

# TADAEEL

Taller de Derecho Administrativo

— Eduardo Laferrière —



Desde el 2008

## Un bicentenario buscando culpables: Entre fallas de Estado, intereses privados y falsas concepciones acaecidas durante la pandemia de COVID-19

TADAEL

Taller de Derecho Administrativo

— Eduardo Laferrière —

Desde el 2008

No resulta extraño, con énfasis durante el año pasado, escuchar reiteradamente que la pandemia de COVID-19 desnudó las carencias del Perú en casi todos los sectores. El más importante, por su obvia necesidad, y sugestivo es el sector salud —al margen de distintas opiniones con clara predilección por el sector económico, postura ampliamente debatible—.

Haciendo un breve recuento, el 6 de marzo de 2020 nos encontrábamos observando por todos los medios de comunicación el primer caso de COVID-19, el esperado paciente cero, tal vez con cierta esperanza de que la pandemia sería un acontecimiento fútil y de rápido término.

El Perú contaba para entonces con un aproximado de 2.3 camas UCI por cada 100 000 habitantes, un aproximado de 736 [1], de esta manera nuestro competidor directo era la India, que presentaba 2 camas UCI por la misma cantidad de habitantes [2]. La situación, evidentemente, se agravó hasta un punto deleznable. Para agosto de 2020 ya éramos el país con mayor tasa de mortalidad per cápita del mundo por COVID-19 [3] —puesto que se perdió en los meses siguientes debido a que el número oficial de muertos por COVID-19 no representaba la verdadera cifra del país, como explicaré en el último acápite—.

En ese contexto se presentó la escasez del oxígeno medicinal, el aumento repentino de los precios de distintos productos necesarios para afrontar la pandemia —entre ellos los medicamentos para el tratamiento del COVID-19 [4]— y la promulgación de la Ley N° 31040, sobre el abuso del poder económico, acaparamiento, especulación y adulteración. ¿Existirán intereses distintos al del interés general en ellos? Alcanzaré breves reflexiones sobre dichos sucesos.

La escasez del oxígeno medicinal fue ocasionado, paradójicamente, por el Minsa, debido a su Resolución Ministerial N° 062-2010-MINSA que exigía una concentración del 99-100% para el oxígeno medicinal —cuando antes se ordenaba una concentración no menor al 93%—; sin tener en cuenta los parámetros y recomendaciones que indicaban las guías clínicas de distintos países y organismos internacionales. Dicha Resolución fue firmada por Óscar Ugarte Ubilluz —actual ministro de salud— durante el gobierno de Alan García, [5].



Escribe:

**Juan Andrés,  
Fernández  
Pacherras**

Estudiante del cuarto año de  
Derecho en la UNMSM  
Coordinador Académico  
del Taller de Derecho  
Administrativo Eduardo  
Laferrière - TADAEL

En el año 2020, el señor Ugarte admitió que dicha resolución fue un error porque hubo empresas que se beneficiaron indebidamente, afirmando que no se conocía el mercado de ese rubro y que no se encontraba claro, a nivel internacional, cuáles eran los estándares. Además, el cambio de la concentración fue con base en un informe técnico que vino de una gestión anterior a la suya, especulando así, que tal vez detrás de dicho informe técnico ya existían intereses [6].

Lo que resulta ampliamente cuestionable es que en el año 2010 se dio la decisión de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en la cual sancionaban a Praxair Perú S.R.L., Aga S.A. y Messer Gases del Perú S.A. por repartirse el mercado en los procesos de selección convocados por el EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso, a nivel nacional, durante el periodo comprendido entre enero de 1999 y junio de 2004, con una sanción total de 5749.7 UIT.

En aquella resolución la data económica sobre la participación y concentración de mercado, según los volúmenes adquiridos por EsSalud, demostraban que se encontraban en un mercado altamente concentrado, contando con un HHI de 5837.87 en promedio entre los años 1999 y 2006 [7]. Recién el año pasado la Corte Suprema de Justicia ratificó la sanción impuesta por el Indecopi [8].

Acaece pues, que este es un claro ejemplo en donde se buscan culpables, ya que sin mediar la injerencia privada o política para la variación de la concentración no existirían posibilidades en donde el funcionario por voluntad propia decida modificar la normativa, salvo una excepción, en donde la modifique con base en una ignorancia supina sobre el tema, cuestión que no creemos en absoluto.

Con respecto al incremento de precios de medicamentos para el tratamiento del COVID-19, existe un hecho sugerente y poco comentado, la compra del 100% de acciones de Quicorp por parte de InRetail Perú, perteneciente al grupo Intercorp. Gracias a ello representaban el 83% de las cadenas de boticas del país. Según José Távara, “desde que Indecopi sancionó a las cadenas de farmacia por concertar precios, estas iniciaron un extenso proceso de fusiones y adquisiciones que acaba de alcanzar su punto más alto con el dominio de Inkafarma, es decir, para evitar sanciones por concertación, se logró la concentración” [9].

Ante ello, se debe considerar que el país no poseía una ley sobre el control de concentraciones empresariales —salvo la excepción del sector eléctrico—, pues siempre existieron opiniones en contra de tal régimen de control de concentraciones, v. gr., en abril de 2012, el congresista Jaime Delgado presentó un Proyecto de Ley en el que se propone un sistema de notificación obligatoria en donde las firmas, cuyas ventas sobrepasen determinado umbral, deberán solicitar la autorización de Indecopi para llevar a cabo cualquier operación de concentración [10]. Finalmente, dichos proyectos no llegaron a concretizarse hasta el año 2019 —con el Decreto de Urgencia N° 013-2019, y actualmente con la Ley N° 31112—.

¿Por qué tardó demasiado la llegada de un régimen de control de concentraciones? Más

allá de las primeras opiniones de algunos especialistas peruanos en la materia —que se manifestaban en contra del control de concentraciones—, la Confiep y el Ministerio de Economía y Finanzas (en adelante, MEF) se opusieron férreamente a tal régimen, a pesar de que ya hace muchos años era aceptado y promovido a nivel internacional, según José Távara, incluso recomendado por el Banco Mundial [11].

Aunado a ello, en el Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 5913/2020-CR también se observa la disconformidad de la Sociedad de Comercio Exterior del Perú – COMEX Perú y del MEF [12]. Los intereses de la Confiep ya los conocemos, pero ¿cuáles son los verdaderos intereses del MEF?

El último suceso para comentar es sobre la Ley N° 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración.

Sin entrar en cuestiones específicas —las cuales el Indecopi ya se pronunció mediante su Informe sobre la Ley 31040, a propósito del requisito de decisión previa y firme, sus conflictos con el Programa de Clemencia, entre otros temas— y sin el ánimo de otorgar una opinión exhaustiva —pues el tema da mucho para discutir, sobre todo por la pésima técnica legislativa [13]—, esta ley difícilmente llegará a tener efectividad en la realidad, en los extremos del abuso del poder económico, del acaparamiento y en la especulación, pues para determinar que un hecho esté relacionado al supuesto de hecho de la norma, se necesita de un equipo mínimamente conocedor del Derecho de la Competencia.

Tomando como referencia el equipo de la agencia de competencia en el Perú —el Indecopi—, cabe recalcar que este no solo se encuentra conformado por abogados especializados en la materia, sino por economistas especializados, de manera que nos encontramos en un área altamente técnica.

Situación contraria al que se encuentra el Ministerio Público, en donde muy posiblemente no se tengan los recursos para asegurar el cumplimiento de dicha ley, pues se necesitaría el equipo técnico y el tiempo necesario, tomando en consideración la carga laboral que poseen. Cuestiones que pueden ser reversibles. Por lo que, de momento, resulta más conveniente que el Indecopi siga con la tutela que le compete en dichos ámbitos —como lo sigue realizando—.

Por ende, consideramos que esta ley termina siendo una ficción —en los extremos indicados—, y responde a un tiempo y sucesos determinados, en este caso la pandemia y los precios excesivos; por lo cual, ante los vagos y frívolos análisis costo beneficio —que bordean lo risible— presentadas en los proyectos de ley que se acumulan para la Ley N° 31040 [14], esta ley puede ser catalogada de populista, pues no soluciona el problema que contempla, sino solo apacigua —falsamente— el justo y desatendido clamor popular.

Finalmente, al terminar de escribir estas líneas, el Perú volvió a ser el país con la mayor tasa de mortalidad per cápita, 586.4 muertes por cien mil habitantes al 22 de junio de 2021 [15] [16]. Situación que recién se conoce por las cifras actualizadas el pasado 22 de

mayo, que contabilizó más de 180 000 muertos [17]. No encuentro motivos para festejar el bicentenario, pero sí —y vaya que sobran— para repensar nuestras acciones.

## Referencias

[1] Gestión. (16 de diciembre de 2020). COVID-19: ¿Cuántas camas UCI disponibles hay a nivel nacional?. Disponible en:

<https://gestion.pe/peru/politica/covid-19-cuantas-camas-uci-disponibles-hay-a-nivel-nacional-nczg-noticia/>

[2] El Orden Mundial. (30 de marzo de 2020). ¿Cuántas camas UCI tiene cada país?. Disponible en:

<https://elordenmundial.com/mapas/cuantas-camas-uci-tiene-cada-pais/>

[3] DW – Made for minds. (27 de agosto de 2020). Por qué la pandemia de coronavirus está siendo tan mortal en Perú. Disponible en:

<https://www.dw.com/es/por-qu%C3%A9-la-pandemia-de-coronavirus-est%C3%A1-siendo-tan-mortal-en-per%C3%BA/a-54722046>

[4] Ojo público. (19 de mayo de 2020). Precios de medicamentos para Covid-19 se incrementan en boticas hasta en doce veces. Disponible en:

<https://ojo-publico.com/1818/precios-de-medicinas-para-covid-19-se-incrementan-hasta-en-doce-veces>

[5] Resolución Ministerial N° 062-2010-MINSA. Disponible en:

<https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/245751-062-2010-minsa>

[6] Gestión. (22 de junio de 2020). Óscar Ugarte: Sin duda fue un error norma del 2010 porque empresas de oxígeno se han aprovechado. Disponible en:

<https://gestion.pe/peru/politica/coronavirus-peru-oscar-ugarte-sin-duda-fue-un-error-norma-del-2010-porque-empresas-de-oxigeno-se-han-aprovechado-covid-19-nndc-noticia/>

[7] Indecopi. Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI. Disponible en:

<https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/Res051-2010.pdf>

[8] Indecopi. La Corte Suprema de Justicia ratificó la sanción impuesta por el Indecopi al cártel del oxígeno medicinal. Disponible en:

<https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/7501/NP%20200616%20Corte%20Suprema%20ratifica%20sanci%c3%b3n%20a%20cartel%20de%20oxigeno.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

[9] La República. (28 de enero de 2018). El impacto del monopolio en el sector farmacias lo sufrirán los más pobres. Disponible en:

[https://www.inei.gob.pe/media/inei\\_en\\_los\\_medios/28\\_ene\\_La-Republica\\_20-y-21.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/inei_en_los_medios/28_ene_La-Republica_20-y-21.pdf)

[10] Bullard, A., Falla, A., y Roldán, N. (2012). In god we trust, all other bring data. ¿Debe haber un control de fusiones empresariales en el Perú?. En THĒMIS-Revista De Derecho, (62), pp. 83-122.

[11] Radio Nacional. (30 de enero de 2018). La fusión de cadenas quebrará a las boticas independientes. Disponible en:

<https://www.radionacional.com.pe/noticias/nacional-en-la-noticia/la-fusion-de-cadenas-quebrara-las-boticas-independientes>

- [12] Congreso del Perú. (2020). Dictamen recaído en el Proyecto de Ley 5913/2020-CR. Disponible en:  
[https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Dictámenes/Proyectos\\_de\\_Ley/05913DCo6MAY20200824.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Dictámenes/Proyectos_de_Ley/05913DCo6MAY20200824.pdf)
- [13] Poder Ejecutivo. (2 de julio de 2020). Oficio N° 103-2020-PR. Observaciones formuladas por el Presidente de la República a la Autógrafa de Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración. Disponible en:  
[https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Observacion\\_a\\_la\\_Autografa/OBAU00731-20200702.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Observacion_a_la_Autografa/OBAU00731-20200702.pdf)
- [14] Congreso del Perú. (4 de junio de 2020). Disponible en:  
[https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016\\_2021/Texto\\_Sustitutorio/Proyectos\\_de\\_Ley/TS04861-20200604.pdf](https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Texto_Sustitutorio/Proyectos_de_Ley/TS04861-20200604.pdf)
- [15] Statista. Coronavirus (COVID-19) deaths worldwide per one million population. Disponible en:  
<https://www.statista.com/statistics/1104709/coronavirus-deaths-worldwide-per-million-inhabitants/>
- [16] Johns Hopkins University Medicine. Mortality Analyses. Disponible en:  
<https://coronavirus.jhu.edu/data/mortality>
- [17] El País. (1 de junio de 2021). Perú registra la mayor tasa de mortalidad del mundo por la covid. Disponible en:  
<https://elpais.com/internacional/2021-06-01/peru-eleva-de-68000-a-180000-los-muertos-por-la-pandemia-de-la-covid-19.ht>