



PERÚ

Ministerio
de Comercio Exterior
y Turismo

Despacho Ministerial

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

San Isidro, 30 MAYO 2023

OFICIO N° 499 - 2023 - MINCETUR/DM

Señor

ELÍAS MARCIAL VARA MELÉNDEZ

Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y

Organismos Reguladores de los Servicios Públicos

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

Asunto : Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 3437/2022-CR, "Ley de Control de Tabaco y Nicotina para la Protección de la Vida y la Salud"

Referencia : Oficio PO N° 352-2022-2023/CODECO-CR

De mi consideración:

Me dirijo a usted en atención al documento de la referencia, mediante el cual su Despacho solicita opinión sectorial sobre el Proyecto de Ley N° 3437/2022-CR, "Ley de control del tabaco y nicotina para la protección de la vida y la salud".

Al respecto, se remite el Informe N° 0027-2023-MINCETUR/VMCE/DGGJCI-DSN, elaborado por la Dirección de Supervisión Normativa de la Dirección General de Gestión Jurídica Comercial Internacional del Viceministerio de Comercio Exterior, y el Informe N° 019-2023-MINCETUR/SG/AJ de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, a través de los cuales se da respuesta a su pedido de información congresal.

Hago propicia la oportunidad para expresarle mi consideración y estima.

Atentamente,

JUAN CARLOS MATHEWS SALAZAR

Ministro de Comercio Exterior y Turismo - MINCETUR

Adj. Informe N° 0027-2023-MINCETUR/VMCE/DGGJCI-DSN, y el Informe N° 019-2023-MINCETUR/SG/AJ

Expediente N° 1559830





PERÚ

Ministerio
de Comercio Exterior
y Turismo

Secretaría General

Oficina General de
Asesoría Jurídica

Firmado digitalmente por
PARRA PUENTE Viter Hugo FAU
2050474288 hard
Cargo: Director General de la Oficina
General de Asesoría Jurídica
Motivo: Documento Electrónico
Fecha: 2023/05/15 15:21:46-0500

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

Exp. 1559830

San Isidro, 15 de mayo de 2023

INFORME N° 0019 - 2023 - MINCETUR/SG/AJ

A : ADRIANA PATRICIA SERVAN DIAZ
Secretaría General

ASUNTO : INFORME LEGAL
Solicitud de Opinión del Proyecto de Ley N° 3437/2022-CR, "Ley de Control de Tabaco y Nicotina para la Protección de la Vida y la Salud"

REFERENCIA : Memorandum N° 357 - 2023 - MINCETUR/VMCE (Exp. 1559830)

1. ANTECEDENTES

- 1.1. Mediante el Oficio PO N° 352-2022-2023/CODECO-CR, de fecha 14 de abril de 2023, el señor Elías Marcial Vara Meléndez, Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República, solicita al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) emitir opinión respecto del Proyecto de Ley N° 3437/2022-CR, "Ley de control del tabaco y nicotina para la protección de la vida y la salud" (en adelante, el Proyecto de Ley).
- 1.2. Con Memorandum N° 357-2023-MINCETUR/VMCE de fecha 10 de mayo de 2023, el Viceministerio de Comercio Exterior y Turismo (VMCE) remite al despacho de la Secretaría General, el Informe N° 0027-2023-MINCETUR/VMCE/DGJCI/DSN de fecha 8 de mayo de 2023, elaborado por la Dirección de Supervisión Normativa, unidad orgánica de la Dirección General de Gestión Jurídica Comercial Internacional del VMCE, adjunto al Memorandum N° 059-2023-MINCETUR/VMT/DGGJCI, mediante el cual se emite opinión al Proyecto de Ley.
- 1.3. Con fecha 10 de mayo de 2023, la Secretaría General remite el presente expediente, para los fines correspondientes.

2. BASE NORMATIVA

- 2.1. Constitución Política del Perú.
- 2.2. Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República.
- 2.3. Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.
- 2.4. Ley N° 27790, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.
- 2.5. Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
- 2.6. Ley N° 29408, Ley General de Turismo.
- 2.7. Decreto Supremo N° 005-2002-MINCETUR, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

3. ANÁLISIS**III.1 SITUACIÓN/ESTADO DEL PROYECTO DE LEY**

- 3.1.1 El Proyecto de Ley N° 3437/2022-CR, "Ley de control del tabaco y nicotina para la protección de la vida y la salud", fue presentado con fecha 3 de noviembre de 2022, por la congresista



BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024





Lady Mercedes Camones Soriano, entre otros integrantes del Grupo Parlamentario Alianza para el Progreso, ejerciendo las facultades de iniciativa legislativa que le confieren el artículo 107 de la Constitución Política del Perú¹ y lo establecido en el artículo 74 del Texto Único Ordenado del Reglamento del Congreso de la República² modificado por la Resolución Legislativa del Congreso N° 023-2020-2021-CR.

- 3.1.2 Asimismo, el Proyecto de Ley N° 3437/2022-CR ha sido remitido por la Oficialía Mayor a la Comisión de Salud y Población del Congreso de la República y a la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, con fecha 7 de noviembre de 2023.

III.2 SOBRE EL OBJETO Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

- 3.2.1 El Proyecto de Ley N° 3437/2022-CR, señala en su Título Preliminar que tiene como finalidad reducir el impacto en la salud de la población de las graves consecuencias derivadas del consumo de productos del tabaco y nicotina, prevenir el desarrollo de nuevas generaciones de adictos y reducir la mortalidad y morbilidad de las enfermedades no transmisibles, obligando a las entidades del Estado a promover su cumplimiento. Asimismo, se señala que el Estado reconoce el principio de progresividad del derecho a la salud en el desarrollo normativo que se realice en las leyes, reglamentos, directivas, lineamientos, manuales u otro tipo de documentos dirigidos a proteger el derecho fundamental a la salud frente al consumo del tabaco y la nicotina.

Asimismo, el artículo 1 del Proyecto de Ley, dispone que tiene por objeto, entre otros, establecer los parámetros para el uso y comercialización de los productos de tabaco y los productos de nicotina.

- 3.2.2 De la revisión del Proyecto, se advierte que contiene Un Título Preliminar (con Cuatro Artículos) seis Títulos con 16 artículos (referido a las medidas relacionadas con el control del tabaco y la nicotina, del empaquetado y etiquetado, de la comercialización, de la interferencia de la industria en las políticas públicas de control de tabaco y nicotina y la vigilancia y aplicaciones de sanciones), tres Disposiciones Complementarias transitorias, Única Disposición Complementaria Derogatoria, que dispone la derogación de las Leyes 28705 y 29517 y todas las disposiciones legales. Finalmente dispone que el Ministerio de Salud mediante decreto supremo reglamentará en un plazo no mayor a ciento (120) días calendario.

III.3 DE LAS OPINIONES SOBRE EL PROYECTO DE LEY N° 3437/2022-CR

Sobre la opinión técnica del Proyecto de Ley

- 3.3.1 A través del Informe N° 0027-2023-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DSN, la Dirección de Supervisión Normativa de la Dirección General de Gestión Jurídica Comercial Internacional, el Viceministerio de Comercio Exterior, emite opinión sobre el Proyecto de Ley, concluyendo que el Proyecto de Ley sería **no viable**, al respecto señalando que:

“(…)

4. CONCLUSIÓN(ES)

¹ Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 107.- El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes.

También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley.

² TUO del Reglamento del Congreso de la República

“Artículo 74.- Por el derecho de iniciativa legislativa, los ciudadanos y las instituciones señaladas por la Constitución Política tienen capacidad para presentar proposiciones de ley ante el Congreso”.





- 4.1 *El Proyecto de Ley contiene disposiciones en materia de etiquetado de productos de tabaco y nicotina, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo OTC y la Decisión 827 de la CAN, se trataría de un Reglamento Técnico.*
- 4.2 *El Proyecto de Ley buscaría, principalmente, la protección a la salud, objetivo legítimo que se encuentra expresamente establecido en el Acuerdo OTC y en la Decisión 827. Sin embargo, no se ha realizado un análisis que pueda determinar: (i) el grado de la contribución de la medida al objetivo legítimo; (ii) el grado de la restricción del comercio; (iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo que se persigue; y, (iv) verificar si no existe otra medida menos restrictiva al comercio.*
- 4.3 *De la revisión del Proyecto de Ley no se desprende la norma internacional pertinente utilizada para establecer disposiciones sobre productos de nicotina (como los cigarrillos electrónicos), por lo que no resultaría compatible con el artículo 2.4 del Acuerdo OTC*
- 4.4 *Además, en tanto el Proyecto de Ley constituye un Reglamento Técnico, correspondería que este sea notificado a la OMC y a la CAN, así como que se establezca un plazo de entrada en vigencia no inferior a seis (6) meses*
- 4.5 *Por otro lado, de acuerdo con nuestros compromisos comerciales internacionales en materia de propiedad intelectual establecidos en el Acuerdo ADPIC, se pueden imponer "complicaciones" al uso de las marcas por medio de "exigencias especiales" que tengan por objetivo proteger la salud pública; por lo que el artículo 9 del Proyecto de Ley estaría en concordancia con tales compromisos internacionales*
- 4.6 *Con relación a la prohibición de comercializar productos de tabaco y productos de nicotina que contengan aditivos, saborizantes o aromatizantes, se debe tener presente, entre otros aspectos, que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio dispone que un país miembro no puede, por regla general, imponer prohibiciones ni restricciones a la importación o a la exportación en términos de cantidades o valores a los productos de otro Miembro. Asimismo, en cuanto a la prohibición de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco, se debe considerar que la normativa vigente protege la salud de las personas, sin afectar de manera injustificada la libertad de empresa, estableciendo prohibiciones a la publicidad en eventos deportivos o medios de comunicación de señal abierta, entre otro.*
- 4.6 *Con relación a la prohibición de comercializar productos de tabaco y productos de nicotina que contengan aditivos, saborizantes o aromatizantes, se debe tener presente, entre otros aspectos, que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio dispone que un país miembro no puede, por regla general, imponer prohibiciones ni restricciones a la importación o a la exportación en términos de cantidades o valores a los productos de otro Miembro. Asimismo, en cuanto a la prohibición de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco, se debe considerar que la normativa vigente protege la salud de las personas, sin afectar de manera injustificada la libertad de empresa, estableciendo prohibiciones a la publicidad en eventos deportivos o medios de comunicación de señal abierta, entre otro.*
- 4.7 *Con relación a la prohibición de comercializar productos de tabaco y En virtud a lo expuesto, esta Dirección considera que, sin perjuicio de la opinión que puedan emitir otros sectores y entidades competentes, en lo que respecta al ámbito de competencia del Viceministerio de Comercio Exterior, el Proyecto de Ley sería no viable."*

Como fundamento de lo antes señalado, se menciona:

" (...)

- 3.61. *De los artículos antes mencionados se aprecia que la normativa vigente ya establece prohibiciones destinadas a la protección de la salud de las personas; asimismo, existen prohibiciones a la publicidad en eventos deportivos o medios de*



comunicación de señal abierta, entre otros, en los cuales no necesariamente puede estar dirigido a menores de 18 años, pero que están igualmente prohibidos.

3.62. *En ese sentido, el Proyecto de Ley que propone la prohibición de toda forma de publicidad, directa e indirecta, así como la promoción y patrocinio de productos de tabaco y de productos de nicotina, inclusive los que tengan alcances transfronterizos, podría ser considerado como una medida que sobrepasa dicho balance de derechos, afectando de manera injustificada la libertad de empresa."*

3.3.2 Conforme se advierte de la transcripción efectuada, el Viceministerio de Comercio Exterior opina que el Proyecto de Ley sería no viable, existen prohibiciones a la publicidad en eventos deportivos o medios de comunicación de señal abierta lo que dispone el artículo 14 y 15 de la Ley N° 28705, Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco.

Sobre la competencia del MINCETUR

3.3.3 Al respecto, la Constitución Política de Perú establece que el poder del Estado se ejerce con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen³. Dentro de dicho marco constitucional, la Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, desarrolla el principio de legalidad, según el cual las autoridades, funcionarios y servidores están sometidos a la Constitución, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico, por lo que deben desarrollar sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas⁴.

3.3.4 De otro lado, el párrafo 72.1 del artículo 72 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo N° 004-2019-JUS, indica que la competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, siendo reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan⁵. En el referido artículo se pone de manifiesto el principio de legalidad que rige la actuación de la administración pública, reservando la atribución de competencias de la Administración Pública, a una previa habilitación dada por la Constitución o la ley.

3.3.5 Conforme a lo establecido en el artículo 2 de la Ley N° 27790, Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, este Ministerio: "(...) define, dirige, ejecuta, coordina y supervisa la política de comercio exterior y de turismo. Tiene la responsabilidad en materia de la promoción de las exportaciones y de las negociaciones comerciales internacionales, en coordinación con los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Economía y Finanzas y los demás sectores del Gobierno en el ámbito de sus respectivas competencias. Asimismo, está encargado de la regulación del Comercio Exterior. El titular del sector dirige las negociaciones comerciales internacionales del Estado y está facultado para suscribir convenios en el marco de su competencia. En materia de turismo promueve, orienta y regula la actividad turística, con el fin de impulsar su desarrollo sostenible,

³ **Constitución Política del Perú de 1993**

Artículo 45.- El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen.
(...).

⁴ **Ley N° 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo**

Artículo 1.- Principio de legalidad

Las autoridades, funcionarios y servidores del Poder Ejecutivo están sometidos a la Constitución Política del Perú, a las leyes y a las demás normas del ordenamiento jurídico. Desarrollan sus funciones dentro de las facultades que les estén conferidas.

⁵ **TUO de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

"Artículo 72.- Fuente de competencia administrativa

72.1 La competencia de las entidades tiene su fuente en la Constitución y en la ley, y es reglamentada por las normas administrativas que de aquéllas se derivan.

72.2 Toda entidad es competente para realizar las tareas materiales internas necesarias para el eficiente cumplimiento de su misión y objetivos, así como para la distribución de las atribuciones que se encuentren comprendidas dentro de su competencia."



incluyendo la promoción, orientación y regulación de la artesanía” (el subrayado, es nuestro).

En tanto que en el numeral 1 de su artículo 5 establece que, entre sus funciones, se encuentra el formular, dirigir, coordinar, ejecutar y supervisar la política de comercio exterior, en concordancia con la política general del Estado y en coordinación con los sectores e instituciones vinculados; precisando que: *“En caso de turismo se deberá tomar en cuenta su carácter multisectorial e interdependiente, así como los componentes sociales y culturales de las actividades de su competencia” (el subrayado, es nuestro).*

3.3.6 Asimismo, conforme al numeral 10 del artículo 5 en mención, se encuentra entre las funciones del Ministerio el: “Emitir opinión técnica vinculante e intervenir en la formulación de políticas, acciones y propuestas normativas que tengan incidencia determinante respecto a materias o actividades del ámbito de su competencia”. (el subrayado, es nuestro).

3.3.7 Por su parte, el literal x) del artículo 34 del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, aprobado por el Decreto Supremo N° 005-2002-MINCETUR (modificado por el Decreto Supremo N° 002-2015-MINCETUR), señala que el Viceministerio de Comercio Exterior tiene entre sus funciones, la de *“emitir opinión previa sobre los proyectos de normas legales y administrativas, u otros, que tengan relación con el ámbito de su competencia”*.

3.3.8 De la revisión del Proyecto de Ley se observa que este tiene por objeto establecer los parámetros para el uso y comercialización de los productos de tabaco y de los productos de nicotina, conteniendo disposiciones especiales para el empaquetado y el etiquetado de los productos, aspectos que inciden en el comercio exterior de tales productos, acorde con lo señalado en el Informe N° 0027-2023-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DSN de la Dirección de Supervisión Normativa de la Dirección General de Gestión Jurídica Comercial Internacional.

En consecuencia, corresponde al Ministerio de Comercio Exterior y Turismo pronunciarse sobre el presente proyecto normativo.

De la Opinión legal del Proyecto de Ley

3.3.9 La materia regulada en la propuesta del Proyecto de Ley recae en las competencias del MINCETUR, tal como se ha señalado.

3.3.10 A partir de la opinión técnica vertida por el Viceministerio de Comercio Exterior, consideramos pertinente citar lo señalado en el fundamento cuarto de la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 03075-2011-PA/TC, respecto de la libertad de empresa:

“(…) la Constitución a través del derecho a la libertad de empresa garantiza el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial en condiciones de libertad; así como la actuación, ejercicio o permanencia, en condiciones de igualdad, de la actividad empresarial y los agentes económicos en el mercado y la protección de la existencia de la empresa. (Cfr. STC 03116-2009-PA/TC, 00032-2010-PI/TC y 01405-2010-PA/TC, entre otras)”

En este caso se ha advertido que especialmente los artículos 12 y 13 del proyecto de ley, que establecen prohibiciones para la comercialización de productos, no expresan un adecuado balance en la protección de derechos constitucionales – salud y libertad de empresa – por lo que resultan vulnerando este último, lo cual no se condice con la Constitución Política del Perú.

3.3.11 Por consiguiente, debemos concluir que el proyecto bajo análisis no resulta viable.



PERÚ

Ministerio
de Comercio Exterior
y Turismo

Secretaría General

Oficina General de
Asesoría Jurídica

4. CONCLUSIÓN(ES)

- 4.1. Teniendo en consideración la opinión técnica y legal del Viceministerio de Turismo, emitida mediante el Informe N° 0027-2023-MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DSN del 8 de mayo de 2023, de la Dirección de Supervisión Normativa de la Dirección General de Gestión Jurídica Comercial, esta Oficina General de Asesoría Jurídica concluye que el Proyecto de Ley N° 3437/2022-CR, "Ley de control del tabaco y nicotina para la protección de la vida y la salud" no resulta viable.
- 4.2 Se adjunta un proyecto de oficio de respuesta a la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismo Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República, a suscribir por el titular de la entidad, de considerarlo pertinente.

5. RECOMENDACIÓN(ES)

Se recomienda remitir el presente Informe y sus antecedentes al despacho de la Secretaría General para el trámite correspondiente.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente

VICTOR HUGO PARRA PUENTE

Director General de la Oficina General de Asesoría Jurídica

Adj.: OFICIO PL 3437-2022-CR (002).doc, INFORME N 0027 - 2023 - MINCETUR-
VMCE-DGGJCI-DSN.pdf

vpp

Expediente N° 1559830



BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024





PERÚ

Ministerio
de Comercio Exterior
y Turismo

Viceministerio de
Comercio Exterior

Dirección de
Supervisión Normativa



Firmado digitalmente por
ROLDAN ROSADIO Maria Susana FAU
20604774286 hard
Cargo: Directora IET de la Dirección de
Supervisión Normativa
Motivo: Documento Electrónico
Fecha: 2023/05/08 11:53:40-0500

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

Exp. 1559830

San Isidro, 08 de mayo de 2023

INFORME N° 0027 - 2023 - MINCETUR/VMCE/DGGJCI/DSN

A : **SARA ROSANA ROSADIO COLAN**
Directora General de la Dirección General de Gestión Jurídica Comercial Internacional

ASUNTO : **INFORME TÉCNICO LEGAL**
Opinión sobre el Proyecto de Ley N° 3437/2022-CR, "Ley de control del tabaco y nicotina para la protección de la vida y la salud"

REFERENCIA : Oficio N° PO 352-2022-2023-COD (Exp. 1559830)

I. ANTECEDENTE

Mediante Oficio PO N°352-2022-2023/CODECO-CR, el Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos del Congreso de la República, solicita opinión sobre el Proyecto de Ley N° 3437/2022-CR, "Ley de control del tabaco y nicotina para la protección de la vida y la salud" (en adelante, el "Proyecto de Ley").

II. BASE LEGAL

- 2.1. Ley N° 27790, que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (en adelante "LOF del Mincetur").
- 2.2. Decreto Supremo N° 005-2002-MINCETUR, que aprueba el Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo y modificatorias (en adelante "ROF del Mincetur").
- 2.3. Resolución Legislativa N° 26407, "Aprueban Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Acta Final de la Ronda Uruguay".
- 2.4. Decisión 827, "Lineamientos para la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad en los Países Miembros de la Comunidad Andina y a nivel comunitario".
- 2.5. Ley N° 28705, Ley general para la prevención y control de los riesgos del consumo del tabaco (en adelante, "Ley N° 28705").
- 2.6. Decreto Supremo N° 015-2008-SA, "Aprueban Reglamento de la Ley N° 28705, Ley General para la Prevención y Control de los Riesgos del Consumo del Tabaco" (en adelante, "Reglamento de la Ley N° 28705").

III. ANÁLISIS

A) Sobre la competencia del Sector

- 3.1. Previo al análisis correspondiente, cabe mencionar que el presente informe se desarrolla en el marco de las competencias que le corresponden a este Sector.
- 3.2. Al respecto, la LOF del Mincetur, en su artículo 2, establece que:

"El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo define, dirige, ejecuta, coordina y supervisa la política de comercio exterior y de turismo. Tiene la responsabilidad en

C. Uno Oeste 050, Urb. Corpac - San Isidro, Lima
Central Telefónica: 513-6100
www.gob.pe/mincetur



BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024



materia de la promoción de las exportaciones y de las negociaciones comerciales internacionales, en coordinación con los Ministerios de Relaciones Exteriores y de Economía y Finanzas y los demás sectores del Gobierno en el ámbito de sus respectivas competencias. Asimismo, está encargado de la regulación del Comercio Exterior (...).

- 3.3. Asimismo, en materia de comercio exterior, los literales a) y c) del artículo 4 de la LOF del Mincetur señalan que:

"Artículo 4.- De los objetivos

Son objetivos del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo los siguientes:

En materia de Comercio Exterior:

a) Establecer la política de comercio exterior orientada a lograr un desarrollo creciente y sostenido del país;

(...)

c) Alcanzar el óptimo aprovechamiento de los acuerdos o convenios comerciales suscritos por el país, así como de los diferentes esquemas preferenciales;

(...)"

- 3.4. Por su parte, los numerales 1, 3 y 10 del artículo 5 de la mencionada LOF establecen que:

"Artículo 5.- Son funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo:

(...) 1. Formular, dirigir, coordinar, ejecutar y supervisar la política de comercio exterior, con excepción de la regulación arancelaria, así como la política de turismo, en concordancia con la política general del Estado y en coordinación con los sectores e instituciones vinculados a su ámbito. En el caso del turismo se deberá tomar en cuenta su carácter multisectorial e interdependiente, así como los componentes sociales y culturales de las actividades de su competencia;

(...) 3. Establecer el marco normativo para el desarrollo de las actividades de comercio exterior coordinando con los sectores e instituciones que corresponda, así como para el desarrollo de las actividades turística y artesanal a nivel nacional, supervisando el cumplimiento de la normatividad emitida, estableciendo las sanciones e imponiéndolas, de ser el caso, en el ámbito de su competencia;

(...) 10. Emitir opinión técnica vinculante e intervenir en la formulación de políticas, acciones y propuestas normativas que tengan incidencia determinante respecto a materias o actividades del ámbito de su competencia; (...)"

- 3.5. En materia de comercio exterior, el artículo 34 del ROF del Mincetur señala que corresponde al Viceministro de Comercio Exterior lo siguiente: "x) (...) emitir opinión previa sobre los proyectos de normas legales y administrativas, u otros, que tengan relación con el ámbito de su competencia; (...)"

B) Sobre las disposiciones del Proyecto de Ley

- 3.6. En el Título Preliminar del Proyecto de Ley se señala que este tiene como finalidad reducir el impacto en la salud de la población de las graves consecuencias derivadas del consumo de productos del tabaco y nicotina, prevenir el desarrollo de nuevas generaciones de adictos y reducir la mortalidad y morbilidad de las enfermedades no transmisibles, obligando a las

entidades del Estado a promover su cumplimiento. Asimismo, se señala que el Estado reconoce el principio de progresividad del derecho a la salud en el desarrollo normativo que se realice en las leyes, reglamentos, directivas, lineamientos, manuales u otro tipo de documentos dirigidos a proteger el derecho fundamental a la salud frente al consumo del tabaco y la nicotina.

- 3.7. De acuerdo con el artículo 1 del Proyecto de Ley, este tiene por objeto, entre otros, establecer los parámetros para el uso y comercialización de los productos de tabaco y de los productos de nicotina. Además, en el artículo 2 del Proyecto de Ley señala que el Ministerio de Salud propone e implementa las políticas y medidas sectoriales de control de tabaco y nicotina, así como las coordinaciones multisectoriales dirigidas a prevenir y reducir el uso del tabaco y de la nicotina, la adicción a la nicotina y la exposición al humo de tabaco y a las emisiones derivadas de los productos de tabaco y nicotina en sus diversas formas de uso, teniendo a su cargo, entre otros, la implementación de un mecanismo de vigilancia y monitoreo integral del control del tabaco y nicotina.
- 3.8. Asimismo, el artículo 4 del Proyecto de Ley establece que este es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que usen, fabriquen, importen, comercialicen y/o distribuyan productos de tabaco y productos de nicotina en cualquiera de sus formas.
- 3.9. Por su parte, el artículo 5 del Proyecto de Ley establece, entre otras, las siguientes definiciones:

"Artículo 5.- Definiciones

Para los efectos de esta Ley, entiéndase por:

(...)

h) Empaque: Paquete, cartón, caja, lata, bolsa, tubo, envoltorio, botella u otro recipiente, de cualquier material, que contenga tabaco, productos de tabaco, productos de nicotina, sus accesorios y/o sus dispositivos.

i) Empaquetado neutro: Empaque con apariencia uniforme, color y textura sencillos, que contiene tabaco y productos de tabaco. El empaquetado neutro contiene el nombre de la marca con un tamaño determinado, color y tipo de letra estándar, que se establecerá en el reglamento de esta ley, junto con otros datos permitidos; no están permitidos logotipos u otros elementos promocionales dentro o adheridos al empaque o al producto.

(...)

j) La Industria: Persona natural o jurídica dedicada a la fabricación, importación, comercialización y/o distribución de productos de tabaco y productos de nicotina.

q) Producto de nicotina: Producto que contiene nicotina, fabricada para uso humano. Comprende a los cigarrillos electrónicos y a cualquier otra forma de suministro de nicotina creada o por crearse y que no tenga un fin terapéutico autorizado por el Ministerio de Salud. Incluye sus dispositivos, accesorios, recargas y cartuchos.

r) Producto de tabaco: Producto que contiene tabaco y que está destinado a ser consumido a través de cualquier modalidad; incluye a los cigarrillos, cigarros, puros, puntos, productos de tabaco calentado, y cualquier otra modalidad creada o por crearse. Incluye sus dispositivos, accesorios, recargas y cartuchos.

t) Publicidad y promoción: Cualquier forma de comunicación comercial, recomendación o acción, directa y/o indirecta, que tenga por objetivo, efecto o efecto probable, promover el uso de un producto de tabaco o un producto de nicotina, sus dispositivos y/o sus accesorios.

u) Transfronterizo: Que se origina en el territorio del Perú, y que podría ser recibido en otro territorio, así como el que se origina fuera del territorio de Perú y es recibido o



*accesible dentro del territorio nacional.
(...).*"

- 3.10. Adicionalmente, el Proyecto de Ley desarrolla disposiciones sobre las medidas para la protección contra la exposición al humo de tabaco y otras emisiones (artículo 6), la obligatoriedad de colocar anuncios en lugares donde está prohibido fumar (artículo 7), y la prohibición de toda forma de publicidad, directa e indirecta, así como la promoción y patrocinio de productos de tabaco y de productos de nicotina, inclusive los que tengan alcances transfronterizos (artículo 8).
- 3.11. Por otro lado, en los artículos 9 y 10 del Proyecto de Ley, relacionados al empaquetado y etiquetado, se señala lo siguiente:

"Artículo 9.- Del empaquetado neutro

Los empaques de los productos de tabaco tendrán un solo formato y en un solo color de fondo estándar. El nombre de la marca tendrá un solo tipo de letra y color y no podrá figurar ninguna imagen, mensaje, diseño o propuesta gráfica adicional. Las especificaciones del empaquetado neutro serán determinadas en el reglamento de la presente ley.

Artículo 10.- De las advertencias sanitarias

Los empaques de los productos de tabaco y de los productos de nicotina, así como sus dispositivos, accesorios y recargas, en caso se vendan por separado, deben llevar impresas, en un 80% de cada una de sus caras principales, frases e imágenes de advertencia sobre el daño a la salud que producen dichos productos, de acuerdo a la normativa gráfica establecida por el Ministerio de Salud. Asimismo, deben llevar impresa de manera permanente la frase:

"PROHIBIDA SU VENTA A MENORES DE 18 AÑOS"

El reglamento de la presente ley desarrollará las frases e imágenes de advertencia a que se refiere el presente artículo, así como la frecuencia de la rotación de las mismas."

- 3.12. Asimismo, el artículo 11 del Proyecto de Ley indica que las personas jurídicas y naturales que fabriquen, exporten, importen y comercialicen productos de tabaco y productos de nicotina, están obligadas a informar a la Dirección General de Salud (DIGESA) del Ministerio de Salud, sobre todos los elementos que contienen dichos productos.
- 3.13. Por su parte, el artículo 12 del Proyecto de Ley establece la prohibición de la comercialización de productos de tabaco y productos de nicotina que contengan aditivos, saborizantes y/o aromatizantes. Además, el artículo 13 señala que está prohibida, entre otros, la venta de empaques de productos de tabaco y de productos de nicotina que contengan menos de veinte unidades y/o veinte recargas.
- 3.14. Por otro lado, el Proyecto de Ley contiene disposiciones sobre transparencia en la interacción entre autoridades y la industria (artículo 14), así como la prohibición de intervención de la industria en el establecimiento de políticas y medidas de control de tabaco y nicotina, en los siguientes términos:

"Artículo 15.- De la interferencia de la industria y el establecimiento de normas, medidas y políticas públicas

Está prohibida cualquier intervención de la industria en el establecimiento e implementación de políticas, normas y medidas de control de tabaco y nicotina; asimismo, está prohibida cualquier forma de asociación, alianza, acuerdo,





participación, campaña, programa, contribución financiera, en especie o de otro tipo entre el Estado y la industria y/o cualquier persona natural o jurídica que abogue por la industria o represente sus intereses”.

- 3.15. De otra parte, el artículo 16 del Proyecto de Ley señala que el Ministerio de Salud, la SUNAT, las Municipalidades, el INDECOPI y la Comisión Nacional Permanente de Lucha Antitabáquica - COLAT, actúan en el ámbito de sus competencias, para asegurar el cumplimiento de lo dispuesto en el proyecto normativo. Asimismo, señala que tratándose de productos importados, de manera previa a su nacionalización, la SUNAT realiza las inspecciones que sean necesarias y aplica las sanciones que fije el reglamento en caso de incumplimiento.
- 3.16. Adicionalmente en las Disposiciones Complementarias Transitorias del Proyecto de Ley se indica que los anunciantes publicitarios de productos de tabaco y de productos de nicotina tendrán un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, contados a partir de la expedición del reglamento correspondiente para el retiro de vallas, anuncios y toda forma de publicidad de productos de tabaco y de productos de nicotina, así como de las máquinas expendedoras de estos productos; además, se señala que la industria debe adaptar progresivamente sus empaques en un plazo que no podrá ser mayor a dos (02) años, contados desde la emisión del reglamento. Adicionalmente, se establece que se exceptúa de los alcances del Proyecto de Ley a las importaciones que a la fecha de expedición del reglamento se encuentren con órdenes de compra confirmadas, en condiciones de embarque, en viaje o en trámite de internamiento al país.
- 3.17. Por último, la Única Disposición Complementaria Derogatoria dispone derogar las Leyes 28705 y 29517 y todas las disposiciones legales que se opongan a la presente ley. Asimismo, la Única Disposición Complementaria Final establece que el Ministerio de Salud mediante decreto supremo, reglamenta la propuesta normativa en un plazo no mayor a ciento veinte (120) días calendario.

C) Sobre la compatibilidad del Proyecto de Ley con los compromisos comerciales internacionales en materia de obstáculos técnicos al comercio

- 3.18. El Perú es miembro fundador de la Organización Mundial del Comercio (OMC) desde el 1 de enero de 1995. Los Acuerdos de la OMC fueron incorporados a la legislación nacional mediante Resolución Legislativa N° 26407, "Aprueban Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y los Acuerdos Comerciales Multilaterales contenidos en el Acta Final de la Ronda Uruguay", de fecha 16 de diciembre de 1994.
- 3.19. Entre los Acuerdos Multilaterales sobre el comercio de mercancías de la OMC se encuentra el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio (Acuerdo OTC), el cual busca lograr que ni los reglamentos técnicos ni los procedimientos de prueba y certificación creen obstáculos innecesarios al comercio. Dicho Acuerdo define, en su Anexo 1, a los Reglamentos Técnicos en los siguientes términos:

"1. Reglamento Técnico

Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables, y cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas."





- 3.20. Al respecto, de acuerdo al Órgano de Apelación de la OMC¹, para que una medida constituya un reglamento técnico, debe cumplir con tres criterios: i) se debe aplicar a un producto o grupo de productos identificables; ii) deben establecerse (para un uso común y repetido) reglas, características y prescripciones en materia de terminología, símbolo, embalaje, marcado o etiquetado para los productos o los procesos y métodos de producción conexos; y iii) debe ser de observancia obligatoria.
- 3.21. Asimismo, el Perú es un País Miembro de la Comunidad Andina (CAN), y en el marco de este Organismo Subregional se ha aprobado la Decisión 827, que define como Reglamento Técnico al *"Documento en el que se establecen las características de un producto o los procesos y métodos de producción con ellas relacionados, con inclusión de las disposiciones administrativas aplicables cuya observancia es obligatoria. También puede incluir prescripciones en materia de terminología, símbolos, embalaje, marcado o etiquetado aplicables a un producto, proceso o método de producción, o tratar exclusivamente de ellas"*².
- 3.22. Sobre el particular, en el artículo 5 del Proyecto de Ley se define "empaquetado neutro" como *"Empaque con apariencia uniforme, color y textura sencillos, que contiene tabaco y productos de tabaco. El empaquetado neutro contiene el nombre de la marca con un tamaño determinado, color y tipo de letra estándar, que se establecerá en el reglamento de esta ley, junto con otros datos permitidos; no están permitidos logotipos u otros elementos promocionales dentro o adheridos al empaque o al producto"*.
- 3.23. Del mismo modo, en el artículo 9 de la propuesta normativa se señala que los empaques de los productos de tabaco tendrán un solo formato y en un solo color de fondo estándar, y que el nombre de la marca tendrá un solo tipo de letra y color y no podrá figurar ninguna imagen, mensaje, diseño o propuesta gráfica adicional. Además, en el artículo 10 del Proyecto de Ley se indica que en los empaques de los productos de tabaco y de los productos de nicotina, así como sus dispositivos, accesorios y recargas, en caso se vendan por separado, deben llevar impresas, en un 80% de cada una de sus caras principales, frases e imágenes de advertencia sobre el daño a la salud que producen dichos productos, de acuerdo a la normativa gráfica establecida por el Ministerio de Salud.
- 3.24. En virtud de lo señalado, se aprecia que el Proyecto de Ley cumpliría con las definiciones y los criterios antes mencionados para considerarse como un Reglamento Técnico, puesto que: (i) identifica un grupo de productos a los cuales se aplicará (productos de tabaco y productos de nicotina); (ii) establece disposiciones de etiquetado (como las citadas en los párrafos precedentes); y, (iii) lo establecido en el Proyecto de Ley será de cumplimiento obligatorio.

a) **Sobre el objetivo legítimo**

- 3.25. El artículo 2.2 del Acuerdo OTC dispone lo siguiente:

"2.2 Los Miembros se asegurarán de que no se elaboren, adopten o apliquen reglamentos técnicos que tengan por objeto o efecto crear obstáculos innecesarios al comercio internacional. A tal fin, los reglamentos técnicos no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo. Tales objetivos legítimos son, entre otros: los imperativos de la seguridad nacional; la prevención de prácticas que puedan inducir a error; la protección de la salud o seguridad humanas, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente. Al evaluar esos riesgos, los elementos que es pertinente tomar

¹ El Órgano de Apelación de la OMC (Informe del Órgano de Apelación, Comunidades Europeas — denominación comercial de sardinas (ds 231) (reclamante: Perú), párrafo 176, dictaminó que una medida constituye un reglamento técnico dentro de la definición del anexo 1.1. del Acuerdo OTC solo si cumple con los 3 requisitos referidos.

² La Decisión 827 dispone que la elaboración, adopción y aplicación de reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad en los Países Miembros de la CAN se regirán por los principios de trato nacional, nación más favorecida, no discriminación, equivalencia y transparencia, establecidos en el ordenamiento comunitario andino y, en lo que los complementen y no contravengan, los principios establecidos en el marco de la OMC.





en consideración son, entre otros: la información disponible científica y técnica, la tecnología de elaboración conexa o los usos finales a que se destinen los productos.”
(Énfasis agregado)

- 3.26. El Acuerdo OTC reconoce el derecho de los miembros a adoptar los reglamentos técnicos que consideren necesarios para alcanzar un objetivo legítimo, siempre que con ello no se creen obstáculos innecesarios al comercio internacional. En este sentido, es necesario analizar si la medida a ser establecida persigue un objetivo legítimo y no restringe el comercio más de lo necesario para alcanzar ese objetivo legítimo.
- 3.27. Por su parte, el artículo 6 de la Decisión 827 señala que los reglamentos técnicos y procedimientos de evaluación de la conformidad no restringirán el comercio más de lo necesario para alcanzar un objetivo legítimo, teniendo en cuenta los riesgos que crearía no alcanzarlo, eligiendo entre las opciones posibles aquellas que generen menores costos de implementación y cumplimiento para los usuarios y para el comercio. Además, dicha Decisión establece que son “objetivos legítimos”, entre otros, los imperativos de la seguridad nacional, la prevención de prácticas que puedan inducir a error, la protección de la salud o seguridad humana, de la vida o la salud animal o vegetal, o del medio ambiente.
- 3.28. Sobre el particular, el artículo 1 del Proyecto de Ley señala como objeto de la Ley:

“Artículo 1°.- Objeto de la Ley

1.1. Proteger la salud de las personas, familia y comunidad contra las graves consecuencias derivadas del consumo de los productos de tabaco y de los productos de nicotina, así como de la exposición al humo de tabaco y otras emisiones del cigarrillo electrónico o tabaco calentado.

1.2. Prevenir el desarrollo de enfermedades no transmisibles producidas por los productos de tabaco y los productos de nicotina.

1.3. Proteger las políticas de salud pública de los intereses comerciales y otros intereses creados de la industria tabacalera.

1.4. Establecer los parámetros para el uso y comercialización de los productos de tabaco y de los productos de nicotina.” (Énfasis agregado)

- 3.29. De la lectura del precitado artículo se aprecia que el Proyecto de Ley busca, esencialmente, la protección de la salud, objetivo legítimo que se encuentra expresamente establecido en el artículo 2.2 del Acuerdo OTC y en la Decisión 827.
- 3.30. No obstante ello, resulta necesario precisar que, para determinar si una medida restringe el comercio más de lo necesario, se deberá evaluar: (i) el grado de la contribución de la medida con el objetivo legítimo en cuestión; (ii) el grado de la restricción del comercio de la medida; y, (iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo que persigue el Miembro a través de la medida. Asimismo, se deberá verificar si no existe otra medida menos restrictiva al comercio que logre el objetivo legítimo y el nivel de protección que el Miembro regulador intenta lograr.
- 3.31. Sobre el particular; si bien de la revisión realizada, la exposición de motivos señala que el Proyecto de Ley está basado en las directrices del Convenio, el sector competente deberá evaluar si la medida en cuestión, es la medida menos restrictiva al comercio para cumplir con el objetivo legítimo que se persigue. De otro modo, ésta podría significar una barrera innecesaria al comercio de este tipo de productos, siendo que el Perú sea cuestionado en los foros regionales o multilaterales correspondientes.

b) *Sobre el test de necesidad*





3.32. El artículo 2.4 del Acuerdo OTC establece lo siguiente:

"2.4 Cuando sean necesarios reglamentos técnicos y existan normas internacionales pertinentes o sea inminente su formulación definitiva, los Miembros utilizarán esas normas internacionales, o sus elementos pertinentes, como base de sus reglamentos técnicos, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos, por ejemplo a causa de factores climáticos o geográficos fundamentales o problemas tecnológicos fundamentales." (Énfasis agregado)

3.33. De igual manera, el artículo 8 de la Decisión 827 señala que en el proceso de elaboración y adopción de reglamentos técnicos, los Países Miembros utilizarán como base las normas internacionales o sus elementos pertinentes, salvo en el caso de que esas normas internacionales o esos elementos pertinentes sean un medio ineficaz o inapropiado para el logro de los objetivos legítimos perseguidos.

3.34. Sobre el particular, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley se ha referido al Convenio Marco de la Organización Mundial de Salud para el Control del Tabaco (en adelante, el "Convenio"), aprobado mediante Resolución Legislativa N° 28280, ratificado por Decreto Supremo N° 054-2004-RE, en vigencia desde el 27 de febrero de 2005.

3.35. El referido Convenio, de conformidad con su artículo 3, tiene como objetivo *"proteger a las generaciones presentes y futuras contra las devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, ambientales y económicas del consumo de tabaco y de la exposición al humo de tabaco proporcionando un marco para las medidas de control del tabaco que habrán de aplicar las Partes a nivel nacional, regional e internacional a fin de reducir de manera continua y sustancial la prevalencia del consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco"*.

3.36. Asimismo, el Convenio contiene disposiciones en materia de etiquetado y empaquetado de productos de tabaco para las partes suscriptoras del mismo, conforme al texto que se cita a continuación:

"Artículo 11

Empaquetado y etiquetado de los productos de tabaco

1. Cada Parte, dentro de un periodo de tres años a partir de la entrada en vigor del Convenio para esa Parte, adoptará y aplicará, de conformidad con su legislación nacional, medidas eficaces para conseguir lo siguiente:

a) que en los paquetes y etiquetas de los productos de tabaco no se promocióne un producto de tabaco de manera falsa, equívoca o engañosa o que pueda inducir a error con respecto a sus características, efectos para la salud, riesgos o emisiones, y no se empleen términos, elementos descriptivos, marcas de fábrica o de comercio, signos figurativos o de otra clase que tengan el efecto directo o indirecto de crear la falsa impresión de que un determinado producto de tabaco es menos nocivo que otros, por ejemplo expresiones tales como "con bajo contenido de alquitrán", "ligeros", "ultra ligeros" o "suaves"; y

b) que en todos los paquetes y envases de productos de tabaco y en todo empaquetado y etiquetado externos de los mismos figuren también advertencias sanitarias que describan los efectos nocivos del consumo de tabaco, y que puedan incluirse otros mensajes apropiados. Dichas advertencias y mensajes:

i) serán aprobados por las autoridades nacionales competentes;

ii) serán rotativos;

iii) serán grandes, claros, visibles y legibles;

iv) deberían ocupar el 50% o más de las superficies principales expuestas y en ningún caso menos del 30% de las superficies principales expuestas;

v) podrán consistir en imágenes o pictogramas, o incluirlos.

(...)

4. A efectos del presente artículo, la expresión "empaquetado y etiquetado externos" en relación con los productos de tabaco se aplica a todo envasado y etiquetado utilizados en la venta al por menor del producto." (Énfasis agregado)





3.37. Al respecto, se aprecia que la medida propuesta en el artículo 10 del Proyecto de Ley podría encontrarse enmarcada en el literal b) del artículo 11 del Convenio, el cual establece porcentajes mínimos que deberán ocupar las imágenes y frases de advertencia. No obstante, hay que tener en consideración que el Proyecto de Ley señala un porcentaje de 80% para el tamaño de las advertencias publicitarias en las caras principales del empaque, a diferencia de la norma vigente (Ley N° 28705) que establece un porcentaje de 50%; sin embargo, se debe tener presente que el numeral iv) del inciso 1 del artículo 11 del Convenio establece rangos que van del 30% al 100%, y la normativa vigente, específicamente el párrafo 1 del artículo 7 de la Ley N° 28705, ya cumple con los estándares establecidos en el Convenio.

3.38. Por otro lado, el Convenio define lo siguiente:

"Artículo 1

Lista de expresiones utilizadas

c) por **"publicidad y promoción del tabaco"** se entiende toda forma de comunicación, recomendación o acción comercial con el fin, el efecto o el posible efecto de promover directa o indirectamente un producto de tabaco o el uso de tabaco;

e) la **"industria tabacalera"** abarca a los fabricantes, distribuidores mayoristas e importadores de productos de tabaco;

f) la expresión **"productos de tabaco"** abarca los productos preparados totalmente en parte utilizando como materia prima hojas de tabaco y destinados a ser fumados, chupados, mascados o utilizados como rapé;"

3.39. Sobre el particular, se aprecia que las precitadas disposiciones coinciden con las definiciones establecidas en el artículo 4 del Reglamento de la Ley N° 28705³. No obstante, el artículo 5 del Proyecto Ley propone las siguientes definiciones que difieren de lo señalado en el Convenio y en el Reglamento de la mencionada la Ley:

"Artículo 5.- Definiciones

Para los efectos de esta Ley, entiéndase por:

(...)

l) **La Industria:** Persona natural o jurídica dedicada a la fabricación, importación, comercialización y/o distribución de productos de tabaco y productos de nicotina.

(...)

r) **Producto de tabaco:** Producto que contiene tabaco y que está destinado a ser consumido a través de cualquier modalidad; incluye a los cigarrillos, cigarros, puros, puntos, productos de tabaco calentado, y cualquier otra modalidad creada o por crearse. Incluye sus dispositivos, accesorios, recargas y cartuchos

t) **Publicidad y promoción:** Cualquier forma de comunicación comercial, recomendación o acción, directa y/o indirecta, que tenga por objetivo, efecto o efecto probable, promover el uso de un producto de tabaco o un producto de nicotina, sus dispositivos y/o sus accesorios."

3.40. Asimismo, de acuerdo con el artículo 4 del Proyecto de Ley, este resulta aplicable a todas las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que usen, fabriquen, importen, comercialicen y/o distribuyan productos de tabaco y productos de nicotina; estos últimos definidos como productos que "contiene nicotina, fabricada para uso humano. Comprende a

³ "10. **industria tabacalera:** incluye a los fabricantes, distribuidores, mayoristas e importadores de productos de tabaco.

12. **productos de tabaco:** productos preparados totalmente o en parte utilizando como materia prima hojas de tabaco y que están destinados a ser fumados, chupados, mascados o utilizados como rapé.

13. **publicidad y promoción de productos de tabaco:** sugerencia o recomendación de cualquier forma que tiene por efecto o posible efecto promover directa o indirectamente el consumo de productos de tabaco".





los cigarrillos electrónicos y a cualquier otra forma de suministro de nicotina creada o por crearse y que no tenga un fin terapéutico autorizado por el Ministerio de Salud. Incluye sus dispositivos, accesorios, recargas y cartuchos". Sin embargo, se aprecia que ni en el Convenio, ni en la normativa vigente (Reglamento de la Ley N° 28705), se encontrarían incluidos los "productos de nicotina".

- 3.41. Teniendo en cuenta ello, se observa que la exposición de motivos del Proyecto de Ley no precisa cuál es la norma internacional pertinente para establecer disposiciones sobre productos de nicotina (como los cigarrillos electrónicos), ni por qué resulta necesario apartarse de algunas de las definiciones establecidas tanto en el Convenio como en el Reglamento vigente, como la definición de productos de tabaco.
- 3.42. En consecuencia, resulta necesario que la exposición de motivos desarrolle si existe una norma internacional pertinente que ha servido como base para proponer las definiciones establecidas en el artículo 5 del Proyecto de Ley, y si las mismas resultan pertinentes o apropiadas para alcanzar el objetivo legítimo que se busca, a fin de que resulte compatible con el artículo 2.4 del Acuerdo OTC.

c) Compromisos en materia de Transparencia

- 3.43. De acuerdo con el numeral 2.9 del artículo 2 del Acuerdo OTC, en el caso de que no exista una norma internacional pertinente o cuando un reglamento técnico no esté en conformidad con una norma internacional, se deberá notificar la medida otorgando un plazo para que los demás países miembros puedan formular las observaciones que consideren.
- 3.44. Asimismo, la Decisión 827 de la CAN señala que los Países Miembros notificarán a través de la Secretaría General de la CAN los proyectos de reglamentos técnicos, así como los proyectos de actualización (revisiones o modificatorias) de los mismos que pretendan adoptar, y que deberán conceder como mínimo un plazo de sesenta días calendario antes de su publicación oficial para que los Países Miembros o cualquier interesado puedan presentar sus observaciones. Además, los Países Miembros deberán tener en cuenta las observaciones y los resultados de las consultas realizadas en la notificación de los proyectos, para la elaboración de los textos finales.
- 3.45. En ese sentido, el Proyecto de Ley, en tanto calificaría como Reglamento Técnico, debe cumplir con el procedimiento de notificación mencionado anteriormente, a través del Mincetur como punto focal en materia de obstáculos técnicos al comercio, y otorgar un plazo de 60 días para recibir comentarios de los interesados, los cuales, de recibirse, deberán ser revisados en aras de evaluar la pertinencia de incluirlos o no en la versión final del proyecto normativo.
- 3.46. Adicionalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 10 de la Decisión 827, el plazo entre la publicación de un reglamento técnico y su entrada en vigencia no será inferior a seis (6) meses, en aras de otorgar un tiempo necesario de adecuación para los productores e importadores, de lo contrario, se estaría incumpliendo dicho ordenamiento jurídico andino. Cabe señalar que, en el Perú, el organismo nacional encargado de la notificación de reglamentos técnicos es el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

D) Sobre la compatibilidad del Proyecto de Ley con los compromisos comerciales internacionales en materia de propiedad intelectual

- 3.47. En el artículo 9 del Proyecto de Ley se señala que los empaques de los productos de tabaco tendrán un solo formato y un solo color de fondo estándar, y que el nombre de la marca tendrá un solo tipo de letra y color y no podrá figurar ninguna imagen, mensaje, diseño o propuesta gráfica adicional.
- 3.48. Sobre el particular, el Perú, como Miembro fundador de la OMC desde el 1 de enero de 1995, debe cumplir las disposiciones establecidas en el Anexo 1C del Acuerdo por el que se crea la OMC; esto es, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual





relacionados con el Comercio (Acuerdo ADPIC).

- 3.49. De conformidad con el Acuerdo ADPIC de la OMC, los Miembros deben abstenerse de complicar injustificadamente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales por medio de complicaciones resultantes de existencias especiales. En efecto, el artículo 20 del Acuerdo ADPIC establece lo siguiente:

"Artículo 20

Otros requisitos

No se complicará injustificadamente el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales con exigencias especiales, como por ejemplo el uso con otra marca de fábrica o de comercio, el uso en una forma especial o el uso de una manera que menoscabe la capacidad de la marca para distinguir los bienes o servicios de una empresa de los de otras empresas. Esa disposición no impedirá la exigencia de que la marca que identifique a la empresa productora de los bienes o servicios sea usada juntamente, pero no vinculadamente, con la marca que distinga los bienes o servicios específicos en cuestión de esa empresa." (Énfasis agregado)

- 3.50. Con relación al artículo citado, en el caso Australia - Empaquetado genérico del tabaco (WT/DS435/R) ante la OMC⁴, el Órgano de Apelación señaló que el texto de dicho artículo refiere que, para establecer la existencia de una incompatibilidad con esa disposición, se deben establecer los siguientes elementos: i) la existencia de "exigencias especiales"; ii) tales exigencias deben "complicar" "el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales"; y, iii) deben hacerlo "injustificadamente".

- 3.51. Asimismo, el Órgano de Apelación precisó lo siguiente:

"6.649. A nuestro juicio, las razones para la imposición de exigencias especiales no tienen que guardar relación con la marca de fábrica o de comercio propiamente dicha. (...) En cambio, el artículo 20 que rige la imposición de complicaciones al uso de marca de fábrica o de comercio por medio de exigencias especiales, nada dice en cuanto a las razones por las que pueden imponerse exigencias especiales. A este respecto, observamos que el artículo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, titulado 'Principios', dispone, en el párrafo 1, que los Miembros 'podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo'. Las medidas que tratan de proteger la salud pública y la nutrición de la población engloban una gama de medidas contempladas específicamente en el Acuerdo sobre los ADPIC, por ejemplo mediante excepciones de los derechos exclusivos conferidos por una patente (artículo 30), licencias obligatorias (artículo 31) y la divulgación al público de los datos de pruebas (párrafo 3 del artículo 39). En esta línea, estamos de acuerdo con el Grupo Especial en que también pueden imponerse complicaciones al uso de marcas de fábrica o de comercio por medio de exigencias especiales de conformidad con el artículo 20 persiguiendo objetivos de salud pública." (Énfasis agregado)

- 3.52. Como se puede observar, de acuerdo con lo señalado por el Órgano de Apelación de la OMC, se pueden imponer "complicaciones" al uso de las marcas por medios de "exigencias especiales" que tengan por objetivo proteger la salud pública. En ese sentido, se considera que lo dispuesto en el artículo 9 del Proyecto de Ley, referido al uso del nombre de la marca en los empaques de los productos de tabaco, sería, en principio, conforme con el artículo 20 del Acuerdo ADPIC.

- 3.53. Sin perjuicio de ello, debe tenerse presente que en el caso de Australia, anteriormente

⁴ Informe del Órgano de Apelación de la OMC. Australia - Determinadas medidas relativas a las marcas de fábrica o de comercio, indicaciones geográficas y otras prescripciones de empaquetado genérico aplicables a los productos de tabaco y al empaquetado de esos productos (WT/DS435/R)





mencionado, el Órgano de Apelación de la OMC indicó que para establecer que el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales se está complicando injustificablemente con exigencias especiales, el reclamante de la medida debe demostrar que el objetivo de política perseguido por un Miembro que impone exigencias especiales no apoya suficientemente las complicaciones resultantes de esas exigencias⁵.

E) Otras consideraciones

3.54. El artículo 12 del Proyecto de Ley establece que está prohibida la comercialización de productos de tabaco y productos de nicotina que contengan aditivos, saborizantes y/o aromatizantes. Cabe indicar que dicha prohibición no se encuentra establecida ni en la Ley N° 28705 ni en su Reglamento.

3.55. Al respecto, considerando que la referida prohibición de comercialización abarcaría –de manera implícita- las operaciones de importación y exportación de estos productos, resulta necesario poner en consideración lo siguiente:

- (i) el artículo 63 de la Constitución Política del Perú estipula que la producción de bienes y servicios, y el comercio exterior, son libres;
- (ii) el artículo XI:1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, de obligatorio cumplimiento para el Perú, establece que un país miembro no puede, por regla general⁶, imponer prohibiciones ni restricciones a la importación o a la exportación en términos de cantidades o valores a los productos de otro Miembro; y,
- (iii) la prohibición a la comercialización de productos de nicotina que contengan aditivos, saborizantes y/o aromatizantes estaría estableciendo una obligación mayor a la que el Perú ha asumido en el marco de los artículos 6 y 15 del Convenio Marco de la Organización Mundial de Salud para el Control del Tabaco, los cuales establecen la eliminación de todas las formas de comercio ilícito de productos de tabaco, y la prohibición o restricción, según proceda, a la venta y/o la importación de productos de tabaco libres de impuestos y libres de derechos de aduana por los viajeros internacionales.

3.56. Por otro lado, en el artículo 8 del Proyecto de Ley se prohíbe toda forma de publicidad, directa e indirecta, así como la promoción y patrocinio de productos de tabaco y de productos de nicotina, inclusive los que tengan alcances transfronterizos. Adicionalmente en la Primera Disposición Complementaria Transitoria del Proyecto de Ley se indica que los anunciantes publicitarios de productos de tabaco y de productos de nicotina tendrán un plazo de ciento ochenta (180) días calendario, contados a partir de la expedición del reglamento correspondiente para el retiro de vallas, anuncios y toda forma de publicidad de productos de tabaco y de productos de nicotina, así como de las máquinas expendedoras de estos productos.

⁵ “6.659. En resumen, el sentido corriente del término “injustificablemente”, leído en el contexto de otras disposiciones del Acuerdo sobre los Adpic, indica que en virtud del artículo 20 del Acuerdo sobre los Adpic los miembros gozan de cierto grado de discrecionalidad al imponer complicaciones del uso de marcas de fábrica o de comercio.¹⁷⁰⁰ para establecer que el uso de una marca de fábrica o de comercio en el curso de operaciones comerciales se está complicando injustificablemente con exigencias especiales, el reclamante debe demostrar que un objetivo de política perseguido por un miembro que impone exigencias especiales no apoya suficientemente las complicaciones resultantes de esas exigencias. estamos de acuerdo con el grupo especial en que tal demostración podría incluir una consideración de: i) la naturaleza y la magnitud de las complicaciones resultantes de las exigencias especiales, teniendo en cuenta el interés legítimo del titular de la marca de fábrica o de comercio en utilizar su marca en el curso de operaciones comerciales; ii) las razones de la imposición de exigencias especiales; y iii) una demostración del modo en que las razones de la imposición de exigencias especiales apoyan las complicaciones resultantes.”

⁶ Sin perjuicio de ello, el artículo XX del referido Acuerdo dispone lo siguiente: “Artículo XX: Excepciones generales A reserva de que no se apliquen las medidas enumeradas a continuación en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta al comercio internacional, ninguna disposición del presente Acuerdo será interpretada en el sentido de impedir que toda parte contratante adopte o aplique las medidas: a) necesarias para proteger la moral pública; b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales; (...).”



- 3.57. Sobre el particular, se debe tener presente que el artículo 13 (Publicidad, promoción y patrocinio del tabaco) del Convenio Marco de la Organización Mundial de Salud para el Control del Tabaco establece que cada Parte, de conformidad con su constitución o sus principios constitucionales, procederá a una prohibición total de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco. Dicha prohibición comprenderá, de acuerdo con el entorno jurídico y los medios técnicos de que disponga la Parte en cuestión. Asimismo, establece que la Parte que no esté en condiciones de proceder a una prohibición total, debido a las disposiciones de su constitución o sus principios constitucionales, aplicará restricciones a toda forma de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco mediante la adopción de medidas legislativas, ejecutivas, administrativas u otras medidas apropiadas.
- 3.58. De lo antes expuesto se puede determinar que, si bien el citado Convenio establece que las Partes prohibirán la publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, esta obligación estará enmarcada en la Constitución y principios constitucionales de cada País. Con relación a ello, corresponde indicar que tanto el derecho a la protección de la salud, como la libertad de empresa se encuentran reconocidos en la Constitución Política del Perú. En ese sentido, dado que el Proyecto de Ley involucra ambos derechos en contraposición, se considera que sería necesario encontrar un balance entre los mismos.
- 3.59. Sobre el particular, cabe resaltar que en el artículo 13 del Capítulo IV ("De la Publicidad, Promoción y Patrocinio del Tabaco") de la Ley N° 28705 se señala que los anuncios publicitarios de productos de tabaco deben consignar las frases de advertencia, las cuales son de un 50 % del espacio y, a la vez, deben ocupar un espacio del quince por ciento (15%) del espacio publicitario y variarse con una periodicidad de seis (6) meses.
- 3.60. Asimismo, los artículos 14 y 15 de la Ley N° 28705 disponen prohibiciones en la publicidad por medios gráficos y por patrocinio de eventos o actividades, cuyo público objetivo son mayores de 18 años, así como la prohibición de patrocinar con la marca cualquier producto de tabaco un evento o actividad destinado a menores de edad, respectivamente; y el artículo 16 establece ciertas restricciones a la publicidad, tales como que ningún anuncio publicitario de productos de tabaco podrá estar dirigido a menores de 18 años, mostrar personas menores de edad, y sugerir que la mayoría de personas son fumadores. Además, el artículo 17 establece la prohibición de publicidad directa e indirecta de productos de tabaco, en ciertos lugares como: i) medios de comunicación de televisión de señal abierta, radio u otro medio similar; ii) establecimientos dedicados a la salud o a la educación sean públicos o privados y en las dependencias públicas; iii) publicidad exterior en los alrededores en un radio de 500 metros de centros educativos de cualquier nivel o naturaleza; iv) actividades deportivas de cualquier tipo; v) exhibiciones, espectáculos y similares en los que esté permitido el ingreso de menores de 18 años; y, vi) prendas de vestir.
- 3.61. De los artículos antes mencionados se aprecia que la normativa vigente ya establece prohibiciones destinadas a la protección de la salud de las personas; asimismo, existen prohibiciones a la publicidad en eventos deportivos o medios de comunicación de señal abierta, entre otros, en los cuales no necesariamente puede estar dirigido a menores de 18 años, pero que están igualmente prohibidos.
- 3.62. En ese sentido, el Proyecto de Ley que propone la prohibición de toda forma de publicidad, directa e indirecta, así como la promoción y patrocinio de productos de tabaco y de productos de nicotina, inclusive los que tengan alcances transfronterizos, podría ser considerado como una medida que sobrepasa dicho balance de derechos, afectando de manera injustificada la libertad de empresa.

IV. CONCLUSIONES

- 4.1. El Proyecto de Ley contiene disposiciones en materia de etiquetado de productos de tabaco y nicotina, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo OTC y la Decisión 827 de la CAN, se trataría de un Reglamento Técnico.



PERÚ

Ministerio
de Comercio Exterior
y Turismo

Viceministerio de
Comercio Exterior

Dirección de
Supervisión Normativa

- 4.2. El Proyecto de Ley buscaría, principalmente, la protección a la salud, objetivo legítimo que se encuentra expresamente establecido en el Acuerdo OTC y en la Decisión 827. Sin embargo, no se ha realizado un análisis que pueda determinar: (i) el grado de la contribución de la medida al objetivo legítimo; (ii) el grado de la restricción del comercio; (iii) la naturaleza de los riesgos en cuestión y la gravedad de las consecuencias que crearía no alcanzar el objetivo que se persigue; y, (iv) verificar si no existe otra medida menos restrictiva al comercio.
- 4.3. De la revisión del Proyecto de Ley no se desprende la norma internacional pertinente utilizada para establecer disposiciones sobre productos de nicotina (como los cigarrillos electrónicos), por lo que no resultaría compatible con el artículo 2.4 del Acuerdo OTC.
- 4.4. Además, en tanto el Proyecto de Ley constituye un Reglamento Técnico, correspondería que este sea notificado a la OMC y a la CAN, así como que se establezca un plazo de entrada en vigencia no inferior a seis (6) meses.
- 4.5. Por otro lado, de acuerdo con nuestros compromisos comerciales internacionales en materia de propiedad intelectual establecidos en el Acuerdo ADPIC, se pueden imponer "complicaciones" al uso de las marcas por medio de "exigencias especiales" que tengan por objetivo proteger la salud pública; por lo que el artículo 9 del Proyecto de Ley estaría en concordancia con tales compromisos internacionales.
- 4.6. Con relación a la prohibición de comercializar productos de tabaco y productos de nicotina que contengan aditivos, saborizantes o aromatizantes, se debe tener presente, entre otros aspectos, que el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio dispone que un país miembro no puede, por regla general, imponer prohibiciones ni restricciones a la importación o a la exportación en términos de cantidades o valores a los productos de otro Miembro. Asimismo, en cuanto a la prohibición de toda forma de publicidad, promoción y patrocinio de productos de tabaco, se debe considerar que la normativa vigente protege la salud de las personas, sin afectar de manera injustificada la libertad de empresa, estableciendo prohibiciones a la publicidad en eventos deportivos o medios de comunicación de señal abierta, entre otros.
- 4.7. En virtud a lo expuesto, esta Dirección considera que, sin perjuicio de la opinión que puedan emitir otros sectores y entidades competentes, en lo que respecta al ámbito de competencia del Viceministerio de Comercio Exterior, el Proyecto de Ley sería no viable.

V. RECOMENDACIÓN

Esta Dirección considera que corresponde solicitar opinión del Proyecto de Ley en cuestión al Ministerio de Salud y al Ministerio de Economía y Finanzas, por involucrar temas relacionados con sus competencias.

Atentamente,

Documento firmado digitalmente

MARIA SUSANA ROLDAN ROSADIO

Directora (E) de la Dirección de Supervisión Normativa

dvc

Expediente N° 1559830



BICENTENARIO
DEL PERÚ
2021 - 2024

