

UNIVERSIDAD NACIONAL DE SAN ANTONIO ABAD DEL CUSCO
ESCUELA DE POSGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO
MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL Y PROCESAL CONSTITUCIONAL



MONOPOLIO EN EL SECTOR FARMACIAS EN EL PERÚ Y SU REPERCUSIÓN
SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

PRESENTADA POR:

Br. FREDY CÁCERES JOAQUÍN

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRO EN DERECHO: MENCIÓN DERECHO
CONSTITUCIONAL Y PROCESAL
CONSTITUCIONAL

ASESOR: DR. MARIO HUGO SILVA ASTETE

CUSCO – PERÚ

2019

DEDICATORIA

A mis padres, por darme la vida, gracias por mostrarme el camino correcto y guiarme por él, a mis hermanos porque con su comprensión, afecto y su aprecio desinteresado son mi gran fortaleza, por servirme de guía y apoyo, por darme su afecto en los momentos más difíciles sin pedir nada a cambio, por su dedicación y por cuidarme en los momentos más difíciles en mi declive, por ser un guía para mi persona, por compartir sus experiencias como vivencias únicas, porque gracias a ustedes todo lo que conseguí no hubiera sido factible su concretización.

AGRADECIMIENTO

Dedico esta tesis a mis hermanos Mario, Néstor, Julio, Celia y Miriam quienes fueron un gran apoyo emocional en las fases en que se escribía esta tesis.

A mis docentes de la maestría en derecho constitucional quienes me impulsaron con sus enseñanzas y prácticas, aun sin importar el desinterés de mi persona en poner atención en clases que se dictaban, a ellos que continuaron depositando su esperanza y confianza en mí.

A todos lo que me impulsaron para elaborar e investigar esta tesis.

Para ellos es esta dedicatoria de tesis, púes es a ellos a quienes se las debo por su apoyo incondicional en especial a mi asesor.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
ÍNDICE GENERAL.....	IV
RESUMEN.....	VIII
ABSTRACT.....	IX
INTRODUCCIÓN	X
CAPITULO I.....	1
1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	1
1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	1
1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	5
1.2.1. PROBLEMA GENERAL.....	5
1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS.....	5
1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	5
1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	7
1.4.1 OBJETIVO GENERAL.....	7
1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	7
1.5 DELIMITACIÓN DE ESTUDIO.....	8
1.5.1 DELIMITACIÓN ESPACIAL.....	8
1.5.2 DELIMITACIÓN TEMPORAL.....	8
1.5.3 DELIMITACIÓN TEMÁTICA	8
CAPITULO II.....	9
2 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL.....	9
2.1. BASES TEÓRICAS	9
2.1.1. LA EMPRESA Y SU CONCEPTO JURÍDICO.....	9
2.1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MONOPOLIO	12

2.1.3.	DEFINICIÓN DE MONOPOLIO	14
2.1.3.1.	FORMAS DE MONOPOLIO	16
2.1.4.	TRATAMIENTO JURÍDICO DEL MONOPOLIO.....	22
2.1.5.	REPERCUSIONES DERIVADAS DEL MONOPOLIO COMERCIAL.....	25
2.1.6.	LA PARADOJA DE LA LIBRE COMPETENCIA.....	26
2.1.7.	PENALIZACIÓN DEL MONOPOLIO EN EL DERECHO COMPARADO	29
2.1.8.	LOS MONOPOLIOS LEGALES EN LA CONSTITUCIÓN	36
2.1.9.	EL MONOPOLIO EN EL MERCADO FARMACÉUTICO	39
2.1.10.	LA COMPETENCIA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO.....	41
2.1.11.	ARTÍCULOS DEROGADOS DEL CÓDIGO PENAL Y PROYECTO DE LEY EMITIDOS CONTRA LA LUCHA DEL MONOPOLIO.....	44
2.1.12.	DEFINICIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.....	48
2.1.13.	NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD	51
2.1.14.	RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO A LA SALUD	53
2.1.15.	PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD	55
2.1.16.	EL DERECHO A LA SALUD EN EL PERÚ	61
2.1.17.	EL MERCADO DE MEDICINAS Y EL DERECHO A LA SALUD	65
2.1.18.	LA SALUD EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD GLOBAL	69
2.1.19.	EL MERCADO FARMACÉUTICO EN EL PERÚ	71
2.1.20.	PROTECCIÓN DE LA SALUD Y EL ACCESO A LOS MEDICAMENTOS ANTE LA IDEOLOGÍA DEL MERCADO	74
2.1.21.	MEDICAMENTOS CAROS UN DOLOR A LA ECONOMÍA PARA LOS PACIENTES PERUANOS	75
2.1.22.	INDECOPI SANCIONA A CINCO CADENAS DE FARMACIAS POR CONCERTACIÓN DE PRECIOS.....	78
2.2	MARCO CONCEPTUAL (PALABRAS CLAVES).....	81
2.2.1.	MONOPOLIO.....	81
2.2.2.	FARMACIAS.....	83
2.2.3.	PRODUCTOS FARMACÉUTICOS	83

2.2.4. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD	84
2.2.5. DERECHO A LA VIDA	85
2.3. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN.....	85
2.3.1. TESIS	85
2.3.2. ARTÍCULOS ESPECIALIZADOS.....	88
CAPITULO III.....	92
3. HIPÓTESIS GENERAL Y CATEGORÍAS	92
3.1. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN	92
3.1.1. HIPÓTESIS GENERAL.....	92
3.2. CATEGORÍAS DE ESTUDIO	92
CAPITULO IV	94
4. METODOLOGÍA.....	94
4.1. DISEÑO METODOLÓGICO.....	94
4.2. UNIDAD DE ANÁLISIS TEMÁTICO	94
4.3. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.94	
4.3.1. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS	94
4.3.2 INSTRUMENTOS	95
4.3.3 TÉCNICAS DE ANÁLISIS PARA EL PROCESAMIENTO DE INFORMACIÓN	95
CAPITULO V	96
5. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS.....	96
5.1. SITUACIÓN DEL MERCADO DE FARMACIAS EN EL PERÚ DURANTE LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS.....	96
5.2. EL MONOPOLIO EN EL MERCADO DE FARMACIAS Y SU REPERCUSIÓN EN EL INCREMENTO DE PRECIOS DE LOS MEDICAMENTOS	97
5.3. ÍNDICE COMPARATIVO DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS ENTRE EL PERÚ Y ALGUNOS PAÍSES DE LA REGIÓN	100
5.4. SITUACIÓN DE LA DEMANDA DE MEDICAMENTOS POR PARTE DE LOS PACIENTES EN EL PERÚ.....	102
5.5. PROPUESTA LEGISLATIVA PARA ERRADICAR EL MONOPOLIO EN EL SECTOR FARMACIAS EN EL PERÚ.....	103

CONCLUSIONES	112
RECOMENDACIONES	114
BIBLIOGRAFÍA.....	115

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Categorías de estudio	93
Tabla 2 Diseño metodológico	94
Tabla 3 Comparativo de precios de medicamentos (en soles)	99
Tabla 4 Precios comparativos de los medicamentos esenciales.....	101
Tabla 5 Demanda de medicamentos.....	102

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1 Comparativo de precios de medicamentos	78
---	----

RESUMEN

El presente estudio de investigación nace de la preocupación del margen de las noticias políticas trascendentes que trajo consigo este año, un tema que despierta el interés de todos los ciudadanos es la reciente compra de las cadenas Mifarma, BTL, Fasa y Arcángel (Quicorp) por la empresa farmacéutica Inkafarma (InRetail). A los inicios del año 2018, el órgano de la comisión de la defensa del consumidor se reunió debido a la urgente necesidad de debatir la ley para efecto de regular la concentración y fusión empresarial y así evitar los monopolios que son dañinos para la economía. Frente a esta desmesurada ola política, es menester preguntarnos. ¿El monopolio y su efecto son perjudiciales para la economía? ¿El Estado, como un órgano vigilante en el libre juego de la oferta y demanda, debe dirigir a toda costa las constituciones de los monopolios o siendo más precisos en sus normas y órganos que vigilan de la economía de la posición de dominio?. Luego de que el organismo controlador de Indecopi sancionara a estas cadenas farmacéuticas por la concertación de los precios, así también se advierte que la cadena de farmacias decidieron fusionarse para luego continuar con la elevación de precios de un modo que nadie se diera cuenta, lo cual es muy grave en las acciones que toma la cadena de farmacias, sobre todo al manipular productos farmacéuticos de primera necesidad que la población necesita y que no pueden sustituirlo en el mercado farmacéutico. Lo primero que se destaca es que no es un producto con sustitutos, sino de medicamentos que se adquieren con receta médica como bienes con demanda inelástica. En el año 2008 el gobierno derogó los artículos del código penal como son el artículo 232 (abuso de poder económico), el artículo 233 (acaparamiento) y con la derogación de estos artículos dejó sin inculpación penal a los infractores que son inaceptables en el mercado. Este dispositivo de quejas colectivas que se emiten al órgano contralor de Indecopi se debe actuar de inmediato para la población afectada que más necesitan de los medicamentos farmacéuticos y se debe presente una demanda para resarcir los daños que ocasionan estas empresas farmacéuticas por la concertación de precios.

PALABRAS CLAVE: Monopolio, Farmacias, Derechos Fundamentales, Salud.

ABSTRACT

The present research study is born of the concern of the margin of the important political news that brought this year, a subject that arouses the interest of all citizens is the recent purchase of the chains Mifarma, BTL, Fasa and Arcángel (Quicorp) by part of Inkafarma (InRetail). At the beginning of this year 2018, the consumer defense commission met due to the urgent need to "debate a law to regulate mergers and corporate mergers and thus avoid monopolies that are harmful to the economy." Faced with this disproportionate political wave, we must ask ourselves. Are monopolies harmful to the economic system? The State, beyond its vigilant role of maintaining the free play of supply and demand, must avoid at all costs the creation of monopolies or, more precisely, economies of position of domination. Then, rather than fight the constitution of monopolies or positions of dominion in the market, our legislators should focus the problem in the forecast of effective mechanisms that prevent the abuse of those positions of economic power. After Indecopi sanctioned the pharmaceutical chains by agreement of prices, it is noticed that the same chains chose to merge to continue with the pricing in a legal way, which is something very serious, especially when dealing with products of first necessity that do not have substitutes in the market. The first thing to note is that we are not talking about a product with substitutes, but about medicines that are bought with a prescription, goods with inelastic demand. In 2008, the government repealed the articles of the criminal code that typified this offense, which are article 232 (abuse of economic power), article 233 (hoarding) and thereby left without criminal reproach and several conducts that, in themselves, are unacceptable in the market. The mechanism of collective lawsuits still does not work, Indecopi should act so that all the affected people present a demand to compensate the damages.

KEYWORDS: Monopoly, Pharmacies, Fundamental Rights, Health.

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación intitulada **MONOPOLIO EN EL SECTOR FARMACIAS EN EL PERÚ Y SU REPERCUSIÓN SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD**, resulta ser de trascendental importancia en el campo social y jurídica sobre la falta de una norma que regule las concertaciones de precios y de fusiones y adquisiciones que alcanza su punto más alto con el dominio absoluto de la empresa farmacéutica de Inkafarma.

La presente tesis está dividida en cinco capítulos que se detalla.

Primer Capítulo.- Este capítulo está referido al planteamiento del problema, donde se analiza la situación problemática del monopolio en el sector farmacia en el Perú y las repercusiones sobre los derecho fundamentales a la salud, dentro del contexto teórico se enfoca el presente argumento de esta investigación y la delimitación de estudio con la finalidad de tener un estudio integrado del tema.

Segundo Capitulo.- Comprende el marco teórico conceptual como antecedentes de la investigación, artículos especializados y las bases teóricas donde se aborda los temas del tratamiento jurídico del monopolio como la definición y las clases de monopolio y la penalización del monopolio en el derecho y la legislación comparada donde el legislador nacional desconocía de las legislaciones y doctrinas de otros países con un sistema de economía de mercado que cuenta con una larga tradición de legislación antimonopólica basado en una simple concepción de supervivencia.

Tercer Capítulo.- Nos ocupamos de la hipótesis de investigación y categorías de estudio.

Cuarto Capitulo.- Se encuentra el diseño metodológico y el enfoque de investigación cualitativo y el tipo de investigación socio jurídico y la unidad de análisis temático y las técnicas de recolección de datos.

Quinto Capítulo.- Esta referido a la presentación de resultados y la situación del mercado de farmacias en el Perú durante los últimos cinco años, el monopolio en el mercado de farmacias y su repercusión en los incrementos de precios y un

índice comparativo de precios de medicamentos entre el Perú y algunos países del continente sudamericano y como último punto la demanda de medicamentos por los más necesitados por los pacientes en el Perú.

Finalmente, las conclusiones y las recomendaciones que pretenden brindar opciones de mejora en la aplicación del control del monopolio y un eficiente control por los órganos del Estado.

CAPITULO I

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

En el mes de enero del año 2008, dos centros farmacéuticos expendían las pastillas de Dislep, que es un comprimido para abordar males de reflujo gástrico, a S/ 2,20 por unidad. Pero otras tres centros farmacéuticos vendían entre S/ 2,40 y S/ 2,60. Pero curiosamente, el mismo mes de enero del año 2008, los cinco centros farmacéuticos expendían las mismas pastillas a S/ 2,60. (Chacon, 2018)

La pregunta es ¿Qué sucedió? En el año del 2016, Indecopi detectó una de las más abusivas y mañosas prácticas mercantilistas que se cometían en nuestro país que era la concertación de precios de productos farmacéuticos no solo con el producto de Dislep, sino de 35 productos más, de los cuales 21 productos se vendían bajo receta médica.

A la fecha de esas cinco farmacias infractoras, como son: Nortfarma continúa operando sola en la región de Piura, en cambio las restantes empresas farmacéuticas sindicadas a la fecha solo tienen un solo dueño a nivel nacional que es la empresa farmacéutica de Inkafarma. Esta cadena de empresas farmacéuticas como InRetail, perteneciente al grupo farmacéutico de Intercorp, que tiene al menos el 83% de participación en el mercado y su distribución de productos farmacéuticos. Pero viene la pregunta, que hace todo ciudadano ¿Qué nos garantiza que no se vuelvan a incrementar los precios de los medicamentos como sucedió contra los consumidores entre el mes de febrero del año 2008 y el mes de marzo del 2009? (Renzo, 2018)

Se ha diluido la figura de la concertación de precios en productos farmacéuticos. Pueden elevar sus costos sin que constituya una infracción al mercado peruano. Por esto, es necesario una legislación apropiada para el control de los monopolios de las farmacias, a la fecha no existe un documento o norma en el Perú. Esto si impacta, porque si algo afecta a la economía familiar son los precios desproporcionados de las medicinas a la ciudadanía de bajos recursos

económicos. De haber estado vigente una ley, una operación como esta no hubiera pasado fácilmente en nuestro país, sostiene el congresista aprista Jorge del Castillo Gálvez

, quien justamente hace días después hace la publicación del anteproyecto de ley para la regulación de fusiones y adquisiciones y que recién sería debatido por el poder legislativo. (Andina, 2018)

José Távara, profesor principal en la facultad de economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), explica, desde que la entidad de Indecopi sancionara a las cinco cadenas de farmacias por la concertación de precios, estas empresas iniciaron una extensa maniobra de fusiones y adquisiciones que acabó de alcanzar el punto más alto con el dominio de las empresas farmacéuticas Inkafarma, lo cual era para evitar futuras sanciones por concertación. (República, 2016)

Este atentado contra la población menos pudiente y la competitividad de la economía en el Perú, es alarmante si se tiene en cuenta que, según el INEI, entre los años 2004 y 2010 se tiene más del 80% del gasto efectuados en la compra de medicinas de los hogares peruanos se realizó en las farmacias (incluidas en las boticas independientes que se encuentran en lugares más lejanos de la ciudad). Al año 2018 los especialistas en esta área advierten que la tendencia es similar.

En este caso es un crimen en el sentido literal porque si se eleva los precios de los medicamentos farmacéuticos y la población de bajos recursos no podrán pagarlo y el fin sería indudable la muerte. Pero alguien de la clase media podrían pagarlo. Probablemente por ahora las empresas farmacéuticas antes mencionadas se cuiden de elevar los precios, pero al final de todo ello eso no es lo que ocurrirá” dice Távara.

Voceros de la empresa farmacéuticas Intercorp manifiesta que esta operación efectuada no concentra el mercado en la venta de medicamentos debido a que la unión de las empresas farmacéuticas de Inkafarma y Mifarma representa en un total de 2.043 farmacias, es decir, el 18% de más de 11 mil farmacias existentes a

la fecha a nivel nacional que están mayoritariamente en manos de empresas independientes.

Sin embargo, la repartición de las compras de medicinas a los laboratorios y distribuidoras demuestra todo lo contrario. Según el órgano de Digemid (dirección general de medicamentos, insumos y drogas), en el año 1998 las boticas independientes representaban el 86% de la venta total de los laboratorios, mientras que las cadenas farmacéuticas solo adquirirían el 14% de la venta total. En el año del 2009, esta repartición cambió radicalmente y las cadenas farmacéuticas representan el 60% de las ventas total de los laboratorios versus el 40% de las farmacias independientes.

Las boticas independientes a la fecha son cada vez son menos porque una farmacia de un barrio solo compra cantidades suficientes para abastecer su pedido, mientras que las cadenas de empresas farmacéuticas por economía de escala adquieren cantidades y obtienen mejores precios y por ello pueden tener mejores márgenes en sus ventas. Si quieren poner el precio estas farmacias lo hacen a precios mucho más bajo y lo hacen y buscan desaparecer al competidor. Las boticas de barrio contra todo esto subsisten porque están en lugares lejanos donde no hay las cadenas farmacéuticas. En la medida que las cadenas de empresas farmacéuticas sigan creciendo, las farmacias independientes van desapareciendo. (Republica D. , 2018)

Ante esta consolidación de un solo grupo de enormes empresas farmacéuticas, los profesionales en química farmacéutica tendrían su campo laboral limitado, lo cual podría influir en su régimen salarial y sus derechos laborales.

La oferta en el campo laboral para profesionales en el área farmacéutica podría disminuir porque solo habría una gran cadena de farmacias que colocaría e impondría reglas que no serían ventajosas. Por ejemplo, en el departamento de Trujillo, los trabajadores quisieron sindicalizarse y lo que hicieron las empresas farmacéuticas fue despedirlos. Se sacó un comunicado alertando sobre este comportamiento, recuerda Javier Llamaza.

Otro aspecto interesante tras la última operación de concentración en las empresas farmacéuticas es con relación entre las cadenas de farmacias y los laboratorios.

José Távora agrega que al haber una gran cadena de farmacias que adquiera productos medicinales a los laboratorios, existe una posibilidad de que se efectúe una colusión vertical en contra de los adquirientes, que se puede interpretar como un acuerdo paralelo al de una concertación de precios para restringir la distribución de ciertos productos farmacéuticos.

Las farmacias de gran cadena económica establecen acuerdos con los laboratorios para no difundir el uso de medicamentos genéricos o de precios accesibles. Esta forma puede convertirse en una forma de colusión vertical para obstruir el uso y difusión de medicamentos que estén al alcance de las familias más necesitadas y solo ofertar los productos más caros de los laboratorios farmacéuticos. Y la pregunta que se hace todo ciudadano ahora ya no existe competencia. (Rios, 2018)

Javier Llamaza advierte otro problema. Muchas de estas farmacias antes mencionadas crearon sus marcas propias de medicamentos básicos como Ibuprofeno, Paracetamol, entre otras que difunden estas farmacias, los cuales eran producidos de laboratorios nacionales. Como se puede analizar y el adquiriente es un solo comprador, las reglas de juego cambian en su forma de adquirir estos productos. Esto es una forma negativa para la industrialización de medicamentos. A la fecha existe una sola cadena de boticas y los laboratorios farmacéuticos tienen un solo comprador que se conoce como (monopsonio). Y muchas empresas podrían quedarse fuera del mercado comercial. (Republica, 2018).

1.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

1.2.1. PROBLEMA GENERAL

¿De qué manera el monopolio en el sector farmacias en el Perú repercute sobre el derecho fundamental a la salud?

1.2.2. PROBLEMAS ESPECÍFICOS

1ª ¿Cuál es la situación del mercado de farmacias en el Perú, durante los últimos cinco años?

2ª ¿De qué manera el monopolio en el mercado de farmacias repercute en el incremento de precios de los medicamentos?

3ª ¿Cuál es el índice comparativo de precios de medicamentos entre el Perú y algunos países de la región?

4ª ¿Cuál es la situación de la demanda de medicamentos por parte de los pacientes en el Perú?

5ª ¿Cómo se puede implementar una medida legislativa para erradicar el monopolio en el sector farmacias en el Perú?

1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación se justifica por las siguientes razones:

a) Conveniencia

Es conveniente realizar esta investigación desde un aspecto referido a la especialidad de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional, debido al monopolio exorbitante en el sector farmacias en el Perú, sin que ningún poder del estado pueda frenar este monopolio que trae mucho daño a la ciudadanía menos pudiente y por ello repercute fundamentalmente el derecho a la salud en todos sus extremos.

b) Relevancia Social

Tiene relevancia de carácter social porque se manifiesta en un derecho nacional e internacional respecto de esta realidad concreta referentes a enfermos en situación terminales que plasman su voluntad de morir e evitar el encarecimiento terapéutico y sufrimiento físico, sabiendo que la enfermedad que poseen escapan de la economía que poseen y de la indiferencia de la sociedad. Porque la sociedad tiene todo el derecho a la vida y como también a la libertad y no ser una carga social para los parientes afectados por los diversos factores social y económico que puedan pasar. Esto nos permitirá que una persona de enfermedad terminal pueda morir dignamente sin que las leyes entorpezcan su última voluntad.

c) Implicaciones prácticas

Lo que se busca con esta investigación es promover que los resultados obtenidos modifiquen mediante una reforma legislativa artículos tipificados en los códigos sustantivos, para casos que ameritan una atención prioritaria y el control de precios de las empresas farmacéuticas por el monopolio comercial que efectuaron una gran agrupación de farmacias que compre medicina a los laboratorios a precios ínfimos y generando a la sociedad una colusión vertical en contra del consumidor, es decir, un pacto similar como una concertación para obstruir la distribución de ciertos productos de mayor necesidad.

d) Valor teórico

El valor teórico de nuestro trabajo está en la recopilación documental de información relevante de precios

de medicamentos de diferentes farmacias que existe en nuestra sociedad lo cual puede marcar una serie de diferentes tipos y precios que se ofertan al mercado sin tener ningún compasión por los más necesitados que adolecen de enfermedades incurables vulnerando así los derechos fundamentales amparado por la Constitución.

e) Utilidad metodológica

Considero que la elaboración de nuestro trabajo y la recolección de información pertinente a nuestro estudio, es ya de por si un aporte metodológico importante que puede servir a investigaciones posteriores sobre temas conexos al nuestro, que identifique de mejor manera la percepción del monopolio comercial en el sector farmacias en el Perú repercutiendo el derecho fundamental que toda persona lo tiene a la salud.

1.4 OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1 OBJETIVO GENERAL

Determinar si el monopolio en el sector farmacia en el Perú repercute sobre el derecho fundamental a la salud.

1.4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1ª Conocer la situación del mercado de farmacias en el Perú durante los últimos cinco años.

2ª Determinar la forma en que el monopolio en el mercado de farmacias repercute en el incremento de precios de los medicamentos.

3ª Precisar el índice comparativo de precios de medicamentos entre el Perú y algunos países de la región.

4ª Conocer la situación de la demanda de medicamentos por parte de los pacientes en el Perú.

5ª Establecer la forma si se puede implementar una medida legislativa para erradicar el monopolio en el sector farmacias en el Perú.

1.5 DELIMITACIÓN DE ESTUDIO

1.5.1 DELIMITACIÓN ESPACIAL

El ámbito geográfico de nuestra investigación está referido en el departamento de Cusco, donde se verificara el precio de los medicamentos de las farmacias existentes, encontrando precios diferenciados, imperando el monopolio desproporcionado sin que ninguna autoridad de turno pueda fiscalizar el desorden y las alzas de los precios.

1.5.2 DELIMITACIÓN TEMPORAL

La extensión temporal de nuestro estudio está referida hasta el año 2018. En dicho ámbito temporal se analizara proyectos de ley emitido por los congresistas de la república, como también las sanciones o multas emitidas por los organismos llámese indecopi, que efectuaron un control a la concertación de precios de productos farmacéuticos por las grandes empresas dedicadas a la venta y distribución de medicinas.

1.5.3 DELIMITACIÓN TEMÁTICA

La temática de nuestro estudio se circunscribe al área del costo nacional e internacional de las diferentes clases de medicinas adquiridas por la población peruana. En dicho ámbito se analizara si hay normas que posibilita el monopolio farmacéutico de ciertas empresas nacionales que trae consecuencias negativas y una desproporción al derecho fundamental que todo ciudadano tiene a la salud.

CAPITULO II

2 MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.1. BASES TEÓRICAS

2.1.1. LA EMPRESA Y SU CONCEPTO JURÍDICO

La empresa es una organización o institución dedicada a actividades o persecución de fines económicos especialmente comerciales, lo cual tiene como función principal es de satisfacer necesidades de bienes o servicios de la población en general como finalidad principal de asegurar la continuidad productiva y comercial así como sus inversiones necesarias.

Este modelo económico y su amplia estructura jurídica de toda empresa constituyeran si se toma los siguientes aspectos como la creación, construcción, función, jerarquía y disciplina.

La empresa como una persona jurídica es como un proyecto de tesis que primeramente pretender otorgar vida propia a la empresa, como los elementos o integrantes pero muy distintos pero dotados de independencia jurídica lo que significaría que en buena cuenta una separación de aspecto conceptual entre la empresa y el empresario. El empresario en esta función vendría a ser como el primer asistente o servidor de la empresa. Esta tesis significaría en el fondo respaldar que el sujeto de los derechos no sería el empresario, sino la empresa misma, estimada como ente autónomo llevando a adquirir que las cosas que jurídicamente son objeto del derecho se convertirían en sujeto del mismo y en cierto casos se apoderaría de la transmisión de los bienes entre sujeto y un objeto del derecho. (Manfredi, 2004)

Cada país de este globo terráqueo tiene una legislación diferente, aunque lo más probable es que no sean muy distintos. En Perú se pueden encontrar diferentes tipos de empresa que se detallan a continuación como la Empresa Individual de Responsabilidad Limitada (E.I.R.L.), Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada (S.R.L.) y Sociedades Anónimas (S.A.) que pueden

derivarse en; Sociedad Anónima Abierta (S.A.A.) o Sociedad Anónima Cerrada (S.A.C.). (Ley N° 26887)

A. Empresa Unipersonal.

Esta clase de empresa tiene como titular a una persona natural y la función que desarrolla absolutamente es toda actividad comercial y financiera de una empresa en cuestión. Y la dificultad máxima de esta clase de empresa comercial que se menciona, es por no ser una empresa plenamente autónoma y la persona titular solo respondería con su patrimonio personal (propiedades, dinero, etc.) por las futuras deudas que podría tener esta clase de empresa. Generalmente se adopta por una clase de empresas unipersonales cuando solo se trata de un proyecto insignificante, en el cual se impondrá el trabajo y un capital. Cabe resaltar que a las diferentes empresas del resto y el registro de la documentación de esta empresa unipersonal son más sencillos. (Manfredi, 2004)

B. Empresa Individual de Responsabilidad Limitada E.I.R.L.

Esta clase de empresa es de tipo de derecho privado que está conformado por un aspecto fundamental que es la voluntad del titular. Como su función principal en la responsabilidad de esta clase de empresa es limitada, solo responde con su propio capital en las deudas y quedando libre el titular de la responsabilidad y de su patrimonio. Las funciones que estas empresas competen son únicamente de pequeña empresa. Asimismo, el capital de la empresa puede ser de dinero o bienes no monetarios (muebles, maquinaria, etc.). (Maifredi, 2004)

C. Sociedad Anónima S.A.

Esta clase de sociedad anónima es de una clase de persona jurídica con derechos privados cuya fin y su naturaleza podría ser comercial o en otro medio mercantil. Está constituido por sus socios fundadores siendo esta clase de empresa de responsabilidad limitada y por lo tanto ningún de estos socios que conforman esta clase de empresa responde con su patrimonio ante las futuras deudas de la empresa. El capital de esta sociedad anónima siempre está representado por una acción nominativa lo que constituye en un aporte

de los socios, lo que pueden ser bienes monetarios o patrimoniales. La sociedad anónima puede adquirir cualquiera de las denominaciones como abierta o cerrada, pero sí es obligatorio que la figura de la indicación de sociedad anónima o las siglas S.A. (Exebio, 2016, pág. 39)

D. Sociedad Anónima Abierta S.A.A.

Una sociedad anónima es abierta cuando sus acciones o movimientos están abiertas a las ofertas, lo que se quiere decir que cualquiera persona puede comprar sus acciones en el mercado de valores y formar parte del grupo de accionistas de esta empresa. Igualmente una sociedad anónima abierta se puede declarar como tal cuando tiene 750 accionistas o más, pero cuando de los 35% de sus acciones pertenece a 175 accionistas o más integrantes, cuando esta clase de empresas se constituye y cuando en unión de todos sus accionistas tienen derecho a voto y deciden por tal concordancia tal calificativo. (Maifredi, 2004)

E. Sociedad Anónima Cerrada S.A.C.

Este es uno de los tipos de empresas en el Perú más comunes. Esta clase de empresa de sociedad anónima es cerrada cuando el número de sus accionistas o integrantes no puede exceder de los 20 y sus acciones pertenecientes a esta sociedad cerrada no están inscritas en los registros públicos, en este entender nadie y solo salvo sus socios pueden adquirir acciones. Asimismo, sus acciones están divididas en participaciones sociales. (Maifredi, 2004)

F. Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada S.R.L.

Esta clase de empresas el capital se fracciona en participaciones iguales entre sus integrantes, lo cual no pueden ser incorporados en títulos valores tampoco puede llamarse acciones. Asimismo los integrantes o socios de esta sociedad comercial no pueden exceder de 20 integrantes y por este hecho de tratarse de esta clase de empresa de responsabilidad limitada, quiere decir que no responden con su patrimonio personal ante las futuras deudas de la empresa. El caudal de esta clase de empresas está constituido por la

contribución de cada socio y debe pagar en no menos el 25% de cada participación.

Los tipos de empresas que se escogerán serán según lo que van a inaugurar, ya sea grande o pequeña, recordando que se deben estudiar bien a cada una de ellas, no queriendo luego invertir mucho dinero para ganar poco, en lo último que se tiene que pensar es en perder y el tipo de empresa que escoja al inscribir ayudará mucho a ello. (Maifredi, 2004)

2.1.2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MONOPOLIO

Los monopolios son prácticas tan comunes en el comercio, que ha existido casi desde el mismo momento histórico en que surgió la competencia. A la orden que crecía las naciones y el estado durante el surgimiento, los monopolios se concebían al proporcionar grandiosos ingresos a los soberanos, siempre requeridos para mantener sus guarniciones, cortes y estrafalarios tradiciones. La legalidad derivado respecto del monopolio era otorgado a favor de la corte para que emitan su fabricación y comercialización de bienes básicos para la vida, como las especias de la sal y el tabaco. Todas estas clases de monopolios debían ceder al soberano una gran parte adquirida de los beneficios del monopolio. En este entender los principales países del continente europeos cedían permisos monopolistas a compañías comerciales como privadas, como las compañías de la India para estimular las exploraciones y el descubrimiento de futuras propiedades de aspectos de carácter de inmueble. Estos permisos que se puede nombrar y que efectuaba a los monarcas, produjeron grandes desmanes por parte de los comisionistas. En Inglaterra, el congreso finiquito redactando un proyecto de normas monopolísticas, disminuyendo la aptitud del soberano para crear monopolios privados sobre la distribución nacional. Esta norma no era ajustables a los futuros monopolios otorgados a compañías para la búsqueda a la población de las tierras. Dos hechos importantes sucedieron a consecuencia de los proveedores británicos, donde innovaron estas decisiones al imponer a inicios del siglo XIX un meticuloso aspecto económico apoyándose en la disputa del monopolio. De todo esto se puede decir como primer lugar que el derecho consuetudinario inglés fue tomando como una actitud hostil hacia las

organizaciones privadas que limitaban el comercio. En esta parte del derecho consuetudinario y los convenios particulares de condición monopolista que disminuye el libre negocio no eran acondicionados para su aplicación. Esta hostilidad hacia el monopolio tuvo especial importancia en el Reino Unido y en el país de los Estados Unidos de Norte América. El segundo suceso fue la difusión de la creación que siguió a la innovación industrial, junto con los conceptos de los pensadores filosóficos y economista escocés como Adam Smith sobre la posesión privada y los supermercados como el papel de la libre competencia, ideas que superaron y concluyeron que la vida económica de la primera mitad del siglo XIX. (Rojas, 2008)

Esta época tuvo su aspecto más armonioso con el teórico de Adam Smith sobre el decreto económico competitivo, modelo que fijaba que todas las industrias y el número que debía ser superado y poseyera un tamaño limitado. A la llegada de su desenlace en el siglo XIX las predisposiciones relacionadas a la economía de libre mercado inducen a nuevos cambios. En el Reino Unido y los Estados Unidos de Norte América y otros países industrializados comenzaron a aparecer enormes industrias que sometieron la economía. (Rojas, 2008)

En parte, este acontecimiento se debió al método de innovación del imperio llevada a cabo por las grandes empresas como John D. Rockefeller, que logra desterrar a todos sus contendientes del mercado. También se realizó los adelantos tecnológicos que hicieron alcanzable que un estrecho número de empresas complacieran el requerimiento de muchos mercados.

El resultado de esta alteración no fue la visión del legítimo monopolio, sino de un mandato económico renombrado como oligopolio, en el que la obtención está reducido en un número de empresas o compañías.

Durante la segunda mitad del siglo XX casi la mayoría de los gobiernos han pretendido, mediante normas, decretos y demás preceptos sobre la competencia como limitar la visión de monopolios en las principales empresas, castigando con normas y limitaciones competitivas que deben acatar las empresas de estas fábricas.

Si no es probable implantar estas restricciones, cuando se está en un monopolio natural, las direcciones han confiscado la industria o han instaurado reglamentos como normas para obstruir los rendimientos y preservar a los clientes de tales actos.

Los monopolios económicos han preservado a lo largo y ancho de la historia de la humanidad en la economía. En la antigüedad y como durante la edad media era habitual sobrellevar una escasa y extrema formas de actos de algunos recursos, que perjudicaban la vida de casi de la mayoría de los habitantes. Cuando los requerimientos son más necesitados pero llegan a ser más escasos, es dificultoso que haya diferentes empresas de bienes y como de servicios. Los emperadores del país de china y como de la dinastía Han y sus descendientes empleaban los monopolios para fines de su creación industrial. Los gremios medievales, como por ejemplo, asociaciones de comerciantes que verificaban el ofrecimiento y constituían las limitaciones para poder ingresar en su ocupación y establecer los importes y los emolumentos.

2.1.3. DEFINICIÓN DE MONOPOLIO

Es una forma o una facultad admitida en el mercado, en donde coexiste un creador o representante económico (monopolista) que disfruta de un inmensurable poder de mercado y es el único en una industria dada que posee un producto o bien el recurso o servicio determinado y diferenciado. (Miller, 1990, pág. 264)

Para que coexista un monopolio, es necesario que en dicho mercado no exista productos sustitutivos, es decir, no exista ningún otro bien económico que pueda sustituir la ganancia determinada y donde tiene como posibilidad que el consumidor o comprador de determinados productos. Se suele definir también como el mercado en el que solo hay un vendedor, pero dicha definición le competería más en el precepto de monopolio en el aspecto puro más específicamente en componente de derecho a la venta que hace uno solo con exclusión de los demás. Constituye en este caso un factor abusivo y degradante por el cual un agente particular o una empresa venden un

producto con un aspecto de carácter exclusiva la mercadería que otorgada su venta al libre comercio como reduciendo su precio y aumentando su calidad por efecto de una sana competencia y beneficiando a mayor número de personas. (Torres G. C., 1993)

La constitución económica de la libre competencia en Europa se estableció en el año de 1998 con lo siguiente: El monopolio se describe como el vicio económico en el cual una compañía se organiza con el único ofertante de un bien o servicio prestado y por ello es la empresa que fija e impone la tarifa de los mismos y la suma que se desea vender. Esta definición es suficiente y más dilatada a los actos que se aplicara al concepto en cuestión. No obstante todo lo mencionado anteriormente se debe aclarar que el concepto de monopolio no se forma en una conjetura simple, sino más bien adquiere formas complejas en el mercado. Por ello, surgen una serie de variaciones o tipos de monopolios, para tal efecto se explicara estas apariencias en el mercado existente, sin embargo es preciso tomar en cuenta tales variaciones en consecuencia con el engendramiento del monopolio. (Roca, 2003, pág. 295)

En suma, el monopolio se toma como una práctica de mercado que deja en su forma más primigenia, a un solo ofertante de un determinado producto, bien o servicio, frente a la demanda de los consumidores.

El monopolista en el supermercado examina absolutamente el volumen de producción que se pone a la venta en el mercado. Pero esto no representa que puedan cobrar el precio que desean, a excepto si su pretensión es maximizar la ganancia. El monopolista debe indagar como primer aspecto sus costos y las propiedades de la demanda del mercado. Conocer el requerimiento es un aspecto elemental para que la empresa tome decisiones económicas. Dada esta información lo cual se debe decidir que la cantidad que va a producir y vender en el mercado. El precio que adquirirá por cifra se desvía directamente de la curva de demanda del mercado. En otras palabras, el monopolista puede definir el importe y la magnitud que venderá a ese

precio lo cual se deriva como la curva de la demanda del mercado. (Rudinfeld, 2009)

Se denomina poder de mercado al aspecto ofertante de un vendedor o de un comprador de influenciar en el importe de un bien. En este aspecto el dominio del mercado empeore sobre un solo comprador o adquiriente, se trata de un sistema de monopsonio, mientras que por otro lado recaiga sobre un único vendedor, se habla de un aspecto de monopolio.

El poder de mercado en su presencia monopolista está mayoritariamente condicionado por el aspecto de la flexibilidad del precio de la demanda, que establece el factor de la variación del número de demanda, las cuales son incitados por la transformación en el precio del producto. Para poder imponer sus beneficios, el monopolista aumentara los precios, pero eso supondría una reducción al número de la cantidad de la demanda, que será en un aspecto mayor o de menor pero en el aspecto de la flexibilidad el precio de ese producto que está en el mercado. Lo cual la oferta aspirada por el monopolista será aquella que maximice su beneficio pero de forma que se compensen ambos efectos. (Roy, 1990, pág. 298)

2.1.3.1. FORMAS DE MONOPOLIO

La historia económica de todos los países está llena de ejemplos descriptivos en los cuales, los productores intentan concebir acuerdos para obtener un dominio monopolista sobre el mercado donde impone sus productos aunque se ofrezca una imagen que somete a una competencia. Uno de los primeros acontecimientos lo constituyen los trusts.

Esta clase de acuerdos que autorizan transferir el mando real de una compañía a un individuo o a otras compañías pero intercambiando las operaciones por normas emitidas por los agentes que ambicionan y controlan las compañías. La generalización y el exceso de este método en los Estados Unidos de Norte América tras las guerras civiles, se llevó a que se promulgara el Sherman Antitrust Act, una ley que tiene como función prohibir este tipo de convenios y cualesquiera las acciones dirigidas a crear monopolios acotando

la competencia interestatal. Una técnica bastante parecida a los trusts que son los holdings, que como fin tiene la emisión de sus propias maniobras pero por otro lado controlan otras compañías comprando y adquiriendo sus acciones. Estos acuerdos que llegan a estas compañías no tienen por qué ser ilegítimos, salvo cuando se protege con el fin de monopolizar el comercio que imparten. En la actualidad, el anuncio si bien es cierto en un primer momento no se puede adoptar como un tipo de monopolio, es necesario mencionarlo ya que quizás es la forma de una asociación monopolista más renombrado como lo es la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), en virtud de que en el mercado se asigna en su dimensión geográfico, mediante un acuerdo entre agentes económicos con la intención de evitar la competencia entre sí y con ello poder reglamentar la elaboración y la venta como de precios. Sin embargo y aunque en una definición casi similar a la que se acaba de mencionar con la administración de la promoción de la competencia adscrita al Ministerio de Economía define al cartel como: Un acuerdo entre varias compañías de aspecto similar para evitar las mutuas competencias y como reglamentar la obtención y venta de los importes en determinados campos industriales. (Tassano, 2016)

La OPEP protege estos semejantes objetivos y es mundialmente conocida por haber podido imponer el precio del petróleo en todo el planeta.

La prueba de establecer la compañía o empresa con el único fin de obtener un registro de carácter monopolista en el mercado donde puede ser de diversas índoles. Una organización de las empresas encaminada a reducir la rivalidad que pueda tener una condición vertical y horizontal o de un fin de aspecto conglomerado.

La combinación vertical supone que la fusión de empresas que examinan distintos periodos del desarrollo productivo da un mismo resultado. Ciertas empresas como de aspecto petrolífero como por ejemplo, tienen campos de concentración de petróleo como su refinería y empresas de transportes y centros gasolineras. Una composición horizontal es aquella que está formada por compañías de una misma industria que despliegan los mismos productos ofertantes.

Una unión de un aspecto conglomerado combinada en empresas de diversas industrias como independientes dentro de un mismo organismo. Todas las uniones y composiciones de esas empresas tienen una capacidad para descartar la rivalidad entre ellas creando así un monopolio. Las agrupaciones suelen ser examinadas por las autoridades en la mayoría de los países y dentro de la Unión Europea y por la Comisión Europea, ya que cualquier agrupación que procura conseguir un dominio monopolista y ejecutar contra la tendencia pública será prohibida. (Santiago, 2006)

Entre los tipos de monopolio se pueden distinguir los siguientes:

A. Monopolio Puro.

Esta clase de monopolio que se menciona, es única en su forma en las empresas que tiene como función promocionar un determinado producto en el mercado. El monopolio puro es un caso muy especial de las diferentes clases de monopolio, en donde sólo existe en una industria determinada. Este tipo de monopolio también se denomina como precio lineal o monopolio legal cuando se comercializa en una concesión pública y por consiguiente recibe ese adjetivo adicional, donde se puede señalar la clase de monopolio de una economía real en caso de darse y es completamente inimputable, por cuanto se proyecta por aprobación de la ley. (Petitbo, 2006)

B. Monopolio Artificial.

Este tipo de monopolio se basa fundamenta en medios legales para confirmar la concesión de algunas empresas en la elaboración de determinados productos. Como para preservar el derecho de las compañías nacionales en algunas especies de productos ofrecidos, se prohíbe oficialmente la entrada al país de artículos sustitutos provenientes del extranjero.

El monopolio artificial también se caracteriza por una cerca arancelarias de soporte que resultan artificiosos, implantadas por el gobierno así como también mediante el régimen de licencias o de defensa de patentes y derechos de autor. (Meiners, 1986)

C. Monopolio Natural.

Este tipo de monopolio pero más que el monopolio legal acontece de hechos relevantes como la falta de competidores como para un solo productor, que derivado del alto costo de la inversión en la coexistencia primigenia del producto.

Un monopolio natural en una empresa podría producir el volumen de productos que se necesita para el mercado pero con un costo mínimo, en este caso los poderes de consolidación y selección de atributos garantizados pueden ser marcas ineludibles de la eficacia económica. Se puede situar como un ejemplo en la coyuntura de la producción de agua pura, que históricamente no registró competidor para una única empresa, hasta cuando las condiciones de infraestructura del país, el crecimiento económico y el proceso de licencias, lo permitieron.

D. Monopolio Discriminador de Precios.

Cuando un consumidor adquiere un producto a un precio que le origine quedarse con un poco de efectivo que tenía con el único fin de compra un artículo deseado, se considera según la economía tradicional que ha ahorrado. A ese prodigio se le llama ahorro.

Esta capacidad que desarrollan algunos agentes económicos para captar la cavidad de pago del consumidor y por ello decide elevar los precios hasta tal límite es lo que la ciencia económica considera como monopolio discriminador de precios de productos ofertantes.

Una forma ideal de distinción de aportes es recaudar de cada adquiriente lo máximo que el cliente está dispuesto a abonar. Así la curva de aportes marginal se transforma a la curva de la demanda. El comerciante vende y captura la totalidad del remanente del consumidor e incrementa sustancialmente la rentabilidad. Como se aprecia a los economistas tienen una idea definida de las consecuencias que efectuá el cobro desigual entre los adquirientes.

Existen compañías que cuentan con innumerables sucursales de supermercados en los cuales se pueden distinguir diferencia en los precios. Esto es concebido en el medio como un precio más cómodo para las clases populares, sin embargo un criterio personal, si se trata del mismo artículo, la misma condición pero con semejante precio, se trata de una forma discriminatoria de precio en el mercado, sobre todo y por convenir del mismo ofertante. En consecuencia se propone que en estos casos sea analizada no solo la capacidad menor de compra de las clases más populares en el país, sino al contrario, verificar si no se trata de una regla desproporcionada para algunos grupos de clase media alta. Es decir que la investigación realizada puede servir como una ventana a investigaciones más específicas tanto jurídicas como económicas que puedan dar una real estadística de cuanta concurrencia se perjudicada económicamente con la experiencia de estas forma anticompetitivas y así poder apreciar de una forma más evidente el perjuicio que causa tanto el monopolio como el exceso de una postura dominante.

E. Monopolio Legal.

Se denomina monopolio legal a la producción y venta de un bien que requiere la población que es asumido por el estado otorgado a las empresas particulares a cambio de un fin de ingresos al fisco. Se trata entonces de un tipo y clase de monopolio por el cual el estado pudo haberse apartado de la distribución y concesión de un servicio establecido por ley a efecto de concebir un monopolio oficial.

El monopolio que ejerce el estado o que éste concede a empresas particulares para la distribución y venta de ciertas mercaderías o la prestación de servicios públicos; como el petróleo, aeropuertos, puertos marítimos, transporte público, entre otros. (Juridica, 2005)

F. Competencia Monopolística.

Este monopolio también puede ser visto como una forma de mercado. En este aspecto se constituye como una competencia monopolista. La competencia de una empresa monopolista es una forma de configuración del mercado

caracterizada por muchas compañías por distribuir los productos y diferenciarlos en una industria o compañía en donde se prima la libertad de entrada y salida. Es decir que dentro de una competencia económica desarrollada de esta forma, ninguna empresa maneja el valor de un producto en específico por tener el control de este, en vista que un mismo propietario o distribuidor es dueño de una o varias empresas que se dediquen al expendio de dicho producto, sino que por el contrario, quiere decir que hay varios propietarios o comerciantes que son los productores o expendedores de la mayoría de productos con el fin de manejar la oferta y demanda a su antojo.

Este tipo de monopolio tiene una forma muy disímil con una competencia perfecta desde un punto de enfoque que existen entre muchas compañías que ofertan y venden en este sector y por ello no existen obstáculos de ingreso, razón por lo cual cualquier competidor puede ingresar o abandonar el mercado.

En esta clase de monopolio, el ofertante se arriesga a una curva de la demanda decreciente, ya que se puede permitir como elevar el precio determinado y perder algunos clientes del mercado ya que se tiene un cierto poder sobre el precio.

Y por ello la emulación monopolística es una forma de monopolio que puede ser permitido por la ley en ciertos aspectos. (Monsalvez, 2001, pág. 128)

G. Monopsonio.

Esta clase de monopolio no se refiere a los productores oferentes sino más bien al consumidor. Es la situación en la que existe en el mercado un solo comprador y que por lo tanto, tienen la capacidad de influir en la diferenciación del precio del producto ofrecido u ofertado en el mercado.

El término que se denomina a este tipo de monopolio, monopsonio, se origina etimológicamente. Del griego mono, uno y compra. (Española, 2010)

H. Oligopolio.

En el oligopolio, las compañías contendiente tienen el poder del mercado, pero en un nivel muy inferior como en el caso de los monopolios. Ya que solo

al haber un oferente, existe un pequeño grupo de compañías. Esto si bien cada empresa tiene dominio sobre el precio y cantidad de mercado, la voluntad para seleccionar el nivel de dichas variantes se ve opacado por la presencia de otras empresas competidoras. Un caso muy especial de oligopolio se puede decir es el duopolio, donde subsisten solamente dos oferentes en un mercado. (Orbe, Diccionario Juridico Moderno, 2001, pág. 411)

2.1.4. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL MONOPOLIO.

Uno de los aspectos centrales del modelo económico constitucional es la regulación del monopolio, el tema ha impulsado una corriente importante que ha conducido cada vez más a las constituciones que incluyan en su articulado con normas que refieran a la libre disputa y el rol del estado en preservarla en su integridad. Pero la experiencia a lo largo de la historia nos muestra que no todos los países del continente y en consecuencia sus constituciones escritas, siguen un mismo camino. Dentro de estas constituciones, se usan un argumento relativamente simple en el vocablo de todo ser humano; los monopolios son malos y si son malos hay que prohibirlos. Pero este sistema ha quedado atrapado en una norma imposible en las legislaciones y la jurisprudencia al efectuar verdaderos malabarismos conceptuales para salvar un impedimento tan irreal como abrogar la ley de la gravedad. Otros países en América latina, en cambio no han comprendido el monopolio como la antítesis de la existencia de la competencia, sino por el antagónico, como un fenómeno que en ocasiones se presenta precisamente como parte del proceso competitivo. (Bullard, 2003) Todo ello no implica abandonar el problema, sino concentrar el asunto en las prohibiciones de prácticas mediante las cuales se desfiguran la emulación, antes que en el impedimento del monopolio en sí mismo. El artículo 133 de la Constitución Política del Perú de 1979 prohibía los monopolios. (Asamblea Constituyente, 1979)

Y nada perjudica más la conciencia de que la constitución debe cumplirse, cuando se inhabilita algo inviable de prohibir entonces la constitución descrita se desacredita en su totalidad. El monopolio, es la conglomeración del

dominio de mercado es como una congestión de tráfico vehicular; más que una actuación, es una situación de un estado de cosas. Se puede denegar que alguien haga algo respecto a este punto, pero no se puede impedir que una situación se presente como efecto de la interacción de numerosas personas (en este caso, proveedores y consumidores). (Juarez, 2016) A la luz de los conceptos señalados en los puntos anteriores uno puede entender la notoria diferencia existente entre la Constitución Política del Perú de 1979 y la Constitución Política del año de 1993. Casi podríamos decir que la evolución del derecho de la libre competencia en sus más de cien años de existencia está resumida en la variación de catorce años entre el texto del año de 1979 y el texto del año de 1993. Así, recordemos nuevamente el texto del artículo 133 de la Constitución Política del Perú de 1979.

Artículo 133. “Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes”. (Asamblea Constituyente, 1979)

Esta norma siguió la tradición de todas las constituciones peruanas del siglo XX, que, con textos bastante similares, prohibieron el monopolio. Pero además el texto Constitucional del año de 1979 no menciona ni una vez el término competencia o libre competencia salvo para referirse al sentido de competencia, como facultad o capacidad de decisión de una autoridad pública. Allí la Constitución Política del Perú del año de 1979, perdió perspectiva. Lo que beneficia a los consumidores y a la economía en general no es que no haya monopolios, sino que haya competencia. Pero la palabra competencia brilla por su ausencia o abandono en el texto constitucional. De hecho, la Constitución Política del Perú del año 1979 era antimonopólica. La situación cambia radicalmente con el texto constitucional del año de 1993, casi como si hubieran pasado cien años entre un texto y el otro. El artículo 61 de la Constitución Política del Perú del año de 1993 establece: (Sar, 2006)

Artículo 61. “El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolios. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”.

El primero es que no hay prohibición del monopolio, sino la asignación de un compromiso del Estado de facilitar y vigilar la libre competencia (ya usa ese término evadido en el texto de la Constitución Política del Perú del año de 1979). Así, su labor principal es promover la competencia antes que perseguir monopolios. En segundo lugar, el modelo constitucional de 1993 señala que lo que se combate es la práctica que limita a la competencia es decir, que pueda crear un monopolio o un efecto análogo al mismo, como un cartel entre competidores, por ejemplo o el abuso de posiciones monopólicas o dominantes en el mercado. Se debe descartar la eliminación del monopolio y se centra el tema en las conductas que fomentan la concentración de mercado por medios ilegítimos o el abuso del poder que confiere un monopolio. En tercer lugar, prohíbe el monopolio legal como única forma de monopolio vedada por la Constitución. Si bien esta última parte recoge un texto algo confuso, por las referencias a concertaciones que crean monopolios, cuando las concertaciones no tienen que hacer con acumular poder de mercado en un monopolio, sino limitar la competencia para que varios y mediante un acuerdo, se beneficien de cargar precios más altos. Sin perjuicio que el texto es perfectible, la superioridad en técnica legal y en comprensión del fenómeno económico respecto del texto de 1979, es notoria. Y retroceder a un texto similar al anterior sería no solo inadecuado, sino ilusorio porque no podría ser puesto en vigencia. (Rojas J. F, 1998)

En las normas constitucionales peruanas del siglo XX, el régimen de los monopolios ha evolucionado, pasando de una prohibición contra los monopolios privados a su aceptación tácita. Se reconoce así que la conglomeración de poder económico en manos privadas no es siempre algo negativo o sancionable, siendo lo propio es vigilar que ello no termine perjudicando a los consumidores, más aún cuando el éxito empresarial, en algunos casos, puede responder al reconocimiento que los propios

consumidores otorgan a las empresas que mejor atienden sus necesidades. (Rosello, 2001)

2.1.5. REPERCUSIONES DERIVADAS DEL MONOPOLIO COMERCIAL.

Actualmente, en muchos países existen leyes antimonopolios. Los monopolios por el gran poder de control que tienen las empresas o compañías productoras, como tal se pueden prestar a estas empresas para cometer abusos en contra de la población consumidores de productor que expenden estas empresas; igualmente los monopolios que a la fecha traen grandes y penosos problemas por el avance tecnológico de los países industrializados, puesto que, al tener pleno control del mercado, estas empresas no tienen ningún incentivo o agregado para mejorar su forma de producción e incorporar tecnología más eficiente, que es lo que se obtiene a través de la competencia en el mercado. Con los tipos y clases de leyes emitidas por los gobiernos de turno, solo buscan estimular la competencia y así, lograr que el pobre consumidor pueda tener un debido acceso a mejores productos y a precios más razonables.

El monopolista no tiene competencia, puesto que no existen barreras o dificultades de entrada para otros productores de diferentes calidades. Estas barreras pueden ser de un aspecto legal, tecnológico o financiera, pero constituye un gran obstáculo para nuevos productores de ingreso al mercado. Por ejemplo, en muchos países del continente y durante muchos años, existió y sigue existiendo un solo proveedor de energía eléctrica, de agua o telefonía. (Moreno, 2010)

Existe un consenso social en que el monopolio es negativo para la economía de un país cuando están en manos privadas, debido a una corporación de empresarios que establecen e imponen los precios de unos productos o servicios que los usuarios necesitan comprar.

En las últimas décadas se llevaron procesos neoliberales que han privatizado monopolios estatales en varios países de distintos continentes.

Uno de los principios generales que imparte la economía y confirma en sus doctrinas que el monopolio va en contra de la calidad del servicio que se impone al desesperado consumidor. Uno de aquellos argumentos con que explican las deficiencias de los artículos, durante la existencia del proteccionismo, que se vivía hasta antes de la globalización.

Esos tipos de monopolios evidenciaban no sólo la poca claridad y calidad, sino el aumento del costo de las cosas; así, se decía al principio que la empresa telefónica tradicional era deficiente en sus servicios por ser una empresa estatal que no tenía competencia en el mercado y por ello no tenía que cuidar el servicio fino a la población, incluida la atención y el buen servicio que se debe al usuario adquirente. Casos muy diferentes son los servicios de las empresas estatales que son catalogadas como ineficientes e ineficaces en impartir sus servicios. (Darwich, 2004)

2.1.6. LA PARADOJA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

El monopolio tiene consecuencias negativas para los consumidores, su prohibición puede generar daños a esos mismos consumidores. El proceso competitivo se alimenta de la aspiración de todo empresario por aumentar su participación y los productos que ofrece en el mercado. El esfuerzo de todo empresario por reducir costos y bajar precios, mejora la calidad de sus productos o el servicio a los consumidores se orienta precisamente a aumentar la participación que dicha empresa tiene en el mercado.

Si se prohíbe el monopolio y se imponen sanciones por crecer, sin analizar las causas o efectos del aumento empresarial, ese sueño se volverá una pesadilla y el resultado será reducir los incentivos para mejorar la situación del consumidor. Y por ello al no existir barreras en el mercado, casi nunca se realiza. La propia competencia es decir, el deseo de todo competidor por alguna vez alcanzar un monopolio controla esa capacidad. Esta es la contradicción que existe entre competencia y por ello implica aceptar el riesgo de un futuro monopolio. Y esta existencia implica aceptar que el mismo ente manda señales para su propia destrucción en el futuro.

Lo que se debe preocupar el empresario, antes que el monopolio, son los medios por los cuales se alcanza una mayor participación en el mercado, por un lado los posibles abusos que una vez alcanzan una posición influyente en el mercado, puedan cometerse, sino el carácter debido del medio por el que se alcanza o defiende.

«...el elemento final del intento de monopolización requiere demostrar que el demandado se involucró en una conducta indebida. El mero intento de alcanzar tal poder no puede ser prohibido. Por el contrario, el demandado debe haberse involucrado en una conducta que de ser exitosa, pueda ser caracterizada como una adquisición intencional de poder monopólico. El demandado que proyecta un nuevo artículo puede estar intentando consolidar su propio monopolio mediante una innovación, pero dicha conducta obviamente no puede constituir un intento ilegal de monopolización» (Stephen, 1993)

Esta paradoja es precisamente la base de la evolución que, se ha producido en el enfoque que el derecho impone problemas a los monopolios. La competencia no es solo un problema de precios si no tiene que ver con inversión, innovación, calidad y servicios a los competidores. A veces fomentar una mayor competencia de precios reduce los incentivos para innovar o invertir en el mercado. Es decir, según esa paradoja, precisamente generaría más competencia por precios y puede reducir la competencia en otros elementos también importantes para los consumidores.

Esto explica, el reconocimiento universal que el derecho da a las patentes de invención. Esas patentes pueden concebir un monopolio temporal al creador de una invención para su explotación. Ello, sin duda, genera precios más altos para los productos derivados de dicha creación en el tiempo que dura la vigencia de la patente. Pero se reconoce dichos monopolios, porque si no se respeta se reduce los incentivos futuros para crear nuevas invenciones. La renta monopólica temporal se acepta ante el riesgo que no se desarrolle en una invención por falta de incentivos para usar la creatividad humana.

Lo mismo ocurre con otros aspectos de la actividad económica. Si una empresa invierte para mejorar su producción y así elabora productos de calidad y más baratos y seguros para los consumidores con el objeto de desplazar a su competencia y luego se le priva del derecho de crecer, entonces deja de invertir. Y al dejar de invertir perjudica a los consumidores que ya no gozarán de los beneficios de dicha inversión e imponer mejores productos, mejor tecnología y mejores condiciones, etc.

Como bien dice el tratadista peruano Baldo:

«(...) no deben confundirse las limitaciones a la competencia que nacen de la competencia misma de las que tienen su origen en una práctica destinada expresamente a ese fin, pues mientras las primeras son la esencia misma del sistema competitivo; las segundas son una perversión del sistema y constituyen el objeto del derecho antitrust (...)» (Baldo, 2001)

Es que no se puede perder de vista el impacto invisible de prohibir el monopolio. Normalmente en la mayoría de los casos solo nos adherimos en el resultado ocurrido cuando el monopolio se impregna y el posesionario de dicho monopolio abusa del mismo, como elevar despiadadamente los precios y limita en toda las formas y opciones a los consumidores, pero perdemos de vista cuanto la sociedad y los más necesitados requieren de los incentivos para competir mediante la penalización del crecimiento empresarial. Esta paradoja no tiene una solución fácil. Sin embargo a la fecha, el mejor modelo desarrollado legislativamente es reconocido por la constitución actual, es decir, no penalizar el monopolio sino la práctica monopólica o restrictiva de la competencia. La posibilidad que la competencia beneficie a los consumidores lleva implícita la posibilidad que la competencia dañe a los competidores. Y la opción por la libre competencia es una opción a favor de los consumidores. La manifestación más clara de ese daño al competidor es la pérdida de participación de una empresa o incluso su eventual salida del mercado. Pero ese es un daño legítimo.

Esta perspectiva explica posiciones como indica:

«(...) la libre competencia es una técnica de lucha contra el abuso de los monopolios. Y por lo tanto contra los monopolios no conseguidos en efectuar una justa competencia a los cuales hay que efectuar una estrecha vigilancia para que no abusen del consumidor frente a potenciales competidores» (García J. S., 1998)

2.1.7. PENALIZACIÓN DEL MONOPOLIO EN EL DERECHO COMPARADO.

Hasta antes del 07 de noviembre del año de 1991, no existía en el Perú una ley contra los malos hábitos restrictivos en la competencia, ni tampoco un firme derecho de cárteles. En este aspecto el legislador o parlamentario peruano se encontraba atrasado en su conocimiento de las legislaciones y doctrinas de otros países respecto del monopolio con sistema de economía de mercado, que cuentan con una larga y rica tradición respecto a la legislación antimonopólica, basada en una simple y lógica concepción de supervivencia: El estado tiene que proteger al sistema económico de su autodestrucción, lo cual podría ser ocasionado por los propios ejecutantes del mercado mediante normas y restricciones a la competencia. (Pares, 2004)

Dicha protección a la libre competencia puede darse mediante prohibiciones administrativas y/o penales. Esto presupone, la implementación de órganos administrativos idóneos y jueces penales especializados, dada la complejidad de la materia en cuestión. Por otro lado, una protección penal que no atente contra el principio de última ratio que tiene el poder de ser justificada de un punto de vista de la practicabilidad y efectividad, así como de la densidad social de las conductas sancionadas. (Vasquez A. , 1994)

Entre las constituciones que prohíben expresamente el monopolio se encuentran:

A. Bolivia.

Artículo 134. En la actual constitución del país de Bolivia manifiesta que no se permitirá la acumulación de actividad privada de un poder económico de tal forma que ponga en peligro la libertad fundamental de la económica del país.

Y todo ello lo manifestado, es no reconocer de ninguna forma o medida el monopolio privado. Las concesiones que se otorgaron o emitieron en actos de servicios públicos en favor a la ciudadanía, no se podrá otorgar por un tiempo mayor a los cuarenta años. (Bolivia, 2009)

B. Costa Rica.

Artículo 46. En el país de Costa Rica, los monopolios son prohibidos los que tienen un carácter particular, aunque fuese originado por una ley que amenace y restrinja la libertad de comercio en el mercado como la agricultura e industria. El estado encamina e imponer toda práctica monopolizadora. Las empresas que se establezcan en el monopolio de hecho tienen que encaminarse en una normatividad de carácter especial. Para ello se debe establecer como nuevo monopolio con el mismo fin a favor del estado y se requerirá la aprobación de dos tercios en su totalidad de los integrantes de la asamblea legislativa. (Rica, 1949)

C. Guatemala.

Artículo 130. Este artículo prohíbe los monopolios en su totalidad de los privilegios que pueda conseguir. El estado como ente fiscalizador de las compañías o empresas que limitan el funcionamiento y que subsuma en perjuicio de toda la economía nacional y su producción industrial repercutiendo de esta misma actividad comercial. Las leyes deben determinar todo lo referente a este tipo de materia. El estado tiene como fin la protección de la economía de la libertad del mercado en perjuicio de todo consumidor. (Guatemala, 1985)

D. México.

Artículo 28. Expresa contundentemente la prohibición de los monopolios y su práctica monopolista como de los posibles estancos de los impuestos fijados por ley. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria. (Mexico, 1917)

E. Paraguay.

Artículo 107. En esta parte del artículo de la constitución política de la republica de Paraguay hace mención a la garantía de la competencia en el mercado. No solo será permitido por la creación de monopolios en su alza como también en su defecto de la baja desmesurada de los precios que se traben en la libre concurrencia efectuada. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la ley penal. (Paraguay, 1992)

F. República Dominicana.

Artículo 08. Tiene como finalidad principal que el estado como ente rector de la nación de la protección efectiva en todo sus extremos de los derechos impartidas a las personas y su mantenimiento efectivo que le permita perfeccionar progresivamente en un orden compatible del bienestar general a todos los ciudadanos. Todo para garantizar la efectivización que se fijan de las siguientes normas (...).

El artículo 12. Expresa contundentemente que la libertad de las empresas, como comercio e industria. Solo se podrá establecerse que los monopolios son provecho del estado o de sus instituciones estatales creadas. Esta creación y su organización de estos monopolios se harán por efecto de la ley. (Dominicana, 2015)

G. Venezuela.

Artículo 113. Menciona que no se permitirá el monopolio y todo ello se declarara contrario a los principios fundamentales amparador en la constitución, cualquier efecto u acto de las conductas particulares que tengan como objeto el acaparamiento de un monopolio o en su efecto que conduzcan efectos reales de la voluntad de aquellos en su existencia. Dicho principio como el abuso de la posición del dominio que un particular ejerce sobre un tercero como un conjunto de aquella empresa que adquieran en un determinado mercado que oferten bienes y servicios, con una independencia

determinada de la posición de dominio. El estado adoptará y tomara las medidas apropiadas que fuesen necesarias para aliviar los efectos decadentes del monopolio como del abuso de la posición de dominio abrumador de la demanda, teniendo como fin la protección de la población consumidora de los productos emitidos por las empresas y en su aseguramiento de condiciones de la economía. Cuando se produce la explotación de un recurso primordial para la economía como es los recursos naturales de propiedad de la nación y el estado esta podrá otorgar concesiones por un tiempo determinado a particulares y por ello asegura la existencia de contraprestaciones adecuadas al interés público. (Constituyente D. d., 1999)

Sin embargo, la declaración constitucional no opera en la práctica. Basta revisar las legislaciones de competencia de los países que tienen estas normas constitucionales para descubrir que las mismas no contienen propiamente prohibiciones a los monopolios. En la generalidad de casos como en los países de Panamá, Venezuela o México, las legislaciones solo prohíben las conductas abusivas y eventualmente incluyen algún sistema de control de fusiones. Pero nada más. Así, la propia realidad ha forzado a dar una interpretación restrictiva a las normas constitucionales. Lo que suele ocurrir es que estas legislaciones han interpretado la prohibición a los monopolios como proscripción de la probabilidad de que el estado conceda monopolios a particulares. En otras palabras, se ha interpretado que la proscripción no se aplica de manera general a todo monopolio, sino básicamente al monopolio legal. A través de esta línea interpretativa dichos ordenamientos jurídicos han terminado, en la misma situación en la que se encuentran los regímenes jurídicos cuyas constituciones no prohíben expresamente el monopolio, sino algunas de las prácticas desarrolladas por estos. Esto demuestra la superioridad técnica, conceptual y práctica de no prohibir expresamente el monopolio, sino solo algunas de las conductas desarrolladas por estos que los han generado. Por su parte, abundan también los textos constitucionales, normalmente más modernos, que no prohíben el monopolio sino algunas de las prácticas desarrolladas por estos. Esto

demuestra la superioridad técnica, conceptual y práctica de no prohibir expresamente el monopolio, sino solo algunas de las conductas desarrolladas por estos o que los genera. (Gonzales, 2006)

H. Argentina.

Artículo 42. La constitución política de la república de Argentina establece que los consumidores de bienes y servicios tienen el derecho a la protección de bien fundamental de la salud, como la seguridad en todos sus extremos y el interés económico de la nación, a una formación efectiva y veraz en la libertad y la elección de un trato equitativo y digno hacia el consumidor. El estado tiene como finalidad primordial dar la protección de una educación para un correcto consumo apropiado que se encuentra en el mercado. Como también a la defensa irrestricta de toda forma de competencia en el mercado estableciendo controles detallados de los monopolios naturales y sobre todo legales como en la calidad y eficiencia de los servicios públicos que se presta a la sociedad, todo ello amparado por la constitución y la formación de asociaciones de consumidores. Esta clase de legislación implementada establecerá procedimientos más eficaces para una futura prevención a la solución de conflictos en el marco regulador en la competencia nacional, previniendo de toda forma la eficacia participación de toda asociación de consumidores e interesados en el control efectivo de la distribución de calidad. (Constituyente C. G., 1994)

I. Brasil.

Artículo 173. En la constitución política de Brasil, se exceptúan los casos más previstos en la explotación directa de toda actividad económica establecida por el estado solo se dará en un caso particular permitido y tendrá el imperativo primordial de seguridad nacional y un interés colectivo y relevante hacia la comunidad repercutida por el monopolio, conforme a lo establecido en la definición de la ley.

1) La empresa pública y la sociedad de una economía de carácter mixta que produzcan actividades como económicas está sujeta a un sistema jurídico

establecido por las empresas de actividad privada, incluso todo relativo a las obligaciones en temas laborales y tributarios.

2). Todo consorcio público de una economía relevante y mixta no tendrán el gozo de un privilegio de temas relevantes a la fiscalización y su aplicable al sector privado.

3). Este precepto tendrá como fin la regulación y la relación en la empresa pública con el estado y sobre todo con la sociedad consumidora.

4). La ley tendrá un fin que es reprimir el abuso dominante del poder económico que tienen las empresas en la dominación del mercado y la eliminación y el aumento arbitrario.

5). Esta ley ampara y establece sin perjuicio de la responsabilidad individual de todo directivo a la persona jurídica y ello establecerá responsabilidades que están sujetos a una determinada sanción concordante con su naturaleza, contra el régimen económico y financiero contra la economía popular. (Brasil C. C., 1988)

J. Colombia.

Artículo 333. La constitución política de la república de Colombia refiere a la actividad económica y la iniciativa privada que son libres pero señala estrictamente dentro del límite del bien común para la sociedad consumidora. Para su actuación y funcionamiento nadie podrá exigir permisos o licencias previas ni requisito, que no sea autorizada por la ley que rija para toda la nación. El libre dominio económico establecido por la ley es un derecho que tienen todos los que suponen responsabilidades. El proyecto y como procedencia del origen y el desarrollo, tiene unas meta primordial de una función social que implique obligaciones. El estado como ente controlador adiestrara a las organizaciones solidarias y fortalecerá el desarrollo empresarial. El estado por mandato imperativo de la ley efectuara el impedimento que obstruya o restrinja de toda libertad económica y evitará que personas o directivos de empresas hagan de su posición como ente

dominante en el mercado nacional mediante su distribución en el mercado. La ley implantada delimitará el alcance de la libertad económica que toda empresa brinde así como la exigencia del interés social y el ambiente del patrimonio cultural de la nación. (Asamblea, 1991)

K. Ecuador.

Artículo 244. La constitución política de Ecuador dentro del sistema de economía social de mercado implantado por el estado le corresponderá lo siguiente:

(...)

3) Promover y fortalecer el desarrollo eficiente de actividades de mercados competitivos. Impulsados por la libre y eficiente competencia dictada por el estado y sancionado, conforme a las normas decretadas por los códigos sustantivos por las malas prácticas monopólicas que perjudiquen o distorsionen la libre competencia en el mercado. (Ecuador, 2008)

En términos generales, sin perjuicio de la aparente discrepancia en cuanto a un grupo de constituciones que prohíben el monopolio y las que se limitan a prohibir ciertas prácticas desarrolladas por estos, en los hechos la legislación y jurisprudencia de los países han interpretado la prohibición a los monopolios como una limitación al estado a entregar monopolios a particulares, antes que como la prohibición a que estos existan como acontecimiento de la mala distribución de las normas impartidas para la defensa de los consumidores o proveedores.

Si una va a regular un tema complejo, debe usar una redacción simple y clara. Por ello, si se entiende que el monopolio como situación no puede ser prohibida, entonces no se debe usar una redacción cuya literalidad puede llevar a confusión. Es mejor redactar de manera directa que nos preocupa ante todo son las conductas, estatales o privadas, que se llevan de manera indebida a la pérdida del derecho de opción de los consumidores. Pero no

limitemos a los consumidores su derecho a optar por una empresa si así lo desean hacer. (Gonzales, 2006)

2.1.8. LOS MONOPOLIOS LEGALES EN LA CONSTITUCIÓN.

A diferencia de lo que acontece con los monopolios en general, que no pueden en la práctica ser prohibidos por la Constitución, los monopolios legales pero sí pueden serlo. Ello, porque las clases de monopolios legales son a consecuencia de las conductas cuyos agentes son perfectamente identificable desde el marco legal. El Estado como órgano controlador por medio de sus instituciones son los que los crean o fomentan. En realidad, la prohibición de los monopolios legales es la prohibición de una conducta que solo puede ser desarrollada por una persona específica, el Estado mismo. Prohibir un monopolio legal es imponer tanto al Poder Legislativo como al Poder Ejecutivo, una limitación a la creación, sean decisiones legislativas, reglamentarias o administrativas de barreras de acceso que ponen al mercado y que no guardan una relación con las preferencias de los consumidores de productos e impuestos en el mercado. Así, se puede entorpecer dentro de un régimen de prohibición de los monopolio tanto legal, que una ley establece que no solo podrán entregarse a una actividad comercializadora de un número determinado de competidores en el mercado, mediante las diferentes clases de productos que expenden y el estado crea reglas que exige como requisitos absurdos y todo ello fomenta un desarrollo de un solo y número limitado de empresas que puedan cumplirlas. (E., 2005)

El Tratado de Roma, virtualmente y la constitución de la unión europea tampoco prohíbe el monopolio, sino la práctica monopólica. Con una estructura similar a la Sherman Act, regula en su artículo 85 los acuerdos entre competidores y en el artículo 86 refiere al abuso de posición del dominio en el mercado. Este último artículo, más pertinente al tema del monopolio, tampoco lo prohíbe y solo sanciona el aprovechamiento indebido de una posición de dominio. (Beatriz, 2003)

La mayoría de los monopolios y las concentraciones dañinas para los consumidores provienen precisamente de la transferencia de dicho poder a

empresas que se benefician de ello. Así el estado en uso de sus facultades normativas y administrativas suelen crear barreras de acceso para permitir que unos pocos se queden en el mercado. Esto le da a las empresas beneficiarias la posibilidad de cargar precios más altos y reducir las opciones de los consumidores. Permitir que esos monopolios se creen, es abrir el camino para que las presiones impropias, el lobby o incluso la corrupción, permitan a las empresas obtener privilegios que eliminan la posibilidad de competencia efectiva, todo ello en menoscabo de los consumidores. Por ello, son de una precisión admirable las palabras del jurista peruano quien en el año de 1879 (hace más de un siglo y varios años ante de la promulgación de la Sherman Act en los Estados Unidos) al hablar de la causa principal de los monopolios, quien señaló.

«(...) toda medida que limita la libertad de industria, trae como consecuencia el monopolio; la formación de gremios y matrículas, la imposición de contribuciones industriales, las vejaciones hechas a los distribuidores en las ferias como mercados y otras sedes emanadas por el método restrictivo, trayendo inmediatamente el monopolio; entonces se reduce la acción ofertante de las mercancías por una ley desproporcionada, se comete una nueva injusticia y se hace un nuevo ataque a la libertad. La libre concurrencia, que permite que los precios suban y bajen según su ley natural, es el único medio de impedir los monopolios; las disposiciones directas o indirectas del gobierno y de las actividades son ineficaces para conseguir ese objeto; así lo acredita la experiencia de todos los días». (Calderon, 2004)

Y lo más afectante es que el acaparamiento legal como se dice no permite que nos consolamos con la esperanza de futuros ingresantes al mercado, es decir, nuevos competidores que van a reformar el problema. Los precios de nivel más elevado que el monopolio tardan y no cumplirían su rol encaminado de crear nuevos incentivos para nuevos productos entrantes al mercado porque según la definición esa entrada está prohibida o limitada precisamente por la acción estatal. Hasta la más efectiva práctica privada para impedir la entrada de competidores que puede ser superada. Pero todo ello no ocurre con los apartados oficiales porque superarlas implica cometer un acto ilegal.

El resultado es la perpetuación de la ineficiencia o la generación de informalidad, esa es la respuesta que los peruanos hemos dado sistemáticamente a las normas y ordenamientos de tales incoherencias que limitan una perfecta competencia.

Así, como desde un inicio el uso de reglamentos no permitidos y requisitos desfasados para el desarrollo de la función económica o los otorgamientos de franquicias a empresas públicas o privadas. Incluso la creación de empresas públicas que viven de subsidios o cobertura de pérdidas por el Estado, constituyen una forma de creación de monopolios que deben ser desde su inicio combatido si no fuera así distorsionarían la competencia en el mercado. Así, cuando los organismos del estado se infieren hacer cosas u actos que no le corresponden como actividad empresarial que compite en contra de las normas creando un malestar en el ambiente de entrada al mercado. Por ello es tan importante que como norma primordial el estado ejecute su rol subsidiario.

Como se indica en un artículo de Alejandro Falla, hoy Essalud tiene empresas de seguridad y limpieza que brindan servicios a los particulares creadas con los aportes de los asegurados para tener una jubilación digna; Editora Perú ofrece su imprenta para imprimir partes de matrimonio y almanaques y pretende mantener un monopolio en la publicidad de normas legales en el que sustenta otros servicios y bienes, habiendo llegando a sostener en su propio plan estratégico que la fortaleza más destacada de la empresa son los ingresos sostenidos y con tendencia creciente, producto de poner a disposición del mercado la información legal y oficial con carácter de monopolio además de contar con un mercado cautivo; Sima Perú pavimenta calles en la ciudad de Lima e incluía como objetivo en su plan estratégico que Sima Perú sea el único proveedor de cimentación de carreteras en la selva creando barreras a nuevos competidores; la imprenta del ejército hace lo mismo que cualquier imprenta comercial; la Marina de Guerra cuenta con embarcaciones pesqueras que se liberan de la veda pescando en zonas militares restringidas; los hospitales de las Fuerzas Armadas y Policiales compiten con las clínicas y atienden a particulares que nunca visten uniforme,

usando equipos médicos, medicinas y materiales importados sin impuestos como material de guerra. A los ejemplos de Alejandro Falla le sumaría el caso de Tans volando con pilotos militares y gastando más en dietas de directorio que en gasolina para los aviones y la empresa Petroperú efectuando una manipulación en el importe de la gasolina y elevando así el costo de entrada al mercado. Todo esto en un estado que se ha proclamado constitucionalmente como subsidiario. Esas actividades distorsionan la competencia y crean barreras de entrada al mercado que deberían ser eliminadas, pues precisamente ese es el sentido de rol subsidiario previsto en la constitución. En ese sentido es adecuada la redacción actual del artículo 61 de la Constitución Política del Perú, en tanto que limita la prohibición solo a los monopolios legales.

2.1.9. EL MONOPOLIO EN EL MERCADO FARMACÉUTICO.

¿En el Perú a la fecha existe el monopolio? Después de muchos análisis y crítica el país del Perú aún carece de una norma o ley antimonopolio y el anteproyecto dirigido al congreso, aún está en espera del debate y su respectiva promulgación y solo después de ello se aplicaría a las futuras operaciones financieras. Pero una vez que se unieron esas empresas es muy complejo dar marcha atrás respecto de esas acciones desarrolladas. La única forma de descentralizar en el régimen y crecimiento económico es poniendo impedimentos a los monopolios mediante una ley. (Uno, 2018, pág. 05)

Las farmacias que podría estar en una sola mano y podría establecer los precios que quieran haciendo un perjuicio latente a los clientes y a la población más necesitada. El grupo Intercorp, a través de la compañía InRetail Perú, concretó la compra del 100% de las acciones de Quicorp S.A, con lo cual la red de farmacias como Inkafarma pasará a absorber a sus ahora ex competidoras Mifarma, BTL y Fasa. (Gestion, 2018, pág. 10)

Esta actividad financiera se cerró por US\$ 583 millones, según señaló InRetail Perú en un acontecimiento de mucha trayectoria a la superintendencia de mercado de valores (SMV), con esta actividad financiera la red de farmacias Inkafarma pasará a obtener al menos un 83% de incorporación en el mercado

comercial de las cadenas farmacéuticas. Según la información publicada en el diario de la publicación en la sección semana económica asegura que esta actividad comercial le otorga un 95% del mercado de farmacias, así surge un nuevo monopolio solo días después de que el congresista del Apra Jorge del Castillo Gálvez sometiera el anteproyecto de ley para normar las concentraciones y fusiones empresariales que venían ejecutando hasta la fecha y no se tiene ningún resultado por parte del congreso. (Vargas D. , 2018)

Efectivamente las empresas farmacéuticas de Inkafarma, Arcángel, Fasa, Mifarma y Nortfarma ya fueron en el pasado sancionadas por Indecopi en el año 2016 por haber modelado un cártel y haber acordado el aumento de los costos de los precios de 36 medicamentos, entre el mes de enero del año 2008 y el mes de marzo del año 2009. En total, accedieron multas cercanas a S/ 9 millones. Las empresas infractoras lo aceptaron y no apelaron. A la fecha todas las redes de farmacias le pertenecen a una sola empresa; Inkafarma. (Indecopi, 2016, pág. 292)

Esto técnicamente sería un monopolio en el reparto de productos farmacéuticos, tan igual como es la venta y distribución de la cerveza. Un grupo bien formado transnacional tiene más del 90% de la posición del mercado. Lo que ha ocurrido es una cosa muy parecida a una vergüenza que el estado peruano sea inadecuado de impedir que se destine tanto al mercado, dijo José Ignacio Távara Martín, profesor de economía de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (Madina, 2018, pág. 05) Todos los países y estados del mundo tienen normas y leyes que tiene una función primordial evitar que los mercados comerciales se monopolicen, salvo en el país del Perú, es un caso muy extremo a la fecha los ultra fundamentalistas han impuesto una manera pro empresa de ver el mundo y no una manera pro mercado. La monopolización acaba con la competencia y la operación de los mercados comerciales, el grupo intercorp ha manifiesta reiteradamente que no hay esa posibilidad de acaparamiento del mercado y la mayor parte de las ventas se da a través de farmacias independientes que se encuentran esparcidos a lo largo del país. Algo muy parecido a la fecha estaría pasando

con la llamada concentración de medios del grupo denominado el comercio (GEC) es cierto que las personas que forman sus posiciones en la interacción con diversas instituciones y en diferentes grupos del medio, el mayor riesgo se encuentra focalizado en la aptitud que tienen los medios para poner los diferentes temas en agenda que tiene mayor realce en la sociedad. El otro riesgo que también podría estar es el grupo el comercio GEC que domine en toda su amplitud la mayor parte de aspectos publicitarios de mercado como también de impresos y que tendría la posibilidad de tener un mejor y adecuado manejo ante los anunciantes, lo que podría limitar la competencia y se espera que el congreso promulgue la ley del monopolio que se encuentra encarpeta en los anaqueles polvorientos de ese poder del estado. (Uno, 2018, pág. 05)

2.1.10. LA COMPETENCIA COMO BIEN JURÍDICO TUTELADO.

Ante la dinámica y las vinculaciones económicas y sobre todo sociales, el parlamentario en general y el legislador penal en particular en las normas sustantivas, están ocupándose de defender adecuadamente los bienes jurídicos convencionales, obstruidos por nuevos métodos de carácter delictivo y los nuevos bienes jurídicos económicos. Precizando que estos últimos son los que constituyen el ordenamiento económico que el derecho penal económico trata de proteger. La característica fundamental y básica es que tienen aspectos supraindividuales, es decir todo por oposición a los bienes jurídicos de carácter individual, no teniendo substrato empírico de forma inmediato. Tales bienes de carácter jurídicos son por un ejemplo, el ambiente, el sistema crediticio, el sistema de concesiones de subvenciones, etc. Se presume como norma que el bien jurídico tutelado de aquellos intereses, valores o como se expresa plausiblemente de aquellas unidades de aspectos sociales en función de proteger por el ordenamiento. (Vásquez, 1997, pág. 19)

La competencia en el mercado es muy bueno pero avalado de una protección legal y necesaria para un correcto funcionamiento en el sistema económico de economía de mercado. Pero esta clase de competencia se tiene dos aspectos

relevantes como referidos a la libertad de todo agente económico durante su permanencia en el mercado comercial y la debida lealtad entre los agentes integrantes de la economía al momento de competir en el mercado comercial. En el primer caso se habla del derecho de la libre competencia o de su sinónimo de derecho antitrust o el derecho contra las normas restrictivas de la competencia impartida. En el segundo caso se trata de un derecho contra la competencia de manera desleal de las empresas.

La libertad de competencia en una economía social de mercado, ha sido universalmente reconocida como un bien jurídico tutelado. Su importancia radica en la operatividad que otorga al modelo de una economía de mercado; la libre competencia que es el mecanismo que hace una real y efectiva consecución y por ello no solamente de fines económicos como el aumento del bienestar del consumidor, sino también de los fines políticos como permitir el posible desarrollo de la libertad individual. (Tiedemann, 1985, pág. 74)

No puede haber una economía social de mercado sin libertad de competencia. Tampoco puede existir una libertad de competencia, si este precepto no tiene una mínima protección legal, pues se sabe por experiencia que un sistema, que en sus inicios puede ser competitivo y tiende a ser opacado por los mismos representantes económicos como las prácticas limitativas, si éstas operaciones no son supervisadas administrativamente y/o penalmente. Queda entonces claro que la seguridad de la competencia no es de interés únicamente a los agentes del mercado como también de participantes directos en el proceso económico, sino de toda la colectividad. Desde el punto de vista del código sustantivo penal, la dañosidad social de algunas prácticas o maniobras restrictivas o manipulativas de la competencia desleal es tal su aprecio que muchos tratadistas constatan un merecimiento y una necesaria pena y su criminalización para evitar futuras manipulaciones en el mercado. El derecho peruano y su implantación en la normativa de protección en la competencia es sui generis. Trata de resguardar la competencia desde distintas perspectivas. Así, como el derecho administrativo peruano, a través del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), donde pretende dar

una protección global a la competencia; contra las prácticas restrictivas, contra la competencia desleal, contra abusos desmesurados en el desmedro del consumidor indefenso. Aunque de forma poco sistemática, el código penal sustantivo peruano conoce también la distinción en la protección de la libre competencia y la competencia leal. Como en el caso del derecho penal peruano ofrece una protección de estos bienes jurídicos, de manera adicional a la protección que brindan las respectivas leyes administrativas.

Artículo 232: El que, quebranta la ley en una forma abusiva de su posición monopólica u oligopólica en el mercado comercial, o el que tiene participación en las prácticas y/o acuerdos de manera restrictiva en una actividad productiva y mercantilista o de servicios, con el único objeto de impedir y restringir y distorsionar la libre competencia de mercado, todo ello será reprimido con una pena privativa de la libertad que no sea menor de dos ni mayor de seis años de pena efectiva y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa y una inhabilitación concordante con el artículo 36, incisos 2) y 4) del código penal. (Vargas F. R., 1997, pág. 391)

Como se emitió en el proceso penal que dice, la conducta imputada al procesado de haber concertado precios a través de las modalidades de recomendaciones y decisiones, no se adecua a los requisitos del tipo penal, pues dicho procesado actuó como representante de una persona jurídica sin fines de lucro. (Jurisprudencia , 1998)

Artículo 233.- Acaparamiento. El que concentra o de cualquier forma o sustrae del comercio, posesiones de consumo, con el fin de modificar los costos, inducir la escasez u obtener una ganancia indebida en detrimento de la colectividad más necesitada, será reprimido con una pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años de pena efectiva y con noventa a ciento ochenta días multa. Si todo ello se trataría de bienes de primera necesidad, en este caso la pena a imponerse será de carácter privativo de la libertad que sería no menor de tres ni mayor de cinco años y de ciento ochenta a trescientos sesenticinco días multa. (Vargas F. R., 1997, pág. 391)

A la fecha estos dos artículos mencionados se encuentran derogados por el inciso b) de la segunda disposición complementaria y derogatoria del decreto legislativo N° 1034, publicado el 25 junio del año 2008. La citada ley entró en vigencia a los treinta (30) días de su publicación en el diario oficial el peruano.

2.1.11. ARTÍCULOS DEROGADOS DEL CÓDIGO PENAL Y PROYECTO DE LEY EMITIDOS CONTRA LA LUCHA DEL MONOPOLIO.

En la legislatura del año 2011 al 2016 se presentaron proyecto de ley como el 163/2011-CR, que fue decretado al comité de justicia y derechos humanos, como primera comisión dictaminadora y al comité de defensa del consumidor y organismos reguladores de los servicios públicos; El proyecto actualizaba la iniciativa legislativa presentada en el período parlamentario 2006 - 2011 por el grupo parlamentario Alianza Nacional, a través del proyecto de ley N° 4630/2010-CR. Estos proyectos nunca fueron dictaminados hasta la fecha. Actualmente se mantiene el vacío legal al no existir en un ordenamiento jurídico y normado que sancione con pena las conductas anticompetitivas. Sí bien pretende dar una solución a la misma problemática de los proyectos de legislaturas pasadas, enfocando en forma diferente la solución a dicha problemática.

Como se sabe los principios constitucionales proclaman un sistema económico social de libre mercado basado en la libertad de competencia y en la participación en los mercados de los agentes privados, se irroga al estado la misión de corregir las fallas que puedan surgir en el mismo, con el objetivo de optimizar la asignación de recursos y aumentar los niveles de bienestar económico.

El artículo 58 de la Constitución Política del Perú establece que la iniciativa privada es libre en todos sus aspectos. Y se ejerce en una economía de carácter social en el mercado comercial. Bajo este régimen, el estado orientara el desarrollo del país y actuara principalmente en las áreas de fomento y promoción de empleo y en salud como también en educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. (Sar, 2006)

Los especialistas en derecho constitucional económico expresan que la libertad de competencia es una facultad inderogable del empresariado y motor de todo sistema económico de mercado. No es sólo un derecho, sino una obligación, que entre nosotros tengamos la consagración constitucional tanto implícita como explícita; la primera es cuando en su artículo 58 señala que la iniciativa es libre y se ejerce en una economía social de mercado y cuando en el artículo 59 garantiza la libertad de empresa y explícita cuando en su artículo 61 afirma que el estado facilita y vigila la libre contienda y combate las prácticas que limitan la vulneración de posición de dominio (Cardich, 2009, pág. 494)

Así mismo el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en el sentido que la libre competencia constituye un bien jurídico protegido, un principio ordenador del mercado, un derecho fundamental y ha manifestado de un orden público económico y en general un elemento distintivo del modelo de economía social de mercado establecido en el régimen económico de la Constitución Política.

El Tribunal Constitucional valora positivamente el desempeño de la libre actividad privada, la libertad de empresa, el derecho de propiedad y la libre contratación que se reconoce a favor de los funcionarios económicos y que deben ser ejercidos sin alterar la libre competencia, caso contrario se faculta al legislador para limitar tales libertades y derechos en aquellos aspectos en los que su ejercicio pueda ocasionar un perjuicio a la libre competencia. (Sentencia, 2010, pág. 04) Esta limitación se sustenta en el hecho que el estado privilegia el interés público sobre el interés privado; Considerando además que la limitación permitida debe ser ejercida de manera racional, proporcional y en armonía con la finalidad pública que persiguen estos derechos, lo cual implica que los recursos escasos de una sociedad se asignen de manera eficiente generando mayor riqueza e incentivando el desarrollo económico de la sociedad en su conjunto. (Sentencia , 2009, pág. 3)

El abuso de la postura de dominio impide el desarrollo de los beneficios que da una libre competencia y son llamadas por la doctrina como fallas o

imperfecciones del mercado. Existe atentados de posición de dominio cuando un solo productor satisface la demanda de los consumidores, o cuando pocos productores satisfacen la demanda de los consumidores; lo cual hace que no haya mayores incentivos para que se mejore la efectividad de los productos y lo precios estén a disposición de la mayor cantidad de consumidores. (Sentencia, 2005)

El código penal sustantivo peruano, mediante el decreto legislativo N° 635, promulgado en fecha 03 de abril del año 1991 y publicado el día 08 de abril del mismo año, que contenía un capítulo llamado abuso de poder económico. El Artículo N° 232 que decía. El que, adultera la ley o norma de la materia y abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado comercial o en su defecto el que interviene en conductas y tratados restrictivos en la actividad productiva y mercantilista o de servicios de mayor necesidad, con el único objeto de obstaculizar, restringir o alterar la libre competencia, será reprimido con una pena de carácter privativa de libertad de no menor de dos años ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días multa e una inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4. Y el artículo N° 233 que dice. El que acumula o sustrae del comercio, bienes de consumo de primera necesidad en su defecto la producción, con el único fin de alterar los precios, provocar escasez u obtener lucro indebido en perjuicio de la colectividad y la sociedad más necesitada y será reprimido con una pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años y con noventa a ciento ochenta días multa. Estos dos artículos 232 y 233 fueron derogados por el inciso b) de la segunda disposición complementaria y derogatoria del decreto legislativo N° 1034, publicado el 25 junio del año 2008. La citada ley entró en vigencia a los treinta 30 días de su publicación en el diario oficial el peruano.

El decreto legislativo N° 1034, con motivo de adecuar nuestra legislación al TLC, derogaron los delitos de abuso desmesurado de poder económico que cumplía con la función de control social que le es propia al derecho penal. Las tendencias globales en este tema apuntan a penalizar estas conductas

además de sancionar administrativamente con multas muy altas todo atentado contra la libre competencia. (Ejecutivo, 2018)

Sin embargo, habiendo trascurrido los años, dicha adecuación que elimina los tipos penales propuestos, no habría sido necesaria pues hoy en día los Estados Unidos mantienen el tipo penal de concertación de precios dentro de su legislación nacional. Habiéndose mantenido este tipo penal en el ordenamiento normativo de los EEUU, sería ilógico mantener la derogación de dicha norma en nuestra legislación nacional, pues resulta evidente que no habría sido un requisito para la aprobación del tratado de libre comercio con los Estados Unidos, sino un agregado que no revestía ningún sustento.

La concertación de importes por parte de las cadenas de farmacias y boticas en las medicinas es un hecho objetivo que se ha determinado viene sucediendo desde el año del 2008 en el mercado nacional.

El artículo 19 del decreto legislativo N° 701 establecía que la actividad de la acción penal era de oficio y que cuando la comisión multisectorial de la libre competencia estimara que se hubiera infringido el artículo N° 232 del código penal, pondría tal hecho tener en conocimiento del Ministerio Público. No obstante, con la aprobación del decreto legislativo N° 1034 se consideró que resultaba más adecuado dejar sin efecto la sanción penal de las conductas anticompetitivas y establecer sanciones administrativas más efectivas dirigidas tanto a las personas jurídicas como a las personas naturales. De esta manera, el decreto legislativo N° 1034 elevó de 10% a 12% el tope de las multas administrativas en casos de infracciones muy graves y adicionalmente, estableció que los topes máximos, para todas las categorías de infracciones, podrán ser calculados en función de los ingresos del grupo económico y no únicamente del agente económico en particular, con lo cual, las sanciones cumplirían un efecto disuasivo más efectivo.

Otro aspecto a destacar es que, tanto el decreto legislativo N° 1034 como la ley N° 27444, ley de procedimiento administrativo general, establecen que la rentabilidad ilícita esperada por la efectivización de la infracción es uno de aquellos criterios que se debe considerar en la fijación de la multa a

imponerse. Con ello, no se efectiviza que la sanción administrativa impuesta cumpla una función efectiva en las conductas anticompetitivas.

Una de las opciones que se debe tener para que toda conducta anticompetitiva no genere daño a los consumidores es integrar nuevamente estas figuras y acciones penales a nuestro código sustantivo penal, con fines disuasivos.

A través de conductas penales sancionadas con penas de carácter privativas de la libertad se puede lograr un efecto disuasivo en las personas naturales que pretendan realizar estas conductas penalmente reprochables. (Supremo, 2019)

2.1.12. DEFINICIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.

La salud y como ente fundamental en la filosofía del derecho de toda la población del territorio peruano, ha constatado primeramente grandes avances en los últimos años, tanto en su férrea recepción como exigencia jurídica de primer orden, como en la ampliación de su ámbito de protección real. (Repubilca, 2009) Como evidencia de ello no solo puede citarse la conversión que ha hecho el Tribunal Constitucional, a través de sus jurisprudencia, de algunos de sus contenidos genéricos y nominales en concretas responsabilidades por ser cumplidas por el estado como ente promotor, sino también la adecuada planificación y una implementación por el estado con un sistema de aseguramiento de carácter universal que se está incrementando exponencialmente en el acceso a los servicios de salud más básicos, sobre todo en personas de escasos recursos económicos, además de haber efectuado la misión de que dichos servicios sean transferidos en la calidad más oportuna con la integralidad y seguridad financiera más eficaz. No obstante estos avances, en el derecho a la salud en nuestro país enfrentan importantes y difíciles problemas y por lo tanto grandes desafíos. (Florián, 2014, pág. 390) En lo concerniente al avance de su dimensión normativa, la jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como en lo particular, resulta aún muy escasa y exhibicionista poco comprendida. La propia constitución del año de 1993 es muy conciso en cuanto a la

identificación de los alcances de este derecho fundamental. En consecuencia con el carácter poco comprendido con el que han regulado los derechos sociales que recoge el derecho a la salud en solo dos disposiciones normativas. (Jurisprudencia, 2002)

Artículo 7. El derecho a la salud. Todos tienen ese derecho a la protección fundamental de la salud y al medio familiar y a la comunidad, así como el deber de su contribución y sobre todo a una promoción eficiente de su defensa. Una persona incapacitada para velar por sí mismo a causa de un defecto física o mental tiene todo el derecho al respeto integro de su dignidad y a un régimen legal de protección apropiado en la atención y readaptación y a la seguridad. (Omar A. Sar, 2006)

Artículo 9. La política nacional de salud. El estado como ente controlador determina la política nacional de salud. El poder ejecutivo norma y vigila su aplicación. Es responsable de diseñarla y efectuar una conducción en forma plural y sobre todo descentralizadora para su facilitación a todos y el acceso equitativo y eficiente a los servicios de salud. (Omar A. Sar, 2006)

Por su parte, en lo concerniente a la protección brindada por el estado a los diferentes integrantes del derecho a la salud, se presentan también grandes imperfecciones, si no distracciones absolutas en muchos aspectos referentes a la salud. No solo en el aspecto de la infraestructura como equipamiento y sobre todo de recursos humanos de efectiva calidad con que cuenten los servicios de salud son a la fecha muy insuficientes, sino que se encuentran mal distribuidos de un modo centralista, lo que acarrea como un gran obstáculo para el logro de una eficiente en la equidad sanitaria. También se observan grandes problemáticas en la calidad de la atención al público general, no solo en cuanto a la oportunidad y su integración al servicio, sino en cuanto a la proscripción de una iniciación de la no discriminación. Por otro lado, no se haya establecido una política pública que desarrolle el integro de la adecuación cultural de los servicios de salud o a un derecho a la salud intercultural todo en favor de los pueblos indígenas de nuestro país que necesitan el mayor apoyo. (Florián, 2014, pág. 392) En cuanto se refiere a la

salud sexual y reproductiva subsisten a la fecha también graves obstáculos como un adecuado protocolo para el aborto terapéutico, las limitaciones para tener acceso a algunos métodos anticonceptivos y la mala persistencia de elevadas tasas de embarazos en mujeres adolescentes y sobre todo no deseados. En estos casos y de los adelantos que han registrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano en el discernimiento de la salud como un derecho de carácter fundamental y una delimitación de su contenido y sobre todo una exigencia normativa. La jurisprudencia del antes mencionado tribunal refleja, todo aquello que hemos indicado en estas líneas introductorias; como el avance y la importancia que ha servido incluso para modificar algunas deficientes realidades en el ejercicio práctico del derecho y en una ausencia cierta de activismo y audacia para dar mayores acciones efectivas en la búsqueda de soluciones procesales que puedan hacer más efectivos los mandatos que el propio tribunal dicta en los casos referidos al derecho a la salud. (Jurisprudencia, 2004, pág. 06) El tribunal a la fecha registra importantes avances en la apreciación en el derecho a la salud como un derecho autónomo y respalda con instrumentos internacionales, tanto como en la delimitación de su exigencia normativa en ámbitos del tratamiento retroviral para las personas infectadas con el mal del VIH y el derecho a la salud mental como también el derechos al medioambiente al agua potable saludable como un derecho interrelacionado y el principio de equidad sanitaria como orientador de una política pública en salud, también presenta algunas deficiencias en el ámbito del derecho a la salud sexual y sobre todo reproductiva como la ausencia de mecanismos que permita efectuar un seguimiento de sus principales decisiones de la transformación efectivamente del estado de cosas determinado así su aspecto inconstitucional en la línea del avance por los tribunales constitucionales en América Latina. (Jurisprudencia, 2004) Desde una perspectiva amplia, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano sobre derechos de carácter social es muy escasa y bastante reducida, si vemos los pronunciamientos con relación al derecho a la educación a la alimentación y a la vivienda. Los avances desarrollados por el tribunal en el ámbito del derecho a la salud esto constituye, en esta línea bien limitada, aunque en una forma saludable lo que

será preciso reforzar en el futuro para tener un aprovechamiento de la última línea jurisprudencial sentada en los casos de la salvaguardia universal como un importante espacio para la judicialización de estos derechos. (Jurisprudencia, 2012)

2.1.13. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD.

El derecho a la salud es reconocido hace casi cien años como derecho universal de segunda generación, dentro de ellos tenemos a los derechos sociales, económicos y culturales de la humanidad. Surge de carácter inmediato el aspecto programático vale decir un derecho de carácter fundamental que toda persona tiene y debe ser amparado por el estado, cuando estos preceptos ya obran en las principales cartas constitucionales de las naciones unidas entre otras poniéndose de relieve el cuidado de la salud pública, sentido que es recopilado y ampliado en las diferentes convenciones y tratados sobre derechos humanos en el mundo y en las cartas magnas de un importante número de países en la actualidad. (Caballero, 2016, pág. 307) La trayectoria en su afirmación de carácter exclusiva de los derecho programático a su afirmación como derecho fundamental de las personas de carácter operativo, exigible y tutelable y de carácter subjetivo constitucionalmente amparado y reconocido como derecho fundamental de las personas y la obligación de respetar por el estado y otras instituciones (deber que se amplía a los organismos que prestan el servicios de salud a las que gestionan y proyectan fondos de aseguramiento en salud), no ha venido en forma casual el texto expreso en las normas constitucionales, sino de una adecuada interpretación de carácter detallado de éstas por la jurisprudencia constitucional; aspectos que ha provocado, en nuestro país, su posterior declaración en una norma jurídica de naturaleza adjetiva, como es el Código Procesal Constitucional, que en su artículo 37, inciso 24), incorpora a la salud como derecho protegido por el proceso de amparo (Vasquez P. S., 2015, pág. 404), asimilándolo a los derechos de las personas contenidos en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú; aunque podría afirmarse, sin ninguna duda, que ya se encontraba implícitamente regulado en su artículo 3, a pesar de que no necesariamente fuera ese un criterio aceptado y amparado en el

mundo jurídico y respetado por todos los actores e intervinientes del sistema de salud. (Castañeda, 2005, pág. 05) En el Perú para ampliar la protección al derecho fundamental a la salud en ambos ámbitos; programático y operativo (el deber de hacer y el de respetar del estado y los demás intervinientes del sistema de salud), se ha fundado los entes administrativos sancionadores en la salud, que reprocha los comportamientos de carácter indebidos (hechos y factores que constituyen infracciones), a cargo del órgano regulador y fiscalizador del sector de salud; actividad que se sustenta en categorías y acciones de supervisión para el ámbito programático y las quejas, denuncias o las intervenciones de oficio, en la parte operativa. En ambas esferas, se han implementado acciones inmediatas, con el fin de fortalecer una protección oportuna ante vulneraciones al derecho a la salud que causen peligro o daño; y las medidas de seguridad de carácter provisionales; que constituye acciones de carácter sumarísimo de parte de las autoridades, en casos administrativas. (Caballero, 2016, pág. 307

Los derechos humanos han recibido diversas denominaciones a través del tiempo; derechos del hombre, garantías individuales o sociales, derechos naturales reconocidos por las constitucionales, derechos de carácter innato, derechos esenciales y las libertades públicas, derechos de la persona humana, derechos públicos subjetivos y derechos fundamentales. (Carpizo, 2011) Los derechos se unifican de acuerdo a su normatividad; universalidad, historicidad, progresividad, aspecto protector, indivisibilidad y eficacia directa. La declaración universal de los derechos humanos reconoce en su texto lo siguiente que: (...) *Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y bienestar y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...* El pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, señala en su texto que *el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.* (García, 2016) Alcántara sostiene que el derecho a la salud es un hecho de carácter social y tanto material como también inmaterial, por ello tiene una forma multidimensional y multicausal, desbordando así la competencia médica. Para

Ferrajoli los derechos fundamentales conforman tres criterios axiológicos de mucha importancia; el primero es el nexo entre derechos humanos y la paz (garantizando los derechos fundamentales para conservar y priorizar fundamentalmente la paz), el segundo es el nexo entre el derecho y la igualdad (igual valoración para todos), y el tercero es el papel de la ley del más débil en alternativa a la ley del más fuerte. (Ferrajoli, 2006)

2.1.14. RESEÑA HISTÓRICA DEL DERECHO A LA SALUD.

Desde la aparición del hombre homo sapiens hace aproximadamente 200.000 años, la salud ha tomado un carácter fundamental en la organización social humana. Desde un principio, las tribus se encargaba, bajo sentimientos de solidaridad y mutua ayuda, de atender las enfermedades de sus miembros por medio de una brebaje que tenía dos modelos a saber; No obstante y durante todo ese periodo del desarrollo histórico que va hasta el año 10.000 a.C, no existía hasta esa fecha el concepto detallado del derecho a la salud, entendiéndose desde un punto de vista más cercano al jurídico. (Castaño, 2013) En esta línea, tampoco existía la concepción de derecho a la salud como prestación social radicada en un individuo cuyo objetivo era garantizarle un integro estado de bienestar tanto físico y mental y sobre social de los individuos que podía ser exigible mediante procedimientos efectivos a un insolvente que generalmente se puede tratar del estado. (Lubbock, 1987) A partir de la era neolítico, cuando el hombre primitivo se instala al lado de grandes y feroces ríos en cada continente del planeta tierra y principalmente por la transformación climática y precipitados por la última era del hielo, pero también a raíz de factores agrarios, funda las ciudades y las grandes civilizaciones de la antigüedad. En este periodo, que sería desde el 10.000 a.C. hasta el año 0 de nuestra era, el concepto de derecho a la salud, público y universal, aún estaba muy lejos de construirse como concepto. Sin embargo, se fueron dando elementos que reflejarían la naciente preocupación humana por situaciones que circundan el derecho a la salud, como la sanidad pública en general y el entendimiento de los fenómenos naturales que ocasionaban las enfermedades a los hombres. El código de Hammurabi

(Peinado, 2005) consagró algunas normas relacionadas con el ejercicio y práctica de la medicina. Por ejemplo, en el Canon 2018 se lee:

“Si un galeno ha tratado a un hombre libre de una herida en condición grave con una lanceta de bronce y ha hecho fenecer al hombre o si ha descubierto la nube del hombre con una lanceta de bronce y se daña el ojo del hombre, se le mutilara las manos”.

En el antiguo periodo Egipto (3150 a. 35 a.C), se pueden encontrar los primeros antecedentes de un método de fortalecimiento en salud. Pese a que este sistema no era universal, existe constancia de algunas instituciones como el ejército, sacerdotes, funcionarios públicos en las cuales sus miembros tenían derecho a la atención en salud como también a la licencia por enfermedad y pensión. (J, 2017) Durante la existencia y el reinado del imperio romano entre 753 a.C y 476 d.C), se asignaron grandes avances referentes al concepto de salud como un derecho. El imperio romano adopta la cultura griega en 146 a.C tras la victoria en la batalla de corinto por los romanos, esto implica que heredaron las ideas Aristotélica del derecho natural. Ejemplo de esto es el estoicismo. (Alonso, 2013)

El imperio romano es famoso por sus actividades en los campos de batalla y la higiene personal con la elaboración de baños públicos y en aspectos de ingeniería sanitaria y una elaboración de acueductos en toda la ciudad del imperio. Por la actividad y servicio militar, el imperio romano generó una necesidad de avance en el área de medicina, especialmente en aspectos de cirugía. Durante la edad media se hereda el derecho natural de Aristóteles. Tomás de Aquino (1224 d.C, 1274 d.C) partiría con el inicio de la idea del derecho natural, reformulándola como la ley divina:

“Dios ha establecido una legislación eterna para el mundo natural y el mundo humano y eso es lo que conocemos como ley natural”. (Concha, 2006)

Sin embargo, a pesar de los años como autores tan prolíficos en su época como Tomas de Aquino, en la edad media y por un lado no se definieron los fundamentos que hacían parte de esa llamada norma divina o norma natural

(como el derecho a la salud) y por otro lado el oscurantismo religioso obstruye la proliferación del conocimiento, mediante una actividad intensa hacia la ciencia y los preceptos que contradijeran los textos bíblicos de esa época. Este fenómeno produjo un menoscabo en el aspecto rutinario a cambio del aumento del mundo metafísico y por ello la mortificación de la carne pasó a ser como norma selecta de conducta, por su descuido primordial en la limpieza personal y del saneamiento total del público, llegando hasta el punto que junto con el movimientos migratorios bélicos y bajos niveles socioeconómicos, se produjeran las grandes epidemias de la humanidad como la peste bubónica. (Entralgo, 1941, pág. 131)

2.1.15. PROTECCIÓN JURÍDICA DEL DERECHO A LA SALUD

En el año del 2017, el derecho a la salud cumplirá cien años de su afirmación como derecho universal de segunda generación, ciertamente, no se puede ocultar su presencia anterior a ese reconocimiento, pero su condición de valor superior de la humanidad es jurídicamente aceptada a partir de ese momento. En el derecho a pensar en la presencia de valores y normas superiores ubicadas por arriba de las normas legales pero comunes en todo aparato del sistema jurídico y esto no es una invención de nuestra época. (Caballero, 2016, pág. 307) El respeto a la vida, la búsqueda de la libertad, el derecho a la propiedad, el derecho a la opinión o al credo, entre otros valores de similar importancia y esencial para el desarrollo eficiente del hombre, son de antigua época. Para el tratadista Francisco Fernández Segado, la idea de la existencia en el derecho pero con valores superiores encumbrados por arriba de todo acto del poder tiene como antecedente histórico en atenas, en roma y sobre todo en la edad media, siendo en su forma relevante en el año de 1610 por la doctrina del juez Coke en el Bonham's Case. En este caso Bonham, se ventila ante el tribunal del juez Coke la cuestión planteada por Bonham versus el Colegio Médico de Londres. Bonham había estudiado medicina y obtenido su maestría en Cambridge y el doctorado en Oxford, desempeñando la medicina en Londres. (Rizo, 1998, pág. 139) El colegio médico de Londres convocó a Bonham y cuestionó su capacidad para practicar la profesión, imponiéndole una multa y ordenándole se abstenga de ejercer en el lugar.

Ante la desobediencia, Bonham fue sentenciado con pena y cárcel, logrando salir de prisión gracias a un proceso de carácter constitucional de habeas corpus; luego de lo cual, Bonham demandó al colegio Médico. Este proceso fue resuelto por el juez Coke en contra de esa época y la tradición británica, completamente monárquica y parlamentarista. Este colegio profesional de medicina apeló pero con los fundamentos que la facultad para aplicar y emitir sanciones respecto al ejercicio de la medicina había sido otorgada por el rey. El magistrado estableció la superioridad del common law por arriba de las decisiones y ordenes de los reyes y de los actos parlamentarios que se oponían al derecho común y sobre todo a la razón; igualmente, instituyó el papel de la judicatura; un pretendido y amparado derecho sin el debido respaldo judicial siendo tan solo una declaración de papel, para luego terminar dando un fallo a favor de la anulación de la sanción impuesta a Bonham, ya que aun contando el colegio médico de Londres con la judicatura para efectuar sanciones otorgada por el rey, esta atribución que fue concedida por el rey no puede ser aplicada a quienes no se otorgó la licencia; además, encontró un conflicto de intereses, pues el demandado percibía una parte de las multas que imponía. Si bien es cierto esta doctrina que hasta la fecha perdura del juez Coke fue cuestionada en Inglaterra, pero tuvo un arraigo masificador primero en la colonia americana; más adelante, fundada la nación norteamericana y en la constitución del año de 1787 se establece como una cláusula de supremacía de la constitución, con una forma y norma para el gobierno basándose en el principio de “checks and balance” (o pesos y contrapesos, control y equilibrio del gobierno), reflejo de la lucha permanente de los seres humanos por su libertad frente al poder político, a través de un orden jurídico superior, que vincula íntimamente a la justicia constitucional y la democracia, así como la incompatibilidad de la primera con los regímenes dictatoriales. (Segado, 2002, pág. 10) No extraña, entonces, que el derecho a la salud tuviera su propia evolución. Los derechos sociales, económicos y sobre todo culturales de la humanidad, fueron incorporados por primera vez en carta fundamental en las constituciones de Querétaro del año de 1917 (México), Unión Soviética del año de 1918 y de Weimar del año de 1919 (Imperio Alemán), entre otras de la época. De las citadas normas y

doctrinas se puede perfilar el derecho a la salud como la primera norma a facultar al congreso y a legislar sobre la salubridad en general y garantizar la salud de los trabajadores y demás ciudadanos. Por otro lado en la constitución soviética del año de 1918 regula como norma la creación de los comisariatos del pueblo, dentro de los cuales uno de los primordiales es la salud pública. De igual manera, la constitución de Weimar autoriza al imperio Alemán a tomar acciones respecto sobre una legislación acorde a la salud pública y crear un amplio sistema de seguros para atender la conservación de la salud. (Belmonte, 1919) En la Constitución del Perú del año de 1933, el artículo 50, consagra: “El Estado tiene a su cargo la sanidad pública y cuida de la salud privada, dictando las leyes de dominio respecto del servicio higiénico y sobre todo sanitario que sean necesarias para la población, así como las que brinden un favorecimiento al perfeccionamiento físico, moral y social de la población en su conjunto”.

La declaración universal de los derechos humanos se suscribe primeramente en el año de 1948. El artículo 25, numeral 01, prescribe lo siguiente: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia en torno, a la salud al bienestar y especialmente a la alimentación como el vestido, la vivienda, y fundamentalmente la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”; (Omar A. Sar, 2006, pag. 857) posición, consolidada también en el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales, artículo 12, inciso 1 que dice: “Derecho de toda persona tiene como fin al disfrute del más alto nivel posible que ampare la ley de salud física y mental”. La constitución de la organización mundial de la salud (OMS) dictada en el año de 1946, precisa en sus artículos que el derecho a la salud es el goce máximo de la salud que se puede lograr y también es uno de los derechos fundamentales que todo ser humano y sin distinción de raza como religión e ideología política o condición económica y social debe tener y también es un derecho que no solo depende de una amplia agrupación de las personas y de los estados que lo acogen en sus preceptos normativos; por ello, se concede a los gobiernos como una responsabilidad de salud de sus pueblos a través de la aceptación de medidas sanitarias y sociales

apropiadas, lo que influye el otorgamiento a una atención sanitaria debida y oportuna sobre todo aceptable y asequible de calidad satisfactoria, siendo una obligación de los estados crear las condiciones que ofrezcan que todas las personas puedan vivir lo más saludablemente posible, comprendiendo la normatividad garantizada de servicios adecuados a la salud con condiciones de trabajo oportuno en salubridad y las viviendas adecuadas y alimentos nutritivos. (Constitucion, 1946) Dicha visión oportuna al derecho a la salud se ratifica por la observación general N° 14 del año del 2000 del comité de derechos económicos, sociales y culturales de las naciones unidas (ONU), referida al derecho y al disfrute del más encumbrado nivel posible de la salud, al precisar que el derecho a la salud, respecto a los establecimientos o sucesos de bienes y servicios de salud, abarcando cuatro elementos. (Social, 2000)

- A) Disponibilidad: Número suficiente y programas de salud, ambos como un deber.
- B) Accesibilidad: Física, económica y de información, sin discriminación.
- C) Aceptabilidad: Respeto de la conducta moral de la medicina de ser culturalmente adecuado y eficiente en las condiciones del género y a la época de la vida.
- D) Calidad: Ser adecuado desde la posición de vista científico y médico, asimismo de una buena calidad.

También implanta a los estados un deber y un derecho de adoptar medidas deliberadas, concretas y específicas hasta un límite de los recursos que dispongan, para avanzar hacia la realización del derecho a la salud, lo que implica el cumplimiento de tres tipos de obligaciones:

- A) Respetar: no perjudicar el disfrute de este derecho.
- B) Proteger: adoptando medidas como la regulación, para evitar que terceros (actores no estatales), obstaculice en el goce del derecho a la salud.
- C) Cumplir: tomar medidas como leyes, políticas u otras, para dar plena realidad al derecho a la salud.

De estas tres obligaciones implantadas a los estados como la de respetar es la más cercana al ámbito operativo del derecho a la salud, las de proteger y cumplir están íntimamente ligadas a su dimensión programática; deber de hacer del estado. En esta línea la categoría mínimo y elemental del derecho a la salud, también establecerán obligaciones pero primordiales al servicio de carácter esencial en atención oportuna como la alimentación mínima pero nutritiva y un saneamiento al agua potable y medicamentos básicos para adoptar y aplicar una estrategia en un plan de acción de categoría nacional de salud pública considerando las preocupaciones en salud de toda la población. (Caballero, 2016, pág. 311)

Esta incorporación programática del derecho a la salud, es agrupada por la mayoría de los ordenamientos en los cinco continentes. A continuación, veremos algunos países que obran en su constitución el derecho a la vida:

- A. La Constitución de la República Federativa del Brasil:** Como función primordial regula el derecho a la salud en el capítulo referido a los derechos sociales específicamente en el artículo N° 06 que asigna a los diferentes niveles de gobierno la competencia de cuidar de la salud y legislar sobre protección y defensa de la salud (Artículos 23, numeral II, y 24, numeral XII, respectivamente). (Brasil C. , 1988)
- B. La Constitución de la República de Colombia:** Igualmente, el derecho a la salud se ubica primeramente en el capítulo referido a los derechos sociales (artículo 6), estableciendo que la atención de la salud es un servicio público a cargo del estado, garantizando a todas las personas el ingreso a los rendimientos del fomento y protección y sobre todo la recuperación de la salud, correspondiendo también a establecer la política y la organización de la prestación de los servicios de salud (artículo 49). (Asamblea, 1991)
- C. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:** Si bien es la citada como la Constitución de Querétaro del año de 1917, no es sino hasta la reforma del año de 1983 que se incorpora en el artículo 04, esta norma se encuentra actualmente vigente sobre el derecho a la salud; que dice “Toda persona tiene el derecho primordial a la protección de la salud.

La ley definirá las bases y sus modalidades para el correcto acceso a los servicios primordiales de la salud y fomentara la concurrencia oportuna de las federaciones de las entidades en materia de salubridad general”. (México, 1917)

- D. La Constitución de España:** En la constitución de España prima los principios rectores de una política social y económica (artículo 43), se observa que el derecho a la seguridad de la salud es competente de las entidades públicas a organizar y tutelar la salud pública a través de decisiones preventivas de las prestaciones y servicios necesarios. (Constitución P. d., 1978)
- E. La Constitución de la República de Italia:** El artículo 32 señala: “La república protegerá de manera fundamental la salud como un derecho fundamental del individuo e interés primordial de la pluralidad de la asistencia ventajosa a los indigentes”. (Democratica, 1947)
- F. La Constitución de Japón:** “Todos los ciudadanos tendrán el derecho de mantener un nivel mínimo de vida saludable y cultural. En todos los disposiciones de la vida humana, el estado como ente primordial conducirá sus esfuerzos al impulso y al fomento de acrecentamiento del bienestar a la seguridad de la salud pública” (artículo 25). (Constitución, 1945)
- G. La Constitución de la República Popular China:** “El estado, para mejorar la salud pública, debe generalizar el establecimiento de servicios para la protección de la salud y un sistema de servicio médico público” (artículo 157). (Chai, 1982)
- H. La Constitución de la Commonwealth de Australia:** Consolidada el 25 de julio del año del 2003, sobre los poderes del parlamento que describe lo siguiente: “Los sujeto a las disposiciones de la presente constitución el congreso tendrá la capacidad de decretar leyes para lograr y fomentar la paz y el orden y la tranquilidad de gobierno del commonwealth, con referencia a: (...) (XXIIIa) (...) prestaciones por dolencia y hospitalización y patologías (...) servicios médicos y odontológicos (...)”. (Consuetudinario, 1900)

I. La Constitución de la república de Sud África de 1996: En el capítulo 02, de la declaración de derechos (artículo 27), se refiere respecto a los cuidados de la salud, alimentos, agua y seguridad social y señala lo siguiente; "(1) toda persona tiene derecho a los servicios de atención de salud, incluyendo salud reproductiva; suficiente comida y agua; y la seguridad social, incluyendo, si no son capaces de mantenerse ellas mismas y sus familiares como asistencia social. (2) el estado debe tomar las medidas legislativas y otros factores razonables, dentro de sus procedimientos disponibles, para conseguir la realización avanzada de cada uno de estos derechos. (3) Nadie puede negar a un tratamiento médico de emergencia". (Tribunal, 1996)

En el Perú, también se normativiza el derecho a la salud en la constitución en el orden de su contenido programático: "Todos tienen derecho a una debita protección de la salud como también al medio familiar en su conjunto y la comunidad conformada, así como el deber de contribuir y fortalecer a la promoción y defensa", "El estado identificara la política nacional de salud. El poder ejecutivo establecerá y supervisa su aplicación a la sociedad. Es responsable de proyectarla y conducirla en forma múltiple y descentralizadora para posibilitar a todos el acceso imparcial a la prestación de salud. (Omar A. Sar, 2006, pag.132)

2.1.16. EL DERECHO A LA SALUD EN EL PERÚ.

El derecho a la salud tiene como significado que el individuo en la colectividad humana, tienen el derecho de que el estado como ente supervisor se abstenga de todo acto o que ponga en peligro y riesgo a la salud de las persona y de la comunidad. Incluyendo el derecho a la vida, a su integridad tanto física como mental a la prohibición rotunda de la tortura de los seres humanos. Ello requiere de una legislación adecuada que debe estar direccionado por los principios del derecho internacional. (Vita, 1994)

Las obligaciones de amparo y de la efectivizacion se refieren a la actuación del estado. Consistente en una agrupación de acciones que el estado debe realizar a efectos de prevenir las enfermedades y prever el tratamiento de las

mismas una vez que se han declarado. Comprende también la toma de acciones de prevención para combatir las epidemias, vacunaciones, creación de condiciones para impulsar el crecimiento y la conservación de las infraestructuras sanitarias y médicas; decisiones para mantener el medio ambiente, seguro para enfermedades y la atención médica necesaria a los indigentes. (Hurtado, 1994) Por lo tanto, lo requerido de una acción de carácter positivo por parte del estado para su cumplimiento apropiado al derecho a la salud, ratificando su naturaleza de carácter social de este derecho y para resaltar las características de carácter interdependiente, universalista y fundamentalmente progresista para alcanzar el bienestar de todos los humanos y el desarrollo humano sostenible y no sólo de la ausencia de males físicos y mental. El análisis de las condiciones de salud desde el aspecto de los derechos humanos, se expone resultados que no son del momento como productos del azar o el menoscabo de la fatalidad, sino fundamentalmente de la toma de acciones que contravengan el deber fundamental de los estados de proteger y amparar la realización de derechos y libertades fundamentales. Se compromete necesariamente en la gestión pública para adiestrar la acción de los estados y de los integrantes que interviene en el ámbito de la recuperación de la salud de las personas, de acuerdo con las funciones y responsabilidades pero de carácter obligatorio derivada de los derechos humanos de carácter internacional que son debidamente reconocidos. (Hakansson, 2008)

Desde hace algunos años existe una serie de evidencias, investigaciones y publicaciones que se dan cuenta no solo de las violaciones del derecho primordial a la salud en el Perú. No obstante, aún existe una importante falta de conocimiento y sensibilización por parte de la población que es incapaz de demandar y menos aún de exigir niveles mínimos de cumplimiento con los derechos económicos, sociales y culturales en general y con el derecho a la salud en particular. En general, los patrones de insalubridad y otros índices de la exclusión social de la mayoría de personas no están asociados con patrones sociales de gasto ni con decisiones sistemáticas de políticas de parte del gobierno. (Hurtado, 1994)

En el precepto de carácter constitucional vigente a la fecha hay una evidente y palpable regresión de este derecho a la salud al disminuir su calidad y eficacia de los derechos fundamentales; en la actual constitución (1993), el derecho a la salud se ubica en el capítulo de derechos económicos y sociales y no en el de derechos fundamentales (como estaba en la constitución de 1979). Siendo que en nuestra constitución a la fecha este tipo y clases de derechos no eran exigibles al estado, esto se ubica en la doctrina de los derechos humanos y primordialmente en normas internacionales suscritas con todos los países. (Barrientos, 2003, pág. 12) En el área de la salud pública, la constitución política vigente de año de 1993 aún no ha adoptado en forma adecuada de las definiciones acordadas por el estado peruano con relación a los pactos firmados y ha eliminado el concepto de la integralidad. El estado peruano no ha cumplido con su obligación de progresividad en los preceptos constitucionales ya que éstas no tienen el estándar internacional y menos aún están en coyuntura con los alcances del derecho a la salud de la ONU. En la propuesta emitida por la reforma constitucional aprobada en el congreso de la república, se elimina una de las obligaciones del estado a tener como una política nacional de población (reconocida desde la constitución del 1993). Esta propuesta puede constituir una grave regresión al pasado en temas de derechos a las personas ya que se desconoce las futuras responsabilidades el estado como orientador de las normas con relación a los cambios demográficos de la organización de la sociedad. El acuerdo nacional de gobernabilidad pretende promover acciones y compromisos por parte de diferentes sectores de la sociedad, pero fundamentalmente por parte del estado, para generar viabilidad del derecho a la salud. Por lo tanto, es de destacar que al haber logrado consenso de la decimotercera política de estado que se compromete a lograr, el acceso y acuerdo universal a los servicios de salud y a la protección social. (Manrique, 2002, pág. 26) Un debate reciente promovido en la esfera de la legislación del derecho a la salud ha sido tomado y aprobado en el congreso de la república denominada derechos de los pacientes. Esta norma no enfatiza una protección real a los derechos y se observa graves retrocesos en temas de ejercicio de los derechos que se sintetizan en los siguientes puntos:

- A) La ley aprobada suprime un conjunto de normas y de derechos ya reconocidos y que se encuentran estipuladas en el artículo 15 de la ley general de salud, como uno de ellos que se menciona el derecho que todas las personas tiene al exceso a la copia de su historia clínica, así como el consentimiento informado de las intervenciones quirúrgicas, terapéuticas o pruebas invasivas.
- B) Plantea el concepto de derechos del paciente, cuando a los servicios de salud no sólo se acude en la condición de enfermo sino también solicitando actos médicos preventivos, siendo más correcto plantear los derechos de las personas beneficiarias de los servicios de salud.
- C) Limita la reparación de los daños a sólo negligencias profesionales atribuidas a los competentes de la medicina, cuando es sabido que muchos daños se producen en los establecimientos producto de las pésimas condiciones administrativas, institucionales o por carencia de medidas de bioseguridad.
- D) La ley no garantiza una reparación inmediata frente a posibles daños a la salud que puedan sufrir las personas en los establecimientos, por el contrario, crea un mecanismo contencioso entre la empresa aseguradora y el paciente. Es decir, según la ley la determinación del pago de los daños se hará una vez esclarecido el nivel de responsabilidad y este hecho traslada a un período mayor la reparación, que si estamos frente a un proceso judicial puede durar más de un año y si estamos ante un medio alternativo cuando menos un mes, en este tiempo la persona dañada tendrá que asumir los costos económicos de la cura.
- E) El seguro médico obligatorio ha fracasado como estrategia de reparación de daños y como aspecto de carácter beneficiosa a las familias pobres en otros países del mundo. En el tema del país de los EEUU muchas empresas aseguradoras se han retirado del mercado y en estos momentos hay un gran debate por limitar los montos de indemnización. A consecuencia de ello ha nacido un procedimiento de salud como una medida de carácter defensiva que ha tenido carácter elevado y excesivamente en los costos del acercamiento a la salud y ha generado una barrera económica en la salud. En el Perú, hay un aproximado de 6

millones de peruanos que no acceden a ningún servicio de salud y colocar una barrera más de acceso sería aumentar las brechas y marginar una óptima atención oportuna de la salud a otros millones. (Republica C. d., 2009)

2.1.17. EL MERCADO DE MEDICINAS Y EL DERECHO A LA SALUD.

En varios países latinoamericanos, los gastos periódicos en medicamentos correspondientes a más de un 20% de todas las compras en salud efectuados por el sector público, por los representantes privados y por las familias. Los beneficios anuales de las compañías fabricantes y comercializadoras de fármacos en muchos países del territorio se estiman superiores al 1% del producto bruto interno y llegando a ser tan colosales como el déficit del sector salud y ascendientes que las cercenaduras realizadas a los gastos en salud y a las retribuciones del personal para coordinar tales déficit sectoriales. (Zerda, 2001) El mercado farmacéutico mundial fue estimado para el año de 1995 en US\$ 287 mil millones, de los cuales le corresponden un 31% a los Estados Unidos de Norte América y un 7% a América Latina. El mercado latinoamericano ha comprobado un rápido incremento en los últimos años (26% de crecimiento en 1993, 16% en 1994 y 9% en 1995, de acuerdo a la IMS International), predominando las ferias de Argentina, Brasil y México, países que representan el 75% del mercado latinoamericano. (Bermudez, 1999)

Los mercados de droguerías tienden a ser muy deficientes, es decir, a no asegurar por si mismo acercamiento a los medicamentos para aquellos que los necesitan, de modo que no son moderados ni eficaces. Las principales fallas de los mercados de medicamentos son.

La profusión de comportamientos comerciales que acortan o dificultan la competencia. Lo más común en los países subdesarrollados es la utilización de un denominado prestigio comercial patentado por cada laboratorio, que exhibí el fármaco como un bien exclusivo y oculta las posibilidades de remplazarlo por otros. Al no haber un discernimiento de los equivalentes y sustitutos, los fármacos no rivalizan entre sí y no se confirma al usuario el

riesgo de comprar el de menor precio. Otras restricciones a la disputa provienen del amparo de registros, la confianza a ciertos productos y la partición del mercado en subclases terapéuticas. Todas estas clases de índole refuerzan el poder de mercado de las multinacionales droguerías bajo las naturaleza monopolísticas. La asimetría del testimonio que nace del habituado de que los beneficiarios tienen poca inteligencia sobre los méritos, peligros y semejanzas de los fármacos que deben adquirir de modo que deben encomendar en la dominación de un tercero (el galeno o el dependiente del laboratorio), quien a su vez adquiere menos advertencia que el productor. La capacidad que tiene la propuesta para concretar la petición de medicamentos. Muchas tácticas de mercancia de los creadores e intermediarios de medicamentos (como las concesiones de incentivos y la rentabilidad a los galenos y a las farmacias) tienen la determinación de impulsar el uso de fármacos y la técnica de salud que no son necesariamente los más adecuados, los más perdurables ni los más costos efectivos, aprovechando de la premura participación a la enfermedad y al desconocimiento que el consumidor tiene sobre las posibilidades de reemplazo. En efecto, ordinariamente son feriales en los cuales no se desempeña la “soberanía del consumidor,” pues éste no domina cuál es su predilecta opción y tiene que decidir bajo presión. La autonomía del cliente es una situación sustancial para que el mercado opere como un mecanismo apropiado de reparto que pueda entusiasmar los menesteres de los individuos y de la sociedad. (Zerda, 2001)

Los nuevos medicamentos que curan la hepatitis C se lanzaron a un precio que provocó profundo malestar en España, Europa occidental y los Estados Unidos, así como en India y Rumania, que tiene un gran cifra de infecciones. En los Estados Unidos de Norteamérica, el medicamento sofosbuvir (nombre del distintivo Sovaldi) se proyectó a un costo de 1,000 dólares por pastilla. En el país de España el procedimiento dominio superaría los 50.000 euros. Pronto quedó iluminado que ningún país iba a tener el dominio a todos los que lo requerían, a pesar de que la hepatitis C es un criminal a largo plazo y las medicinas son inusualmente para un tratamiento. Los fármacos

conservarían años de costosos procedimientos a los métodos de salud, incorporando los trasplantes de hígado. (Balsa, 2018)

¿Se trata simplemente de grupos radicales de campañas que intentan bajar los importes de los fármacos patentados?

Médicos sin fronteras ha retocado un papel importante en la campaña de la llegada a los fármacos, que inicio en el año de 1999, publicando que "los fármacos no deberían tener la calidad de lujo", pero el asunto también se ha planteado más recientemente en las Naciones Unidas.

Se trata del costo de los fármacos que todo el planeta necesita, incorporados los recientes antibióticos que las sociedades farmacéuticas han dejado de investigar y producir porque no pueden conseguir beneficios con ellos.

Un indicador de prominente altura de la ONU sobre el acercamiento a medicinas pasó la superior parte de un año analizando sobre estas contrariedades, como parte de entidades farmacéuticas, así como del mundo civil y académicos.

Las conclusiones que afirma que la empresa farmacéutica no han conseguido las medicinas que requerimos, ya sean antibióticos para el total de las curas para el zika y el ebola, en estados de bajos ingresos económicos, donde no hay plaza porque la multitud no tiene peculio.

Las naciones unidas ha efectuado compromisos para equilibrar los requerimientos del intercambio y el derecho a la salud en su documentación final del mes de septiembre del año del 2016, en el que amparaba la "separación" de los importe de I + D del valor final de la medicina.

Eso es factible si aconteciera algún arquetipo a la alianza financiada por las direcciones que retribuya a las compañías para conseguir una medicina tan necesaria como un antibiótico, aunque no perciban efectivos con las transacciones.

La mayor parte de las considerables farmacias no han evidenciado admiración por el testimonio. Eso podría haberse priorizado que soporte de derechos de las direcciones que aspirar a un consenso en la organización mundial del comercio para eludir las patentes de medicinas y hacer interpretaciones ocasionales en inclinación de la salud pública como la declaración de doha del año 2001. (Azevêdo, 2017) Principalmente se debe a las obligaciones de los dos pilares fundamentales sobre los que se asienta el sistema de innovación actualmente; las patentes y la estimación del importe de medicina por parte de la industria.

Manejando registros sobre artículos farmacéuticos en desarrollo de la fabricación como en laboratorios que poseen la exclusividad del aprovechamiento en el mercado durante 20 años. Estos dispositivos en algunas ocasiones de flamante producción como es el caso del país de España cuyo precepto de registro se anunció en el año de 1986 se crearon para motivar las indagaciones y estimular las novedades, pese a que su secuela real ha sido el de concebir monopolios que no aparentan motivar en muchos ocasiones la I+D al prolongar progresivamente el monopolio sin fuente justificada.

En el segundo lugar, la consolidación de importes de las medicinas por parte de las compañías industriales y la extensión negociadora de los estados.

Desde hace ya mucho tiempo, los conjeturas de la producción para valorar el importe de una medicina, además de ser totalmente antirreglamentario, no se justifican en los precios de elaboración e I+D, sino en el importe culminante que el mercado pueda sostener.

La fabricación puede incorporar unas variantes como el periodo para librar el cambio de inversión como años de existencia al tolerante a la competencia en el mercado. Pero también a veces se basan simplemente en la provecho, como los casos de Daraprim y Cicloserina, medicinas para enfermos de VIH y tuberculosis que aumentaron sus precios a un 5.500% y 2.000% respectivamente de la oscuridad a la mañana tras conseguir sus erguidas nuevas compañías.

Las fuentes del crecido incremento de las medicinas están por una parte directamente vinculadas con la invención de monopolios que amnistía a los países y a su incapacidad para regular convenientemente el beneficio de la industria y que esta disfruta de una postura despótico en el mercado. (Balsa, 2018)

2.1.18. LA SALUD EN EL CONTEXTO DE LA SOCIEDAD GLOBAL.

En la mitad del siglo pasado, en torno al año de 1950, surgieron a nivel internacional diversas declaraciones que defendían los derechos básicos y elementales del ser humano, como son, derechos positivo todo inherente a la inherente de la naturaleza del individuo, que bajo ningún precepto debían ser objetados y que todos los seres humanos debían poseer. El derecho a la salud fue indiscutiblemente uno de esos derechos esenciales y básicos. Sin él, es complicado e inviable conseguir a otros derechos como el social y sobre todo el político. (GEP, 2007) Es por ello que no sólo en los preceptos y en las declaraciones universales el derecho a la salud se muestra entre los principales derechos fundamentales, sino también en las constituciones que dirigen los diferentes reglamentos de carácter nacional y que finalmente terminan aceptando las distintas organizaciones de gobiernos regionales y locales, más cercanos al usuario de todo servicio de salud.

En la declaración universal de los derechos humanos este precepto se encuentra tipificado en el artículo 25 que menciona lo siguiente: “Todo individuo tiene derecho a una altura de vida oportuna que le asegure, así como a su linaje, la salud y a la comodidad y en especial la manutención, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.” (Cóba, 2011)

En el pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales del año de 1966, en su artículo 12, se describe así: “Las naciones partes en el presente acuerdo admiten el derecho de toda persona al goce del más alto posible de la salud física y mental”. (Humanos, 2012) Entre las mediciones que deberán recoger los estados que son partes en el acuerdo a un fin de aseverar la plena realidad de este derecho que se mencionan.

- a) La rebaja de la mortalidad infantil y el sano crecimiento de los niños.
- b) La mejora en toda su compostura de la limpieza de la ocupación y del medio ambiente.
- c) La disposición y la medicación de las enfermedades superficiales, endémicas, expertos y de otra naturaleza y la pelea contra ellas.
- d) La innovación de supeditar que toda la asistencia médica y préstamos médicos en caso de padecimientos.

El precepto de la organización mundial de la salud, se instaure claramente que “la satisfacción del grado colosal de salud que se pueda conseguir es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano, sin diferencia de etnia, religión, ideología política y situación económica o social.” Sin nombrar otras normativas de índole internacional que insisten y subrayan sobre los puntos destacados, ya en nuestra constitución del año de 1979 se desenvuelve la salud como uno de los derechos fundamentales, concentrando después para confeccionar la ulterior ley general de la sanidad. (Gavín, 2008) En general, todas estas normas, comenzando desde el rango superior para ir incidiendo en los rango de carácter nacional y local, tienen como objeto conseguir que todas los individuos obtengan plenamente su potencial en aspecto de salud, como el impulso y la seguridad de la equidad a lo amplio de toda la vida y tratando de disminuir la incidencia de las principales enfermedades, así como el padecimiento que las origina.

Esto puede abreviar en tres categorías fundamentales:

- a) La sanidad como medio de carácter rígido y un derecho fundamental de los seres humanos.
- b) La igualdad, en elemento de salud y participación de hechos entre todos los países.
- c) La intervención y el compromiso del hombre, las agrupaciones, las instituciones y las comunidades, en el desarrollo continuo de la salud.

En la actualidad se pretende que la autoridad divulga y comparta su obligación del cuidado del honesto derecho a la salud, los propios habitantes, impulsado la salud pública, como las formas de vida sana y un medio de un

ambiente provechoso. Esto es, ejercer antes de que se produzcan patologías que con una adecuada información podrían evitarse. (García E. d., 2017)

2.1.19. EL MERCADO FARMACÉUTICO EN EL PERÚ.

Ha pasado ya suficiente oportunidad desde que la conducta profesional era aprovechada muy naturalmente en el medio de la salubridad de la urbe peruana. El galeno muy responsable y considerado por sus recomendaciones apropiadas y sobre todo la ética hasta donde podía tener acceso.

Las continuaciones de boticas o farmacias han habitado en forma desmesurada, el Perú y en forma intensa ha constituido a la pluralidad de boticas y farmacias legendarias en los distritos, siempre con el soporte de normas que ha favorecido sólo a los inusitados y ha permitido su avance comercial con su forma de venta y abaratamiento por su poder de compra a gran escala. Fasa una de las más antiguas ahora ya comprada por Química Suiza que tiene también a otras de las grandes BTL y Mifarma. Química Suiza domina el mercado por cantidad de puntos de ventas y tiene dentro de sus negocios su laboratorio que le produce, droguería distribuidora y por último sus puntos de venta con lo que alcanza costos insignificantes en su elaboración. (Vasco, 2012)

En cuanto a las empresas transnacionales toman también su maniobra para seguir eficaz en el mercado peruano, dado que la reglamentación que estaba reinante hasta hace poco fue modificada por la Ley N° 29459, pero sin embargo están en una sucesión de asambleas para algunas modificaciones.

Las estrategias de los grandes es pagar al prescriptor, es decir a través de sus representantes médicos condiciona a una gran mayoría de médicos y especialistas (siempre con distinción de galenos que acaten su ética competente) en clínicas nacionales y clínicas privadas y consultorios privados. Se remunera por medio de recompensas de viajes a seminarios internacionales por un total de x recetas o por periplos familiares por cuotas de recetas o simplemente por un importe de efectivo por prescribir tales artículos que son valorados por las máquinas del IMS entre otros. O el

sustento al enfermo, es decir usted, adquiere 20 píldoras de esto y la droguería le obsequia 10, que al final resulta una especulación que impone a los sosegados a optar por una medicación más elevada en su costo. Los laboratorios también han recogido su metodología y efectúan lo mismo, dado que los preceptos lo acceda en el ejercicio por no tener una gran abundancia de inspectores.

El mundo del medicamento ahora está enfocado más en el negocio que en la salud misma de la población, porque se engaña a los pacientes con nombres de marca de medicamentos obtenidos a precio de medicamentos genéricos. Es decir, un enlace de farmacias manda a elaborar a una droguería sus artículos de firmas propias a importes irrisorios y los venden a precios elevadísimos y así su beneficio puede ser hasta de 900%. (Vasco, 2012)

Los enlaces de farmacias han codiciado esa modalidad de los artículos líderes de los enormes laboratorios que hacen su considerable venta o tienen alta giro han ordenado a elaborar parecidos a las grandes empresas a precios inferiores y lo expenden a importes cercanos a las grandes empresas por eso su beneficio es altísima. (Chimonas, 2018) Podría decir líder Notil crema 10 g precio público \$11 (US\$1= S3.25), la cadena manda a fabricar este producto con nombre de marca y le puede salir su fabricación a \$ 2 y lo vende a \$10 y paga un incentivo de 1 sol al vendedor de punto de venta. Es decir, una especulación con la salud que se favorecen solo los magnates y deterioran en eficiencia a la ciudad, porque ¿dirán ustedes; yo les cuestiono y porqué la elaboración de este producto es tan económico? (Vasco, 2012)

Qué tipo de componentes usan y porqué el líder es demasiado caro. Son muchas incógnitas que se puede sacar de la cuenta, además el trámite de registro sanitario ha sido el más simplificado cosa que no se comparte porque se comercializa artículos para la salud y que deben de tener bioequivalencia para que tengan resultados semejantes. Estos resultados de etiquetas personal son los productos que el personal técnico de farmacia es el que oferta o el que efectuá la venta, así lo hace infringiendo las normas y leyes y la pregunta ¿quién controla?

Todo esto ha hecho que las boticas pequeñas trabajen sin importarles la ley, vendiendo muestras médicas, productos vencidos con un término adulterado, consiguiendo artículos de fraude, adquiriendo artículos en intermediarios de inseguro origen. Esto deteriora la salud del pueblo que ilusionándose en su botica de la ciudadela es atendida con artículos de incierta procedencia y pone en peligro su salud.

La nueva Ley N° 29459 y su reglamento tienen muchas más exigencias y por eso ha puesto en alerta a los dueños de negocios relacionados, laboratorios, droguerías, distribuidoras, importadores, farmacias, donde se destaca la continuidad de expertos químico farmacéutico que confirmarían la índole del medicamento hasta el cliente final, esperando que mejoremos la calidad del producto y dado que siempre ganan los grandes que son apoyados por leyes que los benefician y no ven la salud de la ciudad en sí. (Instituto Nacional de Salud, 2009)

En cuanto a la atención del asegurado por parte del gobierno de turno es pésima, no tienen medicamentos, siempre hay quiebres de stock y el asegurado tiene que comprar en una farmacia y para poder ser atendido tienes que hacer colas para sacar cita y sale para el mes siguiente luego una nueva receta que será al próximo mes, siempre hay deficiencias a ese nivel. Atenderse por un malestar de un familiar, la receta de la atención si tienes suerte lo consigues en sus farmacias y el costo es a \$ 2 o \$ 3, más caro sale el servicio de taxi para el traslado. Muchas incongruencias reales existen para el asegurado y ven el medio adecuado de dirigirse a las boticas a que les recomiende un medicamento para su mejora. A la fecha siempre que la medicina genérica en el Perú son todos de carácter efectivo y los primeros en comunicar para su consumo, porque sus convenios con los entes aseguradoras que les dan medicinas de empresas farmacéuticas y son protegidos en las mejores centros sanitarios y otra incongruencia cierta es porque no solicitar el servicio del seguro del estado para que observe la realidad de los medicamentos que ofrece y el servicio de atención de salud para el ciudadano común y corriente. (Vasco, 2012)

2.1.20. PROTECCIÓN DE LA SALUD Y EL ACCESO A LOS MEDICAMENTOS ANTE LA IDEOLOGÍA DEL MERCADO.

A la fecha hay una forma de examinar el mercado como un ideario y otro como un suceso. El mercado como suceso es un prodigio que requiere un marco jurídico acorde que le acceda desenvolverse con capacidad. La sabiduría española, acumulando las contribuciones del Tribunal Constitucional alemán, se explica a este interés a la "imagen maestra" (Leit-Bild) del mercado, la que debe ser siempre configurada respetada por la legislación para que su funcionamiento se optima y en regla. Esta idea maestra es la independencia de la permuta a través del dispositivo reservado de los importes. Lo que es impreciso compromete varias respaldos de índole constitucional o licito; libertad económica, posesión privada, amparo de la libre disputa, defensa de la equidad del usuario, como una salvaguardia de un campo prudente de hecho para el mercado en la humanidad, una debida argumentación del reglamento contra el mercado y trabo al adiestramiento desmesurado de los métodos de participación pública en la economía. (Tellez, 2013)

En cuanto se explica a sus rendimientos y cómo pueden perjudicar en absoluto el derecho a la seguridad de la salud y en exclusivo el senda a la medicina, nos parece que la peculiaridad de esta doctrina consiste en asignar un encargo totalizador al aparato del mercado al interno de la comunidad, que se dispersa por lógica a la consecuencia y la entrega de la demanda para complacer las exigencias básicas.

El mercado es instruir con todos los incrementos o cualidades que la suposición sórdida asigna al país intachable de disputa correcta; coherencia de los delegados sórdidos, atomicidad y nitidez del mercado, uniformidad de los artículos en disputa, libre portal y huida y el movimiento de los factores de producción. (Prieto, 2009) Todas las superioridades de estos tipos de ideas son transportadas al universo soberano del movimiento de los mercados concretos. De tal manera que, si a éstos se les aparta en la dirección de su inherente método, simplemente sórdida, es posible aguantar el sumo

beneficio para todos; productores, distribuidores, proveedores y compradores. Beneficio máximo en cuanto al importe, cuantía, índole, aviso y regocijo, porque encierra en éste tipo el producto de la libre concurrencia armónica de los involucrados en el intercambio.

En el sector de la salud y las medicinas, si el mercado no actúa según el convenio con este deber ser, el veredicto no es imputable a su configuración, predefinida como la herramienta más eficaz del ser mortal para la retribución de la demanda. El alegato ideológico del mercado localiza las imperfecciones en las delicadas limitaciones de la indigente existencia, indolente en su labor de acondicionar a la lógica intrínseca y beneficiosa de aquél.

A través de este modo de ver lo que sucede y debiera suceder con el mercado en marcha, se supone que en el intercambio farmacéutico minorista todo agente económico es racional, cada cual busca su beneficio, todos alcanzan la máxima utilidad. (Lipsey, 2013) En otros tiempos, la maximización de las ganancias, receptor de la toma de determinaciones de la producción farmacológica y la sucesión de boticas, con la maximización de la utilidad, guía de las decisiones del consumidor de medicamentos. (Tellez, 2013)

2.1.21. MEDICAMENTOS CAROS UN DOLOR A LA ECONOMÍA PARA LOS PACIENTES PERUANOS.

Una pastilla puede costar treinta céntimos o tres soles, abandonado totalmente y desamparando al consumidor. Demandan acción eficaz del estado. Una larga fila de farmacias se ubica exactamente frente al hospital regional del Cusco y el cercado del Cusco. Enormes y chicos, todas las sucesiones farmacológicas que existen y están en la espera del enfermo que se abate en su espacio y averiguara aquellas píldoras para la presión arterial, la gastritis u otro mal que ataca su cuerpo. (Torres A. L., 2019)

Es en ese escenario donde encontramos a Diógenes Ángeles, quien a sus 80 años recorría cabizbajo y notablemente malhumorado la avenida la cultura quien manifiesta lo siguiente. "Todos los días injiero una píldora para el corazón. El producto se llama Enalapril. Esa píldora que no tiene un costo

más de treinta centavos, cincuenta centavos... Voy a la botica y me quieren expender a tres soles. Demasiado. Ya no lo adquiero ni más".

Más allá localizamos a Rosa Luz del Carpio, preocupada porque su hija aguardaba en el hospital por un termómetro porque no tenía y más medicamentos.

"Mi hija estuvo internada todo el tiempo de los meses de diciembre y enero. Con decirle que no quiero ni sacar la cuenta de cuánto he gastado en medicamentos", dijo y corrió al hospital.

La natural preocupación los compras fortuitos y las medicinas costosas son, entonces, constantes en la existencia del sufrido peruano.

El costo del medicamento de Enalapril, que consume Diógenes consecutivamente para su mal del corazón, tiene un costo de S/ 0,30 en su muestra de comprimido de mg en una farmacia minorista, según declara el observatorio de costos de medicamento de Digemid.

Sin embargo conforme el mismo observatorio, la misma píldora puede valer hasta S/ 8.10 en farmacia y boticas Inkafarma.

El colegio químico farmacéutico del Perú efectuó la misma actuación y confirmo que por un ejemplar como el medicamento de Amoxicilina de 250 mg puede alcanzar a costar S/ 1.00 en genérico universal y llegar como costo hasta los S/ 36.32 en genéricos de distintivo en su fabricación. Una diferencia abismal. (Lozano, 2018)

El decano oficial del colegio de químico farmacéutico del Perú Marcial Torres Caballero, objeto que se actué esta forma en el mercado. "Ya no existe un argumento para abonar sobrecostos. Eso se hacía en el tiempo que se tenía que abonar por novedad en el artículo, por una marca comercial. Hoy en día ya las medicinas han descuidado sus registros", recalcó.

Una patente es una concesión que se le da a un laboratorio para aprovechar comercialmente una innovación en su medicamento. Dicha licencia se establece por un espacio de tiempo.

"Y una vez que caduca esa licencia, el importe debería ceder considerablemente hasta el importe de la marca de un genérico. Lo que pasa y se hace en Perú es alterar el envase del medicamento y continúa el comercio como si no habría pasado nada".

La defensoría del Pueblo Walter Gutiérrez Camacho, también se expresó sobre dicho tema. En un nuevo análisis, donde se examinó a más de 600 farmacias, definieron que el 66,2% de las farmacias particulares no detallan con un catálogo de valías de medicamentos, lo que afecta profundamente al derecho a la comunicación que tiene el cliente o usuario. (Polo, 2018)

Asimismo, sostuvo que en el Perú no existe una norma o reglamento que establezca la obligatoriedad de contar con un stock mínimo de medicamentos genéricos esenciales en las farmacias y boticas privadas.

Señaló que es fundamental y de mucha trascendencia que el Poder Legislativo legisle en ese sentido; toda vez que son estos medicamentos los más accesibles. También demandó que se priorice la supervisión y de ser el caso, se apliquen las sanciones correspondientes a las empresas infractoras.

"Es una obligación primordial del estado garantizar la disponibilidad y accesibilidad económica de los medicamentos, ya que son factores clave para la recuperación y la protección de la salud. La defensoría del pueblo con su representante continuará con estas supervisiones y otras acciones para garantizar este derecho, además de la vida y dignidad de las personas", expresó en un aviso a la apreciación pública.

El decano nacional del colegio químico farmacéutico, Marcial Torres Caballero, avizora que a la fecha existe un comité en el Poder Legislativo que determina medidas para afrontar este marco de los precios de medicamentos.

“Una vez adquirí una caja de medicina a S/ 20 y antes su costo era de S/ 12. En el hospital es más barato, pero hace meses que no hay”, dice Diógenes Ángeles, paciente que adolece de una enfermedad.

“El colegio químico farmacéutico propondrá la innovación de farmacias municipales que accedan a la competencia justa en el mercado”, expresa Marcial Torres Caballero, Decano Nacional. (Pachamama, 2018)

Figura 1 Comparativo de precios de medicamentos



Principio activo	Patente	Costo en genérico		Genéricos de marca			
		Público	Privado	Boticas		Clínicas	
Paracetamol 500 mg Tableta	NO	S/ 0.01	S/ 0.08	Panadol GSK S/ 2.00	Kitadol TEVA S/ 2.00	Formacol ANDREU S/ 2.90	Surzo salud PANADOL S/ 2.53
Azitromicina 500 mg Tableta	NO	S/ 0.35	S/ 0.50	Azitrol ROEMERS S/ 19.60	Azibay BAYER S/ 19.50	Zitromax PFIZER S/ 23.20	Angloamericana ZITROMAX S/ 43.42
Cetirizina 10 mg Tableta	NO	S/ 0.05	S/ 0.07	Alercet UNIMED S/ 2.90	Zetix FARMINDUSTRIA S/ 3.77	Zetaler EUFARMA S/ 3.94	Jockey salud ALERCEC S/ 7.44
Salbutamol 100 ug/Dosis Aerosol	NO	S/ 3.80	S/ 5.00	Salbutolín TORRES-FARMA S/ 7.00	Ventolin GSK S/ 40.00	Aircosam hfa FARMINDUSTRIA S/ 33.00	Peruano japonés VENTOLIN S/ 40.30
Naproxeno sodio 550 mg Tableta	NO	S/ 0.12	S/ 0.11	Alfamex GRUNENTAL S/ 3.85	Naproxport NATRUGEN S/ 3.40	Apranax BAYER S/ 2.50	Limatambo DOLSPORT S/ 4.42
Valproa de sodio 500 mg Tableta	NO	S/ 0.77	-	Valproamed MEDROCK S/ 1.40	Valproax AC-FARMA S/ 197	Valpakine SANOFI S/ 4.19	Vesalio VALPRAX S/ 7.83
Amoxicilina 250 mg/5mL Suspensión	NO	S/ 1.00	S/ 2.06	Amoxidin MED-FARMA S/ 31.49	Amoxidi duo ROEMERS S/ 30.95	Velimax GSK S/ 36.30	Montesur AMOXIL S/ 36.32

Fuente: Defensoría del pueblo – Colegio Químico Farmacéuticos.

2.1.22. INDECOPI SANCIONA A CINCO CADENAS DE FARMACIAS POR CONCERTACIÓN DE PRECIOS.

Se explica de las siguientes empresas farmacéuticas Arcángel, Fasa, Inkafarma, Mifarma y Nortfarma (Boticas Felicidad). Fueron sancionados con casi S/.9 millones de soles.

La entidad de Indecopi como ente controlador sancionaron en primera instancia a las sucesiones de farmacias como son Arcángel, Inkafarma, Fasa, Mifarma y Nortfarma (Boticas Felicidad) por el acuerdo de importes de variados medicinas entre los meses de enero del año 2008 y el mes de marzo del año 2009. (Gestion, Diario, 2018)

La entidad acordó aplicar multas a Arcángel por 867 UIT (S/.3.4 millones), a Inkafarma por 931 UIT (S/.3.7 millones), a Fasa por 349 UIT (S/.1.4 millones), a Mifarma por 32 UIT (S/.126 mil) y a Boticas Felicidad por 94 UIT (S/.371 mil).

Tres de estas cadenas de farmacias multadas corresponden a la agrupación de Quicorp. Estas farmacias son Mifarma, Fasa y Arcángel (cuya adquisición se concretó a comienzos de este año por un total de US\$85 millones, a través de Mifarma). La empresa farmacéutica Quicorp también era poseedora de BTL. Entretanto que la empresa de Inkafarma es de dominio del grupo Eckerd, concerniente a la empresa de InRetail (del grupo Intercorp). La Boticas Felicidad es una cadena que opera en el norte del país, con razón social en el departamento de Piura. (Diario sin fronteras, 2016)

Indecopi detalló que durante la investigación se acreditó que las cinco sucesiones de farmacias antes mencionadas coordinaron para aumentar los importes de los 36 artículos de farmacia y afines de distintas firmas y en momentos determinados, desde el mes de enero del año 2008 al mes de marzo del año de 2009.

El acuerdo de importes habría impactado negativamente en los consumidores más necesitados debido a que, en el período investigado, el 88% del gasto de los peruanos en medicinas fue ejecutado en boticas o farmacias privadas, entretanto que el 12% sobrante lo ejecuto en centros públicos como son el Minsa o EsSalud. “En ese mismo período, las cinco sucesiones de farmacias figuraban el 72% de la enajenación de artículos farmacéuticos”.

“El anuncio fue reconocido a través del monitoreo de los importes del mercado y las citas de inspección ejecutadas en los establecimientos de las sucesiones de farmacias y sus proveedores. Estas gestiones accedieron a la oficina técnica del Indecopi alcanzar comunicaciones y registros electrónicos sobre los acuerdos para aumentar el importe de los 36 artículos de farmacia y afines”.

En tal tendencia Indecopi denegó las cancelaciones efectuadas por las compañías en contra de las intervenciones de la oficina de técnica del Indecopi en la indagación preliminar, la atribución de acusaciones y el procedimiento administrativo sancionador, que comenzó en el mes de agosto del año de 2012.

En la resolución, la entidad como es Indecopi asimismo dictó como disposición correctiva que las cinco sucesiones de farmacias que implementen un sistema de ejecución de reglamentos de libre lucha a través del cual se deberá preparar al trabajador que participa en la adiestramiento de los incrementos de los precios de las medicinas, sobre la normatividad de la libre idoneidad.

Asimismo, las entidades transgresoras deberán reconocer los peligros de desobediencia a dichas preceptos y sugerir decisiones para neutralizar. La ejecución de estas hechos deberá ser informados periódicamente al Indecopi.

Finalmente, Indecopi termino que las otras dos cadenas de farmacias que conformaron parte de la indagación como son las farmacias de (Boticas y Salud, y BTL) no son culpables de la acuerdo del incremento de precios. El castigo aún puede ser revisado ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Indecopi, última instancia administrativa. (Indecopi, 2016) Se considera que las cadenas de farmacias de Arcángel (Albis S.A.), Fasa (Farmacias Peruanas S.A.), Inkafarma (Eckerd Perú S.A.), Mifarma (Mifarma S.A.) y Felicidad (Nortfarma S.A.C.). Estas fueron sancionadas con un integro de 2. 274,46 unidades impositivas tributarias, que corresponde a S/ 8. 984 123,17 (US\$ 2 641 992,95), por ejercicios colusorias horizontales en la forma de afianzamiento acordada de incrementos de precios de transacción al público, a nivel general. Este comportamiento está normativizada en el artículo 11.2 de la ley de represión de conductas anticompetitivas.

Asimismo, la participación de defensa de la libre competencia (CLC) mando como procedimiento correctivo que dichas farmacias adapten, durante un periodo de tres años, un proyecto de hechos para eludir la repetición de

actuaciones anticompetitivas. A través de este proyecto se adecuar al trabajador que participa en el alineamiento de los incrementos de precios de las medicinas, sobre los proyectos de libre disputa en el comercio. Asimismo las compañías transgresoras deberán reconocer los peligros de incumplimiento a dichos preceptos y sugerir medidas reformativas para contrarrestarlos. El cumplimiento de estos hechos deberá ser sosegados interrumpidamente al Indecopi.

Cabe especificar que la determinación por la CLC no termina la vía administrativa y puede ser interpuesta ante la sala especializada en defensa de la competencia del tribunal de Indecopi, teniendo como última fuero administrativo, quien podrá ratificar o anular dicha decisión. La publicación se desarrolla examinando que la recisión concluyente y el asesoramiento técnico se hacen a la difusión pública a partir del día siguiente de la notificación efectuada de la determinación de la primera instancia de acuerdo con lo determinado en el artículo 31 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. (Indecopi, 2018)

2.2 MARCO CONCEPTUAL (PALABRAS CLAVES)

2.2.1. MONOPOLIO.

Se denomina como monopolio puro a la producción conformada por una sola compañía, que produce una rentabilidad del cual no hay remplazo, cuando encuentran apreciables impedimentos de admisión a dicha industria. (Case, 2012)

El monopolio en el mercado donde se encuentra una sola compañía fabricante de un definido bien o servicio y encontrándose con un gran número de compradores, cuya suma de sus necesidades individuales establece la demanda absoluta del mercado. Se efectúa en un mercado con un artículo ya definido, uniforme y con un apretado sustitutivo, donde no funciona el origen de la autonomía del precio de un producto. La compañía monopolista fija el importe de la venta del artículo que le permita acordar su rentabilidad. La empresa se contrapone a la curvatura de demanda del mercado, que es de

carácter menguante, por lo que tendrá como misión el dominio de la medida producida sobre todo el importe. Por todo ello, el monopolista puede intervenir sobre el importe y sobre todo en la medida del artículo, pero no acerca de ambas variantes a la vez. (Rubio, 2014)

Monopolio significa que, en un mercado solo hay un solo sujeto que controla la oferta de un producto, en contraposición a varios demandantes del mismo. El monopolio puede ser normal o legítimo. Es natural cuando la tendencia dispone a un solo dominador y la disposición privilegiada de un artículo, por modelos se puede mencionar como minerales que es permitido, mediante un precepto que la nación facilita a tal rentabilidad a un solo objeto. En el mercado existente todas clases de riquezas y encargos que disputan entre sí. En la existencia de tal acto que el monopolio se da como una existente y carente de todo replazo. El monopolio integro no se halla a los monopolios definidos si no son desprovistos, por cuanto cada fabricante o comerciante posee cierto nivel de monopolio aunque sea reducido. Existe, más bien, mucha disputa monopolística o competencia deficiente.

En el conocimiento más exacto de la palabra, una compañía es un monopolio si tiene el carácter exclusivo de abastecedora de un artículo homogéneo para el cual no hay replazo y tiene mucha demanda. Dichas restricciones se designan a veces el carácter de monopolio y la curvatura de la demanda para la partida de la compañía es de forma eclipsada de la demanda del mercado. Como con la disputa perfecta, el monopolio único no existe en la vida real y las organizaciones presentes del mercado cambian entre las dos puntas de la rivalidad de una forma casi completa y de posición cercana al monopolio. El estudio económico sencillo del monopolio calma la conjetura de las riquezas no análogas, pero considera que el monopolista se encara a una curva de demanda de mercado de carácter estable y predecible con una pendiente negativa de la competencia perfecta donde existen en los mercados de las empresas. Bajo tales condiciones un monopolista maximizado de beneficios establecerá el coste marginal e igual al ingreso marginal y venderá una salida menor y cargará un precio mayor del que correspondería bajo competencia perfecta. (Pearce, David W, 1999)

2.2.2. FARMACIAS.

En el conocimiento y el ejercicio de la prevención, conservación y dispensación de medicinas; también es el sitio donde se prevén, dispensan y ofertan los productos curativos. Esta explicación es la más general y proporcional que se monta con la idea de farmacia galénica (galeno fue un doctor en medicina griego del siglo II experto en proyectar medicamentos). (Fernández, 2014)

Anteriormente del siglo XX e inicios del mismo, la enunciación y preparativos de medicinas se efectuá por un solo farmacólogo. Al inicio del siglo XX, la preparación de las medicinas corre a cuidado de la renovada producción farmacéutica, si bien continúan siendo farmacéuticos los que coordinan e exploran a la enunciación y prevención de medicamentos en las enormes compañías farmacéuticas.

Se estima un carácter de forma disuasivo por partes de las farmacias a aconsejar al paciente en lo que se describe a su tratamiento y un asesoramiento a los galenos y otros especialistas sobre las medinas y su utilización en el campo de la atención al cliente (farmacia clínica y atención farmacéutica).

Los farmacólogos también cooperan en un conjunto de indagación con los químicos, los bioquímicos, los biólogos e ingenieros para revelar y extender compuestos químicos (biológicos) con un valor terapéutico. Además es necesario a los acontecimientos nuevos regulados internacionalmente en asunto de higiene y salud públicas (OMS/ICH), cada vez con más continuidad en su gestionar de carácter de asuntos de salud pública. (Sucasaca, 2016)

2.2.3. PRODUCTOS FARMACÉUTICOS.

Un fármaco es todo componente medicinal y sus agremiados que se muestran con pertenencias para avizarar, determinar, tratar, calmar o curar dolencias o para perjudicar a funciones corporales o al estado mental del paciente.

Para avalar su uso preciso y apropiado, además de las disposiciones del galeno y del farmacólogo es muy aconsejable leer detenidamente las primordiales fuentes de información sobre el medicamento; el estuche y el prospecto.

A través del estuche y del anuncio de los medicamentos se puede comprender su estructura, la posología (aspecto, abundancia y periodicidad para su adquisición), sus probables consecuencias secundarios e interacciones con otras medicinas, laboratorio productores, precio, etc.

En el mercado y el anuncio de las medicinas vienen reglamentados con el propósito de que, además de tener una fianza de calidad, confianza y efectividad, ofrezcan garantías de identificación e información para su uso racional. (Portal Farmacia , 2017)

2.2.4. DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD.

Cada día los diferentes medios de correspondencia como escrito y con gran evolución de acusaciones de casos trágicos sobre enfermos que adolecen considerablemente, no solo de enfermedades como tal, sino por la carencia de una debida atención por parte de los organismos que deben avalar la atención de la prestación de salud, demostrando cada vez adelantos de un estado y sin políticas precisas y decisivas para darle una adecuada satisfacción al grave inconveniente por el que atraviesa la salud en nuestro país. (Salazar, 2016) Enfermos que adolecen del cáncer y sin una adecuada quimioterapias, niños y adolescentes con diabetes y sin una medicamento llamado insulina en enfermos con una petición urgente a una intervención quirúrgica para aliviar su salud y su condición de vida que deben aguardar meses y en muchas situaciones hasta años para que se las efectúe una intervención y el paseo de la muerte del paciente no atendido y el aumento en los hechos sociales como también jurídicas a las que deben asistir los pacientes para pretender amparar los derechos, el balance de varias EPS, entre otros, demuestran que nuestro procedimiento en aspectos de salud ha sobrepasado y que este modelo de disposición lejos de ser disminuido, cada día se están volviendo permanentes y continuas e repetitivo, acarreado así a

que el sistema judicial se suture de pleitos que no deberían entorpecer para respaldar el acercamiento a la asistencia de salud, pero que se ha transformado quizás en el medio más efectivo para hacer valer la premisa. “La salud es un derecho fundamental”. Por consiguiente, se pretende mostrar nuestra realidad en este aspecto, observar y analizar la dimensión del problema, realizar algunas recomendaciones generales y plantear las debidas conclusiones al respecto. (Machuca, 2011)

2.2.5. DERECHO A LA VIDA.

El derecho a la vida como se encuentra estipulado en la Constitución Política del Perú es el derecho fundamental y que tienen todos los seres humanos a que se acate su realidad y que solo adecuaria poder olvidarse por sucesos en aspectos naturales y accidentales.

Es el más significativo de los derechos y antecede a todos, ya que sin su existencia no podría poseer ninguna otra capacidad. Es un derecho natural que el derecho positivo debería reconocer siempre, pero no ocurre así en la práctica.

El derecho a la vida es reconocido por la declaración universal de derechos humanos. Que se encuentra estipulado en el artículo 3 y que establece que “todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. A ello y a pesar de su identificación y satisfacción en muchos países este precepto se ve desobedecido debido a las constantes guerras y a los conflictos indeterminados y sus ocupantes deben escapar hacia otros países para remediar su vida.

2.3. ANTECEDENTES DE LA INVESTIGACIÓN

2.3.1. TESIS

Antecedentes 1°

El primer antecedente de la investigación lo constituye la tesis que lleva como título. **“ESTRATEGIAS COMPETITIVAS EN EL MERCADO FARMACÉUTICO PERUANO CASO DE LA EMPRESA ALFA”**. El autor de

la tesis es Leopoldo A. Sánchez Castaños, quien presento para optar el grado de magíster en administración de negocios en la Pontificia Universidad Católica del Perú. (Castaños, 2004)

A las principales conclusiones que llego el autor son:

1. La esencia de la estrategia radica en crear ventajas competitivas para el futuro con mayor rapidez de lo que la competencia puede imitar las ya existentes.
2. Cuando las estrategias están elaboradas como un sistema con diferentes interrelaciones, la competencia podrá imitar las partes de estas estrategias, pero difícilmente el todo, por lo que se creará una ventaja insuperable. Para los competidores inteligentes el objetivo no es la imitación competitiva sino la innovación competitiva.
3. El sector farmacéutico por producir y comercializar productos especializados es un mercado altamente competitivo, donde la variable precio es importante. Pero esta no es la única forma para competir en él. Si Alfa decidiera competir solo dando descuentos o precios especiales iría al fracaso por las características que ella tiene y por lo que se llama economía de recursos.

Antecedentes 2°

El segundo antecedente para esta investigación lo constituye la tesis que lleva como título. **“ANÁLISIS INTEGRAL Y PROPUESTA DE MEJORA ADMINISTRATIVA PARA LA EMPRESA LABORATORIOS AC FARMA S.A.”** La autora es Vilma Isabel la Torre Cruz, quien sustento la tesis para optar el título profesional de licenciado en administración y ciencias económicas en la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, en el año 2016. (Cruz, 2016)

A las principales conclusiones que llego la autora son:

1. Se concluye en los resultados de la prueba de hipótesis, donde demuestra que la gestión basada en procesos se relaciona directa y positivamente con el incremento de las ventas directas en Laboratorios AC Farma S.A, donde la significancia presenta un $p < 0.05$.

2. Se concluye que los hechos que se respalda en la prueba de hipótesis, donde se demuestra que la implementación de procesos se relaciona positivamente con el incremento de las ventas directas en laboratorios AC Farma S.A, afirmación que se sustenta en los resultados estadísticos obtenidos, donde la significancia presenta un $p < 0.05$.
3. Se concluye que en la prueba de hipótesis donde se demuestra que el diseño del mapa de procesos se relaciona positivamente con el incremento de las ventas directas en laboratorios AC Farma S.A, afirmación que se sustenta en los resultados estadísticos obtenidos, donde la significancia presenta un $p < 0.05$.
4. Se concluye que la prueba de hipótesis, donde se demuestra que la normalización de procesos se relaciona positivamente con el incremento de las ventas directas en laboratorios AC Farma S.A, donde la significancia presenta un $p < 0.05$.

Antecedentes 3°

El tercer antecedentes lo constituye la tesis doctoral titulada: **“LA TUTELA COMO MECANISMO PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD”** (Requisitos jurídicos necesarios para efectivizar su aplicación y análisis jurisprudencial de los fallos emitidos por la corte constitucional durante el año 2014). Los autores son Sebastián Moreno Mosquera y Lina Peñaranda Márquez, artículo de investigación quienes presentaron para obtener el título de especialista en derecho administrativo, en la facultad de derecho y ciencias políticas de la Universidad Santo Tomas de Colombia en el año 2015. (Lina, 2015)

A las principales conclusiones que llego los autores son:

1. La acción de tutela instituida en la carta magna de 1991, es una herramienta para hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de todos los ciudadanos que, guiados por la filosofía de un estado social de derecho, democrático, participativo y pluralista, propende por el mejoramiento de la calidad de vida de todos.

2. No hay duda que en la actualidad uno de los mejores y quizás por excelencia es el instrumento de protección y garantizador de los derechos de los ciudadanos es la figura de la acción de tutela, por lo que la ciudadanía en general la utiliza a diario y se manifiesta a través de los operadores judiciales de forma efectiva y positiva para los actores.
3. Si bien es cierto, la acción de tutela para que proceda, necesita que no existan acciones que puedan sustituirla, tales como los procedimientos previstos por la justicia ordinaria; no es alternativa, y sólo opera como mecanismo transitorio; no es menos cierto que en algunos casos y bajo condiciones excepcionales puede tramitarse para salvaguardar el derecho a la salud.
4. Otra conclusión de la anterior investigación es que es necesario que no exista otro medio judicial de defensa, o en el caso de existir, no sea suficiente para eludir un daño irreparable en lo que incumbe a la seguridad de los derechos fundamentales protegidos por la constitución, y aunque de manera expresa el derecho a la salud no aparece incluido como fundamental, la ley 1751 de 2015, la eleva a rango de 33 derecho fundamental, aunque jurisprudencialmente, la corte constitucional desde hace varios años viene reconociendo amparo de tutela, porque la salud es un “estado variable”, susceptible de rebuscamiento múltiples, que inciden en mayor o menor medida en la vida del individuo.

2.3.2. ARTÍCULOS ESPECIALIZADOS.

Artículo 1°

El primer artículo especializado lo constituye “**EL MERCADO DE MEDICAMENTOS EN EL PERÚ: ¿LIBRE O REGULADO?**”. Este artículo fue publicado por Juan José Miranda Montero, la presente trabajo de investigación se ha efectuado dentro del marco del proyecto de investigaciones ACIDI - IDRC del año 2003 efectuado por el Consorcio de Investigación Económica y Social (CIES) este artículo tuvo con la acogida del Instituto de Estudios Peruanos (IEP). (Montero, 2003)

A las conclusiones el autor llego son:

1. El alto gasto en investigación y desarrollo y por ende, en la concepción de las barreras legales como son las patentes. El alto gasto en publicidad y la alta concentración de mercados a nivel mundial: tanto a nivel geográfico como por empresas.
2. La regulación del sector farmacéutico peruano se centra en el registro y control de medicamentos; la compra de medicamentos, para las instancias públicas, para realizar ahorros al estado peruano; la reducción de impuesto y aranceles a los medicamentos con el fin de reducir precios para ciertos medicamentos que mantienen problemas álgidos de salud pública, y la comercialización de medicamentos. Esta regulación debe de fortalecerse en su aplicación con el fin de que todos los agentes involucrados los cumplan a cabalidad y, de esta manera, se logren los incentivos correctos de las normas legales.
3. Por esto, la política de libre mercado que mantiene en el Perú genera un beneficio importante: una amplia oferta con una variedad de precios que permite encontrar precios bastante baratos en comparación de otros países. Sin embargo, es necesario que se implemente políticas complementarias que vayan desde proveer información a los usuarios y los clientes sobre la calidad, características y el importe de los medicamentos genéricos para evitar la división del mercado a favor de los medicamentos sólo de marca.

Artículo 2°

El segundo artículo especializado lo constituye “**PRECIOS Y POLÍTICA DE MEDICAMENTOS EN EL PERÚ**”, el artículo publicado por los autores pertenecen a la Gerencia de Estudios Económicos del BCRP, que son Milagros de la Lama Eggerstedt y Jorge E. Lladó Márquez, en la revista de estudios económicos. (Marquez, 2002)

Los autores a las conclusiones que llego son las siguientes:

1. En los últimos y preocupantes años, los incrementos de los precios de los fármacos en el mercado peruano, han consignado un continuo aumento en particular las medicinas de marca, superando en muchos casos el correspondiente a los mismos productos en otros países.

2. Las características deficientes de este mercado han definido en el entorno internacional, la participación del estado, la cual ha acogido desde situaciones en sectores de transmisión de listas de medicinas, hasta el dominio directo del importe, no siempre con los efectos desprendidos. En el Perú las cuestiones en aspecto de dificultad pueden rebasar mediante dimensiones que accede el actual ambiente normativo en esta propiedad, como la imposición de imponer en la composición del nombre genérico de la medicina.
3. Entre las principales acciones que se deben contemplar se encuentra la de brindar información suficiente para que los agentes que actúan en el mercado adopten decisiones adecuadas. Ello compromete una operación de divulgación de medicamentos genéricos y de sus incrementos por ejemplo, a través de procedimientos como la plana electrónica en el internet tal como lo ha propuesto Indecopi y en un paisaje de intermedio plaza, un importante revestimiento de seguros público o privado, lo que afirmarí una mayor comunicación y el uso equitativo de las medicinas.

Artículo 3°

El tercer artículo especializado lo constituye "**EL DERECHO A LA SALUD**". El autor del referido artículo en derecho es Rodolfo Figueroa García Huidobro, estudios constitucionales volumen 11 N° 02 Santiago del año 2013, publicada por la Universidad Diego Portales de Chile. (Huidobro, 2013)

El autor a las conclusiones que llego son las siguientes:

1. El derecho a la salud se encuentra reconocido por la constitución de 1980, bajo la fórmula derecho a la seguridad de la salud. Dado que se encuentra reconocido como un derecho de todos los ciudadanos de la misma manera en que lo están los demás derechos constitucionales, no existe ninguna razón para pensar que se trata de una mera aspiración y no de un derecho, como ha sugerido alguna doctrina. Cabe tener como reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha reconocido este derecho y ha confirmado su justiciabilidad.

2. La fórmula empleada por la carta fundamental, que alude al amparo del derecho a la salud, no debe interpretarse como una fórmula restrictiva del derecho. No existe diferencia relevante entre derecho a la salud y derecho a la garantía de la salud.
3. El objeto del derecho a la salud, como ocurre con cualquier otro derecho, corresponde a las obligaciones que tiene el destinatario. En Chile, el principal destinatario es el estado.

CAPITULO III

3. HIPÓTESIS GENERAL Y CATEGORÍAS

3.1. HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN

3.1.1. HIPÓTESIS GENERAL

El monopolio en el sector farmacias en el Perú repercutirá negativamente sobre el derecho fundamental a la salud.

3.2. CATEGORÍAS DE ESTUDIO

Dado la condición dogmático propositivo de nuestro estudio nos llevas a la necesidad de entender el problema en profundidad, por tal razón el abordaje será de índole cualitativo, por lo cual no tendremos la necesidad de medir estadísticamente una variable, lo que se requiere es identificar las categorías de estudio. Se debe señalar en esta investigación cualitativa se identifica categorías puesto que dicho estudio las hipótesis se prueban estadísticamente por lo cual se suele hacer mediciones estadísticas respecto a las variables.

En cambio en el estudio cualitativo el propósito es entender y comprender el objetivo de estudio por lo cual no se requiere variables sino categorías de estudio. Y por lo tanto se identifican las categorías para conocer en profundidad así como comprender las categorías y la información que se recabe respecto a ellas lo cual servirá para construir las bases teóricas de la investigación.

Tabla 1 Categorías de estudio

Categoría	Sub categoría
<p>1° Monopolio en el sector farmacias</p>	<p>1° Definición.</p> <p>2° Forma de monopolios</p> <p>3° Repercusiones.</p> <p>4° Penalización del monopolio en el derecho comparado.</p> <p>5° Monopolio legal en la Constitución.</p> <p>6° Competencia en bienes jurídicos tutelados.</p>
<p>2° Derecho fundamental a la salud.</p>	<p>1° Definición.</p> <p>2° Naturaleza jurídica.</p> <p>3° Protección jurídica del derecho a la salud.</p> <p>4° Regulación normativa en la legislación peruana e internacional.</p>

Fuente: Elaboración propia

CAPITULO IV

4. METODOLOGÍA

4.1. DISEÑO METODOLÓGICO

El diseño metodológico de nuestra investigación se halla consignado en el siguiente cuadro:

Tabla 2 Diseño metodológico

Enfoque de investigación	Cualitativo: Dado que en nuestro estudio basaremos al análisis interpretación y argumentación jurídica antes que a mediciones estadísticos.
Tipo de investigación jurídica	Socio jurídico: Porque en nuestro estudio pretendemos abordar un problema social (Monopolio) y verificar su repercusión sobre el derecho a la salud.

Fuente: Elaboración propia.

4.2. UNIDAD DE ANÁLISIS TEMÁTICO

La unidad de análisis temático en nuestra investigación está constituida por el monopolio en el sector farmacias en el Perú y su repercusión sobre el derecho fundamental a la salud.

4.3. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE DATOS.

4.3.1. TÉCNICAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

Las técnicas son el elemento abstracto del trabajo de recolección de información, responden a la pregunta ¿Cómo recogeremos la información? Para el presente estudio las técnicas que utilizamos son:

- a. Análisis documental:** Utiliza la información cualitativa de documentos escritos, recopilada en normas, cartillas, recortes periodísticos, folletos, entre otros etc. Esta técnica la utilizamos para la comparación bibliográfica y documental en nuestro trabajo.

4.3.2 INSTRUMENTOS

Se utilizó:

Fichas bibliográficas, que elaboramos para aplicar en la recolección de información.

4.3.3 TÉCNICAS DE ANÁLISIS PARA EL PROCESAMIENTO DE INFORMACIÓN

- 1° Elaboración del instrumento de recolección de información.
- 2° Aplicación del instrumento para recoger información.
- 3° Ordenamiento de la información.
- 4° Análisis e interpretación de la información.

CAPITULO V

5. PRESENTACIÓN DE RESULTADOS

5.1. SITUACIÓN DEL MERCADO DE FARMACIAS EN EL PERÚ DURANTE LOS ÚLTIMOS CINCO AÑOS.

Al enfocar la problemática del mercado farmacéutico en el Perú y la alta concentración del mercado de farmacias es un riesgo para la competencia, porque puede perjudicar a las personas que adquieren los medicamentos con dinero de sus bolsillos, aquellos que no cuentan con la atención del sistema público (Es Salud, Ministerio de Salud, etc.)

En el año 2017, Indecopi mediante resolución 0738-2017/SDC-INDECOPI, ratifica la resolución 078-2016/CLC - Indecopi en el punto que hallo responsable a las empresas de Nortfarma S.A.C de haber participado de manera conjunta con farmacias peruanas S.A (Fasa) Albis S.A, (Arcangel) y Eckerd Peru S.A (Inkafarma) en el procedimiento de hábitos colusorias horizontales en la forma de afianzamiento concertada de precios de venta al público, a nivel nacional de los productos farmacéuticos en el extremo que impuso a Nortfarma S.A.C una multa ascendiente a noventa y cuatro punto cuarenta y tres (94.43) Unidades Impositivas Tributarias ordenando en la condición de medida correctiva como la imposición de un programa de ejecución de un cumplimiento de la regulación de libre competencia. Confirmada por la sala la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016, en el extremo que impuso a Nortfarma S.A.C, una multa ascendiente a 94.43 Unidades Impositivas Tributarias.

A todo ello con una política que facilite el acceso a medicamentos, el Estado peruano dictó normativas que establecen beneficios tributarios para aquellas medicinas que se emplean en la medicación del mal del cáncer, VIH/SIDA y la diabetes. Por un lado se ha dispensado del importe del tributo general a las ofertas y de las tasas arancelarias a las medicinas para la medicación oncológica y VIH/SIDA.

La estrategia planteada por el Estado fue la compra de medicinas mediante compras corporativas obligatorias entre el Minsa, Essalud. Pero esta estrategia quebró, debido a que las farmacias no se mostraron a las licitaciones de 27 medicinas oncológicas. Y varios de los productos que fueron declarados desiertos volvieron a ser adquiridos por compra directa al único vendedor que existe en el país y quedando así el continuismo del monopolio en el sector farmacia y perjudicado los más necesitados que adolece enfermedades incurables entre otros.

5.2. EL MONOPOLIO EN EL MERCADO DE FARMACIAS Y SU REPERCUSIÓN EN EL INCREMENTO DE PRECIOS DE LOS MEDICAMENTOS.

La Dirección General de Medicamentos Insumos y Drogas (DIGEMID), que forma parte del Ministerio de Salud, ha sido creada mediante el Decreto Legislativo N° 584 en 1990, y es la autoridad reguladora de productos farmacéuticos, encargada principalmente de velar por el acceso a los mismos, siendo uno de sus objetivos principales el de garantizar medicamentos seguros, eficaces y de calidad para la población. Pero este órgano quedó mal en la reciente concentración de farmacias de la operación financiera que coloca a Inkafarma como la más grande cadena de farmacias en el país y tendría diversas incidencias, incluyendo la elaboración de medicamentos genéricos de esta forma los adquirentes de la población peruana permanecieron desamparados ante un posible incremento de precios en el reparto comercial de medicamentos.

En el Perú aún falta de una ley o norma antimonopolio y el anteproyecto impulsado en el poder legislativo, que aún espera su debate, solo adaptaría a las acciones financieras para adelante del momento de su promulgación. Una vez que se agruparon las compañías es muy complejo dar un paso atrás. La única manera de desagrupar es con desarrollo sórdido y poniendo obstáculos a los monopolios.

En el Perú en su mayoría está oligopolizado, con agrupaciones que tienen más del 95% del mercado y es una afrenta que el Estado Peruano sea

impotente de imposibilitar que se agrupe el mercado. Esto por si ya es un monopolio igual que la compañía de la cerveza y quienes son los más afectados los menos pudientes que tienen que mendigar en busca de medicamentos.

El poder legislativo en vez de aprobar los proyectos de ley en contra del monopolio solo busca el provecho de las empresas y condonar las deudas tributarias como el caso de la empresa aérea de Latam entre otros. Y la población afectada olvidada quien los pueda proteger de estas grandes empresas que solo se enriquecen a cuesta de los más necesitados.

Esta agresión contra la competitividad de la economía es inquietante si se tiene como importe que y según INEI, entre 2004 y 2010 más del 80% del desembolsos en medicinas de las viviendas de los pobladores peruanos se efectuaban en las farmacias (incluidas las boticas de carácter independientes). Al 2018 se observa que la preferencia es similar. Es una injusticia en un sentido textual porque si se incrementan los precios de las medicinas y las personas de condición humilde no pobran pagarlo, llegando como desenlace la muerte. Alguien de clase media o pudiente podrá pagarlo al contado, pero la pobreza abunda en mayoría y se les hará muy difícil la retribución.

Las boticas independientes ya están en su debacle y cada vez son menos en su funcionamiento porque una farmacia de un distrito solo adquiere cantidades idóneas para equiparar su farmacia, mientras que las empresas farmacéuticas de mayor importe económico de escala, adquieren con mejores importes y pueden acceder a mejores ganancias.

Tabla 3 Comparativo de precios de medicamentos (en soles)

Producto Farmacéutico	Farmacias del Ministerio de Salud	Inkafarma	Mifarma	Incremento de precio
ACICLOVIR 3% Ungüento oftálmico	11.00	50.15	48.93	35.5%
BROMURO DE IPRATROPIO 20 ug/dosis aerosol para Inhalación	15.40	164.30	151.24	966%
ESTRIOL 01% crema vaginal	18.75	60.6	49.69	223%
LACTULOSA 3.3 g/5 ml	8.60	34.90	9.56	305%
MURIPOCINA (como sal calcina) 2% crema	15.00	18.70	30.38	102%
PARACETAMOL 100 mg/ml-solución-suspensión	2.10	11.20	13.00	519%
FENITOINA 125 mg/5 ml. Solución-suspensión	13.50	14.55	12.00	7%
FLUTICASONA 125 ug/dosis aerosol	20.00	134.40	112.13	572%
SALBUTAMOL 100 ug/dosis aerosol	4.40	30.17	33.00	650%
VALPRAX 250 mg/5ml jarabe	18.00	55.50	48.23	208%
TETRACICLINA 500 mg. capsula	0.08	0.18	0.50	525%

Lista de precios de fecha 15 de Enero del 2018. Precios según el observatorio peruano de productos farmacéuticos.

Es conveniente efectuar el análisis correspondiente de los precios de medicamentos que se expenden en las farmacias del Ministerio de Salud a precios accesibles pero se llega a la realidad de todos los días pero la realidad es otra en las farmacias como son Inkafarma y Mifarma el precio es excesivamente desproporcionado sin que ninguna autoridad de turno pueda efectuar el control correspondiente y los únicos que sufren son los ciudadanos que adolecen de enfermedades incurables por las diferentes enfermedades como son la contaminación ambiental entre otros.

5.3. ÍNDICE COMPARATIVO DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS ENTRE EL PERÚ Y ALGUNOS PAÍSES DE LA REGIÓN.

El estudio equiparativo de los precios que comprende a los países de Chile, Colombia y Perú, correspondiente a los principales centros económicos de la región. La actuación sorprende de la semejanza económica se efectuó para el resultado de medicinas y también a grado de desagregado por niveles. Para esto se utiliza los ordenamientos que comúnmente se emplea en la empresa: como innovadores genéricos de marca y genéricos puros en su fabricación. Cabe aportar que en América Latina y a la desigualdad en caso de los países de Estados Unidos y del continente Europeo, las medicinas genéricas de marca o en todo aspecto similares en su elaboración tienen una característica y una apariencia real en el mercado y por lo tanto es notable incluirlos en el estudio como una clase especial. Los cargos de equiparación de importes o benchmarking son eficientes para mantener las políticas de entrada de medicinas a los lugares implementados. Aquellas clases de economías que tienen dispositivos de reglamentación de incrementos de medicinas como para el país de Brasil y Colombia se efectúan en semejanzas internacionales para constituir los límites a los incrementos de transacción. En este aspecto el aporte de esta función es complejo. En primer lugar la determinación empleada permite emplear la fortuna del indicador de antecedentes en cuanto a la diversidad de números de cantidades subastadas en cada país o región y a las peculiaridades de comercialización de los fármacos. En segundo lugar, la confrontación se ejecuta en diferentes aspectos de la serie lucrativa y también por el tipo de medicamento.

Las diferentes clases de incrementos contempladas e imputables a los países con dominio pueden tener diversos efectos como son los precios de insumos, vallas arancelaras, consignas y regulaciones en la producción en el poder de mercado de los concurrentes y adquirientes de la mercadería farmacéutica. Este esfuerzo únicamente efectuó la equiparación de precios entre los países productores, sin entrar a determinar las circunstancias que aclaran dichas diferencias. Esta misión es una de las principales que se usan como prueba en varios países para un espacio de largo tiempo, efectuando semejanzas luego de examinar por un conjunto amplio de características de los medicamentos.

Tabla 4 Precios comparativos de los medicamentos esenciales.

Nombre de Medicamento	Cantidad	Perú	Ecuador	Chile	Colombia	Bolivia
Aciclovir (crema o pomada oftálmica)	3%	25.17	12.03	9.66	18.02	17.86
Azatioprina (tableta)	50 mg	1.89	1.64	0.23	0.67	1.38
Bupivacaína clorhidrato (solución inyectable)	0.50%	11.96	5.12	1.06	4.89	6.19
Calcio gluconato (solución inyectable)	10%	8.94	0.89	0.39	1.55	1.11
Ciclofosfamida (tableta)	50 mg	3.53	0.40	0.78	1.91	1.82
Cisplatino (polvo para inyección)	50 mg	101.35	28.00	33.91	31.90	45.92
Citarabina (polvo para inyección)	500 mg	151.13		74.56	53.92	58.67
Colchicina (tableta)	0.5 mg	1.21	0.23	0.05	0.30	0.30
Doxiciclina (comprimido)	100 mg	1.41	0.37	1.27	0.40	0.40
Fenitoína (capsula)	100 mg	0.63	0.12	0.03	0.13	0.16
Fentanilo (solución inyectable)	0.05 mg/ml	22.83	3.46	3.19	1.99	6.01
Fitomenadiona (solución inyectable)	10 mg/ml	4.47	2.38	2.22	1.95	0.87
Ibuprofeno (tableta)	400 mg	0.50	0.17	0.05	0.06	0.30
Zidovudina + Lamivudina (comprimido)	300 mg + 150mg	10.73	2.40	3.70	4.64	

Fuente: Revista Caretas N° 2525 de 08 de Febrero del 2018.

El comparativo de los importes de medicamentos esenciales que la población necesita y el costo desproporcionado que se expende en las farmacias peruanas

es muy diferente a los países como Ecuador, Chile, Colombia y Bolivia y por ello se pregunta qué ocurre porque el costo es muy elevado de los medicamentos en el Perú. Que no existen normas o leyes u organismos que puedan poner control al elevado costo de medicamento y los más perjudicados son las personas que adolecen de enfermedades incurables.

5.4. SITUACIÓN DE LA DEMANDA DE MEDICAMENTOS POR PARTE DE LOS PACIENTES EN EL PERÚ.

Tabla 5 Demanda de medicamentos

Medicamento	Precio	Enfermedad
Avastin 25 mg/ML, inyectable	S/. 5.087.00	Cáncer al colon
Paclitaxel 300 mg/50 ML, inyectable (taxol)	S/. 5.681.89	Cáncer pulmonar, ovario.
Herceptil 600 mg/5 ML, inyectable	S/. 7.014.42	Cáncer de mama.
Sutent 25 mg caja 28 capsulas.	S/. 10.344.74	Cáncer renal, páncreas.
Imbruvica 140 mg capsula- 01 caja.	S/. 26.486.00	Leucemia linfática crónica.
Revlimid 25 mg caja 21 capsulas.	S/. 30.597.75	Leucemia (mieloma múltiple)

Fuente: Cadena de farmacias y observatorios de precios – Minsa.

Los medicamentos de primera necesidad que se mencionan en este cuadro y el costo maquiavélico de cada producto son inalcanzables para las personas que adolecen de enfermedades como la leucemia entre otros. Pero que pasara con las personas que no tienen un seguro social podrán adquirir estos medicamentos caros o morir en su pobreza, el poder legislativo no promueve normas o leyes que puedan apoyar a los más necesitados más al contrario condona deudas a empresas aéreas y telefónicas. Y la contaminación ambiental esta cada día más en auge por la falta de normas y leyes que controle y sanciones correctamente sin violentar con la salud de la población.

5.5. PROPUESTA LEGISLATIVA PARA ERRADICAR EL MONOPOLIO EN EL SECTOR FARMACIAS EN EL PERÚ.

PROYECTO DE LEY

Proyecto de ley de regulación de precios de medicamentos con estándares internacionales y con países con economía de libre mercado.

Fredy Cáceres Joaquín identificado con DNI. 10344832, bachiller de la Maestría de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco, al amparo de lo dispuesto en el artículo N° 107 de la Constitución Política del Estado, presenta la siguiente iniciativa legislativa.

“PROYECTO DE LEY DE REGULACIÓN DE PRECIOS DE MEDICAMENTOS CON ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y CON PAÍSES CON ECONOMÍA DE LIBRE MERCADO”

I.- EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

Los costos de los medicamentos en el Perú son exorbitantemente altos. Dichos precios son libres y están dejados al libre juego de la oferta y la demanda, a pesar que el derecho de aproximación a los medicamentos forma parte de este bloque constitucional y a pesar de que el artículo 65 in fine de la Constitución impone al estado la obligación de velar, en particular, por la salud de la población.

En este precepto de ideas, el estado no está cumpliendo con su obligación constitucional de garantizar a la población, el derecho de acceso a la salud y a los medicamentos, puesto que actualmente solo tienen acceso a las medicinas las personas que pueden pagar los altos precios que imponen la industria y las cadenas de farmacias, siendo muy limitado la capacidad del estado de atender a los sectores más vulnerables subsidiando este gasto, porque al fin y al cabo es el

propio estado el que resulta siendo víctima de los altos precios con que le venden medicamentos, los grandes laboratorios.

La situación se complica más cuando varios medicamentos de uso esencial los proveen laboratorios e condición de monopolio y cuando el mercado Retail de fármacos está muy concentrado, como es el caso del mercado peruano, en el que el grupo Intercorp ha acaparado el 65% del mercado de medicamentos, al haber adquirido a las dos mayores cadenas de farmacias a nivel nacional: Primero Inkafarma y más recientemente a Mifarma, las que fueron sancionadas en el pasado por Indecopi, por incurrir en concertación de precios, en agravio de los consumidores. Ahora ya no necesitarán concertar más sus precios, porque perteneciendo a un mismo grupo económico, impondrán directamente sus precios cuasi monopolísticos.

Ante este panorama de evidente abuso de los precios de los proveedores de medicamentos de la facultad de fijar sus precios libremente, el estado dentro del marco constitucional atendiendo a que los medicamentos son productos esenciales de primera necesidad, indeliblemente vinculados a la vida y a la salud de las personas, tiene que regular estos precios, como lo hacen diversos países que tienen economías de mercado, particularmente, los países de la OECD; ya que en primer lugar el modelo económico de la carta magna, no es el de una economía de libre mercado, sino el de una economía social de mercado (artículo 58), lo que quiere decir, que ante el conflicto entre derechos fundamentales (el derecho a la vida y a la salud), y derechos económicos (libre empresa, libre contratación), prevalecen los derechos fundamentales, lo que por cierto está recogido y reconocido en una sólida y reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Esto es muy claro respecto de la legalidad a la salud pues el artículo 59 de la Constitución Política del Perú dice que el Estado respalda la libertad de una operación comercio e industria; pero que el ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la salud y resulta que los precios exorbitantes de los medicamentos son una barrera infranqueable al derecho de acceso a los medicamentos.

La intención de la ley, no plantea un incremento de precio de las medicinas no plantea tampoco que, por decreto, se fijen estos precios. Lo que busca y propone, es que se recojan las mejores prácticas internacionales de regulación de precios de medicamentos que se ha hecho en países economía de mercado tales como Brasil, Colombia, México o países de la OCDE tales como España, Alemania e Italia.

En la mayoría de países de la OCDE se ha establecido una reglamentación del precio mayúsculo de las medicinas para la atención consultiva en algunos de estos países reglamentan los precios de los costos de las medicinas más caras de uso hospitalario.

El mecanismo más empleado por los países de la OCDE para la regulación directa de los precios de medicinas es el de los precios máximos, establecido por un organismo regulador ad hoc y consiste en basarse en los precios en otros estados a los que se denomina precios de referencia internacional.

Es decir, se hace un benchmarking de precios de los medicamentos entre varios países lo que en la unión europea resulta un ejercicio fácil. Este comparativo internacional delata muy fácilmente a los países en los que los precios están sobrevaluados.

En la republica de España, mediante la ley de fianza y uso razonable de los medicamentos y productos sanitarios (Ley 29/2006) faculta al consejo de ministros establecer el régimen general de fijación de precios industriales de los medicamentos, es decir, se dispone la intervención administrativa de los precios de los mismos.

En el país de Alemania, se han dado leyes para reducir los precios muy elevados de los fármacos. Están por ejemplo la ley de precios de los medicamentos que establece que los precios de estos son uniformes; la ley AMNOG, que rige el acceso al mercado de nuevos medicamentos, disponiendo la evaluación temprana de los productos farmacéuticos (se debe probar ante una comisión federal el beneficio añadido para los pacientes). Si se encuentra un beneficio añadido (eficacia terapéutica) se negocia el precio de medicamentos; si no hay

ningún beneficio adicional el fármaco recibe un precio fijo similar a un genérico. Asimismo, se utilizan los precios de referencia (precios máximos) de modo que los fabricantes tienen derechos a fijar el precio de los medicamentos; pero si estos precios son superiores a los precios de referencia, en la práctica, los médicos no los prescriben, habiendo, sin embargo medicamentos que se exceptúan de esta regla.

En el país de Brasil, están incluidos todos los medicamentos en la regulación de precios. Se establecen precios máximos anuales para los medicamentos y lo hace una entidad interministerial llamada cámara de regulación del mercado de medicamentos (CMED) se regula los precios máximos de fábrica, los márgenes de comercialización de distribuidores, farmacias y droguerías.

En el país de Colombia, hay un régimen de control directo de los precios (a través de precios máximos) de un listado determinado de medicamentos y un régimen de libertad de precios de los fármacos que no están en dicho listado. Para el año 2014 ya había 550 medicamentos en el listado sujeto a control directo. La entidad competente en la participación nacional de importes de medicinas e instrumentos médicos (CNPMDM), que fija precios máximos de venta para los fármacos sujetos al control directo. Hay disposiciones que establecen reglas sobre el proceso de regulación de precios de medicamentos a nivel nacional (por ejemplo, el decreto 705 del 2016), y otras más operativas, como las circulares que emiten la CNPMDM para imponer nuevos fármacos al listado de control directo, para establecer la metodología para aplicación del régimen de control, etc.

De la experiencia internacional acotada en países de la OCDE y en países de América del Sur, todos con economía de libre mercado, queda claro que es necesario e indispensable el regular el mercado de los medicamentos para garantizar el derecho de acceso a los mismos de la población.

En el Perú, particularmente, los precios de las medicinas están en niveles extremadamente altos, donde se comparan los precios de medicamentos dispensados por las farmacias del MINSAL con los precios de esos mismos medicamentos vendidos por las dos más grandes cadenas de farmacias.

1.- Regulación de precios de medicamentos con estándares internacionales de las OCDE.

La jerarquía nacional de la producción farmacéutica, implementos médicos y beneficios sanitarios (ANM) regula por norma de carácter general los precios mayúsculos de los artículos farmacéuticos, mediante una metodología que debe recoger las mejores prácticas internacionales de los países del ordenamiento para la cooperación y el desarrollo económico (OCDE), y de los países con economía de libre mercado comparable al Perú. Dicha metodología debe incluir los siguientes criterios.

1.- El precio máximo de cada medicamento debe estar en una banda alrededor del precio menor que tenga este medicamento, en una lista de precios de seis países comparables al Perú, con economía de mercado. Dicha lista es elaborada y actualizada anualmente por la ANM, debiendo estar expresada a paridad de poder adquisitivo.

2.- Debe determinarse la eficacia terapéutica de un medicamento la que tendrá un efecto directo en su precio real, bajo parámetros internacionales.

2.- Modificación del artículo 5 de la ley 29459, ley de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios.

Modifíquese el artículo N° 05 de la ley N° 29459, ley de los artículos farmacéuticos, implementos médicos y productos sanitarios con el siguiente texto.

Artículo 5.- Del poderío nacional de la salud (ANS) y el órgano nacional de artículos farmacéuticos y beneficios sanitarios (ANM)

La autoridad nacional de productos y artículos farmacéuticos y dispositivos médicos como productos sanitarios (ANM) es la entidad encargada de manifestar políticas y estrategias dentro de su ámbito y jurisdicción como normar y regular los precios excesivos de las medicinas con los estándares internacionales de la OCDE, donde debe primar la correcta evaluación y la ejecución el control, supervisión en temas relacionados a lo establecido en la presente ley, complementando un método de administración eficaz sustentando en estándares

internacionales. Así mismos, invoca y coordina con organizaciones públicas, privadas y comunidad en general para el efectivo cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley.

3.- Se otorga rango de norma legal al artículo 84 del reglamento de organización y funciones del ministerio de salud y se modifica.

Otórguese rango de norma legal al artículo N° 84 del Decreto Supremo 008-2017-SA, estatuto del ordenamiento y de actuaciones del ministerio de salud y modifíquese su texto conforme al siguiente tenor.

Artículo. 84. Dirección general de medicamentos, insumos y drogas.

La dirección general de medicamentos por el órgano de línea del Ministerio de Salud, dependiente de este organismo establece la supremacía nacional de artículos farmacéuticos a que hace realce a la ley N° 29459, ley de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios.

En la autoridad técnico normativo a nivel nacional y sectorial, responsable de reglamentar los importes crecientes de las medicinas bajo modelos internacionales de la OCDE y preceptos dentro de su jurisdicción, así como valorar, vigilar, fiscalizar, supervisar en temas vinculados a lo instaurado en La ley N° 29459.

La reglamentación se dispersa al control de los elementos activos, excipientes y de materiales utilizados en su elaboración, así como la intervención de las personas naturales o jurídicas que participan en la elaboración, comercialización, promoción, publicación, prescripción, atención farmacéutica, distribución, uso y propuesta final de los artículos antes referidos, en consecuencia, con las normas nacionales e internacionales. Constituye última instancia administrativa en las materias de su competencia.

Artículo 4.- Modificación del literal E del numeral 15.1 del artículo 15 de la ley 26842 ley general de salud.

Modifíquese el literal e del numeral 15.1 del artículo 15 de la ley N° 26842, ley general de salud, con el siguiente texto.

Artículo 15.- Todas las personas tiene derecho a lo siguiente.

15.1. Acceso a los servicios de salud.

(...)

e) A obtener servicios oportunos y equitativos, medicamentos a precios accesibles y productos sanitarios adecuados y necesarios para prevenir, promover, mantener o restaurar su salud, según lo requiera la salud del usuario (...).

Artículo 5.- Modificación de los artículos 5 y 8 del decreto legislativo N° 1158.

Modifíquese los artículos 5 y 8 el Decreto Legislativo N° 1158 que acondiciona dimensiones determinadas a la consolidación y cambio de la designación de la superintendencia nacional de aseguramiento en salud, cuyo nuevo texto es el siguiente.

Artículo 5.- Ámbito de competencia.

La superintendencia nacional de salud (SUSALUD) es un organismo desconcentrada y su jurisdicción son de alcance nacional.

(...)

SUSALUD entrega una vez al año su propuesta técnica de regulación de los precios de las medicinas bajo los modelos internacionales de la OCDE a la autoridad nacional de productos farmacéuticos. Dicha propuesta no es vinculante.

Artículo 8.- Funciones generales.

Son funciones de la superintendencia nacional de salud las siguientes.

1.- Monitorear los incrementos de precios de las medicinas a nivel nacional e internacional, elaborando cuadros comparativos con los precios internacionales en países similares al Perú, impulsar, preservar la razón de las personas a la

llegada a los servicios de salud, supervisar que los servicios sean concedidas con calidad, oportunidad disponibilidad y aceptabilidad con autosuficiencia de quien las apoye, así como los que incumben en su descripción del consumo con las IAFAS o IPRESS, incluyendo aquellas anteriores y preceder de dicha relación.

(...)

II. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

No hay gasto fiscal alguno producto del presente proyecto de ley, porque no se establece ningún subsidio a los precios de los medicamentos. Por el contrario, se producirá un ahorro sustancial en el gasto del bolsillo de los usuarios.

Si bien, algunos países, del continente americano como Colombia, tienen un sistema de regulación mixto en la regulación de los medicamentos, donde determinadas listas de estos tienen precios directamente regulados con precios máximos y los medicamentos que no están en estas listas tienen precios libres, sucede que la tendencia es ir incluyendo cada vez más medicamentos en estas listas bajo control directo. Por esto, es mejor que todos los medicamentos, tanto los esenciales como los no esenciales, los que se venden con receta y sin receta médica, estén sujetos a una regulación de precios; porque de otro modo, en un sistema mixto los proveedores hacen subsidios cruzados, trasladando los sobreprecios de los fármacos sujetos a regulación directa a los precios de los fármacos con precio libre, perdiéndose el efecto social deseado.

III. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

Este proyecto de ley, propone modificar diversos cuerpos normativos como son la ley N° 29459 referido a los artículos farmacéuticos y dispositivos médicos; la ley N° 26842 ley general de salud, el decreto legislativo N° 1158 que dispone dimensiones determinadas a la consolidación y cambios de designación de la superintendencia nacional de aseguramiento en salud y el decreto supremo 008-2017-SA.

Esta iniciativa legislativa también guarda armonía con el artículo 65 y 59, que regula la protección de los usuarios. El Estado protege la disposición de los consumidores y usuarios. Así también armoniza con el artículo 59 que consagra la obligación del Estado de estimular la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo en todo sus aspectos y la libertad de la empresa como el comercio e industria; y señala además de la actuación de estas liberaciones que no debe ser negativo a lo ético, ni a la salud, ni a la estabilidad pública.

IV. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL.

El proyecto de ley está vinculado a las siguientes políticas de estado, a la 28ava política (plena vigencia de la constitución); a la 10ma, política (reducción de la pobreza, a la 13va, política (acceso universal a los servicios de salud), a la 17ava, política (afirmación de la economía social de mercado).



.....
Fredy Cáceres Joaquín
D.N.I. 10344832.

CONCLUSIONES

PRIMERA

En nuestro estudio hemos logrado verificar la situación de la realidad farmacéutica en el Perú en los últimos cinco años donde se ha evidenciado la conformación de ciertos oligopolios y monopolios como son las farmacias Mifarma, BTL, Fasa, Arcángel y Inkafarma que, durante los últimos tiempos el monopolio perdura desmesuradamente con en la alza de precios de los medicamentos de esta manera vulnera el derecho fundamental a la vida y la necesidad de los más necesitados.

SEGUNDA

Así mismo de nuestra investigación se logró determinar como el monopolio ha contribuido al incremento de precios y ha dado que ha reducido la oferta y estas pocas empresas farmacéuticas que afectan sus productos en las zonas rurales han incrementado de precios en perjuicio de la colectividad como se vienen afectando de manera significativa los derechos fundamentales a la salud de la población más necesitada.

TERCER

Se ha logrado precisar un análisis comparativo de precios en Perú, Ecuador, Chile, Colombia y Bolivia verificando que efectivamente los precios en el Perú constituyen incluso en algún caso en un 100 % de su costo en los países descritos anteriormente.

CUARTA

En la investigación se ha logrado determinar la afectación al derecho fundamental de la salud. Mediante un trabajo de campo y un examen de las diferentes farmacias de los precios exorbitantes que se expenden al público en general sin

medir las clase de enfermedades que existe en el Perú, como son producidos por la contaminación ambiental que es un problema general que se ha venido agravando en las últimas décadas en nuestro país. Generalmente la contaminación del aire debido al desarrollo de actividades industriales (como la fundición minera) y por el deficiente parque automotor que son las principales causas de contaminación del medio ambiente trayendo enfermedades oncológicas incurables.

QUINTA

Así mismo, precisamos que la concertación de precios de los medicamentos por las empresa farmacéuticas es un problema de arraiga nacional y por ello no hay un ente autónomo que pueda frenar esta clase de monopolios o fisiones de empresas por ende la salud y bienestar humano cada día van a estar a los precios que impongan y no importarle la salud de la población.

SEXTA

Que el monopolio si afecta el derecho a la salud en tanto al incrementar los costos imposibilita el acceso a estos medicamentos sobre todo a la clase económicamente más empobrecida y se ha podido constatar que los derechos fundamentales afectados como la salud provienen de la reciente compra de las cadenas Mifarma, BTL, Fasa y Arcángel (Quicorp) por parte de Inkafarma (InRetail), a inicios del año 2018, sin que ninguna ley pueda regular las concentraciones y fusiones empresariales que impera el monopolio y son dañinos para la economía de la población peruana.

RECOMENDACIONES

Primera:

¿A quién? ¿Qué? ¿Para qué?

Se recomienda a la autoridad municipal que incremente control de operativos en las distintas farmacias de la ciudad para que para evitar la concertación de precios que afecten la economía de la población.

Segunda:

¿A quién? ¿Qué? ¿Para qué?

Se recomienda a los funcionarios de Indecopi que realice operativos inopinados de fiscalización en las distintas de farmacia de la zona de competentes para evitar que se produzcan situaciones como la propaganda engañosa la concertación de precios en perjuicio de la salud de la población más necesitadas.

Tercera:

¿A quién? ¿Qué? ¿Para qué?

Se recomienda al poder legislativo que impulse una ley de control previo de fusiones y adquisiciones para evitar que constituya monopolios y oligopolios. En el Perú no existe una ley de control previo de fusiones y adquisiciones. Por lo que el país cuenta con los instrumentos suficientes para combatir el abuso de posición de dominio. En cambio, el control de fusiones puede convertirse en una barrera burocrática.

BIBLIOGRAFÍA

- REPUBLICA. (11 de Diciembre de 2016). la concentración excesiva afecta seriamente el desarrollo de la economía. La concentración de las cadenas de farmacias es un crimen, pág. 05.
- ALONSO, G. D. (12 de Enero de 2013).
<http://teodesistupav.blogspot.com/2013/01/estoicismo.html>. Obtenido de
<http://teodesistupav.blogspot.com/2013/01/estoicismo.html>:
<http://teodesistupav.blogspot.com/2013/01/estoicismo.html>
- ANDINA. (29 de Enero de 2018). Qué pasó con la ley anti monopolio en el Perú. fusión de Mifarma e Inkafarma, pág. 2.
- ASAMBLEA CONSTITUYENTE. (1979). Constitución Política del Perú. Lima: Congreso de la República.
- ASAMBLEA, C. (1991). Constitución Política de Colombia. Medellín: Gaceta Constitucional.
- AZEVÊDO, R. (13 de Noviembre de 2017). Organización Mundial del Comercio. Obtenido de Programa de Doha para el desarrollo:
https://www.wto.org/spanish/tratop_s/dda_s/texts_intro_s.htm
- BALDO, K. R. (2001). La reserva de actividades económicas a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las constituciones de 1979 y 1993. *Ius Et Veritas*, 299.
- BALSA, M. d. (16 de Abril de 2018). El mercado de las medicinas, una amenaza para la sociedad. Obtenido de Estrella Digital: <https://www.estrelladigital.es/articulo/salud-y-bienestar/mercado-medicinas-amenaza-salud/20180411155417344999.html>
- BARRIENTOS, M. R. (2003). El Derecho Humano a la Salud. Marco Constitucional y Legal. Lima: Foro Salud.
- BEATRIZ, B. (2003). Abuso de posición dominante. *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, 06.
- BELMONTE, F. P. (1919). Constitución de Weimar. Alemania: Constituciones Históricas.
- BERMUDEZ, J. (1999). El proceso de armonización de la reglamentación farmacéutica en las Américas. Sao Paulo: Huicetc.
- BOLIVIA, A. c. (2009). Constitución Política de Bolivia. El Alto: Gaceta oficial de Bolivia.
- BRASIL, C. (1988). Constitución de la República Federativa del Brasil. Brasil: Congreso Constituyente.
- BRASIL, C. C. (1988). Constitución de la República Federativa del Brasil . Brasilia: Gaceta Constituyente.
- BULLARD, A. (2003). La Prohibición Imposible ¿Cómo tratar el monopolio en la Constitución? *Revista PUCP*, 759.

- CABALLERO, O. Í. (2016). Derecho Constitucional de caracter programatico y operativo. Lima: Asociacion civil II.
- CALDERON, F. G. (2004). Diccionario de la legislacion peruana. Lima: Grijley.
- CARDICH, C. O. (2009). Drecho Constitucional Economico. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- CARPIZO, J. (2011). Los derechos humanos: Naturaleza, denominacion y características. Cuestiones Constitucionales, 17.
- CASE, K. E. (2012). Principios de Microeconomía . Mexico: Pearson Educacion.
- CASTAÑEDA, F. J. (2005). Legislacion Constitucional. Lima: San Marcos.
- CASTAÑO, J. F. (2013). La historia del derecho a la salud. Colombia: Blogger.
- CASTAÑOS, L. A. (2004). Estrategia competitivas en el mercado farmaceutico peruano caso de la empresa Alfa. Lima: Escuela de graduados de la Pontificia Universidad Catolica del Peru.
- CHACON, R. B. (28 de Enero de 2018). Monopolio en las farmacias impactara el precio de las medicinas. Diario de la Republica, pág. 03.
- CHAI, J. L. (1982). Constitucion de la republica popular de China. Pekín: Congreso Nacional Popular .
- CHIMONAS, S. F. (29 de Abril de 2018). El acceso y el uso adecuado de medicamentos. Obtenido de From disclosure to transparency. The use of company payment data: <http://odont.info/el-acceso-y-el-uso-adecuado-de-medicamentos.html?page=10>
- CÓBA, D. R. (2011). Comisión Presidencial coordinadora de la Política del Ejecutivo en materia de Derechos Humanos - (COPREDEH). Guatemala: Coprekeh.
- CONCHA, R. F. (2006). El Iusmaterialismo Tomista en Chile. Revista Chilena de Derecho, vol. 33 NO 1, 05.
- CONSTITUCIÓN. (1945). Constitución de Japón. Nihon-Koku Kenpō: Sistema Parlamentario.
- CONSTITUCION. (1946). Organizacion Mundial de la Salud. Nueva York: Documentos básicos.
- CONSTITUCIÓN, P. d. (1978). Constitución española de 1978. España: Leyes Fundamentales del Reino.
- CONSTITUYENTE, A. (1978). Constitucion Politica del Peru de 1979. Palestra: Lima.
- CONSTITUYENTE, C. G. (1994). Constitucion de la Nacion Argentina. Santa Fe: Asamblea Constituyente.
- CONSTITUYENTE, D. d. (1999). Constitucion de la Republica Bolivariana de Venezuela. Venezuela: Gaceta Oficial.
- CONSUEUDINARIO, D. (1900). Constitución de Australia. Australia: Parlamento del Reino Unido.

- CRUZ, V. I. (2016). Analisis integral y propuestas de mejora administrativa para la empresa laboratorios AC Farma S.A. Lima: Pos grado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.
- DARWICH, Y. (Jueves de Abril de 2004). Consecuencia del monopolio. Obtenido de El siglo de torreon: <https://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/81408.consecuencias-del-monopolio-dialogo.html>.
- DEMOCRATICA, R. (1947). Constitucion de la republica de Italia. Italia: Asamblea Constituyente.
- DEMOCRÁTICO, C. C. (1993). Constitución Política del Perú de 1993. Lima: Palestra.
- DIARIO SIN FRONTERAS. (25 de Octubre de 2016). Sancionan concertación de precios en farmacias. Indecopi sanciona a farmacias, pág. 03.
- DOMINICANA, C. d. (2015). Constitucion de la Republica Dominicana. Santo Domingo: Gaceta oficial.
- E., C. R. (2005). La Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi y su Contribución al Desarrollo Económico mediante la Eliminación de Barreras Burocráticas . Derecho y Sociedades, 172.
- ECUADOR, A. C. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Alfaro: Gaceta Constituyente.
- EJECUTIVO, P. (07 de Setiembre de 2018). Ley de represion de conductas anticompetitivas, aprobada por Decreto Legislativo N° 1034. El Peruano, pág. 04.
- ENTRALGO, P. L. (1941). Medicina e Historia. Madrid: Escorial.
- ESPAÑOLA, D. d. (2010). Monopsonio. España: Real Academia Española.
- EXEBIO, O. H. (2016). La sociedad anonima. Lima: Gaceta Juridica.
- FERNÁNDEZ, Á. P. (2014). Farmacia Galenica I . España: Universidad de Alcala.
- FERRAJOLI, L. (2006). Sobre los derechos fundamentales. Cuestiones constitucionales, 117.
- FLORIÁN, F. J. (2014). El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Lima: Pensamiento Constitucional N° 19.
- GARCIA, E. d. (2017). El medio ambiente sano: La consolidación de un derecho. Revista Bolivariana de Derecho, 05.
- GARCIA, J. S. (1998). Derecho Publico de la competencia. Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA, O. M. (2016). Protección de derechos en salud en el Perú: Experiencias desde el rol fiscalizador de la Superintendencia Nacional de Salud. Revista peruana de medicina experimental y salud publica, 04.
- GAVÍN, J. P. (2008). Sobre el derecho constitucional a la proteccion de la salud. DS Vol. 16 - Número Extraordinario de derecho constitucional, 30.

- GEP, P. (18 de Enero de 2007). La salud como derecho fundamental. Obtenido de Pfizer: https://www.pfizer.es/salud/salud_sociedad/sanidad_sociedad/salud_derecho_fundamental.html
- GESTION, D. (03 de Febrero de 2018). Inkafarma: Conozca los detalles del financiamiento para la compra de Mifarma. Diario Gestion, pág. 10.
- GESTION, Diario. (04 de Abril de 2018). Diario Gestion. Concertación en farmacias: Indecopi confirma sanción a Nortfarma en segunda instancia, pág. 12.
- GONZALES, A. B. (2006). Derecho y economía. Lima: Palestra.
- GUATEMALA, D. d. (1985). Constitución Política de la República de Guatemala. Guatemala: Salón de sesiones de la asamblea nacional constituyente.
- HAKANSSON, C. (2008). El impacto de la declaración universal de los derechos humanos en las constituciones iberoamericanas. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos, 20.
- HUIDOBRO, R. F. (2013). Derecho a la vida. *Ius et praxis*, 261.
- HUMANOS, C. N. (2012). Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales. México: Cenadeh.
- HURTADO, R. (1994). Balance sobre la situación del derecho a la salud. En M. Ríos, *Situación en países de América Latina* (pág. 123). Lima: Cuzco.
- INDECOPI, Expediente 008-2010/CLC (Indecopi 25 de Octubre de 2016).
- INDECOPI. (10 de Octubre de 2016). El Indecopi multa a 5 cadenas de farmacias, en primera instancia, por concertar precios de medicamentos y les ordena cumplir un programa de prevención. Obtenido de Indecopi: https://www.indecopi.gob.pe/noticias/-/asset_publisher/E4hIS8IHZWs9/content/el-indecopi-multa-a-5-cadenas-de-farmacias
- INDECOPI. (05 de Octubre de 2018). La Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi sancionó, en primera instancia, a 24 empresas y a 8 de sus representantes por concertación de precios. Obtenido de Indecopi: https://www.indecopi.gob.pe/inicio/-/asset_publisher/ZxXrtRdgbv1r/content/la-comision-de-defensa-de-la-libre-competencia-del-indecopi-sanciono-en-primera-instancia-a-24-empresas-y-a-8-de-sus-representantes-por-concertacion-d?inheritRedirect=false
- INSTITUTO NACIONAL DE SALUD. (2009). Ley N.º 29459 Ley de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios. Revista Perú Medina Expediente de salud pública v.26 N° 04 - Lima , 12.
- J, M. J. (2017). Medicina Egipcia. Enciclopedia Antigua Historia, 82.
- JUAREZ, J. A. (2016). Análisis jurídico económico de la finalidad de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Arequipa: Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.
- JURIDICA, G. (2005). La Constitución Comentada. Lima: El Búho E.I.R.L.
- JURISPRUDENCIA , 962-97-98 (Sala penal de apelaciones 08 de Abril de 1998).

- JURISPRUDENCIA, 1429-2002-HC/TC (Tribunal Constitucional 19 de Noviembre de 2002). Recuperado el 29 de Abril de 2019
- JURISPRUDENCIA, N.º 2945-2003-AA/TC (Tribunal Constitucional 20 de Abril de 2004).
- JURISPRUDENCIA, N.O 2016-2004-AA/TC (Trubunal Constitucional 05 de Octubre de 2004).
- JURISPRUDENCIA, 0007-2012-PI/TC (Tribunal Constitucional 16 de Octubre de 2012).
- LINA, M. M. (2015). La tutela como mecanismo para la proteccion del derecho fundamental a la salud. Colombia: Universidad Santo Tomas de Colombia.
- LIPSEY, R. G. (2013). Introduccion a la economia positiva. Revista lus et Praxis, 128.
- LOZANO, I. (23 de Abril de 2018). Diario la Republica. Medicamentos caros, un dolor más para los pacientes peruanos, pág. 12.
- LUBBOCK, J. (1987). Los origenes de la civilizacion y la condicion primitiva del hombre. Barcelona: Alta fulla.
- MACHUCA, J. d. (2011). Revita de educacion integral del pediaatra extrahospitalario. Sepeap, 15.
- MADINA, M. C. (Enero de 28 de 2018). Más del 90% de cadenas de farmacias con un solo dueño. Diario Correo - Economia, pág. 05.
- MAIFREDI, H. M. (2004). Derecho Comercial. Lima: Grijley.
- MANFREDI, U. M. (2004). Derecho Comercial (Tomo I). Lima: Grijley.
- MANRIQUE, A. T. (2002). Acuerdo Nacional. Lima: Biblos S.A.
- MARQUEZ, M. d. (2002). Precio y politica de medicamentos en el Peru. Estudios economicos, 04.
- MEINERS, R. M. (1986). Microeconomía. España: McGRAW-HILL.
- MEXICO, C. c. (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Mexico: Congreso constituyente.
- MILLER, R. (1990). Microeconomía. Mexico: McGraw-Hill Interamericana, S. A. de C. V. Obtenido de <https://es.wikipedia.org/wiki/Monopolio>
- MONSALVEZ, J. P. (2001). Introducciona a la microeconomia. España: Universidad de Valencia.
- MONTERO, J. J. (2003). El mercado de medicamentos en el Peru, ¿Libre o regulado? Instituto de estudios peruanos, 23.
- MORENO, M. A. (2010). Que son los monopolios y la competencia perfecta. El Blog Salmon, 05.
- OMAR A. Sar. (2006). Constitucion Politica del Peru (3 edicion ed.). Lima: Grijley. Recuperado el 29 de Abril de 2019
- ORBE, R. C. (2001). Diccionario Juridico Moderno. Lima: Rao S.R.L.
- ORBE, R. C. (2001). Diccionario Juridico Moderno. Lima: Raos S.R.L.

- PACHAMAMA, R. (23 de Abril de 2018). Medicamentos caros: Un dolor mas para los pacientes peruanos. Radio Pachamama, pág. 03.
- PARAGUAY, A. c. (1992). Constitucion de la republica de Paraguay. Asuncion: Reglamento interno de la honorable camara de senadores.
- PARES, E. I. (2004). Derecho y Política de la competencia en el Peru. Lima: Ocde.
- PEARCE, David W. (1999). Diccionario Akal de Economía Moderna. España: Akal.
- PEINADO, F. L. (2005). Hammurabi de Babilonia: príncipe piadoso. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- PETITBO, S. M. (2006). El abuso de la posicion de dominio. Madrid: Marcial Pons, Edicion Juridica y Sociales.
- POLO, D. T. (24 de Abril de 2018). Diario Judicial Regional ASI. Medicamentos: Un dolor de cabeza para los pacientes, pág. 03.
- PORTAL FARMACIA . (27 de Febrero de 2017). Productos Farmaceuticos. Obtenido de El prospecto de los medicamentos:
<https://www.portalfarma.com/Ciudadanos/saludpublica/consejosdesalud/Paginas/15prospecto.aspx>
- PRIETO, D. V. (2009). Libre competencia y monopolio. Santiago: Santiago.
- RENZO, B. (28 de Enero de 2018). Riesgo de que la concentración en el sector farmacéutico. El impacto del monopolio en el sector farmacias lo sufrirán los más pobres, pág. 8. Recuperado el 30 de Enero de 2018, de <https://larepublica.pe/economia/1176685-el-impacto-del-monopolio-en-el-sector-farmacias-lo-sufriran-los-mas-pobres>
- REPUBLICA. (28 de Enero de 2018). El impacto del monopolio en el sector farmacias lo sufriran los mas pobres. La concentracion en el mercado, pág. 20.
- REPUBLICA, C. d. (02 de Agosto de 2009). Normas Legales. Ley que establece los derechos de las perdonas usuarias de los servicios de salud. El Peruano, pág. 403647.
- REPUBLICA, D. (29 de Enero de 2018). boticas independientes están en riesgo de desaparecer. Colegio Químico Farmacéutico se pronunció por compra de farmacias, pág. 5.
- REPUBLILCA, E. c. (2009). Ley marco de aseguramiento universal en salud - N° 29344. Lima: Congreso constituyente.
- RICA, A. N. (1949). Constitucion politica de la republica de Costa Rica. San Jose Costa Rica: Imprenta Nacional de San Jose de Costa Rica.
- RIOS, F. Q. (2018). Ideologia y Mercado. Coherencia Universitaria, 02.
- RIZO, A. M. (1998). Supremacia Constitucional - El caso Bonham. Colombia: Universidad del Norte .
- ROCA, R. S. (2003). Los derechos de propiedad intelectual y el derecho de la libre competencia. Propiedad intelectual y comercio en el Perú: impacto y agenda pendiente, 04.

- ROJAS, J. F. (1998). El abuso de la posición de dominio . Competencia y la propiedad intelectual, 86.
- ROJAS, J. F. (2008). El abuso de la posición de dominio en el mercado en la legislación nacional, Perú. Lima: Ed. INDECOPI.
- ROJAS, J. F. (2008). El abuso de la posición de dominio en el mercado en la legislación nacional. Indecopi, 88.
- ROJAS, J. F. (2008). El abuso de la posición de dominio en el mercado en la legislación nacional. Lima, Lima, Peru: Ed. INDECOPI.
- ROSELLO, B. K. (2001). La reserva de la actividad a favor del Estado y el régimen de los monopolios en las Constituciones de 1979 y 1993. *Ius et Veritas* N° 22, 301.
- ROY, R. M. (1990). Microeconomía. México: McGraw-Hill Interamericana, S. A. de C. V.
- RUBIO, M. T. (2014). Prácticas y conceptos básicos de microeconomía. España: Esic.
- RUDINFELD, R. S. (2009). Microeconomía. Madrid: Pearson educación S.A.
- SALAZAR, M. C. (2016). ¿La salud como derecho fundamental es respetada o exigida a través de mecanismos legales? . Manizales: Universidad de Manizales .
- SANTIAGO, M. L. (2006). El abuso de la posición de dominio. Madrid: Jurídica y sociales S.A.
- SAR, O. (2006). Constitución Política del Perú. Lima: Grijley.
- SEGADO, F. F. (2002). Modelo americano - modelo europeo kelseniano como criterio analítico del control de constitucionalidad y la búsqueda de una nueva tipología explicativa. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- SENTENCIA , 03116-2009-PA/TC (Tribunal Constitucional 10 de Agosto de 2009).
- SENTENCIA, 00034-2004-PI/TC (Tribunal Constitucional 15 de Febrero de 2005).
- SENTENCIA, 014-2009-AI/TC (Tribunal Constitucional 25 de Agosto de 2010).
- SOCIAL, C. E. (12 de Mayo de 2000). El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud . Obtenido de CESCR Observación General N° 14:
file:///C:/Users/hp/Downloads/Documents/1451.pdf
- STEPHEN, R. (1993). Principles of Antitrust law. New York: The Foundation.
- SUCASACA, V. F. (01 de Agosto de 2016). Farmacia. Obtenido de Historia de la Farmacia: <http://vanessafabiola22.blogspot.com/2016/08/farmacia-la-farmacia-griego-farmakon.html>
- SUPREMO, D. (18 de Febrero de 2019). Texto único ordenado de la ley de represión de conductas antimonopólicas. Lima: PCM. Obtenido de
file:///C:/Users/hp/Downloads/Documents/DS-N°-030-2019-PCM.pdf:
file:///C:/Users/hp/Downloads/Documents/DS-N°-030-2019-PCM.pdf
- TASSANO, H. E. (2016). Competencia y regulación. Revista de la facultad de derecho de la universidad Pucp. N° 76, 04.

- TELLEZ, J. A. (2013). La Protección de la salud y el acceso a los medicamentos ante la ideología del mercado. Valparaiso: Revista Ius et Praxis.
- TIEDEMANN, K. (1985). Poder económico y delito. Barcelona: Ariel.
- TORRES, A. L. (11 de Abril de 2019). Diario de la República. Medicamentos: existe brecha de 1.400 millones de soles para cubrir la demanda, pág. 05.
- TORRES, G. C. (1993). Diccionario jurídico elemental. España: Heliasta S.R.L.
- TRIBUNAL, C. (1996). Constitución de la República de Sudáfrica. Sudáfrica: Ley No. 108 de 1996.
- UNO, D. (28 de Enero de 2018). ¿Qué hacemos con los monopolios en el Perú? ¿Qué hacemos con los monopolios en el Perú?, pág. 05.
- VARGAS, D. (2018). El neorrealismo y su paradójico impacto monopolístico. Economía y desarrollo sostenible, 3.
- VARGAS, F. R. (1997). Abuso del poder económico - Código Penal. Lima: Idemsa.
- VASCO, G. A. (2012). La realidad de la salud y el medicamento en el Perú. Lima: Salud y Fármacos.
- VASQUEZ, A. (1994). Introducción al derecho penal de la competencia. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- VÁSQUEZ, M. A. (1997). La protección penal de la competencia. Themis, 19.
- VASQUEZ, P. S. (2015). Código Procesal Constitucional Comentado. Lima: Gaceta Jurídica.
- VITA, J. A. (1994). El Derecho a la salud como derecho humano. Lima: Pirhua.
- ZERDA, A. (2001). Sistemas de seguros de salud y acceso a medicamentos - Estudios de casos de Argentina, Colombia, Costa Rica, Chile, Estados Unidos de América y Guatemala. Argentina: Ginebra.

ANEXOS

MATRIZ DE CONSISTENCIA

ANTEPROYECTO DE LEY

RESOLUCIÓN 0738-2017/SDC-INDECOPI

MATRIZ DE CONSISTENCIA

TITULO.- MONOPOLIO EN EL SECTOR FARMACIAS EN EL PERÚ Y SU REPERCUSIÓN SOBRE EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	OBJETIVO DE LA INVESTIGACIÓN	HIPÓTESIS DE TRABAJO	CATEGORÍAS DE ESTUDIO	METODOLOGÍA
<p>Problema General</p> <p>¿De qué manera el monopolio en el sector farmacias en el Perú repercute sobre el derecho fundamental a la salud?</p> <p>Problemas Específicos</p> <p>1 ¿Cuál es la situación del mercado de farmacias en el Perú, durante los últimos cinco años?</p> <p>2 ¿De qué manera el monopolio en el mercado de farmacias repercute en el incremento de precios de los medicamentos?</p> <p>3 ¿Cuál es el índice comparativo de precios de</p>	<p>1. Objetivo General:</p> <p>Determinar si el monopolio en el sector farmacia en el Perú repercute sobre el derecho fundamental a la salud.</p> <p>Objetivos Específicos:</p> <p>1 Conocer la situación del mercado de farmacias en el Perú durante los últimos cinco años.</p> <p>2 Determinar la forma en que el monopolio en el mercado de farmacias repercute en el incremento de precios de los medicamentos.</p> <p>3 Precisar el índice comparativo de precios de medicamentos entre el Perú y algunos países de la región.</p>	<p>El monopolio en el sector farmacias en el Perú repercutirá negativamente sobre el derecho fundamental a la salud.</p>	<p>1° Monopolio en el sector farmacias.</p> <p>Sub categoría.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Definición. - Forma de monopolios. - Repercusiones. <p>-Penalización del monopolio en el derecho comparado.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Monopolio legal en la Constitución. - Competencia en bienes jurídicos tutelados. <p>2° Derecho fundamental a la salud.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Definición. - Naturaleza jurídica. 	<p>Enfoque de investigación:</p> <p>Cualitativo: Dado que en nuestro estudio basaremos al análisis interpretativo y argumentación jurídica antes que a mediciones estadísticas.</p> <p>Tipo de investigación jurídica:</p> <p>Socio jurídico: Porque en nuestro estudio pretendemos elaborar una propuesta legislativa para frenar el monopolio en el sector farmacias en el Perú que repercute profundamente el derecho fundamental a la salud.</p>

<p>medicamentos entre el Perú y algunos países de la región?</p> <p>4 ¿Cuál es la situación de la demanda de medicamentos por parte de los pacientes en el Perú?</p> <p>5 ¿Cómo se puede implementar una medida legislativa para erradicar el monopolio en el sector farmacias en el Perú?</p>	<p>4 Conocer la situación de la demanda de medicamentos por parte de los pacientes en el Perú.</p> <p>5 Establecer la forma si se puede implementar una medida legislativa para erradicar el monopolio en el sector farmacias en el Perú.</p>	<p>- Protección jurídica del derecho a la salud.</p> <p>- Regulación normativa en la legislación peruana e internacional.</p>	
--	---	---	--

ANTEPROYECTO DE LEY

**Ley que regula las fusiones y adquisiciones
empresariales para promover la
competencia**

CAPÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Objeto de la ley

La presente ley establece el régimen del procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial con el objeto de autorizar aquellas operaciones que por sus efectos en la estructura del mercado no constituyan una restricción significativa de la competencia efectiva, garantizando el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica en los mercados.

Artículo 2.- Ámbito de aplicación de la ley

2.1. Una operación de concentración debe ser notificada a la Comisión sujetándose al procedimiento de evaluación previa cuando:

- a) La suma total del volumen de ventas anuales de las empresas involucradas en la operación de concentración haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior al umbral establecido mediante Decreto Supremo; o
- b) Al menos una de las empresas involucradas en la operación de concentración haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior al umbral establecido mediante Decreto Supremo.

2.2. Se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación aquellas operaciones de concentración que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional, incluyendo operaciones de concentración que se realicen en el extranjero y vinculen directa o indirectamente a empresas que desarrollan actividades económicas en el país.

2.3. Las operaciones de concentración que no alcancen los umbrales establecidos no están sujetas a la notificación obligatoria de la operación a fin de iniciar el procedimiento de evaluación previa ante la autoridad de competencia.

2.4. Los umbrales se determinarán y actualizarán mediante Decreto Supremo, y deberá ser refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, el Ministro de la Producción, el Ministro de Comercio y Turismo, y el Ministro de Economía y Finanzas. Dichos umbrales se indicarán y actualizarán en valor de Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

2.5. El INDECOPI deberá elaborar los lineamientos que resulten necesarios para la adecuada aplicación de los umbrales de notificación de operaciones de concentración empresarial. Dichos lineamientos serán aprobados por Decreto Supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros, y deberán expresar con claridad, transparencia y simplicidad las características de los umbrales, la determinación del nexo geográfico, el cálculo del volumen de ventas, y las condiciones especiales de algunos mercados, entre otros, a fin de poder proporcionar una guía a los agentes económicos en el mercado y se proceda a la notificación de la operación de concentración, de encontrarse comprendida dentro del umbral.

2.6. Antes del inicio del procedimiento de evaluación previa los agentes económicos que participan en la operación de concentración empresarial pueden dirigir una consulta de manera individual o conjunta a la Comisión a fin de poder precisar si la operación se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la presente ley.

La respuesta a la consulta no implicará en ningún caso adelantar opinión sobre la autorización de la operación de concentración o sobre las condiciones para su autorización.

2.7. Las consecuencias por la falta de notificación previa de las operaciones de concentración comprendidas dentro de los umbrales establecidos, conducirá a que la Comisión pueda imponer medidas de orden mandatorio y/o sancionatorio, según lo dispuesto por la presente ley.

Artículo 3.- Definiciones

1. Umbral: El umbral es el parámetro cuantificable, selectivo y objetivo a partir del cual se le atribuye a la Comisión la potestad de evaluar una operación de concentración, el cual se establece de acuerdo a las características de la economía nacional, con criterios razonables que permitan alcanzar un equilibrio adecuado entre los costos de transacción asociados a la evaluación, la carga administrativa que la autoridad deberá asumir, la protección de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, así como la prevención de los riesgos para la competencia efectiva en los mercados.

2. Nexo geográfico: El nexo geográfico permite identificar si la operación de concentración produce efectos en el territorio nacional, en el cual los órganos competentes tienen jurisdicción para poder evaluar la operación de concentración.

3. Mercado relevante: El mercado relevante se encuentra compuesto por el mercado de producto y el mercado geográfico. Corresponde considerar la definición establecida en el Artículo 6° del Decreto Legislativo 1034°, Ley que Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo que resulte aplicable.

4. Posición de dominio: Se entiende que la posición de dominio permite a una empresa restringir la competencia efectiva en el mercado, sin que sus competidores, proveedores o consumidores, puedan contrarrestar dicha posibilidad. Corresponde considerar la definición establecida en el Artículo 7° del Decreto Legislativo 1034°, Ley que Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo que resulte aplicable.

5. Concentración empresarial sujeta a notificación obligatoria: Serán objeto de notificación ante la Comisión aquellas operaciones de concentración que se encuentran comprendidas dentro de los umbrales establecidos en la presente ley y produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional.

6. Concentración empresarial: Se entiende por operación de concentración en el ámbito de aplicación de la presente ley a todo acto o acuerdo que implique una transferencia o cambio de control, que conduzca o pueda conducir de manera duradera a una pérdida de independencia de las empresas partícipes en la operación o de alguna de ellas, las cuales no forman parte del mismo grupo económico, y/o cambio en la estructura de mercado. Dichas concentraciones se explican a través de:

a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, cualquiera que sea la forma de organización

societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión;

b) La adquisición de control, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas, incluyendo la celebración de contratos de consorcio, joint venture siempre que constituyan una entidad autónoma y duradera, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, o cualquier otro contrato de colaboración empresarial análogo y de consecuencias similares;

c) La creación de una empresa en participación, siempre que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma;

d) La adquisición de control que resulte de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante: i) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa; ii) derechos o contratos que permitan influir de manera decisiva sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa, determinando directa o indirectamente el comportamiento competitivo de dicha empresa;

e) La adquisición de control por las personas o las empresas: i) que sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos, o ii) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos.

No son actos de concentración empresarial sometida a la presente ley cuando:

a) El crecimiento de una empresa, que se realice mediante inversión propia o con recursos de terceros, no produzca efectos en todo o en parte del territorio nacional;

b) El control lo adquiera una persona en virtud de un mandato temporal dispuesto por autoridad pública conforme a la legislación relativa al procedimiento de reestructuración patrimonial, convenio de acreedores, la caducidad o denuncia de la concesión, u otro procedimiento análogo;

c) Las entidades de crédito u otras entidades financieras o de seguros o del mercado de capitales cuya actividad normal constituya la negociación y transacción de títulos, por cuenta propia o de terceros, posean con carácter temporal acciones o participaciones que hayan adquirido de una empresa con el propósito de revenderlas, siempre que no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas acciones o participaciones con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa.

7. Grupo Económico: Conjunto de personas jurídicas y/o entes jurídicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos miembros, cuando alguno de ellos ejerce el control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre las personas jurídicas y/o entes jurídicos corresponde a una o varias personas naturales que actúan como una unidad de decisión.

Artículo 4.- Principios

En el procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial la autoridad de competencia debe tener en cuenta además de los principios establecidos en el Artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, los siguientes:

1. Principio de prevención: La evaluación de las operaciones de concentración que realizan los órganos competentes debe orientarse a evitar poner en riesgo el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado.

2. Principio de proporcionalidad: Las decisiones de los órganos competentes cuando establezcan condiciones, obligaciones de hacer o de no hacer, califiquen infracciones, impongan sanciones, o alguna otra medida de restricción de un derecho relativos a la operación de concentración deben guardar conformidad con los límites de la facultad atribuida por ley manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba proteger a fin de que respondan a lo estrictamente necesario.

3. Principio de transparencia e independencia: Los órganos competentes actúan en el desarrollo del procedimiento de evaluación previa de manera transparente y con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole, demostrando independencia respecto de sus apreciaciones personales, o de influencias de intereses económicos o políticos.

4. Principio de confidencialidad: Los órganos competentes deben guardar reserva respecto de la información a la que tengan acceso en el procedimiento de evaluación previa, otorgándole en su caso, el carácter de confidencial, evitando se ponga en peligro el interés legítimo de las empresas o de las personas naturales involucradas.

CAPÍTULO 2

DE LAS CONCENTRACIONES AUTORIZADAS

Artículo 5.- Concentraciones autorizadas

5.1. Las operaciones de concentración empresarial que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la presente ley estarán sujetas de manera obligatoria a la autorización del órgano competente a cargo del procedimiento de evaluación previa.

5.2. Si en el procedimiento de evaluación previa se determina que la operación de concentración genera o puede generar una restricción significativa a la competencia efectiva, la autoridad no autorizará la operación.

5.3. Si en el procedimiento de evaluación previa se determina que la operación de concentración no genera una restricción significativa a la competencia efectiva, la autoridad autorizará la operación.

La autoridad puede establecer condiciones para el otorgamiento de la autorización, tomando en consideración los efectos de la operación de concentración empresarial en el bienestar de los consumidores y en la eficiencia de los mercados.

5.4. Si la autoridad determina que la operación de concentración empresarial genera o puede generar una restricción significativa de la competencia efectiva, podrá autorizarlos siempre que las empresas solicitantes demuestren la existencia de eficiencias económicas que compensen los efectos restrictivos a la competencia identificados y mejoren el bienestar de los consumidores. Las eficiencias que se identifiquen deberán tener un carácter inherente a la operación,

ser verificables, justificadas y susceptibles de ser transferidas al consumidor.

5.5. En el procedimiento de evaluación previa se tomará en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

- a) La estructura del mercado relevante;
- b) La evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate;
- c) Las fuentes de distribución y comercialización;
- d) Las barreras legales o de otro tipo para el acceso al mercado;
- e) El poder económico y financiero de las empresas involucradas;
- f) La creación o fortalecimiento de una posición de dominio.

5.6. La sola creación o fortalecimiento de la posición de dominio no constituye una prohibición de la operación de concentración empresarial, siendo necesario evaluar los efectos restrictivos a la competencia efectiva en el mercado, sin perjuicio de lo dispuesto por el numeral 5.4 del presente artículo.

Artículo 6.- Ejecución de las concentraciones empresariales

6.1. Una concentración empresarial que haya de ser sometida al procedimiento de evaluación previa conforme a lo dispuesto por el numeral 2.1. del artículo 2 no podrá ejecutarse antes de ser notificada y dar inicio al procedimiento administrativo, o antes de haber vencido el plazo legal del procedimiento y opere el silencio administrativo positivo, o antes de que la autoridad haya autorizado expresamente la operación de concentración.

6.2. La ejecución de la concentración empresarial que se encuentre dentro de los supuestos comprendidos en el numeral 6.1. del presente artículo, no surtirá efecto

jurídico alguno, no siendo necesario para ello la emisión de un acto administrativo por el órgano competente, sin perjuicio de que se dicten las medidas e impongan las sanciones, de acuerdo a lo previsto en la presente ley y su reglamento.

6.3. Procede la nulidad de oficio respecto del acto que autorizó la operación de concentración cuando se determine que la información suministrada por el solicitante sea falsa o haya sido adulterada, sin perjuicio de que se dicten las medidas e impongan las sanciones, de acuerdo a lo previsto en la presente ley y su reglamento.

6.4. El incumplimiento de las condiciones impuestas a la operación de concentración dará lugar a que la autoridad proceda a dictar las medidas correspondientes, e imposición de las sanciones, de acuerdo a lo previsto en la presente ley y su reglamento.

CAPÍTULO 3

DE LAS ATRIBUCIONES DE LAS AUTORIDADES COMPETENTES

Artículo 7.- Alcance de las atribuciones de las autoridades competentes

Para efectos de la presente ley las autoridades competentes ejercen sus atribuciones de conformidad con la finalidad establecida por la presente ley, con respeto al contenido esencial del rol del Estado en la economía conforme a la Constitución.

Artículo 8.- Autoridades competentes

La evaluación previa de operaciones de concentración se encuentra a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la

Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, cuyos órganos competentes ejercerán sus atribuciones, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 4° de la presente ley, y la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, aprobado por Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

Artículo 9°.- La Comisión de Libre Competencia

La Comisión de Libre Competencia es el órgano resolutorio con competencia exclusiva para evaluar y resolver en primera instancia administrativa a nivel nacional en el procedimiento de evaluación previa, de conformidad con las competencias señaladas en el artículo 24° del Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

Artículo 10.- La Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia

La Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia es el órgano con autonomía técnica y funcional con competencias para realizar las acciones de ordenación, instrucción e investigación sobre las operaciones de concentración empresarial sometidas al procedimiento de evaluación previa, o en su caso, sobre las acciones preliminares de investigación que puedan dar lugar al inicio de un procedimiento sancionador, de acuerdo a lo previsto en la presente ley.

Artículo 11.- El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual

El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual es el órgano resolutorio competente para evaluar y resolver en última instancia administrativa los actos impugnables emitidos por la

Comisión de Libre Competencia en el procedimiento de evaluación previa, de conformidad con las competencias señaladas en el artículo 14° del Decreto Legislativo N° 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

Artículo 12.- Colaboración interinstitucional en el procedimiento de evaluación previa de concentraciones

12.1. Los órganos competentes en el procedimiento de evaluación previa se encuentran facultados para solicitar a otras entidades de la Administración Pública información que posean, sin más limitación que la establecida por la Constitución y la ley, para lo cual se dictarán las medidas e implementarán los medios correspondientes para una eficaz colaboración interinstitucional en el marco del cumplimiento de la finalidad señalada en la presente ley.

12.2. En el caso se requiera, se podrá suspender el plazo para resolver cuando una entidad deba proporcionar información a los órganos competentes, siempre y cuando dicha información sea esencial para la resolución del procedimiento de evaluación previa, no pudiendo exceder del plazo de siete días hábiles contado a partir de la solicitud a la entidad correspondiente, pudiendo ser prorrogado hasta por tres días hábiles adicionales, por la complejidad del procesamiento o puesta a disposición de la información.

Artículo 13.- Informes proporcionados en el procedimiento de evaluación previa de concentraciones

13.1. Para la evaluación de operaciones de concentración los organismos reguladores deberán proporcionar un informe sobre el nivel de concentración del mercado incluyendo la correspondiente opinión

sobre los posibles efectos en el mercado que pudieran derivarse de la operación de concentración objeto de la evaluación.

13.2. Para la evaluación de operaciones de concentración la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones deberá proporcionar un informe sobre el nivel de concentración del mercado incluyendo la correspondiente opinión sobre los posibles efectos en el mercado que pudieran derivarse de la operación de concentración objeto de la evaluación.

13.3. La oportunidad de presentación del informe a qua hace referencia el numeral 13.1. y 13.2. del presente artículo deberá corresponder a solicitud de la Comisión cuando la evaluación de la operación de concentración se encuentre en primera instancia, y en la segunda fase de evaluación, según lo previsto por la presente ley.

CAPÍTULO IV

DEL PROCEDIMIENTO

Artículo 14.- Notificación del procedimiento

14.1. La notificación de las concentraciones deberá realizarse en un plazo máximo de 15 (quince) días hábiles contados desde la fecha en que se haya concluido el contrato, la adquisición de una participación de control, o el anuncio de la oferta pública de adquisición, según corresponda.

14.2. Tratándose de una operación de concentración que constituya una fusión o en el establecimiento de un control en común por dos o más empresas

involucradas en la operación, deberá ser notificada de manera conjunta por las empresas intervinientes.

14.3. Tratándose de la adquisición de control de una o más empresas según lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 3 de la presente ley, o se trate de una empresa que adquiera los activos de la empresa, la operación deberá ser notificada por la empresa o persona adquirente.

14.4. Tratándose de una operación de concentración que se realice a través de una oferta pública de adquisición en el mercado de valores, la oferta pública de adquisición, la negociación y la transacción podrán ser realizadas, sin embargo el comprador no está autorizado a ejercer los derechos de voto inherentes a los títulos adquiridos en tanto el órgano competente no se haya pronunciado o haya concluido el procedimiento de evaluación previa.

En caso se ejerza el derecho a voto señalado en el párrafo anterior, la operación de concentración no tendrá efecto alguno, sin perjuicio de la imposición de la sanción que corresponda, según lo previsto por la presente ley.

Artículo 15.- Tasa administrativa

El procedimiento de evaluación previa que se inicia con la notificación de la operación de concentración está sujeto al plago de una tasa administrativa equivalente al 0.1% del valor total de la operación hasta un límite máximo de 50 (cincuenta) Unidades Impositivas Tributarias.

Artículo 16.- Declaración de confidencialidad

16.1. A solicitud de parte, la Comisión podrá declarar la reserva de la información a la que se le atribuya carácter confidencial, ya sea que se trate de un secreto empresarial,

comercial o industrial, u otra que ponga en riesgo el cierre de la operación de concentración una vez autorizada, o se trate de información prohibida o protegida por la legislación vigente.

16.2. Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, toda la información presentada durante el procedimiento de autorización será tratada con carácter reservado, y sólo podrá ser utilizada para la finalidad para la que fue requerida en el procedimiento de evaluación de la operación.

16.3. Los funcionarios y servidores de los órganos competentes, durante y después de concluido el procedimiento de evaluación previa, independientemente del régimen laboral o de contratación, que tuvieran acceso al expediente, están obligados a no compartir, divulgar o hacer uso indebido de dicha información, bajo responsabilidad administrativa o penal.

Artículo 17.- Análisis de la solicitud de autorización de la operación de concentración

17.1. Si la Comisión concluye que la concentración notificada no está comprendida dentro del ámbito de aplicación de la ley, lo declarará mediante resolución. La comunicación de dicha resolución no debe exceder de 15 (quince) días hábiles, contados a partir de la fecha de presentada la solicitud.

17.2. Si la Comisión comprueba que la operación de concentración notificada se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la ley, y no plantea serias dudas en cuanto a generar efectos restrictivos a la competencia efectiva en el mercado, decidirá no oponerse a la misma y autorizará la operación. La comunicación de dicha resolución a las partes intervinientes no debe exceder de 30 (treinta) días hábiles, contados a partir de la fecha de presenta la solicitud, dando por concluido el procedimiento de evaluación previa.

17.3. Si la Comisión comprueba que la operación de concentración notificada se encuentra comprendida dentro del ámbito de aplicación de la ley, y plantea serias dudas en cuanto a generar efectos restrictivos a la competencia efectiva en el mercado, decidirá iniciar una segunda fase de evaluación. La comunicación a las partes intervinientes sobre el fin de la primera fase de evaluación e inicio de la segunda fase no debe exceder de 30 (treinta) días hábiles, contados a partir de la fecha de presentada la solicitud.

La segunda fase de evaluación de la operación de concentración no excederá de 90 (noventa) días hábiles, pudiendo prorrogarse hasta por un plazo máximo de 45 (cuarenta y cinco) días hábiles adicionales, debiendo indicarse los motivos que justifiquen la correspondiente ampliación. La resolución que emita la Comisión dará por concluida la primera instancia administrativa.

17.4. Tratándose del inicio de la segunda fase de evaluación, la Comisión podrá elaborar una nota sucinta sobre la operación de concentración, una vez resueltos los aspectos de confidencialidad de la misma, y publicarla, poniendo en conocimiento de las personas naturales o jurídicas con interés legítimo relativo a las consecuencias de la autorización o denegatoria de la autorización, a fin de que puedan presentar información relevante ante la autoridad en el plazo máximo de 10 (diez) días hábiles.

La información que se presente tendrá el carácter de declaración jurada, pudiendo dar lugar, en el caso de información falsa o adulterada, a responsabilidades de orden penal.

Artículo 18.- Resolución de autorización

18.1. El órgano competente emitirá la resolución de fin del procedimiento de evaluación previa debidamente motivada, adjuntando los informes que correspondan,

expresando su decisión, autorizando la operación de concentración, autorizándola con condiciones, o denegando la autorización de la operación.

18.2. La Comisión podrá autorizar la operación de concentración sujeta al cumplimiento de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas involucradas cumplan los compromisos contraídos con la Comisión adoptada, o que respondan a la compensación de los efectos restrictivos sobre la competencia en el mercado.

18.3. Si la Comisión comprueba que, una vez modificada la solicitud presentada por las empresas involucradas, una concentración notificada ya no plantea serias dudas en cuanto a la generación efectos restrictivos a la competencia efectiva en el mercado, podrá autorizar la operación de concentración.

18.4. En el caso que las empresas decidan no continuar con la operación, el órgano competente emitirá una resolución de fin del procedimiento.

18.5. En el caso que dentro del plazo legal previsto la autoridad no haya emitido pronunciamiento expreso, corresponderá la aplicación del silencio administrativo positivo, dando lugar a la autorización de la operación de concentración.

Artículo 19.- Recurso de apelación

19.1. En el caso se haya denegado la solicitud de autorización, las empresas podrán interponer el recurso de apelación. El plazo para su interposición no excederá de 20 (veinte) días hábiles, contados desde el día siguiente de la notificación de la resolución que pone fin a la primera instancia.

19.2. En el caso la Comisión haya dictado alguna medida de orden preventivo, la ejecución de la resolución impugnada no se

suspende, salvo que el Tribunal disponga lo contrario mediante resolución debidamente motivada.

19.3. El Tribunal deberá proceder con la evaluación de lo solicitado en un plazo máximo de 120 (ciento veinte) días hábiles.

CAPÍTULO V

DE LAS INFRACCIONES Y SANCIONES

Artículo 20.- Infracciones administrativas

Para efectos de la presente ley se consideran infracciones administrativas las siguientes:

- a) Omitir la notificación de una operación de concentración, conforme a lo dispuesto en la presente ley.
- b) Ejecutar una operación de concentración sin haber obtenido la autorización administrativa por el órgano competente.
- c) Ejecutar una operación de concentración habiendo sido denegada su autorización.
- d) Suministrar información falsa, engañosa, incompleta o adulterada en la presentación de la solicitud de autorización, o a solicitud del órgano competente.
- d) Omitir o rehusarse a suministrar información solicitada por el órgano competente dentro del plazo previsto.
- e) Incumplir las medidas ordenadas por la Comisión en la resolución que pone fin a la primera instancia.
- f) Haber ejecutado la operación de concentración incumpliendo o contraviniendo las condiciones vinculadas a la decisión adoptada por el órgano competente.

Artículo 21.- Monto de la sanción

Las infracciones administrativas señaladas en el artículo 20 de la presente ley serán sancionadas con multas sobre la base del cálculo del volumen de ventas o ingresos percibidos por el sujeto infractor, o en su caso, al grupo económico, correspondiente al ejercicio inmediato anterior al de la expedición de la resolución del órgano competente, según los niveles de gravedad siguientes:

- a) Si la infracción fuera calificada como leve, se impondrá una multa de hasta 1 (uno) % del volumen de ventas o ingresos percibidos.
- b) Si la infracción fuera calificada como grave, se impondrá una multa de hasta 5 (cinco) % del volumen de ventas o ingresos percibidos.
- c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, se impondrá una multa de hasta 10 (diez) % del volumen de ventas o ingresos percibidos.

Artículo 22.- Graduación de las sanciones

Para efectos de determinar la gravedad de la infracción se aplicarán los criterios establecidos en el artículo 44° Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, en lo que resulte aplicable.

Artículo 23.- Plazo de prescripción

Las infracciones establecidas en la presente ley prescriben a los 3 (tres) años de haberse producido el supuesto establecido en el artículo 20 de la presente ley.

Artículo 24.- Responsabilidades de orden penal

La información que presenten las partes en la solicitud de autorización de la operación de concentración tendrá el carácter de declaración jurada, pudiendo dar lugar, en

el caso de información falsa o adulterada, a responsabilidades de orden penal.

CAPÍTULO VI

DE LAS MEDIDAS CORRECTIVAS

Artículo 25.- Medidas correctivas

Cuando la Comisión compruebe que una concentración:

- a) haya sido ejecutada habiendo sido denegada su autorización; o
- b) haya sido ejecutada contraviniendo una de las condiciones vinculadas a la decisión adoptada por el órgano competente,

la Comisión podrá:

- a) Exigir a las empresas involucradas, que disuelvan la concentración, en particular mediante la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos, de tal manera que quede restablecida la situación previa a la ejecución de la concentración. Si las circunstancias no permiten el restablecimiento de la situación previa a la ejecución de la concentración, mediante la disolución de la misma, el órgano competente podrá adoptar cualquier otra medida apropiada para lograr tal restablecimiento en la medida de lo posible,
- b) Ordenar cualquier otra medida apropiada para garantizar que las empresas afectadas disuelvan la concentración o adopten cualesquiera otras medidas encaminadas a restablecer la situación previa, conforme a lo dispuesto en su decisión.

CAPÍTULO VII

DE LAS MULTAS COERCITIVAS

Artículo 26.- Multas coercitivas por incumplimiento de órdenes o mandatos de la autoridad

26.1. Si la empresa incumple las obligaciones señaladas en la resolución de la autoridad, se le impondrá una multa coercitiva equivalente a 125 (ciento veinticinco) Unidades Impositivas Tributarias, la cual deberá ser pagada dentro del plazo de 5 (cinco) días hábiles, vencido los cuales se ordenará su cobranza coactiva.

26.2. Las multas a que se refiere el numeral anterior no tienen naturaleza de sanción.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS DEROGATORIAS

ÚNICA.- Derogación de la Ley N° 26876 y su Reglamento

Deróguese la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 017-98-PCM, y sus modificatorias correspondientes.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

ÚNICA.- Procesos en trámite

Los procedimientos de evaluación previa que se encuentran sujetos a la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, se hayan iniciado con anterioridad a la vigencia de la presente ley, y se encuentren en trámite, se adecuarán en la etapa que se encuentren, conforme a las reglas que establecerá el Reglamento, en el marco del cumplimiento de la finalidad de la presente ley.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

ÚNICA.- Vigencia de la ley

La presente ley entra en vigencia con la publicación de su Reglamento, en un plazo máximo de un año contado a partir de la fecha de publicación de la presente ley.

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA

DENUNCIANTE : PROCEDIMIENTO INICIADO DE OFICIO

DENUNCIADOS : ALBIS S.A.
BOTICAS Y SALUD S.A.C.
BOTICA TORRES DE LIMATAMBO S.A.C.
ECKERD PERÚ S.A.
FARMACIAS PERUANAS S.A.
MIFARMA S.A.C.
NORTFARMA S.A.C.

MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
PRÁCTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES
ACUERDOS

ACTIVIDAD : VENTA AL POR MENOR DE PRODUCTOS
FARMACÉUTICOS Y MÉDICOS

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016, en el extremo que halló responsable a Nortfarma S.A.C. de haber participado, de manera conjunta con Farmacias Peruanas S.A. (Fasa), Albis S.A. (Arcángel) y Eckerd Perú S.A. (Inkafarma), en la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de precios de venta al público, a nivel nacional, de los productos farmacéuticos y afines presentados en los Anexos 1 y 2 de la presente resolución.

En línea con lo señalado por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, se ha verificado que en las coordinaciones comprendidas entre el 1 y 8 de febrero de 2008 y durante el mes de septiembre del mismo año, las empresas antes mencionadas tuvieron como intermediario a su proveedor común (Albis S.A.) para coordinar precios y monitorear su implementación en el mercado.

De esta manera, de la revisión de (i) las comunicaciones internas de Albis S.A., (ii) las comunicaciones del resto de cadenas y de Nortfarma S.A.C. con el referido proveedor (en este último caso confirmando su participación y reclamado el cumplimiento de la fijación de precios), y (iii) de la efectiva implementación de los precios en la fecha acordada (o en una cercana a esta), se corrobora que Nortfarma S.A.C. sí participó de la concertación de precios de venta al público a nivel nacional.

Finalmente, se **CONFIRMA** la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016 en el extremo que impuso a Nortfarma S.A.C. una multa ascendente a noventa y cuatro punto cuarenta y tres (94.43) Unidades Impositivas Tributarias y ordenó en calidad de medida correctiva la implementación de un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia.

SANCIÓN: NOVENTA Y CUATRO PUNTO CUARENTA Y TRES (94.43).

Lima, 27 de diciembre de 2017

I. ANTECEDENTES

1. Mediante Resolución 014-2012/ST-CLC-INDECOPI del 20 de agosto de 2012¹, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) decidió iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Albis S.A. (en adelante, Albis o Arcángel)², Boticas y Salud S.A.C. (en adelante, ByS), Botica Torres de Limatambo S.A.C. (en adelante, BTL), Eckerd Perú S.A. (en lo sucesivo, Eckerd), Farmacias Peruanas S.A. (en adelante, Fasa), Mifarma S.A.C. (en lo sucesivo, Mifarma) y Nortfarma S.A.C. (en adelante, Nortfarma), por la presunta comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de precios de venta al público en el mercado de productos farmacéuticos y afines a nivel nacional³, supuesto previsto en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
2. En octubre de 2012, las empresas imputadas presentaron sus descargos. En particular, el 22 de octubre de 2012, Nortfarma señaló lo siguiente:
 - (i) La Secretaría Técnica de la Comisión le imputó cargos dado que Nortfarma fue mencionada en correos electrónicos enviados por otras empresas a sus proveedores, lo cual resulta insuficiente para concluir su participación en la presunta concertación de precios. Tampoco se ha acreditado la existencia de correos entre su empresa y las demás imputadas.
 - (ii) La imputación también se ha basado en correos electrónicos de Albis a las farmacias, pese a que estas comunicaciones únicamente

¹ Cabe indicar que, la Sala de Defensa de la Competencia 1 (en la actualidad, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia) a través de la Resolución 1671-2012/SC1-INDECOPI del 7 de agosto de 2012, declaró la nulidad de la Resolución 017-2010/ST-CLC-INDECOPI del 1 de diciembre de 2010, por la que la Secretaría Técnica de la Comisión imputó cargos a las empresas mencionadas en el numeral 1 del presente pronunciamiento. Como consecuencia de ello, la Secretaría Técnica de la Comisión emitió una nueva imputación de cargos contenida en la Resolución 014-2012/ST-CLC-INDECOPI.

² Es necesario señalar que "Arcángel" es el nombre comercial de la Unidad de Negocio Retail (cadena de boticas) de Albis S.A., la cual produce, comercializa y distribuye a nivel nacional productos farmacéuticos, equipos y accesorios médicos. En tal sentido, en el presente pronunciamiento cuando se haga mención a la producción o distribución a nivel mayorista, se utilizará la denominación "Albis"; mientras que cuando se haga referencia a la cadena de boticas, se usará el nombre "Arcángel".

³ El listado de los 76 productos farmacéuticos y afines se encuentra en el Anexo 4 de la Resolución 014-2012/ST-CLC-INDECOPI.

⁴ Cabe señalar que únicamente Nortfarma apeló la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016, la cual es materia de revisión en esta instancia, por lo que en la presente resolución se describirán principalmente las actuaciones y alegaciones que se refieren a dicha empresa.

evidencian una práctica comercial común en el mercado por parte de los proveedores consistente en sugerir y efectuar un seguimiento de precios.

- (iii) El análisis de la serie de precios de venta al público utilizado por la Secretaría Técnica de la Comisión corresponde solamente al departamento de Lima.
3. Por Cartas 058 a 063-2013/ST-CLC-INDECOPI del 26 y 27 de febrero de 2013, la Secretaría Técnica de la Comisión citó a Arcángel, BTL, ByS, Fasa y Mifarma a una entrevista el día jueves 14 de marzo de 2013 para *“despejar cualquier duda que pudieran tener acerca de los criterios utilizados por esta Secretaría Técnica para elaborar los (...) gráficos o acerca de la forma en que se procesó la información contenida en los (...) listados de facturas y boletas de venta”*⁵. Cabe indicar que estas reuniones se realizaron el 4, 7, 11, 13 y 14 de marzo de 2013.
 4. El 21 de marzo de 2013, Nortfarma reiteró sus argumentos, sobre los presuntos errores de la resolución de inicio del procedimiento.
 5. El 26 de diciembre de 2013, Nortfarma señaló, respecto a los datos utilizados en las series de precios mostradas en la resolución de imputación de cargos, que la Secretaría Técnica de la Comisión imputó erróneamente una supuesta infracción a nivel nacional basándose en un análisis de la evolución de precios de las imputadas correspondiente exclusivamente a información del departamento de Lima.
 6. Mediante Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI del 26 de agosto de 2015, la Secretaría Técnica de la Comisión concluyó que los medios probatorios que obran en el expediente acreditan que Arcángel, ByS, BTL, Fasa, Eckerd, Mifarma y Nortfarma incurrieron en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación concertada de los precios de venta al público de 43 productos farmacéuticos y 15 productos destinados al cuidado nutricional (preparados para lactantes, preparados complementarios para niños y complementos alimentarios), entre enero de 2008 y marzo de 2009, a nivel nacional, conducta tipificada en los artículos 1 y 11.2, literal a), de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁶.

⁵ Ello, conforme se menciona en las referidas cartas, en tanto la Comisión denegó las solicitudes de Arcángel, BTL, ByS, Fasa y Mifarma para que se efectúe el levantamiento de confidencialidad de la información contenida en los listados de facturas y boletas de venta de los productos farmacéuticos (emitidas desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009) que fue declarada confidencial mediante Resoluciones 088, 089, 090 y 092-2010/CLC-INDECOPI del 16 de diciembre de 2010 y Resolución 005-2011/CLC-INDECOPI del 28 de enero de 2011.

⁶ En tal sentido, la Secretaría Técnica recomendó a la Comisión, entre otros aspectos:

- (i) Declarar a Arcángel, ByS, BTL, Fasa, Eckerd, Mifarma y Nortfarma responsables de haber incurrido en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación concertada de los precios de venta al público de 43

7. El 15 de diciembre de 2015 y en escritos posteriores, Nortfarma señaló, entre otros argumentos, lo siguiente:
- (i) En la imputación de cargos, la Secretaría Técnica de la Comisión se limitó a subsumir de manera genérica la conducta investigada en lo previsto en el artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, sin especificar qué tipo de conducta, de las listadas en ese artículo, correspondía. Ello, a diferencia de lo señalado en el Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI, en el que se señala que la imputación corresponde a los numerales 1 y 2 del artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
 - (ii) La utilización en el Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI de la teoría *Hub and Spoke*⁷ como modalidad de intercambio de información entre los investigados, supone una nueva determinación de los hechos y, por ende, una modificación de la imputación original.
8. El 13 de julio de 2016, se realizó una audiencia de informe oral con la participación de todos los representantes de las empresas investigadas.
9. Mediante Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016, la Comisión resolvió lo siguiente:
- (i) Desestimar las supuestas nulidades formuladas por Nortfarma en contra de las actuaciones de la Secretaría Técnica de la Comisión en la investigación preliminar, la imputación de cargos y la tramitación del procedimiento administrativo sancionador⁸.

productos farmacéuticos y 15 productos destinados al cuidado nutricional (preparados para lactantes, preparados complementarios para niños y complementos alimentarios), entre enero de 2008 y marzo de 2009, a nivel nacional; conducta tipificada en los artículos 1 y 11.2, literal a), de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y sancionable por la Comisión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 de la referida norma.

- (ii) Sancionar a Nortfarma con una multa ascendente a 29.02 Unidades Impositivas Tributarias. Asimismo, la Secretaría Técnica de la Comisión recomendó sancionar a Arcángel, BTL, ByS, Eckerd y Fasa con multas ascendentes a 157.98 UIT, 114.03 UIT, 30.10 UIT, 204.16 UIT, 75.97 UIT, 8.03 UIT, respectivamente.
- (iii) Imponer como medida correctiva, un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia que permita evitar, detectar y corregir conductas anticompetitivas. Dicho programa deberá ser financiado por cada una de las empresas investigadas y aplicado durante 3 años. El contenido del programa debe ser aprobado previamente por la Secretaría Técnica de la Comisión.

⁷ En el numeral 235 del Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI, se indica lo siguiente: "Como se señaló previamente, los esquemas de intercambio de información pueden efectuarse de manera directa o indirecta entre competidores. Dentro de este segundo grupo, destacan aquellas en las cuales distintos agentes económicos competidores entre sí, comparten información comercial sensible a través de un agente económico que opera en un nivel inferior o superior de la cadena de comercialización de un producto o servicio determinado. Este tipo de intercambio de información indirecta es conocido como "hub and spoke" o "cárteles A-B-C"."

⁸ Cabe indicar que en la parte considerativa como resolutive también se desestimaron las presuntas nulidades planteadas por Arcángel, ByS, BTL, Eckerd, Fasa y Mifarma.

- (ii) Declarar que Arcángel, Fasa, Eckerd, Mifarma y Nortfarma incurrieron en la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de precios de venta al público, a nivel nacional, de diversos productos farmacéuticos⁹ y afines, entre enero de 2008 y marzo de 2009.
- (iii) Sancionar a Arcángel, Fasa, Eckerd, Mifarma y Nortfarma con las siguientes multas:

Empresa	Multa aplicable (UIT)
Arcángel	866.99
Eckerd	931.21
Fasa	349.18
Mifarma	32.65
Nortfarma	94.43

- (iv) Dictar como medida correctiva que Arcángel, Fasa, Eckerd, Mifarma y Nortfarma implementen un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia, que será aprobado por la Comisión y que tendrá por finalidad contrarrestar las condiciones que promuevan o permitan la comisión de conductas anticompetitivas como las acreditadas en el presente procedimiento.
- (v) Declarar que ByS y BTL no son responsables de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de los precios de venta al público, a nivel nacional, de diversos productos farmacéuticos y afines, entre enero de 2008 y marzo de 2009.

10. La primera instancia sustentó su pronunciamiento en lo siguiente¹⁰:

Cuestiones previas

- (i) Nortfarma indicó que la Secretaría Técnica de la Comisión se limitó a subsumir de manera genérica la conducta investigada en lo previsto en el artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Respecto a ello, de la revisión de la imputación, a diferencia de lo alegado por la imputada, se aprecia que la Secretaría Técnica de la Comisión señaló de manera expresa que se trataba de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios. De esta

⁹ Se identificaron coordinaciones respecto de treinta y seis (36) productos de cinco (5) laboratorios en seis (6) fechas distintas.

¹⁰ Conforme se señaló en la nota al pie 4, en el presente procedimiento únicamente corresponde evaluar los argumentos en apelación de Nortfarma, por lo que la descripción del pronunciamiento de la Comisión se centrará principalmente en lo vinculado a la referida empresa.

manera, el órgano instructor de la primera instancia cumplió con identificar el tipo infractor, los hechos y los agentes involucrados, conforme a lo dispuesto en los literales a) y b) del artículo 21 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

- (ii) Nortfarma también alegó que la utilización en el Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI de la teoría *Hub and Spoke* supone una modificación de la imputación original. Sin embargo, la imputación contenida en la resolución de imputación de cargos, esto es, una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios, no ha sido variada en el referido informe técnico. El uso de la teoría *Hub and Spoke* constituye únicamente uno de los mecanismos o fórmulas a través de los cuales se puede materializar la conducta imputada (concertación de precios).
- (iii) Adicionalmente, las investigadas alegaron que faltaron indicios razonables para imputar la conducta investigada como una de alcance nacional, en tanto esta solo se sustentó en información de los precios de Lima. Sobre el particular, se indica que los elementos de juicio utilizados por la Secretaría Técnica de la Comisión están conformados, básicamente, por las comunicaciones (correos electrónicos) y que dicho órgano instructor solo utilizó la información de precios con la que contaba (de Lima) para mostrar que existían indicios de ejecución del acuerdo imputado. Asimismo, la participación de Nortfarma, la cual únicamente opera en provincias, demuestra que la conducta investigada se desarrolló a nivel nacional.

Sobre la infracción imputada

Mercado.-

- (iv) Los laboratorios pueden abastecer directamente e indirectamente a las farmacias o boticas a través de las distribuidoras mayoristas o droguerías. Estas últimas pueden tener la representación de los productos que comercializan (por ejemplo, Química Suiza o Albis) o pueden dedicarse a la importación paralela de medicamentos de marcas reconocidas en el mercado nacional, de otras marcas o de medicamentos genéricos.

Naturaleza *inter marca*.-

- (v) El hecho que dos o más distribuidores comercialicen productos de un mismo proveedor es una característica intrínseca e inherente a todo mercado de distribución mayorista o minorista y, por sí misma, no permite distinguir si tales distribuidores enfrentan entre sí competencia

intra marca o inter marca.

- (vi) Por ello, además de la existencia de proveedores comunes – situación inherente a mercados retail – se debe analizar el tipo de relaciones que las investigadas mantenían con los proveedores, para determinar si, en efecto, forman parte de un sistema de distribución que genera entre ellas competencia *intra marca o inter marca*.
- (vii) Las cadenas competían en el mercado con distintas estrategias comerciales, todas las cuales tuvieron como característica común incentivar al consumidor a adquirir la mayor cantidad de productos en sus locales, desplazando la demanda a su favor.
- (viii) Así, por ejemplo, las políticas de descuentos incentivaban a los consumidores (aquellos fidelizados) a adquirir todos los productos demandados a una sola cadena. Asimismo, las mejoras en la atención del consumidor o en la infraestructura de los locales de las cadenas pueden incrementar la demanda conjunta de los productos vendidos por estas. Finalmente, los servicios complementarios y adicionales buscaron una mayor concurrencia de público a los locales de las cadenas y, así, generar una mayor venta de todos los productos ofrecidos.
- (ix) De esta manera, la competencia que ha existido entre las cadenas de farmacias durante el periodo investigado ha tenido una naturaleza *inter marca* entre agentes independientes, sustentada en la diferenciación de sus marcas como objetivo inherente al desenvolvimiento comercial, y con independencia de la política marcaria de los laboratorios.
- (x) Tampoco existen restricciones verticales que provoquen que algún grupo de cadenas investigadas se conviertan en agentes exclusivos de algunos laboratorios, o que de alguna otra manera generen un bloque cuyas políticas sean controladas por el laboratorio, provocando que las decisiones de tales cadenas en relación con sus precios se encuentren sujetas al consentimiento de un laboratorio.
- (xi) En este contexto, la identidad o la marca de los laboratorios en ningún momento incidió en la identidad de marca de las cadenas, y las relaciones entre proveedores y distribuidores se mantienen esencialmente invariables, esto es, se desenvuelven de manera similar, con independencia de la cadena o del laboratorio correspondiente. Por tanto, la competencia entre las cadenas de boticas y farmacias tuvo naturaleza *inter marca*.

Existencia de una práctica colusoria.-

- (xii) La competencia entre las cadenas habría generado una reducción considerable de los precios, motivándolas ocasionalmente a vender determinados productos por debajo de su costo de compra a los laboratorios. Siendo este tipo de competencia agresiva conocida como "distorsión de precios".
- (xiii) En este contexto, los laboratorios también tenían incentivos para colaborar con las boticas. Ello, debido a que la guerra de precios tenía por efecto colateral que estas pidieran mayores descuentos a los laboratorios, o que dejaran de comprarles en caso de no ser compensadas por las pérdidas o que les exigiesen otros beneficios para poder hacer frente a esta competencia.
- (xiv) Las distorsiones en los precios generaban descontento tanto a las cadenas como a los laboratorios, de manera que, según se puede inferir de las comunicaciones analizadas, por lo menos desde comienzos de 2008, se habría intentado "regularizar" la situación descrita incentivando a las cadenas a adherirse a listas de precios "sugeridos" o "controlados", que les darían a todas ellas mayores márgenes.
- (xv) Existen comunicaciones que evidencian la presión que ejercían varias cadenas de farmacias con la finalidad de que el laboratorio adoptara las acciones pertinentes para intentar influir en la política de precios de las cadenas de farmacias competidoras que "distorsionaban los precios"¹¹.
- (xvi) Asimismo, con la finalidad de que todas las cadenas de farmacias incrementaran de manera uniforme sus precios, los laboratorios enviaban comunicaciones asegurándoles que tenían "el compromiso de todas las cadenas" o afirmando que se había "coordinado con todas las cadenas de farmacias" para realizar el incremento de precios. Adicionalmente, indicaban el producto o conjunto de productos (en listas) que serían objeto del incremento coordinado de precios, precisando las fechas y los niveles que debían cumplirse.
- (xvii) El hecho que las cadenas de farmacias contaran con la colaboración de los laboratorios¹², además de facilitar sus coordinaciones de precios,

¹¹ Por ejemplo, en la comunicación del 1 de febrero de 2008, remitida por Francisco Venero, Gerente de Líneas Propias de Albis, a Suzana Espejo Kuroki, Auxiliar Logística de Medicina de Nortfarma, se revela la presión de esta última empresa para que Albis logre la nivelación de los precios a nivel de las cadenas. En el mismo sentido, la comunicación del 11 de febrero de 2009, remitida por Atenor Mauny, Gerente Comercial de la Unidad de Negocios de Farma de Fasa a Ana Tenorio, representante de Pfizer, evidencia la intención de Fasa para que el laboratorio influya en la política de precios de las cadenas que "distorsionan" el mercado.

¹² Respecto a la responsabilidad de los laboratorios, en el numeral 170 de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, se

evitaba que tuviesen que recurrir a un contacto directo entre los participantes de una conducta potencialmente ilegal. De hecho, las comunicaciones obtenidas por la Secretaría Técnica permiten observar que también los laboratorios se aseguraban de actuar sigilosamente, evitando – por ejemplo – remitir un correo que tuviera como destinatarios “públicos” (copia oculta) a dos o más cadenas de farmacias.

- (xviii) Cabe indicar que las coordinaciones, para cumplir con este “pacto de caballeros”, residualmente se habría realizado a través de correos electrónicos, pues los laboratorios y cadenas involucradas habrían preferido comunicarse a través de llamadas telefónicas o, en todo caso, sostener reuniones personales.
- (xix) Se ha determinado que, por lo menos, Arcángel, Eckerd¹³ y Fasa incurrieron en prácticas colusorias horizontales al fijar de manera coordinada los precios de venta al público de diversos productos durante distintos periodos comprendidos entre enero 2008 y marzo de 2009, manifestando una relación coordinada en sus políticas de precios y contando con el apoyo de distintos laboratorios.
- (xx) Asimismo, se ha corroborado que Nortfarma participó de las coordinaciones comprendidas entre (a) el 1 y 8 de febrero de 2008, así como en (b) septiembre de 2008. Lo mismo se afirma de Mifarma de las coordinaciones de enero a marzo de 2009.
- (xxi) En el caso de BTL, se observa que en octubre de 2008 dicha empresa formuló una declaración evidentemente anticompetitiva; sin embargo, no ha sido posible vincular dicha declaración con coordinaciones específicas referidas a alguno de los productos considerados por la Secretaría Técnica en la imputación de cargos. De otro lado, en el caso de ByS, a pesar de haber sido mencionada por algunos laboratorios en algunas comunicaciones, subsiste una duda razonable acerca de que su política de precios pudo haber obedecido a un actuar independiente al de otras cadenas investigadas.

indica lo siguiente: “170. Por ello, que el Decreto Legislativo 1034 no haya incluido entre los agentes que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación a los facilitadores de una práctica colusoria horizontal sujeta a la prohibición absoluta (los cuales fueron incorporados en el ámbito subjetivo de la Ley por el Decreto Legislativo 1205), no significa que la presencia de un facilitador exonere a los participantes de un cártel de su responsabilidad por dicha infracción –lo cual resultaría ciertamente insostenible–, sino precisamente que dicho facilitador (por ser tal) no podría ser responsable bajo la Ley.” (Subrayado agregado)

¹³ La primera instancia determinó que, con el objetivo de incentivar la participación del agente más importante en el mercado (Eckerd – Inkafarma) en un acuerdo sobre precios, asegurando así el éxito (por lo menos temporal) de las coordinaciones, era razonable otorgarle concesiones como ofrecer precios más bajos. Por su parte, Eckerd no solo seguiría ofreciendo los precios más bajos, aunque solo fueran unos céntimos menos, sino que también se beneficiaría de las coordinaciones sobre precios en la medida que incrementaría los suyos y percibiría mayores ingresos.

11. El 11 de noviembre de 2016¹⁴, Nortfarma interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, señalando lo siguiente:

Variación de la imputación

- (i) Con posterioridad a la emisión de la resolución de imputación de cargos, han surgido cuestiones y/o hechos que no fueron abordados inicialmente en la imputación. Debido a ello, de conformidad con el artículo 30.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la Secretaría Técnica de la Comisión debió emitir una nueva imputación.
- (ii) En el Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI se mencionó que el tipo infractor se encontraba delimitado en el literal (a) de los artículos 11.1 y 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Sin embargo, los referidos artículos no fueron mencionados en la resolución de imputación de cargos, dado que esta únicamente se refirió al artículo 11 de la norma antes mencionada.
- (iii) En la imputación de cargos tampoco se hizo mención respecto al tipo de competencia; es decir, si esta era *intra marca* o *inter marca*. Ello, a diferencia de lo señalado en la página 112 del Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI.
- (iv) Asimismo, en el Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI existe una nueva determinación de hechos, toda vez que en la resolución de imputación de cargos nunca se hizo mención al *Hub and Spoke* como una modalidad de intercambio de información por parte de las investigadas.

Sobre los productos investigados

- (v) Inicialmente la Secretaría Técnica de la Comisión investigó la conducta imputada por la fijación de precios en setenta y seis (76) productos; sin embargo, conforme fue avanzando la investigación estos se redujeron considerablemente. Este hecho contraviene el principio de predictibilidad, por lo que la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI debe ser declarada nula.

Vulneración al debido procedimiento

- (vi) En los antecedentes de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI se indicó que la Secretaría Técnica de la Comisión citó a Arcángel, BTL, ByS, Fasa y Mifarma a una entrevista. Pese a ello, su empresa no fue

¹⁴ Complementado a través del escrito del 10 de enero de 2017.

invitada, lo cual no le permitió explicar el contexto de los correos electrónicos usados como pruebas para sancionarla.

- (vii) El literal c) del artículo 15.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, establece que la Secretaría Técnica de la Comisión debe obtener una autorización judicial para copiar correspondencia privada. Sin embargo, en el presente caso el referido órgano de instrucción obtuvo los correos electrónicos sin el referido mandato judicial, por lo que se han utilizado pruebas ilícitas para sancionar a su empresa.

Sobre la falta de indicios para sancionarla

- (viii) El artículo 158 del Código Procesal Penal, la Corte Suprema en la Resolución de Nulidad N° 1912-2005/Piura y el Tribunal Constitucional Peruano, señalan que los indicios deben ser plurales, concomitantes e interrelacionados. Pese a ello, en el presente caso, no existe pluralidad de indicios, toda vez que se utilizaron únicamente dos (2) correos electrónicos.

Sobre la falta de responsabilidad de su empresa

- (ix) En uno de los correos electrónicos enviados por su empresa a Albis, se menciona lo siguiente: "*Sr. Venero el día de ayer no pudimos cambiar nuestros precios, lo vamos a realizar hoy y para mañana ya tendremos los precios en toda la cadena. Vamos a ir verificando si otros están cumpliendo. Atentamente.*" Esta comunicación no prueba su participación en la colusión, sino que su empresa se encontraba solicitando a su proveedor que le ofrezca medicamentos a menor precio para poder ofrecerlos a los consumidores a precios menores que el resto de cadenas.
- (x) En el segundo correo electrónico también enviado a su proveedor (Albis), se indica lo siguiente: "*Sr. Galindo. Nuevamente se les hace llegar otra boleta de Inkafarma de Sedotropina flat gotas. Ellos lo han bajado a S/. 12.75. Les estoy enviando las boletas y al no tener ninguna respuesta nosotros también estamos bajando nuestros precios.*" Sobre el particular, la primera instancia señaló que el precio controlado era de S/. 12.77. En tal sentido, si su representada se hubiera coludido, no estaría mencionando el precio de S/. 12.75.
- (xi) Asimismo, al igual que en el caso del primer correo electrónico, la comunicación consiste en negociar que Albis le ofrezca medicamentos a menor precio.

- (xii) De otro lado, estos dos correos electrónicos pertenecen únicamente al primer periodo de coordinación (entre el 1 y 8 de febrero de 2008). Pese a ello, se le ha sancionado por los dos periodos de coordinación para la fijación de precios.
- (xiii) La falta de participación de su empresa en el cartel también se ve evidenciada en los correos del Anexo 2 de la resolución apelada. En este se señala en una comunicación que *"si todo este asunto se cae por culpa de Nortfarma no voy a reconocer la N/A este mes (...). No puedo quedar tan mal por culpa de Nortfarma."* De esta manera, se desprende que el correcto actuar de su empresa perjudicó al cartel.
- (xiv) Pese a que solo existen dos correos electrónicos que podrían tener diferentes interpretaciones, la Comisión sancionó a su empresa. Ello, a diferencia del caso de BTL, en el que existe un correo que directamente implica a esta empresa y, sin embargo, no se le sancionó.
- (xv) Para calificar la conducta con un alcance nacional se utilizó a su empresa (Nortfarma) porque es la única de las investigadas que ofrece productos en ciudades distintas a Lima.

Error en la metodología de las estadísticas

- (xvi) La primera instancia también utilizó como indicios ciertas estadísticas. Sin embargo, para estas se empleó la mediana (valor de la variable de posición central en un conjunto de datos ordenados) y no la moda (valor que tiene más frecuencia).

Uso de la palabra

- (xvii) Finalmente, solicitó el uso de la palabra en una audiencia, a efectos de exponer sus argumentos.

13. El 12 de diciembre de 2017, Nortfarma reiteró sus argumentos y señaló lo siguiente:

- (i) Los correos electrónicos obtenidos por la Secretaría Técnica de la Comisión en las inspecciones realizadas en los establecimientos comerciales de Eckerd, BTL, Fasa, Mifarma, entre otras empresas, han sido obtenidos violando el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, previsto en el artículo 2.10 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución). Por tanto, dichos medios probatorios son ilícitos.
- (ii) A diferencia de lo señalado por la primera instancia, las propias normas

sectoriales que rigen el mercado farmacéutico imposibilitan el direccionamiento de la compra de determinadas marcas de medicamentos¹⁵.

- (iii) Al momento de analizar la presunta práctica colusoria horizontal, la autoridad debe determinar si su empresa contaba con una posición de dominio en el mercado relevante. De esta manera, presentó una serie de posibles sustitutos para los productos en los que la primera instancia determinó que participó de la concertación e indicó que en el norte del país (donde su empresa opera) existen múltiples cadenas de farmacias, por lo que se evidencia que no contó con una posición de dominio en el mercado relevante.
14. El 18 de diciembre de 2017, se realizó una audiencia de informe oral con la participación de Nortfarma y el Secretario Técnico de la Comisión. En dicha oportunidad, las partes reiteraron sus argumentos y, en particular, Nortfarma agregó lo siguiente:
- (i) En la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI la primera instancia empleó una probabilidad de detección de 0.15, cambiando injustificadamente la probabilidad de 0.6 utilizada en el Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI.
 - (ii) La Comisión aplicó un agravante de 20% por impacto a nivel nacional, pese a que su empresa solo opera en cuatro (4) regiones del país y a pesar de que dicho criterio no se encuentra previsto en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
15. El 26 de diciembre de 2017, Nortfarma reiteró sus argumentos y agregó lo siguiente:
- (i) A diferencia de lo señalado por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) en la Resolución 486-2017/SDC-INDECOPI y el Poder Judicial, de una interpretación del artículo 15 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, acorde al artículo 2.10 de la Constitución, se verifica que dicha norma tiene como finalidad permitir a la Secretaría Técnica de la Comisión ejercer sus funciones de investigación sin vulnerar el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados. Es decir,

¹⁵ Para dicho efecto, mencionó el artículo 26 de la Ley 26842, Ley General de Salud que delega potestad solo a los médicos para poder prescribir medicamentos, debiendo consignar la denominación común internacional de los medicamentos (nombre genérico); y, el artículo 33 del referido cuerpo normativo concordado con el artículo 31 del Decreto Supremo 21-2001-SA, Reglamento de los Establecimientos Farmacéuticos, donde se otorgan facultades a los químicos farmacéuticos para ofrecer alternativas de los medicamentos química y farmacológicamente equivalentes al prescrito en la receta.

exigiendo que el referido órgano de instrucción cuente con un mandato judicial para poder acceder a la correspondencia privada.

- (ii) Si bien a su empresa no se le han incautado correos electrónicos, también es cierto que se le ha sancionado sobre la base de las comunicaciones obtenidas en las inspecciones al resto de imputadas, por lo que guarda sentido que rebata la legalidad de dichas pruebas.
- (iii) Asimismo, se debe considerar que se está vulnerando indirectamente su derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, en tanto existían comunicaciones enviadas por su personal en los correos incautados.
- (iv) En la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI se ha indicado que las tablas estadísticas han sido elaboradas aplicando el método estadístico de la mediana; sin embargo, se han desarrollado aplicando el método de la moda, lo cual evidencia una contradicción en el pronunciamiento de la primera instancia.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

- 16. En mérito a la apelación presentada por Nortfarma, corresponde que este Colegiado proceda a:
 - (i) Como cuestión previa, exponer el marco normativo aplicable a la conducta sancionada por la primera instancia consistente en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios de venta al público.
 - (ii) Determinar si la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI incurre en un vicio de nulidad.
 - (iii) Evaluar si Nortfarma ha participado en la colusión detectada por la primera instancia y, por tanto, si resulta responsable por infringir el literal a) del artículo 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
 - (iv) De ser el caso, si corresponde confirmar la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI en los extremos que impuso a Nortfarma una multa ascendente a 94.43 Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT) y ordenó el cumplimiento de una medida correctiva consistente en la implementación de un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 Marco normativo aplicable a las prácticas colusorias horizontales

17. Mediante Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016, la Comisión sancionó a Arcángel, Fasa, Eckerd, Mifarma y Nortfarma por incurrir en la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de precios de venta al público, a nivel nacional, de diversos productos farmacéuticos y afines, entre enero de 2008 y marzo de 2009.
18. Posteriormente, el 11 de noviembre de 2016, únicamente Nortfarma interpuso un recurso de apelación contra el referido acto administrativo, alegando presuntas nulidades y que no se habría acreditado su participación en la colusión detectada por la primera instancia.
19. Respecto a ello, dado que la primera instancia determinó que la conducta cuestionada implicó una colusión horizontal *inter marca* de fijación de precios, este Colegiado considera necesario exponer a continuación el marco normativo aplicable a la conducta imputada y sancionada, con el objeto de comprender sus características y configuración.

Sobre los acuerdos y las prácticas concertadas como manifestaciones de las prácticas colusorias horizontales

20. El artículo 1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁶ establece que la finalidad de dicha norma es prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.
21. Asimismo, el artículo 11 de la norma bajo comentario¹⁷ establece como

¹⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

¹⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

- (a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- (b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- (c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- (d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- (e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

conducta sancionable las prácticas colusorias horizontales, las cuales consisten en acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

22. Cabe precisar que se considera como prácticas colusorias horizontales aquellas que se producen entre agentes económicos que se encuentran en el mismo nivel de la cadena de producción, distribución o comercialización de productos o servicios y, por tanto, compiten entre sí en un mismo mercado. Estas pueden tener como objetivo concertar: la fijación de un precio de compra o venta; el reparto de clientes, proveedores o mercados; la limitación o control de la producción o ventas; un esquema de discriminación; ventas atadas; las ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de estas en las licitaciones o concursos públicos o privados; y en general, la implementación de prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
23. Una de las principales características de una práctica colusoria es que, debido al carácter coordinado de la conducta, como, por ejemplo, en el caso de la fijación de precios, se logra elevar artificialmente los precios de los productos y servicios, reduciendo con ello el bienestar de la sociedad. Desde el punto de vista económico, los precios de las empresas resultan mayores a los que se presentarían en un entorno competitivo, o dicho de otra manera, se permite una situación donde las empresas fijan precios lo suficientemente cercanos a los de un monopolio como consecuencia de la acción concertada y no como resultado de una mayor eficiencia económica¹⁸.

(f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
(g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
(h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
(i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
(j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
(k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
(...).

¹⁸ MOTTA, Massimo. Competition Policy. Theory and Practice. Cambridge University Press. New York, 2004. Págs.137-138. Al respecto se ha señalado que: "Las prácticas colusorias permiten a las empresas ejercer poder de mercado que de otra manera no tendrían, y restringir artificialmente la competencia e incrementar los precios, reduciendo el bienestar. (...) En economía, la colusión es una situación donde los precios de las firmas son superiores a los de competencia. Una definición un poco diferente caracteriza a la colusión como una situación donde las empresas fijan los precios lo suficientemente cerca de los precios de monopolio".

Traducción libre de: "Collusive practices allow firms to exert market power they would not otherwise have, and artificially restrict competition and increase prices, thereby reducing welfare. (...) In economics, collusion is a situation where firms' prices are higher than some competitive benchmark. A slightly different definition would label collusion as a situation where firms set prices which are close enough to monopoly prices."

24. La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que las prácticas colusorias horizontales tienen como manifestaciones los acuerdos, las decisiones, las recomendaciones¹⁹ y las prácticas concertadas. Aunque se presenten bajo distintas denominaciones, cabe precisar que aquellas solo representan diversas manifestaciones en las que se pueden adoptar las conductas colusorias.
25. Los acuerdos que limitan la competencia o acuerdos colusorios son definidos como todo concierto de voluntades mediante el cual varios operadores económicos independientes se comprometen en una conducta que tiene por finalidad o efecto restringir la competencia²⁰. En esa línea, como lo señala Quintana, *“según lo definido por la doctrina, los acuerdos entre competidores son los pactos, contratos o convenios que ponen en evidencia la manifestación de voluntad de los participantes y que se prueban a través de documentos escritos u otros medios que permitan concluir con plena certeza que existió la voluntad común de restringir la competencia entre ellos (prueba directa)”*²¹.
26. Por otro lado, las prácticas concertadas se han definido como una forma de cooperación entre las empresas que, sin haber celebrado un acuerdo formal, sustituye en los hechos a la competencia²². Aquellas consisten en la puesta en ejecución de un plan que se sustenta en la adaptación simultánea de comportamientos, lo que normalmente presupone un intercambio de información previa (por ejemplo, el anuncio de un incremento o de una base de precios, la adopción de un estándar determinado, etc.)²³.

¹⁹ La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas recoge como manifestaciones de prácticas colusorias a las decisiones y recomendaciones expedidas en el marco de las actividades de las asociaciones de empresas o gremios. Según una clasificación doctrinal, los entendimientos adoptados por asociaciones de empresas con fines contrarios a la competencia constituyen decisiones que sí tienen carácter vinculante, o recomendaciones que tienen únicamente carácter orientativo.

PASCUAL Y VICENTE, Julio. Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia. En: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, Madrid, N° 205, enero – febrero, 2000. Pág.11.

²⁰ Al respecto, ver: Resolución 0048-2008/TDC-INDECOPI del 16 de enero de 2008 en el Expediente 005-2004/CLC.

²¹ QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. Prácticas Concertadas entre competidores y estándar de prueba requerido. En: Revista de Derecho Administrativo 10 – Derecho de la Competencia. Lima, N° 10, noviembre 2011. Pág. 16.

²² KILLIAS, Pierre-Alain. *Les pratiques concertées*. En : *Droit de la concurrence*, TERCIER, Pierre et Christian BOVET (Editeurs), Helbing & Lichtenhahn, 2002. Pág. 154. El autor ha definido las prácticas concertadas como: *“una forma de cooperación entre las empresas que, sin haber alcanzado la etapa en donde el acuerdo se supone que ha sido concluido, sustituye o se esfuerza para sustituir en la práctica los riesgos de la competencia por una colaboración entre ellas”*.

Traducción libre de: *«une forme de coopération entre entreprises qui sans avoir atteint le stade où accord est supposé avoir été conclu substitue ou s'efforce de substituer dans les faits aux risques de la concurrence une collaboration entre elles»*.

²³ *Ibidem*.

27. En esta línea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en la actualidad, Tribunal de Justicia de la Unión Europea) definió las prácticas concertadas como *"una forma de coordinación entre agentes económicos en el cual, sin que un acuerdo formal haya sido necesariamente concluido entre ellos, existe un nivel de cooperación práctica entre ellos que sustituye conscientemente los riesgos inherentes al proceso competitivo"*²⁴.
28. Cabe señalar que, aunque las prácticas concertadas son conductas coordinadas que tienen el objetivo de restringir o limitar la competencia, estas no pueden corroborarse mediante un acuerdo expreso o formal entre los competidores, sino que serán demostradas mediante una prueba indirecta. En estos casos, a partir de su actuación en el mercado y el uso de evidencia circunstancial (indicios y presunciones) se puede inferir como única explicación lógica la adopción de una estrategia concertada.
29. Finalmente, es necesario señalar que inclusive el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido que, en casos complejos sobre infracciones a la libre competencia, no es necesario caracterizar a las conductas investigadas como acuerdos o prácticas concertadas²⁵, debido a que ambos conceptos *"comprenden formas de colusión que tienen la misma naturaleza y solo pueden distinguirse entre sí por su intensidad y por las formas en que estos se manifiestan en la realidad"*²⁶.

Sobre la prohibición absoluta y relativa en las colusiones horizontales

30. De otro lado, cabe indicar que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece una distinción entre las conductas anticompetitivas sujetas a una prohibición absoluta y aquellas que son consideradas como prohibiciones relativas. Esta diferenciación determinará el estándar de prueba aplicable para cada tipo de conducta infractora.
31. Conforme al artículo 8 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas²⁷, en los casos de prohibiciones absolutas, para verificar la

²⁴ Traducción libre de "(...) a form of co-ordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so called has been concluded, knowingly substitutes practical co-operation between them for the risks of competition". En: Caso 48/69, ICI v Commission (1972) ECR 619, párrafo 64.

²⁵ Ver: Casos acumulados T-305/94 y otros, NV Limburgse Vinyl Maatschappij v Commission 1999 ECR II-931, párrafos 695 a 699; y, Caso-49/92 P, Commission v Anic Partecipazioni SpA 1999 ECR I-4125, párrafos 132 y 133.

²⁶ Traducción libre de: "A comparison between that definition of agreement and the definition of a concerted practice (...) shows that, from the subjective point of view, they are intended to catch forms of collusion having the same nature and are only distinguishable from each other by their intensity and the forms in which, they manifest themselves". En: Caso C-49/92 P, Commission v Anic Partecipazioni SPA 1999 ECR I-4125, párrafo 131.

²⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 8.- Prohibición absoluta

En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la

existencia de la infracción administrativa es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta infractora. Por su parte, el artículo 9 de la misma ley, establece que en el caso de las prohibiciones relativas²⁸, la autoridad deberá probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

32. Las conductas calificadas como prohibiciones absolutas por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas son aquellas consideradas como inherentemente anticompetitivas, debido a que permiten a las empresas ejercer poder de mercado sobre la totalidad o parte de un mercado, generando menores cantidades de bienes o servicios ofrecidos, precios mayores a los que existirían en un entorno sin la restricción a la competencia, ineficiencias productivas de las empresas y retrasos en la innovación por parte de estas²⁹.
33. En este contexto, el artículo 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas³⁰ establece que constituyen una prohibición absoluta los acuerdos horizontales *inter marca*³¹ que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto (i) fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; (ii) limitar la producción o las ventas; (iii) repartir clientes, proveedores o zonas geográficas; y, (iv) establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de

autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta.

²⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 9.- Prohibición relativa

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

²⁹ Al respecto, estas consideraciones fueron recogidas como sustento para optar por aplicar una prohibición absoluta de las conductas recogidas en el artículo 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Ver: Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034.

³⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales [Versión del artículo vigente a la fecha del inicio del procedimiento sancionador.]

(...)

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales *inter marca* que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

(...).

³¹ La competencia *inter marca* hace referencia a la competencia entre las marcas de productos provistos por distintos agentes económicos. En contraste, la competencia *intra marca* se refiere a la competencia de los distribuidores mayoristas y minoristas con relación a una marca específica de un producto de un determinado fabricante. Al respecto, vid. WHISH, Richard. *Competition Law*. Editorial Lexis Nexos, quinta edición, Londres, 2003, pág 589; HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law Competition and its practice*. Editorial Thomson – West, tercera edición, Minnesota, 2005, pág 447.

contratación o adquisición pública, subastas públicas y remates.

34. Así, por ejemplo, será suficiente que se acredite la existencia de un acuerdo de precios entre competidores o la actuación concertada entre aquellos con la finalidad de limitar la producción, para que se verifique una infracción a la ley de competencia.
35. Ello a diferencia del resto de acuerdos horizontales que no se encuentran previstos en el artículo 11.2. de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, a los que se le aplica una prohibición relativa, conforme al numeral 3 del artículo bajo comentario³².

Sobre el intercambio de información entre competidores y las prácticas colusorias horizontales mediante el mecanismo *hub and spoke*

36. En principio, el intercambio de información entre agentes económicos puede ser positivo para el mercado y los consumidores, pues ello puede tener como consecuencia una mayor transparencia. De esta manera, por ejemplo, se podría reducir la asimetría informativa respecto a las necesidades de la demanda, permitir que las buenas prácticas implementadas por competidores sean replicadas, así como que se reduzcan los costos de búsqueda de los consumidores y estos se encuentren mejor informados, incentivando con ello la competencia³³.
37. Sin embargo, el intercambio de información también puede facilitar la realización de conductas anticompetitivas en la medida en que las empresas tengan conocimiento sobre las elecciones de sus demás competidores^{34 35}.
38. En este contexto, una de las modalidades de intercambio de información indirecta entre competidores es mediante el mecanismo *hub and spoke*, el cual permite describir una situación en la que distintos agentes económicos competidores entre sí, comparten información comercial sensible a través de un agente económico que opera en un nivel inferior o superior de la cadena de comercialización de un producto o servicio determinado. En estos casos,

³² **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.-

(...)

11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas.

³³ OECD. *Information exchanges between competitors under Competition Law*. Informe elaborado por la Secretaría General de la OECD, julio de 2011, Pg 24 - 27.

³⁴ PORRINI, Donatella. *Information Exchanges as Collusive Behavior: Evidence from an Antitrust Intervention in the Italian Insurance Market*. The Geneva Papers on Risk and Insurance, Vol.29 N°2, abril de 2004, Pg 219 - 233.

³⁵ Así, por ejemplo, al existir una mayor transparencia en mercados poco concentrados, se pueden generar las condiciones necesarias para el establecimiento de acuerdos colusorios, dado que el monitoreo de los incumplimientos de los acuerdos colusorios son efectuados con mayor facilidad.

existen al menos tres agentes económicos involucrados: un distribuidor "A", un proveedor "B" y un distribuidor "C". De esta manera, se ha considerado que cuando existe un traslado de información comercial sensible (por ejemplo, relativa a precios) entre los agentes que operan en el mismo nivel de la cadena productiva (es decir, "A" y "C"), por medio del socio común que opera en un nivel distinto de dicha cadena ("B"), es posible inferir la existencia de un acuerdo horizontal entre "A" y "C"^{36, 37}

39. La jurisprudencia comparada³⁸ ha identificado que dicho mecanismo es cada vez más empleado por los participantes de cárteles, pues permite que las coordinaciones se realicen a través de un tercer agente que facilitará la planificación, ejecución y cumplimiento de los acuerdos. De esta manera, mediante este mecanismo se procurará eliminar cualquier evidencia de contacto o coordinación directa entre los agentes competidores. En este tipo de casos, aunque sea de manera indirecta, el elemento común y determinante es finalmente identificar el actuar coordinado entre los agentes involucrados y la restricción a la competencia que se genera a nivel horizontal.
40. En consecuencia, las prácticas colusorias horizontales entre competidores también pueden materializarse mediante la intervención de un tercer agente, como es el caso del mecanismo *hub and spoke*, por lo que en caso se verifiquen los elementos antes señalados, corresponderá evaluar dichas conductas según lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

III.2 Sobre la validez de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI

III.2. Sobre la supuesta variación de la imputación de cargos

41. En apelación, Nortfarma alegó que en el Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI se varió la imputación al señalar que la conducta se encontraba tipificada en el literal (a) de los artículos 11.1 y 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; y, al indicar que el tipo de competencia entre los

³⁶ ODUDU, Okeoghene. *Indirect information exchange: the constituent elements of hub and spoke collusion*. En: *European Competition Journal*, agosto de 2011, Pg. 207.

³⁷ Según señala la doctrina, para describir la dinámica de los cárteles *hub and spoke* se recurre a la figura de una rueda (centro - *hub* y radios - *spokes*) de modo que se identifican cuatro elementos: (i) un "hub", el cual es la empresa facilitadora, (ii) los "spokes", quienes se encuentran aguas arriba o aguas abajo, (iii) acuerdos verticales que conectan el "hub" con los "spokes", y (iv) el "rim" o concertación que conecta a los spokes de manera horizontal.
Ver: ORBACH, Barak. *Hub and Spoke Conspiracies*. En: *The AntiTrust Source*. Pg. 14. (Ver http://app.antitrustsource.com/antitrustsource/april_2016?pg=2#pg2) Visitado el 15 de noviembre de 2017.

³⁸ Ver: En los Estados Unidos de América: *Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 306 U.S.208, 59 S.Ct. 467, 83 L.Ed. 610 (1939) y *Toys "R" Us, Inc. v. Federal Trade Commission*, 221 F. 3d 928 (2000). En el Reino Unido: *Replica Football Kit*, CP/0871/01 (2003) y *Argos Ltd and Littlewoods Ltd Fixing the Price of Hasbro Toys and Games*, CP/0480-01 (2004).

competidores fue *inter marca*. De acuerdo a la recurrente, dicha variación habría sido utilizada por la Comisión para emitir su pronunciamiento final.

42. Al respecto, de la revisión de la Resolución 014-2012/ST-CLC-INDECOPI (imputación de cargos), se aprecia que la Secretaría Técnica de la Comisión imputó la presunta comisión de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios, conforme se puede observar de la parte considerativa y resolutive de dicho acto administrativo:

RESOLUCIÓN 014-2012/ST-CLC-INDECOPI DEL 20 DE AGOSTO DE 2012

“3.3 Análisis de la existencia de indicios razonables de prácticas colusorias horizontales

118. A continuación, se analizará la información que obra en el expediente, con la finalidad de determinar si existen indicios razonables de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de precios de productos farmacéuticos y afines. En particular, se analizarán los correos electrónicos de Arcángel, BTL, Fasa, Eckerd y Mifarma, (...).

(...)

126. Por otro lado, existen comunicaciones en las que se puede apreciar la forma en que los proveedores habrían apoyado a las cadenas en sus actividades de coordinación. En particular, los proveedores habrían apoyado a las cadenas para que los incrementos de precios presuntamente coordinados se hicieran efectivos en el mercado utilizando como referencia los “precios sugeridos al público”.

(...)

140. En conclusión, los correos electrónicos que obra en el expediente contienen indicios razonables de la realización de actividades de coordinación por parte de Arcángel, ByS, BTL, Fasa, Eckerd, Mifarma y Nortfarma, con el apoyo de los proveedores, presuntamente destinadas a coordinar la fijación concertada de los precios de determinados productos farmacéuticos y afines.

(...)

RESUELVE:

Iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador contra Albis S.A., Boticas y Salud S.A.C, Botica Torres de Limatambo S.A.C., Farmacias Peruanas S.A., Eckerd Perú S.A., Mifarma S.A.C. y Nortfarma S.A.C.; por prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de los precios de venta al público, a nivel nacional, de los productos farmacéuticos y afines, detallados en el Anexo 4 de la presente Resolución.

Cabe precisar que esta infracción se encuentra tipificada en los artículos 1 y 11 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y es sancionable por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Asimismo, (...).”
(Subrayado y énfasis agregado)

43. Como se puede apreciar, en la parte resolutive de la imputación se señala de manera expresa que la infracción se encuentra tipificada en los artículos 1 y 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

44. El artículo 1³⁹ prevé que dicha norma tiene como finalidad prohibir y sancionar

³⁹ Ver nota al pie 16.

las conductas anticompetitivas con el objetivo de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores. De esta manera, a partir de la referida disposición, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas describe en diferentes secciones, las distintas conductas que contravienen la eficiencia económica.

45. Así, el artículo 11.1 de la norma bajo comentario⁴⁰ ejemplifica las acciones que constituyen prácticas colusorias horizontales, precisando que estas pueden ser (a) la fijación concertada de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio, (b) la limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones, (c) el reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas, entre otras conductas.
46. Esta Sala considera que de la parte considerativa y de la parte resolutive se desprende expresamente que la imputación consistió en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios, conducta que efectivamente se encuentra contenida en el artículo 11 antes mencionado.
47. De esta manera, de la revisión de la Resolución 014-2012/ST-CLC-INDECOPI, se advierte que la Secretaría Técnica de la Comisión cumplió con subsumir de manera adecuada los hechos materia de investigación en el tipo infractor, de acuerdo con lo exigido en los literales a) y b) del artículo 21 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁴¹.
48. Ahora bien, según se ha señalado previamente, los artículos 11.2 y 11.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁴² establecen qué conductas se encuentran sujetas a una prohibición absoluta y cuáles a una prohibición relativa. En particular, el literal a) del artículo 11.2 de la norma bajo comentario dispone que la concertación de precios entre agentes que mantienen entre sí

⁴⁰ Ver nota al pie 17.

⁴¹ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-

21.2. La resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento deberá contener:

a) La identificación de agente o agentes económicos a los que se imputa la presunta infracción;
b) Una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, la calificación jurídica de la posible infracción y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder; (...).

⁴² **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.- [Versión del artículo vigente a la fecha del inicio del procedimiento sancionador.]

(...)

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas.

una dinámica de competencia *inter marca* constituye una práctica colusoria horizontal sometida a una prohibición absoluta. Es decir, bastará constatar la existencia del acuerdo de precios para que se configure la infracción.

49. Sobre el particular, se verifica de la resolución de inicio del procedimiento que la recurrente conocía los hechos imputados (acuerdo de fijación de precios entre competidores) y su tipificación como infracción, siendo que sobre aquello ha podido ejercer su derecho de defensa, según se constata de los actuados del expediente en donde ha presentado sus alegaciones y defensas sobre su participación en la hipótesis colusoria planteada por el instructor y los medios probatorios que la sustentan. En ese sentido, si en función a los hechos investigados y al tipo infractor imputado, en el Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI se ha señalado que la regla de análisis aplicable es la prohibición absoluta –la cual también está comprendida en el artículo 11 antes descrito- ello no implica una variación de la imputación inicial (práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios), pues esta última ha sido mantenida a lo largo del procedimiento.
50. En la misma línea, este Colegiado considera que el hecho que en el Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI se mencione que la conducta imputada se generó en una dinámica de competencia *inter marca* conforme al literal (a) del artículo 11.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, no constituye una variación de la imputación.
51. En efecto, de la lectura de la Resolución 014-2012/ST-CLC-INDECOPI se advierte que en la descripción de los hechos se menciona que las cadenas de farmacias se habrían coludido respecto de distintos productos de diferentes proveedores (laboratorios), así como que aquellas buscaban la recordación de su marca como cadena para aumentar sus ventas, lo cual describe un tipo de competencia *inter marca*.
52. En similar sentido, la apelante también alegó que en el Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI existe una nueva determinación de hechos, toda vez que en la resolución de imputación de cargos no se hizo mención a la teoría *hub and spoke* como una modalidad de intercambio de información por parte de las investigadas.
53. Cabe señalar que en distintas secciones de la imputación de cargos se menciona cómo las cadenas de boticas y farmacias habrían realizado el acuerdo a través del apoyo e intermediación de sus distintos proveedores⁴³.

⁴³ RESOLUCIÓN 014-2012/ST-CLC-INDECOPI DEL 20 DE AGOSTO DE 2012

"126. Por otro lado, existen comunicaciones en las que se puede apreciar la forma en que los proveedores habrían apoyado a las cadenas en sus actividades de coordinación. En particular, los proveedores habrían apoyado a las cadenas para que los incrementos de precios presuntamente coordinados se hicieran efectivos en el mercado como referencia los "precios sugeridos al público".

Por tanto, aunque el Informe Técnico refiera al mecanismo *hub and spoke* como a la modalidad de intercambio de información entre las investigadas, ello no constituye una modificación de la imputación, pues únicamente describe la dinámica de los hechos investigados por la Secretaría Técnica de la Comisión.

54. De acuerdo a lo expuesto, a diferencia de lo alegado por Nortfarma, en el Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI no se efectuó una variación de la imputación ni de los hechos cuestionados, por lo que no correspondía que la Secretaría Técnica de la Comisión modifique la resolución de imputación conforme al artículo 30.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁴⁴.

III.2.2 Sobre la supuesta vulneración al principio de predictibilidad

55. Como se ha mencionado, en apelación, Nortfarma alegó que la Secretaría Técnica de la Comisión investigó la conducta imputada por la fijación de precios en setenta y seis (76) productos; sin embargo, conforme fue avanzando la investigación estos se redujeron considerablemente en contravención del principio de predictibilidad.
56. El numeral 1.15 del artículo IV del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, TUO de la Ley 27444)⁴⁵, establece que el principio de predictibilidad o confianza legítima

(...)

128. Sin perjuicio de ello, cabe precisar que existen comunicaciones en las que se puede apreciar que la decisión de incrementar los precios habría correspondido a las cadenas y no a los proveedores. En efecto, como se desprende de estas comunicaciones, si bien las cadenas habrían incrementado sus precios de manera coordinada, cuando una cadena detectaba que otra cadena no estaba cumpliendo con aplicar el incremento, habría decidido unilateralmente reducir sus precios. (...).

(...)

141. En particular, en estas comunicaciones se puede apreciar indicios razonables de que las cadenas habrían coordinado incrementos de precios, señalando el monto y la fecha en que se realizarían estos incrementos. Por su parte, los proveedores habrían apoyado a las cadenas para que los incrementos de precios presuntamente coordinados se hicieran efectivos en el mercado utilizando como referencia los "precios sugeridos al público". Y, en algunas ocasiones, las cadenas habrían establecido incluso la forma en que debían aplicarse los incrementos de precios presuntamente acordados. Específicamente, las cadenas habrían coordinado aplicar los incrementos de precios de forma secuencial (primero una, luego otra y así sucesivamente) o diferenciada (por ejemplo, con un precio menor para Eckerd)."

⁴⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 30.- Actuaciones de Instrucción.-

(...)

30.2. Si, como consecuencia de la instrucción del procedimiento, resultase modificada la determinación inicial de los hechos o de su posible calificación, la Secretaría Técnica emitirá una nueva resolución de imputación que sustituirá como pliego de cargos a la resolución de inicio del procedimiento, informando de ello a la Comisión y notificando a las personas imputadas, así como a las personas que hayan presentado la denuncia de parte, si fuera el caso. En caso de emitirse esta nueva resolución, se inicia un nuevo cómputo de plazos para la formulación de los descargos y un nuevo cómputo del plazo legal que corresponde a la tramitación del procedimiento.

(...).

⁴⁵ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. DECRETO SUPREMO QUE APRUEBA EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

comprende lo siguiente:

DECRETO SUPREMO 006-2017-JUS. DECRETO SUPREMO QUE APRUEBA EL TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444, LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

“Artículo IV del Título Preliminar. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.-

La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

(...)”. (Subrayado aplicado)

57. Como se puede observar, el principio bajo comentario protege a los administrados frente a la Administración, obligando a esta última a (i) otorgar información a los administrados para que estos conozcan oportunamente los requisitos, trámite, duración y cuáles pueden ser los posibles resultados del procedimiento, (ii) apartarse justificadamente y por escrito de sus criterios y (iii) no variar irrazonable o inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.
58. En tal sentido, en el presente caso, este Colegiado considera que si bien la Secretaría Técnica de la Comisión imputó a las empresas investigadas una presunta colusión en la modalidad de fijación de precios respecto de setenta y seis (76) productos; y, posteriormente, la primera instancia decidió que solo se

Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.15. Principio de predictibilidad o de confianza legítima.-

La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

(...).

había acreditado que la fijación de precios se produjo en (36) productos⁴⁶, aquella determinación no puede contravenir el principio de predictibilidad y confianza legítima.

59. La razón es que mediante la acción descrita no se ha otorgado información inexacta a los administrados respecto de la tramitación de un procedimiento ni se ha variado algún criterio o la interpretación de alguna norma. Asimismo, es totalmente posible que luego de las actuaciones de instrucción, la Comisión, conforme a sus facultades⁴⁷, se forme convicción y determine que únicamente existen indicios y/o pruebas que la infracción se efectuó solamente respecto de algunos productos.
60. De esta manera, a diferencia de lo alegado por Nortfarma, la “reducción” del número de productos respecto de los cuales se habría configurado la práctica colusoria, no ha vulnerado el principio de predictibilidad o confianza legítima, por lo que corresponde desestimar lo alegado por la apelante en este extremo.

III.2.3 Sobre la presunta vulneración al debido procedimiento

Reuniones con la Secretaría Técnica de la Comisión

61. En apelación, Nortfarma también alegó que en los antecedentes de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI se indicó que la Secretaría Técnica de la Comisión citó a Arcángel, BTL, ByS, Fasa y Mifarma a una entrevista. Sin embargo, su empresa no fue convocada, lo cual no le permitió explicar el contexto de los correos electrónicos usados como pruebas para sancionarla, vulnerando así su derecho de defensa.
62. De la revisión de los actuados se aprecia que las entrevistas a las que hace referencia la apelante consistieron en reuniones con la Secretaría Técnica de la Comisión, realizadas los días 4, 7, 11, 13 y 14 de marzo de 2013.
63. Al respecto, es necesario precisar que a través de las Cartas 058 a 063-2013/ST-CLC-INDECOPI del 26 y 27 de febrero de 2013, estas reuniones fueron convocadas por la propia Secretaría Técnica de la Comisión para *“despejar cualquier duda que pudieran tener acerca de los criterios utilizados*

⁴⁶ En el caso particular de Nortfarma, se determinó que la fijación de precios se realizó en dieciséis (16) productos.

⁴⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 14.- La Comisión.-

14.1. La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente Ley con competencia exclusiva, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por ley expresa a otro organismo público.

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

a) Declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente; (...).

por esta Secretaría Técnica para elaborar los (...) gráficos o acerca de la forma en que se procesó la información contenida en los (...) listados de facturas y boletas de venta".

64. Conforme se menciona en las referidas cartas, estas reuniones fueron convocadas, en atención a que la Comisión denegó las solicitudes de Arcángel, BTL, ByS, Fasa y Mifarma para que se efectúe el levantamiento de confidencialidad de la información contenida en los listados de facturas y boletas de venta de los productos farmacéuticos (emitidas desde el 1 de enero de 2008 hasta el 31 de diciembre de 2009) que fue declarada confidencial mediante Resoluciones 088, 089, 090 y 092-2010/CLC-INDECOPI del 16 de diciembre de 2010 y Resolución 005-2011/CLC-INDECOPI del 28 de enero de 2011.
65. En tal sentido, este Colegiado observa que, toda vez que Nortfarma no cuestionó durante la tramitación en primera instancia la serie estadística ni solicitó el levantamiento de la información antes detallada, la Secretaría Técnica de la Comisión no vio necesario convocar a la referida administrada para tratar esta materia.
66. Adicionalmente, es relevante señalar que Nortfarma, en primera instancia, ha efectuado sus descargos, presentado escritos adicionales y participado de la audiencia de informe oral realizada el día 13 de julio de 2016. Por tanto, esta Sala concluye que no se verifica una vulneración al derecho de defensa de Nortfarma, por lo que corresponde desestimar lo alegado en este extremo.

Presunta ilicitud en la obtención de los correos electrónicos

67. En apelación y durante el procedimiento en segunda instancia, la recurrente alegó que, a diferencia de lo señalado en la Resolución 486-2017/SDC-INDECOPI y el Poder Judicial, el literal c) del artículo 15.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas dispone que la Secretaría Técnica de la Comisión debe obtener una autorización judicial para copiar correspondencia privada, en concordancia con lo establecido en el artículo 2.10 de la Constitución Política del Perú. Sin embargo, en el presente caso, el referido órgano de instrucción obtuvo los correos electrónicos sin el respectivo mandato judicial, por lo que se habrían utilizado pruebas ilícitas para sancionar a su empresa.
68. De la revisión de los actuados, se advierte que la obtención de correos electrónicos por parte de la Secretaría Técnica de la Comisión se efectuó durante la realización de visitas inspectivas, el 27 de marzo de 2009 en los locales de Eckerd, BTL, Fasa y de la Asociación Nacional de Cadenas de Boticas, así como el 24 de septiembre de 2009, en los establecimientos de Abbott Laboratorios S.A., Mifarma, Laboratorios Bagó del Perú S.A. y Albis.

69. En este contexto, se debe de indicar que, a la fecha de realización de las referidas visitas inspectivas, la versión vigente del segundo párrafo del literal c) del artículo 15.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, establecía **cuándo** la Secretaría Técnica de la Comisión debía contar con un **mandato judicial** para ingresar a un establecimiento y acceder a correspondencia que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos, conforme se aprecia a continuación:

DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS (Texto vigente cuando se realizaron las visitas inspectivas)

"Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.3 Para el desarrollo de sus investigaciones, la Secretaría Técnica se encuentra facultada para:

(...)

(c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos, magnéticos o electrónicos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública.

La Secretaría Técnica deberá obtener autorización judicial previa para proceder al descerraje en caso hubiera negativa a la entrada en los locales o éstos estuvieran cerrados, así como para copiar correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos, conforme al proceso especial que a continuación se detalla:

(...)." (Subrayado y énfasis agregado)

70. Para interpretar la disposición citada, es pertinente acudir a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

"En el numeral 15.3 del artículo 15 del Decreto Legislativo se establecen las facultades de la Secretaría Técnica que resultan necesarias para el desarrollo de sus investigaciones. Estas facultades fueron anteriormente incorporadas mediante el DL 807 y consisten en: (i) exigir la exhibición de todo tipo de documentos a las empresas o personas naturales investigadas, (ii) citar o interrogar a los testigos, (iii) realizar inspecciones con o sin previa notificación en los locales donde operan sus actividades las personas naturales o jurídicas investigadas a fin de recabar la documentación que estime pertinente.

Finalmente, a través del literal c) del numeral 15.3 del artículo 15 se ha fortalecido la normativa relacionada con las coordinaciones que requiere desarrollar la Secretaría Técnica con las autoridades fiscales y judiciales, a fin de desarrollar sus funciones con eficacia. En ese sentido, en caso de presentarse una **negativa a la inspección en los locales** o la **negativa para el copiado de correos electrónicos,** se establece que **la Secretaría Técnica podrá obtener una autorización judicial para proceder al descerraje, así como para acceder a la correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos.** (...)."

(Subrayado y énfasis agregado)

71. Como se puede observar, el legislador estableció que, si ante un requerimiento efectuado por la Secretaría Técnica de la Comisión, el administrado no permite realizar la inspección (**negativa de ingreso al local**) o no autoriza el copiado de su correspondencia (**negativa de copiado de correspondencia privada**), la autoridad administrativa únicamente podría persistir en hacer efectivos tales requerimientos mediante la obtención de un mandato judicial.
72. En este último supuesto, la autorización que emita el Juez competente, refuerza el carácter imperativo de su solicitud, habilitando a la autoridad administrativa (en mérito a dicho mandato) incluso a valerse de la fuerza pública para obtener de forma directa e inmediata el acceso al establecimiento respectivo o a la correspondencia pertinente⁴⁸.
73. De acuerdo a lo expuesto y en línea con lo señalado en un pronunciamiento anterior de este Colegiado⁴⁹, se concluye que conforme al artículo 15.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, al contar con el consentimiento de los administrados la Secretaría Técnica de la Comisión se encontraba habilitada para copiar la correspondencia en cuestión, sin que el ejercicio de tal facultad se encuentre condicionado a la existencia de un mandato judicial. Asimismo, se desprende que la referida norma establece que, si un administrado no permite el copiado de la correspondencia, la autoridad solamente podría persistir en obtener dicha documentación a través de una autorización judicial.
74. De otro lado, en segunda instancia, Nortfarma alegó que los correos electrónicos obtenidos por la Secretaría Técnica de la Comisión en las visitas inspectivas han sido obtenidos violando el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de las empresas inspeccionadas e indirectamente el de su empresa, previsto en el artículo 2.10 de la Constitución⁵⁰.

⁴⁸ Cabe resaltar que el artículo bajo comentario utiliza el término "*correspondencia privada*". Al respecto, este Colegiado considera que dicho concepto alude a aquellas comunicaciones que tienen por característica haber permanecido dentro del ámbito de control de los remitentes y destinatarios, lo cual no se ve afectado en función a su contenido (el cual podría, por ejemplo, ser de carácter íntimo, familiar o comercial).

Siendo así, el término "privado" hace referencia a elementos que no son de propiedad pública, sino que pertenecen a los particulares (Ver Real Academia Española). Esta conclusión se ve reforzada en la Exposición de Motivos, en donde se advierte que el legislador estableció un tratamiento general para la correspondencia privada, sin diferenciarla por su contenido (comercial, íntimo, familiar, personal, entre otras).

⁴⁹ Ver Resolución 0486-2017/SDC-INDECOPI del 17 de agosto de 2017.

⁵⁰ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**
Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:
(...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los

75. Al respecto, según la doctrina⁵¹ y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵²,

asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

(...).

⁵¹ Al respecto, Abad Yupanqui señala lo siguiente:

"a) Contenido. ¿Libertad de las comunicaciones o manifestación del derecho a la intimidad?

(...) En efecto, como anota Balaguer Callejón (1995: 13): <<En cualquier caso, intimidad y secreto de las comunicaciones no son términos equivalentes. El secreto de las comunicaciones puede servir como instrumento de protección de múltiples derechos: propiedad, libertad de empresa, libertad ideológica, etc.>> Así también lo ha reconocido el Tribunal Constitucional español en la STC 114/1984, de 29 de noviembre, cuando sostuvo que 'El bien constitucionalmente protegido es así la libertad de las comunicaciones (...) y (...)

(...)

b) Titularidad

Los titulares de este derecho son las personas que se comunican, es decir, aquellos que intervienen en el proceso de comunicación, ya sean personas naturales o jurídicas. Aunque, en este último caso, en un <<sentido figurado>> pues obviamente quienes se comunican son personas físicas (Días Revorio 2007: 161). En consecuencia, este derecho se opone a los terceros, que pueden ser particulares – v.g. empresas privadas que realizan interceptaciones ilegales – o entidades públicas – v.g. servicios de inteligencia-, mas no a quienes intervienen en el proceso mismo de la comunicación.

(...)

c) Carácter formal

Se trata de un derecho formal, es decir, no interesa cual sea el contenido de la comunicación que se transmite ni lo que se mantiene en secreto. En otras palabras, este derecho comprende toda la comunicación con independencia de cuál sea su contenido. De ahí que suele ser calificado como una garantía formal.

(...).

(Subrayado agregado)

En: ABAD, Samuel. El derecho al secreto de las comunicaciones, alcances, límites y desarrollo jurisprudencial. Revista Pensamiento Constitucional Año XVI N 16. PUCP. 2012. Pg. 11 – 29.

⁵² SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL EXPEDIENTE 02863-2002-AA/TC

"3. Tal derecho se encuentra reconocido en el inciso 10) del artículo 2 de la Constitución, e **impide** que las comunicaciones y documentos privados sean interceptados o acceda a su conocimiento quien no esté autorizado para ello. Asimismo, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados tiene eficacia erga omnes, es decir, garantiza su no penetración y conocimiento por terceros, sean éstos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación."

(Subrayado y énfasis agregado)

Voto del magistrado Mesía Ramírez en la sentencia recaída en el Expediente 03599-2010-PA/TC

"6. (...) la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso Escher y otros vs. Brasil, del 6 de julio de 2009, ha enfatizado que la "Convención Americana protege la confidencialidad e inviolabilidad de las comunicaciones **frente a cualquier injerencia arbitraria o abusiva por parte del Estado o de particulares**, razón por la cual tanto la vigilancia como la intervención, la grabación y la divulgación de esas comunicaciones **quedan prohibidas**, salvo en los casos previstos en ley y que se adecuen a los propósitos y objetivos de la Convención Americana".

(Énfasis agregado)

Voto del magistrado Eto Cruz en la sentencia recaída en el Expediente 03599-2010-PA/TC

"11. (...) el contenido constitucionalmente protegido por el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados, está constituido por:

a) El derecho a que no se interfiera (por parte del Estado o particulares) en ninguna etapa del proceso comunicativo entablado entre dos o más personas naturales o jurídicas, con una expectativa de secreto o confidencialidad. (...), habrá afectación al derecho cuando existe interceptación, intervención, incautación o apertura de una comunicación, (...).

b) El derecho a que no se interfiera (por parte del Estado o particulares) ningún aspecto de la comunicación (...).

el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, establecido en el artículo 2.10 de la Constitución, es autónomo⁵³, formal⁵⁴ y se opone a terceros, en tanto protege a los administrados de las irrupciones o invasiones (abrir, incautar, interceptar o intervenir) arbitrarias y no autorizadas por parte de terceros ajenos a la comunicación, siendo ello posible únicamente cuando exista un mandato judicial⁵⁵.

76. En tal sentido, sin perjuicio que se ha concluido que la Secretaría Técnica de la Comisión actuó conforme a las facultades atribuidas, en el presente caso, tomando en consideración el ámbito de protección del derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, esta Sala aprecia que no se produjo directa o indirectamente una afectación a dicho derecho para la obtención de los medios probatorios. Por el contrario, los correos electrónicos fueron entregados con consentimiento de una de las partes intervinientes en las referidas comunicaciones.
77. En consecuencia, a diferencia de lo alegado por Nortfarma, se concluye que los medios probatorios fueron obtenidos lícitamente, por lo que corresponde desestimar lo alegado por la apelante en este extremo.

III.3 Sobre la participación de Nortfarma en la práctica colusoria horizontal

Cuestión previa

78. En segunda instancia, Nortfarma alegó que al momento de analizar la práctica colusoria horizontal la autoridad debe determinar si su empresa contaba con posición de dominio en el mercado relevante. De esta manera, presentó una serie de posibles sustitutos para los productos en los que la primera instancia determinó su participación en la concertación e indicó que en el norte del país (donde su empresa opera) existen otras cadenas de farmacias, por lo que, de acuerdo a su criterio, se evidenciaría que no contó con posición de dominio en el mercado relevante.

c) *El derecho a que, (...) dicha **intervención** se realice con las garantías contenidas en el artículo 2, inciso 10 de la Constitución, esto es, previo mandato judicial, y con los requerimientos prescritos en la ley (...).*

(Subrayado y énfasis agregado)

⁵³ No depende de ningún derecho dado que, en ocasiones, puede servir como instrumento para proteger otros derechos como la intimidad, secreto bancario, entre otros.

⁵⁴ No es relevante el contenido de la comunicación.

⁵⁵ De esta manera, por ejemplo, este derecho implica que, sin autorización judicial, los empleadores no puedan abrir los correos electrónicos y, en mérito de la información obtenida de dicha forma, despedir a sus trabajadores (ver sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los Expedientes 01050-2004-AA y 04229-2009-AA); así como que sin el referido mandato una empresa especializada o una entidad estatal intercepte cartas, llamadas, entre otras comunicaciones (ver sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 02863-2002-AA).

79. Sobre el particular, a diferencia de lo alegado por la recurrente, de los términos de la ley, se verifica que para evaluar la configuración de una práctica colusoria horizontal no es un requisito determinar si alguna de las empresas involucradas cuenta con posición de dominio en el mercado relevante.
80. Por el contrario, de la revisión de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se advierte que la determinación de la posición de dominio es necesaria para efectos de evaluar la presunta comisión de un "abuso de posición de dominio", el cual se configura cuando un agente económico que ostenta una posición dominante en el mercado relevante, utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia⁵⁶; o, una "práctica colusoria vertical", la cual se desarrolla entre agentes económicos que operan en distintos planos de la cadena de producción, distribución o comercialización, siendo necesario en este último caso que una de las partes ostente posición de dominio⁵⁷. Por tanto, se desestima el cuestionamiento de Nortfarma.

Participación de Nortfarma en la presunta práctica colusoria

81. Mediante Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, la Comisión halló responsable a Nortfarma por haber participado, de manera conjunta con Arcángel, Fasa, Eckerd y Mifarma, en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación concertada de precios de venta al público, a nivel nacional, de diversos productos farmacéuticos y afines, entre enero de 2008 y marzo de 2009.
82. En el caso particular de Nortfarma, la primera instancia determinó que dicha empresa participó en las coordinaciones comprendidas entre el 1 y 8 de febrero de 2008, así como en las de septiembre de 2008.
83. Asimismo, la Comisión señaló que el periodo de la colusión en el que participó

⁵⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.
(...).

⁵⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.-

12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda.

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.

12.4. Las prácticas colusorias verticales constituyen prohibiciones relativas.

Nortfarma estuvo caracterizado por la participación como intermediario de Albis, agente que canalizaba los requerimientos de las cadenas y, a su vez, supervisaba el cumplimiento del acuerdo por parte de todos los competidores.

84. Ahora bien, en atención a la apelación de Nortfarma, a continuación, se evaluará cada uno de los periodos de coordinación en los que la primera instancia indicó que la referida empresa participó de la práctica colusoria. Dicha evaluación permitirá determinar si existen indicios suficientes que permitan sostener que la empresa apelante participó de la conducta infractora.

Primer periodo de coordinación (entre el 1 y 8 de febrero de 2008)

85. De la revisión de los medios probatorios, esta Sala considera que, en línea con lo señalado por la primera instancia, diversos correos electrónicos (comunicaciones internas de Albis, de Nortfarma con el referido proveedor, así como coordinaciones de los demás competidores con Albis) acreditan que la empresa apelante sí participó en las coordinaciones comprendidas entre el 1 al 8 de febrero de 2008.
86. En efecto, por un lado, se advierte que el 30 de enero de 2008, Francisco Venero de Albis informó a Arcángel que se había reunido con Eckerd para evitar la continuación de la "guerra de precios".
87. En la referida comunicación, Albis le indicó a Arcángel que Eckerd "*no quiere presentar boletas ni quiere subir antes sus precios, la única salida que me aceptaron a regaña dientes es conciliar a partir de este 01/02 desde las 8 AM*". Asimismo, señaló que los precios no se reducirían más porque de ser así "cuatro cadenas" tendrían un margen negativo al ser el costo más alto que el precio final. De esta manera, Eckerd aceptó incrementar simultáneamente los precios de los productos de una lista circulada por Albis a partir del 1 de febrero.
88. En respuesta a lo anterior, Julio Casiano de Arcángel señaló que los precios sugeridos únicamente debían implementarse si era posible controlarlos⁵⁸. Ante

⁵⁸ "De: Casiano, Julio [Arcángel]
Enviado el: Miércoles, 30 de enero de 2008 08:52 a.m.
Para: Venero, Francisco [Albis]
CC: Ruiz, Carlos [Arcángel]
Asunto: RV: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

Francisco,

Te sugiero que si no se puede controlar el tema de los precios sugeridos, en todo caso no se haga ... en todo caso al igual que Inkafarma manejamos esto a otro nivel, por lo que copio a Carlos Ruiz y que él decida si se procede o no, después de todo la otra parte afectada del grupo en este caso es Boticas Arcángel.

Saludos,
Julio Casiano*

ello, Albis insistió en que el incremento de precios para el 1 de febrero a las 8 a.m. ya contaba con la aceptación de Eckerd⁵⁹; y, posteriormente, el Gerente de Ventas de Arcángel confirmó su compromiso, conforme se puede apreciar a continuación:

*"De: Ruiz, Carlos [Arcángel]
Enviado el: Miércoles, 30 de Enero de 2008 12:20 p.m.
Para: Venero, Francisco [Albis]; Casiano, Julio [Arcángel]
CC: Bravo, Gustavo [Arcángel]
Asunto: RE: PRECIOS MERCADO LPAIbifarma*

*Ok.
El 1 de Febrero a las 8 a.m. arrancamos.
Mediremos precios 8:30 a.m. y conversamos.*

Saludos cordiales,

CRuiz." (Énfasis agregado)

89. Cabe señalar que el mismo 30 de enero, Francisco Venero de Albis envió a Alejandro De La Flor, representante de Fasa, una lista de precios de diversos productos "conciliados con todas las cadenas"⁶⁰. En este correo electrónico, Albis le indicó a Fasa que durante la última semana había coordinado con todas las cadenas para reordenar los precios en sus productos de alta rotación, los cuales tenían que estar vigentes desde el 1 de febrero a las 8:00 a.m.
90. Posteriormente, Albis insistió a Antenor Mauny, Gerente Comercial de Fasa,

⁵⁹ *"De: Venero, Francisco
Enviado el: Miércoles, 30 de Enero de 2008 09:36
Para: Casiano, Julio
CC: Ruiz, Carlos
Asunto: RE: PRECIOS MERCADO LPAIbifarma*

*Julio, no es que no se pueda, existe ya la aceptación de IKF, iniciamos a las 8 AM. del 1/Febr. la idea es no pagar las diferencias y controlar este tema, el reclamo no es solo de IKF, todas piden se les mejore dctos. para llegar a los precios de Uds. e IKF.
FV"*

⁶⁰ *"De: Venero, Francisco [Albis]
Enviado el: Miércoles, 30 de Enero de 2008 09:22 a.m.
Para: (...) [Fasa]
Asunto: Precios conciliados LP Albis*

*Hola Alejandro, durante toda esta última semana se coordino con las todas las demás cadenas para reordenar nuestros precios sobre todo en productos de alta rotación, observando tus precios no abra [sic] mayor diferencia para nivelarlos con los demás pero deberán ser los mismos del archivo adjunto, te pido el gran favor mandarlos guardar para evitar que IKF tenga la excusa que FASA no los cambi[ó], estos precios deberán estar vigentes a partir del 1/Febr./08 desde las 8 AM.
Con las gracias anticipadas, a la espera de tu confirmación.*

*Atte.
Francisco Venero"*

que otorgue su confirmación para participar en el próximo incremento de precios⁶¹. Una hora más tarde, dicha empresa respondió a Albis, con copia a Christian Randich de Fasa, señalando que este último sería el responsable de los precios conciliados⁶².

91. Respecto al compromiso de Fasa, es necesario indicar que el mismo 1 de febrero de 2008 (fecha de inicio), Albis le indicó a Fasa que en determinados productos no habría cumplido y que ello debía rectificarse lo antes posible, dado que las demás cadenas sí habían cumplido⁶³. Ante ello, en un correo electrónico de la misma fecha, Fasa respondió que, si bien *"los cambios acordados se respetaron, hubo un problema en el sistema que dejó pegados los cambios de precios en todos los skus, se están regularizando durante la noche de hoy. Espero que los competidores respeten este acuerdo vamos a seguirlos de cerca."*

⁶¹ "De: Venero, Francisco [Albis]
Enviado el: Jueves, 31 de Enero de 2008 11:41 a.m.
Para: Antenor Mauny [Fasa]
Asunto: RV: Precios conciliados LP Albis

Hola Antenor, molesto tu atención para comentarte que durante los últimos días del mes estuve coordinando con Alejandro De la Flor la situación de los productos conciliados (archivo adjunto) me coment[ó] que ya lo ten[í]a avanzado, por favor necesitamos la confirmación para iniciar mañana 1/02 a las 8 AM. Es importante que FASA acceda a esta conciliación ya que mejorarían sus márgenes en los productos de alta rotación. Esperando tu comunicación.

*Atte.
Francisco Venero."*

⁶² "De: Antenor Mauny
Enviado el: Jueves, 31 de Enero de 2008 12:59 p.m.
Para: Venero, Francisco
CC: Christian Randich Tejeda
Asunto: RV: Precios conciliados LP Albis.
Datos adjuntos: PRODUCTOS CONCILIADOS LP ALBIS FARMA.xls (15 KB)

*Hola Francisco
Estoy copiando a Christian Randich quien esta a cargo de este tema para que lo vea contigo
Saludos.
Antenor Mauny"*

⁶³ "De: Venero, Francisco (...)
Enviado el: Viernes, 01 de Febrero de 2008 05:11 p.m.
Para: Christian Randich Tejeda [Fasa]
CC: Antenor Mauny [Fasa]
Asunto: RV: Precios conciliados LP Albis

Cristian buenas tardes, me tienes muy indignado ante la actitud que tomaron en no variar los PPSUG. de acuerdo a nuestra conversación del día de ayer, donde me confirmabas que estabas de acuerdo en cambiar los precios, ojo precios que benefician a FASA tomando en cuenta tus costos, hoy todas las cadenas se nivelaron menos Uds. Es el caso de Gamalate x 60 grapeas, Núcleo CMP Caps, favor revisar archivo. Tengo aún tiempo hasta a las 5:30 PM para que me confirmen si procederán a conciliar precios. Favor espero tu comunicación.

*Atte.
F. Venero."*

92. Ahora bien, de otro lado, respecto a la participación de Nortfarma, se debe de señalar que de manera paralela a las coordinaciones con Fasa, Albis envió la lista de precios conciliados a Nortfarma⁶⁴. En dicha comunicación, Albis indicó a Nortfarma que la lista de productos conciliados tenía precios mínimos que debían ser aplicados desde el 1 de febrero a los 08:00 a.m. De esta manera, horas más tarde, Albis volvió a insistir para obtener la confirmación de Nortfarma, precisándole que la lista comprende "*precios mínimos sobre estos puedes decidir mayor precio final pero nunca menos ya que se crearía nuevamente una distorsión*"⁶⁵.
93. El 1 de febrero de 2008 (fecha coordinada para la implementación de los precios acordados), Nortfarma le indicó a Albis que el día anterior no pudieron cambiar sus precios y que lo harían en el transcurso de ese día y que para el día siguiente (2 de febrero de 2008), los precios conciliados estarían presentes en toda la cadena, conforme se puede observar a continuación:

"De: Susana Espejo Kuroki [mailto: (...)]
Enviado el: Viernes, 01 de Febrero de 2008 10:54 a.m.
Para: Venero, Francisco
Asunto: RE: Precios conciliados LP Albis

BUENOS DÍAS SR. VENERO EL DÍA DE AYER NO PUDIMOS CAMBIAR NUESTROS PRECIOS, LO VAMOS A REALIZAR HOY Y PARA MAÑANA YA TENDREMOS LOS PRECIOS EN TODA LA CADENA.
VAMOS A IR VERIFICANDO SI OTROS ESTÁN CUMPLIENDO.
ATENTAMENTE

SUSANA E." (Subrayado agregado)

⁶⁴ "De: Venero, Francisco [Albis]
Enviado el: Miércoles, 30 de Enero de 2008 12:59 p.m.
Para: (...) [Nortfarma]
Asunto: RV: Precios conciliados LP Albis
Susana buenas tardes, durante toda la última semana se coordinó con las todas las cadenas para reordenar nuestros precios sobre todo en productos de alta rotación, observando tus precios no habrá mayor diferencia para nivelarlos con los demás pero deberán ser los mismos del archivo adjunto (como precio mínimo), te pido el gran favor mandarlos cambiar para evitar que IKF tenga la excusa que NORTFARMA no los cambio, estos precios deberán estar vigentes a partir del 1/Febr./08 desde las 8 AM.
Para evitar los constantes reclamos, necesitamos de tu apoyo y colaboración.
Con las gracias anticipadas, a la espera de tu confirmación.
Atte.
Francisco Venero."

⁶⁵ "De: Venero, Francisco [mailto: (...)]
Enviado el: mié 30/01/2008 17:56
Para: Susana Espejo Kuroki [Nortfarma]
Asunto: RV: Precios conciliados LP Albis

Susana buenas tardes, respecto a este tema necesitamos tu confirmación, como comprenderás son precios mínimos sobre estos puedes decidir mayor precio final pero nunca menos ya que se crearía nuevamente una distorsión.
Te pido por favor, rectifiques el precio de VITACOSE JBE. PPSUG S/42.00

Saludos cordiales,
Francisco Venero"

94. En apelación, Nortfarma alegó que esta comunicación no prueba su participación en la colusión, sino que su empresa se encontraba solicitando a su proveedor que le ofrezca medicamentos a menor precio para poder ofrecerlos a los consumidores a precios menores que el resto de cadenas.
95. Sobre el particular, de los correos electrónicos antes detallados, se puede apreciar que Albis coordinó con Nortfarma su participación en la fijación de precios mínimos, existiendo una confirmación por parte de esta última empresa. De esta manera, en el contexto de estos correos electrónicos, se advierte que, a diferencia de lo alegado por la apelante, en el correo electrónico citado en el párrafo anterior dicha empresa reconoce que no pudo cumplir con implementar los precios coordinados en la fecha pactada (1 de febrero de 2008), señalando que a partir del día siguiente se generarían los cambios.
96. Ante dicha situación, Albis respondió a Nortfarma que esta última empresa había estado presionando previamente para nivelar los precios en el mercado; sin embargo, no implementó los cambios el 1 de febrero de 2008. Asimismo, insistió en que las modificaciones debían realizarse de inmediato, dado que Arcángel y Eckerd verificarían los precios en el mercado y, de encontrar diferencias, bajarían nuevamente los precios, conforme se advierte a continuación:

*"De: Venero, Francisco [Albis]
Enviado el: Viernes, 01 de Febrero de 2008 11:06 a.m.
Para: Susana Espejo Kuroki [Nortfarma]
Asunto: RE: Precios conciliados LP Albis*

Susana, tu me estuviste presionando con las diferencias, te envié los correos con la debida anticipación, hoy por la tarde IKF, y Arcángel y todas las demás verificarán los precios y si encuentran diferencias los bajarán nuevamente.
Este asunto me complica el tema, te pido por favor reaccionen hoy, no puede ser para mañana Arcángel cambio sus precios anoche.

*Asimismo envié una aclaración para el caso de Aneurin fte grageas PPSUG S/. 64.50
Unit S/ 2.15
Gracias"*

97. De esta manera, del correo citado, se desprende que no solo Nortfarma confirmó su participación, sino que dicha empresa "había estado presionando" con anterioridad para que los precios de los productos sean modificados por parte de sus competidores.
98. Cabe indicar que debido a los problemas surgidos con Nortfarma, el mismo 1 de febrero de 2008, Francisco Venero de Albis envió un correo electrónico a Luis Yopez, Jefe Regional de la Zona Norte también de Albis, increpándole la deficiente coordinación para conseguir el cumplimiento de Nortfarma, responsabilizándolo si el "reordenamiento" de precios "se caía por culpa de

Nortfarma". Adicionalmente, le indicó que hasta la gerencia general estaba involucrada y que Susana Espejo de Nortfarma se había comprometido a cumplir de inmediato con nivelar los precios, por lo que le solicitó verificar al mediodía los precios, antes que Eckerd envíe boletas escaneadas⁶⁶.

99. Respecto al correo antes detallado, Nortfarma en apelación alegó que aquella comunicación evidenciaba la falta de participación de su empresa en el cartel, toda vez que se señala que *"si todo este asunto se cae por culpa de Nortfarma no voy a reconocer la N/A este mes (...). No puedo quedar tan mal por culpa de Nortfarma."*
100. Sobre el particular, se debe de indicar que la empresa apelante pretende descontextualizar el contenido del correo electrónico para sustentar su posición. Tal como hemos mencionado, hasta este punto ha quedado acreditado que Nortfarma confirmó su participación y se comprometió a implementar las variaciones de precios a partir del 2 de febrero de 2008; es decir, un día después de lo pactado. Es en estas circunstancias, que en el correo interno de Albis (mencionado en el párrafo anterior) únicamente se indica el riesgo de que el éxito de las coordinaciones se vea perjudicado por la demora en la implementación del acuerdo por parte de Nortfarma. Por tanto, corresponde desestimar la hipótesis planteada por la apelante en este extremo.
101. Posteriormente, el lunes 4 de febrero, Francisco Venero de Albis envió un correo en apariencia dirigido únicamente a María Victoria Manrique, también de Albis, señalando lo siguiente: *"Buenos días amigos: Les hago llegar mi agradecimiento por la colaboración prestada en el reordenamiento de precios, el día Sábado 2/Febr. Verifiqué que el 100% este OK. (...) Por favor, si hubiera alguna variación en los siguientes días, comuníquese con el suscrito para coordinar y evitar el círculo vicioso, todos están poniendo de su parte tengo la seguridad que este pacto de caballeros dejará sus frutos."* (Subrayado agregado)
102. Sobre el particular, se debe de indicar que, en línea con lo señalado por la primera instancia, este Colegiado considera que, si bien esta comunicación solo muestra como destinataria a María Victoria Manrique de Albis, puede

⁶⁶ "De: Venero, Francisco [Albis]
Enviado el: viernes, 01 de febrero de 2008 11:28 a.m.
Para: Yopez, Luis [Albis]
CC: Pacora, Eliana [Albis]
Asunto: RV: Precios conciliados LP Albis
Lucho, que paso [sic] no coordinaron, hablé contigo con Eliana R, con Karina y no funciona [sic], ojo si todo este asunto se cae por culpa de Nortfarma no voy a reconocer la N/A de este mes, en este asunto esta [sic] metido hasta la GG. No puedo quedar tan mal por culpa de Nortfarma.
Hablé con Susana y me dice que lo hará para ahora a medio día verifica y conversa con ella, antes que IKF
Envíe boletas escaneadas
FV"

deducirse por su contenido que el referido correo fue enviado a una o más de las cadenas imputadas.

103. En efecto, además del tenor del correo en plural ("*Buenos días amigos*"), dicha comunicación fue reenviada de manera inmediata – a la misma fecha y hora – por Antenor Mauny a Christian Randich, ambos de Fasa, por lo que se puede desprender que la comunicación habría llegado al personal de la referida empresa en copia oculta⁶⁷.
104. Finalmente, el 5 de febrero de 2008, Francisco Venero de Albis envió nuevamente un correo en apariencia dirigido únicamente a María Victoria Manrique de Albis, en el que se dirige a varias personas ("*Estimados amigos*"), reiterando que el "reordenamiento de precios" seguía en buen camino⁶⁸. En tal sentido, de esta comunicación también se puede inferir que esta se

⁶⁷ "De: Antenor Mauny [Fasa]
Enviado el: Lunes, 04 de Febrero de 2008 08:16 a.m.
Para: Christian Randich Tejada [Fasa]
Asunto: RV: Reordenamiento PPSUG Albis

FYI

De: Venero, Francisco [mailto: (...)]
Enviado el: Lunes, 04 de Febrero de 2008 08:16 a.m.
Para: Manrique, María Victoria [Albis]
Asunto: Reordenamiento PPSUG. LP Albis

Buenos días amigos:
Les hago llegar mi agradecimiento por la colaboración prestada en el reordenamiento de precios, el día sábado 2/Febr. Verifique que el 100% este OK.
Estaré pendiente que este trabajo no sea insulso, con la constante colaboración de todos Uds podremos trabajar en armonía y sobre todo que cada producto de líneas propias Albis sea rentable para todos nuestros Clientes.
Por favor, si hubiera alguna variación en los siguientes días, comuníquese con el suscrito para coordinar y evitar el círculo vicioso, todos están poniendo de su parte tengo la seguridad que este pacto de caballeros dejara sus frutos.

Saludos cordiales,
Francisco Venero Abarca
Gte. Comercial
Lineas Propias Albis."

⁶⁸ "De: Venero, Francisco [Albis]
Enviado el: martes, 05 de febrero de 2008 07:00 p.m.
Para: Manrique, María Victoria [Albis]
Asunto: Reordenamiento PPSUG. LP Albis
Datos adjuntos: PRODUCTOS CONCIALIADOS LP ALBIS FARMA.xls (25 KB)

Estimados amigos:
El reordenamiento continúa por buen camino pero queremos adicionar al listado tres productos más, los cuales presentan distorsión, les pido por favor nuevamente su colaboración en beneficio de todos.
La fecha para conciliar estos tres productos: Sedotropinagts, Darvon compto x 100. Vasexten 10 mg (asi como verificar que los otros continúen sin alteraciones) es este **Viernes 8/02 a partir de las 8 AM**.
Cualquier duda estaré gustoso de atenderlos.
Atte.
Francisco Venero Abarca
Gte. Comercial
Lineas Propias Albis."

encontraba dirigida a las cadenas que habían confirmado su participación en la variación de precios. Cabe señalar que, en dicha comunicación, se incorporó tres nuevos productos a la lista de precios conciliados, informando que la fecha para el siguiente monitoreo sería el 8 de febrero a las 08:00 a.m.

105. De acuerdo a lo expuesto, este Colegiado considera que de los correos electrónicos detallados anteriormente y, en particular, de los enviados por Nortfarma en los que confirma su confirmación para variar los precios, se puede concluir que, en efecto, la empresa apelante sí participó en las coordinaciones, comprendidas entre el 1 y 8 de febrero de 2008, para fijar los precios de diversos productos.
106. Adicionalmente, en línea con lo señalado por la primera instancia, se debe indicar que de la evaluación de los gráficos y cuadros contenidos en la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, se advierte que Nortfarma implementó en el mercado los precios concertados. Es decir, el precio de venta al público de determinados productos⁶⁹ fue incrementado en el nivel y fechas coordinadas. Este análisis se basó en la evaluación del periodo de ajuste de precios y del nivel de precios acordado, conforme se detalla a continuación:
- (i) Periodo de ajuste de precios: Los cuadros presentados en el Anexo 1, muestran que Nortfarma realizó incrementos de los precios entre el 1 y 2 de febrero de 2008, siendo la fecha coordinada por las cadenas de farmacias el 1 de febrero de 2008.
 - (ii) Nivel de precios acordado: En los gráficos presentados en el Anexo 1, se observa que Nortfarma incrementó el precio de nueve (9) productos⁷⁰ de Albis a los niveles establecidos por el acuerdo de las cadenas de farmacias. Los incrementos observados se encuentran entre S/ 0.04 y S/ 9.52, respecto al día inmediatamente anterior a la fecha del aumento.
107. En consecuencia, en atención al periodo de ajuste de precios para implementar el acuerdo y al incremento del nivel de precios acordado, se advierte que existe suficiente evidencia para afirmar que Nortfarma participó en un acuerdo que llevó al incremento de precios en nueve (9) productos de

⁶⁹ Se refiere a los productos con código: 3 (Aneurin Forte caja x 30 grageas), 16 (Digravin caja x 100 tabletas), 17 (Dislep 25 mg caja x 20 comprimidos), 41 (Gamalate b6 caja x 60 grageas), 42 (Gamalate b6 solución oral x 80 ml), 43 (Glidibet 5 mg caja x 100 comprimidos), 44 (Ilosone 125mg/5 ml suspensión oral x 60 ml), 58 (Nucleo Cmp forte 5 mg- 3 mg caja x 20 cápsulas) y 68 (Sedotropina Fiat suspensión x 15 ml).

Cabe precisar que, para el periodo del 1 al 8 de febrero de 2008, la Comisión concluye que existe evidencia suficiente para afirmar que hubo incrementos de los precios de acuerdo a lo coordinado por las cadenas de farmacia para quince (15) productos de Albis. No obstante, en el caso de Nortfarma, dichos incrementos solo se llevaron a cabo en nueve (9) de los quince (15) productos.

⁷⁰ Ver nota al pie 69.

Albis en la fecha pactada o una cercana a esta.

Negociaciones y monitoreos posteriores (febrero – mayo 2008) al primer periodo de coordinación

108. La primera instancia señaló que existieron una serie de comunicaciones de manera posterior a las coordinaciones comprendidas entre el 1 y 8 de febrero de 2008 que acreditan que las empresas continuaron negociando y monitoreando el cumplimiento de la variación de los precios.
109. De esta manera, por ejemplo, existe una comunicación interna de Albis del 13 de febrero de 2008, en la que señala que Eckerd les indicó que, si bien la relación de 16 productos conciliados estaba conforme, existían 25 productos sobre los cuales dicha empresa solicitaba mejores precios. Así, Francisco Venero mencionó que se encontraba a la espera de los precios que se fijaran para Arcángel indicando, además, que el día anterior se había dejado la lista para que sea revisada por Eckerd⁷¹.
110. A su vez, en la misma fecha, Julio Casiano de Arcángel informó a Francisco Venero de Albis sobre un supuesto incumplimiento detectado en “la competencia” respecto al producto Núcleo CMP⁷². Ante dicha situación, el 14 de febrero de 2008, Albis señaló a Arcángel que la lista de precios conciliados tenía un cumplimiento del 90% pero que Eckerd, como se ha mencionado, había entregado una relación de 25 nuevos productos⁷³.

⁷¹ “De: Venero, Francisco [Albis]
Enviado el: miércoles, 13 de febrero de 2008 10:15 a.m.
Para: Narrea, Hugo [Albis]; Torres, Carmen [Albis]; Peralta, Victor [Albis], Quiñonez, Javier [Albis]; Apuy, Patricia [Albis]
CC: Pacora, Eliana [Albis]
Asunto: Productos nuevos
Datos adjuntos: LOCALES actualiz IKF.xls. (56 KB)

Buenos días con todos, les comento que ayer trabajo la primera O/C con IKF la situación no cambia ya que la cadena saco otra relación de productos en los que no tiene rentabilidad y solicita se le arregle sus márgenes la relación de conciliados quedo OK (16prods) pero tenemos otros 25 productos que fueron detectados en campo con precios que no le dan margen.

*La solución ya esta coordinada con Gcia MKT y GG solo estoy a la espera que los precios que se fijaran con Arcángel me los envíen hoy para coordinar definitivamente, ayer se dejo [sic] lista para que lo revisen en IKF.
(...).”*

⁷² “De: Casiano, Julio [Arcángel]
Enviado el: Miércoles, 13 de febrero de 2008 04:21 p.m.
Para: Venero, Francisco [Albis]
Asunto: NUCLEO CMP
Importancia: Alta

*Pancho,
La competencia ya empezó a bajar los precios... PPS 43.00.
Saludos,
Julio Casiano”*

⁷³ “De: Venero, Francisco [Albis]
Enviado el: jueves, 14 de febrero de 2008 09:40 a.m.

111. Ahora bien, en el caso de Nortfarma, el 25 de febrero de 2008, Susana Espejo de la referida empresa informó a Carlos Galindo y a Luis Yépez, Jefe de Promoción y Jefe Regional de Albis en la Zona Norte, respectivamente, que Eckerd nuevamente no estaba respetando el precio controlado de Sedotropina Flat gotas y que en respuesta también estaría bajando sus propios precios, conforme se aprecia a continuación:

*"De: Susana Espejo Kuroki [mailto: (...)]
Enviado el: lun 25/02/2008
Para: Galindo, Carlos [Albis]
CC: Yépez, Luis [Albis]
Asunto: PRECIO DE SEDOTROPINA FLAT 22.02.08*

BUENOS DÍAS SR. GALINDO *NUEVAMENTE* SE LES HACE LLEGAR OTRA BOLETA DE INKAFARMA DE SEDOTROPINA FLAT GOTAS. *ELLOS LO HAN BAJADO A S/. 12.55 SU PRECIO CONTROLADO DEBE SER S/. 12.75*

LES ESTOY ENVIANDO LAS BOLETAS Y *AL NO TENER NINGUNA RESPUESTA NOSOTROS TAMBIÉN ESTAMOS BAJANDO NUESTROS PRECIOS.*

SUSANA ESPEJO K." (Énfasis agregado)

112. En apelación, Nortfarma alegó que, si su representada se hubiera coludido, no habría mencionado el precio de S/ 12.75, dado que el precio controlado (contenido en los adjuntos de los correos electrónicos de Albis) del producto Sedotropina Flat era de S/ 12.77. Asimismo, señaló que esta comunicación solo evidencia una intención de negociar para que Albis le ofrezca productos a menor precio.
113. Al respecto, esta Sala considera que si bien en el correo se menciona como precio concertado el monto de S/ 12.75 cuando este era de S/ 12.77 para el producto Sedotropina Flat x 15 Ml, de los propios términos del correo electrónico bajo comentario se aprecia que Nortfarma se encuentra reclamando un incumplimiento por parte de Eckerd, a efectos de que se corrija el actuar de esta última. Esta interpretación, además, se ve reforzada dado que, como se mencionó en el acápite anterior, existen correos electrónicos que acreditan la confirmación de la participación de Nortfarma en la variación

*Para: Casiano, Julio [Arcángel]
CC: Pacora, Eliana [Albis]
Asunto: RE: NUCLEO CMP*

Julio, se esta coordinando con IKF los precios PPSUG con los cuales se manejara el mercado, mi consejo es que mantengas estables tus precios hasta que esto se defina, yo te estaré enviando la relación completa una vez que IKF esté de acuerdo, en la última reunión con ellos se verificó que los precios conciliados en el 90% estaba OK pero sacaron otra relación de 25 productos en los que sus márgenes están en cero y otros negativos.

*Por ello se esta coordinando los precios de todos los productos de LP.
Saludos,
FV*

de los precios de diversos productos.

114. En efecto, si lo que pretendía Nortfarma era negociar con su proveedor (Albis) un precio de venta más bajo y, de esta manera, obtener mayores ganancias, no guarda sentido que haya amenazado con reducir también su precio final a los consumidores.
115. A criterio de este Colegiado, esta advertencia claramente tenía como objetivo alertar respecto a que, si Eckerd continuaba incumpliendo el acuerdo, Nortfarma también lo haría. Cabe indicar que, incluso, al observar los precios de Nortfarma y Eckerd se verifica que en la medida que Albis no pudo otorgar una solución inmediata, la apelante también modificó su precio final a los consumidores a S/ 12.55⁷⁴.
116. Lo anterior además se ve reforzado debido a que, si se hubiese tratado de una negociación con Albis, existirían correos electrónicos en los actuados o presentados por Nortfarma que evidencien conversaciones sobre los precios de venta (del proveedor al distribuidor), solicitudes de descuentos, entre otros; sin embargo, ello no ha sido así en este caso.
117. Por tanto, esta Sala considera que, a diferencia de lo alegado por Nortfarma, su correo del 25 de febrero de 2008 sí acredita que de manera posterior a las coordinaciones comprendidas entre el 1 y 8 de febrero, la empresa apelante continuó monitoreando el cumplimiento de la variación de precios. Por tanto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.

Segundo periodo de coordinación (septiembre de 2008)

118. En apelación, Nortfarma alegó que no existen correos electrónicos que acrediten su participación en el segundo periodo de coordinación (septiembre de 2008); sin embargo, la primera instancia sancionó a su empresa por fijación de precios por los dos periodos de coordinación.
119. De la revisión de los actuados, se aprecia que, en este segundo episodio de coordinación, en efecto, no existen correos electrónicos, a diferencia del primer periodo, en los que Nortfarma confirme su participación. Sobre el particular, este Colegiado considera necesario mencionar que, esta falta de confirmación expresa, no enerva que respecto a las coordinaciones realizadas en septiembre de 2008 puedan existir indicios suficientes que permitan inferir

⁷⁴ Precios producto (Sedotropina Flat gotas). Ver numeral 399 de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI.

	23-feb-08	24-feb-08	25-feb-08	26-feb-08	27-feb-08	28-feb-08	29-feb-08
Eckerd	12.55	12.55	12.55	12.55	12.55	12.55	12.55
Nortfarma	12.75	12.75	12.75	12.75	12.75	12.55	12.55

la participación de la empresa apelante.

120. En efecto, en este segundo periodo de coordinación se cuenta con que el 20 de agosto de 2008, Francisco Venero de Albis envió un correo electrónico en apariencia únicamente dirigido a José Glove (Jefe de Equipo de Promotores de Albis), indicando lo siguiente: "**Estimados clientes (...) hago llegar la relación de productos PPSUG [precios sugeridos] que regirán a partir del 1 de Set/08 hora: 8 AM, se envía con la debida anticipación pidiéndoles por favor se sirvan ajustar sus precios. (...).**"
121. Por los términos del correo citado en el párrafo anterior (dirigido a clientes y envío de precios) es posible inferir que este se encontraba dirigido a los proveedores con quienes había logrado coordinar precios en el primer periodo, esto es Arcángel, Eckerd, Fasa y Nortfarma. Esta inferencia además se ve reafirmada por el hecho que esta comunicación se encuentre en un monitoreo (vigilancia) posterior que realizó Albis sobre los precios de Fasa⁷⁵, pese a que esta empresa supuestamente no fue destinataria.
122. Cabe indicar que, en el mismo día, Francisco Venero de Albis envió a Arcángel la lista de productos con "precios sugeridos" (hoja de cálculo "Controlados", Tabla "PPsug. Cadenas 2008") que las cadenas de farmacias debían implementar desde el 1 de septiembre a las 8 a.m. indicando que "*ya se había coordinado con las demás cadenas*"⁷⁶, conforme se aprecia a continuación:

*"De: Venero, Francisco [Albis]
Enviado el: miércoles, 20 de agosto de 2008 12:03 p.m.
Para: Ruiz, Carlos [Arcángel]
CC: Casiano, Julio; Hurtado, Magaly del Pilar [Arcángel]
Asunto: PPSUG LP Albis 9/2,008
Datos adjuntos: PPSUG. Líneas Propias Albis. Set-08 xls (45 KB)*

*Hola amigos:
Previo un afectuoso saludo les hago llegar los PPSUG que regirán a partir del 1/set/08
Hora, 8 AM.
Ya se coordinó con las demás cadenas y respecto a los archivos Otros A y Otros B con Inkafarma.
Este incremento se considera en función al último alza de precios de LP Albis (5%)
Esperando la colaboración de siempre
Cordiales saludos
Francisco" (Énfasis agregado)*

⁷⁵ Ver correo electrónico de Francisco Venero de Albis a Christian Randich de Fasa del 4 de setiembre de 2008.

⁷⁶ Es necesario señalar que la primera instancia determinó que, del análisis de las comunicaciones de febrero de 2008, se aprecia que, como parte de la organización del cártel, las cadenas de farmacias habían aceptado que Eckerd ofreciera un precio relativamente menor al ofrecido por las demás. De esta manera, la lista de productos con los nuevos precios incluía una columna con los "precios conciliados" para las cadenas de farmacias y otras para Eckerd.

123. De esta manera, este Colegiado considera, al igual que la primera instancia, que toda vez que el archivo adjunto consistió en la misma relación de productos que Albis compartió en febrero de 2008 y que las comunicaciones antes detalladas tienen el mismo tenor ("Estimados clientes", "Hola amigos", "Ya se coordinó con las demás cadenas", "Esperando la colaboración de siempre", etc), es posible inferir que los mismos agentes que se encontraron involucrados (Fasa, Arcángel, Eckerd y Nortfarma) en las coordinaciones del primer periodo también lo hayan estado en septiembre de 2008.
124. El indicio anterior, además, se ve reforzado por la evidencia económica analizada por la primera instancia. En efecto, de la revisión de los gráficos (28 al 43) y cuadros (9 y 10) contenidos en la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, se advierte que el precio de venta de las empresas investigadas se incrementó siguiendo el patrón coordinado por las cadenas de farmacias.
125. Así, al igual que en el primer periodo de coordinación (1 al 8 de febrero de 2008), se realiza un análisis del periodo de ajuste de precios y del nivel de precios acordado, del cual esta Sala puede concluir lo siguiente:
- (i) Periodo de ajuste de precios: Los cuadros presentados en el Anexo 2, muestran que Nortfarma incrementó los precios de dieciséis (16) de los diecisiete (17) productos con precios coordinados entre el 3 y 7 de septiembre de 2008, siendo la fecha establecida por las cadenas el 1 de septiembre de 2008.
 - (ii) Nivel de precios acordado: En los Gráficos presentados en el Anexo 2, se observa que Nortfarma incrementó el precio de dieciséis (16) productos de Albis⁷⁷ a los niveles establecidos por el acuerdo de las cadenas de farmacia⁷⁸. Los incrementos observados se encuentran entre S/ 0.05 y S/ 4.4, respecto al día inmediatamente anterior del aumento, considerando las fechas donde se hayan realizado ventas del producto.
126. En consecuencia, de la revisión del periodo de ajuste de precios y del nivel de precios acordado, se advierte que existe suficiente evidencia para afirmar que

⁷⁷ Se refiere a los productos con código: 2 (Aneurin Forte caja x100 grageas), 3 (Aneurin Forte caja x30 grageas), 4 (Anginovag Aerosol para inhalación x 10 ml), 12 (Contractuvex gel x 20 gr), 16 (Digrafin caja x 100 tabletas), 17 (Dislep 25 mg caja x 20 comprimidos), 41(Gamalate b6 caja x 60 grageas), 42 (Gamalate b6 solución oral x 80 ml), 43 (Glidiabet 5 mg caja x 100 comprimidos), 44 (Ilosone 125mg/5 ml suspensión oral x 60 ml), 45 (Ilosone 250mg/5 ml suspensión oral x 60 ml), 58 (Núcleo Cmp forte 5 mg- 3 mg caja x 20 cápsulas), 67 (Sedotropina 1mg/ml solución x 15 ml), 68 (Sedotropina Flat suspensión x 15 ml), 70 (Tiorfan Lactantes 10 mg/g gránulos para suspensión x 18 sobres) y 71 (Triacana 0.35 mg caja x 100 comprimidos).

⁷⁸ Cabe precisar que la Comisión considera el precio acordado al primer decimal para aquellos productos con presentaciones que no se comercializan en fracciones (tabletas, pastillas comprimidos, etc.). Por ejemplo, el producto Anginovag aerosol para inhalación x 10 ml (N°4) a aplicarse el 1 de septiembre de 2008 era de S/. 49.12, cuyo redondeo equivale a S/. 49.10. De esta manera, si una empresa cobró un precio entre S/. 49.10 y S/. 49.12, entonces puede afirmarse que formó parte del acuerdo colusorio dirigido a incrementar el precio de dicho producto.

Nortfarma participó en un acuerdo que llevó al incremento de precios en dieciséis (16) productos de Albis en fechas cercanas a la pactada.

127. En atención a lo anterior, a diferencia de lo alegado por la apelante, de los correos electrónicos mencionados y de la evidencia económica, es posible concluir que Nortfarma también participó en las coordinaciones de septiembre de 2008 para fijar precios en los productos de Albis.

Otros argumentos en apelación

128. En segunda instancia, Nortfarma alegó que, a diferencia de lo señalado por la primera instancia en la descripción del mercado farmacéutico, las propias normas sectoriales imposibilitan el direccionamiento de la compra de determinadas marcas de medicamentos⁷⁹. Ello, en atención a que los médicos deben consignar en la receta la denominación genérica de la medicina y los químicos farmacéuticos pueden ofrecer alternativas de los medicamentos química y farmacológicamente equivalentes al prescrito en la receta.
129. Sobre el particular, es necesario señalar que de la lectura de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI no se advierte que la Comisión haya mencionado directa o indirectamente que el mercado farmacéutico se desenvuelva rígidamente a través de la receta de marcas de medicinas que no pueden ser cambiadas por los consumidores. Adicionalmente, cabe mencionar que aun cuando ello hubiese sido así, este hecho no enervaría la participación de Nortfarma en la colusión, por lo que corresponde desestimar lo alegado en este extremo.
130. Asimismo, en apelación, Nortfarma alegó que, a diferencia de BTL respecto de quien existe un correo que directamente la implica, en su caso solo existen dos correos electrónicos que podrían tener diferentes interpretaciones. Pese a ello, de acuerdo a su interpretación, la Comisión decidió sancionar a su empresa y no a BTL.
131. Al respecto, si bien existen dos correos electrónicos enviados por su empresa, uno durante el primer periodo de coordinación (comprendido entre el 1 y 8 de febrero de 2008) y otro durante las negociaciones y monitoreos posteriores, estos no han sido los únicos indicios para determinar su responsabilidad.
132. En efecto, como se ha mencionado, en el primer y en el segundo periodo de

⁷⁹ Para dicho efecto, mencionó el artículo 26 de la Ley 26842, Ley General de Salud que delega potestad solo a los médicos para poder prescribir medicamentos, debiendo consignar la denominación común internacional de los medicamentos (nombre genérico); y, el artículo 33 del referido cuerpo normativo concordado con el artículo 31 del Decreto Supremo 21-2001-SA, Reglamento de los Establecimientos Farmacéuticos, otorgan facultades a los químicos farmacéuticos para ofrecer alternativas de los medicamentos química y farmacológicamente equivalentes al prescrito en la receta.

coordinación se ha utilizado la evidencia económica para determinar si las empresas implementaron el precio concertado en el mercado. Asimismo, respecto al primer periodo de coordinación existen otros correos electrónicos internos de Albis que permiten contextualizar las dos comunicaciones de la empresa apelante y determinar que esta confirmó de manera expresa su participación e, incluso, reclamó incumplimientos de los demás agentes.

133. Asimismo, cabe indicar que no es materia de revisión ante esta instancia la responsabilidad de BTL determinada por la primera instancia, la cual se encuentra consentida. Sin perjuicio de ello, de la revisión de la resolución de primera instancia se advierte que la Comisión sustentó esta decisión en que, si bien se mencionaba a BTL como participante, no existe en su caso, a diferencia de Nortfarma, evidencia económica que otorgue indicios de que, en efecto, haya participado en la colusión.
134. De otro lado, en apelación, Nortfarma alegó que se utilizó a su empresa para calificar la conducta como una de alcance nacional porque es la única de las investigadas que solamente ofrece productos en ciudades distintas a Lima.
135. Al respecto, la Sala considera que lo argumentado por la empresa apelante no tiene sustento alguno ya que de la revisión de los medios probatorios utilizados por la primera instancia para determinar la responsabilidad de las demás implicadas a nivel nacional, se advierte que existen comunicaciones en las que se menciona de manera expresa el alcance nacional de la colusión⁸⁰.

⁸⁰ Ver, a manera de ejemplo, las siguientes comunicaciones:

*"De: Alex Tenorio Vasquez [Fasa]
Enviado el: Jueves, 04 de Septiembre de 2008 10:25 a.m.
Para: Christian Randich Tejada [Fasa]
CC: Miguel Sánchez [Fasa]
Asunto: RE: PPSUG: Línea propias Albis. 9/2,008*

Christian,

Los precios están actualizados desde el lunes a nivel nacional, puedes contactarte con tu proveedor y preguntarle a que local fue a verificar para realizar el seguimiento.

Alex Tenorio Vasquez" (Subrayado y énfasis agregado)

*"De: Venero, Francisco [Albis]
Enviado el: Viernes, 05 de septiembre de 2008 04:30 p.m.
Para: Ruiz, Carlos [Arcángel]
CC: Bravo, Gustavo [Arcángel]; Gocht, Stefan [Albis]
Asunto: RV: Precios de IKF*

Carlos, confirmado hoy por la tarde entre las 5 a 6 PM los precios de IKF estarán OK (los que aún faltaban), se terminó de revisar con todas las cadenas para evitar haya excusas.

Mañana puedes pedir verifiquen a nivel nacional.

*Saludos cordiales,
Francisco" (Subrayado y énfasis agregado)*

136. Adicionalmente, respecto a los indicios estadísticos, en apelación Nortfarma alegó que para el cálculo del precio diario la Comisión empleó la mediana (valor de la variable de posición central en un conjunto de datos ordenados) y no la moda (valor que tiene mayor frecuencia), lo cual constituye un error metodológico⁸¹.
137. Sobre el particular, en el Anexo 4 de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, la Comisión realizó una evaluación para determinar qué medida de tendencia central⁸² debía considerarse para la obtención del precio de venta al público diario por producto y por cadena a nivel nacional.
138. Dicha evaluación se basó en un análisis donde se descartó el precio promedio diario empleado en la resolución de imputación, quedando pendiente la evaluación de la mediana y la moda como posibles medidas de tendencia central que podrían emplearse para obtener el precio de venta diario al público por producto y cadena de farmacia.
139. Sin embargo, luego de un análisis del coeficiente de variación y de la robustez de las medidas, la Comisión concluyó que la mediana era la medida más adecuada para el análisis de precios, siendo la medida de tendencia central más robusta.
140. Al respecto, la Sala considera que la moda, entendida como una medida que representa el valor que se repite con mayor frecuencia dentro de una serie de datos, no puede ser considerada como una medida de tendencia central idónea para el análisis de precios en el presente caso debido a los siguientes motivos:
- (i) Si bien la moda no se ve afectada por valores extremos, una de sus desventajas es la posibilidad de que exista más de una moda o que no exista alguna⁸³. En el presente caso, del análisis de las series de precios se obtiene que algunas eran multimodales, es decir, que existía más de una moda debido a la existencia de más de un precio que se repetía con la misma frecuencia dentro de un mismo día por producto y por cadena

⁸¹ Posteriormente, Nortfarma alegó en su escrito del 26 de diciembre de 2017 que en la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI se indicó que las tablas estadísticas han sido elaboradas aplicando el método estadístico de la mediana; sin embargo, se han desarrollado aplicando el método de la moda, lo cual evidencia una contradicción en el pronunciamiento de la primera instancia. Al respecto, es necesario señalar que, de la revisión de la resolución apelada, esta Sala advierte que, a diferencia de lo alegado por Nortfarma, la Comisión utilizó la mediana a efectos de evaluar la serie estadística.

⁸² La tendencia central de un conjunto de datos es la disposición de estos para agruparse ya sea alrededor del centro o de ciertos valores numéricos. CANAVOS, George. *Probabilidad y Estadística. Aplicaciones y métodos*, 1988, McGraw-Hill/Interamericana de México, pág. 12.

⁸³ TOMA, Jorge. *Estadística Aplicada Primera Parte*, 2012, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, pág.140-141.

de farmacia. En tal sentido, la moda tenía una utilidad limitada como medida de tendencia central⁸⁴.

- (ii) Adicionalmente, la moda es considerada como una medida de tendencia central de poco interés debido a que es empleada mayoritariamente en variables cualitativas, es considerada como inestable y difícil de estimar, además de no recomendarse su uso en el caso de variables cuantitativas continuas⁸⁵.

141. Respecto a la mediana, entendida como la medida que refleja el punto central de la serie de precios, esta Sala concuerda con la primera instancia en considerarla como una medida adecuada para el análisis de precios, debido a que presenta una menor sensibilidad ante los valores extremos respecto a la media⁸⁶.
142. En consecuencia, la Sala considera que, a diferencia de lo argumentado por Nortfarma, el uso de la moda no sería recomendable para este caso debido a las limitaciones que presenta, en términos estadísticos, para el análisis de precios diarios de venta al público por producto y por cadena, siendo la mediana una medida de tendencia central más adecuada. Por tanto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.
143. De acuerdo a lo expuesto, a partir de los correos electrónicos evaluados y la información de los precios anteriormente expuesta, esta Sala concluye que existen medios probatorios directos e indicios que convergen en una misma dirección y, de esta manera, acreditan la participación de Nortfarma en el primer y segundo periodo de coordinación de precios. Según se ha verificado, esta coordinación en la que las cadenas de farmacias tuvieron como intermediario y canalizador a su proveedor Albis mediante el mecanismo *hub and spoke* constituye una práctica colusoria horizontal proscrita por el artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
144. Finalmente, la práctica colusoria de fijación concertada de precios entre competidores que ha sido identificada se encuentra sujeta a una prohibición absoluta, por lo que basta la constatación de su existencia para declarar su ilegalidad.
145. Por tanto, corresponde confirmar la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, en el extremo que halló responsable a Nortfarma de haber participado, de

⁸⁴ CANAVOS, George. *Probabilidad y Estadística. Aplicaciones y métodos*, 1988, McGraw-Hill/Interamericana de México, pág. 12.

⁸⁵ DE LA HORRA, Julián. *Estadística Aplicada*, 1995, Ediciones Díaz de Santos, pág. 5. TOMA, Jorge. *Estadística Aplicada Primera Parte*, 2012, Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, pág.140-141.

⁸⁶ CANAVOS. *Op cit.*, pág. 12

manera conjunta con Fasa, Arcángel y Eckerd, en la realización de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación concertada de precios de venta al público, a nivel nacional, de diversos productos farmacéuticos y afines, desarrollada entre enero de 2008 y marzo de 2009.

III.4 Sobre la sanción impuesta a Nortfarma y la medida correctiva

146. Mediante Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, la primera instancia impuso a Nortfarma una multa ascendente a 94.43 UIT y ordenó en calidad de medida correctiva que implemente un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia, que será aprobado por la Comisión y que tendrá por finalidad contrarrestar las condiciones que promuevan o permitan la comisión de conductas anticompetitivas como las acreditadas en el presente procedimiento.
147. En el informe oral del 18 de diciembre del presente año, Nortfarma señaló que en la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI la Comisión empleó una probabilidad de detección de 0.15, cambiando injustificadamente la probabilidad de 0.6 utilizada en el Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI.
148. Al respecto, la primera instancia indicó en la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI que la probabilidad de detección debe reflejar la capacidad de la autoridad de competencia en detectar comportamientos anticompetitivos. En tal sentido, precisó que discrepaban con la probabilidad de detección de 60% propuesta por su Secretaría Técnica, debido a que las coordinaciones no se llevaron a cabo directamente entre las farmacias, sino que se empleó a los proveedores como intermediarios, bajo un escenario de aparente legalidad.
149. Asimismo, la Comisión tomó en consideración que las coordinaciones realizadas entre las empresas investigadas para el incremento de precios presentaron características que dificultaron la detección de la infracción, además de tornar más complejo el análisis. Así, su Secretaría Técnica solo obtuvo elementos de juicio a través de las visitas de inspección que se realizaron en marzo y septiembre de 2009.
150. En consecuencia, la Comisión consideró que el presente caso era diferente a casos anteriores⁶⁷, donde se había empleado una probabilidad de detección de 60% debido a que las investigaciones se iniciaron como consecuencia de denuncias por parte de consumidores o compradores afectados. De esta manera, tomando en cuentas las características de la infracción y basándose en estudios donde se indica que la probabilidad de detección en este tipo de

⁶⁷ Ver Resoluciones 030-2015/CLC-INDECOPI, 075-2015/CLC-INDECOPI, 019-2016/CLC-INDECOPI y 040-2014/CLC-INDECOPI.

infracción se encuentra entre el 10% y 20%, la primera instancia consideró que la probabilidad de detección debía fijarse en 15%.

151. Al respecto, esta Sala coincide con la Comisión en considerar que el presente caso presenta características de la infracción que dificultaron en mayor medida el trabajo de la Secretaría Técnica, toda vez que los elementos de análisis se obtuvieron realizando una labor de oficio sin denuncia de un tercero de por medio. Asimismo, las empresas investigadas habrían evitado las comunicaciones por escrito, además de realizar las coordinaciones a través de los laboratorios, lo que evidencia que se buscó mantener la infracción en secreto⁸⁸.
152. Adicionalmente, la Sala ha verificado que los estudios citados por la Comisión⁸⁹ que justifican la probabilidad de detección, efectivamente indican que dicha probabilidad se encuentra en un intervalo de 10% y 20%, motivo por el cual, la Comisión ha basado su decisión en literatura económica válida sobre la detección de carteles, que toma en cuenta información sobre los cárteles descubiertos en Estados Unidos y la Unión Europea.
153. En consecuencia, la Sala considera que lo argumentado por la empresa apelante no es atendible, debido a que la Comisión sí sustentó válidamente el porcentaje de la probabilidad de detección empleado en la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI. Por tanto, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente en este extremo.
154. Finalmente, en el informe oral, Nortfarma precisó que la Comisión aplicó un agravante de 20% por impacto a nivel nacional, pese a que se trata de una empresa regional con presencia en tan solo cuatro (4) regiones.
155. Sobre el particular, de la revisión de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, se advierte que, debido a que la conducta tuvo un impacto en todo el territorio

⁸⁸ Es importante señalar que, a diferencia de otros casos resueltos por la Sala (como, por ejemplo, las Resoluciones 856-2014/SDC-INDECOPI y 37-2017/SDC-INDECOPI en los que se empleó una probabilidad de detección de 50% y 60%, respectivamente), en el presente procedimiento la infracción se ha desarrollado a través de intermediarios que operaban en nivel distinto (*Hub and Spoke*), por lo que la detección de la conducta infractora era particularmente difícil por la autoridad.

⁸⁹ Los estudios citados por la Comisión son los siguientes: (i) BRYANT, Peter y ECKARD, Woodrow. *Price Fixing: The Probability of Getting Caught*. En: *The Review of Economics and Statistics*, Vol. 3, No. 3 (agosto de 1991), páginas 531 a 536. En dicho estudio se consideran los carteles descubiertos en Estados Unidos entre 1961 y 1988, y estiman que la probabilidad de detección estaría en el rango de 13 al 17%. (ii) COMBE, Emmanuel, MONNIER, Constance y LEGAL Renaud. *Cartels: the Probability of getting caught in the European Union*. Bruges European Economic Research papers, marzo de 2012. Disponible en: <https://www.coleurope.eu/sites/default/files/research-paper/beer12.pdf>. En dicho estudio se estima que la probabilidad de detección estaría en el rango de 12.9% a 13.2%, considerando los carteles descubiertos entre 1969 y 2007 en la Unión Europea. (iii) ORMOSI, Peter. *A Tip of the Iceberg? The Probability of Catching Cartels*, *Journal of Applied Econometrics*, 2014, páginas 549-568. En dicho estudio, tomando los carteles descubiertos entre 1984 y 2009 en la Unión Europea, se estima que la probabilidad de detección estaría en el rango de 10% y 20% en la mayoría de veces en el periodo evaluado.

nacional, se introduciría un segundo agravante del 20%⁹⁰. Sin embargo, la primera instancia precisó que dicho agravante fue aplicado a todas las cadenas de farmacias con excepción de Nortfarma ya que esta empresa únicamente contaba con locales en el norte del país⁹¹. En tal sentido, lo manifestado por la recurrente no se desprende del pronunciamiento de la primera instancia, por lo que se desestima lo alegado en este extremo.

156. Habiendo desestimado lo argumentado por Nortfarma, esta Sala considera necesario revisar la graduación de la sanción efectuada por la primera instancia. De esta manera, se advierte que para el cálculo de la multa base⁹², la Comisión determinó el beneficio ilícito extraordinario, representado por las ganancias obtenidas por las empresas investigadas como consecuencia del incremento de precios, y la probabilidad de detección.
157. En el caso de Nortfarma, el beneficio extraordinario sumó un total de S/ 37,511.23, mientras que la probabilidad de detección, transversal a todas las empresas, fue fijada en 15%; en tal sentido, luego del ajuste por inflación y de la aplicación de la probabilidad de detección, la multa base de Nortfarma asciende a S/ 310,816.45, equivalentes a 78.69 UIT.
158. Adicionalmente, este Colegiado coincide en la necesidad de aplicar en el caso de Nortfarma un agravante del 20% en atención a que los productos involucrados en la infracción se encontraban vinculados con la vida y salud de los consumidores. En tal sentido, la multa de Nortfarma después de aplicado el factor agravante asciende a S/ 372,979.74, equivalentes a 94.43 UIT.

⁹⁰ El primer agravante aplicable para todas las empresas consistió: En un aumento del 20% de la multa base en atención a que los productos involucrados en la infracción acreditada se encontraban vinculados con la vida y salud de los consumidores.

⁹¹ **RESOLUCIÓN 078-2016/CLC-INDECOPI DEL 12 DE OCTUBRE DE 2016**
"827. Adicionalmente, es necesario introducir un segundo factor agravante. En efecto, considerando que la conducta tuvo impacto en todo el territorio nacional, corresponde imponer otro factor agravante del 20% de la multa base actualizada, para todas las cadenas, con excepción de Nortfarma, quien únicamente tenía locales en la zona norte del país." (Subrayado y énfasis agregado)

⁹² La multa base de las empresas investigadas se deriva de la aplicación de la siguiente fórmula:

$$Multa\ Base = \frac{(P_{concertación}^i - P_{competitivo}^i) * Q^i}{Pr_d}$$

Donde:

$P_{concertación}^i$:	Es el precio concertado.
$P_{competitivo}^i$:	Es el precio antes de la concertación.
Q^i	:	Es la cantidad de unidades vendidas durante el periodo de infracción.
Pr_d	:	Es la probabilidad de detección de la conducta.

159. Por tanto, habiendo desestimado los argumentos de la recurrente referidos a la graduación de la sanción y toda vez que no ha presentado argumentos destinados a cuestionar la medida correctiva, corresponde confirmar la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI en estos extremos.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: confirmar la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016, en el extremo que halló responsable a Nortfarma S.A.C. de haber participado, de manera conjunta con Farmacias Peruanas S.A., Albis S.A. y Eckerd Perú S.A., en la realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de precios de venta al público, a nivel nacional, de diversos productos farmacéuticos y afines, desarrollada entre enero de 2008 y marzo de 2009.

SEGUNDO: confirmar la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016, en el extremo que impuso a Nortfarma S.A.C. una multa ascendente a 94.43 Unidades Impositivas Tributarias.

TERCERO: confirmar la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016, en el extremo que ordenó a Nortfarma S.A.C., en calidad de medida correctiva, implementar un programa de cumplimiento de la normativa de libre competencia, que será aprobado por la Comisión y que tendrá por finalidad contrarrestar las condiciones que promuevan o permitan la comisión de conductas anticompetitivas como las acreditadas en el presente procedimiento.

Con la intervención de los señores vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, José Francisco Martín Perla Anaya y Mónica Eliana Medina Triveño.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Vicepresidenta