8 del artículo 118 de la Constitución Política del Perú, corresponde al Poder Ejecutivo la potestad de dictar decretos y resoluciones en el marco de las leyes. En ese sentido, solamente el Poder Ejecutivo tiene la potestad para modificar o derogar decretos supremos.

El Congreso de la República no puede arrogarse competencias que en virtud de la Norma Suprema corresponde a otro poder del Estado, de lo contrario se estaría socavando el principio de separación de poderes que sustenta todo Estado de Derecho.¹⁴

Ahora bien, centrándonos en el fondo de la propuesta, si para la atención de la maternidad solo bastaría la afiliación al SIS, entonces, se dejaría sin efecto el periodo de carencia regulado por esta IAFAS (1 mes), lo cual implicaría un impacto presupuestal en dicha entidad. Siendo ello así, en la Exposición de Motivos debe considerarse lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 1163, según el cual: «[E]l financiamiento del Seguro Integral de Salud (SIS) deberá estar sustentado en un estudio actuarial cuya prima incluirá, según sea el caso, el costo de la siniestralidad, el costo de adquisición, el costo administrativo y la utilidad técnica. Asimismo se establecerán las reservas técnicas respectivas.».

Además de lo anterior, considerando que el SIS es un organismo público adscrito al Ministerio de Salud¹⁵, se recomienda solicitar la opinión correspondiente a este ministerio respecto de la viabilidad de esta propuesta normativa.

4. CONCLUSIÓN:

En virtud de todo lo antes expuesto, esta Oficina General considera que el Proyecto de Ley remitido en consulta no resulta viable.

5. RECOMENDACIÓN:

Se recomienda remitir el Proyecto de Ley al Ministerio de Salud, a fin de que, en atención a lo señalado en el punto 3.4.4. del presente informe, emita opinión en el marco de sus competencias.

¹⁴ Informe N° 1188-2017-MTPE/4/8 elaborado por la Oficina General de Asesoría Jurídica.

¹⁵ Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Salud, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2017/MINSA, y sus modificatorias, prevé con relación a este punto lo siguiente:

«Artículo 136.- Organismos Públicos y Programas

El Ministerio de Salud cuenta con los siguientes organismos públicos adscritos:

136.1. El Ministerio de Salud cuenta con los siguientes organismos públicos adscritos:

a) Instituto Nacional de Salud.

b) Seguro Integral de Salud.

c) Superintendencia Nacional de Salud.

136.2. [...]» (Énfasis agregado)



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

«Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres»
«Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad»

Es todo cuanto informo a usted para los fines que considere pertinentes.

Atentamente,

César David Ojeda Quiroz
Abogado

Oficina General de Asesoría Jurídica

Lima, 18 ENE. 2019

Con la conformidad del funcionario que suscribe, remítase el presente informe, así como sus antecedentes al Gabinete de Asesores del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

Atentamente,

C.C. Secretaría General

VICTORIA ROSAS CHÁVEZ
Jefa
Oficina General de Asesoría Jurídica