

Carta N° 239-2024/DE/COMEXPERU

Lima, 10 de septiembre de 2024

Congresista
LADY CAMONES
Presidenta de la Comisión de Presupuesto y
Cuenta General de la República
Congreso de la República
Presente. -

Ref.: Proyecto de Ley N° 8511/2024-PE

De nuestra consideración:

Es grato saludarla y dirigirnos a usted para informarle que desde la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – ComexPerú estamos firmemente comprometidos con impulsar políticas públicas a través de propuestas basadas en evidencia y con solidez técnica, orientadas a preservar la credibilidad e independencia que hemos construido a lo largo de nuestra vida institucional. Por ello, nuestras acciones están enmarcadas en la defensa de principios y no en intereses particulares, convencidos de que esta es la manera como el sector empresarial debe contribuir con el desarrollo del país. Desde ComexPerú nos ponemos a su disposición para aportar en los temas y proyectos que se vean en su Comisión.

En esta oportunidad, hacemos de su conocimiento la posición de ComexPerú sobre el proyecto de ley de la referencia (en adelante, “el Proyecto”), que propone implementar y fortalecer las boticas públicas FarmaMinsa a nivel nacional.

Al respecto, manifestamos nuestra preocupación por las disposiciones del Proyecto, las cuales contienen imprecisiones que podrían dar lugar a supuestos en los que se desconoce el régimen aplicable a la actividad empresarial estatal. En ese sentido, presentamos las siguientes observaciones al Proyecto:

- El Proyecto contiene imprecisiones que no detallan la naturaleza del fortalecimiento de la estrategia de boticas públicas FarmaMinsa: no se indica si aplicarán a las oficinas farmacéuticas de titularidad pública o también a las de titularidad privada.
- La redacción del Proyecto promovería que los establecimientos FarmaMinsa realicen actividad empresarial estatal, sin observar los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

Sin otro particular, nos valemos de la ocasión para reiterarle nuestra especial consideración y estima personal.

Atentamente,

Jaime Dupuy Ortiz de Zevallos
Director Ejecutivo



OPINIÓN LEGAL

PROYECTO DE LEY N° 8511/2024-PE

PROYECTO DE LEY QUE PROPONE IMPLEMENTAR Y FORTALECER LAS BOTICAS PÚBLICAS FARMAMINSA A NIVEL NACIONAL.

1. El Proyecto contiene imprecisiones que no detallan la naturaleza de la estrategia de boticas públicas “FarmaMinsa”

El numeral 3.1 del artículo 3 del Proyecto indica que “se consideran Boticas públicas FARMAMINSA” (Sic.) a las oficinas farmacéuticas en los términos del Decreto Supremo 014-2011-SA (Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos).

De la revisión del referido reglamento, uno advierte que las “oficinas farmacéuticas” son establecimientos que pueden ser de titularidad pública o privada. La imprecisión radica en que el Proyecto no ha indicado si la estrategia es aplicable únicamente a los establecimientos farmacéuticos de titularidad pública o también a los de titularidad privada. Con ello, consideramos que esta imprecisión podría traer dos escenarios posibles:

1. La estrategia únicamente aplicará a las oficinas farmacéuticas de titularidad pública.
2. La estrategia también aplicaría a las oficinas farmacéuticas de titularidad privada.

La redacción propuesta conlleva a una incertidumbre en la aplicación de la norma, lo que compromete su eficacia y la intención detrás de esta iniciativa legislativa, que es procurar el acceso a medicamentos por parte de personas de escasos recursos.

2. La actividad empresarial estatal y los límites previstos en la Constitución Política del Perú y la legislación vigente.

De la lectura del Proyecto, se aprecia que se pretende “contribuir con el acceso oportuno a productos farmacéuticos y dispositivos médicos esenciales, seguros, eficaces, de calidad y a costo asequible a la población”. Ello muestra que la estrategia consiste en que las boticas públicas “FarmaMinsa” ofrecerán a la población medicamentos a bajo precio. De hecho, se indica que parte de los recursos que financiarán esta estrategia provienen de los ingresos generados por estos establecimientos por la venta de productos farmacéuticos y dispositivos médicos.

Como se puede observar, la norma está facultando a las boticas públicas “FarmaMinsa” a ofrecer productos (medicamentos y dispositivos médicos) en el mercado a cambio de una contraprestación (un pago). De la lectura de la Exposición de Motivos del Proyecto, se expresa que la iniciativa sería de naturaleza asistencial, por lo que no calificaría como empresarial.

No obstante, el Proyecto contiene imprecisiones que dejan la puerta abierta a que las boticas públicas “FarmaMinsa” puedan realizar actividad empresarial. Se menciona que, como parte de la estrategia, se proporcionarán “medicamentos y dispositivos médicos esenciales” a costo asequible, sin indicación de los ítems que comprenden la categoría de “medicamentos y dispositivos médicos esenciales”, ni la indicación referida a de qué manera esta actividad resultaría ser asistencial, cuyo carácter sería validado por la autoridad correspondiente en su oportunidad.

La única referencia al carácter asistencial de la actividad y a los productos que conformarían la categoría de “medicamentos y dispositivos médicos esenciales” se hace en la Exposición de Motivos, en donde se indica que los medicamentos esenciales que se distribuirán son “un grupo de medicamentos esenciales contenidos en el Petitorio Nacional Único de Medicamentos Esenciales”¹ y en el “Petitorio Nacional Único de Dispositivos Médicos Esenciales”², tomando como referencia la Ley 29459, Ley de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios.

Sin embargo, como se sabe, la Exposición de Motivos no forma parte del texto final de la norma. Causa extrañeza que, pese a indicarlo en la Exposición de Motivos, el Proyecto no contenga esta precisión, la cual sería esencial para delimitar la actuación asistencial de la actividad empresarial. Ello, más aún, cuando los artículos 27 y 28 de la Ley 29459, indican que como parte de los fundamentos básicos del acceso universal está el de promover el uso de los medicamentos y dispositivos médicos que forman parte del correspondiente Petitorio Nacional Único, lo cual podría ser un elemento para considerar por la autoridad competente encargada de analizar si determinada actividad económica califica como empresarial.

Así las cosas, el Proyecto, tal como está redactado, da pie a que los diversos productos que venda una oficina farmacéutica de titularidad pública sean parte de la categoría “medicamentos y dispositivos médicos esenciales” sin que lo sean, con lo cual se podría estar promoviendo la realización de actividad empresarial contraria a lo previsto en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú.

Esta previsión se fundamenta en el deber constitucional de proteger la libre iniciativa privada y garantizar una libre y leal competencia. Los agentes económicos privados tienen plena libertad para operar en distintos mercados. A mayor número de agentes, mayor es la competencia, lo que incentiva la diferenciación mediante la innovación en procesos productivos, la mejora de la calidad, entre otros beneficios. Esta dinámica competitiva también lleva la asunción de riesgos económicos, incluyendo posibles pérdidas, inherente a la actividad empresarial.

Si el Estado participa como un agente económico en un mercado competitivo, no lo hace bajo las mismas condiciones de riesgo que los privados. Al tener acceso a los recursos fiscales provenientes de los impuestos de los contribuyentes, sostiene su actividad empresarial con financiamiento prácticamente ilimitado, lo que le permitiría ofrecer productos a precios más bajos que los agentes privados. Esto evidenciaría un quiebre de la competencia, pues forzaría a los privados a retirarse del mercado al no poder igualar esas condiciones.

En esa línea, la normativa vigente establece que toda actividad empresarial estatal que no cumpla con los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución será un acto de competencia desleal en la modalidad de violación de normas, previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal. Dicha infracción es sancionable por el Indecopi, a través de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en primera instancia administrativa) y por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en segunda y última instancia administrativa).

¹ Ver Exposición de Motivos, página 6.

² Ver Exposición de Motivos, página 8.



La Sala, en el año 2010, emitió la Resolución 3134-2010/SC1-INDECOPI, en donde estableció los criterios interpretativos aplicables a los procedimientos por realización de actividad empresarial estatal presuntamente contrarios al artículo 60 de la Constitución. En ellos, se indicó que esta actividad debe reunir los siguientes requisitos:

1. Ser autorizada expresamente por una norma aprobada por el Congreso de la República. La autorización no puede ser tácita, analógica ni extensiva.
2. Ser económicamente subsidiaria. Ello quiere decir que no exista oferta privada suficiente, de acuerdo con el análisis propuesto en la resolución del Indecopi.
3. Contar con una justificación sustentada en alto interés público o manifiesta conveniencia nacional. Dicha justificación debe estar plasmada en la ley que autoriza la actividad empresarial.

Como puede advertirse, el Proyecto bajo comentario no cumple con ninguno de estos requisitos. En primer lugar, no se autoriza expresamente a la comercialización de medicamentos o dispositivos médicos que no estén fuera de los Petitorios Nacionales Únicos, sino que esta autorización es tácita. De otro lado, la Exposición de Motivos no realiza un análisis económico de la oferta privada existente, con miras a concluir que esta resulta insuficiente. De hecho, se limita a indicar que esta estrategia no supone la realización de actividad empresarial estatal (pese a que la fórmula legal empleada lo permite tácitamente, tal como lo hemos explicado previamente). Finalmente, el Proyecto no menciona de forma expresa de qué manera esta autorización (tácita) responde a una razón de alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

No cabe duda de la intención del Proyecto y de los loables objetivos que persigue. Sin embargo, es importante señalar que estos objetivos, por sí solos, no justifican la realización de actividad empresarial estatal. Además, tal como se presentan en el Proyecto, podrían contravenir lo establecido en el artículo 60 de la Constitución.

Por lo anterior, sugerimos respetuosamente el archivamiento del Proyecto, o en todo caso, que se reconsidere la fórmula legal propuesta, de modo que no permita un escenario en el que se realice actividad empresarial estatal contrariamente a lo dispuesto en la Constitución.

Sin otro particular, nos valemos de la ocasión para expresarle nuestra especial consideración y estima personal.

Atentamente,

Jaime Dupuy Ortiz de Zevallos
Director Ejecutivo