

Carta N° 190-2025/DE/COMEXPERU

Lima, 02 de julio del 2025

Señor congresista

ISAAC MITA ALANOCA

Presidente de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos

Congreso de la República del Perú

Presente. -

Ref.: Proyecto de Ley 11430/ 2024-CR

De nuestra consideración:

Es grato saludarlo y dirigirnos a usted a nombre de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú –ComexPerú, una organización privada que busca contribuir en la implementación de políticas públicas, con una visión de defensa de principios por sobre intereses particulares, teniendo como objetivo mejorar la calidad de vida del ciudadano. Nuestro trabajo se basa en análisis objetivos, rigurosos y sólida evidencia técnica. Desde ComexPerú nos ponemos a su disposición para aportar en los temas y proyectos que se vean en su Comisión.

En esta oportunidad, trasladamos nuestros comentarios respecto del Proyecto de Ley 11430/2024-CR (en adelante, el Proyecto) que propone, fortalecer el control de la posición de dominio de mercado en las compras públicas en salud.

La iniciativa legislativa, si bien busca proteger el mercado en las compras públicas de productos farmacéuticos y dispositivos médicos, vulnera las garantías del debido procedimiento administrativo y afecta la reputación de los proveedores al permitir su incorporación en un registro de infractores sin haberse agotado las vías impugnatorias. De igual forma, propone mecanismos de control de mercado que, en principio, no ofrecen una solución a las problemáticas del sistema de compras en el sector salud. Por ello, presentamos nuestros comentarios en el Anexo adjunto, los cuales se resumen a continuación:

- El Proyecto propone establecer inhabilitaciones y afectaciones a la reputación de los agentes económicos que son sancionados por la autoridad de competencia (el Indecopi) en primera instancia (sin que el pronunciamiento sea firme), ignorando garantías inherentes a los procedimientos administrativos, como el derecho a recurrir las decisiones y el derecho a la defensa.
- El Proyecto propone eliminar el recurso de casación en procesos contencioso-administrativos sin sustentar la razón por la cual correspondería restringir el acceso a dicho recurso. Ello reviste de mayor gravedad considerando que la casación es esencial para garantizar la legalidad y la uniformidad jurisprudencial.
- El Proyecto confunde las prácticas colusorias previstas en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1034, con la práctica de posición de dominio, equiparándolas a pesar de que tienen naturaleza distinta y un consecuente análisis especial y diferenciado, a cargo del Indecopi.

- El mercado de compras públicas de productos farmacéuticos y dispositivos médicos adolece de diversas problemáticas que afectan el acceso oportuno de la ciudadanía a estos productos. Un ejemplo de ello es la falta de mecanismos de colaboración público-privada para mejorar la cadena de frío, o la actual falta de pago de acreencias por parte de EsSalud. El Proyecto no ha previsto mecanismos para resolver estas problemáticas.

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para expresarle los sentimientos de mi especial consideración.

Atentamente,

Jaime Dupuy Ortiz de Zevallos
Director Ejecutivo

OPINIÓN LEGAL

PROYECTO DE LEY N° 11430/ 2024-CR

PROYECTO DE LEY QUE FORTALECE EL CONTROL DE LA POSICIÓN DE DOMINIO DE MERCADO EN LAS COMPRAS PÚBLICAS EN SALUD

1. El Proyecto vulnera garantías del procedimiento administrativo al imponer sanciones e inhabilitaciones con resoluciones de primera instancia.

El Proyecto tiene por finalidad reprimir las conductas anticompetitivas que distorsionan el mercado de las contrataciones públicas en el sector salud. Esta iniciativa legislativa contempla la incorporación de nuevos impedimentos para contratar, así como la implementación de un sistema que permita determinar los niveles de concentración del mercado, a fin de que dicha información sirva para establecer estrategias en los procesos de contratación pública.

Se pretende modificar la Ley General de Contrataciones Públicas, estableciendo el impedimento de contratar con aquellos proveedores que cuentan con resolución final de primera instancia. De igual modo, se busca modificar el mecanismo de valoración de la reputación de los proveedores, incorporando como nuevo supuesto de impedimento el hecho de haber sido sancionados en primera instancia por incurrir en acuerdos o prácticas anticompetitivas. Esta situación afecta directamente al administrado, toda vez que se vulneran principios fundamentales como el debido procedimiento, el derecho a interponer recursos administrativos, el derecho a la doble instancia y la tutela jurisdiccional efectiva.

Estas disposiciones se dirigen específicamente a los casos que involucren productos farmacéuticos o dispositivos médicos. Ello incide directamente en la posibilidad del administrado de interponer los recursos administrativos correspondientes antes de que se apliquen las mismas consecuencias que las previstas para una resolución firme. Por tanto, la solución no consiste únicamente en la expedición de un reglamento complementario que establezca eventuales medidas compensatorias, sino en una adecuada regulación que no afecte los derechos de los administrados.

El derecho a la salud y la protección al mercado no deben alcanzarse a costa de restringir las garantías fundamentales de los administrados en sede administrativa. Entre ellas se encuentra el respeto al debido procedimiento, previsto en la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), norma que establece que no se puede imponer sanción alguna mientras no se haya tramitado el procedimiento correspondiente, con pleno respeto a las garantías que este conlleva. Este principio ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N.º 02678-2004-AA/TC, en la cual se precisa que el derecho al debido procedimiento no solo rige para la función jurisdiccional, sino también para los procedimientos administrativos.

Asimismo, la propuesta legislativa vulnera el derecho a los recursos administrativos y a la doble instancia, al permitir que el administrado sea sancionado antes de contar con una resolución firme. La LPAG establece expresamente que un acto administrativo adquiere firmeza únicamente cuando ya no pueda ser objeto de recurso. El objetivo de esta disposición es garantizar que la autoridad administrativa determine de manera definitiva si el administrado incurrió en una infracción, evitando así la imposición de sanciones arbitrarias o prematuras.

Finalmente, esta reforma implica una afectación a la tutela jurisdiccional efectiva en su dimensión formal, pues el administrado se vería obligado a acudir a las instancias revisoras en condición de sancionado, con una presunción de culpabilidad ya impuesta por la autoridad administrativa. Ello constituiría una afectación directa al principio de presunción de inocencia que ampara a todo administrado, conforme al marco constitucional y a la legislación administrativa vigente. Antes de declarar la responsabilidad administrativa e imponer una sanción, resulta necesario agotar los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico, a fin de garantizar una decisión firme y respetuosa del debido procedimiento.

La imposición de sanciones, debido a la sola emisión de sanciones en primera instancia, sin haber culminado el procedimiento administrativo, podría generar no solo un perjuicio económico para el actor involucrado, sino también un impacto negativo en el propio Estado. Ello a que limitaría las alternativas de aprovisionamiento en un sector sensible como lo es el farmacéutico o de dispositivos médicos, sobre la base de un procedimiento administrativo que no observó las formalidades esenciales, el Estado podría verse privado de una fuente legítima de abastecimiento, afectando el interés público.

2. El Proyecto quiere invalidar el recurso de casación para los procesos de compras de productos farmacéuticos o dispositivos médicos

El Proyecto plantea, entre otras disposiciones, la modificación del artículo 9 de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, a fin de excluir la posibilidad de interponer el recurso de casación contra resoluciones emitidas en grado de apelación por la Corte Suprema de la República. Según se desprende de la exposición de motivos, esta exclusión se justificaría en el hecho de que dicho recurso no se encuentra expresamente previsto en la Constitución Política ni en tratados internacionales sobre derechos humanos. Sin embargo, no indica cuál sería la razón para limitar el acceso a este recurso en este tipo de casos.

El recurso de casación cumple una función esencial dentro del sistema de justicia, en tanto constituye un mecanismo de control de legalidad que permite verificar si la norma jurídica sustantiva ha sido correctamente aplicada por los tribunales. Su naturaleza no se limita a una cuestión meramente formal, sino que garantiza la uniformidad de la jurisprudencia, el respeto al debido proceso y, en última instancia, la emisión de una sentencia justa conforme al derecho vigente y sus interpretaciones. La posibilidad de acceder a este recurso no puede ser considerada una carga procesal innecesaria, sino una garantía indispensable dentro de un Estado Constitucional de Derecho.

No obstante, si la finalidad del Proyecto es evitar dilaciones indebidas que puedan obstaculizar la ejecución oportuna de sanciones administrativas, dicha preocupación no debe resolverse mediante la eliminación de garantías procesales, como lo es el derecho a impugnar resoluciones a través de un recurso de casación. En todo caso, el mecanismo adecuado sería implementar medidas alternativas que permitan asegurar el cumplimiento de la eventual sanción, sin afectar el acceso a un recurso efectivo. Una de estas medidas podría consistir en el establecimiento de una caución, es decir, un pago preventivo que se haría exigible en caso de incumplimiento, sin impedir que el administrado pueda ejercer su derecho a cuestionar la legalidad o interpretación del derecho.

3. El Proyecto propone determinar la contratación a razón del índice de mercado, pero no se contemplan medidas para dinamizar las contrataciones ni el acceso a este mercado

El Proyecto busca analizar la interacción del mercado y por lo mismo, establecer estrategia en la fase de contratación teniendo como parámetros la competitividad y el grado de concentración del mercado, en este caso, de productos farmacéuticos o dispositivos médicos.

En su exposición de motivos, sostiene que la empresa Medifarma ostentaba una posición de dominio en el mercado, lo cual se presenta como una justificación para reforzar el mecanismo de inhabilitación en casos de prácticas colusorias, específicamente en el contexto de licitaciones públicas en el sector farmacéutico. Sin embargo, tal afirmación carece de sustento técnico, como explicamos a continuación.

Además de la falta de aplicación de los criterios para determinar la posición de dominio (previstos en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas), incluso en el supuesto de que una empresa ostentase posición de dominio en el mercado relevante determinado, ello no constituye una infracción. La propia normativa antes mencionada lo establece expresamente en su artículo 7 inc.2. Por tanto, tampoco justifica el establecimiento de restricciones adicionales como las propuestas en el Proyecto.

Esta imprecisión técnica se hace más relevante cuando se proponen mecanismos vinculados a prácticas colusorias horizontales, y el sustento del Proyecto está referido a presuntas prácticas de abuso de posición de dominio. Estas prácticas son de diferente naturaleza y tienen metodologías de evaluación distintas.

Por el lado de la práctica de abuso de posición de dominio (señalado en el Proyecto como sustento para las medidas propuestas), esta implica que un agente económico que ostente posición de dominio, de forma unilateral, realice conductas que excluyan del mercado a competidores reales, potenciales, directos e indirectos. La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas sanciona únicamente aquellos casos en donde (luego de acreditar la posición de dominio, la relación de competencia entre el dominante y los afectados, y de verificar la práctica imputada) las justificaciones presentadas por el imputado.

Por su parte, las prácticas colusorias consisten en que dos o más agentes económicos (sin importar si ostentan o no posición de dominio) coludan o coordinen prácticas para falsear o impedir la competencia. Cuando se trata de prácticas en la modalidad de licitaciones colusorias (en donde los agentes coordinan para no competir en licitaciones públicas), la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas sanciona sin que se permita una justificación por parte de los imputados.

Actualmente la normativa peruana ha sido aplicada por el Indecopi en casos emblemáticos de licitaciones colusorias en el sector salud, como el de licitaciones en el mercado de oxígeno medicinal y el de licitaciones para brindar el servicio de hemodiálisis. Por tanto, no existe una problemática que sustente mayores restricciones como las planteadas en el Proyecto.

De otro lado, en el Proyecto se propone la utilización del Índice de Herfindahl-Hirschman (IHH) como herramienta para determinar la existencia de posición de dominio en el mercado por parte de determinados proveedores y establecer los mecanismos de contratación pertinentes. Si bien saludamos el hecho de que se busque contar con un parámetro objetivo para la medición de los índices de concentración en el mercado, este resulta insuficiente si no existen mecanismos para promover el acceso de nuevos proveedores, dinamizando aún más la competencia en el sector.

Un mecanismo es la identificación de las barreras a la entrada, y la coordinación con las autoridades competentes para disponer su eliminación¹.

En esa línea, si el objetivo principal es establecer un marco normativo que garantice que los productos farmacéuticos y los dispositivos médicos cumplan con los estándares necesarios para no poner en riesgo la salud pública, resulta fundamental enfocar adecuadamente el diagnóstico del problema. La exposición de motivos toma como fundamento el caso Medifarma para justificar la iniciativa legislativa; sin embargo, el problema no radica en identificar qué empresa ostenta una mayor posición de dominio en el mercado, sino en evaluar la capacidad técnica e institucional del organismo competente para regular y fiscalizar eficazmente los productos médicos, asegurando así la calidad requerida para su comercialización.

En este contexto, frente a las graves deficiencias estructurales y operativas que presenta actualmente la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIGEMID), se han propuesto diversas alternativas de solución. Entre ellas, la que ha cobrado mayor relevancia es la creación de la Autoridad Nacional de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios (APEMED). Si bien esta propuesta requiere una profunda reestructuración organizativa que garantice la independencia funcional y técnica del nuevo organismo, así como un análisis riguroso sobre los recursos que se le asignarán y las competencias que ejercerá, constituye un avance importante hacia una reforma integral del sistema.

La implementación de APEMED representa un planteamiento necesario para afrontar la crisis del sector farmacéutico en el país, ya que permitiría contar con una entidad especializada, con capacidad real para regular, supervisar y sancionar eficazmente el incumplimiento de los estándares sanitarios, en beneficio del derecho a la salud de la población.

Por encargo de ComexPerú, se llevó a cabo un estudio sobre la situación actual del sistema de salud en el Perú. Como resultado, se evidenció que tanto EsSalud como el Ministerio de Salud presentan una alta rotación de funcionarios, registrándose una duración promedio de gestión de entre cuatro y cinco meses. Esta situación dificulta la continuidad y a la adecuada implementación de las políticas públicas en materia de salud.

De igual forma, en lo que respecta al financiamiento del gasto público en salud, se concluyó que la inversión es reducida, con un gasto per cápita de S/ 523, cifra significativamente inferior a países de la región como Colombia y Chile, donde el gasto per cápita alcanza los S/ 1 248 y S/ 1 679, respectivamente.

En cuanto a los establecimientos de salud, resalta un alto porcentaje de carencia en infraestructura y equipamiento adecuado. En particular, más del 97,7% de los establecimientos de primer nivel de atención no cumplen con las condiciones necesarias para una prestación óptima. Por otro lado, en lo que respecta al abastecimiento de insumos, dos de cada cinco establecimientos de primer y segundo nivel no disponen de medicamentos esenciales, esta situación propicia a que la población prefiera acudir a las farmacias o al sector privado, sobre los servicios ofrecidos por EsSalud.

En esa misma línea, conforme se ha reportado en el [Semanario 1259](#), publicación de ComexPerú, existe un creciente descontento y desconfianza por parte de los ciudadanos

¹ Por ejemplo, a través de la aplicación del mecanismo de eliminación de barreras burocráticas, previsto en el Decreto Legislativo 1256 y aplicado por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, y la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas en segunda y última instancia administrativa.

respecto al sistema de salud peruano, especialmente en lo que concierne a EsSalud, debido a las demoras en la atención médica, que superan en promedio los ocho días de espera. Esta situación genera un rechazo hacia los servicios brindados, lo que motiva a muchos asegurados a optar por no atenderse en los establecimientos de la seguridad social.

En ese contexto, una de las principales recomendaciones es avanzar con la separación de funciones mediante la clasificación de los procesos misionales del aseguramiento, así como exigir una diferenciación contable clara entre las funciones de las Instituciones Administradoras de Fondos de Aseguramiento en Salud (IAFAS) y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPRESS). Esta separación permitiría que cada entidad opere con roles, presupuestos y estructuras independientes, lo que contribuiría a mejorar significativamente la eficiencia, supervisión y calidad de los servicios prestados. No obstante, dicha implementación aún no se concreta.

4. Conclusiones:

En atención a lo expuesto, solicitamos respetuosamente modificar aspectos del Proyecto 11430, resumiendo nuestros cometarios en los siguientes puntos:

- El Proyecto propone establecer inhabilitaciones y afectaciones a la reputación de los agentes económicos que son sancionados por la autoridad de competencia (el Indecopi) en primera instancia (sin que el pronunciamiento sea firme), ignorando garantías inherentes a los procedimientos administrativos, como el derecho a recurrir las decisiones y el derecho a la defensa.
- El Proyecto propone eliminar el recurso de casación en procesos contencioso-administrativos sin sustentar la razón por la cual correspondería restringir el acceso a dicho recurso. Ello reviste de mayor gravedad considerando que la casación es esencial para garantizar la legalidad y la uniformidad jurisprudencial.
- El Proyecto confunde las prácticas colusorias previstas en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 1034, con la práctica de posición de dominio, equiparándolas a pesar de que tienen naturaleza distinta y un consecuente análisis especial y diferenciado, a cargo del Indecopi.
- El mercado de compras públicas de productos farmacéuticos y dispositivos médicos adolece de diversas problemáticas que afectan el acceso oportuno de la ciudadanía a estos productos. Un ejemplo de ello es la falta de mecanismos de colaboración público-privada para mejorar la cadena de frío, o la actual falta de pago de acreencias por parte de EsSalud. El Proyecto no ha previsto mecanismos para resolver estas problemáticas.