FACULTAD DE DERECHO

En defensa del derecho fundamental al debido proceso de las empresas investigadas en los procesos de regulación de la competencia realizados por INDECOPI. Análisis del caso: Colusión de precios en el sector farmacéutico

Tesis para optar el Título de
Abogado

Valeria Milagros Castillo Horna

Asesor(es):
Dr. Luis Fernando Castillo Córdova, Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal

Piura, octubre de 2021

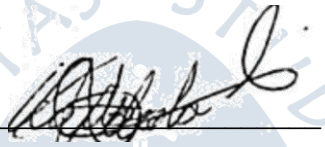
UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Aprobación

La tesis titulada “En defensa del derecho fundamental al debido proceso de las empresas investigadas en los procesos de regulación de la competencia realizados por INDECOPI. Análisis del caso: Colusión de precios en el sector farmacéuticos”, presentada por la bachiller Valeria Milagros Castillo Horna en cumplimiento de los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por el Director de Tesis, Dr. Luis Fernando Castillo Córdova, y la co-asesora, Dra. Karla Patricia Maribel Vilela Carbajal.



Directora de tesis



Co-asesora de tesis

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

"Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de personas principales, de nobles o del pueblo, ejerciera los tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias entre los particulares".

Montesquieu, El espíritu de las leyes.

"La justicia es la primera virtud de las instituciones, como la verdad es la de los sistemas de pensamiento."

John Rawls, A Theory of Justice.

"(…) ¡La verdad es la verdad siempre! ¿No es así…? Si usted consigue encontrar un indicio favorable a un acusado ¿Lo suprimiría porque lo considere culpable? Claro que no".

Agatha Christie, Un triste ciprés.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Agradecimientos

La elaboración del presente trabajo no hubiera sido posible sin el asesoramiento, motivación, revisión, crítica constructiva, y, sobre todo, paciencia de varias personas. En primer lugar, he de agradecer a mis asesores, Dr. Luis Castillo y Dra. Karla Vilela, quienes tuvieron la ardua labor de orientarla, escucharon pacientemente mis inquietudes, creyeron firmemente en que cumpliría con el objetivo planteado, y, quienes, a lo largo del asesoramiento transmitieron no solo ilusión, sino también motivación y rigor técnico. Les profeso un profundo agradecimiento porque sin ese impulso, paciencia y, sobre todo, acertadas sugerencias, no hubiera sido posible la presente investigación.

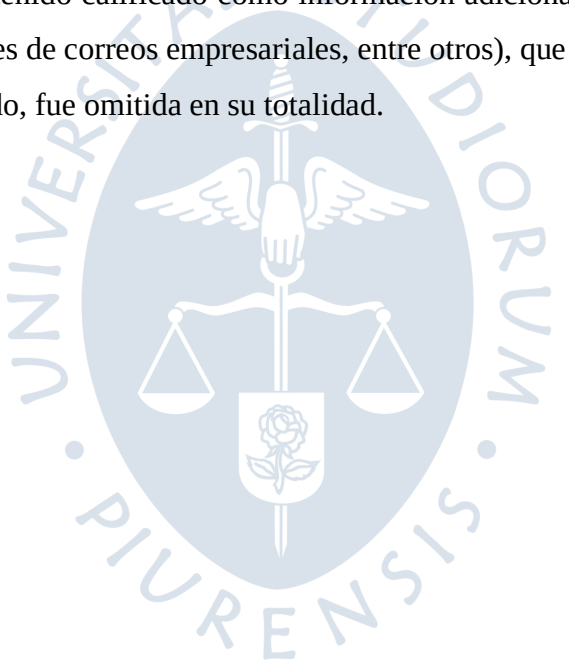
En segundo lugar, quiero agradecer la paciencia infinita, los ánimos y comentarios de mis padres, Gerardo y Carmen, y hermanos, Álvaro e Ignacio; de mi familia, muy especialmente de mi tía Genara; de mis mejores amigos Andrea, Lorena, Fernando, Kevin, Christian y José Antonio. Todas y cada una de estas personas supieron guiarme positivamente, me brindaron su apoyo y confianza de manera incondicional y me brindaron todo su amor.

En tercer y último lugar, pero el más importante de todos, agradezco infinitamente a Dios por estar siempre a mi lado y darme fuerzas para avanzar pese a las adversidades presentadas.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Aclaración

Toda la información consignada en el presente trabajo de investigación es calificada como pública[1] y se encuentra relacionada con el expediente administrativo 008-2010/CLC-INDECOPI, siendo obtenida de los portales de seguimiento de los expedientes[2] y de la solicitud de acceso a la información pública[3] (presentada ante INDECOPI, en el mes de abril del 2019). El tratamiento que se le otorgó observa las reglas de la sana crítica y no se ha vertido en el presente trabajo ningún razonamiento o conclusión que no derive del análisis jurídico del caso bajo lo precisado por las normativas aplicables. Asimismo, es preciso indicar que los correos transcritos al tener información sensible (datos del emisor y receptor) no fueron consignados en su totalidad o integridad, para evitar la afectación a la imagen de las personas naturales relacionadas con las cadenas de correos, por ello, únicamente se procedió a poner el nombre propio y todo aquel contenido calificado como información adicional (teléfonos personales o de la empresa, direcciones de correos empresariales, entre otros), que no son relevantes para el análisis del caso analizado, fue omitida en su totalidad.



---

1 El artículo 10° de la Ley 27806, establece, en relación a la información de acceso público, que "Las entidades de la Administración Pública tienen la obligación de proveer la información requerida si se refiere a la contenida en documentos escritos, fotografías, grabaciones, soporte magnético o digital, o en cualquier otro formato, siempre que haya sido creada u obtenida por ella o que se encuentre en posesión o bajo su control. Asimismo, para los efectos de esta Ley, se considera como información pública cualquier tipo de documentación financiada por el presupuesto público que sirva de base a una decisión de naturaleza administrativa, así como las actas de reuniones oficiales".

2 Tanto del portal de Consulta de Expedientes Judiciales como del Buscador de resoluciones de Indecopi.

3 El artículo 31° del Decreto Legislativo 1205 establece que: "En cualquier momento del procedimiento, y hasta que éste concluya en sede administrativa, únicamente la parte investigada, quien haya presentado una denuncia de parte o terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a éste y obtener copias de los actuados, siempre que la Comisión no hubiere aprobado su reserva por constituir información confidencial. A partir del día siguiente de la notificación de la Resolución final de la Comisión a las partes interesadas, las versiones no confidenciales de dicha resolución y del informe Técnico de la Secretaría Técnica serán públicas de la vía administrativa, cuando corresponda".

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Resumen

El presente trabajo de investigación tiene como propósito realizar un análisis acerca de cómo la autoridad administrativa (INDECOPI) efectúa la detección, determinación y aplicabilidad de las normas legales correspondientes al momento de proteger, de manera inmediata, el interés de los consumidores para acceder a un mercado donde los precios de los productos y servicios debe determinarse en un marco de libre competencia y, de manera mediata, protege la libre competencia en sí. Para efectos de poder visualizar los aciertos y desaciertos que efectúa, servirá como objeto secundario de estudio el expediente N° 008-2010/CLC-INDECOPI dentro del cual se determinó y sancionó a cinco de las siete empresas por la realización de actos de colusión sobre 17 productos farmacéuticos.

Es preciso tener en consideración de manera previa que los actos de afectación de la libre competencia puede efectuarse tanto en el ámbito privado como con autoridades del sector público, pero el presente trabajo de investigación únicamente realizará el análisis de las actuaciones que dos o más empresas, durante su interactuación, despliegan acciones empresariales cuestionables que pueden ser producto o no de una concertación entre ellas o por el desenvolvimiento del mercado mismo en el que se encuentran. Asimismo, el presente trabajo de investigación tendrá como lineamientos de acción y observación, sobre todo, la jurisprudencia nacional.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Tabla de contenido

Introducción **15**

Capítulo 1 Presentación del expediente administrativo N° 008-2010/CLC-INDECOPI **19**

1.1 Planteamiento del problema y exposición del caso 19

1.2 Objetivos de la investigación 25

1.2.1 Objetivo general 25

1.2.2 Objetivos específicos 25

1.3 Justificación 25

1.4 Delimitación 26

Capítulo 2 La Constitución del Estado Constitucional de Derecho **27**

2.1 La Constitución como norma parcialmente vinculante 27

2.2 La Constitución plenamente normativa 32

2.3 La Constitución como norma suprema 33

2.4 La Constitución peruana como norma fundamental plenamente vinculante 35

2.4.1 El contenido material de la Constitución peruana 35

2.4.2 La plena normativa de la constitución peruana 37

2.4.3 En particular sobre los derechos fundamentales y su contenido constitucional 39

2.5 Las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales 41

2.5.1 Justificación de la titularidad por parte de las jurídicas 41

2.5.2 Los derechos fundamentales titularizados por las personas jurídicas 46

Capítulo 3 INDECOPI como ente administrativo vinculado a la Constitución **51**

3.1. La organización y funciones de INDECOPI 51

3.1.1 Un necesario marco histórico 51

3.1.2 INDECOPI como organismo autónomo 56

3.1.3 Su organización y atribuciones 58

3.2. INDECOPI como órgano constituido 67

3.3. La vinculación de INDECOPI al derecho fundamental al debido proceso constituido 69

3.3.1 El derecho fundamental al debido proceso 69

3.3.2 El contenido constitucional del derecho fundamental al debido proceso 73
3.3.3 El debido proceso en un procedimiento administrativo sancionador 77

Capítulo 4 Las actuaciones del ente administrativo dentro del expediente administrativo sancionador N° 008-2010/CLC-INDECOPI 103
4.1 El mercado farmacéutico y la supervisión de la competencia en el marco de un libre mercado..... 103
4.1.1. La importancia del análisis del mercado relevante dentro de un procedimiento administrativo sancionador 103
4.1.2. Estructura y dinámica del mercado farmacéutico 104
4.1.3. Sobre el acceso a los medicamentos 118
4.2 Sobre el control de posterior efectuado por INDECOPI durante la tramitación del expediente administrativo sancionador N° 008-2010/CLC-INDECOPI 122
4.2.1 El despliegue del control posterior en la detección de infracciones y afectaciones al derecho de la libre competencia 122
4.2.2 El despliegue del control posterior en la apertura del procedimiento administrativo sancionador 142
4.3 El despliegue del control posterior en la determinación de las actuaciones empresariales 191
4.3.1 Análisis de la conducta anticompetitiva..... 191
4.3.2 Incorporación de prueba prohibida 308

Conclusiones 315

Lista de referencias 317

Jurisprudencia 331

Introducción

En la mayoría de los países del mundo se han aprobado normas legales con la finalidad de garantizar una idónea competencia y no perjudicar al consumidor, a las pequeñas y grandes empresas o al Estado mismo. A pesar de ello se han presentado casos como el de *Emcure Pharmaceuticals* y otros, en Estados Unidos[4]; y, Farmacias Ahumada, Cruz Verde y SalcoBrand en Chile[5]; en los que se realizaron acciones empresariales que afectaron tanto el derecho a la libre competencia de las demás empresas farmacéuticas, como al derecho de los consumidores. Frente a la aparición de casos cada vez más complejos, a los Estados les surge la necesidad de realizar un reforzamiento al su *ius puniendi*, el cual, al poder ser desplegado en el ámbito administrativo sancionador o penal, debe cumplir una función disuasiva.

El Estado peruano no se ha encontrado exento de presentar una situación similar. Así, en el 2008, se hizo público uno de los más grandes casos de colusión en nuestro país, donde siete empresas farmacéuticas acordaron la fijación de precios de setenta y cinco productos ofertados en el mercado farmacéutico; por lo que, al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección a la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI) le correspondió la labor de verificar si dichas empresas farmacéuticas habían cometido, o no, una infracción administrativa consistente en la concertación de los precios de dichos productos, situación que debía analizarse en términos de afectación al derecho a la libre competencia en el mercado farmacéutico, y generación de un perjuicio económico a los consumidores.

El Estado peruano, durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador iniciado por INDECOPI contra las empresas farmacéuticas, aprobó una serie de normas jurídicas cuya finalidad era castigar las conductas anticompetitivas con mayor severidad; en ese sentido se modificó el Decreto Legislativo 701, norma vigente al momento de la comisión de las primeras infracciones detectadas y, finalmente, INDECOPI culminó dicho procedimiento con la imposición de una multa pecuniaria a la mayoría de las empresas farmacéuticas involucradas.

A través del presente trabajo de investigación abordaremos una cuestión de gran relevancia jurídica, consistente en la determinación de si la autoridad administrativa (INDECOPI) se encuentra obligada a respetar los derechos constitucionales de los agentes económicos investigados en los procedimientos administrativos de esta naturaleza, en virtud

---

4 Case 16-AG-27240. Recuperado de http://ag.nv.gov/uploadedFiles/agnvgov/Content/News/PR/PR_Docs/2017/2017-10-31_State.AGs_ProposedAmendedComplaint.PV.pdf.

5 Sentencia N° 119/2012 emitida en Santiago el 31 de enero de 2012. Recuperado de http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/01/Sentencia_119_2012.pdf.

del respeto que le debe profesar a la Constitución de 1993 (en adelante, la Constitución), y de qué manera garantiza dicha protección; o si, por el contrario, dicha autoridad administrativa omite garantizar dichos derechos como consecuencia de realizar una ponderación entre los mismos y los intereses económicos de los consumidores, prevaleciendo estos últimos.

Para un adecuado análisis de la cuestión planteada en el presente trabajo de investigación, fue objeto de estudio el procedimiento administrativo sancionador que se tramitó bajo el expediente administrativo N° 008-2010/CLC-INDECOPI, a fin de determinar si efectivamente las principales decisiones adoptadas por INDECOPI se desenvolvieron según el marco constitucional y legal vigente. Asimismo, se analizó la necesidad de realizar una delimitación y determinación del mercado relevante y la presencia de sustitutos; sobre todo, si se considera la importancia de la prueba indiciaria, la manera en que fue evaluado y los parámetros o criterios utilizados por parte de INDECOPI durante el desarrollo del procedimiento.

Para tales fines, se consideró conveniente dividir la presente investigación en cuatro capítulos. El primer capítulo titulado "Presentación del Expediente N° 008-2010/CLC-INDECOPI", tiene dos objetivos: El primero referido a la exposición tanto de los motivos que incentivaron la investigación como lo que se pretende lograr en la misma; mientras que el segundo de ellos, tiene como finalidad exponer las principales partes del expediente administrativo N° 008-2010/CLC-INDECOPI, el cual será objeto de análisis en los siguientes capítulos.

En el capítulo 2 titulado "La Constitución del Estado Constitucional de Derecho", se analiza la vinculatoriedad y el respeto que debe profesar, tanto los organismos públicos como todas las personas -naturales o jurídicas- que se encuentren en el territorio peruano, a los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, los cuales no son únicamente de titularidad de las personas naturales sino también de las personas jurídicas; todo ello con la finalidad de analizar y determinar cuál es la debida protección que INDECOPI les debe otorgar, sobre todo, en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Hay un aspecto que se debe mantener presente durante el desarrollo de la investigación, y es la limitación y control que pesa sobre la actuación de la Administración Pública, significando la existencia de parámetros plenamente definidos que regulen el correcto ejercicio de una técnica tan invasiva como lo puede ser la actividad sancionatoria. Sobre todo, si se considera que la Administración Pública, como parte integrante del Poder Ejecutivo, debe delimitar su actuar y considerar al ciudadano como esencia en la limitación de las facultades públicas, la cual se manifiesta en las normas

promulgadas, erigidas como garantías a favor de los ciudadanos frente al potencial abuso del poder e incumplimiento de las leyes.

Una vez delimitado el marco conceptual previo, corresponde realizar un acercamiento y determinación al origen y organización de INDECOPI, con la finalidad de conocer sus funciones, facultades, atribuciones y el despliegue de estas últimas; por ello, el capítulo 3 titulado "INDECOPI como ente administrativo vinculado a la Constitución", tuvo como finalidad observar tanto su estructura y facultades de control desplegadas en la determinación y sanción de todas aquellas actividades empresariales que puedan implicar una afectación al derecho de la competencia, sobre todo, el respeto de los derechos constitucionales, los cuales deben ser considerados al momento del despliegue de sus facultades; además, se analizó si al ser un órgano administrativo independiente con facultades de investigar, determinar jurídica y económicamente los efectos negativos de las actuaciones empresariales, y sancionar las conductas anticompetitivas determinadas, puede y/o realiza extralimitaciones. Asimismo, se analizó su vinculatoriedad y respeto que posee por y a la Constitución, así como, a los derechos humanos reconocidos en su contenido (los cuales serán desarrollados en el capítulo posterior), tratando de evidenciar si las personas jurídicas son titulares de derechos, ya que, de no ser así, no se podría hacer referencia al juicio consistente en que la autoridad administrativa puede o no cometer excesos al momento de dar prevalencia al interés de los consumidores; por ello, como segunda finalidad se tratará determinar la titularidad de los derechos humanos de las personas jurídicas, específicamente el derecho al debido procedimiento dentro de un procedimiento administrativo sancionador.

El capítulo 4 titulado "Las actuaciones del ente administrativo en el Expediente Administrativo Sancionador N° 008-2010/CLC-INDECOPI", tuvo como finalidad primaria la observancia a la dinámica del mercado farmacéutico para analizar, de manera concreta, lo acaecido dentro del expediente administrativo sancionador N° 008-2010/CLC-INDECOPI; así como, las actuaciones de la autoridad administrativa, los criterios utilizados y su vinculación con la Constitución, la Ley y el Derecho, el análisis y determinación de la materialización del acuerdo colusorio imputado a las empresas investigadas.

Finalmente, en el apartado de Conclusiones se plasmará un juicio en referencia a si el procedimiento administrativo sancionador fue o no idóneo.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Capítulo 1

Presentación del expediente administrativo N° 008-2010/CLC-INDECOPI

1.1 Planteamiento del problema y exposición del caso

El autodenominado Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional del entonces presidente Alberto Fujimori, contando con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros, creó el INDECOPI, mediante la aprobación del Decreto Ley N° 25868, de fecha 6 de noviembre de 1992. Como consecuencia se le encargó combatir todas aquellas conductas empresariales que impliquen una evidente, directa e inmediata afectación al derecho de la competencia y al derecho de los consumidores, todo ello con la finalidad de lograr una eficiencia social en el mercado.

Además, se estableció que INDECOPI sería el órgano encargado de aplicar y observar las facultades recogidas en el Decreto Legislativo 701, de fecha 5 de noviembre de 1991. Dicho Decreto Legislativo tuvo como origen la Ley 25327, mediante la cual, el Congreso de la República, en conformidad con el artículo 188° de la Constitución Política del Perú de 1979, delegó a favor del Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otras materias, lo relacionado a la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción de bienes y la prestación de servicios, permitiendo que la libertad de empresa se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios.

En los últimos años ha quedado comprobada la importancia y efectividad del mecanismo de control posterior que nace del rol y facultades atribuidas a INDECOPI, siendo el despliegue de estas cada vez más amplio, creando, en no pocos casos, el riesgo de extralimitación con el consecuente perjuicio para los derechos fundamentales de los agentes económicos investigados, debido a que, en ocasiones, la labor ejercida por la autoridad administrativa puede significar exceso o defecto en la determinación de las conductas anticompetitivas tramitadas bajo los correspondientes expedientes administrativos sancionadores.

Al otorgarse a INDECOPI la capacidad de emitir, por ejemplo, directivas referidas no solo a la interpretación de las normas jurídicas vigentes, sino también a la determinación de los alcances y a la aplicación de los criterios en la imposición de la sanción, ha supuesto en la práctica el reconocimiento de una intensa discrecionalidad con el consiguiente riesgo de arbitrariedad. Esta realidad plantea la necesidad de que existan mecanismos que signifiquen un efectivo contrapeso a su actuación, esto es, que se encuentren dirigidos a evitar su extralimitación; más aún cuando reparamos en la existencia de un Estado Constitucional de

Derecho, en el cual la Constitución actúa como instrumento efectivo de limitación del poder para la garantía de los derechos fundamentales.

En aras de evaluar si INDECOPI se ha extralimitado, o no, en el ejercicio de sus atribuciones, y si transgredió, o no, los principios de derecho administrativo y los derechos constitucionales de los administrados, resulta conveniente estudiar su concreto actuar a través del análisis de un caso especialmente significativo por su trascendencia social. Con tal finalidad, el presente trabajo de investigación examinará el proceder de INDECOPI en el caso resuelto, recaído en el expediente administrativo N° 008-2010/CLC-INDECOPI.

El caso mencionado tuvo en consideración las necesidades de salud de la sociedad (esto es, la necesidad de adquisición de todos aquellos productos estimados como vitales para mantener o preservar la misma), por ello, INDECOPI trató de conocer, mantener y asegurar el acceso a un precio "adecuado" a los medicamentos ofertados en los establecimientos de las empresas investigadas. La importancia del caso radica en el coste social de la prestación farmacéutica (que es un factor importante de la prestación o asistencia sanitaria), sobre todo si el producto farmacéutico concernido constituye uno de los activos más consumidos en la industria de la salud.

El hecho que las empresas determinen precios desproporcionados o incrementen estos de manera injustificada, teniendo en cuenta la incapacidad gubernamental para dirigir y reducir los precios, trae como consecuencia que un número considerable de personas no puedan acceder a los medicamentos que requieren, poniendo en peligro la funcionalidad y permanencia del sistema de salud. Ante esta situación, el Estado debe encontrar el balance entre las necesidades de los consumidores (en su mayoría, pacientes) y el legítimo beneficio que buscan las empresas que se desenvuelven en este mercado.

Cabe tener en consideración la peculiar situación en la que se desenvuelve el mercado farmacéutico, donde el establecimiento del precio de los productos ofertados no puede dejarse al libre arbitrio de las empresas, sino que debe responder al establecimiento "proporcional" entre los dos extremos que la componen, por un lado, el coste de producción y, por otro lado, el "valor" del producto (cuánto está dispuesto a pagar el consumidor por la adquisición del mismo). Adicionalmente, puede agregarse la situación generada por las patentes farmacéuticas donde el Estado, pese a que tiene como misión incrementar la producción científica, permite que las empresas diseñen, aparentemente, nuevas fórmulas cuya composición no se diferencia de manera significativa a la inicial (conllevando que se patenten productos que no signifiquen innovación ni avance en la investigación o en el desarrollo).

El expediente administrativo anteriormente mencionado se inició de oficio por parte de INDECOPI en el año 2009[6], como consecuencia de observar la presencia de un aparente paralelismo de precios en los productos ofertados por varias distribuidoras farmacéuticas, entre las cuales encontramos a INRETAIL PHARMA S.A. (conocido como INKAFARMA), FARMACIAS PERUANAS S.A. (conocido como FASA), ARCÁNGEL S.A. (conocido como ARCÁNGEL)[7], ALBIS S.A.C. (conocido como ALBIS), BOTICAS TORRES Y LIMATAMBO (conocido como BTL), BOTICAS Y SALUD (conocido como BYS), y, NORTFARMA S.A.C (conocido como BOTICAS FELICIDAD).

INDECOPI procedió a formalizar el procedimiento administrativo sancionador, el 1 de diciembre de 2010, mediante la emisión de la Resolución N° 017-2010/ST-CLC-INDECOPI, en la cual se dejó constancia de la realización de una serie de actuaciones administrativas previas, entre las cuales encontramos a las visitas inspectivas realizadas desarrolladas en dos momentos concretos. Las primeras se desarrollaron en los meses de marzo y abril, mientras que las segundas se desarrollaron en el mes de setiembre de 2010. En dichas visitas se solicitó información de naturaleza comercial que se encontraba contenida en los diversos soportes, tanto de las empresas investigadas, como de las empresas asociadas, bajo apercibimiento de imponer una multa administrativa[8]. Cabe tener en consideración que, en ambas ocasiones, INDECOPI, a través de la Secretaría Técnica, de la Comisión de Libre Competencia, invocó el artículo 15.3° del Decreto Legislativo N° 1034 para acceder a la correspondencia privada; posteriormente, solicitó más información por medio de los diversos requerimientos tanto a DIGEMID[9] como a las empresas investigadas.

Este procedimiento administrativo sancionador, al tener como mercado relevante diversos productos farmacéuticos, se vio influenciado por una presión generada no solo por los medios de comunicación sino por el interés manifestado por los propios ciudadanos, y fue incrementada con la publicación de la nota de prensa, mediante la cual INDECOPI[10] puso a

---

6 Todas las actuaciones previas realizadas por INDECOPI en este caso se encuentran recogidas en el Expediente N° 006-2009/CLC-INDECOPI.

7 Hasta el mes de diciembre del año 2008, Boticas Arcángel, constituía el nombre comercial de la empresa denominada Andina de Salud S.A. la cual se encontraba registrada e inscrita en la Partida Registral N° 11596734 del Registro de personas jurídicas de Lima.

8 Tanto las notificaciones de visitas inspectivas sin previa comunicación como el requerimiento de exhibición y entrega de información puede observarse en las cartas 90-93 entregadas a la Asociación de Cadenas de Boticas-ANACAB, FASA, BTL y ECKERD, respectivamente.

9 Véase Oficio 1297-2009-DIGEMID-DG-DAUM-ACCESO/MINSA del 4 de mayo de 2010.

10 Situación sumamente cuestionada por parte de las diversas empresas investigadas, en tanto que aparentemente se estaría violando el deber de confidencialidad del procedimiento administrativo acorde a lo establecido en el artículo 31° del Decreto Legislativo 1034 que establece de manera expresa que "en cualquier momento del procedimiento, y hasta que este concluya en sede administrativa, únicamente la parte investigada, quien haya presentado una denuncia de parte o terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al

disposición, de la población, el inicio del procedimiento administrativo sancionador, con la finalidad de que "cualquiera con interés legítimo pueda apersonarse al procedimiento o simplemente aportar información a la investigación […]"[11]. Es preciso señalar que la mencionada resolución de inicio N° 017-2010/ST-CLC-INDECOPI fue ampliamente cuestionada por las empresas investigadas, quienes afirmaron que las colocaban en una posición de indefensión evidente, en tanto que, su motivación recaía en los correos electrónicos extraídos en las visitas inspectivas y que se encontraban pendientes de la declaración de su confidencialidad.

La primera empresa en cuestionar dicha resolución de inicio fue la empresa ECKERD, la cual interpuso un recurso de apelación (con fecha 13 de diciembre de 2010), concedido mediante la resolución N° 018-2010/ST-CLC-INDECOPI (de fecha 27 de diciembre de 2010) y suspendió únicamente el plazo para la presentación de los descargos de la mencionada empresa. La segunda empresa en interponer recurso de apelación fue la empresa ALBIS[12], en términos similares al de la empresa anteriormente mencionada, donde se dejaba constancia de la afectación al derecho fundamental de defensa en el presente procedimiento administrativo sancionador. De la misma manera, el 4 de enero de 2010, BOTICAS FELICIDAD procedió con la interposición de su recurso de apelación en la defensa de sus intereses.

Al observar que seguía vigente el plazo establecido para la presentación de sus descargos, MIFARMA tuvo que solicitar, por medio del escrito presentado el 7 de enero de 2011, a INDECOPI para que proceda con la suspensión de plazos para la presentación de sus descargos, en tanto que, su derecho de defensa (como el de las demás empresas investigadas, que se encontraban a la espera de la emisión de los concesorios de sus apelaciones) estaba siendo afectado, y por ello no podían esbozar adecuadamente los argumentos de defensa, ni responder las imputaciones concernientes a la información que se encontraba pendiente de la declaración de la confidencialidad respectiva.

Como consecuencia de los recursos de apelación interpuestos por las empresas investigadas, INDECOPI procedió a declarar la nulidad de la resolución N° 017-2010/ST-CLC-INDECOPI, con la emisión de la resolución 1671-2012/SC1-INDECOPI; es por ello que se emitió la resolución N° 014-2012/ST-CLC-INDECOPI, el 20 de agosto de 2012, como nueva resolución de inicio.

---

procedimiento, tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a éste y obtener copias de los actuados, siempre que la Comisión no hubiere aprobado su reserva por constituir información confidencial […]".

11 Artículo 21, inciso 5) del Decreto Legislativo que aprueba la Ley de represión de conductas anticompetitivas.

12 Dicho recurso lo interpuso el 29 de diciembre de 2010.

Observamos que, a lo largo del procedimiento administrativo, las diversas empresas investigadas colaboraron con la autoridad administrativa, presentaron la información solicitada, mediante los requerimientos (incluyendo las boletas y facturas de los productos farmacéuticos investigados de todas sus sucursales, organigrama de cada una de las empresas, entre otros); asimismo, asistieron a la cita efectuada mediante las cartas 058 a 063/ST-CLC-INDECOPI[13] y participaron en la entrevista personal realizada en presencia de los representantes de INDECOPI[14], cuya finalidad fue aclarar todas aquellas dudas que pudieron surgir sobre los gráficos y fórmulas económicas utilizados en la resolución de inicio (la cual se llevó a cabo los días 4, 7, 11, 13 y 14 de marzo de 2013[15]).

Las diversas empresas investigadas presentaron informes económicos elaborados tanto por personas jurídicas especializadas en consultoría financiera, tales como Apoyo Consultoría, INTELFIL, IMS HEALTH; como por personas naturales, entre los cuales encontramos a Luis Felipe Arizmendi y José Luis Ruiz Pérez; a pesar de ello INDECOPI emitió resolución de culminación del procedimiento administrativo, cuya motivación implicaba una remisión casi íntegra al Informe Técnico N° 043-2015/ST-CLC-INDECOPI realizado por la Secretaría Técnica, el 26 de agosto de 2015, en donde se consideraba una cantidad determinada de las pruebas indiciarias recolectadas (correos electrónicos), omitiendo una cantidad considerable de los mismos, como necesarias, determinantes y suficientes, para iniciar el procedimiento administrativo sancionador y culminarlo con la imposición de una multa a cinco de las siete empresas investigadas (ALBIS, FASA, MIFARMA, ECKERD y BOTICAS FELICIDAD) por acordar la fijación de precios respecto de 15 de los 75 productos investigados.

Por otro lado, INDECOPI procedió a la no formalización del procedimiento administrativo sancionador contra los laboratorios ABBOTT laboratorios S.A. y Laboratorios BAGÓ del Perú S.A.; asimismo, lo archivó en los extremos relacionados con dos de ellas, BTL y BYS. La culminación del procedimiento administrativo sancionador consistió en la imposición de una multa administrativa[16], de naturaleza pecuniaria, la cual fue aceptada y pagada por casi la totalidad de las empresas investigadas, y "bajo protesto", por dos de las empresas investigadas, las cuales indicaron expresamente que la autoridad administrativa no

---

13 Notificadas los días 26 y 27 de febrero de 2013.

14 Únicamente participaron las siguientes empresas investigadas: ARCÁNGEL, BTL, BYS, ECKERD, FASA y MIFARMA (con excepción de BOTICAS FELICIDAD).

15 Véase foja 007373 del expediente administrativo N° 008-2010/CLC-INDECOPI.

16 La relación de las multas puede encontrarse en la foja 7654 del Tomo XVII, referente a la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI.

debía considerar el pago efectuado de la multa como la admisión del hecho infractor detectado por ella.

El motivo por el cual la mayoría de las empresas investigadas no recurrieron al Poder Judicial, para el cuestionamiento de la resolución final, fue el *due diligence* previamente realizado ante la compra potencial, posteriormente realizada por INRETAIL[17] (empresa del holding Intercorp en el año 2008), por un valor ascendente a $583,000.000 (Quinientos Ochenta y tres con 00/100 millones de dólares americanos).

El paralelismo de precios, observado en este caso, guarda similitud con lo ocurrido en Chile, en donde dos empresas -que tuvieron, en aquel periodo, vinculación con empresas ubicadas en territorio peruano: Farmacias Ahumada (vinculada a FASA) y, SALCOBRAND (vinculada a INKAFARMA)- junto con la Farmacias Cruz Verde, fueron sancionadas por la autoridad administrativa chilena mediante la sentencia N° 119-2012 emitida el 31 de enero del 2012, por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile.

Los hechos, brevemente reseñados, configuraron el caso resuelto por INDECOPI y trajeron un problema jurídico que puede ser mostrado en los siguientes términos: ¿INDECOPI respetó el derecho fundamental al debido procedimiento durante el proceso sancionador instaurado contra las empresas farmacéuticas? Responder a esta pregunta reclama observar cuáles son los mecanismos que INDECOPI empleó y en qué medida los mismos se condicen con los derechos constitucionales de las empresas investigadas.

En los capítulos siguientes se procederá a analizar si INDECOPI ha respetado los principios del derecho administrativo sancionador, y si desplegó, razonablemente, sus facultades (que implica una intervención indirecta, subsidiaria o complementaria a la dinámica del mercado, y debe realizarse de manera proporcional). Esto es, se determinará el sentido otorgado a las normas de defensa de la competencia, las cuales están orientadas a la protección de un juego competitivo entre las empresas que se encuentran en un mismo mercado e implican un beneficio al interés general y a los derechos e intereses de los consumidores. Por ende, las

---

[17] En enero de 2018, la compañía INRETAIL (como principal accionista) constituyó IR PHARMA S.A.C. (antes CHAKANA Salud S.A.C.) con la finalidad de adquirir el 100 por ciento de QUICORP S.A. y sus subsidiarias: Química Suiza Comercial S.A., Química Suiza S.A., CIFARMA S.A., MIFARMA S.A.C., Empresas comercializadora MIFARMA S.A., Botica Torres de Limatambo S.A.C., BTL AMAZONÍA S.A.C., Química Ltda., QUIDECA S.A., Albis S.A., JORSA de la Selva S.A. y SUPERFARMA MAYORISTA S.A. cabe precisar que dichas entidades operan en los segmentos de manufactura, distribución y minorista dentro del sector farmacéutico, con presencia en Perú, Ecuador, Bolivia y Colombia.
El monto pagado por el 100 por ciento de las acciones de QUICORP fue de aproximadamente US$583 millones. *InRetail Pharma S.A. (antes Eckerd Perú S.A.) y subsidiarias. Estados financieros consolidados intermedios al 31 de marzo de 2018 (no auditados) y al 31 de diciembre de 2017 (auditados) y por los periodos de tres meses terminados el 31 de marzo de 2018 y de 2017*. [fecha de consulta: 7 de agosto de 2021] Disponible en: https://www.inretail.pe/Public/EF%20InRetail%20Pharma_Q1%2718.pdf.

normas en dicha materia tienen como objetivo principal la protección de los intereses de los usuarios, situación que podría implicar que los operadores presentes en el mercado deberían satisfacer, de manera directa, la demanda de estos.

Consecuentemente, deberá examinarse la necesidad de un control posterior efectivo que identifique y revise eventuales incorrecciones en la evaluación de los elementos reglados del procedimiento administrativo, y se revise el juicio de proporcionalidad en el cumplimiento de las obligaciones tanto de la Administración Pública como de las empresas que fueron investigadas.

1.2 Objetivos de la investigación

Teniendo en cuenta lo antes planteado, el presente estudio propone abarcar los siguientes objetivos:

1.2.1 *Objetivo general*

El objetivo general perseguido a lo largo de la presente investigación es conocer si, en el caso analizado, INDECOPI respetó o no los derechos constitucionales de las empresas investigadas, en particular, el derecho al debido proceso durante el desenvolvimiento del procedimiento administrativo sancionador por presuntos actos de naturaleza colusoria.

1.2.2 *Objetivos específicos*

El objetivo general puede descomponerse en los siguientes objetivos específicos:

(i) Observar si el despliegue de las facultades de control posterior de INDECOPI, se ajustó, o no, a los derechos constitucionales de las personas jurídicas.

(ii) Analizar el procedimiento realizado por INDECOPI en la determinación jurídica de actuaciones transgresoras a las normas de libre competencia, bajo el análisis de un caso en específico.

(iii) Conocer si en el caso administrativo sancionador existió, o no, alguna extralimitación que vulneró algún derecho constitucional.

1.3 Justificación

En un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución es un elemento, no solamente integrador de distintas voluntades públicas y privadas en torno a unos contenidos básicos de justicia, sino, también, un parámetro de validez jurídica de todas las actuaciones, realizadas particularmente de los poderes públicos. Los cuales, precisamente, existen para promover la plena realización de las personas a través de la plena vigencia de sus derechos fundamentales; por ello, es extraordinariamente importante que los distintos poderes públicos ajusten sus decisiones a los derechos humanos constitucionalizados. En este contexto, una de las principales motivaciones del presente estudio es evaluar si INDECOPI, como órgano de la

Administración Pública, ajusta sus procedimientos y decisiones a los contenidos constitucionales de los derechos fundamentales.

1.4 Delimitación

En lo que corresponde a la delimitación del presente estudio es oportuno resaltar su localización en el tiempo y espacio, de tal manera que para acotar el campo de trabajo es conveniente referirse a lo siguiente. Respecto a la delimitación espacial, el objeto de estudio se sitúa en Lima con excepción de BOTICAS FELICIDAD, cuya sede se encuentra en Piura. A pesar de ser mercados distintos, para efectos del presente caso, se unificaron ambas zonas geográficas.

Respecto a la delimitación temporal, el análisis del presente caso se circunscribe a las actividades comerciales realizadas desde enero de 2008 a marzo de 2009 en el caso de las empresas ARCÁNGEL, ECKERD y FASA; de enero de 2008 a setiembre de 2008 para BOTICAS FELICIDAD; de enero a marzo de 2009 para MIFARMA, marzo de 2008 para BYS y octubre de 2008 para BTL. Finalmente, respecto de la delimitación de contenidos, el área del conocimiento en que se enmarca el presente trabajo de investigación es, predominantemente, el derecho constitucional, particularmente a la rama concerniente a los derechos fundamentales; y el derecho de la competencia. Asimismo, también abarca al derecho administrativo, en lo que concierne a la autoridad administrativa, INDECOPI, y sus distintas facultades reconocidas. Finalmente, también estará involucrado el derecho procesal en lo que sea aplicable a los procesos administrativos sancionadores.

Capítulo 2

La Constitución del Estado Constitucional de Derecho

El Estado constitucional de derecho, como una respuesta teórica y jurídica al Estado legal de derecho, se construye, al menos, sobre la base de dos elementos. El primero de ellos está relacionado con el hecho de que la Constitución deja de ser un mero documento político, como ocurría en el Estado Legal de Derecho, pasando a ser considerada como una norma efectiva y vinculante para todas las personas y todos los poderes públicos, al punto que la validez de sus actuaciones dependerá del ajustamiento, o no, a los distintos contenidos constitucionales. El segundo de ellos, implica la concepción de la Constitución como una realidad normativa, con contenido no solo formal o procedimental como ocurría en el Estado legal de derecho, sino con contenido que incorpore las exigencias de justicia que representan los derechos fundamentales, los cuales conformarán su contenido material.

La Constitución peruana es una Constitución propia del Estado Constitucional de Derecho, lo que significa que el desenvolvimiento de las distintas atribuciones reconocidas a INDECOPI, deberán sujetarse no solo a las exigencias formales sino también, y especialmente, a los materiales, que representan los derechos fundamentales. Conviene pues, al objetivo de este trabajo de investigación, que indaguemos, aunque sea brevemente, acerca del significado de la Constitución peruana como norma de contenido material efectivamente vinculante.

2.1 La Constitución como norma parcialmente vinculante

Es relativamente nueva la concepción de la Constitución como norma jurídica vinculante en todo su contenido y reguladora de las relaciones jurídicas en un determinado territorio, pese a que, se puede observar que hizo su aparición en la Edad Moderna donde existían previamente textos destinados a la ordenación de todo un territorio y que provenían de una voluntad común, pero estos tuvieron matices más políticos que jurídicos. Es por ello que el concepto "Constitución" es producto de un largo proceso histórico, y vive en última instancia del contexto histórico y cultural que le dio origen[18].

La existencia interrelacionada entre el ámbito histórico-cultural y la Constitución puede apreciarse desde el establecimiento del primer ejemplar de esta última bajo los términos de un estatuto que concuerda con el nacimiento del Estado; consecuentemente, se establece por primera vez la comunidad, así como, los órganos encargados de asegurar el mantenimiento de

[18] NAVAS CASTILLO, A. y NAVAS CASTILLO, F. *El Estado Constitucional Multinivel*, 2da ed., Madrid: Editorial Dykinson, 2016, págs. 182-183.

la unidad presentada por esta última y su configuración como una persona estatal[19]. Para tales fines, la primera Constitución fue entendida como "norma básica del ordenamiento de un Estado, encargada de establecer la regulación jurídica del poder político";[20] y, por ello, se puede observar que la primera finalidad que tuvo fue garantizar la existencia de una unidad de voluntades individuales presentes en una comunidad, mediante el establecimiento de un cuerpo estatal para tratar de sentar las bases y lograr una coexistencia pacífica entre el poder y la libertad que pueda reflejarse en la instauración de la limitación tanto en las facultades de los poderes públicos como en la constitución de esferas de autonomía otorgadas a través de normas legales.

Para que la Constitución empezara a ser concebida bajo los términos anteriormente indicados, fue preciso que durante las etapas previas -entre las cuales encontramos a la Edad Media (cuya característica esencial era someter al Rey a la ley porque ella lo inviste y legitima su poder) y el Absolutismo-, se empezara a adquirir un nuevo significado. Es por ello que, en la primera etapa mencionada, se observa "la presencia del auténtico antecedente del concepto moderno de Constitución"[21], y la concepción de esta bajo los términos de Ley Fundamental o *leges imperii*. En ese sentido, se consideró a la Constitución como objeto la organización política de la comunidad; y, consecuentemente, se le encargó la misión de fijar la unidad política estatal que debía ser superior tanto del Rey como de las demás leyes. Por lo que, para que pudiera cumplir dicha jerarquía, resultó necesario que sea entendida como aquel pacto constitutivo realizado entre el Rey y su reino, presuponiendo la presencia de un límite a la actuación regia[22].

En la etapa de transición, entre la Edad Media y la Edad Moderna, encontramos el régimen político del Absolutismo, que supuso el desarrollo de las ideas gestadas durante el periodo anteriormente indicado, las cuales atribuían el carácter inviolable o de superioridad a la Ley Fundamental o *leges imperii*, atribuyendo como nueva tarea la organización del poder político y la designación de límites al poder *regio*[23]. La determinación de los mismos resultaba necesaria ante la presencia de la premisa consistente en que la corrupción es inherente al poder sin límites, dado que "todo poder, corrompe, y el absoluto corrompe absolutamente" [24]. No

---

19 HAURIOU, André et all. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, 2da ed., Barcelona: Editorial Ariel, 1980, p. 160.

20 LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Ariel, 1982, págs. 149 y ss.

21 NAVAS CASTILLO, A. y NAVAS CASTILLO, F. El Estado…, op. cita, págs. 182-183.

22 Ibidem.

23 Ibidem.

24 Traducción libre. Original: "*power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely (…)*". BULLOCK, A & SHOCK, M, edit. (2010) The liberal tradition from Fox to Keynes. New York University: New York, p. 124. Recuperado de https://books.google.com.pe/books?id=Z-boDV0wWTcC&pg=PA124&dq=

obstante, para algunos autores la limitación que se pretendía establecer al poder *regio* no implicaba una supresión total del mismo, pues tenía un origen divino. Dicha situación fue observada por autores como Bodino[25], quien otorgó a los príncipes soberanos la calificación de lugartenientes al reconocer, únicamente, a Dios como alguien superior, porque de Él derivaba su poder para mandar sobre los demás hombres. Estos debían observar siempre y bajo cualquier contexto la condición que ostentaba el príncipe soberano para respetarlo y reverenciarlo con la sumisión debida, y pensar y hablar de ellos dignamente.

La concepción acerca de la Constitución dio nuevamente un giro radical durante la etapa del iusnaturalismo racionalista, cuando la misma fue entendida como un pacto social que era acordado por todos los miembros de una comunidad para llegar a un estado civil, cuya convivencia se desarrollaba entorno a una comunidad política debidamente organizada, lo que dio paso al establecimiento del Estado. Este último se constituyó gracias al pacto social, entendido como la representación de la conjunción de voluntades individuales vinculadas con la finalidad de defender y asegurar, con la fuerza común, tanto a la persona como a sus bienes, estos últimos son ejercidos dentro de una libertad positiva durante la convivencia con otros[26].

Será durante la época Moderna cuando se establecieron las bases del concepto moderno de Constitución, el cual encontró sus raíces en el constitucionalismo norteamericano. La Constitución estadounidense, del 17 de setiembre de 1787, fue entendida como la suprema ley del territorio. La concepción de la existencia de una ley superior entroncada en el Derecho Natural, entendido como la ley de leyes[27], se concibió en oposición a lo establecido durante el antiguo régimen, de modo que se caracterizó por garantizar la libertad de los ciudadanos (emancipándolos del poder político) y el respeto de los derechos individuales de estos.

Los movimientos constitucionalistas (estadounidense, francés y británico) que empezaron a gestarse para el mantenimiento de unos privilegios legales a favor de la nobleza y del absolutismo monárquico, se encontraron esencialmente al servicio de los intereses del estado llano (o también conocido como estado popular, el cual englobaba a los burgueses, artesanos y/o campesinos). Como consecuencia de este constitucionalismo de las revoluciones,

---

Power+tends+to+corrupt,+and+absolute+power+corrupts+absolutely.+Great+men+are+almost+always+bad+men&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjAlMSMuIXkAhUBjlkKHZ5jAHAQ6AEIJzAA#v=onepage&q=Power%20tends%20to%20corrupt%2C%20and%20absolute%20power%20corrupts%20absolutely.%20Great%20men%20are%20almost%20always%20bad%20men&f=false

25 BODINO, J. *Los seis libros de la República*. (3era ed.). Madrid: Editorial Tecnos, 1997, p. 142.

26 ROUSSEAU, J. *El contrato social*, 1999, p. 14 y ss. [fecha de consulta 23 de abril de 2019] Disponible en http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf.

27 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Madrid: Civitas Ediciones, 2011, p. 109.

de los siglos XVII, XVIII y XIX[28], acompañado con una irrompible simbología "Libertad, igualdad y fraternidad"[29][30], nació el Estado de Derecho Liberal, cambiando el sistema de gobierno que se caracterizaba por centralizar el poder político en las monarquías, y dotando de dichas atribuciones a un soberano estatal sometido a la ley; así, se trató de regular -mediante las normas jurídicas- la fuerza o coerción del Estado (característica de la etapa anterior), defendiendo tanto los derechos y las libertades individuales como el valor subjetivo de la persona humana que se trataba de rescatar.

La situación anteriormente mencionada trajo como consecuencia que los gobiernos y sus representantes únicamente pudieran realizar y desplegar sus actuaciones si existía una ley autorizante bajo tales términos, para determinados fines y con consecuencias reguladas; y, la ley, era lo decidido por el Congreso mediante unas determinadas formas[31], dentro de la instancia legislativa que contaba con facultades concentradas para la producción jurídica tanto de las

---

[28] Siguiendo a Fioravanti el constitucionalismo que apareció durante estos periodos fue conocido como constitucionalismo de las revoluciones, debido a que representó un momento de cambio, la Constitución durante la Revolución Francesa tuvo como objetivo cambiar el precedente establecido por el antiguo régimen, mientras que las revoluciones ocurridas en el seno del constitucionalismo británico se caracterizó porque continúa con el modelo constitucional transmitido por la *Ancient constitution* y otorga mayor capacidad intrínseca al Parlamento para que represente las diversas articulaciones sociales y locales inherentes al reino. Mientras que en la Revolución Americana se afianzó los límites y equilibrios establecidos anteriormente; sin embargo, lo que se pretendía era consolidar la garantía implícita en el querer colectivo y en las formas tendentes a limitar el poder. Dicha situación se constituyó como la base necesaria para que posteriormente se trace y garantice como objetivo el referente a la garantía de los derechos humanos individuales y el desarrollo del principio de igualdad de los mismos en las diversas relaciones jurídicamente relevantes. En FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madrid: Editorial Trotta, 2014, ps.22-24.

[29] Para Clemenceau, la gran fórmula de la revolución invocada en dicho lema, contiene en las tres palabras que forman parte de la composición, todos los derechos del hombre, todas las reformas sociales, todos los preceptos de moralidad, los cuales pueden ser reducidos en un término más corto, el cual es Justicia (Original: "*La grande formule de la Révolution- Liberté, Égalité, Fraternité- qui contient dans ces trois mots les Droits de l'homme, toutes les réformes sociales, tous les préceptes de la morale, se résume dans une formule plus brève encore, la Justice*"). INKOVA, O. (Dir.). *Justice, Liberté, Egalité, Fraternité : Sur quelques valeurs fondamentales de la démocratie européenne*, Publications Europa, Institut européen de l'Université de Genève, Genève, 2006, p. 7. [fecha de consulta : 6 de mayo de 2019] Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiIhYPytdbmAhXFJLkGHXkXCCMQFjAJegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.unige.ch%2Fgsi%2Ffiles%2F6214%2F0351%2F6347%2Finkova.pdf&usg=AOvVaw2gMLPXn47D-LNdhM8WKc7p.

[30] Para Phillippe Roger, dicho lema de la República francesa que recogió la famosa palabra de Clemenceau sobre la Revolución se le apareció como un bloque, un irrompible simbólico cuyo contenido resulta ser tan cuestionable y abierto a la interpretación que al tratar de desarrollar una de las cuestiones esbozadas- en su trabajo titulado "*La Révolution française et la Justice ou le second exil d'Astrée*- bajo los términos de ¿Por qué, junto con la Libertad e Igualdad, encontramos la Fraternidad y no la Justicia? Planteó la hipótesis de que la justicia podía ser traducida semánticamente tanto una vergüenza política como un concepto deficitario. [fecha de consulta: 14 de mayo de 2019]. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiIhYPytdbmAhXFJLkGHXkXCCMQFjAJegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.unige.ch%2Fgsi%2Ffiles%2F6214%2F0351%2F6347%2Finkova.pdf&usg=AOvVaw2gMLPXn47D-LNdhM8WKc7p

[31] GARCÍA PELAYO, M. *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho en el Tribunal Constitucional Español*. En ILANUD Año 9-10, p.11. [fecha de consulta: 25 de abril de 2019] Disponible en: https://es.scribd.com/doc/80922724/Estado-Legal-y-Estado-Constitucional-de-Derecho-MANUEL-GARCIA-PELAYO.

leyes, como de cualquier contenido normativo que observase el procedimiento establecido; por ello, la norma jurídica, en algunas circunstancias, podía tener contenido materialmente injusto[32].

La norma jurídica sustancialmente representante de este periodo fue la Constitución de los Estados Unidos de 1787[33], cuya estructura normativa influyó e impulsó la revolución francesa de 1789. Dicho periodo se caracterizó por la equiparación del Derecho y la ley, existiendo únicamente el primero en el contenido del segundo, cuya existencia partió de una voluntad general infalible que trajo como consecuencia que, durante este periodo se exija que cada Estado cuente con una constitución formal, escrita, pero, sobre todo, codificada y que posea supremacía dentro del ordenamiento jurídico (dotándola de los criterios necesarios para posibilitar tanto su aseguramiento como la protección, que más adelante y con mayor fuerza, se otorgó a los derechos fundamentales), para la presencia de dichas características se hizo necesario el establecimiento del principio de igualdad ante la ley.

La Constitución, como producto histórico, nace como una forma de reacción ante la concentración del poder y su ejercicio extralimitado, para favorecer a la persona y sus derechos, como consecuencia, fue considerada como una realidad normativa; sin embargo, corrientes revolucionarias y teóricas de la Europa continental, llevaron, en el mejor de los casos, a considerar a la Constitución como normativa solamente en su parte orgánica, particularmente, en el aspecto que regulaba la producción de la ley. La ley, en ese contexto, se definió solo formalmente: Si se cumplían las exigencias de competencia y procedimentales previstas en la Constitución, había ley, aunque esta fuese contraria a los derechos fundamentales (los cuales llegaron a ser concebidos como aspiraciones políticas, antes que realidades jurídicas). En la práctica, la ley, se convirtió en primera fuente de juridicidad y logró que los derechos fundamentales dejaran de ser realidades políticas a jurídicas.

La Constitución era una realidad solo parcialmente vinculante, en tanto que solo vinculaba su parte orgánica, en particular aquella que regulaba la producción normativa y no aquella que brindaba protección los derechos fundamentales.

---

[32] ALEXY, R. *El concepto y validez del derecho*, 2da ed., Barcelona: Editorial Gedisa, 1997, p.13.

[33] La Constitución norteamericana que entró en vigor el 21 de junio de 1788, fue la primera constitución escrita que hizo posible, no sólo la unión entre los estados que la conforman, sino que también trazó los límites de las competencias entre el gobierno central y sus estados miembros. Para un estudio detallado sobre la Constitución de los Estados Unidos, véase, PEREIRA MENAUT, A. *Invitación al estudio de la Constitución de los Estados Unidos*, España: Tórculo Ediciones, 1998.

2.2 La Constitución plenamente normativa

Una concepción como la anterior trajo graves consecuencias para la convivencia humana, y alcanzó su punto más álgido en la segunda guerra mundial. Fue precisamente la Constitución vinculante, solamente en la parte referida a la producción normativa, y no la referida a los derechos fundamentales, la que favoreció la aparición de regímenes políticos que sobrepusieron al Estado o a la Nación por encima de la persona, y terminaron mostrando un gran desprecio por el género humano[34]. Para evitar que se vuelva a incurrir en la barbarie de la segunda guerra mundial[35], se vio necesario instaurar cambios también jurídicos, particularmente, en referencia a la Constitución.

De este modo se construye el concepto de Constitución, vinculado de manera estrecha a las exigencias de justicia derivadas de los derechos fundamentales, teniendo en consideración para ello, los mandatos de justicia más esenciales provenientes de la dignidad humana. Consecuentemente, la Constitución fue entendida la norma jurídica que nace en el interior de una comunidad política, exige el reconocimiento por parte tanto de las demás normas jurídicas como de los operadores jurídicos, y giró en torno al concepto de persona, dado que, en ella se presentan derechos pre-estatales y supra-positivos. Es por ello que se concibió a la Constitución como norma jurídica plenamente normativa, era verdadera norma, no solo en la parte procedimental u orgánica, sino también en lo referido a los derechos fundamentales. Los cuales dejan de ser meras realidades políticas para pasar a ser tenidas como verdaderas realidades jurídicas y, por tanto, plenamente vinculantes desde la Constitución misma[36]. Su fundamento está conformado por unas "bases formales (supremacía de la Ley, separación de poderes, legalidad de la Administración) y materiales (respeto de los derechos fundamentales del ciudadano)"[37].

El concepto previamente indicado de Constitución es propio del Estado Constitucional de Derecho, implicando que la Constitución es norma en todos sus contenidos, por lo que todos sus contenidos vinculan de modo efectivo a todos sus destinatarios, particularmente a los poderes públicos. La Constitución así entendida se convierte en el parámetro de validez formal

---

34 GARCÍA PELAYO, M. *Estado Legal*…, op. cita.

35 La comunidad internacional surgida después de la Segunda guerra mundial, pone "en el centro de sus aspiraciones la consecución de un mundo en el que la persona pueda realizar y proteger su dignidad humana". BONET PÉREZ, J., *Historia y evolución de la protección de los derechos humanos*, en BONET PÉREZ, J. y SÁNCHEZ, V. (2008), p. 61.

36 CASTILLO CÓRDOVA, L. *La Constitución del Estado Constitucional*. Lima: *Advocatus*: revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, (29), 79-90, 2013.

37 ABRUÑA PUYOL, A. y BACA ONETO, V. *Notas al curso de Derecho Administrativo peruano*. Piura: Universidad de Piura -Facultad de Derecho, 2014, p. 3.

y material de todas las actuaciones y decisiones de los particulares y de los poderes públicos, por lo que, pasará a ser considerada como norma suprema del ordenamiento jurídico.

2.3 La Constitución como norma suprema

La Constitución si pretende ser una realidad plenamente normativa, vinculante de modo efectivo a todos los particulares y poderes públicos, necesita colocarse en la posición de norma suprema. En efecto, la Constitución, como efectivo límite al poder tanto público como privado, reclama ser reconocida como la ley fundamental de un Estado[38]. Que, a la Constitución, se la dotara con un carácter normativo de ley suprema fue gracias al reconocimiento pionero y expreso realizado por parte del constitucionalismo norteamericano dentro de la redacción del artículo VI, segundo párrafo, de la Constitución de los E.E.U.U.[39]; e, implicaba tanto que la misma regía sobre todo el ordenamiento jurídico como la preferencia de la misma frente a los posibles "conflictos" con las demás leyes o normas existentes.

Muy significativo a este respecto fue el razonamiento realizado por parte del juez Marshall[40] en el interior del emblemático caso Marbury vs. Madison (1803), en el que se desarrolló una serie de premisas, a las que Niño[41] dotó una estructura lógica[42], que evidenciaba la incompatibilidad de aplicar una ley que es contraria a la Constitución.

Podemos observar que, desde los inicios de la concepción de la Constitución, como norma suprema, se les otorga un valor excepcional frente a las demás normas existentes en el

---

38 LASALLE, F. *¿Qué es una Constitución?*, 2da ed., Bogotá: Editorial Themis, 1997, ps. 38-41.

39 La cual presenta la siguiente redacción: "La presente Constitución, las leyes de los E.E.U.U. que en virtud de ella se aprobaren y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los E.E.U.U., serán la suprema ley del país. Los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado".

40 Marshall decía: "hay solo dos alternativas demasiado claras para ser discutidas, o la Constitución controla cualquier contraria a ella, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley Suprema inalterable por medios ordinarios o se encuentra en el mismo nivel que las leyes y de tal modo cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; si, en cambio, es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza". En Marbury vs. Madison, 1 Cranck 137, 2. L. ej. 60 (183).

41 NIÑO, C. *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1988. Citado en CANTÚ BARAJAS, M. *Nino y la lógica de Marshall* en Revista de Instituto de la Judicatura Federal, número 19, enero 2005. Recuperado de https://doctrina.vlex.com.mx/vid/nino-logica-marshall-71500686

42 La cual era la siguiente:
"Premisa 1: El deber del poder judicial es aplicar la ley.
Premisa 2: Cuando hay dos leyes contradictorias, no hay más remedio que aplicar una desechando la otra.
Premisa 3: La Constitución es la ley suprema y define que otras normas son ley.
Premisa 4: La supremacía de la Constitución implica que cuando entra en conflicto con una norma dictada por el Congreso esta segunda deja de ser válida.
Premisa 5: La negación de la premisa anterior supondría que el Congreso puede modificar la Constitución dictando una ley ordinaria, por lo que, la Constitución no sería operativa para limitar el Congreso.
Premisa 6: El congreso está limitado por la Constitución.
Premisa 7: Sin una norma no es una ley válida carece de fuerza obligatoria.
Conclusión: Una ley contraria a la Constitución no debe ser aplicada por el Poder Judicial". *Ibidem*.

ordenamiento jurídico. Dicha situación implicaba que, de resultar necesario la realización de un cambio en su contenido, debía seguirse un procedimiento similar al realizado para su formación, porque resultaba preciso asegurar el equilibrio entre la continuación de dicha magna norma y la necesaria situación de adecuación que la misma requiere presentar frente a las nuevas exigencias reales, para desvanecer la posible tensión que pudiera existir entre la norma y la realidad fáctica, y así, asegurar su función dentro de un ordenamiento jurídico determinado[43]. La rigidez con la que se dota al contenido de la Constitución impide que sea modificada expresamente (de manera directa) o por remisión (de manera indirecta) por otras normas que poseen un nivel inferior, ya que, carecería de sentido que la misma consignase por escrito una serie de límites a las personas que asuman cargos estatales de poder si estas pueden sobrepasarlas y contravendría su esencia si se permitiera la abolición de los límites del poder contenidos en sus disposiciones.

Desde el nacimiento de la Constitución, se observa que la misma depende tanto de la situación política-jurídica existente al momento de su aprobación como del extraordinario e irrepetible poder constituyente, el cual cuenta con potestad soberana e ilimitada (otorgada por los ciudadanos). Estos últimos pasaron de encontrarse en un Estado absolutista (en el que regía el principio *prínceps legibus solutus est*[44]) a encontrarse en un Estado garantista que aseguraba la protección tanto de su esencia como de su contenido frente al arbitrio humano y temporal (inherentes a las instauraciones de los gobiernos).

La necesaria presencia de los límites del poder, trae como consecuencia, el reconocimiento expreso y material de la Constitución como ineficiente e ineficaz, para el cumplimiento de los fines queridos. Como resultado, recién con la presencia de un sistema de pesos y contrapesos, se podría afirmar que existe una Constitución[45] cuya doble vertiente parte de su naturaleza: Una dimensión positiva que implica su concepción como estructura o forma de ser, que se encontraba vinculada con el término alemán *Verfassung*; y, una negativa, que implica límite de poder[46].

Será dentro de un Estado Constitucional cuando se evidenciará con mayor fuerza la presencia de la interrelación anteriormente indicada y donde la esencia de la Constitución se

---

43 HUERTA, C. *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo.* Estado Constitucional, Tomo IV, volumen 2, México: Biblioteca jurídica virtual del instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 2015, p. 20. [fecha de revisión 14 de febrero de 2019] Disponible en: https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3845-estado-constitucional-derechos-humanos-justicia-y-vida-universitaria-estudios-en-homenaje-a-jorge-carpizo-estado-constitucional-tomo-iv-volumen-2

44 Digesto 1, 3, 31.

45 LASALLE, F. *¿Qué es una Constitución?*... op. cita, p. 50.

46 PEREIRA MENAUT, A. *Lecciones de teoría constitucional*, 2da ed., Madrid: Editorial Colex, 2006, ps. 13-14.

caracteriza por ser una realidad plenamente normativa desarrollada mediante un contenido jurídico, esencialmente material y que estará integrado por los derechos fundamentales[47]. Además, será la Constitución la encargada de legitimar jurídicamente el poder desnudo como consecuencia del paso de un Estado, cuyo representante tuvo poder ilimitado y lo ejercía de manera arbitraria, al establecimiento de un Estado cuyo gobierno se regía esencial y jurídicamente mediante normas legales[48].

La Constitución del Estado Constitucional es verdadera norma y, además, es la norma fundamental. La consecuencia necesaria es que, dicha norma se convierte en parámetro de validez de todas las demás normas (entre las que encontramos a la ley y a los reglamentos), actuaciones y decisiones de los particulares y de los poderes públicos. Así, las decisiones judiciales y las decisiones administrativas, deben ajustarse a la Constitución para serle reconocida existencia, validez y eficacia jurídica. Esto, a su vez, reclama que en cada sistema jurídico exista organizado -normalmente en la propia Constitución- un sistema de control de la constitucionalidad de las decisiones públicas y privadas, en el cual se identifiquen a los órganos de control constitucional, sus atribuciones de control, los procedimientos de control constitucional y los efectos del control de constitucionalidad.

2.4 La Constitución peruana como norma fundamental plenamente vinculante

2.4.1 *El contenido material de la Constitución peruana*

La Constitución peruana debe ser reconocida como propia del Estado Constitucional de Derecho.

En primer lugar, es posible identificar su contenido normativo material como el conjunto de exigencias de justicia que se formulan y reconocen desde la persona; en efecto, el constituyente peruano reconoció el valor de la Persona al considerarla como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución), es decir, como "el valor supremo del ordenamiento jurídico en su conjunto"[49], y así se constitucionaliza la dignidad humana[50], según la cual "la persona se concibe como un fin en sí mismo y no como instrumento o medio de la acción estatal"[51], de modo que se "proscribe la posibilidad de que la persona (…) pueda ser

---

47 CASTILLO CÓRDOVA, L. *La Constitución como objeto de control constitucional*. Lima: Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces, (55), 273-283, 2012.

48 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1991, p. 49.

49 STC. Exp. Nº 00020–2012–PI/TC, fundamento jurídico 75.

50 GUTIÉRREZ CAMACHO, W. y SOSA SACIO, J., *Artículo 1. Dignidad de la persona*, en GUTIERREZ, W. (director), *La Constitución comentada. Artículo por artículo*, volumen I, segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima 2013, ps. 26–29.

51 STC. Exp. N.º 04903–2005–HC/TC, fundamento jurídico 7.

concebida como objeto del Estado"[52]. Este valor es absoluto, no se puede desconocer ni excepcionar bajo ninguna circunstancia: la persona siempre tendrá el mismo valor de fin supremo[53].

Una vez reconocida la dignidad humana, el constituyente constitucionalizó los derechos humanos, ofreciéndoles un reconocimiento expreso y tácito. De modo expreso fueron reconocidos a lo largo del capítulo I del título I de la Constitución, como derechos fundamentales (artículo 2° de la Constitución), como derechos sociales (artículo 4° al 29° de la Constitución), y como derechos políticos (artículos 30° al 38° de la Constitución). Asimismo, fueron reconocidos, de manera específica en el artículo 139° de la Constitución, mediante el cual se constitucionaliza el derecho fundamental al debido proceso y, tácitamente, los reconoce en el artículo 3° de la Constitución. Estos derechos fundamentales son igualmente exigencias de justicia que brotan de lo que la persona es y vale, consecuentemente, la acompañarán allí donde ella se desenvuelva[54].

Correlativamente, el constituyente peruano ha constitucionalizado la posición jurídica de los poderes públicos, reconociéndoles la condición de medios al servicio de la persona, y por esa razón ha establecido, como deber primordial, la promoción de la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44° de la Constitución). Para el constituyente peruano, los poderes públicos se ponen al servicio de la Persona, cuando sirven a sus derechos humanos. De esta manera, la parte orgánica de la Constitución[55], tiene sentido desde la Persona y sus derechos fundamentales. Así, "todo precepto constitucional, incluso aquellos pertenecientes a la denominada "Constitución orgánica" se encuentran reconducidos a la protección de los derechos fundamentales, como manifestaciones del principio–derecho de dignidad humana, cuya defensa y respeto es el fin supremo de la sociedad y el Estado (artículo 1º de la Constitución)"[56].

---

52 STC. Exp. N.º 02446–2003–AA/TC, fundamento jurídico 9.

53 En palabras del Tribunal Constitucional, "la persona humana no pierde su derecho a la dignidad por el hecho de encontrarse en una determinada circunstancia económica, social, religiosa, cultural, educativa". STC. Exp. N° 04903–2005–HC/TC, fundamento jurídico 7.

54 Tiene dicho el Alto Tribunal que "[l]a dignidad de la persona trae, así, consigo la proyección universal, frente a todo tipo de destinatario, de los derechos fundamentales, de modo que no hay ámbito social exento del efecto normativo y regulador de los mismos, pues de haber alguno, por excepcional que fuese, se estaría negando el valor normativo del mismo principio de dignidad […]". STC. Exp. N.º 2262–2007–PA/TC, fundamento jurídico 10.

55 La parte de la Constitución peruana destinada a "la institucionalización sistémica del cuerpo político; el conjunto de reglas para el establecimiento y función de los órganos y organismos estaduales; así como el reparto de competencias entre estos y los mecanismos de elección o designación de las autoridades encargadas de su conducción […]". GARCÍA TOMA, V. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 2ª edición, Lima: Palestra Editores, 2008, 440.

56 STC. Exp. N° 5854–2005–PA/TC, fundamento jurídico 12.b.

2.4.2 *La plena normativa de la constitución peruana*

El constituyente peruano estableció que "[t]odos los peruanos tienen el deber de […] cumplir y defender la Constitución […]" (artículo 38° de la Constitución)". De esta manera se ha constitucionalizado la normatividad plena de la Constitución: la Constitución es verdadera norma y por eso vincula a todos los peruanos, tanto a gobernantes como a gobernados. Esta naturaleza normativa fue expresada por el Tribunal Constitucional al sostener que: "[l]a interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante *in toto* y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto […][57]".

Lo que interesa mostrar son las normas donde se evidencie la vinculación existente de los poderes públicos con la Constitución. Con carácter general, el constituyente peruano estableció que "[e]l poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen" (artículo 45° de la Constitución).

De manera concreta estableció la normatividad respecto del:

a) Congreso de la República, al cual le atribuyó el velo por "el respeto de la Constitución" (artículo 102°, inciso 2, de la Constitución);
b) Poder Ejecutivo, dispuso que le correspondía al Presidente de la República, "cumplir y hacer cumplir la Constitución" (artículo 118°, inciso 1, de la Constitución);
c) Poder Judicial, al establecer que "la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes" (artículo 138°, primer párrafo, de la Constitución).

Como podemos observar, el carácter normativo de la Constitución peruana no solo se predica de la parte orgánica, sino también de la parte dogmática (en la que se constitucionaliza las exigencias de justicia material) y alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, al Tribunal Constitucional) y a la sociedad en su conjunto[58]; por ello, no existen zonas exentas de vinculación a la Constitución[59].

Reconocida la normatividad de la Constitución, el constituyente le otorga el máximo rango normativo, esto es, como norma suprema colocada por encima de la Ley y de todas las

---

57 Idem, fundamento jurídico 12e.
58 STC. Exp. N.º 5854–2005–PA/TC, fundamento jurídico 12.e.
59 CASTILLO CÓRDOVA, L. *La inexistencia de ámbitos exentos de vinculación a la Constitución*. Lima: Diálogo con la jurisprudencia, Tomo 106, julio 2007, ps. 73–89.

restantes normas del sistema jurídico. En ese sentido, el Constituyente expresó que "[l]a Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente"[60] (artículo 51° de la Constitución). Al respecto, el Tribunal Constitucional expresó que "[l]a Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico–estatal y, como tal, la validez de todos los actos y normas expedidos por los poderes públicos depende de su conformidad con ella"[61]; en ese sentido, al encontrarnos dentro de "un Estado Constitucional Democrático los poderes constituidos no están por encima de la Constitución, sino que están sometidos a ella"[62].

Complementariamente, y como manifestación de la plena normatividad de la Constitución peruana, el constituyente peruano estableció un doble sistema de control de la constitucionalidad: el control americano (o difuso) y el control europeo (o concentrado), lo que hace al sistema de control uno dual o paralelo[63]. El primero de ellos ha sido constitucionalizado en el artículo 138° de la Constitución, mediante el cual se otorga a los jueces la obligación de inaplicar, en particular, toda ley, y en general, toda norma jurídica que sea contraria a los contenidos procedimentales o materiales que posee la Constitución. En tanto que, en todo momento y proceso, la norma constitucional y cualquier norma legal deben tener una posible coexistencia; sin embargo, en el caso que el juez se encontrara frente a un suceso conflictual, este debe preferir a la norma constitucional sobre la norma legal o cualquier otra de menor jerarquía.

El segundo de ellos, ha sido constitucionalizado y depositado en las manos del Tribunal Constitucional mediante el reconocimiento expreso de sus competencias de control, en los artículos 201° y 202° de la Constitución, entre las que destaca que sea el órgano encargado de conocer, en instancia única, las demandas de inconstitucionalidad. Para el efectivo despliegue de los mecanismos de control, resultaba necesario que se desarrollen de manera conjunta con las garantías constituciones, como consecuencia del principio de unidad con el que goza todo sistema normativo, ello con la finalidad de restablecer el orden jurídico y fundamental en el caso de violación o transgresión del mismo.

---

60 PALOMINO MANCHEGO, J., *Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del Derecho: una visión desde el Perú*. Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 58/59, ps. 227–242.

61 STC. Exp. N.º 02209–2002–AA/*TC*, fundamento jurídico 7.

62 STC Exp. N° 00006-2006-CC/TC, fundamento jurídico 44.

63 GARCÍA BELAUNDE, D. *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, 2001, p. 135.

2.4.3 *En particular sobre los derechos fundamentales y su contenido constitucional*

La Constitución del Estado Constitucional, como fue justificado líneas arriba, constitucionaliza las exigencias de justicia material[64], lo que le permite, como norma suprema que es, inyectar justicia al entero sistema jurídico. Este contenido material está conformado por los derechos humanos, los cuales, una vez constitucionalizados, suelen ser denominados como derechos fundamentales. Corresponde en este punto estudiar acerca de estas exigencias de justicia, para identificar, de modo general, los elementos que conforman su contenido constitucional, con la finalidad de indagar si estos pueden, también, ser titularizados por las personas jurídicas.

2.4.3.1 Un concepto de derechos fundamentales. Así cómo es posible identificar muchos conceptos de Constitución, también es posible reconocer varias definiciones de derechos fundamentales. Para un Estado Constitucional de Derecho no cualquier concepto de derechos humanos es conveniente, sino que "se necesita uno que permita el engranaje de las dos posiciones jurídicas naturalmente debidas a la Persona: una, la consideración de fin en sí misma de ella; otra, la consideración de los poderes públicos como medios al servicio de la Persona; y que permita también colocar su existencia por fuera de la voluntad del Constituyente"[65].

Un concepto que permite el engranaje referido, es uno de tipo material, que puede ser formulado de la siguiente manera: los derechos humanos son el conjunto de bienes humanos esenciales debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, y cuyo goce o adquisición le deparará grados de realización[66]. La persona, en su naturaleza, es una realidad imperfecta que tiende a la perfección. Es imperfecta porque titulariza una serie de necesidades esenciales, las cuales serán satisfechas a través de bienes humanos esenciales. Si la persona vale como fin supremo, es decir, si su dignidad humana significa otorgarle el máximo valor posible y reconocer que está llamada al máximo perfeccionamiento o realización posible. Si dicho perfeccionamiento o realización lo consigue a través de los bienes humanos esenciales como vida, intimidad, propiedad, entre otros; entonces, es posible sostener que tales bienes humanos esenciales se convierten en una realidad debida para ella; y, como el derecho es lo debido, esos

---

64 ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*, 7ma ed., Trotta, Madrid, 2007, p. 93.

65 CASTILLO CÓRDOVA, L. *Estudio Introductorio*, en ZAGREBELSKY, G.; MARCENO, V. y PALLANTE, F., *Manual de Derecho Constitucional*, ZELA editores, Punto 2020, p. 44.

66 CASTILLO CÓRDOVA, L. *La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho*. La Coruña: Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña; número 16, año 2012, ps. 820-852.

bienes humanos esenciales se convierten en debidos. De esta manera, dichos bienes humanos han de ser reconocidos como derechos humanos.

Según este concepto, los derechos humanos no son creados por el legislador, sino que su existencia deviene de la esencia, la naturaleza y la dignidad humana. Es así que el Tribunal Constitucional ha sostenido que "la persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal"[67]. Y es que, siempre de la mano del Tribunal Constitucional, los derechos fundamentales son "manifiestas concreciones positivas del principio -derecho de dignidad humana, [que] preexisten al orden estatal y proyectan en él como fin supremo de la sociedad y del estado"[68].

Por ende, si los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados, entonces, los derechos fundamentales pueden ser definidos como el conjunto de bienes humanos debidos a la persona por ser lo que es y valer lo que vale, que han sido reconocidos expresa o implícitamente en la Constitución.

2.4.3.2 El contenido constitucional de los derechos humanos. Según este concepto material, el bien humano esencial hace a la esencia del derecho humano de modo que se podría sostener que el bien humano conforma el contenido esencial del derecho humano. Cuando el Constituyente constitucionaliza un derecho humano, lo hace mencionando el nombre del bien humano y, a veces, añade concreciones directas de ese bien humano (referentes a su contenido esencial). De modo que el Constituyente lo que constitucionaliza es el contenido esencial del derecho humano; por lo que, se puede sostener que el contenido esencial del derecho humano constitucionalizado, equivale a su contenido constitucional[69]. En palabras del Tribunal Constitucional, "[u]n derecho tiene sustento constitucional directo, cuando la Constitución ha reconocido, explícita o implícitamente, un marco de referencia que delimita nominalmente el bien jurídico susceptible de protección […]"[70].

Para establecer el contenido constitucional de los derechos fundamentales existen varias metodologías; sin embargo, al Estado Constitucional de Derecho y al concepto material de derechos fundamentales arriba justificado, conviene una metodología armonizadora de los derechos[71], según la cual el contenido constitucional de un derecho fundamental debe ser

---

67 STC. Exp. Nº 4637–2006–PA/TC, fundamento jurídico 45.
68 STC. Exp. N° 1417-2005-AA/TC, fundamento jurídico 2.
69 CASTILLO CÓRDOVA, L., "*Estudio Introductorio*", ob. cit., ps. 66 y ss.
70 STC. EXP. N.º 1417–2005–PA/TC, fundamento jurídico 10.
71 CASTILLO CÓRDOVA, L., *Estudio Introductorio*, ob. cit., ps. 53 y ss.

delimitado a través de una serie de herramientas de interpretación constitucional, como son los principios de unidad y normatividad de la Constitución, la interpretación sistemática y teleológica, entre otras[72], particularmente, el criterio de interpretación de concordancia práctica, según el cual "toda aparente tensión entre las propias disposiciones constitucionales debe ser resuelta 'optimizando' su interpretación, es decir, sin 'sacrificar' ninguno de los valores, derechos o principios concernidos […]"[73]. Se trata, pues, de "precisa[r] las condiciones necesarias para el ejercicio de cada uno de ellos […]"[74].

Los derechos fundamentales tienen, pues, un contenido constitucional que es ilimitable y delimitable[75]; implicando el segundo aspecto que el contenido constitucional de los mismos no debe expandirse ilimitadamente de modo que choque con el contenido constitucional de otro derecho fundamental[76], y que, por ello, reclame ponderar derechos para hacer prevalecer un contenido constitucional y sacrificar el contenido constitucional contrario[77] a través de la fórmula del peso[78] (metodología consecuente con el valor de la persona como fin supremo de la sociedad y del Estado, y consecuente con la posición jurídica de la Constitución como norma suprema plenamente vinculante).

2.5 Las personas jurídicas como titulares de derechos fundamentales

2.5.1 *Justificación de la titularidad por parte de las jurídicas*

Los derechos humanos constitucionalizados, tal y como han sido definidos, son titularizados sin duda alguna por todas las personas naturales.

La cuestión que corresponde ahora atender es si son también titularizados por las personas jurídicas, la Constitución nada ha dispuesto expresamente, por lo que, se debe acudir a la jurisprudencia, particularmente a la del Tribunal Constitucional, así como a la doctrina para dar respuesta a la cuestión planteada.

---

72 CASTILLO CÓRDOVA, L. *Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales*. Lima_ Actualidad Jurídica (Gaceta Jurídica), Tomo 139, junio 2005, ps. 144–149.

73 STC. Exp. N.º 5854–2005–PA/TC, fundamento jurídico 12.b.

74 STC. Exp. N.º 2790-2002-AA/TC, fundamento jurídico 4.

75 SERNA, P. *Derechos fundamentales: el mito de los conflictos. Reflexiones teóricas a partir de un supuesto jurisprudencial sobre intimidad e información*, Humana Iura 4, Pamplona, 1994; MARÍNEZ–PUJALTE, A. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

76 El conflicto constitucional es definido, en palabras de Alexy, como "dos normas, aplicadas independientemente, conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorio". ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 87.

77 ALEXY, R. Teoría…, ob. cit. p. 92.

78 ALEXY, R. *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004, p. 67

Garantizar la titularidad de los derechos a favor de la persona natural implica garantizar la eficacia normativa de la esencia de los mismos durante el desenvolvimiento y establecimiento de relaciones realizadas por las mismas, con la finalidad de adquirir derechos, y, consecuentemente, contraer obligaciones. La situación anterior implica que todas las personas son sujetos de derecho (entendido como el atributo que comprende la aptitud gradual y personal para el ejercicio individual de los actos jurídicamente relevantes y permitidos) y ostentan personalidad jurídica (entendida como la aptitud de las personas para que sean titulares, pasivos o activos, en las relaciones intersubjetivas que establezcan). La personalidad jurídica anteriormente indicada ha sido reconocida por parte de jurisprudencia internacional, en los siguientes términos:

> El derecho a la personalidad implica el reconocimiento de que el ser humano, miembro de una comunidad políticamente organizada y jurídicamente regulada, es necesariamente titular de derechos y obligaciones; que es indispensable acoger ese estatuto, con sus múltiples consecuencias, en el ordenamiento jurídico y en la aplicación de este; que no es posible extraer a nadie de aquella condición primaria de 'persona de derecho', dejándole al margen del ordenamiento jurídico y excluyéndole de derechos, libertades, facultades, garantías, etcétera, que son las manifestaciones, implicaciones o consecuencias del reconocimiento de la personalidad por parte del Estado, sin perjuicio, por supuesto, de las restricciones o condiciones lícitas que pudieran asignarse a aquéllas. Esta perspectiva ilustra sobre la personalidad jurídica en una de sus vertientes o dimensiones: la de carácter material o sustantivo[79].

Así, conviene preguntarse: el ordenamiento jurídico, específicamente el peruano, ¿Extiende la protección de los derechos fundamentales, anteriormente mencionada, a favor de las personas jurídicas? Es decir, ¿Ostentan una personalidad jurídica[80] tutelable? Y si la respuesta es afirmativa, conviene ingresar a esta otra cuestión: ¿Cuáles derechos fundamentales son titularizados a favor de las personas jurídicas?

Sin duda que la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas no es pacífica. Así, se ha sostenido que:

---

[79] Sentencia Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c/ Paraguay, del 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 146, voto razonado de Sergio García Ramírez, párrafo 26.

[80] Considerado como especial atributo o cualidad que hace posible que aquellos sujetos que lo posen puedan intervenir en el desarrollo de las relaciones sociales de tal modo que su intervención de origen a la aparición de unos determinados efectos o consecuencias jurídicas. DE CASTRO, B. *Manual de teoría del derecho. Unidad didáctica III. Los conceptos jurídicos fundamentales*. [fecha de consulta: 3 de octubre de 2018] Disponible en: https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/personalidad-capacidad-obrar-269147

no es posible afirmar con carácter general que las formas de colaboración individual a las que el ordenamiento otorga el carácter de personas jurídicas gocen ellas mismas en cuanto tales personas jurídicas de derechos fundamentales a las personas jurídicas tiene un carácter excepcional y requiere de una justificación particular"[81]; por lo que, quizás, convenga averiguar qué se entiende por persona jurídica.

La expresión "persona jurídica" ha ido evolucionando históricamente. En el derecho romano fue definida mediante el establecimiento de la teoría de la herencia yacente pasando por la época medieval, donde fue entendida como persona ficta que dio paso al establecimiento de tendencias iusnaturalistas donde fueron entendidas como personas morales, todo ello para desembocar en las modernas teorías desarrolladas por la escuela pandectista alemana[82]. Dentro del derecho peruano, encontramos que, en la Constitución de 1979, de manera expresa se reguló en el artículo 3° del capítulo 1° del Título 1 denominado "Derechos y deberes fundamentales de la persona", que "los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas en cuanto les son aplicable"; no obstante, en la Constitución de 1993, el constituyente peruano no ha hecho esta referencia expresa.

El que no exista regulación expresa no trae como consecuencia que la misma sea inexistente ni que el constituyente peruano olvidase, completamente, otorgarles protección alguna. En efecto, atendiendo a la naturaleza misma de los derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico les concede a las personas jurídicas una protección legal. En el Código Civil actual (del año 1984) se colocó la regulación a las personas jurídicas en su sección segunda, separándolas de esta manera de los derechos y obligaciones de las personas naturales; asimismo, entiende que la persona jurídica es una ficción jurídica otorgada que se constituye mediante la decisión libre del conjunto de personas naturales unidas por una aglomeración de objetivos iguales. No obstante, dicha persona jurídica presentará una identidad y fines, independientes y distintos de las personas naturales (quienes son su fundamento), siendo dichas características reconocidas en los artículos 76°, 77° y 78° del Código Civil actual.

Dentro del devenir de las relaciones con los demás miembros de una comunidad, la persona jurídica será acreedora de una serie de responsabilidades como consecuencia de su capacidad, reconocida legalmente, para adquirir derechos y contraer obligaciones; asimismo,

---

81 ALDUNATE LIZANA, E. *La titularidad de los derechos fundamentales*. En Revista de Estudios Constitucionales, vol. 1, núm. 1, 187-201 págs., 2003 p. 195. [fecha de consulta: 27 de mayo de 2019] Disponible en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjemuXmw4LnAhVLH7kGHQ3CA1EQFjAAegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.redalyc.org%2Fpdf%2F820%2F82010110.pdf&usg=AOvVaw1j2xFMX5mCiA6J-5OKxrOC.

82 Un estudio completo acerca de la evolución del concepto de persona jurídica puede encontrarse en la obra de CASTRO BRAVO, Federico. *La persona jurídica*, 2da. ed., Madrid: Civitas, 1991.

se constituye como una expresión de la dignidad y libertad de las personas proveniente de sus interrelaciones, puesto que, las mismas existen como consecuencia de la toma de decisión conjunta por parte de un grupo de personas que decidieron agruparse para la consecución de uno o varios fines[83].

Al ser manifestación de la dignidad humana, observamos que la misma presenta todos los atributos de una persona natural[84], tales como, nombre (o denominación), nacionalidad, domicilio, capacidad, patrimonio, voluntad (jurídica), calidad de comerciante, parentesco o relaciones de familia (presentes en las sociedades matrices y filiales, subsidiarias); por lo que, no debe existir motivos, razones o justificaciones amparables o válidos para la negación de su reconocimiento porque implicaría una afectación directa e inmediata de la existencia y el libre desarrollo de la personalidad de las personas naturales, al ser elementos esenciales de todo Estado, en tanto que, "si se niega la presencia de las agrupaciones humanas, el concepto de Nación desaparecería pues ésta se entiende generalmente a una agrupación humana en la que los individuos se sienten unidos los unos a los otros por lazos a la vez materiales y espirituales y se consideran diferentes de los individuos que componen las otras agrupaciones nacionales"[85].

Como podemos observar las personas jurídicas se configuran como manifestaciones de las acciones de las personas naturales, con la finalidad de desarrollar sus propios fines, de modo que las mismas presentan una personalización de las actividades tomadas mediante decisiones de sus directivos o miembro; consecuentemente, se les puede atribuir la titularidad general sobre una serie de derechos considerando siempre la naturaleza de los mismos y con una extensión limitada.

En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha manifestado que "como premisa debe considerarse que las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales; sin embargo, ello no significa que dicha titularidad puede predicarse respecto a todos los derechos, ya que ello estará condicionado a que así lo permita la naturaleza del bien protegido por el derecho en cuestión (…) en atención a la naturaleza del bien protegido por estos derechos"[86]. Las personas jurídicas, pues, "pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales"[87], pero

---

83 Siendo aplicable dicha característica para las personas jurídicas mercantiles, las cuales, acorde a Ley General de Sociedades (Ley 26887) en sus artículos 4°, 5° y 6°, son constituidas cuando menos por dos socios, que pueden ser personas naturales o jurídicas; la sociedad se constituye por escritura pública; los actos referidos se inscriben obligatoriamente en el Registro; la sociedad adquiere personalidad jurídica desde su inscripción en el Registro y la mantiene hasta que se inscribe su extinción; no obstante, sus actividades estarán destinadas a los capitales aportados por sus integrantes, con la finalidad de obtener utilidades.

84 RIPERT, George. *Tratado de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1954, pp. 22-23.

85 HAURIOU, A.; GICQUEL, J. y GELARD, P. *Derecho Constitucional*… op. cita, p. 119.

86 STC. Exp. N° 01881-2008-PA/TC, fundamento jurídico 4.

87 STC. Exp. N.º 00311-2002-HC/TC, fundamento jurídico 8.

"no gozan de todos los derechos fundamentales que son reconocidos a favor de las personas naturales"[88]; reteniendo estas últimas, "para sí un interminable repertorio de derechos fundamentales nacidos de su propia condición de seres dignos, por lo que no es posible que dicho estatus se vea minimizado o desconocido cuando se forma parte de una persona jurídica"[89].

Esta posibilidad de titularidad se ve reforzada por el artículo 2° inciso 17 de la Constitución, según el cual, toda persona tiene derecho "de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación". En esta línea, el Tribunal Constitucional considera que los criterios esenciales que motivan dicha posibilidad son:

> a) La necesidad de garantizar el (…) derecho a la participación en forma individual o asociada en la vida de la nación, y b) La necesidad de que el principio del Estado democrático de derecho, e, incluso el de dignidad de la persona permitan, permitan considerar un derecho al reconocimiento y tutela jurídica en el orden constitucional de las personas jurídicas[90].

Respecto del primer motivo mencionado, indicó el Alto Tribunal que, al habilitarse dentro del ordenamiento jurídico dicho derecho a favor de las personas jurídicas, estas "retienen para sí una multiplicidad de derechos fundamentales"[91], y, al mismo tiempo, "permite la existencia de derechos fundamentales que garanticen su eficacia"[92], de lo contrario sería una transgresión directa al derecho precitado. Y, respecto del segundo motivo, consideró que la ausencia de un reconocimiento expreso no conlleva a la posibilidad de negarles dicha posibilidad, en tanto que, de la existencia misma de la configuración estatal actual trae como consecuencia que se les dote con las garantías necesarias a las instituciones reconocidas en su interior[93].

Como consecuencia inmediata y posterior al constitucional y legítimo reconocimiento otorgados a los derechos constitucionales de las personas jurídicas, se le atribuye un "rol de merituador" al juez constitucional para que en cada caso analice las particularidades o características del derecho invocado, la forma en que estos inciden en la persona jurídica y las circunstancias del caso.

---

88 STC. Exp. N.º 01567-2006-PA/TC, fundamento jurídico 7.
89 STC. Exp. N.º 04072-2009-AA/TC, fundamento jurídico 11.
90 STC. Exp. N.º 4972-2006-PA/TC, fundamento jurídico 9.
91 Ibidem, fundamento jurídico 10.
92 Ibidem.
93 Ibidem.

2.5.2 *Los derechos fundamentales titularizados por las personas jurídicas*

Una vez mostradas las razones por las que se debe sostener que las personas jurídicas titularizan, también, derechos constitucionales, corresponde abordar la cuestión de cuáles derechos constitucionales son titularizados. Como no puede ser de otra manera, la lista de derechos que aquí se elabore solo puede ser enunciativa y no taxativa, y se hará desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Tales derechos fundamentales son los siguientes:

a. El derecho a la igualdad ante la ley (artículo 2° inciso 2 de la Constitución). De la mano de este derecho fundamental, debe ser reconocido que "La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal" (artículo 60° de la Constitución); y que "la inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones" (artículo 63° de la Constitución). En palabras del Tribunal Constitucional, "la igualdad es un principio derecho reconocido por el inciso 2) del artículo 2º de la Constitución de 1993, según el cual toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. De este modo, se reconoce un derecho subjetivo a obtener un trato igual aplicable tanto a las personas físicas como a las jurídicas, trato igual que exige que ante supuestos de hecho iguales deben ser aplicadas similares consecuencias jurídicas. En materia económica, el derecho a la igualdad ante la ley y de trato se encuentra reconocido expresamente en los artículos 60º y 63º de la Constitución de 1993, en los que se señala por una parte que "la actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal"[94].
b. Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (artículo 2°, inciso 4 Constitución). Según el Tribunal Constitucional, "en medio del contexto descrito y aun cuando no se pretende ensayar aquí una enumeración taxativa de los derechos que puedan resultar compatibles con la naturaleza o estatus de las personas jurídicas, cabe admitirse, entre otros, y desde una perspectiva simplemente enunciativa, los siguientes: (…) b) Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento. El derecho a fundar medios de comunicación (artículo 2, inciso 4)"[95].
c. El derecho de acceso a la información pública (artículo 2° inciso 5 de la Constitución). En palabras del Tribunal Constitucional, "si bien el acceso a la información suele ser invocado por las personas naturales como un derecho necesario para la consolidación de diversos objetivos propios de su autodeterminación, no existe razón alguna para suponer que el mismo atributo no pueda ser objeto de invocación por parte de las personas jurídicas, ya que

---

94 STC. Exp. Nº 01405-2010-PA/TC, fundamentos jurídicos 23 y 24.
95 STC. Exp. Nº 4972-2006-PA/TC, fundamento jurídico 14.

si la existencia de estas supone, para quienes las integran, la realización de determinados objetivos o finalidades, es perfectamente legítimo que, como garantía para la consecución de tales objetivos, les resulte necesario tomar conocimiento de diversos tipos de información que obren en poder del Estado o en cualquiera de sus organismos"[96].

d. El derecho al secreto bancario y la reserva tributaria (artículo 2°, inciso 6, párrafo segundo de la Constitución). Según el Tribunal Constitucional, "al igual que en el caso de las personas naturales, las personas jurídicas disponen de cierta información que, en principio, no tiene que ser conocida por terceros. De este modo, la intimidad despliega sus efectos en la doble vertiente que se indicó en esta sentencia (supra, fundamentos 6 y 8), esto es, desde una perspectiva negativa y una positiva. Desde el punto de vista negativo, las personas jurídicas tienen el derecho de no ser perturbadas a través de la exigencia de información que corresponden a su secreto bancario y/o reserva tributaria. En su dimensión positiva, las personas jurídicas tienen el derecho de controlar el flujo de la información o de los datos que les conciernen. Por lo demás, este Tribunal ha sostenido que el secreto bancario y la reserva tributaria son derechos cuya titularidad puede ser ejercida por las personas jurídicas"[97].
e. El derecho a la autodeterminación informativa (artículo 2, inciso 6 de la Constitución). Para el Tribunal Constitucional, "de los derechos que puedan resultar compatibles con la naturaleza o estatus de las personas jurídicas, cabe admitirse, entre otros, y desde una perspectiva simplemente enunciativa, los siguientes: (…) e) El derecho a la autodeterminación informativa (artículo 2, inciso 6)"[98].
f. El derecho a la buena reputación (artículo 2°, inciso 7 de la Constitución). Para el Tribunal Constitucional, "aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra la "imagen" que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son titulares del derecho a la buena reputación"[99].

---

96 STC. Exp. N° 0644-2004-PHD/TC, fundamento jurídico 3.
97 STC. Exp. N° 004-2004-AI/TC, fundamentos jurídicos 15, 34 y 35.
98 STC EXP. N° 04972-2006-PA/TC, fundamento jurídico 14.
99 STC Exp. N° 0905-2001-AA/TC, fundamento jurídico 7.

g. A la inviolabilidad de domicilio (artículo 2°, inciso 9 de la Constitución Política). Para el Tribunal Constitucional, "las personas jurídicas también pueden ser titulares del derecho a la inviolabilidad del domicilio, en la medida que éstas pueden ser titulares de espacios físicos para desarrollar su objeto social. Es oportuno destacar que este criterio de extensión de la titularidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio a favor de las personas jurídicas es aceptado en la jurisprudencia constitucional comparada. A título ilustrativo, el Tribunal Constitucional español en la STC 137/1985 ha destacado que 'la libertad del domicilio se califica como reflejo directo de la protección acordada en el ordenamiento a la persona, pero no necesariamente a la persona física, desde el momento en que la persona jurídica venga a colocarse en el lugar del sujeto privado comprendido dentro del área de la tutela constitucional, y todas las hipótesis en que la instrumentación del derecho a la libertad no aparezcan o sean incompatibles con la naturaleza y la especialidad de fines del ente colectivo"[100].

h. El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados (artículo 2°, inciso 10 de la Constitución). Para el Tribunal Constitucional, "conforme lo establece el artículo 2°, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley"[101].

i. La libertad de iniciativa privada (artículo 58° de la Constitución). Para el Tribunal Constitucional "el derecho a la libre iniciativa privada comprende, entre otras posiciones ius-fundamentales, la facultad de toda persona natural o jurídica, de emprender y desarrollar, con plena autonomía, cualquier actividad económica de su preferencia, a través de la disposición e intercambio de bienes, con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material (cfr. STC 02111-2011-AA/TC, fundamento 11). (…) Por ello, el Tribunal ha enfatizado que esta libertad económica no puede entenderse desvinculada del marco o modelo de Constitución económica que contiene la Ley Fundamental, sino como conformante de ella y, en particular, de la directriz que contiene el artículo 58 de la Constitución, según la cual la iniciativa privada "se ejerce en una Economía Social de Mercado" y que "Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa

[100] STC. Exp. Nº 02389-2009-PA/TC, fundamento jurídico 12.
[101] STC. Exp. Nº 1058-2004-AA/TC, fundamento jurídico 18.

principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura"[102].

j. La libertad de empresa, comercio e industria (artículo 59° de la Constitución). Para el Tribunal Constitucional, "la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas (naturales y/o jurídicas) participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58º y 59º de la Constitución. El contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipo de libertades: a) la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; b) la libertad de organización, que contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros; c) la libertad de competencia y d) la libertad para cesar las actividades (Cfr. STC Nos. 3330-2004-AA, 1405-2010-AA)"[103].
k. La libre competencia (artículo 61° de la Constitución). Para el Tribunal Constitucional esta libertad "se define como la potestad de coexistencia de una pluralidad de ofertas en el campo de la producción, servicios o comercialización de productos de la misma especie por parte de un número indeterminado de agentes económicos. Esta facultad económica plantea del libre juego de la oferta y la demanda, y presupone la presencia de los tres requisitos siguientes: a) la autodeterminación de iniciativas o de acceso empresarial a la actividad económica; b) la autodeterminación para elegir las circunstancias, modos y formas de ejecutar la actividad económica (calidad, modelo, volumen de producción, etc.); y c) la igualdad de los competidores ante la ley (la no discriminación)"[104].
l. El derecho al debido proceso y tutela jurisdiccional (artículo 139°, inciso 3 de la Constitución). Para el Tribunal Constitucional, "atendiendo a la naturaleza no estrictamente personalísima del derecho al debido procedimiento administrativo, se reconoce su extensión a las personas jurídicas (…)"[105].

A manera de conclusión, podemos observar que negar la posibilidad de que las personas jurídicas sean titulares de derechos, implicaría negar a la persona natural su derecho a asociarse para participar en la vida económica del país; es por ello que, el Tribunal Constitucional, en el desarrollo de su jurisprudencia cada vez a reconocido dichos derechos siempre y cuando su

[102] STC. Exp. Nº 00011-2013-PI/TC, fundamentos jurídicos 16, 17 y 18.
[103] STC. Exp. Nº 03479-2011-PA/TC, fundamento jurídico 6.
[104] Idem, fundamento jurídico 7.
[105] STC. Exp. Nº 2939-2004-AA/TC, fundamento jurídico 6.

naturaleza y características permitan la extensión a las personas jurídicas, dado que, con ello se otorga una mayor y efectiva protección a los derechos de las personas naturales titulares que las conforman.

Capítulo 3

INDECOPI como ente administrativo vinculado a la Constitución

3.1. La organización y funciones de INDECOPI

3.1.1 *Un necesario marco histórico*

El 3 de junio de 1991 se publicó, en el diario oficial "El Peruano", la ley autoritativa N° 25327, mediante la cual se delegó facultades al Poder Ejecutivo para que en el plazo de 150 días proceda a dictar los decretos legislativos necesarios para alcanzar un crecimiento dentro del ámbito de la inversión privada.

Dicha delegación se encontraba amparada constitucionalmente, acorde a lo establecido en el artículo 188°[106] de la Constitución de 1979, y tuvo como finalidades combatir todas las conductas empresariales que impliquen una evidente, directa e inmediata afectación al derecho de la competencia y al derecho de los consumidores, y lograr así una eficiencia social en el mercado, la cual se dio como consecuencia del devenir económico[107] que atravesó el país (iniciado con la presencia del intercambio de bienes y servicios, que fue concebido como el "alma del comercio") ante el tráfico mercantil. Dicho tráfico hizo necesario la presencia de un sistema organizado dentro de la estructura de poder estatal con la finalidad, sobre todo, de

---

[106] Establecía que "el Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia y por el término que especifica la ley autoritativa. Los decretos legislativos están sometidos en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rige para la ley".

[107] En la década de los 60', el Perú observó un crecimiento exponencial gracias al incremento en los niveles de consumo, que permitió su recuperación luego de la crisis ocurrida en 1958. Durante dicha década al Perú se le consideró como el mayor productor mundial en el sector pesquero, debido a que las exportaciones pesqueras tuvieron un crecimiento progresivo; y, es que, las mismas aumentaron de 18 millones de dólares en 1958 a 111 millones en 1962. Al ver la necesidad de un aumento en el sector exportador resultó necesario la aprobación de políticas que promovieran la inversión privada, la apertura comercial y la eliminación de distorsiones en los mercados, las cuales se dieron durante los gobiernos de Manuel A. Odría y de Manuel Prado Ugarteche.
La economía en la década de los 70' estuvo caracterizada por la presencia de las políticas de industrialización, basadas en la sustitución de importaciones (entre las cuales encontramos políticas intervencionista en el comercio y tipos de cambio, precios regulados y controles de entrada al mercado), las cuales; sin embargo, presentaron poco éxito y conllevó a una caída drástica de los precios de las exportaciones, debido a que, ofrecían mayor garantía a sectores que no necesariamente eran más eficientes en comparación del consumidor nacional, quien pagaba más por los productos nacionales. Además, el fracaso de dichas políticas se dio como consecuencia de que la industrialización por sustitución de importaciones tuvo como principio fundamental, que el crecimiento de la industria se veía influenciado por la demanda por divisas; por lo que, el crecimiento lento en esta última como consecuencia de un menor crecimiento en los sectores primarios, trajo como consecuencia una crisis tanto de balanza de pagos como del sector manufacturero.
La década de los 80' estuvo marcada por la presencia de la crisis de la deuda, la cual requirió que se realizaran ajustes macroeconómicos. Entre las principales medidas de política económica encontramos: la aceleración de la devaluación para elevar el tipo de cambio real, promoción de las exportaciones y desincentivo de las importaciones, la restricción del crédito al sector privado para moderar la demanda interna, la imposición de una política salarial más restrictiva, y la elevación en términos reales de los principales precios y tarifas de las empresas públicas, la reducción de la inversión pública. En la segunda mitad de esta década, Alan García asumió el mando presidencial, su política económica estuvo marcada, sobre todo, por una ruptura con la comunidad financiera internacional y la aplicación de una política de estabilización gradual; asimismo, se limitó al pago de la deuda externa que implicó un recorte crediticio en el país.

organizar y regular las relaciones provenientes del mismo, defender sus fines y, los intereses generales de las personas que realizan dicha actividad). Es a partir del nacimiento de dicho intercambio que han aparecido sistemas económicos que, acomodándose a las circunstancias históricas, políticas y sociales, han tratado de responder sus necesidades al considerar que "el modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual"[108].

La aparición de dichos sistemas implicó la institucionalización tanto del proceso económico como de sus elementos, con la finalidad de dotarlos de unidad y estabilidad, permitir el análisis del comportamiento económico de un país para poder establecer los criterios y recomendaciones necesarios para lograr su eficiencia y crecimiento, lograr una estabilización de precios, y, alcanzar un crecimiento en equilibrio. Asimismo, veremos que la economía en el Estado Peruano (caracterizado por su riqueza y diversidad de recursos naturales) se desarrolló a lo largo de los siglos, sobre todo, gracias a la explotación de los minerales no metálicos (por ejemplo, el guano), y veremos que "a lo largo del periodo de 1930 a 1980 se alternaron fórmulas intervencionistas y liberales (…). Tras la honda crisis de los años ochenta, pareció surgir un consenso en la década siguiente en torno a la convivencia de adoptar un enfoque más liberal de la política económica"[109]. La década de los 90', por su parte, estuvo caracterizada por una marcada transformación y explotación de la agricultura y de los recursos naturales; y, por el inicio de un periodo neoliberal, que tuvo como finalidad la corrección de las cuentas fiscales. De igual manera observamos que, durante el año 1990, el Perú "pasó por dos etapas claramente diferenciadas: entre enero y julio una etapa caracterizada por una inflación acelerada, aguda recesión y precios relativos distorsionados; y de agosto a diciembre una etapa signada por la aplicación de un programa de estabilización consistente, conducente a una reducción abrupta de la inflación sustentado en una drástica corrección de la distorsión de precios previa"[110].

Todas las reformas asumidas durante la década anteriormente indicada, fueron base del llamado "Milagro económico peruano", y se llevaron a cabo mediante el denominado "Fujishock", acaecido el 8 de agosto de 1990, implantado con la finalidad de poder atravesar

---

[108] MARX, K. y ENGELS, F. *Obras escogidas en tres tomos*, Tomo I, Moscú: Editorial Progreso Moscú, 1973, p. 518.

[109] CONTRERAS, C. (ed.). *Compendio de Historia económica del Perú*. Tomo 5. La economía peruana entre la gran depresión y el reformismo militar 1930- 1980, 1era ed., Lima: BCRP, IEP, 2014, Historia económica 22, p. 17.

[110] Memoria al 31 de diciembre de 1990, elaborada por el Banco Central de Reserva del Perú, p.7. Recuperado https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjR8JaTqJ7nAhVLLLkGHXW_DOIQFjAAegQIARAB&url=http%3A%2F%2Fwww.bcrp.gob.pe%2Fdocs%2FPublicaciones%2FMemoria%2FMemoria-BCRP-1990.pdf&usg=AOvVaw0DY0VDYjpZZaS3FMil9Zjl.

una de las más críticas y hondas etapas caracterizada por una crisis económica de grandes dimensiones.

En la época previa a la asunción del mando por parte del expresidente Albero Fujimori Fujimori, el Perú se encontraba atravesando una fuerte crisis en todos los niveles, particularmente en el económico-financiero, en el cual primaba la hiperinflación y la ausencia de recursos económicos para poder sacar adelante al país. Frente a dicha situación, las únicas opciones viables fueron la liberalización y privatización, cuyo reconocimiento expreso dentro de la Constitución de 1993 significó que la actividad empresarial estaría reservada para el sector privado y que el Estado únicamente participaría de manera subsidiaria en ella; esto es, ya no se adoptaría un modelo de Estado interventor tanto dentro de la economía como de los medios utilizados para la producción de bienes y/o prestación de servicios (situación que previamente significó un crecimiento indiscriminado del mismo a manos del sector público, que se constituyó como uno de los factores de la economía durante la década de los 80').

Como consecuencia de la búsqueda de la eficiencia y el paso a una política de no intervencionismo (que significó la apertura y promoción de la iniciativa privada), encontramos una distribución más justa del ingreso para así alcanzar un crecimiento y una mayor estabilidad económica. Es por ello que el modelo económico reconocido y amparado por el artículo 58° de la Constitución de 1993[111] fue el de una economía social de mercado (cuya regla principal es la libertad dentro de la iniciativa privada, y, la excepción es la intervención estatal), que continuó la línea económica establecida por la Constitución de 1979, dando así un gran avance en lo relacionado a la protección a la libre competencia (al reconocerla expresamente mediante su artículo 61° del texto legal previamente indicado). Como resultado de la protección anteriormente mencionada, se crearon y establecieron una serie de instituciones encargadas de la regulación de los servicios públicos y de la regulación de la competencia.

A la institución pública encargada de la regulación de la competencia se la denominó Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual (o, también conocido como INDECOPI), que fue creada dentro de un escenario de reforma estatal, el 6 de noviembre de 1992, mediante la publicación del Decreto Ley N° 25868 en el diario oficial "El Peruano" y que entró en vigor el día siguiente de su publicación. INDECOPI aunó

[111] "Artículo 58.- Economía Social de Mercado
La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad servicios públicos e infraestructura".

las competencias propias de la Comisión Nacional de la Libre Competencia[112] y del Instituto de Investigación Tecnológica Industrial y de Normas Técnicas (conocido como ITINTEC); y, fue creada como un "organismo dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales"[113], y contaba con "personería jurídica de derecho público y gozaba de autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa"[114].

La creación de INDECOPI tuvo como finalidad reducir la cantidad de organismos reguladores por medio de la concentración de las competencias, sobre todo de registro, supervisión y fiscalización de diversos sectores (propiedad intelectual, defensa de la competencia, entre otros) en una única Administración[115]. De manera posterior se le atribuyó las facultades propias del Instituto de Investigación Tecnológica Industrial y de Normas Técnicas referidas al servicio nacional de meteorología[116] (el 24 de setiembre de 1993[117]) del Ministerio de Salud, al cual se le autorizó que mediante la promulgación de los Convenios Específicos, deleguen a la Comisión de Supervisión de Normas Técnicas, Meteorología, Control de Calidad y Restricciones Pararancelarias de INDECOPI la facultad de calificar, autorizar y supervisar a las entidades que emitirían las certificaciones sanitarias que se especifiquen en los respectivos convenios[118]. Asimismo, se precisó que le correspondía a INDECOPI la doble condición de Oficina y Autoridad Nacional Competente en materia de Derechos de Autor y Derechos conexos a los que se refiere la Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena[119]. De la misma manera, mediante la promulgación de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del sector eléctrico (Ley N° 26876), se le asignó la función de

---

[112] Creada mediante el Decreto Supremo 296-90-EF, de fecha 4 de noviembre de 1990, como organismo autónomo y descentralizado del Ministerio de Economía y Finanzas, que tuvo como finalidad de prevenir, investigar, corregir y sancionar las prácticas anticompetitivas.

[113] Artículo 1° del Decreto Ley N° 25868.

[114] Ibidem.

[115] Sin embargo, en materia de salud, traspasaron una serie de facultades que ostentaba INDECOPI a favor de SUSALUD, mediante el Decreto Legislativo 1158, el cual tendría por objeto promover, defender y proteger los derechos de quienes accedan a los servicios de salud garantizando que los mismos sean de calidad. Por ello, dicho organismo sería competente en los siguientes casos: 1. Actos médicos: intervenciones quirúrgicas, consultas médicas y recetas médicas; 2. Otros productos para la salud: Farmacias y boticas, productos ortopédicos, laboratorios clínicos y ecografías tomografías; 3. Servicios complementarios: seguridad, transporte, gestión administrativa, limpieza y alimentación, atención al cliente y marketing; y, 4. Seguros y planes de salud: SOAT, SCTR, seguros y planes de salud y seguros de múltiples coberturas.
SEGOVIA TRONCONES, E. *El dilema para denunciar: Una crítica a la transferencia de funciones del INDECOPI a SUSALUD en materia de servicios médicos y de seguros*. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwji0qOI3YLtAhWGIrkGHXf0Bf4QFjADegQIBBAC&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fthemis%2Farticle%2Fdownload%2F20905%2F20602%2F&usg=AOvVaw3xkgInCToszUKEyeFxlItL

[116] Dicho servicio se encontraba regulado mediante el artículo 4°, inciso a) de la Ley N° 23560.

[117] Acorde a lo establecido en los Decretos Supremos N°024-93-ITINCI y N° 026-93-ITINCI.

[118] Acorde a lo establecido mediante el Decreto Supremo N° 008-93-SA de fecha 24 de noviembre de 1993.

[119] Dicha doble condición fue reconocida mediante el Decreto Supremo N° 003-94-ITINCI de fecha 18 de marzo de 1994.

autorizar las operaciones de concentración en el sector eléctrico (previa evaluación de su impacto en la competencia), entre otros.

Como hemos podido observar, en las últimas décadas se ha producido una determinante transformación del papel estatal en relación con la actividad económica, en tanto que, se ha fortalecido la independencia[120] e imagen institucional[121] de INDECOPI, de tal manera que comunica a la ciudadanía su cercanía a la realidad peruana, dicha situación trae como resultado la búsqueda por la excelencia para contribuir e impactar positivamente en la sociedad peruana; asimismo, la actividad prestacional que previamente había realizado el Estado peruano fue sustituida por una actividad administrativa reguladora (realizada mediante un modelo de intervención pública indirecta dentro de la actividad económica) manifestada en el control de los agentes económicos que convergen en el ofrecimiento de sus servicios dentro del mercado y bajo un régimen de libre competencia, con la finalidad de garantizar el interés general de los consumidores, y, en los casos en donde el interés general no es satisfecho, el Estado peruano puede ejercer el carácter subsidiario de intervención pública[122].

Es la coexistencia de funciones de promoción de la libre competencia (en todos los sectores, por ejemplo: energía, combustible, entre otros) y de regulación del mercado en una misma Administración independiente, la que generó que algunos de los otros organismos

---

[120] INDECOPI dejó de ser un organismo público dependiente del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales para pasar a ser un organismo público especializado que se encontraba adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros

[121] Dicha imagen de transparencia, efectividad y eficiencia ganada tanto por la constante capacitación ofrecida a su personal, como por la producción y calidad de sus resoluciones emitidas dentro de los diversos procedimientos administrativos sancionadores que tienen a su cargo; y, en relación a su labor en general. Asimismo, la propia institución reconoció que los cambios dados en su interior van desde un mayor reconocimiento a la labor realizada por parte de su personal que genera una mayor actitud proactiva, hasta un cambio en la nueva imagen ofrecida a la ciudadanía, la cual obedece principalmente a la necesidad de satisfacer todas las inquietudes que presentan los usuarios a nivel nacional. Todo lo mencionado hasta este momento parte, sobre todo, de los valores fundamentales y pilares que identifican a dicha institución, entre los cuales encontramos: Compromiso (con la sociedad), pasión (por la calidad), proactividad (por informar, educar y servir), unión (dentro del personal, que implica colaboración con sus pares, enseñando y aprendiendo). Para mayor información acerca de la labor realizada por INDECOPI hasta el año 2010, véase *Memoria anual 2010*, Lima, 2010. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi91P3vgKTnAhVfErkGHZ9LCK8QFjACegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fwww.indecopi.gob.pe%2Fdocuments%2F1902049%2F3741789%2FMemoria2010.pdf%2F496fa8d4-6b2d-07e8-9f22-542778903307&usg=AOvVaw1CBGbJCHLLbSJndO012mR3.

[122] "En los últimos lustros, en el Perú, el proceso de configuración se ha acelerado de manera notoria. La combinación de varios años de guerra interna, hiperinflación y radical reordenamiento liberal de las bases económicas, políticas y culturales de nuestra sociedad, ha contribuido poderosamente a erosionar los mecanismos conocidos de reproducción social entre ellos, como la autoridad indiscutible de los mayores, el monopolio paterno del rol proveedor, la garantía absoluta de la educación como vía de movilidad social y la seguridad del trabajo asalariado". FERNÁNDEZ TRUJILLO, M. *Cine, sociedad y cultura en el Perú de los noventa: Análisis temático de tres cortometrajes realizados por jóvenes directores*. Tesis (Lic.). Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Letras y Ciencias Humanas. EAP de Comunicación Social, 2003. Recuperado de http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/fern%C3%A1ndez_t_m/CAP_3.htm.

reguladores tuvieran posturas legales dispares frente a las concentraciones que pudieran darse en el sector que les correspondía (como se pudo apreciar en el caso de ENDESA[123], dentro del cual, la postura de INDECOPI fue de extrema flexibilidad en lo referente a la aceptación del hecho de la existencia de monopolios naturales en el marco de economías pequeñas). Asimismo, genera controversia el hecho que existan, de manera conjunta, diversos mecanismos de intervención y se reduzca la independencia por un factor específico: la elevada concentración de funciones. Esta última situación trae como consecuencia la posibilidad de afirmar que dicho organismo posee amplios, y discrecionales, poderes para resolver dentro del ámbito administrativo sancionador.

Como se puede apreciar, INDECOPI se erige como una Administración especializada e independiente, con personalidad jurídica de derecho público interno, que goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa y, hereda potestades propias de los organismos reguladores, tales como, potestad normativa[124], potestad para resolver conflictos, potestad para imponer sanciones y multas coercitivas, otorgar beneficios mediante el programa de clemencia, entre otras. La ampliación de sus facultades o potestades, son excepcionales sobre todo dentro del ámbito normativo, de resolución de conflictos y cuasi-jurisdiccional. Esta última potestad necesita de un más exhaustivo juicio de proporcionalidad en la emisión de sus resoluciones, que no implique solamente un análisis de legalidad y formalidad).

3.1.2 *INDECOPI como organismo autónomo*

Como se mencionó previamente, INDECOPI como organismo público posee amplios poderes cuasi-jurisdiccionales y, desde su creación, se le atribuyó una serie de garantías formales que resultaban necesarias para la consecución y mantenimiento de su autonomía, entre las cuales podemos encontrar: El régimen de nombramiento tanto de los funcionarios[125], de sus respectivos órganos (facultad que se encontraba en manos del Directorio con el Decreto Ley N° 25868), de los miembros del Consejo Consultivo, miembros de las Comisiones, Secretarios Técnicos y Jefes de las Oficinas Regionales; como de sus órganos respectivos (incluyendo la facultad crearlas, desactivarlas o modificarlas, labor que era ejercida por parte, también, del

[123] Expediente N° 004-2009/CLC-INDECOPI.
[124] La cual deriva de del artículo 2° inciso 2 del Decreto Legislativo N° 1033, mediante el cual se estableció que "para el cumplimiento de sus funciones, el INDECOPI se encuentra facultado para emitir directivas con efectos generales (…)".
[125] Acorde a lo establecido en el artículo 4° del Decreto Ley N° 25868.

Directorio[126]). Además, tuvo la potestad de autoorganización (que implica la potestad de adoptar y emitir normativa interna relacionada con su estructura y funcionamiento[127]).

Asimismo, dicha institución se asemeja, en constitución, a la Autoridad Administrativa Independiente de ámbito estatal (España)[128], en tanto que, se encuentran organizadas bajo una personalidad jurídica propia de Derecho Público interno, en la que si bien gozan de una autonomía específica, ello no conlleva a que se encuentren en una situación de total independencia en relación con el Poder Ejecutivo, sino que nacen y desenvuelven sus funciones mediante una Ley que este aprueba y publica para regularla.

Se entiende que INDECOPI es uno de los órganos administrativos independientes (a los que se les conoce como "Organismos Técnicos Especializados"), que, gracias a su descentralización del Poder Ejecutivo[129], permite que el mismo sea capaz de ejercer sus funciones (de regulación y promoción del mercado, de protección de los derechos de los consumidores, fomento de una cultural de leal y honesta competencia, protección de todas las formas de manifestación de propiedad intelectual) de una manera más eficaz y para que las mismas no se vean comprometidas y/o influenciadas por intereses distintos a los propios de su razón de ser y, así, mantener al margen la línea jerárquica correspondiente al Gobierno.

La autonomía de dicha institución[130] se da en todos sus niveles, desde el ámbito administrativo-funcional hasta el económico; asimismo, se manifiesta mediante la

---

[126] Acorde al artículo 61° del texto modificatorio del Decreto Legislativo N° 807.

[127] Acorde a lo establecido en el artículo 4°. d), se estableció que el Directorio de INDECOPI era el órgano encargado de expedir las directivas que tendrían por finalidad normar el funcionamiento administrativo de dicha institución.

[128] Las cuales son entendidas como aquellas "entidades de derecho público que, vinculadas a la Administración General del Estado y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de independencia funcional o una especie de autonomía respecto de la Administración General del Estado, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley". Véase artículos 109-110 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre.

[129] Para Comadira es necesaria la existencia de dicha autonomía e independencia, en tanto que, "la independencia funcional de los entes reguladores es, asimismo, decisiva, porque la experiencia ha demostrado que el poder político es no pocas veces incapaz de sustraerse a las tendencias de sacrificar los objetivos a largo plazo en aras de las metas diarias de la política". COMADIRA, J. *Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS)*, ED, 162: 1134, reproducido en su obra Derecho administrativo, Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 217 y ss. En GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2003. Recuperado de https://books.google.com.pe/books?id=bJrlNTwxTM8C&pg=PA438&lpg=PA438&dq=reflexiones+sobre+la+regulacion+de+los+servicios+privatizados+y+los+entes+reguladores&source=bl&ots=PC_bK9eR_q&sig=ACfU3U3agCQHQuXy-TWD3uOndmSt4RSPwA&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjr_LWXkZXoAhWtG7kGHTa5DbAQ6AEwAXoECAoQAQ#v=onepage&q&f=false.

[130] La presencia de dicha autonomía, ha llevado a afirmar que INDECOPI, de la misma forma que los demás organismos reguladores y supervisores, no responden políticamente ante nadie, con la salvedad de la responsabilidad surgida a partir del control de legalidad de los actos que éste emita, el cual sería realizado por los tribunales. No obstante, el 05 de marzo de 2018 se presentó el Proyecto de Ley N° 2483/2017-CR (denominado Ley de Promoción de rendición de cuentas de organismos reguladores y supervisores), mediante

irreversibilidad de sus decisiones en sede administrativa (estableciéndose que el único órgano competente para juzgar la legalidad de sus decisiones es el Poder Judicial); la asignación de un Consejo Directivo como el máximo nivel para preservar su independencia; no se encuentra adscrita a ningún otro organismo estatal; cuenta con funciones altamente diferenciadas de los demás organismos reguladores; su importancia, reconocimiento constitucional, y el establecimiento de sus características son impuestas y buscan perfeccionar el control inter-orgánico de las funciones atribuidas; y tiene la potestad de autodireccionarse.

3.1.3 *Su organización y atribuciones*

INDECOPI actualmente acumula una importante cantidad de funciones que pueden ser clasificadas en diez categorías, acorde a las Comisiones existentes que aplican una determinada normativa. Entre las funciones se destacará:

a. La relacionada con la aplicación de la normativa *antitrust* y regulación de mercados (desempeñada por la Comisión de Libre Competencia; Comisión de *Dumping*, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales no arancelarias; Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal; Comisión de Protección al Consumidor);
b. La relacionada con la normativa que elimina los actos y/o disposiciones emitidas por las Administraciones Públicas que constituyan barreras burocráticas (otorgadas a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas);
c. La relacionada con la aplicación de la normativa de protección de los derechos de autor y derechos conexos (otorgada a la Comisión de Derecho de Autor);
d. La relacionada con la aplicación de la normativa para proteger los derechos sobre las marcas (otorgada a favor de la Comisión de Signos Distintivos);
e. La relacionada con la tramitación de los procedimientos necesarios y lograr una adecuada negociación entre los acreedores y el deudor común debido a su sometimiento a un concurso (realizado por la Comisión de Procedimientos Concursales);
f. La relacionada con la normativa relacionada con la protección a los derechos de la propiedad industrial (realizada por la Comisión de Invenciones y Nuevas Tecnologías); y, para aplicar la normativa y gestionar lo relacionado con la firma electrónica (de la cual se encuentra encargada la Comisión Transitoria para la Gestión de la Infraestructura Oficial de la Firma Electrónica).

---

el cual se plantea un mecanismo de rendición de cuentas de los organismos reguladores y supervisores frente al Congreso de la República y la ciudadanía, el cual se realizaría de manera anual y lo ejercería un organismo que concentraría la facultad de supervisión de todas las actividades y herramientas de política regulatoria, y sería creado por parte del Poder Ejecutivo.

3.1.3.1 Organización inicial. Con la publicación del Decreto Ley N° 25868 se le atribuyó, de manera inicial, una estructura inusual que implicaba la concentración de los ámbitos: Administrativo y funcional -regulatorio. El primero de ellos engloba las actuaciones necesarias para la asistencia a la rama funcional-regulatoria que, bajo la normativa anteriormente mencionada, se encontraba compuesta por: la Gerencia General (órgano ejecutivo y administrativo, administrada por el Directorio de INDECOPI), Gerencias y Secretarías Técnicas; y, se encargaba de velar por el buen funcionamiento de sus diversos departamentos. La Gerencia General de INDECOPI, que encontraba su apoyo en las demás Gerencias para el desarrollo de sus funciones, contaba con las funciones relacionadas, sobre todo, de dirección, supervisión, coordinación y control de las diferentes dependencias administrativas, acorde a lo establecido en el artículo 42°[131] del Decreto Ley anteriormente mencionado. Las Gerencias anteriormente mencionadas eran dependientes directos de la Gerencia General, las cuales fueron cuatro: La Gerencia de Administración, Finanzas y Apoyo a los Órganos funcionales[132], la Gerencia de Informática y Sistemas[133], la Gerencia de Relaciones Internaciones[134] y la Gerencia Legal[135]. No obstante, el hecho de que el Decreto Ley 25868 reguló expresamente un número determinado de Gerencias, no excluye la posibilidad de que el Directorio (de INDECOPI), con posteridad (si lo considera necesario), pueda crear una o más Gerencias y/o Subgerencias, así como, la desactivación o modificación del régimen de las existentes, puede hacerlo en tanto cuenta con facultad expresa para ello, con la salvedad que se correlacione a las necesidades de las instituciones y siempre que las normas presupuestarias lo contemplen. Finalmente, encontramos a las Secretarías Técnicas, a las cuales se les atribuyó la labor de servir como órgano de enlace entre la estructura orgánica y la administrativa de dicha entidad, dependen funcionalmente a la Comisión de la región en la que

---

131 "Artículo 42.- Son funciones de la Gerencia General del INDECOPI:
a) Dirigir, coordinar, supervisar y controlar las acciones de las diferentes dependencias administrativas;
b) Coordinar las acciones de las diferentes dependencias funcionales y prestarles el apoyo que requieran para su funcionamiento;
c) Ejercer la representación legal de la institución.
d) Administrar los recursos económicos y presupuestales;
e) Designar, promover, suspender y remover al personal administrativo; y,
f) Las demás que se le encargue por acuerdo del Directorio".

132 De ella, dependen administrativamente los Secretarios Técnicos de las Comisiones y los Jefes de las Oficinas Regionales. Sus funciones están referidas a las acciones necesarias para lograr el normal funcionamiento del INDECOPI.

133 Sus funciones están orientadas a prestar apoyo a los órganos funcionales del INDECOPI y a todo lo relacionado con la información computarizada.

134 Sus funciones están referidas a realizar el seguimiento de las acciones de los organismos internacionales en materias de competencia del INDECOPI, y evaluar los acuerdos internacionales vigentes a fin de recomendar la incorporación del país a los mismos.

135 Sus funciones están referidas a prestar el apoyo legal requerido por todos los órganos funcionales y administrativos del INDECOPI.

se encuentran y está a cargo de una o más personas, sus funciones se desprenden de su establecimiento como órgano de apoyo y de enlace de las Comisiones y se encuentran recogidas en el artículo 47°[136] del Decreto Ley anteriormente indicado.

Mientras que el segundo de ellos, referido al ámbito funcional[137], se encontraba dedicado al despliegue de las competencias propias de dicho organismo especializado, a lo largo de todas sus esferas de actuación, para ello, era necesario que sus instancias (u órganos cuasi-judiciales) observen las normas correspondientes (por ejemplo, las de defensa de la libre competencia), para ello, se crearon los siguientes órganos administrativos:

a. Un Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual[138], conformado tanto por la Sala de Defensa de la Competencia[139] como por la Sala de la Propiedad Intelectual[140]; y contaba con las siguientes funciones:
   - Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa los procesos relacionados con la defensa de la competencia y de los derechos de los consumidores, así como, de los derechos de la propiedad intelectual;
   - Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa sobre la adopción de medidas correctivas y la imposición de sanciones por infracción a la función anterior;
   - Recomendar al presidente de INDECOPI la realización de gestiones ante las autoridades pertinentes del Gobierno para la adopción de las medidas legales o que juzgue necesarias para garantizar la protección de los derechos referidos en el artículo 2° del Decreto Ley anteriormente mencionado;

---

136 "Artículo 47.- Son funciones de las Secretarías Técnicas:
a) Prestar a las Comisiones el apoyo que requieran para el normal funcionamiento de sus actividades, realizando para el efecto las coordinaciones necesarias con los demás órganos funcionales y administrativos del INDECOPI;
b) Iniciar de oficio los procedimientos o procesos que se sigan ante su respectiva Comisión cuando considere que el caso lo amerita, o cuando la Comisión así lo disponga;
c) Realizar las investigaciones requeridas para que las Comisiones cuenten con los elementos de juicio necesarios para emitir la resolución correspondiente conforme a sus respectivas normas legales de creación;
d) Otras que se encuentren previstas en sus respectivas normas legales de creación; y,
e) Otras que se le encomienden".

137 Regulado mediante el Título V del Decreto Ley N° 25868.

138 El cual, acorde al artículo 11° del Decreto Ley N° 25868, se encontraba integrado por "dos Salas: la Sala de Defensa de la Competencia, que conocerá de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de las Comisiones del Indecopi y la Sala de la Propiedad Intelectual, que conocerá de las apelaciones interpuestas

139 La cual tuvo como facultad el conocimiento de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones de las Comisiones de INDECOPI, y estaba conformada por seis vocales (los cuales eran designados por Resolución Suprema refrendada por el Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales, a propuesta del Directorio que toma en consideración la opinión del Consejo Consultivo).

140 Este órgano era el encargado de las apelaciones interpuestas contra las resoluciones emitidas por las correspondientes Oficinas de INDECOPI, asimismo, se encontraba integrado por cuatro vocales, y contaba con el apoyo de un Secretario Técnico.

- A pedido de la autoridad universitaria correspondiente, proporcionar, por breve término, los expedientes fenecidos a los graduandos;
- Recurrir al auxilio de la fuerza pública para ejecutar sus resoluciones en caso de que resultaba necesario[141].

b. Siete Comisiones que se encontraban destinadas a la protección de la Competencia y de los derechos de los consumidores, así como facilitar a los agentes económicos el acceso, permanencia y salida del mercado (entre los cuales encontramos a la: Comisión de Libre Competencia; Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios[142]; Comisión de Protección al Consumidor[143]; Comisión de Represión de la Competencia Desleal[144]; Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales[145]; Comisión de Procedimientos Concursales y la Comisión de Acceso al Mercado[146]).

Asimismo, las características que ostentaban fueron las siguientes: autonomía técnica y funcional; se constituyeron como primera instancia administrativa en los procesos de competencia y en la adopción de medidas correctivas y la imposición de las sanciones correspondientes.

c. Tres Oficinas que se encontraban destinadas a la protección de los derechos de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones; por ello, encontramos las siguientes: Oficina de

---

141 Acorde a lo establecido en el artículo 13° del Decreto Ley N° 25868.

142 Acorde con lo establecido en el artículo 22° del Decreto Ley N° 25868, este órgano se encargaba de velar por el cumplimiento de las normas, con la finalidad de evitar y corregir las distorsiones de la competencia en el mercado generadas por el dumping y los subsidios, conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 133-91-EF

143 Acorde con lo establecido en el artículo 23° del Decreto Ley N° 25868, el presente órgano se encargaba de velar por el cumplimiento de la Ley de Protección al Consumidor, aprobada por el Decreto Legislativo N° 716, y, para ello, asumió las funciones reguladas mediante los artículos 38° y 42° de la misma norma legal.

144 Acorde con lo establecido en el artículo 24° del Decreto Ley N° 25868, dicho órgano tuvo por función: velar por el cumplimiento de las normas de publicidad en defensa del consumidor aprobadas mediante el Decreto Legislativo N° 691, así como velar por el cumplimiento de las normas que sancionan las prácticas contra la buena fe comercial, acorde a lo establecido por el Decreto Ley N° 26122.

145 Acorde con lo establecido en el artículo 26° del Decreto Ley N° 25868, le correspondió la aprobación de Normas Técnicas recomendables para todos los sectores y las normas sobre metrología legal, así como calificar y autoriza a las empresas e instituciones a fin de facultarlas para ejercer las funciones de certificación de calidad de los productos, acorde a lo establecido por las normas técnicas correspondientes.

146 Acorde a lo establecido en el artículo 26° BIS del Decreto Ley N° 25868, se estableció que era el órgano competente para conocer los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impusieran barreras burocráticas que impidan u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre las materias establecidas en los Decretos Legislativos N° 283, 668, entre otros.

Signos Distintivos[147]; Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías[148][149]; y la Oficina de Derechos de Autor[150]). Dichas Oficinas contaron con autonomía técnica, funcional y administrativa; resolvían en primera instancia administrativa los procesos de su competencia, así como la imposición de las sanciones correspondientes; su máxima autoridad era un jefe en cada una de las diversas áreas funcionales; así mismo, sus resoluciones podían ser cuestionadas ante el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

En cuanto a las facultades primarias, ostentadas por INDECOPI, fueron recogidas en el artículo 2°[151] del Decreto Ley N° 25868, y estuvieron relacionadas con la supervisión de las prácticas monopólicas, dentro de un mercado específico, que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y/o en la prestación de servicios, o que impliquen prácticas que generan competencia desleal, afecten a los agentes del mercado y a los consumidores; los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, conforme lo estipula el artículo 30° de dicho Decreto Ley; la calidad de los productos; y, otros que se le asignen.

INDECOPI pasaría a ser la autoridad especializada cuya creación tenía como finalidad, sobre todo, la promoción y corrección de las distorsiones del mercado y protección de los derechos de los consumidores. Dicha finalidad, inicialmente, la cumpliría a través de la protección de la defensa de la libre y leal competencia, y para ello se le atribuyó las facultades

---

147 Acorde a lo establecido en el artículo 33° del Decreto Ley N° 25868, tuvo la finalidad de llevar el registro de marcas, nombres comerciales, lemas y denominaciones de origen o geográficas, así como proteger los derechos derivados de dicho registro.

148 Acorde a lo establecido en el artículo 34° del Decreto Ley N° 25868, se le otorgó la finalidad de llevar los registros de patentes, modelos industriales, diseños o dibujos industriales, variedades vegetales, biotecnología y otras nuevas tecnologías, así como proteger los derechos derivados de dicho registro; asimismo, se le encargó la difusión de los adelantos tecnológicos.

149 Asimismo, acorde a lo establecido al artículo 36°, le correspondía tanto a la Oficina de Signos Distintivos como a la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías, la finalidad de llevar el registro de los contratos de licencia de uso de tecnología, patentes, marcas u otros derechos de propiedad industrial de origen extranjero, así como, de asistencia básica y de detalle, gerencia y franquicia que estipulen el pago de regalías conforme a lo establecido en el artículo 21° del Decreto Legislativo N° 662.

150 Acorde a lo establecido en el artículo 37° del Decreto Ley N° 25868, se estableció que dicha Oficina se encargaría de cautelar, proteger y registrar los derechos de autor y derechos conexos sobre obras artísticas en todas sus manifestaciones y sobre software, así como mantener el depósito legal intangible; asimismo, lleva el registro de las asociaciones autorales.

151 "Artículo 2°**.** - El INDECOPI es el organismo encargado de la aplicación de las normas legales destinadas a proteger:
a) el mercado de las prácticas monopólicas que resulten controlistas y restrictivas de la competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, así como de las prácticas que generan competencia desleal y de aquellas que afectan a los agentes del mercado y a los consumidores;
b) los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, conforme lo estipula el artículo 30 del presente Decreto Ley;
c) la calidad de los productos, y
d) otros que se le asignen (…)".

reguladas mediante el Decreto Legislativo N° 701 (considerada como la normativa pionera para el combate y sanción de las prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por los agentes económicos en el mercado, en tanto que, proporcionaba una protección superior a la regulación contra los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos, del proporcionado mediante el artículo 133°[152] de la Constitución de 1979).

3.1.3.2 Modificaciones a la organización inicial. El Decreto Ley N° 25868, mediante el cual se ordenó la creación de INDECOPI, fue derogado por el Decreto Legislativo N° 1033. Dicho Decreto Ley no sólo renovó los órganos que lo componían, sino que, con la finalidad de llevar a cabo un fortalecimiento institucional y modernización como entidad pública, dotó a INDECOPI de mayor autonomía para lograr tanto una mayor predictibilidad en su actuación, como para alcanzar que los procedimientos administrativos sean más "garantistas" y den una mayor protección al derecho de defensa al proferir un mayor respeto al principio del debido procedimiento.

En primer lugar, para alcanzar este último fin, se rediseñó los órganos que lo integraban, a los que se les permitió absorber una mayor carga procesal, incrementar la confianza en la observancia y aplicación de las leyes de competencia y protección de la propiedad intelectual de los agentes económicos; y, sobre todo, disminuir los costos asociados a los conflictos que se generaban en su materia.

En segundo lugar, la estructura anteriormente mencionada fue modificada mediante la publicación del Decreto Legislativo N° 788[153] (de fecha 29 de diciembre 1994 y publicado el 31 de diciembre del mismo año), que declaró su reorganización y dispuso tanto la descentralización de sus funciones (a través de la delegación de las mismas) como la ampliación de sus facultades. Dicha descentralización se llevaría a cabo tanto a niveles de oficinas regionales como de comisiones (pudiendo delegarse funciones de tal forma que una sola comisión u oficina asuma las competencias relacionadas con el conocimiento y resolución, de manera simultánea, más de un tema de competencia de INDECOPI), para llevar a cabo la delegación de sus funciones mediante la suscripción de los convenios correspondientes[154],

---

[152] "Artículo 133.-
Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos respectivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes".

[153] Modificada en su artículo 2°, por la Tercera Disposición Final de la Ley N° 27146, publicada el 24 de junio de 1999.

[154] Pudiendo celebrarse con organismos, instituciones o entidades públicas, o con las Cámaras de Comercio, Colegios Profesionales, o entidades gremiales de reconocido prestigio, siempre que se garantizara su total independencia en su actuación. No obstante, los dimos debían contener una cláusula que estipularía la prohibición para que dichas entidades delegadas deleguen las funciones otorgadas.

debían contar con la aprobación del Directorio; sin embargo, dicha facultad no alcanzaba a las funciones relacionadas con la determinación de las políticas de los órganos funcionales; las funciones registrales llevadas a cabo por las diversas oficinas (entre las que encontramos a: la oficina de Signos Distintivos, oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías, oficina de Registro de Transferencias de Tecnología Extranjera y oficina de Derechos de Autor); las funciones de Comisión de Fiscalización de Dumping y de Subsidios, ni de la Comisión de Supervisión de Normas Técnicas, Metrología, Control de Calidad y Restricciones de Paraarancelarias; las de la Comisión de Simplificación de Acceso y Salida del Mercado para pronunciarse sobre la aplicación de las disposiciones que atenten contra la simplificación administrativa.

En ese sentido, la delegación de funciones no limitaba la facultad de los órganos funcionales para conocer, de oficio y siempre que fuera necesario, los expedientes que versaban sobre materias de sus respectivas competencias; asimismo, en el caso que se incrementara la carga procesal, el Directorio podía nombrar una Comisión temporal que tendría como función atender dicho incremento en la carga procesal; es por ello que, los cambios dentro de su estructura, que fueron consecuencia del Decreto Legislativo previamente indicado, implicaron la modificación de algunos de los artículos del Decreto Ley N° 25868, en los siguientes términos:

a. Contaría con un órgano de control interno, cuya función pasaría a estar recogida de manera expresa en dicho Decreto Ley y ya no dentro del Reglamento de este, y se encontraría referida a supervisar la gestión económica y financiera de la institución, así como la conducta funcional de sus funcionarios.
b. En lo referente a la remoción de los cargos de los miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, el cambio implicó que estos no puedan ser removidos de los mismos en caso de incurrir en negligencia, incompetencia o inmoralidad, sino que, además, al tratarse dichos cargos como cargos de confianza, dichos funcionarios podían ser removidos sin expresión de causa y siempre que se cuente con la opinión favorable del Directorio y del Consejo Consultivo tanto del INDECOPI como del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales.
c. La labor de las seis comisiones que se encontraban en vigencia hasta la fecha de la publicación del Decreto Legislativo N° 788, no abarcaba únicamente la protección de la competencia y los derechos de los consumidores, sino también la simplificación del acceso y salida del mercado de los agentes económicos.

d. Se redujo a cuatro el número de oficinas destinadas a la protección de los derechos de la propiedad intelectual en todas sus manifestaciones, gracias a la fusión de la Oficina de Invenciones con la oficina de Nuevas Tecnologías.
e. Se amplió el campo de registro, el cual pasaría a estar a manos de la nueva oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías, e, incluiría el registro de las variedades vegetales, biotecnología y otras nuevas tecnologías.
f. Se fusionaron las comisiones de Represión de Competencia Desleal y comisión Nacional de Supervisión de la Publicidad, las cuales pasarían a formar la comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal, asimismo, la comisión Multisectorial de la Libre Competencia al formar parte de la estructura de INDECOPI, pasaría a denominarse como la Comisión de la Libre Competencia.
g. Estableció que el Directorio de INDECOPI nombraría a los miembros y al Secretario Técnico de la comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal, la cual asumiría inmediatamente las funciones y el conocimiento de los expedientes que correspondían, previamente, a la Comisión de Represión de Competencia Desleal y la Comisión Nacional de supervisión de la Publicidad; y, de igual forma, designaría al jefe de la nueva oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías.

En tercer lugar, mediante el Decreto Legislativo N° 807 (publicado el 18 de abril de 1996), conocido como la Ley sobre las facultades, normas y organización de INDECOPI, en virtud con lo establecido en las Leyes N° 26553 y 26557[155], tuvo la finalidad de otorgar mayor seguridad a los agentes económicos en relación a los procesos seguidos ante esta autoridad, para ello, resultó necesario realizar un esfuerzo por perfeccionar, unificar, simplificar y organizar la normativa vigente (entre las que encontramos, la relacionada con la defensa de la competencia, represión de la competencia desleal, publicidad comercial y protección al consumidor); efectuó reformas tanto al interior de la estructura orgánica como institucional, y trató de crear un procedimiento único que pueda ser aplicable a los tres últimos sectores. Asimismo, precisó con mayor claridad cuáles eran las facultades que tuvieron cada una de las respectivas comisiones y oficinas, elevaron el monto de las multas, incrementaron la severidad de las sanciones existentes y simplificaron los procedimientos que existían hasta ese momento.

[155] Ambas Leyes Autoritativas fueron expedidas de conformidad con el artículo 104° de la Constitución de 1993, mediante la cual se delegó a favor del Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre las siguientes materias: reorganización, modificación de sistemas administrativos en general, asignación y ejecución de funciones de las entidades que lo conforman; y, sobre Libre Competencia, las prácticas que la restrinjan o limiten, la Protección al Consumidor y la Propiedad Intelectual.

Uno de los cambios que trajo consigo, fue la denominación de una de las comisiones (la Comisión de la Libre Competencia pasó a denominarse Comisión de Libre Competencia[156]).

En cuarto lugar, será con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1033, que la naturaleza de INDECOPI sufriría un cambio radical, proclamándose su independencia al establecer que se encontraba adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros; asimismo, uno de sus órganos también fue reestructurado y delimitado, la Secretaría Técnica, que previamente era considerada como un órgano de administración interna, pasó a conformar uno de los órganos funcionales-resolutivos mediante su incorporación en el título IV del Decreto Legislativo N° 1033, a través del cual se estableció cuáles eran las autoridades de competencia (entre las cuales encontramos a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia como primera instancia administrativa, al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual como segunda instancia administrativa), dentro del cual se estableció en su articulado 15° que la Secretaría Técnica de la Comisión era el "órgano encargado con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas".

Mediante su artículo 44°, del texto legal precitado, se estableció que las funciones de la Secretaría Técnica serían las siguientes:

> Prestar a las Comisiones el apoyo que requieran para el normal funcionamiento de sus actividades, realizando para el efecto las coordinaciones necesarias con los demás órganos de línea y de administración interna de INDECOPI. Instruir y tramitar los procedimientos administrativos seguidos ante las Comisiones, ejerciendo facultades de investigación y de actuación de medios probatorios, a fin de proporcionar a las Comisiones elementos de juicio (…).

Como podemos observar INDECOPI empieza a concentrar varias y amplias funciones y su estructura organizativa, aparentemente, parece no estar lo suficientemente preparada para asumirlas de manera adecuada, en tanto que, todos sus órganos parecen no estar dotados con la suficiente autonomía para la efectiva realización de sus funciones. Y, es que, no se percibe claramente una separación entre las fases de instrucción (que se encuentra en manos de la Secretaría Técnica, que, en algunos casos, se erige como órgano subordinado a la Comisión y, en otros casos, actúa de manera independiente o autónoma); y la fase de decisión (que se encuentra en manos, en primera instancia administrativa, de la Comisión; y, en segunda instancia administrativa, del Tribunal correspondiente), que permita contrarrestar la

[156] Era considerada como el órgano funcional de INDECOPI encargado del cumplimiento de las normas de defensa de la libre competencia.

concentración de poder y funciones. Es por ello que resulta preciso indicar la presencia de una disfuncionalidad al permitir que el órgano instructivo (Secretaría Técnica) asuma un papel protagónico dentro del procedimiento administrativo sancionador, pero sin tener responsabilidad por las decisiones que puede adoptar el órgano decisor (la Comisión) al momento de resolver, situación que puede conllevar a una imposibilidad para ejercer eficazmente su labor a causa de las deficiencias en el desarrollo de las actuaciones de instrucción.

En quinto y último lugar, mediante el Decreto Legislativo N° 1034, publicado el 21 de junio de 2019, a través de la Resolución Ministerial 225-2019-PCM, se modifica la Ley de Organización y funciones de INDECOPI con la finalidad de reconocer, nuevamente, la autonomía e independencia funcional de la Secretaría Técnica de Defensa de la Libre Competencia. Para tales fines, se modifica la manera en que son designados los miembros de dicho órgano, así como, del secretario, y se le encarga la labor de determinar la admisibilidad de las solicitudes de concentración, como consecuencia de las potenciales fusiones y adquisiciones, que se presenten ante ellos; asimismo, implementa una instancia única en los procedimientos administrativos en materia de Libre Competencia, eliminando la Comisión de Libre Competencia para establecer que únicamente sería el Tribunal de Libre Competencia el encargado de la resolución de los casos, ello con la finalidad de reforzar el rol investigador y persecutor de la Secretaría (sobre todo en el marco de un control de fusiones); no obstante, podría afectarse con dicha medida tanto la tramitación de los mismos como la eficacia en la actuación de las autoridades (las cuales no alcanzan una total independencia, en tanto que sigue siendo designado por parte de la Presidencia del Consejo Directivo de INDECOPI, y, por lo tanto, sigue existiendo una subordinación al mismo, limitando en cierta medida un adecuado desempeño de sus funciones).

3.2. INDECOPI como órgano constituido

La Constitución de 1993, mediante sus artículos 58°[157] y 61°[158], estableció tanto el modelo económico bajo el cual se iba a desarrollar el país como la forma de impulsarlo. Dicha

[157] "Artículo 58°. - La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país. Y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

[158] "Artículo 61°. - El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.
La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares".

situación implicó que el Estado garantizaría tanto la libre iniciativa privada como la promoción de la concurrencia empresarial. Frente a ello, el Estado debía tener un rol activo en la regulación y supervisión de ambas actuaciones, en tanto que el despliegue de las actuaciones empresariales tiene injerencia, directa o indirecta, en los consumidores.

La creación de INDECOPI como organismo público especializado, se dio dentro de un marco de descentralización y transformación en el rol estatal, que fue consecuencia del nuevo modelo económico establecido durante el siglo XX, el cual implicó la liberalización de diversos sectores del mercado, otorgamiento de concesiones de servicios públicos, entre otros[159]. Asimismo, se constituyó como un organismo súper regulador que despliega sus potestades en diversos sectores del mercado, susceptibles de regulación.

Todas esas atribuciones lo convierten en un órgano constituido y no constituyente, la consecuencia necesaria de esta condición es precisamente que todas sus atribuciones deben ser desenvueltas con respeto irrestricto a todos los mandatos contenidos en la Constitución como voluntad del Poder Constituyente. Particularmente, para lo que aquí interesa destacar, tales atribuciones deben ser ejercidas respetando, por un lado, los distintos derechos fundamentales de las personas, tanto públicas como privadas; y por otro, respetando las atribuciones reconocidas constitucional y/o legalmente, a las otras dependencias estatales. De esta manera, la validez jurídica y legitimidad social de los procedimientos y decisiones que adopte INDECOPI en el ejercicio de sus atribuciones, dependerá del pleno cumplimiento de las obligaciones constitucionales adquiridas como poder constituido que es.

Esto quiere decir que, para observar la constitucionalidad de las facultades que ostenta INDECOPI, resultaba necesario que las mismas fueran analizadas a partir tanto de los derechos fundamentales contenidas en la Constitución como en los principios constitucionales exigidos a las Administraciones Públicas que ejerza con objetividad, neutralidad, eficiencia y profesionalidad, específicamente, sus competencias referidas a la supervisión, autorización, vigilancia y sanción. Esa exigencia parte del reconocimiento al principio de separación de poderes, el cual, pese a presentar una combinación de poderes (sobre todo, el referido a la sanción), la permite siempre y cuando se respete los límites necesarios para que cumpla con la misión para la cual fue creada.

De entre los derechos fundamentales a los que como poder constituido se encuentra vinculado INDECOPI, interesa especialmente hacer referencia al derecho fundamental al

[159] Como parte de las políticas establecidas dentro de la Ley marco para el crecimiento de la inversión privada (Decreto Legislativo N° 757), la cual contenía las disposiciones requeridas para el crecimiento de la inversión privada en todos los sectores de la economía.

debido proceso al momento de conocer cómo se desenvolvió la investigación recaída sobre el expediente administrativo N° 008-2010/CLC-INDECOPI.

3.3. La vinculación de INDECOPI al derecho fundamental al debido proceso constituido

3.3.1 *El derecho fundamental al debido proceso*

3.3.1.1 Una breve referencia histórica. Para entender qué implica el derecho al debido proceso, resulta necesario dar un acercamiento, al menos breve, acerca del proceso mismo y del origen de dicho derecho. En primer lugar, en lo relacionado al proceso, para algunos autores, el mismo surge ante el reclamo de una armónica convivencia humana (que anhela la existencia de justicia y paz social), la cual exige que su aplicación se realice en términos superiores a la autodefensa o autotutela (que era ejercida de manera violenta e individual)[160], por ello, puede ser considerado como el mecanismo o instrumento que sirve para la protección y realización de los derechos fundamentales para obtener un proceso justo o adecuado. El sistema utilizado para la resolución de controversias es el hetero-compositivo, e implica que, frente a un conflicto, el encargado de resolverlo y satisfacer las necesidades, será un tercero que deberá ser imparcial, legítimo y con autoridad; sin embargo, la presencia de un juzgador imparcial no basta para afirmar la existencia de un debido proceso, sino que, resulta necesario, que se garantice la participación de todas las personas a lo largo del proceso, la posibilidad de acceso a los órganos jurisdiccionales, la garantía de un resultado obtenido con un contenido mínimo de eficacia, entre otras garantías y derechos que más adelante serán tratados.

En segundo lugar, en cuanto a su origen, encontramos que nace en el derecho anglosajón, estuvo vinculado en un primer momento con la libertad al ser concebido como manifestación contra la opresión. Fue reconocido en la Carta Magna inglesa de 1215, cuyo artículo 29° estableció expresamente que "ningún hombre libre será aprehendido ni encarcelado ni despojado de sus bienes ni desterrado o de cualquier forma desposeído de su buen nombre, ni nosotros iremos sobre él ni mandaremos ir sobre él, si no media juicio en legal forma efectuado por sus pares o conforme a la ley del país"[161]; posteriormente, lo encontramos

---

[160] Quiroga indicó que "cuando la necesidad de justicia y paz social, cuando la necesidad de convivencia humana en sociedad hace indispensable para el desarrollo social se hace vital proscribir la autotutela o autodefensa como forma violenta e individual para la preservación de los derechos conculcados. Es decir, se hace necesario prescindir de la justicia por mano propia o la Ley del Talión". En QUIROGA LEÓN, A. *Estudios de Derecho Procesal*, Lima: IDEMSA, p. 312.

[161] Original: "No freeman is to be taken or imprisoned or disseized of his free tenement or of his liberties or free customs, or outlawed or exiled or in any way ruined, nor will we go against such a man or send against him save by lawful judgement of his peers or by the law of the land. To no-one will see or deny of delay right or justice". Recuperado de https://www.archives.gov/exhibits/featured-documents/magna-carta/translation.html.

recogido y reconocido por la XIV enmienda, mediante la cual otorgaba, a los ciudadanos, estándares de justicia en las diversas relaciones que establecían con los gobiernos federales, estatales y locales[162], implicando una garantía en favor de los derechos fundamentales de los ciudadanos relacionados a la vida, libertad o propiedad, la cual era ejercida frente a las acciones que pudiera llevar a cabo los gobiernos. Como se puede observar, encontramos que, desde un principio, el debido proceso fue relacionado con la aplicación de las garantías procesales que protegían la vigencia de los derechos fundamentales de los ciudadanos dentro de un proceso sustantivo[163][164] y como instrumento para tutelar derechos subjetivos.

3.3.1.2 Definición y reconocimiento constitucional. La persona tiene la condición de fin último. Como se indicó anteriormente, el Constituyente peruano expresa esta condición estableciendo que la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1°). Es decir, la persona tiene el máximo valor posible de ser reconocido a una realidad en el seno de una comunidad política.

Esta posición jurídica máxima trae consigo una serie de consecuencias. Una de ellas es que toda decisión que deba ser adoptada respecto de la persona debe ser una que se condiga con este máximo valor suyo, es decir, que se condiga con la dignidad humana. La única manera de que una decisión que afecte a una persona se condiga con su valor de fin supremo, es que tal decisión sea una decisión justa. Una decisión justa es una decisión digna de la persona; una decisión injusta es una decisión indigna para la persona. Consecuentemente, debido a que la persona es fin supremo, está ordenado asegurar en la mayor medida de lo posible la justicia de la decisión que se adopte respecto de ella[165].

Este objetivo se consigue, en primer lugar, estableciendo que toda decisión que afecte a la persona sea una decisión que no sea una consecuencia de la mera voluntad o capricho de

---

[162] EBERLE, E. *Procedural due process: The original understanding*. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&ved=2ahUKEwin26L0iJjoAhWvLLkGHZnZA0UQFjALegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fconservancy.umn.edu%2Fbitstream%2Fhandle%2F11299%2F164946%2F04_02_Eberle.pdf%253Bsequence%3D1&usg=AOvVaw3CwEImLKYSxWSzWMsK1lNy.

[163] El debido proceso adjetivo implica la realización efectiva de determinadas formalidades de trámite y procedimentales que deben ser observadas de manera previa a la emisión de una sentencia por el órgano correspondiente.

[164] En su faz substantiva, "constituye el debido proceso, también, y, además, un standard o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente valido del actuar de esos órganos; es decir, hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo. Queda convertida así la limitación o garantía procesal en una garantía de la libertad individual". En Linares, J.F. *Razonabilidad de las Leyes, El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1970, 2da edición actualizada, pág. 26.

[165] CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "*El significado iusfundamental del debido proceso*", en SOSA SACIO, Juan Manuel, El debido proceso, Lima: Gaceta Jurídica, 2010, págs. 9-31.

quien decide, sino que sea una decisión que provenga de un mecanismo que asegure en la mayor medida de lo posible la objetividad en la decisión. Dicho mecanismo es un proceso entendido como una secuencia de actos dirigidos a construir una decisión objetiva y justa respecto de la persona.

En segundo lugar, dotando al proceso de una serie de elementos que garanticen efectivamente la consecución de una tal decisión justa y que, por tal razón, se configuren como garantías para que se consiga una decisión justa dentro de un procedimiento administrativo sancionador. Tales garantías pueden ser de dos tipos: procesales y materiales, cuyo cumplimiento trae como consecuencia que la decisión final sea una decisión justa; por ello al proceso que cumpla con dichas garantías se le denomina proceso justo o proceso debido, y a las garantías se les denomina garantías del debido proceso.

En este contexto queda justificado el debido proceso como un derecho humano, siendo recogido, en el artículo 139° inciso 3[166] de la Constitución peruana, dentro de la lista de principios y derechos de la función jurisdiccional como derecho fundamental. Asimismo, ha sido reconocido también en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil[167] y en el artículo 7° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial[168]. Por esta razón, no cabe duda de que el ámbito natural en el que este derecho fundamental despliega su virtualidad es el ámbito jurisdiccional, particularmente en la jurisdicción judicial, arbitral y militar; sin embargo, no es el único en el que se pueda adoptar una decisión que afecte la posición jurídica de la persona, por lo que, toda decisión emanada de un órgano o administración estatal, que afecte los derechos e intereses de las personas, debe tener como parámetro la dignidad de la persona y ser una decisión justa.

En esta misma línea se ha desenvuelto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el cual estableció que el derecho al debido proceso "es un derecho cuyo ámbito de irradiación no

---

166 "Artículo N° 139.-
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(…)
3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional.
Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación (…)"

167 "Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. -
Artículo I.- Toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso (…)."

168 "Artículo 7.- Tutela jurisdiccional y debido proceso
En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso.
Es deber del Estado, facilitar el acceso a la administración de justicia, promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento para tal propósito (…)"

abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales"[169]. Y es que el derecho fundamental al debido proceso "tiene una multiplicidad de ámbitos de aplicación, que, aunque encuentran su principal expresión en el desarrollo de los procesos estrictamente judiciales, pueden abarcar o comprender todos aquellos espacios procesales en los que existan mecanismos de resolución de conflictos o de determinación de situaciones jurídicas"[170].

Consecuentemente, en palabras del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental al debido proceso:

> desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc.[171].

De esta manera el debido proceso, en cuanto derecho fundamental[172][173], es un derecho genérico, subjetivo, procesal y público, que comprende todas aquellas condiciones, garantías, principios procesales necesarias que deben darse, junto con todos los derechos conexos. Para el Tribunal Constitucional puede ser definido como un derecho fundamental que posee naturaleza procesal con estructura compleja a ser concretada en las circunstancias de los particulares

---

[169] EXP. N.º 07289–2005–AA/TC, fundamento 4.

[170] EXP. N.º 00917–2007–AA/TC, fundamento 15.

[171] EXP. N° 10034–2005–AA/TC, fundamento 8

[172] En esta línea, MARCIAL RUBIO indicó que tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, convienen en que el debido proceso es un derecho fundamental de toda persona y un principio-derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. Asimismo, este derecho se erige como un derecho subjetivo y particular que resulta exigible por una persona; y, es un derecho objetivo que asume una dimensión institucional que trae el deber de ser respetado por todos, en tanto que, conlleva implícitamente tanto los fines sociales como los colectivos de justicia. RUBIO, M. *El debido Proceso* en LANDA, C. *Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional*. Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/$FILE/con_art12.pdf.

[173] Para TORRES MANRIQUE, el debido proceso puede ser definido como el derecho de los justiciable a un proceso sin postergaciones, retrasos, alteraciones o deformaciones, durante el desenvolvimiento lógico procesal del mismo; que desvirtúen su finalidad de justicia. Precisando que el derecho de los justiciables es un derecho justamente, debido. TORRES MANRIQUE, J. *Breves consideraciones acerca del debido proceso civil. A propósito del exiguo desarrollo y reconocimiento del debido proceso, en sus diversas variantes de debidos procesos específicos*. Recuperado de http://noticias.juridicas.com/articulos/00–Generalidades/201003–25789630147512.html.

En esa misma línea encontramos a FERNÁNDEZ SEGADO, quien reconoce que al ser considerado el debido proceso como un derecho fundamental puede ser oponible ante todos los poderes del Estados y personas jurídicas, asimismo, recalca que su extensión de la sede judicial a la administrativa, se ha llevado a cabo de manera pacífica.

En FERNÁNDEZ SEGADO, F. "*La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción*", en RGD, N.º 600, Valencia, 1994, pp. 9257–9284, citado por LANDA, C. *Derecho fundamental al debido proceso*. Ob. cit. pp. 4-5.

casos[174]. Del mismo modo, la Corte Suprema de justicia ha reconocido que el debido proceso o tutela jurisdiccional efectiva "es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud de la cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales, independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. Este derecho fundamental no solo se agota en la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia"[175].

En definitiva, cuando se habla del debido proceso necesariamente debe considerarse integrado:

> por su inicio, es decir, por el acceso al órgano encargado institucionalmente de decir el derecho; por el conjunto de garantías formales y materiales previstas para arribar a una decisión justa; y por la aplicación efectiva y oportuna de la decisión justa formulada[176].

3.3.2 *El contenido constitucional del derecho fundamental al debido proceso*

El debido proceso se encuentra íntimamente relacionado con la tutela procesal efectiva, al punto que puede indicarse que entre ellos:

> existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando se estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia radica solo en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción, en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, en su actuación[177].

En la misma línea, el Tribunal Constitucional sostuvo que la tutela judicial efectiva se configura como:

> el marco objetivo y el debido proceso es la expresión subjetiva y específica. Siendo que, la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción y el derecho al debido proceso, en cambio significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como

---

[174] STC. Exp. N° 3075-2006-PA/TC, fundamento jurídico 4.
[175] Cas. N° 8532-2014-Arequipa, 30/11/2016.
[176] CASTILLO CÓRDOVA, L. *El significado iusfundamental del debido proceso*. En J. Sosa (Coord.), *El debido proceso: estudios sobre derechos y garantías procesales* (pp. 9-31). Lima: Gaceta Jurídica, 2010.
[177] MONROY GALVÉZ, J. *Teoría general del Proceso*, Palestra Editores, Lima, 2007, ps. 459-260.

instrumento de tutela de los derechos subjetivos[178] (esta íntima relación permite equipararlos y emplear indistintamente una u otra denominación).

Pues bien, el debido proceso o tutela procesal efectiva tiene, como todo derecho fundamental, un contenido constitucional que es inmediatamente exigible y que hace a la esencia misma del derecho fundamental, el cual está relacionado con la facultad de acceso a los órganos de administración de justicia, así como de una serie de garantías propias del debido proceso destinadas a asegurar en la mayor medida de lo posible la justicia de la decisión a la que se arribe y que va a afectar a la persona. Estas garantías conforman el contenido constitucional del derecho fundamental y fueron explicitadas, de modo enunciativo, por la ley de desarrollo constitucional que significa el Código Procesal Constitucional, en su artículo 4°, tercer párrafo. Estas garantías, ha establecido el Tribunal Constitucional, conforman la dimensión formal y material del debido proceso[179]. De modo que "su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, cuyo cumplimiento, efectivo garantiza que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre comprendida, una persona, pueda considerarse corno justo"[180].

Todas estas garantías permiten concebir al derecho al debido proceso como un derecho conformado por otros derechos; por ello, el Tribunal Constitucional estableció dicho derecho posee "una estructura compleja"[181], "un derecho constitucional de naturaleza omnicomprensiva"[182], es decir, "un derecho continente"[183], o, en otras palabras, es un derecho "genérico" que se descompone en un conjunto de derechos específicos enumerados, principalmente, en el mencionado artículo [139 CP][184].

A continuación, estudiaremos las garantías que componen ambas dimensiones del debido proceso.

3.3.2.1 La dimensión formal del debido proceso. Se configura a partir de la consideración del proceso como secuencia de actos procesales. Así visto, esta dimensión reclama que en el desenvolvimiento del proceso de cumplan con una serie de exigencias formales, cuyo cumplimiento permite asegurar, en la mayor medida de lo posible, la justicia de la decisión a la que se arribe. En palabras del Tribunal Constitucional, la dimensión formal o procedimental del debido proceso alude a:

---

[178] STC. Exp. N° 8123-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 6.
[179] Ibidem.
[180] EXP. 6149-2006-PNTC Y 6662-2006-PNTC, fundamento jurídico 37.
[181] EXP. N.º 03075–2006–AA/TC, fundamento jurídico 4.
[182] EXP. N.º 00917–2007–PA/TC, fundamento jurídico 14.
[183] EXP N.º 10490–2006–PA/TC, fundamento jurídico 2.
[184] EXP. N.º 0004–2006–PI/TC, fundamento jurídico 22.

> los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación[185].

Tales formalidades son mencionadas enunciativamente en el último párrafo del artículo 4 del Código Procesal Constitucional, en los siguientes términos:

> derechos de libre acceso al órgano jurisdiccional, a probar, de defensa, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal.

Sin embargo, el cumplimiento escrupuloso de estas garantías formales no asegura necesariamente la justiciar de la decisión a la que se arriba en un proceso, aunque la promueve en la mayor medida de lo posible. Por tal razón, junto a las garantías procesales del debido proceso se encuentran las garantías materiales como a continuación se pasa a estudiar.

3.3.2.2 La dimensión material del debido proceso. El derecho al debido proceso guarda una íntima relación con el valor de justicia, como se hizo notar previamente. De esta manera, las decisiones adoptadas por los representantes de los poderes públicos (entre los que encontramos al legislador, juez y/o Administración Pública) y los particulares, deben ser decisiones razonables y, consecuentemente, justas. Y es que, también como se mencionó previamente, una decisión injusta no se condice con el valor de fin supremo de la persona; por ello, la relación existente entre la justicia y el derecho al debido proceso encuentra como fundamento esencial la dignidad de las personas, de la cual brotan una serie de exigencias de justicia natural[186] que son consideradas como garantías de la plena realización de todas las personas.

Pues bien, la dimensión material del debido proceso está conformado por las garantías materiales de razonabilidad y justicia de la decisión con la que se concluye un proceso. Así como, por las garantías procedimentales que miran al desenvolvimiento del proceso para exigir el cumplimiento de una serie de exigencias formales, las garantías materiales miran al resultado del proceso, es decir, a la decisión a la que se arriba en un proceso, para asegurarse que tal

---

[185] EXP. N.º 8125–2005–PHC/TC, fundamento jurídico 6.

[186] "La persona humana, por su dignidad, tiene derechos naturales anteriores a la sociedad y al Estado, inmanentes a sí misma, los cuales han sido progresivamente reconocidos hasta hoy en su legislación positiva como derechos humanos de carácter universal". STC. Exp. N° 318-1996-HC/TC, fundamento jurídico 1.

decisión es efectivamente una decisión justa. Y es que el debido proceso "abre las puertas para un control no sólo formal del proceso (…) sino que incide y controla también los contenidos de la decisión en el marco del Estado Constitucional"[187]. Ha indicado el Tribunal Constitucional que el debido proceso "en su faz sustantiva, se relaciona con los estándares de justicia (…) que toda decisión (…) debe suponer"[188], en esa misma línea, la Corte Suprema afirmó que:

> el derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, garantizan al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de impartir justicia dentro de los estándares mínimos que su naturaleza impone[189].

Por ello, toda aquella sentencia o resolución que sea emitida sin contar con un análisis valorativo de todos los elementos probatorios, o no cuente con una motivación clara y suficiente, o no respete los parámetros y garantías mínimas establecidas y relacionadas con el debido proceso, en cualquier instancia; incurrirá en infracción normativa de carácter procesal[190].

De esta manera el debido proceso, en palabras de la Corte Constitucional de Colombia, está compuesto por:

> el conjunto de garantías previstas en el ordenamiento jurídico, a través de las cuales se busca la protección del individuo incurso en una actuación judicial o administrativa, para que durante su trámite se respeten sus derechos y se logra la aplicación correcta de la justicia[191].

Si los derechos fundamentales representan exigencias de justicia, entonces, una decisión que vulnere derechos fundamentales será necesariamente una decisión injusta y hará indebido al proceso que la produce. Y es que:

> no habrá un procesamiento justo, en particular, no habrá una solución justa, si a través del procesamiento o a través de la formulación de una concreta solución se ha vulnerado el contenido constitucional de algún derecho fundamental de la persona, sea cual fuese su contenido[192].

Todo sistema que implica administración de justicia a las personas a las que sirve, si no lo hace debidamente; reconociendo sus derechos y garantías y brinde los mecanismos idóneos para que su reconocimiento pueda ser reclamado -si son ignorados por las autoridades

---

[187] STC. Exp. N° 1209–2006–PA/TC, fundamento jurídico 28.
[188] STC. Exp. Nº 8125–2005–PHC/TC, fundamento jurídico 6.
[189] Cas. N° 3690-2007-Lambayeque, fundamento jurídico 2.
[190] Cas. N° 4219-2016-Lima, fundamento jurídico 5.
[191] Sentencia C-980/10. Recuperado de https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-980-10.htm.
[192] CASTILLO CÓRDOVA, L. El significado iusfundamental del debido proceso…, ob. cit. p. 26.

correspondientes- o restablecidos si han sido violados -e implementarlos si su ejercicio ha encontrado impedimentos-; sería un fracaso, y, por lo tanto debe garantizarse la efectividad del derecho y de los derechos subjetivo que puedan encontrarse dentro de un caso en concreto. En ese sentido, el juez Peckham indicó que:

> la cuestión consiste en si la ley es justa (fair), razonable y apropiado ejercicio del poder de policía o una irrazonable, innecesaria y arbitraria interferencia con los derechos individuales[193].

A esta dimensión material ha hecho referencia también el artículo 4° del Código Procesal Constitucional cuando estableció que:

> se entiende por tutela procesal efectiva aquella situación jurídica de una persona en la que se respetan, de modo enunciativo, sus derechos (…) a la obtención de una resolución fundada en derecho.

3.3.3 *El debido proceso en un procedimiento administrativo sancionador*

3.3.3.1 El debido proceso en sede administrativa. La aplicación del derecho al debido proceso, que previamente era entendido como una facultad exclusiva dentro del ámbito jurisdiccional, poco a poco fue dejándose de lado para poder ser incorporada dentro de los procesos administrativos. La aplicación dentro de estos últimos, pudo empezar a ser exigida gracias a su incorporación expresa como principio dentro del procedimiento administrativo, a través de su regulación en el numeral 1.2 del artículo IV[194] de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante LPAG), incidiendo, sobre todo, en el mencionado procedimiento y en la calidad y eficacia de la decisión que se va a adoptar; asimismo, en esa misma línea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que las garantías que forman parte del contenido del derecho al debido proceso resulta de observancia obligatoria por

---

[193] Original: *"(…) the question necessarily arises: is this a fair, reasonable and appropriate exercise of the police power of the State, or is it an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty or to enter into those contracts in relation to labor which may seem to him appropriate or necessary for the support of himself and his family? Of course, the liberty of contract relating to labor includes both parties to it. The one has as much right to purchase as the other to sell labor*". Lochner v. New York, 198 U.S. 45 (1905).

[194] Dicho artículo establece expresamente que "el procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (…) 1.2 Principio del debido procedimiento. – Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo, se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable solo cuanto en cuanto sea compatible con el régimen administrativo".

parte de toda autoridad administrativa en la emisión de sus resoluciones que determine derechos y obligaciones de las personas[195].

Es por ello, que autores como Morón, han sostenido que:

> la incorporación del principio del debido proceso en el ámbito sancionador tiene por efecto rechazar la posibilidad que se produzcan sanciones -*inaudita pars* (sanción de plano)- sin generarlo a través de un procedimiento previo donde participe el administrado concernido, y, sin que este sea el específicamente diseñado para su producción válida, esto es, el procedimiento sancionador… Ahora bien, la aplicación del principio se proyecta al necesario y escrupuloso cumplimiento de las garantías que al interior del procedimiento sancionador se han diseñado específicamente para proteger al administrado de cualquier arbitrariedad[196].

Antes, de seguir con el análisis de lo que implica la incorporación del mencionado derecho- principio, resulta necesario observar si la naturaleza misma del proceso en sede administrativa permite y, por consiguiente, ampara la necesidad tanto de su incorporación como del respeto de la misma.

El proceso en sede administrativa puede ser entendido como el conjunto y sucesión de una serie de actos coordinados que establecen unas reglas específicas que fijan el mecanismo mediante el cual se ejerce la función pública, frente a la confluencia de voluntades subjetivas de las partes ante un órgano administrativo, que conlleva, además, al otorgamiento de validez de dichos actos administrativos que se puedan emitir[197]. Asimismo, observamos que dentro de las actividades con las que cuenta la Administración Pública, encontramos que una de las concreciones de las técnicas de ordenación y garantía de la libertad y de la propiedad es la actividad constrictiva, en su vertiente de actividad regulatoria, que conlleva a que a la Administración Pública se le otorgue la capacidad de coaccionar a los administrados mediante la emisión de actos administrativos cuya finalidad implica una garantía a favor de los derechos

---

[195] "Cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un 'juez o tribunal competente' para la 'determinación de sus derechos', esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón antes mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en términos del artículo 8 de la Convención Americana". Corte IDH. Caso Tribunal Constitucional vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de enero de 2001. párr. 71.

[196] MORÓN, J. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, 10ma ed., Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p.754.

[197] Acorde a lo establecido en el artículo 29° del T.U.O de la Ley 27444, dicho proceso es el conjunto de actos y diligencias tramitados en las entidades, conducentes a la emisión de un acto administrativo que produzca efectos jurídicos individuales o individualizables sobre intereses, obligaciones o derechos de los administrados.

y libertades de los administrados en la intervención pública ejercida en aras a garantizar el interés público.

La aplicabilidad del mencionado derecho-principio resulta, de manera primaria, de la vinculación existente y necesaria en virtud de la cual toda Administración Pública debe velar por lo consagrado en la Constitución, la protección de los derechos reconocidos en sus diversos artículos, así como, observar la serie de garantías procesales y materiales que conforman el debido proceso, con la finalidad de proteger tanto a la persona como a su dignidad, las cuales son el fin supremo de la sociedad y del Estado. De manera secundaria, la aplicabilidad resulta de lo establecido en el numeral 2.1 del artículo IV del Título Preliminar y el numeral 2 del artículo 230° de la LPAG, el cual reconoce el debido procedimiento en sede administrativa y, por lo tanto, este derecho debe regir la actuación de la Administración Pública.

Y, es que, el debido proceso en sede administrativa, puede ser definido como "el conjunto de actos preparatorios concatenados según el orden cronológico y funcional, para verificar la existencia de la necesidad pública a satisfacer y de los hechos que lo crean, así como para oír a los posibles afectados y voceros de intereses conexos, tanto públicos como privados, especialmente estos últimos, con el fin de conformar la decisión en la forma que mejor los armonice con el fin público a cumplir"[198]. De modo que del debido proceso en sede administrativa hay que reconocer también una dimensión sustantiva relacionada, necesariamente, con parámetros y criterios tanto de razonabilidad como de proporcionalidad, y otra formal o adjetiva que abarca tanto los principios como reglas propias del proceso.

Como se puede apreciar el debido proceso otorga, a todos los administrados, una serie de derechos y garantías implícitos que deben regir en un procedimiento para asegurar, en la mayor medida de lo posible, la justicia de la decisión. Cabe recordar que el valor de fin supremo de la persona reclama que las decisiones que la afecten sean decisiones justas, de modo que una decisión injusta es una decisión indigna y, consecuentemente, inconstitucional. La Administración Pública debe observar escrupulosamente las garantías formales y materiales en todo proceso en el que tenga que tomar una decisión que afecte a los administrados.

Por lo tanto, estas garantías deben ser observadas por la Administración Pública a lo largo de todo procedimiento administrativo (inspección, supervisión y/o fiscalización; procedimiento administrativo sancionador -imputación, descargos y ofrecimiento de medios probatorios y resolución que pone fin al procedimiento administrativo sancionador-), sobre

[198] ORTIZ ORTIZ, E. *Nulidades del acto administrativo en la ley general de administración pública*. En: Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, Colegio de Abogados, San José, 1981.

todo, en la emisión de un acto administrativo[199] mediante el cual se cree, modifique o extinga un derecho del administrado, o la imposición de una obligación o sanción; asimismo, dicha facultad se encuentra regulada tanto en el numeral 2.1 del artículo IV del Título Preliminar como en el numeral 2 del artículo 230° de la LPAG.

Dentro del mencionado proceso administrativo observamos cómo es que el *ius puniendi* estatal se desenvuelve en el ámbito de las administraciones públicas y trae como consecuencia que, a lo largo del análisis de la materialización de aquellas conductas sancionables previamente establecidas como tales en una norma con rango legal, resulte necesario y posible que las partes investigadas y presuntamente infractoras puedan ejercer su derecho de defensa en cuanto resulte necesario y favorable para controlar la actuación inquisitiva de la Administración. Y, es que, la Administración Pública, cuenta con la denominada potestad administrativa que abarca la capacidad de imponer deberes u obligaciones, o cargas, de manera unilateral, que traen como consecuencia la producción de efectos jurídicos o alteraciones en su esfera jurídica, que no se agotan en su vertiente negativa o impositiva, sino que también puede "enriquecer la esfera jurídica de los administrados, usualmente por actos que se otorgan a solicitud del administrado"[200].

En relación con el reconocimiento del derecho al debido proceso en sede administrativa, el Tribunal Constitucional indicó que dicho reconocimiento se da en virtud de la vinculación y respeto que debe profesar la Administración Pública a la Constitución y a las garantías procesales recogidas en su texto normativo, por ello, estableció que:

> el fundamento principal por el que se habla de un debido proceso administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la administración como la jurisdicción están indiscutiblemente vinculadas a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés del administrado, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional[201][202].

---

[199] Es preciso indicar que, en la fiscalización administrativa, la autoridad administrativa puede emitir, dependiendo del caso en concreto, tanto declaraciones de voluntad (que se configurará como acto administrativo), como declaraciones de conocimiento (acta de fiscalización que se configura como medio probatorio).

[200] MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, A. *El poder administrativo*, REDA, N° 33, abril-julio, 1982, p. 249. En: ABRUÑA PUYOL, Antonio. *Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo*, Revista Foro Jurídico, N° 15, 2016, pp. 250-271.

[201] STC. Exp. N° 04944-2011-PA/TC, fundamento jurídico 14.

[202] En la misma línea, encontramos que el Tribunal del Servicio Civil ha indicado que: "Se advierte entonces que el principio del debido procedimiento, en realidad configura no solo un principio inherente a todo procedimiento administrativo, sino que se trata de un derecho de los administrados que engloba a su vez hasta tres derechos, los cuales se individualizan de la siguiente forma: (i) Derecho a exponer sus argumentos, (ii)

Para la Administración Pública, su facultad sancionadora "no se encuentra exenta de la observancia del derecho al debido proceso, cuyos parámetros (tanto explícitos como implícitos) han sido recogidos en el artículo 139° de la Constitución"[203]. Por ello, su reconocimiento como derecho-continente[204] y garantía, incluye: el derecho de defensa de los administrados[205]; la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y la sanción que le podría generar, de tal modo que se encuentre en posibilidades reales de ejercer una defensa adecuada; el respeto del "principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado, así como posibilitar que el investigado pueda ser notificado con los hechos que dan origen a la imputación de cargos"[206], "otros derechos (…): (i) no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta; (ii) el derecho a un pronunciamiento en un plazo razonable; (iii) el derecho a conocer todos los aspectos fácticos y jurídicos que sustentan los cargos que se le imputan"[207].

3.3.3.2 Garantías procedimentales. Tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconocieron, de manera reiterada, que el derecho al debido proceso en sede administrativa trae consigo el reconocimiento de una serie de garantías procedimentales. Entre dichas garantías procedimentales encontramos: el derecho a ser notificados; a acceder al expediente; a la defensa; a ofrecer y producir pruebas; a obtener una decisión motivada y fundada en derecho; a ser juzgado por una autoridad competente en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones emanadas. A continuación, se definirán estas garantías procesales del debido proceso, para referirlas, en la medida de lo posible, de los procesos administrativos.

3.3.2.1.1 ***El derecho a ser notificados*****.** El derecho a ser notificados encuentra su reconocimiento constitucional en los incisos 14 y 15 del artículo 139° de la Constitución[208].

Derecho a ofrecer y producir pruebas; (iii) Derecho a obtener una decisión motivada y fundada en derecho". En: Resolución de Sala Plena N° 001-2012-SERVIR/TSC del 18 de mayo de 2012.

[203] Resolución N° 100-2017/CLC-INDECOPI, fundamento 60.

[204] Resolución N° 002-2008/ST-CLC-INDECOPI, fundamento 11.

[205] Resolución N° 100-2017/CLC-INDECOPI, fundamento 44.

[206] Resolución N° 069-2017/ST-CLC-INDECOPI, fundamento 49.

[207] Resolución N° 002-2008/ST-CLC-INDECOPI, fundamento 11.

[208] "Artículo 139.- Principios de la Administración de justicia
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(…)
14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.
15. El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención (…)"

Lo que buscó el legislador constituyente mediante la presente garantía, es reconocer que todas las personas tienen derecho a que se les informe oportunamente, desde el inicio, sobre el estado del proceso, tramitada en cualquiera de sus sedes; es por ello que esta comunicación busca que, ya sean las partes, o quien tengan legítimo interés, en la realización de una diligencia o actuación procesal o decisión adoptada por la Administración Pública dentro de un procedimiento administrativo; para tales fines, la LPAG[209] y la Directiva N° 001-2013-TRI-INDECOPI[210] establecen los medios más idóneos mediante los cuales se puede dejar constancia de la actuación mediante la cual se da cumplimiento a este derecho, así como, la forma mediante la cual se ha realizado la efectiva recepción por parte del administrado interesado o de un tercero capaz, entre otros. El Tribunal Constitucional indicó que la presente garantía se encuentra estrechamente vinculada al acceso a un efectivo ejercicio del derecho de defensa, en tanto que:

> solo mediante la notificación de la resolución administrativa el acto podía tomar conocimiento exacto de la motivación que tuvo la Administración para declarar la caducidad de su afiliación, y de este modo ejercer su derecho de defensa[211].

Es preciso preguntarse ¿Desde cuándo rige ese derecho? ¿Debe ser considerado, incluso en la fase instructora de un procedimiento administrativo o únicamente con la apertura del procedimiento en cuestión? La respuesta debe ser que este derecho fundamental opera desde la fase instructora en proceso administrativo sancionador, debido a que, los actos de instrucción, se configuran como la serie de actuaciones previas realizadas por la Autoridad Administrativa, en tanto que son necesarias para determinar, conocer y/o comprobar acerca de los hechos que pueden, o no, constituir una infracción. Dicha serie de actuaciones serán realizadas de oficio,

---

[209] "Artículo 20.- Modalidades de notificación
20.1. Las notificaciones serán efectuadas a través de las siguientes modalidades, según este respectivo orden de prelación:
20.1.1. Notificación personal al administrado interesado o afectado por el acto, en su domicilio.
20.1.2. Mediante telegrama, por correo certificado, telefax; o cualquier medio que permita comprobar fehacientemente su acuse de recibo y quien lo recibe, siempre que el empleo de cualquiera de estos medios hubiese sido solicitado expresamente por el administrado.
20.1.3. Por publicación en el Diario Oficial y en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional, salvo disposición distinta de la ley.
20.2. La autoridad no puede suplir alguna modalidad con otra ni modificar el orden de prelación establecido en el numeral anterior, bajo sanción de nulidad de la notificación. Puede acudir complementariamente a aquellas u otras, si así lo estime conveniente para mejorar las posibilidades de participación de los administrados.
20.3. Tratamiento igual al previsto en este capítulo corresponde a los citatorios, los emplazamientos, los requerimientos de documentos o de otros actos administrativos análogos.
20l.4. El administrado interesado o afectado por el acto que hubiera consignado en su escrito alguna dirección electrónica que conste en el expediente puede ser notificado a través de ese medio siempre que haya dado su autorización expresa para ello. Para este caso no es de aplicación el orden de prelación dispuesto en el numeral 20.1".

[210] Artículo 2 y ss.

[211] STC. Exp. N° 05658-2006-PA/TC, fundamento jurídico 24. El resaltado es añadido.

por parte de la autoridad administrativa, quien se encargará de evaluar previamente toda la información necesaria -la cual puede presentar dificultades en su obtención o análisis- para cuestionar, de manera primaria, la presunción de licitud en las actuaciones del administrado. Por ello, en virtud de los datos objetivos obtenidos y/o aportados, la Administración Pública motivará el inicio de un procedimiento administrativo sancionador porque, de lo contrario, se produce un estado de indefensión al administrado al no permitírsele argumentar a favor de sus derechos e intereses legítimos. Asimismo, cabe recordar el numeral 1 del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual establece que "[t]oda persona tiene derecho a ser oída, (…) para determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter […]"; por ello, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho de defensa es un derecho que garantiza el derecho a la comunicación previa, oportuna, detallada y por escrito a favor de los administrados implicados en un determinado asunto, sobre las infracciones y cargos que se les imputa[212].

Por lo mencionado anteriormente está justificado que la notificación que emita la autoridad administrativa cumpla con una serie de requisitos mínimos[213] para que sea considerada como válida y produzca los efectos jurídicos queridos y correspondientes a su naturaleza. Asimismo, deberá ir acompañada -oportunamente- de todo material probatorio, ser detallada en justificar cómo los hechos que se le imputan al administrado constituyen una infracción administrativa y cómo es que el ordenamiento jurídico sanciona la comisión o actuación supuestamente infractora. Es por ello que resulta proscrita la ausencia o deficiencia en la descripción de los hechos imputados sobre las infracciones aparentemente cometidas, o la deficiencia en los medios probatorios que sirven como motivación para la apertura del procedimiento administrativo sancionador o la correspondencia que debe existir entre lo sucedido-probado y lo prohibido o sancionado legalmente (guardando correspondencia con el principio de tipicidad).

> El Tribunal Constitucional estableció que el ejercicio del derecho de defensa depende:
>
> (…) de una oportuna notificación de los actos procesales, los problemas que se puedan derivar de la carencia de notificación no son ajenos al contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa. Esa relevancia constitucional de la notificación de los actos procesales; sin embargo, no se extiende a cualquier vicio o defecto que en su realización se pudiera incurrir, sino sólo en los casos en que los efectos de tales vicios

[212] STC. Exp. N° 00156-2012-PHC/TC, 02098-2010-AA/TC.

[213] El contenido mínimo de las mismas se encuentra regulado por lo establecido en el artículo 24°de la LPAG, asimismo, se encuentra regulado en el artículo 6° de la Directiva N° 001-2013-TRI-INDECOPI.

pudieran haber dejado en estado de indefensión a los sujetos procesales. Por ello, el ámbito de la justicia constitucional de la libertad, el juzgamiento o vicio en el acto procesal de notificación no puede circunscribirse a un análisis de su legalidad, sino en relación a los efectos que estos pudieran generar en el ejercicio efectivo del derecho de defensa[214].

Dicho ejercicio se ve satisfecho al otorgar al administrado la posibilidad de interponer formalmente y de manera oportuna los recursos legales necesarios; por ello, si la autoridad administrativa tiene conocimiento, identifica, individualiza y vincula a los presuntos infractores con la presunta infracción materia de investigación, debe proteger las garantías procesales y proceder a notificarles para que los mismos ejerzan en todo momento (incluso, en la etapa de investigación previa) su derecho de defensa. Resulta necesario que los administrados investigados analicen las pruebas que sustentarán los cargos, desde la etapa de investigación, para que planteen -de manera efectiva- sus defensas y correspondientes puntos de vista sobre la relevancia en la realización y legalidad de las actuaciones de investigación previas (tales como: investigaciones, requerimientos, entre otros), hechos, imputaciones, entre otros.

3.3.2.1.2 ***El derecho de defensa*****.** El derecho de defensa representa el equilibrio entre los intereses individuales y los sociales, protegidos mediante la atribución de una serie de prerrogativas y facultades atribuidas por ley.

La existencia y exigencia de respeto de dicho derecho, implican que el ordenamiento jurídico deba ser dotado con todas las medidas e instituciones necesarias para asegurar a las partes en un proceso, el ejercicio efectivo de los derechos constitucionales, asegurar la administración de pruebas, asegurar el acceso a la información de las partes, garantizar la no autoincriminación, entre otros.

Cuenta con protección constitucional mediante lo establecido en el artículo 139° inciso 14 de la Constitución, que reconoce el principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso y tiene la finalidad de garantizar a que todas las personas, independientemente de la sede en la que se encuentren, no se encuentren en ningún momento en un estado de indefensión que limite o atente contra sus derechos, así como la determinación tanto de los mismos.

Siguiendo al Tribunal Constitucional, el presente derecho:

se proyecta (…) como un principio de contradicción de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes de un proceso o de

[214] STC. Exp. N° 5871-2005-PA/TC, fundamento jurídico 14.

> un tercero con interés (…). La observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores[215].

En referencia expresa al derecho de defensa en el ámbito del proceso administrativo, dicho Tribunal indicó que es un derecho que "se estatuye como una garantía para la defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración"[216]. Esta garantía del debido proceso "garantiza el derecho de no ser postrado a un estado de indefensión en cualquier etapa del proceso, inclusive, (…), en la etapa preliminar"[217]. Como se puede observar, este derecho garantiza que todas las personas, titulares de los derechos y con intereses legítimos, no se queden en estado de indefensión ni se les impida ejercer los medios legales necesarios para garantizar una defensa efectiva de los mismos y eficiente ante una indebida, injustificada y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo[218].

Consecuentemente, también en palabras del Tribunal Constitucional, este derecho fundamental:

> garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses, para cuyo efecto se le debe comunicar, previamente y por escrito, los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que –mediante la expresión de los descargos correspondientes– pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa[219].

De modo que "se conculca, por tanto, dicho derecho cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa"[220].

---

[215] STC. Exp. N° 5871-2005-PA/TC, fundamentos jurídicos 12 y 13.
[216] STC. Exp. N° 5514-2005-PA/TC, fundamento jurídico 4.
[217] STC. Exp. N° 02098-2010-PA/TC, fundamento jurídico 7. Asimismo, en la misma línea encontramos que "el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal, el cual tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso". STC Exp. N.º 04558-2013-HC/TC, fundamento jurídico 3.
[218] STC. Exp. N° 0582-2006-PA/TC; STC. Exp. N° 5175-2007-HC/TC; entre otros.
[219] Ibidem.
[220] Ibidem.

3.3.2.1.3 ***El derecho de prueba.*** La prueba se encuentra asociada, y, muchas veces definida a partir del resultado u objetivo que se pretende lograr con su existencia dentro de un proceso.

En ese sentido, diversos autores coinciden que esta es considerada como un medio o instrumento útil mediante el cual se pretende establecer la verdad acerca de la existencia o inexistencia de los hechos o circunstancias que forman parte de la situación controvertida que debe ser dilucidada por el Juez; y, por ello, le sirve a este último para adquirir convencimiento o certeza acerca de los argumentos y hechos expuestos en un juicio[221]. Asimismo, al influir en un determinado proceso, puede ser considerada como una categoría o medio o resultado probatorio, que perdura en aras de alcanzar los fines del proceso.

La prueba tiene diversas acepciones y usos, complementarios y necesarios para un buen desenvolvimiento de un proceso y una adecuada protección a los derechos fundamentales; es por ello que puede ser considerado como: medio de prueba; acción de probar; y, resultado probatorio. En la primera acepción encontramos que las pruebas pueden ser consideradas como "el conjunto de actos realizados para trasladar hacia el expediente los distintos elementos de convicción producidos por los medios probatorios sobre los hechos investigados"[222]; mientras que en la segunda acepción, la prueba puede ser considerada como el mecanismo procesal mediante el cual se incorporan todos los documentos, informes, pericias, entre otros -legalmente permitidos-, que tienen como finalidad guiar a la autoridad encargada a alcanzar un grado de convencimiento relacionado con el descubrimiento de la verdad de los hechos y afirmaciones invocadas dentro de un proceso o procedimiento. Finalmente, la tercera acepción hace referencia a la prueba como producto del método de corroboración o contraste o valoración

[221] Para CHIOVENDA, la prueba consiste "en crear el convencimiento al Juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos en el proceso, lo que implica suministrarle los medios para tal fin"; para SILVA MELERO "es un medio o instrumento que se emplea en el proceso para establecer la verdad"; para SANOJO es un "hecho cierto y conocido del cual se deduce otro hecho acerca de cuya existencia hay alguna controversia entre las partes"; para ABELENDA consiste en "la demostración por alguno de los medios que la ley establece, de la existencia o inexistencia, verdad o falsedad, de un hecho del cual depende el nacimiento, la conservación, la transformación o la extinción de un derecho o de un deber a los fines de su reconocimiento y amparo"; para VALERA, la prueba delimitada en el ámbito judicial puede ser considerada como "medios de pruebas de que se valen las partes o el juez para lograr el ánimo convictico determinante de una decisión en el proceso"; para DEVIS ECHEANDÍA "entendemos por pruebas judiciales el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesen en el proceso". Véase ROJAS GARCÍA, M. *El nuevo procedimiento único civil venezolano*. Investigación jurídica y desarrollo profesional, Venezuela, pp. 64 y ss. Recuperado de https://es.calameo.com/read/0061431738bb0632fc049.

[222] ORREGOSO, J. *Teoría de la prueba*. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f79058004678c1b1a1ece793776efd47/Teor%C3%ADa+de+la+prueba.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f-79058004678c1b1a1ece793776efd47.

entre la prueba material aportada y las hipótesis contenidas en las pretensiones de cada una de las partes.

El derecho de prueba, a decir del Tribunal constitucional, comprende el ofrecimiento de medios probatorios necesarios que se aseguren su adecuada admisión, producción o conservación, actuación, y valoración (cuya valoración deberá ser debidamente motivada por escrito en la resolución correspondiente[223]); asimismo, este derecho al tener una configuración legal, exige que la prueba sea ofrecida dentro del plazo legalmente estipulado[224].

En el ámbito de derecho administrativo, sancionador, iniciado de oficio, es importante tener en consideración la oficialidad de la prueba[225], la cual exige que la autoridad administrativa aporte las pruebas necesarias que permitan que tome conocimiento acerca de la potencial infracción, contraste los pruebas, datos y evidencias recabadas en las diligencias legalmente permitidas (inspecciones, requerimientos de información, entre otros), con la infracción materia de investigación, y que le permitan emitir una idónea resolución; sin embargo, en el caso que su actuación probatoria sea deficiente o si incurre en alguna actuación transgresora de derechos fundamentales del administrado, o que no cuente con el amparo en el texto de alguna ley, la autoridad administrativa deberá soportar los efectos desfavorables.

Asimismo, la importancia del derecho a ofrecer, producir y actuar pruebas como garantía del derecho al debido procedimiento, radica en el hecho de que la Administración Pública, en virtud del mismo, pueda amparar la pretensión solicitada por el administrado, pedido en el cual se invoca una determinada normativa y se prueba tanto los hechos invocados como justificación fáctica de lo solicitado. Una vez que la prueba es ingresada en el expediente, no puede ser desconocida por ninguna de las partes ni por la autoridad administrativa, pero sí puede ser rechazada -siempre y cuando sea debidamente motivada la decisión de rechazo- en

---

[223] El derecho a obtener una decisión motivada se encuentra reconocido constitucionalmente en el artículo 139° mediante el cual se considera a dicho derecho como principio y derecho de la función jurisdiccional y se indica expresamente que debe estar presente en "la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustenta. Asimismo, se configura como uno de los requisitos de validez de todos los actos administrativos que pueda emitir una Administración Pública, ello en virtud de lo establecido en el artículo 3° del T.U.O. de la L.P.A.G., mediante el cual se indica que "el acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico".
Respecto de la debida motivación como un aspecto fundamental del debido proceso, cuya garantía es esencial para los administrados y para el tratamiento de la prueba, es importante señalar brevemente las funciones que cumple:

[224] STC. EXP. N° 06712-2005/HC/TC, fundamento jurídico 15.

[225] Acorde a lo establecido en el artículo 162° de la L.P.A.G, mediante el cual se establece que: "1. La carga de la prueba se rige por el principio de impulso de oficio establecido en la presente Ley".

virtud de los artículos 163°[226] y 164°[227] de la LPAG, "cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios"[228]. Como podemos observar, la importancia de la prueba radica en que, gracias a su existencia y presencia dentro de un procedimiento administrativo determinado, conlleva a la generación de convencimiento o certeza acerca de los hechos materia de investigación, que forman parte de la motivación del acto administrativo, evitando la arbitrariedad y garantiza la imparcialidad.

3.3.2.1.4 ***El derecho a que se siga el procedimiento previsto por la ley***. El derecho al debido procedimiento tiene por finalidad ofrecer una garantía a favor de los administrados para obtener una recta e idónea administración de justicia, la cual debe ser ejercida dentro de una serie de parámetros previamente establecidos en las normas generales y abstractas.

Dichas normas generan una vinculación positiva a favor de los administrados y negativa a los servidores públicos y en base a dicha vinculación negativa que la autoridad administrativa se encuentra prohibida de realizar cualquier acción que no se encuentre prevista de manera legal, y, únicamente se encuentra facultada, de manera restrictiva, para actuar siempre y cuando cuente con una ley que le otorgue competencia, protegiendo los derechos e intereses de los administrados al sujetar las actuaciones administrativas a las garantías constitucionales y legales.

El derecho a que se siga el procedimiento previsto en la ley guarda relación con el derecho a la igualdad, el cual -acorde al Tribunal Constitucional- tiene dos facetas: el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. En cuanto a la primera faceta, el derecho a la igualdad exige que la norma deba ser aplicable, por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma jurídica; mientras que por lo que se refiere a la segunda, el derecho a la igualdad implica que un órgano no puede apartarse arbitrariamente del sentido en casos sustancialmente iguales y que cuando se

---

[226] "Artículo 163°. - Actuación probatoria
163.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios. 163.2 La autoridad administrativa notifica a los administrados, con anticipación no menor de tres días, la actuación de prueba, indicando el lugar, fecha y hora. 163.3 Las pruebas sobrevinientes pueden presentarse siempre que no se haya emitido resolución definitiva".

[227] "Artículo 164.- Omisión de actuación probatoria
Las entidades podrán prescindir de actuación de pruebas cuando decidan exclusivamente en base a los hechos planteados por las partes, si los tienen por ciertos y congruentes para su resolución".

[228] Resolución N° 057-2007-CLC/INDECOPI, fundamento 17.

considere que se debe modificar sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable[229].

Las actuaciones administrativas sancionadoras son producto de la potestad sancionatoria específica que posee toda Administración Pública, deben contar con sustento legal o sujetarse a la estricta observancia de la normativa y leyes especiales aplicables; esto es, se encuentra vinculado con el principio de legalidad, tipicidad y a la existencia de un procedimiento administrativo previo; es por ello que no se puede imponer una sanción sin que previamente se tramite o diligencie debidamente el procedimiento preestablecido, y si es que la autoridad administrativa no se encuentra habilitada de manera expresa, escrita, vigente y formal (por una norma con rango de ley) para realizar dicha actuación. El ejercicio de las facultades administrativas, sobre todo, sancionadoras, no se presume, en tanto que el artículo 2° inciso 24, literal d) de la Constitución establece que:

> Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado por ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley[230].

Es por ello que, el procedimiento administrativo sancionador se debe regir -en palabras de NAVAS- por reglas transparentes, objetivas e imparciales, las cuales constituyen elementos básicos para encauzar, controlar y limitar la actuación de la Administración y de los administrados en todo procedimiento; asimismo, permite controlar la liberalidad o discrecionalidad de la entidad para interpretación de las normas existentes, así como en la integración jurídica para resolver aquello no regulado o no previsto[231]. Para el Tribunal Constitucional, "el principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley"[232]. Y es que el principio de legalidad reclama la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)[233].

3.3.2.1.5 ***El derecho a la debida motivación***. El derecho a la debida motivación de las resoluciones administrativas, garantiza la obtención de una respuesta razonada, motivada,

---

[229] STC. Exp. N° 0896-2009-PHC/TC, fundamento jurídico 6.
[230] Según el Tribunal Constitucional, esta disposición constitucional recoge el principio de legalidad. Cfr. Exp. N° 00197-2010-PA/TC, fundamento 2.
[231] NAVAS RONDÓN, Carlos. *El derecho administrativo sancionador en las contrataciones del Estado. Responsabilidad y sanciones*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 112
[232] STC. Exp. N° 00197-2010-PA/TC, fundamento jurídico 3.
[233] Cfr. EXP. N.º 010-2002-AI/TC, fundamentos jurídicos 70 y siguientes.

congruente o que no se desvíen de las pretensiones establecidas a lo largo del procedimiento administrativo.

Dicha garantía si bien se ha constitucionalizado expresamente respecto de las resoluciones judiciales (inciso 5 del artículo 139°[234] de la Constitución), se ha de extender también hacia los procesos administrativos y así hacer frente a la potencial arbitrariedad de los órganos administrativos.

De modo general, en palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la debida motivación de decisiones, exige que los órganos decisorios "al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (…) deben provenir no solo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso" [235].

El derecho a la debida motivación de las resoluciones forma parte del principio-garantía de la tutela procesal efectiva que se extiende y debe estar presente en todo procedimiento administrativo, a favor de los administrados quienes deben contar con una resolución final producto de una deducción razonada y suficiente sobre los hechos materia de análisis, pruebas y valoración jurídica[236], por ello, su contenido constitucional abarca: adecuada, congruente, proporcional y suficiente motivación tanto interna como externa. Asimismo, el numeral 1.2) del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG establece que:

> 1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (…) 1.2. Principio del Debido Procedimiento. - Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del derecho del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. la regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo (…)[237].

---

[234] "Artículo 139. –
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(…) La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan".

[235] STC. Exp. N° 1480-2006-AA/TC, fundamento jurídico 2.

[236] STC. Exp. N° 1230-2002-HC/TC.

[237] Se reguló en el artículo 6.3 de la LPAG que "No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras para la motivación del acto".

Como consecuencia, el administrado tiene derecho a conocer de manera clara y motivada los hechos que serán materia de análisis de por parte de la Administración Pública. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, ha indicado que:

> la motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado Democrático que se define en los artículos 3° y 43° de la Constitución, como un tipo de Estado contrario a la idea del poder absoluto o arbitrario. En el Estado Democrático, el poder público está sometido al Derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso[238];

Es por ello que, "la motivación debe otorgar seguridad jurídica al administrado y permitir al revisor apreciar la certeza jurídica de la autoridad que decide el procedimiento; para ello no se debe utilizar las citas legales abiertas, que solo hacen referencia a normas en conjunto como reglamentos o leyes, pero sin concretar qué disposición ampara la argumentación o análisis de la autoridad (…)"[239]. Del mismo modo:

> el deber de motivar las decisiones administrativas alcanza especial relevancia cuando en las mismas se contienen sanciones (fundamento 31) (…). En la medida que una sanción administrativa supone la afectación de derechos, su motivación no solo constituye una obligación legal impuesta a la Administración, sino también un derecho del administrado, a efectos de que éste pueda hacer valer los recursos de impugnación que la legislación prevea, cuestionando o respondiendo las imputaciones que deben aparecer con claridad y precisión en el acto administrativo sancionador. De otro lado, tratándose de un acto de esta naturaleza, la motivación permite a la Administración poner en evidencia que su actuación no es arbitraria, sino que está sustentada en la aplicación racional y razonable del derecho y su sistema de fuentes[240][241].

---

[238] STC. EXP. N° 2192-2004-AA/TC, fundamento jurídico 8.
[239] STC. EXP. N° 01981-2011-PA/TC, fundamento jurídico 8.
[240] Ídem, fundamento jurídico 9.
[241] "(…) la motivación supone la exteriorización obligatoria de las razones que sirven de sustento a una resolución de la Administración, siendo un mecanismo que permite apreciar su grado de legitimidad y limitar la arbitrariedad de su actuación. Evidentemente, tal exigencia varía de intensidad según la clase de resolución, siendo claro que ella deberá ser más rigurosa cuando se trate, por ejemplo, de decisiones sancionadoras, como ocurre en el caso sub examine. De otro lado, tal motivación puede generarse previamente a la decisión -mediante los informes o dictámenes correspondientes- o concurrentemente con la resolución, esto es, puede

3.3.3.3 Garantías materiales. Como se explicó anteriormente, la dimensión material del derecho al debido proceso está relacionada con los principios de razonabilidad y justicia que aseguran que la decisión a la que se arribe es efectivamente la debida y justa, porque la única decisión digna para la persona es la decisión justa. En la medida que los derechos fundamentales son exigencias de justicia, una decisión que contravenga derechos fundamentales necesariamente deberá ser tenida como una decisión injusta. Consecuentemente, las decisiones de la Administración Pública deben respetar los derechos fundamentales para ser tenidas como justas. En esa lógica, a continuación, se examinarán dos derechos fundamentales que son relevantes para el caso concreto: el derecho de defensa, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones y el derecho al honor.

3.3.3.3.1 *El derecho de defensa*. El derecho de defensa no solamente tiene una vertiente procesal (de aplicar correctamente las reglas procedimentales establecidas en las leyes y normas correspondientes).

Tiene una vertiente material relacionada con la emisión de decisiones administrativas justas y de calidad que demuestren la idoneidad y eficiencia de una buena administración entre los órganos de justicia y los organismos públicos; y, que garanticen tanto su neutralidad y eficacia, como la tutela administrativa efectiva a favor de los administrados.

Entre los derechos que se integran: derecho a ser oído y exponer las razones de sus pretensiones de manera previa a la emisión de actos administrativos; interposición de recursos, contar con patrocinio jurídico que vele por la defensa de sus derechos; ofrecer y producir pruebas, alegatos y descargos a lo largo del proceso y que se produzca pertinentemente y de manera previa a la emisión de resolución final; publicidad tanto del procedimiento como de los actuados para garantizar la transparencia y efectiva participación de los administrados; a obtener una decisión motivada y fundada en derecho; pluralidad de instancias[242].

---

elaborarse simultáneamente con la decisión. En cualquier caso, siempre deberá quedar consignado en la resolución. (…). Por ello que este Tribunal reitera que un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando sólo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión; de modo que, como ya se ha dicho, motivar una decisión no sólo significa expresar únicamente al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta -pero suficiente- las razones de hecho y sustento jurídico que justifican la decisión tomada". STC. Exp. N° 00503-2013-PA/TC, fundamentos jurídicos 11 y 14.

[242] Sin embargo, dicho contenido es cuestionable, y, para el Tribunal Constitucional "el derecho a la pluralidad de instancias no es un contenido esencial del derecho al debido procedimiento -pues no toda resolución es susceptible de ser impugnada en dicha sede-; pero si lo es del derecho al debido proceso judicial, pues la garantía que ofrece el Estado constitucional de derecho es que las reclamaciones de los particulares contra los actos expedidos por los órganos públicos, sean resueltas por un juez independientemente, imparcial y competente, sede ésta en la que, además se debe posibilitar que lo resuelto en un primer momento pueda ser ulteriormente revisado, cuando menos, por un órgano judicial superior". STC. Exp. N° 010-2001-AI/TC.

El mencionado derecho reconoce que la persona en todo momento del proceso, debe poder hacer defensa de sus derechos e intereses; es bidimensional: Presenta un contenido material relacionado con el ejercicio de la defensa que tiene el imputado o demandado y que puede ser realizado desde el mismo instante en que adquiere conocimiento de la atribución o imputación de la comisión o realización de un determinado hecho delictivo o infracción; y, otra formal que se encuentra relacionada con el ejercicio efectivo a través de una defensa técnica (que implica la posibilidad de ser asesorados y patrocinados por un abogado defensor) en todo momento que dure el proceso[243].

Jurisprudencialmente se ha reconocido que el presente derecho garantiza que todas las personas, titulares de los derechos y con intereses legítimos, no se queden en estado de indefensión ni se les impida ejercer los medios legales necesarios para garantizar una defensa efectiva de los mismos y eficiente ante una indebida, injustificada y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo[244]. Y, es que el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia:

> ha precisado que este derecho tiene una doble dimensión: Una material, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo. En ambos casos se garantiza el derecho de no ser postrado a un estado de indefensión en cualquier etapa del proceso, inclusive, como ya se dijo, en la etapa preliminar. Así, las garantías mínimas que se exigen en el proceso penal son extrapolables, con matices atendiendo a las propias circunstancias de cada caso, al proceso administrativo sancionador, sobre todo en lo que respecta al derecho de defensa (cfr. STC 2050-2002-AA/TC, fundamento 12)[245].

---

[243] STC. Exp. N° 06260-2005-HC/TC, fundamentos jurídicos 2 y ss.

[244] STC. Exp. N° 0582-2006-PA/TC; STC. EXP. N° 5175-2007-HC/TC; entre otros.

[245] STC. Exp. N° 02098-2010-PA/TC, fundamento jurídico 7. Asimismo, en la misma línea encontramos que "el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal, el cual tiene una doble dimensión: una material, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso". STC Exp. N.º 04558-2013-HC/TC, fundamento jurídico 3].

3.3.3.3.2 ***El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones***. El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones posee una protección constitucional derivada de su reconocimiento mediante el establecimiento del artículo 2° inciso 10 de la Constitución.

Dicho artículo establece de manera expresa que: "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 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. La acción que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial". Asimismo, el presente derecho se encuentra protegido por el artículo 11° del Pacto de San José, que establece que toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad y por tanto no deberán ser objeto de interferencias arbitrarias o abusivas en la esfera de su vida privada que impliquen injerencias externas en la actuación, y, por ello, se garantiza el poder de disposición y control tanto de los datos como de la información.

El derecho al secreto e inviolabilidad de comunicaciones y/o documentos privados se encuentra estrechamente vinculado a la vida privada de las personas, a cuyo aseguramiento sirve; por lo que, el Tribunal Constitucional ha hecho referencia a la vida privada en los términos siguientes:

> el reducto de lo personal no encuentra su confín en la cárcel de la propia individualidad (...) sino que ella sirve de plataforma para la integración del ser humano con el círculo de ciertos allegados (especialmente a través de los lazos familiares), con un ambiente físico (el domicilio) y con el ambiente inmaterial de sus manifestaciones espirituales (la correspondencia, las comunicaciones de todo tipo, los papeles privados)[246].

Este modo amplio de entender la vida privada, es lo que permite reconocer que el derecho a su reserva es titularizado no solo por las personas naturales, sino también por las personas jurídicas. En palabras del Tribunal Constitucional:

> con respecto al bien jurídico 'vida privada' tutelado en la Constitución en relación a las personas jurídicas, se considera que está constituida por los datos, hechos o situaciones desconocidos para la comunidad que, siendo verídicos, están reservados al

[246] STC. Exp. N° 6712-2005-PHC/TC, fundamento jurídico 30.

conocimiento a la persona jurídica misma y de un grupo reducido, y cuya divulgación o conocimiento por otros trae aparejado algún daño. Y este concepto de daño es determinante, pues no se trata de verificar únicamente el acceso de un tercero a dichos datos, sino se deberá corroborar si ello trae consigo un daño[247].

Si el derecho al secreto de las comunicaciones sirve al aseguramiento de la vida privada, y este es un derecho titularizado por las personas naturales y jurídicas, entonces, el derecho al secreto de las comunicaciones será titularizado también a favor de las personas jurídicas. No debe perderse de vista que, como fue justificado en el capítulo anterior, las personas jurídicas tienen la aptitud para titularizar derechos fundamentales.

Si nos preguntásemos a qué da derecho el derecho al secreto de las comunicaciones, deberíamos admitir que es un derecho que promueve el aseguramiento del carácter reservado o privado de la información contenida en las comunicaciones, con la finalidad de que ningún tercero pueda intervenir, secuestrar, apoderarse, acceder, modificar, autorizar la divulgación, suprimir, interceptar, o tener conocimiento de los datos e información contenida, recolectada y registrada que es producto de un proceso comunicativo y los documentos privados, producto de las relaciones interpersonales de la vida privada. Consecuentemente, este derecho fundamental prohíbe la escucha, grabación, almacenamiento, etc., del contenido de las comunicaciones. Al no ser un derecho absoluto, admite limitaciones razonables, como por ejemplo la excepción prevista constitucionalmente, según la cual está permitido acceder al contenido de las comunicaciones si se cuenta con una resolución judicial motivada que así lo disponga, o si se cuenta con autorización expresa e inequívoca por parte del titular de los mensajes comunicados para acceder a sus contenidos.

El proceso comunicativo puede materializarse en llamadas telefónicas, correo postal, correos electrónicos[248] o todos aquellas contenidas en los diversos soportes: electrónicos, informáticos, magnéticos y/o telemáticos, y, pueden ser transmisibles por los diversos medios existentes (internet, memorias de almacenamiento, entre otros). En ese sentido, en palabras de RIVERO[249], para que una transmisión de contenidos responda al concepto de comunicación,

---

[247] STC. Exp. N° 0009, 0010-2007 -AI/TC, acumulados, fundamento jurídico 44.

[248] Que puede incluir mensajes de texto, voz, imágenes, sonido; los cuales pueden ser transmitidos mediante servidores de una red de comunicación electrónicas y públicas; y que pueden almacenarse en la misma o en un terminal receptor.

[249] RIVERO SÁNCHEZ.COVISA, F. Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones. Madrid: Editorial Dykinson, 2007. Recuperado https://books.google.com.pe/books?id=XrGxDgAAQBAJ&pg=PA29&lpg=PA29&dq=sujeta+a+la+garant%C3%ADa+constitucional,+implicaba+la+utilizaci%C3%B3n+de+un+medio+(veh%C3%ADculo%3D+en+el+cual+era+necesario+la+intervenci%C3%B3n+de+un+tercero+que+facilite+dicha+transmisi%C3%B3n+del+pensamiento,+idea,+imagen,+%E2%80%A6)&source=bl&ots=9hi0UkBgo2&sig=ACfU3U0lhTy1KlasKBn-Apc7KrZzVP7e2A&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwirlJrntKbxAhXLH7kGHRjqDLkQ6AEwAHoECAIQAw#

debe responder a una estructura, con independencia del contenido de lo comunicado y de aquello que esté pactado por los sujetos comunicantes. Es el vehículo utilizado para la transmisión de ese contenido lo que merece la protección. Tradicionalmente la doctrina ha considerado que esa comunicación, sujeta a la garantía constitucional, implicaba la utilización de un medio (vehículo) en el cual era necesario la intervención de un tercero que facilite dicha transmisión (pensamiento, idea, imagen, …).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional indicó que "el amplio derecho fundamental a la vida privada permite garantizar que la comunicación entre particulares, sea mediante llamada telefónica, correo -clásico o electrónico- o nota entre particulares, no pueda ser objeto de conocimiento de terceros o de la interrupción de su curso"[250]. Consecuentemente, "se conculca el derecho tanto cuando se produce una interceptación de las comunicaciones, es decir, cuando se aprehende la comunicación dirigida a terceros, como cuando se accede al conocimiento de lo comunicado, sin encontrarse autorizado para ello"[251]. Y, como no podía ser de otro modo, este derecho es oponible a todos, tanto a privados como a los poderes públicos. En palabras del Alto Tribunal, "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 estos órganos públicos o particulares, ajenos al proceso de comunicación"[252].

La Administración Pública está habilitada a realizar una serie de actuaciones en el seno de un proceso administrativo sancionador, destinadas a levantar el secreto de las comunicaciones y documentos privados, siempre y cuando se garantice que su obtención se desarrolle dentro del marco legal establecido, y siempre que cuente con autorización judicial. Cumplidas estas exigencias, la autoridad administrativa estará habilitada para obtener copia de toda documentación contenida en un medio de almacenamiento privado, por ejemplo, correos electrónicos, correspondencia interna o externa, entre otros.

Y, es que, con la finalidad de apoyar a la autoridad administrativa en su labor inspectora y en la recaudación de medios probatorios relacionados a una investigación en curso, el Decreto Legislativo N° 807 (de fecha, 16 de abril de 1996) establecía, de manera inicial, que las Comisiones y Oficinas Regionales podían exigir a las personas naturales o jurídicas, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios,

v=onepage&q=sujeta%20a%20la%20garant%C3%ADa%20constitucional%2C%20implicaba%20la%20utilizaci%C3%B3n%20de%20un%20medio%20(veh%C3%ADculo%3D%20en%20el%20cual%20era%20necesario%20la%20intervenci%C3%B3n%20de%20un%20tercero%20que%20facilite%20dicha%20transmisi%C3%B3n%20del%20pensamiento%2C%20idea%2C%20imagen%2C%20%E2%80%A6)&f=false

[250] STC. Exp. N° 0774-2005-HC/ TC, fundamento jurídico 24.

[251] STC. Exp. N° 2863-2002-AA/TC, fundamento jurídico 3.

[252] STC. Exp. N° 2863-2002-AA/TC, fundamento jurídico 3.

comprobantes de pago, correspondencia comercial y registros magnéticos, incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; podía solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas. Además, podían tomar copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que estime pertinente o tomas las fotografías o filmaciones que considerasen necesarias[253]. Sin embargo, si lo que se pretende es garantizar que la información encontrada durante el procedimiento de investigación o fiscalización, no sea adulterada, los órganos respectivos podían optar:

(i) Por la inmovilización de los archivos, libros, documentos, correspondencia y registros en general -de las personas naturales o jurídicas-; con su copia respectiva, debiendo contar con un acuerdo emitido por la Comisión y la inmovilización duraría un plazo no mayor de dos días hábiles prorrogables por otro igual; o,

(ii) Podía proceder al retiro de los mismos del local donde se encuentren, por el periodo de seis días hábiles, siempre y cuando contase con una orden judicial emitida bajo el procedimiento especial establecido, la cual deberá ser resuelta y motivada por el Juez de Primera Instancia, dentro del término de veinticuatro horas de la presentación, y, deberá cumplir con la confidencialidad de la misma, esto es, no deberá correr traslado a la otra parte.

Posteriormente, el plazo de ambas opciones fue ampliado mediante la modificación del artículo 15° del Decreto Legislativo N° 1034 (de fecha 24 de junio del 2008), que permitía que en el primer escenario anteriormente indicado (relativo a la inmovilización) el plazo se extendía hasta por el periodo de diez días hábiles prorrogables por otro igual, mientras que para el segundo escenario (relativo al retiro) el plazo se extendía a quince días hábiles; asimismo, amplió el tipo de documentación que podía exigir: correspondencia interna o externa, no exclusivamente comercial; libros, registros, documentación y bienes, para comprobar el desarrollo de los procesos productivos. Sin embargo, en lo relacionado al procedimiento para obtener copia de la correspondencia privada, que podía estar contenida en archivos físicos o electrónicos, se mantuvo la exigencia del procedimiento especial, cuyas características se fueron las siguientes:

A. La Secretaría Técnica deberá solicitar una cita al Juez Penal de Turno para obtener autorización especial de copia de correspondencia privada;

[253] Artículo 14° del Decreto Legislativo N° 807.

B. Se extendía la confidencialidad desde la solicitud, no debía mencionarse el nombre de la persona natural o jurídica que sería materia de investigación;
C. La programación de la cita o reunión con la Secretaría Técnica, deberá ser dentro de los tres días hábiles siguientes de la recepción de la solicitud, y, podía estar presente un Fiscal;
D. La motivación será verbal, en presencia del Juez y Fiscal (si fuese necesario) y a la hora programada, en donde, además, deberá presentar la información o exhibir los documentos necesarios que evidencian la existencia de indicios razonables de la comisión de una infracción administrativa por parte de la persona o empresa que será materia de inspección, la que será identificada en el acto como el lugar donde se realizará la inspección. En dicha reunión, si el Juez estima que la solicitud resulta justificada, la declarará procedente, emitiendo en el acto la resolución correspondiente y levantando un Acta suscrita por todos los presentes, recién en dicha resolución se procederá a identificar a la empresa investigada, por lo que, se señalará el: nombre, denominación o razón social, lugar donde se encuentra ubicado el local o locales materia de inspección, y se motivará y especificará los alcances de la autorización correspondiente, la que podrá comprender, entre otros la revisión y copia de los correos electrónicos recibidos o remitidos por los directivos, administradores o representantes de la persona o empresa materia de investigación. Posteriormente, dentro de los tres días de la realización de dicha actuación autorizada, la Secretaría Técnica deberá elaborar un informe detallando de manera minuciosa lo realizado durante la visita inspectiva, que deberá ser puesta a conocimiento del juez, y, de ser el caso, al fiscal que estuvo presente en la reunión o audiencia reservada. Cabe recalcar, que ambos funcionarios públicos (juez y fiscal, de ser el caso) deberán mantener reserva en todo momento de lo informado y autorizado en la audiencia reservada, inclusive, si fuese denegado el pedido.

3.3.3.3.3 ***El derecho al honor***. La Constitución política actual reconoce el derecho al honor en el artículo 2.7°, bajo los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho: (…) 7. Al honor y a la buena reputación” (aunque el constituyente emplea dos expresiones, en realidad está haciendo referencia a una misma realidad).

Así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, el que ha sostenido que “Si bien la Norma Fundamental prefiere adscribirse a una postura fáctica del honor (reconocimiento de honor interno y de honor externo, entendido este último como buena reputación), lo que en el

fondo está admitiendo es la existencia de un derecho único al honor, tal como lo ha hecho también el artículo 37º, inciso 8), del Código Procesal Constitucional"[254].

El derecho al honor es uno de los derechos inherentes a la persona que se configura como una de las expresiones más próximas a la dignidad o valor de la persona humana, que debe ser protegido por la sociedad y sus integrantes, sobre todo, ante cualquier ataque injustificado que puedan ocasionar -con lo dicho o actuado, ataques o intromisiones ilegítimas, por parte de estas- deshonor, deshonra o difamación de su concepción pública; es por ello que el bien jurídico protegido se encuentra relacionado con "aprecio social, la buena fama, la reputación; en una palabra, el merecimiento a los de los demás"[255]. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha establecido que "se puede considerar que el honor, sobre la base de la dignidad humana, es la capacidad de aparecer ante los demás en condiciones de semejanza, lo que permite la participación en los sistemas sociales y corresponde ser establecido por la persona en su libre determinación"[256].

En la medida que no solo las personas naturales, sino también las personas jurídicas participan en los sistemas sociales, y también en la medida que, como ya se explicó, las personas jurídicas titularizan derechos fundamentales, es que las personas jurídicas son titulares del derecho al honor. En efecto, es innegable afirmar que las personas jurídicas, como las personas naturales, gozan y son titulares de una serie de derechos, en tanto que se constituyen como una de las expresiones de las personas naturales, por lo que, se debe afirmar que las mismas deben gozar de un ámbito interno vinculado al honor –legitimado para defender el honor de las personas físicas que la constituyen o integran-, cuyo ejercicio puede encontrarse de manera controversial con otros derechos, tales como: el derecho a la libertad de expresión o de información. En palabras del Tribunal Constitucional:

> aunque la buena reputación se refiera, en principio, a los seres humanos, éste no es un derecho que ellos con carácter exclusivo puedan titularizar, sino también las personas jurídicas de derecho privado, pues, de otro modo, el desconocimiento hacia estos últimos podría ocasionar que se deje en una situación de indefensión constitucional ataques contra la "imagen" que tienen frente a los demás o ante el descrédito ante terceros de toda organización creada por los individuos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional considera que las personas jurídicas de derecho privado también son

[254] STC. Exp. N° 02756-2011-PA/TC, fundamento jurídico 4.
[255] DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. Sistema de derechos fundamentales, 3era ed., Navarra: Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008, p. 310.
[256] Ibidem.

titulares del derecho a la buena reputación y, por tanto, pueden promover su protección a través del proceso de amparo[257].

Entre las intromisiones cuya materialización se debe evitar para proteger el presente derecho encontramos: divulgaciones de expresiones o hechos hacia una persona, que tengan por objeto difamarla o desprestigiarla o disminuir su aceptación pública por la realización de hechos o manifestaciones valorativas que social y/o jurídicamente merecedores de un castigo; sin embargo, la parte afectada debe demostrar, dependiendo del caso, que se le ha producido daños morales internos y externos o patrimoniales (cuantificables e identificables) que amerita una indemnización pecuniaria y, consecuentemente, responsabilidad civil.

Por otro lado, es importante tener en consideración que el derecho al honor guarda una íntima relación con el *goodwill*[258] de las empresas (o, fondo de comercio o valor actual de los superbeneficios que produce una empresa), entendido como la representación económico-financiero de la reputación que posee una determinada empresa dentro de un mercado concreto y asegura la continuidad en el desarrollo de las mismas mediante la obtención de ganancias; es por ello que puede ser entendido como un bien intangible que representa la fidelidad de los clientes hacia la empresa, pero que no cuenta representación en una cuenta contable. El valor de una empresa se encuentra constituida por bienes, tanto materiales como inmateriales (encontramos la fidelidad de la clientela, el posicionamiento del nombre de la empresa, prestigio, experiencia y otros atributos que hacen que la misma), por ello, es indispensable considerar que el derecho al honor, en las personas jurídicas, hace referencia al honor o prestigio o reputación mercantil o comercial, el cual forma parte de la imagen corporativa de una empresa. Dicha imagen permite que una empresa se distinga de las demás (con las que compite dentro de un mismo rubro), ya sea por: calidad, eficacia, eficiencia, entre otros, generándole una viabilidad económica futura.

Y, es que, en palabras del Tribunal Constitucional español:

---

[257] STC. Exp. N° 0905-2001-AA/TC, fundamento jurídico 7.

[258] El *goodwill* se encuentra relacionado con esa porción de la valoración de la empresa que no puede ser asignado a un activo tangible, valoración de la expectativa futura de los eventos o sucesos que se encuentran relacionada con las operaciones recurrentes de las empresas, gastos, adquisiciones potenciales o futuras, futuras expectativas esperadas de los tangibles e intangibles presentes y futuros de las empresas, relaciones establecidas al personal con los compradores o clientes, impacto directo del manejo y dirección de la empresa por parte de quien se encuentre en la esfera de manejo y dirección. Asimismo, se cuantifica como el valor presente de todos los ingresos potenciales que no pueden asociarse con las fuentes de ingresos actuales (por ejemplo, los activos tangibles de la entidad y los activos intangibles identificables que están vigentes a la fecha del análisis). Las proyecciones a largo plazo de los ingresos derivados de fuentes no identificadas (por ejemplo, de futuros clientes no identificados) son inciertas. Como resultado, puede ser difícil en la práctica usar este método para estimar el valor del *goodwill*.

el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas (…). Resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena[259].

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

[259] STC 139/1995, de 26 de septiembre, BOE núm. 246, de 14 de octubre de 1995.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Capítulo 4

Las actuaciones del ente administrativo dentro del expediente administrativo sancionador N° 008-2010/CLC-INDECOPI

4.1 El mercado farmacéutico y la supervisión de la competencia en el marco de un libre mercado

4.1.1. *La importancia del análisis del mercado relevante dentro de un procedimiento administrativo sancionador*

La importancia de considerar al mercado relevante (mercado objetivo, geográfico y temporal) como materia de análisis dentro de un procedimiento administrativo, radica en observar cómo reaccionarían los consumidores frente a un aumento -pequeño, significativo y no transitorio- del precio de algunos productos mientras mantienen los términos de venta de otros productos.

Las posibilidades competitivas de los agentes económicos, dentro de un territorio específico (mercado geográfico), deben ser evaluadas dentro de determinadas características y particularidades de los productos y/o servicios (mercado producto) que ofertan, así como de los sustitutos de estos. La finalidad es satisfacer una necesidad singular e inelástica, lo que limita las posibilidades de sustitución de los mismos, permitiendo conocer si las condiciones de competencia en el sector, materia de análisis, sufrieron algún cambio.

El Decreto Legislativo 701 consideró como infracción administrativa a todos aquellos actos, o conductas, derivadas de actividades económicas producto de una situación de abuso de posición de dominio en el mercado[260][261]; y que tengan como consecuencia tanto la limitación, restricción o distorsión de la libre competencia, como el perjuicio económico general dentro de un territorio[262]. Para determinar qué actuaciones o conductas se dan dentro de un marco de posición de dominio, el legislador estableció que sean analizadas observando el porcentaje de su participación, características de la oferta y demanda de los bienes y/o servicios ofertados, su capacidad de desarrollo tecnológico, las barreras de entrada y de salida, canales de distribución,

---

[260] En Estados Unidos de América y Canadá se utilizan los siguientes conceptos similares: "poder de mercado" o "poder económico".

[261] "Se diría que una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto". FIGARI, H.; GÓMEZ, H.; y ZÚÑIGA, M. Hacia una metodología para ala definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiTw6i5-c7sAhXfIrkGHTSLAaIQFjAAegQIBxAC&url=https%3A%2F%2Frevistas.indecopi.gob.pe%2Findex.php%2Frcpi%2Farticle%2Fdownload%2F144%2F159%2F&usg=AOvVaw1-wbdpQZ_lsQmRvv54LOfa

[262] Artículo 3° del Decreto Legislativo 701.

entre otros[263]. En ese mismo sentido los Decretos legislativos 1034[264] y 1205[265], mantuvieron la importancia del mercado relevante en la determinación de la infracción por abuso de posición de dominio, e incorporaron su aplicación, posteriormente, para el análisis de control de estructuras o control previo de las concentraciones empresariales.

Si bien las normativas anteriormente mencionadas no establecieron como requisito obligatorio, su utilización en la determinación, sobre todo, de las prácticas colusorias de fijación de precios en donde las deficiencias en la adquisición de pruebas es lo característico de las mismas, la autoridad administrativa debería considerar la situación fáctica en la que se desarrolló para obtener certeza acerca de la comisión sobre lo acaecido; por ello, se considera la cantidad de agentes involucrados y su posición en el mercado, el grado de influencia en las relaciones comerciales, la naturaleza del presunto acuerdo, los productos involucrados, sus sustitutos y la demanda de los mismos, los efectos negativos sobre la competencia -si los hubiera.

Con la finalidad de determinar la infracción y no sancionar inadecuadamente, sobre todo, considerando que existen conductas similares con las que pueden ser confundidas, si no se cuentan con elementos probatorios determinantes, por ejemplo, con los casos de abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica[266]; establecimiento de precios predatorios por parte de un agente económico, conductas *minimis* (precios sugeridos o de reventa); conductas paralelas (conscientes o inconscientes), *hub* and *spoke*.

4.1.2. *Estructura y dinámica del mercado farmacéutico*

Para comprender el mercado farmacéutico, es necesario tener en consideración tanto su estructura como su dinámica (que abarca su conducta y desempeño), con la finalidad de observar cómo influye, de manera directa y a corto plazo, la forma de organización, sobre todo, en la conducta y desempeño económico de los agentes empresariales que se encuentran en ella.

---

[263] Artículo 4° del Decreto Legislativo 701.

[264] "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 sus competidores reales o potencias, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición".

[265] No incorporó modificación alguna al artículo 10° del Decreto Legislativo 1034.

[266] En España encontramos que la Ley 52/1999, en su artículo 6, establece que "b) De la situación de dependencia económica en la que puedan encontrarse sus empresas, clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad. Esta situación se presumirá cuando un proveedor además de los descuentos habituales, debe conceder a su cliente, de formar regular, otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares". Asimismo, en Francia, en el artículo 8.2° de la Ordennance 86-1243 se reconoce a dicha figura como la liberté des prix et de la concurrence, y se aplica -únicamente- para las relaciones verticales.

Encontramos como partes integrantes de cualquier estructura de mercado a las actividades involucradas; los productos y/o servicios ofertados (mercado producto); la cantidad de agentes; el mercado geográfico en el que operan; el rubro al que se dedican, y, el tamaño de cada una.

En primer lugar, en lo relativo a las actividades desarrolladas dentro del mercado farmacéutico, acorde a lo establecido por el INEI, encontramos a las actividades de fabricación de productos farmacéuticos; sustancias químicas medicinales y productos botánicos de uso farmacéutico; y, venta al por menor de productos farmacéuticos medicinales, cosméticos y artículos de tocador en comercios especializados[267]. El análisis que se desarrollará a continuación se centrará en las relaciones de distribución en un sistema de venta libre, y no piramidal, dentro del cual los laboratorios pueden crear vínculos directos de comercialización y distribución con las farmacias, boticas, cadenas de farmacias, y demás empresas de comercialización minorista, como consecuencia, entre ellos se realizarían -de manera directa- pedidos u órdenes de compra, que permite lograr una mejora en el aprovisionamiento y posicionamiento de sus productos farmacéuticos.

El mercado farmacéutico está compuesto de tres eslabones o cadenas de comercialización que pueden aparecer de manera previa a la adquisición efectiva de los productos farmacéuticos por parte de los consumidores.

El primer eslabón se encuentra constituido por los productores o laboratorios, los cuales se encargan de:

a) Producir moléculas básicas, principios activos y medicamentos,
b) Efectuar el control de calidad de los productos,
c) Importación, exportación y comercio,
d) Investigación, desarrollo, tenencia y almacenamiento de los mismos.

Asimismo, su subsistencia dependerá tanto de su capacidad para llevar a cabo actividades de I&D (Innovación y desarrollo), como de aprovechar la expiración de las patentes o los vacíos legales relacionados con la producción de los medicamentos.

El segundo eslabón, puede estar presente y, de ser así, se encuentra conformado tanto por los distribuidores (en algunos casos son constituidas con capital de algunos laboratorios y operarán bajo las directrices de ellos o contratarán a otros laboratorios no asociados) como por

[267] INEI. *Clasificación industrial internacional uniforme. De todas las actividades económicas*, revisión 4, Lima, 2010. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjWzqnL8ZvoAhVpIrkGHeUjCJMQFjAAegQIBxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.inei.gob.pe%2Fmedia%2FMenuRecursivo%2Fpublicaciones_digitales%2FEst%2FLib0883%2FLibro.pdf&usg=AOvVaw131KFw3TLzEFPWf0nuDomY.

las droguerías. Ambos agentes se diferencian en su constitución empresarial y desarrollo de funciones, la primera de ellas, puede actuar por cuenta y mandato de algún laboratorio para organizar la estrategia y gestión de la venta de los productos; y, las segundas de ellas, se caracterizan por poseen alcance minorista.

El tercer eslabón, se encuentra relacionado con el reparto final (distribución minorista) y puede abarcar a las farmacias, cadenas de farmacias, hospitales, clínicas, entre otros.

En segundo lugar, en lo relacionado con los productos y/o servicios ofertados, encontramos que el mercado farmacéutico, fundamentalmente se encuentra relacionado a la comercialización de:

1. Los medicamentos,
2. Fórmulas magistrales,
3. Producto publicitario,
4. Producto sanitario,
5. Producto de higiene personal y producto cosmético.

El primero de ellos puede ser entendido como un bien social que comprende a todas aquellas sustancias o combinaciones de estas cuyas propiedades tienen como función curar algunas enfermedades o reducir o paliar los síntomas que son producidos por estos[268]; asimismo, presenta una doble clasificación:

1. **Según su dispensación**: Encontramos a los medicamentos éticos o de prescripción (se necesita una receta médica para poder ser adquirido) y medicamentos de venta directa, OTC (*over the counter*) o de venta libre (no requiere contar con receta médica para poder ser dispensada, simplemente requiere que el producto se encuentre autorizado para su venta directa en el respectivo registro sanitario);
2. **Según su forma de comercialización,** encontramos: Medicamentos originales (Innovadores o con protección de patente) y genéricos[269].

Los medicamentos originales pueden ser producidos por un farmacéutico y estar destinados a un paciente determinado, en cumplimiento de una prescripción facultativa

[268] Para Vernengo, los medicamentos pueden ser definidos como "una preparación o formulación farmacéutica empleada para la prevención, diagnóstico y/o tratamiento de una enfermedad o estado patológico; o para modificar sistemas fisiológicos en beneficio de la persona a quién se le administra". COLLAZO HERRERA, M. Farmacoeconomía. Eficiencia y uso racional de los medicamentos. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjr6Yvv9J7rAhUFH7kGHdkvDUgQFjACegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.scielo.br%2Fpdf%2Frbcf%2Fv40n4%2Fv40n4a02.pdf&usg=AOvVaw3LSUncyDETlTGQ940WFgct.

[269] Asimismo, entre los medicamentos genéricos, encontramos que pueden contar con la siguiente clasificación: i. Similares de marca, ii. Similares de marcas propias; y, de denominación genérica.

detallada con los principios activos[270]. Mientras que los genéricos abarca a los medicamentos creados para ser el equivalente en dosaje, forma, seguridad, fuerza, ruta de administración, cualidad y características de su presentación, de un medicamento previamente aprobado y distribuido bajo un nombre comercial; por ello, provee los mismos beneficios clínicos que los medicamentos de marca. Y es que, dichos medicamentos cuentan con los mismos ingredientes activos que los medicamentos de marca, los cuales funcionan de la misma manera que estos últimos, y, por ende, tiene o presenta sus mismos riesgos y beneficios[271].

En tercer lugar, en lo referido a la cantidad de agentes económicos, es preciso realizar una delimitación temporal, es por ello que se considerarán datos que únicamente correspondan al periodo 2008 y que obren en el expediente administrativo que es materia de análisis. Ahora bien, es preciso observar la presencia de los laboratorios debido a la importancia de su participación en la disposición de los productos farmacéuticos[272], observamos que aquel que cuenta con una mayor posición en el mercado es FARMAINDUSTRIA (4.4%), seguido por BAYER (4.1%); MEAD JOHNSON (4.1%); MEDIFARMA (4.1%) ABBOT (3.80%); ABEEFE-BRISTOL (3.80%); MEDCO (3.4%); HERSIL (2.60%); MAGMA (2.4%); así mismo, a nivel de distribuidores, encontramos que las cadenas de farmacias representaron un 39% de mercado farmacéuticos, en comparación a las farmacias (25%), MINSA (7%), ESSALUD (13%), clínicas y EPS (15%) y otros (1%).

En lo relacionado a la distribución de medicamentos, encontramos que los mismos pueden efectuarse mediante el uso de los canales privado y público. El primero de ellos implica la venta de los productos farmacéuticos por medio de las farmacias y cadenas de farmacias, boticas y empresas prestadoras de servicios de salud, el cual para el año 2009[273] implicó un

---

[270] "Artículo 26°.- Sólo los médicos pueden prescribir medicamentos. Los cirujano-dentistas y las obstetrices sólo pueden prescribir medicamentos dentro del área de su profesión. Al prescribir medicamentos deben consignar obligatoriamente su Denominación Común Internacional (DCI), el nombre de marca si lo tuviere, la forma farmacéutica, posología, dosis y periodo de administración. Así mismo, están obligados a informar al paciente sobre los riesgos, contraindicaciones, reacciones adversas e interacciones que su administración puede ocasionar y sobre las precauciones que debe observar para su uso correcto y seguro".

[271] Traducción libre. Original: "A generic drug is a medication created to be the same as an existing approved brand-name drug in dosage form, safety, strength, route of administration, quality, and performance characteristics (…). A generic medicine works in the same way and provides the same clinical benefit as its brand-name version". Recuperado de: https://www.fda.gov/drugs/generic-drugs/generic-drug-facts.

[272] *Vease* cuadro de porcentaje de participación del mercado farmacéutico peruano en el 2008 de las principales empresas farmacéuticas, elaborado por CRISANTE NÚÑEZ, Maruja. *Situación de los medicamentos en el Perú*. Recuperado de: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiR 56z_4tDsAhW_JLkGHfDfDQ0QFjABegQIAxAC&url=http%3A%2F%2Fwww.digemid.minsa.gob.pe%2FUpLoad%255CUpLoaded%255CPDF%2FEURacMed%2FTrabSalud%2FReuTec%2FRTM_Mayo2012%2FPotencias_01-Situacion_medicamentos_Peru.pdf&usg=AOvVaw0r9snYRC2AFZEr1o40taD-

[273] *Véase* cuadro de aproximación a la distribución del Mercado Farmacéutico Nacional en unidades y precio Perú -2009, elaborado por CRISANTE NÚÑEZ, Maruja. *Situación de los medicamentos en el Perú*. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiR56z_4tDsAhW_

gasto aproximado de 826,625 millones de dólares (representando un 66.13% de la distribución del mercado), gracias a la distribución aproximada de 2'068'964'109 unidades (que representan un 45.65% del mercado); mientras que el segundo de ellos hace referencia a las compras efectuadas por entidades públicas como el Ministerio de Salud del Perú (MINSA), el seguro social de salud (ESSALUD), las Fuerzas Armadas (FF.AA) y otras instituciones, representó un gasto aproximado de 42,337.5 millones de dólares, gracias a la distribución aproximada de 2,463,268,331.14 unidades (que representan el 54.35%)[274].

Como podemos observar en los gráficos anteriormente mencionados, el sector privado fue en el que mayor cantidad de dinero, invirtieron los consumidores. Asimismo, si consideramos el número de establecimientos, encontramos que las cadenas de farmacias fueron las que contaban con una mayor presencia en comparación con las farmacias independientes. La importancia de este punto radica en que los agentes económicos o cadenas de farmacias y/o boticas, ofrecen de manera directa los productos farmacéuticos a los consumidores e influyen en la disponibilidad, accesibilidad y asequibilidad de los medicamentos ofertados a favor de los consumidores.

4.1.2.1 La posición del consumidor dentro de la estructura del mercado farmacéutico y su protección. En la mayoría de los casos encontramos que la oferta y demanda se encuentran determinadas por el comportamiento del consumidor, quien hace sus elecciones en función a la utilidad o beneficio derivados de los productos y/o servicios. En el mercado

JLkGHfDfDQ0QFjABegQIAxAC&url=http%3A%2F%2Fwww.digemid.minsa.gob.pe%2FUpLoad%255CUpLoaded%255CPDF%2FEURacMed%2FTrabSalud%2FReuTec%2FRTM_Mayo2012%2FPotencias_01-Situacion_medicamentos_Peru.pdf&usg=AOvVaw0r9snYRC2AFZEr1o40taD-

[274] Los datos indicados provienen de las compras estatales, las cuales fueron analizadas por personal de DIGEMID. Véase CRISANTE NÚÑEZ, Maruja. Situación de los medicamentos en el Perú. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiR56z_4tDsAhW_JLkGHfDfDQ0QFjABegQIAxAC&url=http%3A%2F%2Fwww.digemid.minsa.gob.pe%2FUpLoad%255CUpLoaded%255CPDF%2FEURacMed%2FTrabSalud%2FReuTec%2FRTM_Mayo2012%2FPotencias_01-Situacion_medicamentos_Peru.pdf&usg=AOvVaw0r9snYRC2AFZEr1o40taD-
Asimismo, "De acuerdo a la ENAHO, el financiamiento o gasto de los hogares en salud creció en 113.7% en Nuevos Soles del 2007 en el periodo 2004-2012, compatible con el mayor crecimiento del PBI y la disminución de la pobreza. No obstante, este gasto estuvo conformado mayormente por el gasto de bolsillo entre un 91%-86% aproximadamente[28]. En cuanto al gasto efectuado a favor de algún miembro de otro hogar, éste representó entre un 15.7% - 18.7% del gasto de bolsillo del hogar donante. La OMS (2010, X, XI) ha señalado los riesgos que implica la dependencia excesiva de los pagos directos en el momento en que la gente necesita asistencia, lo que constituye una barrera para la cobertura universal dado que: (a) se impide que millones de personas reciban asistencia médica cuando la necesitan, y (b) para aquellos que la obtienen, puede dar lugar a una situación económica grave, llegando incluso a empobrecerse, esto es lo que se denomina "gasto catastrófico"29. Por ello, uno de los objetivos de la actual Reforma de la Salud es lograr el aseguramiento universal con efectividad, de modo que la población sea atendida y el gasto de bolsillo disminuya (Ministerio de Salud-Consejo Nacional de Salud, p.22)". Véase cuentas nacionales de salud, Perú 1995 - 2012 / Ministerio de Salud. Dirección General de Planeamiento y Presupuesto. Unidad Funcional de Estudios Económicos en Salud - Lima: Ministerio de Salud; 2015. 156 p.; ilus., graf. (Recuperado de http://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/3248.pdf).

farmacéutico ocurre una situación totalmente distinta, el papel del consumidor, como fuente directa de la demanda, es relegado a favor del personal de salud (de manera específica, los médicos y/o químico farmacéuticos), quienes serán los encargados de dinamizar la demanda, en tanto que, su opinión influirá en diferentes grados sobre las decisiones de los consumidores sobre qué medicamentos adquirir, acorde al cuadro clínico que presentan y describen. Por ello, será obligación de los médicos el brindar toda información completa y necesaria acerca de los productos farmacéuticos (su concentración, denominación genérica, composición o estructura química, efectos farmacológicos, potencialidad, sustituibilidad de los medicamentos prescritos e indicaciones terapéuticas) en términos comprensibles; y, de la misma manera, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias[275].

Como podemos observar, el presente mercado se caracterizará por poseer una demanda dirigida, producto de la presencia de productos heterogéneos; relativa escasez de oferentes; una marcada situación de asimetría de la información que obtienen los consumidores; y la alta competitividad de los agentes que lo integran -sobre todo, de los laboratorios[276].

La calidad de los productos farmacéuticos radica en su eficacia y seguridad, en algunos casos, los consumidores pueden evaluar, de manera inmediata y previa, con mayor facilidad dicha calidad únicamente en los casos en que el producto farmacéutico sea usado con frecuencia para combatir síntomas comunes (en los casos de los analgésicos, cuya calidad es observada de manera inmediata). Normalmente, la calidad de estos no siempre puede ser conocida ni determinada de manera previa a su adquisición, ni puede ser evaluada, por los medios normales, los efectos queridos, los cuales únicamente pueden ser observados a largo plazo, no puede conocerse, de manera previa, sus interacciones con otras sustancias (en tanto ineficacia o letalidad de las combinaciones), tampoco se admite exclusivamente las reglas de la experiencia porque el efecto de un producto farmacéutico puede variar en relación a la persona. Dicha situación conlleva a que las empresas farmacéuticas se encuentran interesadas en mejorar la experiencia de las personas en relación a los productos requeridos con frecuencia.

No se puede exigir como comportamiento esperable del consumidor la realización de una investigación epidemiológica para conocer el margen de eficacia, eficiencia y seguridad de los productos, en tanto que, la información correspondiente no siempre se encuentra a su alcance y muchas veces la asimilación de dicha información se erige como una barrera. Dicha

[275] Artículo 15° de la Ley N° 26842.

[276] Estos últimos, si desean subsistir, deberán constantemente innovando y, por lo tanto, invertirán en recursos en I&D; o, aprovechar los vacíos legales existentes en la elaboración y producción de medicamentos, con la finalidad de presentar una menor estructura de costos.

situación de desventaja en el tratamiento de la información, es denominada por el ordenamiento jurídico como "asimetría informativa", asimismo, permite que los laboratorios oculten tanto el costo real de su esfuerzo en la producción e innovación de un medicamento, como la calidad misma del producto farmacéutico. En relación con este último aspecto, encontramos que, sobre todo, los consumidores al no tener la capacidad de determinar la calidad del producto farmacéutico en los términos indicados y ofertados por los agentes económicos, en muchas ocasiones se guían exclusivamente de su precio, independientemente de si este último corresponde con la verdadera calidad, dicha situación podría incentivar la producción de medicamentos con moléculas sustitutas, pero que, al ser menos costosas, presentan una baja calidad en la acción farmacológica y constituirán una ventaja para el agente económico -en tanto que, puede cobrar el mismo precio que otro agente económico que ofrece productos de alta calidad, pero sin que ello signifique una igual o mayor inversión-. Si los consumidores tuvieran la capacidad para conocer si la calidad ofrecida por los agentes económicos, coincide con la calidad real de los mismos, podrían renunciar a la adquisición de algunos de ellos si detectan que pueden ser falsos, deficientes y/o ineficaces, e, invertir en aquellos que poseen una mejor calidad (incentivando de esta manera a la industria farmacéutica para la innovación y mejora del desempeño de los agentes) o sean realmente necesarios; por ello, el Estado debe garantizar la seguridad, eficacia e innovación de los productos farmacéuticos bajo un marco regulatorio progresivo en cuanto a la innovación e introducción de nuevos productos farmacéuticos dentro del mercado, y tratar cuestiones de, por ejemplo, determinación de los factores esenciales en la calidad de un medicamento, la responsabilidad civil en las cuestiones de cambio de receta por los farmacéuticos en productos que forman parte de las líneas propias del agente económico, y ampliación del alcance de las leyes de protección al consumidor.

Las empresas farmacéuticas al tener una mejor posición acerca de la información de sus productos, generan que los consumidores se encuentren en una situación de severa, manifiesta y perjudicial situación de desventaja (asimetría informativa), la cual será aprovechada, por los proveedores, como incentivo para que productos de menor calidad expulsen del mercado a los productos, que presentan proporcionalidad entre la calidad y precio, ofertados por aquellos competidores, o, será fundamento para la prescripción consumidores y gasto en grandes cantidades en la obtención de los productos farmacéuticos dañinos, innecesarios o ineficaces; como consecuencia de la presencia de asimetría informativa encontramos que los profesionales de la salud cumplen un rol de intermediación fundamental en la decisión de consumo de un producto farmacéutico determinado, en tanto que cuentan con conocimientos relacionados con farmacología y salud en general. En muchas ocasiones, estos últimos actores se encontrarán

envueltos dentro de los diversos mecanismos de incentivos o estrategias publicitarias y comerciales, que son realizadas por los laboratorios, influenciando su decisión y afectando a los consumidores en general, ya que, son muy pocos los que poseen los conocimientos para poder identificar los sustitutos de los medicamentos recetados, la eficacia de los mismos, o cuál puede resultar dañino para su salud.

Entre las consecuencias derivadas de la situación de dicha asimetría, encontramos la relacionada con la afectación al principio de soberanía del consumidor, que se constituye como expresión de la libertad y poder, que tienen las personas para manifestar su decisión de elección entre qué bienes y/o servicios desea adquirir, y cuáles no; la cual tendrá en consideración una serie de variables (calidad, precio, publicidad y/o marketing, nivel económico, sus propias preferencias, entre otras). Dicha soberanía influirá, por ejemplo, en la calidad y cantidad de la producción de dichos bienes de consumo, así como, en la determinación de los precios, la obtención de ganancias y pérdidas[277].

Con la finalidad de devolverle al consumidor la soberanía, aparentemente perdida, el Estado adoptará un rol de agente regulador gracias a la presencia del organismo público denominado INDECOPI, y las actuaciones de regulación de los productos serán realizadas en dos etapas, ex ante (antes de la entrada de los agentes económicos al mercado) y ex post (después del descubrimiento de una aparente infracción).

El presente trabajo no pretende realizar un estudio acerca de las actuaciones ex ante, todo lo contrario, pretende realizar un estudio del despliegue de las actuaciones ex post realizadas en el caso, materia de análisis, en ese sentido, observamos que las actuaciones de fiscalización y sanción pueden ser efectuadas, sobre todo, por dos organismos públicos: INDECOPI y MINISTERIO DE SALUD.

En ese sentido, el Estado adopta una regulación paternalista y tratará de proteger a los consumidores de su propia ignorancia al brindarle una serie de mecanismos jurídicos para enfrentar todas aquellas actuaciones potenciales de abuso, por ello, su intervención inicial será en términos de crecimiento de información para evitar que los agentes económicos se

[277] En esa misma línea encontramos a Ludwing von Mises, quien afirmó que "In the economic order based on private ownership in the means of production no special institution, such as political democracy has created for itself, are needed to achieve corresponding success. All production must bend to the consumers' will. From the moment it fails to conform to the consumers' demands it becomes unprofitable. Thus, free competition compels the obedience of the producer to the consumers' will and also, in case of need, the transfer of the means of production from the hands of those unwilling or unable to achieve what the consumer demands into the hands of those better able to direct production. The lord of production is the consumer. From this point of view the capitalist society is a democracy in which every penny represents a ballot paper. It is a democracy with an imperative and immediately revocable mandate to its deputies". KNOX, F. The doctrine of consumers' sovereignty. Recuperado de https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00346766000000024?journalCode=rrse20.

aprovechen de la confianza otorgada por los consumidores a la seguridad y eficacia de los productos farmacéuticos que le prescriban y administren[278] y, con la finalidad de procesar adecuadamente la información y realicen una correcta toma de decisiones o elecciones en el proceso de adquisición de productos y servicios[279].

Por otro lado, es preciso señalar que el Estado no agota sus actuaciones en el ámbito regulador sino también realiza actuaciones de promoción y acceso a dichos bienes, entre las cuales encontramos:

(i) El Estado, con la finalidad de brindar acceso universal a los medicamentos, actuará como distribuidor mediante sus canales de aseguramiento, para ello, seleccionará no sólo al proveedor, sino, también el producto; aplicará diversos criterios de evaluación, tales como evidencia científica acerca de la necesidad eficacia, seguridad y costos.

(ii) Garantizará el acceso, disponibilidad y utilización a los medicamentos esenciales o necesarios para la prevención, tratamiento y control de las enfermedades prevalentes en el país, sobre todo, en sus establecimientos de salud[280].

(iii) Promoverá el uso racional de los medicamentos (acorde a su política nacional).

(iv) Promoverá el acceso a la información a los productos o servicios farmacéuticos, de manera completa, disponible, suficiente, continuada, comprensible y precisa, a lo largo de todas las etapas (abarcando el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento).

(v) Exigirá a los proveedores de los productos o servicios farmacéuticos que informen a los consumidores acerca de los riesgos, contraindicaciones, precauciones y advertencias[281], de los mismos; de la misma manera se les exigirá a los actores intermediarios.

(vi) Controlará la calidad de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios[282].

---

[278] Artículo 15°, literal g) de la Ley 26842.

[279] Artículo 5° del T.U.O. de la Ley de Protección al consumidor.

[280] Acorde al Formulario Nacional de Medicamentos Esenciales, dichos medicamentos que "contiene información científica, técnica objetiva y actualizada acorde a la farmacoterapia racional".

[281] En el caso de los productos farmacéuticos, específicamente en los medicamentos, adquiridos gracias a subvención estatal, será el propio Estado el que ayudará a los ciudadanos a obtener aquellos que cuenten con eficacia demostrada.

[282] "Artículo 158°.- De la potestad de los órganos competentes
Las Autoridades encargadas del control y vigilancia sanitaria de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, son:
a) La Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas como Autoridad Nacional de Productos Farmacéuticos, Dispositivos médicos y Productos Sanitarios;
b) Las Direcciones de Salud como Órganos Desconcentrados de la Autoridad Nacional de Salud (OD), a través de las Direcciones de Medicamentos, Insumos y Drogas;
c) Las Direcciones Regionales de Salud o quienes hagan sus veces a nivel regional como Autoridades Regionales de Salud (ARS), a través de las Direcciones Regionales de Medicamentos, Insumos y Drogas como Autoridades de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios de nivel regional (ARM).

(vii) Promoverá la receta y dispensación de medicamentos genéricos[283];

(viii) Exigirá a los establecimientos farmacéuticos y no farmacéuticos la entrega de información de precios de su oferta comercial de productos farmacéuticos;

(ix) Exigirá a los establecimientos farmacéuticos, públicos y privados, el registro en Sistema Nacional de Información de Precios de Productos Farmacéuticos[284][285][286]; entre otros.

4.1.2.2 La competencia en el mercado farmacéutico. El reconocimiento del derecho a la libertad empresarial, conllevó a que los agentes económicos decidan libremente la reasignación de sus productos, dinámica de producción y el establecimiento de los precios y técnicas comerciales; todo ello en aras de beneficiar a los consumidores a la obtención de productos con mejor calidad a un mejor precio. Además, como consecuencia de dicho reconocimiento, encontramos que los productos farmacéuticos, sobre todo los medicamentos, son comercializados bajo el sistema de libre mercado, por ello, la interacción entre los agentes económicos será en términos de buscar, siempre, la eficiencia o un balance dentro de la

---

La Autoridad Nacional de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios supervisa y evalúa las acciones de control y vigilancia sanitaria de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios que realizan los Órganos Desconcentrado s de la Autoridad Nacional de Salud (OD) y las Autoridades Regionales de Salud (ARS), a través de las Direcciones de Medicamentos como Autoridad de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y productos Sanitarios (ARM)" (Decreto Supremo 016-2011-MINSA).

283 "Artículo 35°.- En las farmacias y boticas sólo podrá dispensarse productos farmacéuticos y recursos terapéuticos naturales de venta bajo receta médica cuando la receta contenga, en forma clara, la siguiente información:
a) Nombre, dirección y número de colegiatura del profesional que la extiende, o nombre del establecimiento. Dichos datos deberán figurar en forma impresa, sellada o en letra legible;
b) Nombre del producto objeto de la prescripción con su Denominación Común Internacional (DCI), si la tuviera;
c) Concentración del principio activo;
d) Forma farmacéutica;
e) Posología, indicando el número de unidades por toma y día, así como la duración del tratamiento;
f) Lugar, fechas de expedición y de expiración de la receta y firma habitual del facultativo que prescribe; y,
g) Información dirigida al químico-farmacéutico que el facultativo estime pertinente" (Decreto Supremo 021-2001-SA, de fecha 13 de julio de 2001).

284 "Artículo 1°.- Todos los establecimientos farmacéuticos, públicos y privados, que operan en el país, deben registrarse en el Sistema Nacional de Información de Precios de Productos Farmacéuticos a cargo de la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas- DIGEMID del Ministerio de Salud, así como de suministrar información sobre los precios de la oferta comercial de sus productos farmacéuticos. Los establecimientos comprendidos en la presente disposición son responsables de la confiabilidad, veracidad y vigencia de la información remitida".

285 "Artículo 2°.- Están obligados a informar los siguientes establecimientos farmacéuticos registrados y/o autorizados por la Autoridad de Salud a nivel Nacional:
1. Laboratorios
2. Droguerías
3. Farmacias y boticas, del sector público y privado, incluidas las que funcionan en establecimientos de salud públicos, privados y mixtos.
Los citados establecimientos farmacéuticos, reportarán sus precios en el Observatorio Peruano de Productos Farmacéuticos, luego de transcurridos sesenta (60) días contados desde el día siguiente de vencido el plazo señalado en el artículo 9° de la presente resolución ministerial".

286 "Artículo 3.- Los productos farmacéuticos sujetos a reporte son todos los productos farmacéuticos con registro sanitario vigente".

actuación estratégica y así lograr una mejor asignación de los bienes y servicios a favor de los miembros de una comunidad; sin embargo, al existir la posibilidad de que uno de los agentes económicos pueda adquirir más poder y usarlo para aumentar los precios de los productos ofertados, se le atribuye, al Estado, la obligación[287] de incentivar a que los agentes económicos convivan en una situación de competencia -siendo la situación ideal, que coexistan en una competencia perfecta-, y con ello, fomentar la búsqueda por alcanzar una eficiencia óptima, disminuir costos mediante la elección o cambio en los proveedores, alcanzar mejores beneficios económicos y mejorar las estrategias corporativas en todas las relaciones comerciales existentes.

El desenvolvimiento de la competencia dentro de un mercado determinará el establecimiento de los precios y/o productos que sean ofertados en su interior. En el caso del mercado farmacéutico, encontramos que existen diferentes grados de competencia, entre los cuales encontramos (i) Competencia en el producto; (ii) Competencia en el territorio; (iii) Competencia dependiendo de la relación comercial en la que desenvuelvan sus actividades comerciales. La determinación de los precios dentro de este mercado resulta todo un desafío, en tanto que, si bien la libertad de empresa y la promoción de competencia dentro de los mercados tiene la finalidad de que los productos y servicios ofertados sean ofrecidos a un precio razonables y llegue a la mayor cantidad de personas; no obstante el mercado farmacéutico al presentar fallas propias, como el caso de la asimetría de información presentada en la interrelación de los agentes de la relación de consumo (en detrimento de los consumidores y de los agentes necesarios e intermediarios que son los médicos o profesionales), dará lugar a que se puedan encontrar diferentes precios para una misma sustancia activa que conforma un producto, dependiendo de la presentación del producto.

Para evaluar la competencia de los productos farmacéuticos, es necesario tener en consideración la existencia de una serie de criterios de segmentación y unas categorías terapéuticas. Dentro del primero encontramos a) Según la forma de adquisición, que abarca a los medicamentos protegidos, los medicamentos éticos, los medicamentos con prescripción y los medicamentos blancos; b) Según la forma de dispensación, encontramos a los medicamentos con prescripción -los cuales, a su vez, pueden ser genéricos (genéricos con marca o genéricos *commodity*) y medicamentos no genéricos (medicamentos de marca o medicamentos que están protegidos por patentes); c)Según la fuente de suministro, que incluye a los medicamentos de único-origen y a los medicamentos de múltiple-origen; d) Según el

[287] Dicha obligación proviene de la necesidad de la existencia de suministro universal de estos bienes que son esenciales para toda la población.

periodo de tiempo en que necesitan ser usados, que incluye a los medicamentos agudos o de uso corto de tiempo y los medicamentos de mantenimiento que son requeridos para el tratamiento de las enfermedades crónicas; y, e) Según el establecimiento de adquisición que abarca los medicamentos vendidos en hospitales y centros de atención ambulatoria y los medicamentos vendidos en otros establecimientos.

Mientras que el segundo de ellos, los distingue en grupos según su acción farmacológica, entre los que encontramos a: a) Aquellos que actúan en el aparato digestivo y metabolismo; b) En la sangre y órganos hematopoyéticos; c) En el aparato cardiovascular; d) Los dermatológicos; e) Las hormonas sistémicas; f) Aquellos requeridos en el tratamiento de quimioterapia antineoplásica; g) En el aparato locomotor, h) En el sistema nervioso central; i) En el aparato respiratorio; j) En los órganos de los sentidos; k) Varios[288].

Para evaluar el segundo tipo de competencia, anteriormente indicada, debemos observar el mercado geográfico que estará definido "en función del área geográfica en donde se encuentren las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante por parte de los consumidores". Para definirlo "es necesario evaluar no solo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos para atender al cliente, sino también la capacidad que tiene este último de abastecerse de distintos proveedores"[289]; esto es, permite conocer otras fuentes de aprovisionamiento a las que accederían los consumidores dentro de una geográfica específica y, por ende, permite identificar a los diversos agentes económicos que efectúan el despliegue de sus actividades comerciales (de suministro de los productos y/o de la prestación de los servicios) y presenta condiciones de competencia suficientemente homogéneas.

Finalmente, el tercero de ellos tendrá en consideración los niveles en las relaciones comerciales, esto es, la participación de los agentes económicos dentro de un determinado mercado, por ejemplo, si se quiere analizar el nivel productivo, debería observarse a los laboratorios tanto nacionales como internacionales con sucursales en el territorio nacional, así como, la calidad e innovación de los productos ofertados (si cuentan o no con patentes, si son innovadores, la cantidad de demandantes, entre otros), para efectos del presente trabajo, únicamente será materia de análisis la competencia entre distribuidores privados que operan a

---

[288] GARCÍA RODRÍGUEZ, M. *Un modelo de análisis competitivo del sector* farmacéutico. Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa, vol. 1, n° 3, 1995, pp. 103-111.

[289] FIGARI, H.; GÓMEZ, H.; y, ZÚÑIGA, M. *Hacia una metodología para la definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio*. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwichs7W4MLvAhXCHbkGHaG4D4kQFjABegQIAhAD&url=https%3A%2F%2Frevistas.indecopi.gob.pe%2Findex.php%2Frcpi%2Farticle%2Fdownload%2F144%2F159%2F&usg=AOvVaw1-wbdpQZ_lsQmRvv54LOfa.

nivel mayorista y minorista. Estos agentes económicos podrán competir como monopolistas o contra otros agentes económicos, para lograr un mayor posicionamiento de sus productos (de producción propia o adquiridos) y obtener mayores y mejores beneficios en la adquisición de los productos otorgados por los laboratorios. Para lograr dicho posicionamiento, los agentes económicos deberán realizar una planificación anual, en la cual se consigne tanto su demanda interna como externa, el primero de ellos toma en consideración los acuerdos y/o contratos pactados con distribuidores nacionales, el volumen mínimo que se debe facturar a lo largo del año, mientras que el segundo hace referencia a las exportaciones; asimismo, en ambos casos deben incluir los costos fijos (que puede estar conformado por el costo de importación del producto terminado, costo de materias primas, costos de mano de obra), y de ser el caso, variables (entre los cuales encontramos a los gastos promocionales, gastos de distribución, entre otros), inmersos en la producción. Como podemos observar, los agentes económicos tendrán en consideración la acción entre los competidores existentes; acción de los competidores potenciales que dependen de las barreras de entrada, amenazas de posibles productos o servicios sustitutos; la fuerza negociadora de clientes o compradores en relación a los fabricantes -influyendo de esta manera en el establecimiento de precio, condiciones de pago, entre otros-; el poder de negociación de proveedores en relación a la posibilidad del aumento de precios, disminución de la calidad de los productos, limitación de la cantidad de venta, entre otros[290].

Ahora bien, en el siguiente nivel encontramos tanto a los agentes económicos que distribuyen a nivel mayorista como a aquellos que distribuyen a nivel minorista (boticas, farmacias y cadenas de farmacias), los cuales cuentan con distintas políticas de precios que analizan la forma en que se comportará la demanda. Como parte de dichas políticas encontramos que, los laboratorios, incorporarán dentro de los precios de introducción en el mercado de un nuevo producto farmacéutico, los descuentos por compra en volumen o pronto pago, promociones, comisiones (que pueden ser otorgadas a sus vendedores por el volumen de ventas), ajustes de acuerdo con la demanda, márgenes de ganancia, costos incurridos (que varía dependiendo del lugar, publicidad y producto), entre otros.

De la misma forma que existe competencia en el mercado farmacéutico, encontramos la presencia de fallas internas, como es el caso de la asimetría informativa en detrimento de los consumidores -en su mayoría, pacientes-, que pueden ser tanto directas como indirectas. La

[290] PLACENCIA ENRIQUEZ, EM. *Capítulo II. Marco Teórico. 2.1. Definición de demanda*. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjc5sWA8snsAhUPGrkGHaP5A2MQFjANegQIBBAC&url=http%3A%2F%2Frepositorio.utn.edu.ec%2Fbitstream%2F123456789%2F1207%2F3%2FPG%2520175_Capitulo%2520II.pdf&usg=AOvVaw2P0aDHYg7HscA4w_GoON04

primera de ellas, observa la incapacidad que tienen los consumidores para evaluar, de manera previa al uso, los productos ofertados, mientras que la segunda de ellas es ocasionada por el asesoramiento médico o de los profesionales de la salud autorizados (tales como los farmacéuticos), quienes al mismo tiempo gozan de una asimetría informativa, en tanto que, recetan teniendo en consideración la información comercial proporcionada por los laboratorios. Consecuentemente, la demanda de los productos farmacéuticos se verá influida e impulsada, en primer lugar, por la prescripción médica o por las sugerencias indicadas por los farmacéuticos[291] (quienes tienen la facultad de sustituir fármacos por otros que cuenten con la misma denominación común internacional, o dispensar medicamentos que sean de venta libre) [292]; y, en segundo lugar, por la capacidad que tienen los consumidores de sacrificar la adquisición de otras necesidades de consumo o de lujo para solventar los gastos sanitarios necesarios.

Una vez que se detectó la falla interna más relevante del presente mercado, debemos tratar de conocer los criterios que afectan la demanda (entendida como la cantidad de bienes o servicios que el comprador o consumidor está dispuesto a adquirir a un precio dado, en consideración a su capacidad de pago, y en un lugar establecido, con cuyo uso pueda satisfacer parcial o totalmente sus necesidades o deseos particulares, o pueda tener acceso a su utilidad intrínseca). La demanda de un medicamento se verá influenciada por la capacidad de sustitución (demanda cruzada), para ello se tendrá en consideración la clase terapéutica (intramolecular o intermolecular), el principio activo o molécula, el productor o clase (innovadores, imitadores o

[291] Los médicos influirán tanto en la obtención de una mayor información acerca del producto farmacéutico que el consumidor pretende adquirir o su sustituibilidad con otro producto con eficacia farmacológica similar, como la demanda de dichos productos. Mientras que los farmacéuticos se encuentran vinculados al abastecimiento y dispensación de los medicamentos y dispositivos, y a la sustitución de los medicamentos por otros con la misma denominación común internacional o prescripción de medicamentos de venta libre

[292] "Los farmacéuticos están particularmente capacitados, porque:

- Entienden los principios de garantía de la calidad que se aplica a los medicamentos;
- Comprenden las complejidades de la cadena de distribución y los principios de almacenamiento y reposición eficientes de medicamentos;
- Conocen los esquemas de fijación de precios de productos medicinales que obtienen dentro de los mercados en que trabajan;
- Protegen gran parte de la información técnica sobre los productos existentes en el mercado nacional;
- Pueden dar consejos con conocimientos de causa a los pacientes con enfermedades leves y a menudos a los que tienen afecciones crónicas que reciben terapia de mantenimiento;
- Y, además, constituyen un eslabón entre la responsabilidad de recetar y la de vender medicamentos, y al hacerlo eliminan cualquier conflicto de interés real o posible entre esas dos funciones".

PROGRAMA DE ACCIÓN DE MEDICAMENTOS ESENCIALES Y UNIDAD FARMACÉUTICA. DIVISIÓN DE POLÍTICAS Y GERENCIA DE MEDICAMENTOS. Informe de un grupo de consulta de la OMS. Nueva Delhi, 13-16 diciembre de 1988. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjwgNXpne7sAhVtG7kGHUNLAdQQFjAAegQIBBAC&url=https%3A%2F%2Fwww.paho.org%2Fbra%2Findex.php%3Foption%3Dcom_docman%26view%3Ddownload%26category_slug%3Dvigilancia-sanitaria-959%26alias%3D795-el-papel-farmaceutico-sistema-atencion-a-salud-informe-un-grupo-consulta-5%26Itemid%3D965&usg=AOvVaw1NRZH5rvybgWbzLkm6n98E

genéricos)[293], el tipo de mercado (si se trata de medicamentos éticos o de venta libre -OTC), la prescripción de los sustitutos o la dispensación de medicamentos genéricos (demanda inducida), los medicamentos reconocidos dentro de los sistemas de aseguramiento, la duración del tratamiento de la enfermedad, la cantidad requerida por los consumidores acorde a las indicaciones médicas.

4.1.3. *Sobre el acceso a los medicamentos*

4.1.3.1 La importancia de los medicamentos y su protección estatal. Para Adam Smith existen dos categorías en las que deben ser entendidas los productos consumibles, los de primera necesidad y los de lujo, siendo la característica determinante y distintiva de los primeros en relación a los segundos, su indispensabilidad para el sustento de la vida[294]. En base a dicha clasificación, la cuestión que surge a continuación es la siguiente: ¿Los medicamentos o productos farmacéuticos pueden o son considerados como productos de primera necesidad? Para tratar de responder dicha interrogante, resulta preciso observar la relación existente entre dicho producto y la persona humana; la protección estatal otorgada; y si, como consecuencia de la dependencia de las personas, existe algún beneficio para los agentes económicos.

En primer lugar, la vinculación entre la vida humana y las enfermedades ha sido materia de análisis a lo largo del tiempo, tanto es así que, actualmente, existen medicamentos o algún tipo de tratamiento para casi todas las enfermedades, gracias a ello, observamos que la mayoría de las personas mejoran su vida por la existencia de los productos farmacéuticos, refiriéndonos especialmente a los medicamentos. Estos últimos son considerados como productos indispensables para la prevención y tratamiento de las diversas enfermedades que afectan el organismo o problemas de salud, y, para promover la salud y mejorar la calidad de vida de todas las personas; por ello, son considerados como productos o bienes de primera necesidad, en tanto que son destinados a impedir o remediar los dolores, daños o perturbaciones. Y, es que al presentar una relación directa e importante satisfacción en las funciones biológicas de las personas, son priorizados sobre la adquisición de otros bienes. Desde una perspectiva económica son considerados como bienes cuya demanda no aumenta al elevarse el precio público del consumidor, o aumenta en menor proporción o en proporción mayor que el ingreso[295]; sin embargo, cabe la posibilidad de que alguno de los agentes económicos, al tener

[293] Ello debido a que, en muchas ocasiones, el consumidor considera que las diferentes presentaciones de un mismo ingrediente activo son bienes diferentes y, por tanto, tienen una curva de demanda negativa.

[294] SMITH, Adam. *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, 1776 (publicación original). The Electronic Classics Series Publication (reed.), 2005, p. 715. Recuperado de http://eet.pixeñ-online.org/files/etranslation/original/The%20Wealth%20of%20Nation.pdf

[295] SCITOVSKY, Tibor. *Necesidades y comodidades*. Revista de Economía Crítica, n° 17, primer semestre 2014. Recuperado de

en consideración la importancia de los productos farmacéuticos en la satisfacción de las funciones biológicas de las personas, se aproveche de dicha situación y eleve los costos de dichos productos, lo que conlleva a una elevación en el costo para el tratamiento de una enfermedad.

Una vez advertida la vinculación existente entre el producto en cuestión y la persona humana, resulta necesario observar y analizar la protección brindada por el Estado.

En la vigente normativa interna encontramos que la salud (física y mental) es considerada como un derecho constitucional fundamental[296], de alcance universal y sin distinciones[297][298], y está vinculada con la defensa de la persona humana[299], debido a su relación estrecha, inseparable e irresoluble con el derecho a la vida. Asimismo, su reconocimiento como derecho, comprende, por un lado, la atención oportuna y apropiada de todas aquellas afectaciones, cuya ejecución corresponde al personal médico calificado o autorizado, mientras que, por el otro lado, abarca la disponibilidad y accesibilidad de los productos farmacéuticos, especialmente de los medicamentos esenciales y no esenciales.

La industria farmacéutica se constituye como la materialización del servicio de la medicina a favor de la sociedad, su estructura será sinónimo de eficiencia, sí y solo sí existe una adecuada gestión en los medicamentos. En el caso peruano, encontramos que el Estado aún no cuenta con mecanismos reguladores efectivos que permitan la superación de las brechas generadas por la inequidad en el acceso de dichos productos[300][301]; sin embargo, entre los mecanismos de protección existentes encontramos a las políticas nacionales referidas al sector salud, adquisición estatal de medicamentos para su suministro mediante sus canales de

---

https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwja7YGMtMLsAhXgIbkGHSGhDtEQFjAREgQIDBAC&url=http%3A%2F%2Frevistaeconomiacritica.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2F12_TiborScitovsky_NecesidadesComodidades_0.pdf&usg=AOvVaw3UTQB9DrbVxL6m-WtEF99s

296 Artículo 2° inciso 22: "[T]oda persona tiene derecho: (…) A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida".

297 Artículo 7° de la Constitución: "[T]odos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por si misa a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y segurida[d]"

298 Artículo 25°: "[T]oda 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 necesario[s]".

299 Artículo 1°: "[L]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estad[o]".

300 Artículo 3° de la Ley 29459- Ley de Productos farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios: "[E]l acceso al cuidado de la salud incluye el acceso a productos farmacéuticos y dispositivos médicos. Constituye un requisito para lograr este derecho: tener el producto disponible y asequible en el lugar y momento en que sea requerid[o]".

301 Forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de acceso a los servicios de salud.

distribución asistencial, regulación y promoción de la competencia entre los diversos actores, entre otros.

4.1.3.2 Un acercamiento al establecimiento de los precios dentro de un margen de libre competencia. El artículo 58°[302] de la Constitución vigente, establece que el régimen económico del Estado peruano es de una economía social de mercado.

En ese sentido reconoce el derecho a la libertad de empresa que implica tanto libertad en el establecimiento de las relaciones de comercio, como libertad en la determinación de los precios de los productos y/o servicios que ofertan, los cuales, normalmente se encuentran en función de las condiciones y devenir de la competencia de un mercado particular. Asimismo, en el artículo 60° de la Constitución, el legislador recogió la posibilidad de actuación e intervención del Estado de manera subsidiaria, en virtud de un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional; siempre y cuando el mercado no funcione correctamente.

El mercado farmacéutico al proveer bienes y servicios esenciales se encuentra directamente relacionado con la preservación de la salud de los seres vivos autónomos y la continuidad de su existencia, por lo que, exige algún tipo de intervención por parte del Estado y de sus organismos públicos para lograr un alcance global a favor de la población, evitar concentraciones y transgresiones a la vida y a las leyes. El Estado, de manera previa al establecimiento de cualquier actuación de intervención, debe considerar el tipo de competencia desarrollada, esto es, debe observar y evaluar las reglas de juego que guían la actuación de todos los actores (consumidores y vendedores). En el presente mercado observamos que, al no encontrarse claro los términos del intercambio prestacional y al existir tanto una asimetría informativa más marcada como fallas en los estándares de calidad, la competencia generada será imperfecta; y, su fiscalización resulta ser más necesaria para lograr reprimir y sancionar, de manera efectiva, todas aquellas situaciones de abuso que pudieran generarse.

De manera general y primaria se observa que un producto ofrece diversos beneficios dependiendo, evidentemente, de sus funciones básicas, tiempo de vida, características adicionales, facilidad de uso y servicio, entre otros; por ello, el precio de los mismos dependerá de la cadena de comercialización que se pretenda estudiar. Como consecuencia encontramos una serie de variables que influyen significativamente, tales como, la posición del agente económico adquiriente, el sector en el que se desarrolla[303], ruta de distribución (farmacias

[302] "Artículo 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una económica social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura".

[303] La estimación de los costos y precio, dependerá del nivel en el que se encuentra la empresa dentro del mercado y su posicionamiento en el mismo; sin embargo, en algunas ocasiones observamos que producto de las

privadas, o públicas o clínicas), el estatus económico de los pacientes[304], cantidad adquirida (compra al por mayor o al por menor), calidad del medicamento (si se trata de un medicamento genérico o comercial), si cuenta o no con patente vigente, la habitualidad en la prescripción y dosificación por parte de los médicos, la clasificación de la enfermedad sobre la cual cuál actúa el medicamento, apoyo estatal para la investigación e innovación en la creación e invención de los productos farmacéuticos; entre otras.

Para GUAMBA, existen cuatro tipos o categorías de precios (vinculados directamente con la presentación del producto), entre las cuales encontramos a los: i) Productos de marca del mismo principio activo, similar concentración y forma farmacéutica, con diferencias sustanciales de precios; ii) Productos de marca, con precios muy superiores a los genéricos de igual concentración y forma farmacéutica; iii) Productos genéricos de igual composición química y forma farmacéutica, que se comercializan con amplios rangos de precios; y, iv) Productos del mismo principio activo, que han modificado su forma farmacéutica, para obtener mayores precios[305].

El sector salud en el que se encuentra el mercado farmacéutico es el más caro de todos[306], presenta un alto costo en la adquisición de los productos por parte de las personas y el Estado. Muchas veces los altos costos son producto de las actuaciones de investigación e innovación de los laboratorios, las cuales son riesgosas e implican una gran inversión económica; y es que, no todas las moléculas son utilizadas, suelen necesitar, de manera previa a la comercialización, (i) un periodo de tiempo aproximado y ascendente de 10 a 15 años para analizar las moléculas (componente principal de los medicamentos); (ii) El cumplimiento periodo de observación (de aproximadamente 4 años) para verificar la garantía, seguridad, efectividad y calidad de los medicamentos (conocido como fase de los ensayos clínicos, que debe ser realizado sobre un

libertades con las que cuentan los agentes económicos, el establecimiento del precio de los productos podría encontrarse por encima de los precios futuros prevalecientes o probables.

[304] Los consumidores (pacientes o sus familiares) al momento de adquirir un producto necesitan y buscan obtener aquel que tenga el precio más accesible en relación con su economía; es por ello que observamos la existencia de competencia entre empresas farmacéuticas, sobre todo las que se encuentran en el nivel distributivo, bajo un sistema de liderazgo en costos. El cual influye en la determinación final del precio de los productos, en tanto que los agentes económicos buscan obtener y ofrecer un equilibrio entre el valor comercial ofertado al consumidor y los costos incurridos (entre los cuales encontramos los costos de producción, costos empresariales en la competencia, complejidad en la innovación del producto, de volumen, preferencia de los consumidores, entre otros).

[305] GUAMBA ORTIZ, D. *Procedimientos para la fijación de precios de los medicamentos de uso humano, a través del control estatal: Caso de Laboratorios LIFE.* Disertación de grado previa a la obtención del título de ingeniería comercial. Facultad de Ciencias Administrativas y contables- Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Quito, 2011.

[306] El gasto público que ha implicado dicho sector ha tenido una tendencia de incremento; por ejemplo, para el año 2008 representaba el 2,10% del PBI, en el año 2009 representó el 2,49% del PBI, decreció para los años 2010 y 2011 al representar un 2,43 y 2,41% del PBI, respectivamente, para el año 2012 representó un 2,55% del PBI. https://datosmacro.expansion.com/estado/gasto/salud/perug

número considerable de voluntarios sanos). Únicamente, si el producto logra pasar exitosamente la fase preclínica anteriormente mencionada, podrá ser puesta a la venta-; no obstante, dichos costos en los que incurren los laboratorios no suelen ser trasladados -directa e inmediatamente- a los consumidores, y, muchas veces dependerá del tipo de mercado producto, geográfico y la posición del agente económico, entre otras variables, serán las fundamentales al momento de la determinación de los precios.

4.2 Sobre el control de posterior efectuado por INDECOPI durante la tramitación del expediente administrativo sancionador N° 008-2010/CLC-INDECOPI

Los hechos que fueron materia de investigación datan del año 2008, a criterio de INDECOPI, pueden ser agrupadas en dos periodos de tiempo, el primero abarca el periodo de tiempo comprendido desde el 30 de enero de 2008 hasta el 04 de febrero de 2008, mientras que el segundo comprende desde el 20 de agosto hasta el 10 de setiembre de 2008; pese a que los mismos fueron detectados e investigados durante el año 2009, no fue hasta el 12 de octubre de 2016 cuando recién se emitió la resolución final del procedimiento administrativo, la cual, fue confirmada el 27 de diciembre de 2017.

A continuación, se procederá a analizar el control posterior realizado por INDECOPI a lo largo del dicho procedimiento administrativo sancionador, y con ello, vislumbrar tanto si se cometió, o no, alguna afectación al derecho al debido procedimiento de las partes investigadas, como el grado de afectación.

4.2.1 *El despliegue del control posterior en la detección de infracciones y afectaciones al derecho de la libre competencia*

La Secretaría Técnica del INDECOPI realizó una serie de visitas inspectivas a una cantidad específica de agentes económicos que operan dentro del sector farmacéutico, con la finalidad de obtener mayor información sobre las características y el funcionamiento del mismo, dichas visitas fueron realizadas durante dos periodos de tiempo[307].

Las primeras visitas se efectuaron con fecha 27 de marzo de 2009, a los locales de ECKERD, BTL, FASA Y ANACAB; mientras que las segundas fueron realizadas el 24 de setiembre de 2009, a los locales de ABBOTT, MIFARMA, Laboratorios BAGÓ y ARCÁNGEL. La Secretaría Técnica del INDECOPI con la finalidad de comunicar el despliegue de las primeras visitas inspectivas, emitió las cartas 90-2009/ST-CLC-INDECOPI, 91-2009/ST-CLC-INDECOPI, 92-2009/ST-CLC-INDECOPI y 93-2009/ST-CLC-INDECOPI, mientras que para comunicar la realización de las segundas, emitió las Cartas 301-2009/ST-

[307] El primero de ellos contaría con un periodo de negociaciones y monitoreos posteriores que se desarrollarían durante los meses de febrero a mayo del 2008.

CLC-INDECOPI, 302-2009/ST-CLC-INDECOPI, 304-2009/ST-CLC-INDECOPI, 307-2009/ST-CLC-INDECOPI, 309-2009/ST-CLC-INDECOPI, -2009/ST-CLC-INDECOPI 312-2009/ST-CLC-INDECOPI.

La realización de las visitas inspectivas no fueron las únicas actuaciones de investigación que llevó a cabo la Secretaría Técnica del INDECOPI, sino que, también, encontramos las siguientes:

a) El requerimiento de información acerca de las características y funcionamiento del mercado farmacéutico, efectuado a DIGIMED mediante el Oficio 026-2009-ST-CLC-INDECOPI[308].
b) Citación a los funcionarios de la DIGEMID, con la finalidad de realizar mediante el Oficio 030-2009/ST-CLC-INDECOPI[309].
c) Requerimiento de información relacionada con las características y el funcionamiento del mercado farmacéutico, efectuado a BYS[310], ARCÁNGEL[311], FASA[312], ECKERD[313], BTL[314] y MIFARMA[315].
d) Requerimiento de información adicional a la previamente solicitada, efectuada a BYS[316], FASA[317] y ARCÁNGEL[318].
e) Requerimiento para precisar la información solicitada, efectuado a FASA[319] y ARCÁNGEL[320].
f) Requerimiento para completar y precisar la información, previamente solicitada, a ECKERD[321] y ByS[322].
g) Requerimiento para completar la información, previamente solicitada, efectuada a MIFARMA[323], BTL[324] y FASA[325].

Dichas actuaciones inspectivas se efectuaron de manera previa al inicio del procedimiento administrativo sancionador, como manifestaciones de la potestad de

[308] De fecha 5 de junio de 2009.
[309] De fecha 3 de julio de 2009.
[310] Mediante la Carta 232-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 1 de junio de 2010.
[311] Mediante la Carta 236-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 1 de junio de 2010.
[312] Mediante la Carta 233-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 2 de junio de 2010.
[313] Mediante la Carta 234-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 2 de junio de 2010.
[314] Mediante la Carta 249-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 14 de junio de 2010.
[315] Mediante la Carta 250-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 15 de junio de 2010.
[316] Mediante la Carta 289-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 15 de julio de 2010.
[317] Mediante la Carta 341-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 24 de setiembre de 2010.
[318] Mediante la Carta 346-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 7 de octubre de 2010.
[319] Mediante la Carta 324-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 3 de setiembre de 2010.
[320] Mediante la Carta 320-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 27 de agosto de 2010.
[321] Mediante la Carta 322-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 2 de setiembre de 2010.
[322] Mediante la Carta 342-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 24 de setiembre de 2010.
[323] Mediante la Carta 318-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 27 de agosto de 2010.
[324] Mediante la Carta 319-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 27 de agosto de 2010.
[325] Mediante la Carta 324-2010/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 3 de setiembre de 2010.

fiscalización de la autoridad administrativa para garantizar la protección de bienes jurídicos; asimismo, para el correcto desarrollo de las mismas, se les impuso a los sujetos investigados el deber de colaboración con la Administración. Ambas cuestiones serán parte del desarrollo del presente apartado, el cual se dividirá en cuatro apartados, los cuales comprende 1) La regulación existente para el desarrollo de las actuaciones previas y su importancia dentro de un procedimiento administrativo sancionador de libre competencia; 2) El respeto y cumplimiento que tienen los agentes económicos con su deber de colaboración con la Autoridad Administrativa; 3) El despliegue de dichas actuaciones dentro del procedimiento administrativo y 4) La afectación a los derechos de inviolabilidad de las comunicaciones y trato igualitario.

Primero, el reconocimiento legal a las actuaciones preliminares lo encontramos en el artículo 235°[326] de la LPAG y, dependiendo del periodo en que se cometió la presunta infracción, los artículos 14° numeral b) del Decreto Legislativo 701[327], artículo 15.2°[328] del Decreto Legislativo 1034, artículo 15° inciso 3 numeral a) del Decreto Legislativo 1205[329].

---

[326] "Artículo 235.- Procedimiento sancionador
Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:
(…)
2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.
(…)"

[327] "**Artículo 14.-** Son atribuciones de la Secretaría:
b) Realizar indagaciones e investigaciones, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia; (*)
(*) Inciso modificado por el Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 807, publicado el 18-04-96, cuyo texto es el siguiente:
"b) Realizar indagaciones e investigaciones, ya sea de oficio o por el mérito de una denuncia, utilizando para ello las facultades y competencias que tienen las Comisiones de Indecopi. Excepcionalmente y con el previa acuerdo de la Comisión, podrá inmovilizar por un plazo no mayor de dos días hábiles prorrogable por otro igual, libros, archivos, documentos, correspondencia y registro en general de la persona natural o jurídica investigada, tomando copia de los mismos. En iguales circunstancias, podrá retirarlos del local en que se encuentren, hasta por seis días hábiles, requiriéndose de una orden judicial para proceder al retiro. La solicitud de retiro deberá ser motivada y serpa resuelta en el término de veinticuatro (24) horas oir el Juez de Primera Instancia, sin correr traslado a la otra parte".

[328] "Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-
(…)
15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:
a) Efectuar investigaciones preliminares;
b) Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas;
c) Tratándose de una denuncia de parte, decidir la admisión a trámite del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas pudiendo declarar inadmisible o improcedente la denuncia, según corresponda;
d) Solicitar a la Comisión el dictado de una medida cautelar"

[329] "**Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-**
(…)
15.3. Para el desarrollo de sus investigaciones, la Secretaría Técnica se encuentra facultada para:
(a) Exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la **correspondencia** interna o eterna y los registros magnéticos o electrónicos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura ; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas".

Las actuaciones preliminares son todas aquellas diligencias que, sin constituir un juicio de verdad, son realizadas -de manera pública y con conocimiento del interesado o de manera reservada- por el órgano competente como parte de sus facultades de intervención o verificación de la autoridad administrativa, con la finalidad de determinar la conveniencia de incoar un procedimiento sancionador; debido a que, gracias a su realización la autoridad administrativa conocerá las circunstancias en las que se desarrolló el caso concreto y recabará todos aquellos elementos de juicio, hechos o pruebas que servirán de indicios para identificar -de manera clara, precisa y detallada- los hechos presuntamente infractores, los infractores sospechosos, y el grado de participación de estos. En materia de regulación de competencia encontramos que dicha "fase de diligencias previas de naturaleza extraprocedimental"[330] puede llevarse a cabo por el órgano que tiene atribuido dichas facultades de investigación, averiguación o inspección, es la Secretaría Técnica del INDECOPI, al mismo tiempo, será dicho órgano el competente para incoar o emitir la resolución de inicio del procedimiento.

Para el Tribunal Supremo español:

«(las investigaciones previas) no forman parte del expediente sancionador, no son propiamente expediente administrativo, sino un antecedente que la ley faculta a la Administración para llevar a cabo y a la vista de su resultado acordar lo procedente; esto es, el archivo de las actuaciones o la orden de incoación del expediente». Se trata, por tanto, de actuaciones que tienen lugar extramuros del procedimiento sancionador propiamente dicho, cuya finalidad no va más allá de una apreciación acerca de si, efectivamente, se han producido o no los hechos de que se tiene noticia, y, en su caso, personas que hayan intervenido en aquellos, así como las circunstancias concurrentes en la producción de aquellos y la intervención de éstas en los mismos, para poder así, concluir, si hay motivos razonables para iniciar el procedimiento sancionador[331].

Siguiendo dicha línea de pensamiento, podemos afirmar que en las actuaciones previas o actos de instrucción del procedimiento administrativo, no existe imputación de cargos ni se reviste a los agentes económicos investigados con la calificación de denunciados, y, serán

---

[330] REGIÓN DE MURCIA. *Consejería de Presidencia y Hacienda*- Dirección General de Administración Local. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjH79_brPjsAhWpIbkGHUytDscQFjAJegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.carm.es%2Fweb%2FBlob%3FARCHIVO%3D159723.2B_RespuestaDisciplinario.pdf%26TABLA%3DARCHIVOS%26CAMPOCLAVE%3DIDARCHIVO%26VALORCLAVE%3D159723%26CAMPOIMAGEN%3DARCHIVO%26IDTIPO%3D60%26RASTRO%3Dc475%24m1647%2C52833&usg=AOvVaw1idIqxtHg_d1EPLQ7u47e8.

[331] Sentencia del Tribunal Supremo de veintisiete de febrero de dos mil uno. Recuperado de http://leyprocesal.com/leyprocesal/ftp/sentencias/legislacion/Jurisprudencia/Organizacion%20judicial/Jurisprudencia%20-%20Derecho%20Procesal%20Organico%20-%2065.htm

determinantes para que la Secretaría Técnica llegue a un juicio de atribución provisional e individual, del hecho infractor investigado, en base al conocimiento y comprobación de los datos e información obtenida en esta fase preliminar, sobre el cual debe pronunciarse; asimismo, toda aquella información obtenida será incorporada al expediente administrativo bajo la forma de motivación o prueba, sí y solo sí, son obtenidas legalmente o sin transgredir derechos constitucionales de las partes investigadas y cuenten con mérito suficiente.

Segundo, durante un procedimiento administrativo sancionador tanto la autoridad administrativa como los agentes económicos cuentan con una serie de derechos y obligaciones, entre los cuales encontramos el deber de colaboración. Respecto a dicho deber de colaboración con las actuaciones realizadas por la autoridad administrativa, encontramos que su reconocimiento se encuentra en el artículo 243°[332] del T.U.O. de la LPAG; y las obligaciones impuestas son generales y relacionadas con la entrega de información y atención a los requerimientos que puede formular la Administración Pública, la obstrucción o negación de atención a dichos requerimientos podría ser considerado como un hecho constitutivo de una infracción administrativa por razón de afectación a sus facultades de vigilancia, investigación, inspección, tramitación y ejecución del procedimiento administrativo.

Tercero, a continuación, se procederá a analizar dos cuestiones en concreto, la primera de ellas se encuentra vinculada con la realización, notificación y ausencia de comunicación de las actuaciones preliminares, mientras que la segunda de ellas está relacionada con el deber de colaboración que tienen los agentes económicos con la autoridad administrativa.

Las visitas inspectivas realizadas los días 27 de marzo y 24 de setiembre de 2009, tuvieron como marco legal al Decreto Legislativo 1034, cuyo artículo 15° reconoció expresamente que la Secretaría Técnica, para el desarrollo de sus investigaciones, se encontraba facultada para realizar las siguientes actuaciones:

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonio autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los

[332] "Artículo 243°.- Deberes de los administrados fiscalizados.-
Son deberes de los administrados fiscalizados:
1. Realizar o brindar todas las facilidades para ejecutar las facultades listadas en el artículo 238.
2. Permitir el acceso de los funcionarios, servidores y terceros fiscalizadores, a sus dependencias, instalaciones, bienes y/o equipos, de administración directa o no, sin perjuicio de su derecho fundamental a la inviolabilidad del Domicilio cuando corresponda.
3. Suscribir el acta de fiscalización. (…)". (Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General)"

registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado, la estructura de propiedad de las empresas.

b) (…)

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 virtud de dicha normativa legal, la Secretaría Técnica del INDECOPI estaba facultada para realizar las actuaciones preliminares, siempre y cuando, estas guardasen relación con los hechos materia de investigación; sin embargo, las cartas previamente indicadas comunicaban la realización de las visitas inspectivas y, al mismo tiempo, requerían que los agentes económicos investigados **"exhiban** y **proporcionen copia de toda la información relacionada con el mercado de comercialización de productos farmacéuticos"**[333] que se encontraba en los canales expresamente indicados, asimismo, establecían que:

> la presentación de información falsa o el incumplimiento injustificado de los requerimientos de información de esta Secretaría Técnica; pueden ser sancionados por la Comisión y con una multa no menor de una (1) ni mayor de cincuenta (50) Unidades Impositivas Tributarias.

Entre el tipo de documentación exigida encontramos a la correspondencia tanto interna como externa, en todas las formas o soportes (incluyendo aquella que se encontraba en soporte electrónico), producto de la revisión de las actas de visita inspectiva, podemos afirmar que la totalidad de los agentes económicos advertidos cumplieron con el requerimiento efectuado en la notificación de la visita inspectiva. No obstante, el contenido de las cartas mencionadas podría ser considerada como actos de intimación, en tanto que son manifestaciones del poder coercitivo procesal que posee la Administración Pública para exigir a un administrado, interesado o tercero, la realización de una determinada y específica conducta bajo apercibimiento de imposición de una multa; y, únicamente resultarían exigibles y eficaces si son puestas en conocimiento del sujeto pasivo sobre el que recae.

De la lectura de la normativa anteriormente mencionada, encontramos que la Secretaría Técnica se encontraba facultada para exigir a las partes investigadas la entrega en forma de

[333] Situación semejante ocurrió en los expedientes 017-2015/CLC-INDECOPI; 00100-2017/CLC-INDECOPI

copia de dicha información, siempre y cuando cumpliese con el procedimiento especial establecido. El cual era una de las modificaciones novedosas que dotaba de una mayor autonomía a la Secretaría Técnica y concedía mayores garantías a los administrados, en comparación con lo recogido en el Decreto Legislativo 701 (modificado mediante el Decreto Legislativo 807), en tanto que este último únicamente señalaba que:

> [E]xcepcionalmente **y con el previo acuerdo de la Comisión**, podrá inmovilizar por un plazo no mayor de dos días hábiles prorrogable por otro igual, libros, archivos, documentos, correspondencia y registros en general de la persona natural o jurídica investigada, tomando copia de los mismos. En iguales circunstancias, podrá retirarlos del local en que se encuentren, hasta por seis días hábiles, requiriéndose de una orden judicial para proceder al retiro. La solicitud de retiro deberá ser motivada y será resuelta en el término de veinticuatro (24) horas por el Juez de Primera Instancia, sin correr traslado a la otra parte[334]"[335].

El texto innovador del Decreto Legislativo 1034 establecía expresamente en el artículo 15° lo siguiente:

> 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. (…). La Secretaría Técnica **deberá obtener autorización judicial** 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:
>
> (i) La Secretaría Técnica solicitará al Juez Penal de Turno una cita para obtener una autorización especial de descerraje o copia de correspondencia privada, sin mencionar el nombre de la persona natural o jurídica, sociedad irregular o patrimonio autónomo que será materia de inspección sin previo aviso.
>
> (ii) Recibida la solicitud, el Juez programará, en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles, y bajo responsabilidad, una reunión con la Secretaría Técnica en la que podrá estar presente un Fiscal.
>
> (iii) En el despacho del Juez, y en la hora programada, el Secretario Técnico explicará al Juez y, de ser el caso, también al Fiscal, las razones de su solicitud de

[334] Artículo 14° del Decreto legislativo 701, modificado el 18 de abril de 1996, mediante el artículo 11 del Decreto Legislativo N° 807.

[335] El subrayado y la negrita son nuestros.

autorización especial de descerraje o copia de correspondencia privada, presentando la información o exhibiendo los documentos que evidencian la existencia de indicios razonables de la comisión de una infracción administrativa por parte de la persona o empresa que será materia de inspección, la que será identificada en el acto, así como el lugar donde se realizará la inspección. En dicha reunión si el Juez estima que la solicitud resulta justificada, la declarará procedente, emitiendo en el acto la resolución correspondiente, levantándose un Acta suscrita por todos los presentes.

(iv) En la resolución mencionada en el párrafo anterior se señalará el nombre, denominación o razón social de la persona o empresa que será inspeccionada por la Secretaría Técnica, así como el lugar donde se encuentra ubicado el local o locales materia de inspección, y se motivará y especificará los alcances de la autorización correspondiente, la que podrá comprender, entre otros, la revisión y copia de los correos electrónicos recibidos o remitidos por los directivos, administradores o representantes de la persona o empresa materia de investigación.

(v) En un plazo no mayor de tres (3) días de culminada la visita de inspección, la Secretaría Técnica elaborará un informe dando cuenta de los pormenores de la diligencia, la que será remitida al Juez y, de ser el caso, al Fiscal que estuvo en la reunión.

(vi) Tanto el Juez como el Fiscal antes mencionados deberán guardar reserva absoluta del proceso especial, bajo responsabilidad, desde el inicio de la reunión en la que se evalúe la solicitud de autorización especial de descerraje y/o copia de correspondencia privada presentada por la Secretaría Técnica hasta el momento en que reciban de ésta el informe a que se refiere el párrafo anterior.

(vii) En caso de negativa, la Secretaría Técnica se encuentra habilitada para formular una segunda solicitud de autorización especial de descerraje o copia de correspondencia privada.

Ahora bien, ¿Podría alegarse la existencia de alguna justificación para que la autoridad administrativa no realice la autorización acorde a lo establecido en el artículo 15°, mencionado previamente? De ser así, ¿Podría encontrarse dicha justificación dentro del texto de la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas?

En ese sentido encontramos que el texto de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, estableció lo siguiente:

4. Las autoridades de defensa de la competencia

La Comisión y la Secretaría Técnica (…)

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 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. Es así que el Decreto Legislativo incorpora un procedimiento especial para solicitar la autorización ante el Juez Penal de Turno en se ha previsto contar con la intervención facultativa de un Fiscal Provincial con la finalidad de dotar de suficientes garantías a los investigados antes y después de realizada la diligencia.

Estas facultades resultan fundamentales para que la labor de la agencia de competencia se lleve a cabo de manera eficaz y oportuna (…) Por tanto, para la detección de estas prácticas, la incursión de la autoridad en los locales de las empresas investigadas o el acceso a las comunicaciones cursadas entre competidores configuran herramientas indispensables de investigación para la autoridad de competencia. Asimismo, la experiencia en la práctica de la Comisión en casos emblemáticos demuestra la importancia de contar con dichas facultades (…)".

Posteriormente a conocer el texto anteriormente mencionado, corresponde observar si el texto de dicha exposición de motivos puede ser exigido. Las exposiciones de motivos son útiles en la medida que ayudan en la elaboración de las leyes, al ser entendidas como:

la parte que (entre nosotros) antecede al texto articulado de las leyes y otras disposiciones normativas, como algunos reglamentos administrativos, redactada con un estilo característico, no prescriptivo, y en la que se enuncian las razones que han llevado

> a su promulgación, en una suerte de justificación previa, de donde procede justamente su referencia titular a los «motivos». También es propio de su contenido referir los principios inspiradores de la parte dispositiva, o sus objetivos básicos, y, a veces, comentar más o menos someramente lo que se ordena en sus distintos preceptos. Normalmente se utiliza con la denominación ya vista, o con la de «Preámbulo» (…)[336].

Esto es, son las partes expositivas de las leyes, pero que no cuentan con valor probatorio ni vinculante, al ser únicamente referentes del contenido de estas y ayudan a los órganos a una correcta interpretación. Sin embargo, la finalidad a la que aspiran dichas exposiciones no siempre se cumple y como consecuencia se erige como obstáculo para la correcta aplicación de la normativa correspondiente y de los principios propios del Derecho Administrativo sancionador[337]. En el presente caso, conllevó a que la autoridad administrativa interpretase de manera vulnerada el artículo15° del Decreto Legislativo anteriormente citado, en virtud del cual se establecía de manera expresa que dicha autoridad "debería obtener una autorización judicial (…), para copiar correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos, conforme al procedimiento que se detalla"; sin embargo, la autoridad administrativa entiende que la información al ser proporcionada por el investigado dentro de un

---

[336] SANTAOLALLA LOPEZ, F. *Exposiciones de motivos de las leyes: Motivos para su eliminación*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 11, núm. 33, setiembre- diciembre, 1991, pg. 48. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjQmo3PuLfuAhXkIbkGHYV3Bd0QFjABegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.editorialreus.es%2Fstatic%2Fpdf%2Fprimeraspaginas_9788429018721_principiorealidadynormaelvalordelasexposicionesdemotivos.pdf&usg=AOvVaw3YVgE4HfYEwbisN24l4sKB

[337] "Subcapítulo I
De la Potestad Sancionadora
Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuirse a las entidades la potestad sancionadora yla consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.
2. Debido procedimiento.- Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso.
3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.
4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previsoras expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo en los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

(…)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario".

procedimiento administrativo sancionador, es obtenida de manera lícita y no vulneró los derechos de las mismas [338].

Al ser las actuaciones preliminares una materialización específica del despliegue de la potestad de investigación o inspección, derivada de la actividad de policía, se faculta a la Administración Pública para sancionar a aquellos administrados que lesionan bienes jurídicos determinados y reconocidos legal y/o constitucionalmente, y desincentivar la comisión de acciones potencialmente infractoras e incentivar el respeto y cumplimiento de las normas. Por ello, dichas actuaciones deben desarrollarse de manera correcta, lo que implica que la Administración Pública debe observar los principios relacionados con su potestad pública sancionadora, que se encuentran regulados por la LPAG, cuyo contenido tiene la finalidad de servir como verdadero límite al ejercicio de dichas actuaciones[339], evitando que se restrinjan los derechos de los particulares para asegurar tanto el interés general o la comisión de arbitrariedades como su previsibilidad a favor de los administrados[340]. Sobre todo si las

---

[338] En esa misma línea encontramos que dicha autoridad administrativa en el caso judicial presentado por Unión Andina de Cementos S.A.A. y otros (Expediente 2873-2015), ante la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo. Sub Especialidad en temas de mercado, indicó que, "El Juzgado extrae a partir de la lectura completa del artículo bajo análisis, específicamente del segundo párrafo del mismo, una conclusión; mientras que los demandantes tienen una lectura diferente del mismo y una conclusión también distinta. Así tenemos que el Juzgado señala que solo es necesaria la autorización judicial para copiar correspondencia cuando existe una negativa del inspeccionado para tal efecto: por otro lado, los demandantes señalan que en todos los caso, esto es inclusive cuando no exista negativa y los inspeccionados brinden facilidades para tal labor, la Administración debe contar con la citada autorización judicial previamente al acopio de la correspondencia privada".
Con la finalidad de interpretar la disposición citada y establecer sus alcances, es pertinente acudir a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la cual señala lo siguiente: (…)
De lo anterior se aprecia que el legislador estableció en el segundo párrafo del literal c) del artículo 15.3 del Decreto Legislativo N° 1034, 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 solamente podría persistir en hacer efectivos tales requerimientos mediante la obtención de un mandato judicial.
Asimismo, debe recalcarse que **la función tutelar del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones no** alcanza a quien siendo parte de dicha comunicación autoriza de manera voluntaria y expresa a un tercero para que acceda a la comunicación. Es decir, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones no se ve vulnerado cuando los mismos intervinientes en el proceso comunicativo permiten o autorizan el acceso al contenido de la comunicación a un tercero ajeno a la comunicación misma, como ocurrió en el presente caso. Cuestión totalmente distinta es la intervención en la comunicación de un tercero que no tiene autorización de los agentes de la propia comunicación o de la autoridad judicial, pues en este escenario sí es posible alegar vulneración a la inviolabilidad de las comunicaciones.
En tal sentido, sobre la base de los argumentos anteriores, en el caso que nos ocupa, se aprecia que el Juzgado ha efectuado una correcta interpretación del artículo 15.3 literal c) del Decreto Legislativo N° 1034, sin vulnerar lo dispuesto en la Constitución respecto al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, en consecuencia, no se han vulnerado los derechos que alega la demandante en este punto, debiéndose desestimar este extremo de la apelación". Sentencia emitida el 5 de enero de 2018, bajo el Expediente 2873-2015.

[339] Acorde a lo establecido por el artículo III del Título Preliminar de la LPAG, el cual establece que "La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación e la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general".

[340] Resolución N° 03340-2012-SERVIR/TSC-Primera Sala, de fecha 15 de mayo de 2012.

facultades de intervención, fiscalización o inspección de las autoridades administrativas, no cuentan con especificaciones claras y comprensibles para su realización (duración, alcance y extensión) en los correspondientes textos normativos; no obstante, el hecho de que no exista una previsión legal para su tramitación o ejercicio no implica, al menos no debería implicar, que esta fase extraprocedimental de investigación y comprobación pueda efectuarse durante un periodo de tiempo excesivo, como consecuencia de una demora anormal en el tratamiento de la información obtenida, sobre todo si la misma permite conocer, casi de manera inmediata o en plazo notablemente inferior, la individualización de los sujetos sospechosos en la comisión de la infracción, el hecho infractor y las circunstancias del caso.

El respeto de los límites anteriormente mencionados conlleva a la no imposición de nuevas obligaciones a los sujetos sometidos a control ni la atribución de facultades distintas a las recogidas legalmente a favor de la Administración Pública, por ello, si esta última tuviese sospecha de una posible infracción y requiriera recabar mayor información, debe buscar y realizar la actuación de los medios que sean más idóneos y menos gravosos o restrictivos de la libertad, o de los derechos constitucionales de los sujetos para lograr de manera adecuada y oportuna la consecución de dicha finalidad ordenadora; debido a que, todos los órganos del Estado deben respeto a la Constitución y promueven el respeto de los derechos constitucionales. La realización de dichas actuaciones puede ser puesta en conocimiento de los sujetos investigados, o no, debido a que cabe la posibilidad que la autoridad administrativa necesite contar con mayor información para identificar a todos los agentes económicos que pudieron realizar las acciones infractoras que son investigadas; por ello, debe realizar todas las actuaciones que resulten necesarias para dichos fines e individualizar a los posibles infractores, caso contrario, se vulneraría el derecho de defensa y al debido procedimiento porque todos los agentes económicos, los cuales deben gozar de las garantías mínimas de equidad y justicia que se desprenden de lo establecido en el artículo 139° de la Constitución[341].

Ahora bien, es cierto que los agentes económicos investigados deben conocer las actuaciones previas en aras de salvaguardar su derecho de defensa; sin embargo, no existe la obligación de hacerlo durante el desarrollo de las mismas como sí ocurre al momento de

[341] Artículo 139 de la Constitución Política del Perú de 1993, "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional (…); 3. La observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional (…); 5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (…); 6. La pluralidad de instancias; (…); 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; 9. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley (…); 10. El principio de no ser penado sin proceso judicial; 11. La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales; (…); 14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso; 15. El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detección; (…)".

imputar, formalmente, los cargos en su contra. El motivo de ello prima en el desconocimiento que tiene la autoridad administrativa acerca de la comisión de la infracción administrativa, las cuales si son alargadas en demasía pueden causar un severo perjuicio a los administrados investigados, en tanto que no tomará conocimiento de su condición de sospechoso. En el caso que es materia de análisis, existió la realización de actuaciones previas con calidad de información reservada, afectando a BOTICAS FELICIDAD, el cual al no participar durante el desarrollo de dichas actuaciones, no pudo aportar toda aquella documentación que resultaba necesaria, oportuna y pertinente para, de ser el caso, dar a conocer a la autoridad administrativa que no participaron, y, por ende, desestimar la incoación de un procedimiento administrativo en su contra. Dicha situación fue puesta en conocimiento, durante la tramitación del expediente, a la Secretaría Técnica, bajo los siguientes argumentos:

> 2.20. En efecto, de los Antecedentes del presente caso se podrá apreciar que, durante la Etapa de Investigación Preliminar se efectuaron una serie de acciones, las cuales en ningún momento fueron notificadas a mi representada, no teniendo conocimiento de la investigación que se seguía en su contra, lo cual es una manifiesta vulneración de su derecho de defensa, constitucionalmente protegido, siendo recogido en el numeral 14 del Artículo 139° de la Carta Magna, el cual expresamente señala: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional (…) El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención".
>
> 2.21. Siendo que, el Derecho de Defensa implica el respeto de los derechos y garantías mínimas con que debe contar toda persona para que una causa sea justa; en cuanto a la aplicación del Derecho Constitucional alegado, en el ámbito del derecho administrativo, el mismo que se encuentra recogido de manera expresa en el numeral 1.2. del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General- Ley 27444, el cual señala: "Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho (…).
>
> 2.22. Siendo esto así, es importante precisar que, dentro de las acciones preliminares detalladas en el expediente n° 006-2008/CLC, se encuentran:
>
> A. Visitas inspectivas a distintas empresas entre las cuales se encuentran las cadenas de boticas y/o farmacias a las que se les ha iniciado el procedimiento administrativo sancionador (locales detallados en el considerando 2.1. del presente escrito). Sin

embargo, **DICHAS VISITAS INSPECTIVAS NUNCA SE LE REALIZARON A NORTFARMA S.A.C., ni mucho menos se le informó de los correos electrónicos en los que se le mencionada, los cuales fueran entregados a la entidad durante dichas visitas; a fin de poder hacer uso de su derecho de defensa, causando dicho hecho, indefensión en mi representada.**

B. Requerimientos de información respecto a la evolución de los precios de venta al público de determinados productos farmacéuticos y afines, efectuados a las Cadenas infractoras (detalladas en el considerando 2.1. del presente escrito). **REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN QUE NO SE LE REALIZARON A NORTFARMA S.A.C., vulnerándose nuevamente el debido procedimiento al que tiene derecho mi representada, debido a que, si la Entidad tenía conocimiento de los correos electrónicos en los cuales se mencionaba a "NORTFARMA", debió notificar tal hecho a mi representada a fin que realizara una debida defensa, otorgándosenos un trato igualitario frente a los demás investigados.**

C. Cartas remitidas por la Secretaría Técnica, absolviendo los cuestionamientos planteados por distintas Cadenas de Boticas y/o farmacias, las cuales SÍ tenían conocimiento que estaban siendo investigadas. **CUESTIONAMIENTOS QUE NORTFARMA S.A.C. EN NINGÚN MOMENTO PUDO EFECTUAR A LA ENTIDAD, POR DESCONOCER DE LA INVESTIGACIÓN que se le estaba siguiendo, lo cual resulta ser una clara vulneración de su derecho constitucional invocado.**

D. Que, por último, al no haberse notificado a Nortfarma S.A.C respecto de la investigación que se venía desarrollando, **mi representada no tuvo la oportunidad de solicitar que se le informara sobre el desarrollo ni del resultado de la misma,** tal como si lo solicitaron las otras cadenas investigadas; tomando conocimiento de dicho procedimiento de investigación, recién con la recepción de la Resolución N° 014.2012/ST-CLCINDECOPI. **(**Ya que la Resolución N° 014-2012/ST-CLC-INDECOPI declaró la nulidad de la Resolución N° 017-2010/ST-CLC-INDECOPI, para efectos legales es como si esta última nunca se hubiera dado).

(….)

2.25. Que, lo manifestado en el párrafo precedente, **constituye una manifiesta vulneración del derecho de defensa y del debido procedimiento de mi representada,**

dado que en ningún momento se le hizo partícipe de la investigación que se había iniciado respecto a su persona, habiendo quedado involucrada en el presente procedimiento únicamente debido a que supuestamente es mencionada en algunos de los correos electrónicos recabados de los equipos de las otras empresas denunciadas"[342].

El derecho a conocer las actuaciones previas se encuentra íntimamente vinculada con la calificación misma de las partes dentro de esta fase extraprocedimental. Los sujetos pasivos pueden ser considerados, primero, como partes interesadas, pero de hacerlo estaríamos equiparando esta fase extraprocedimental con una etapa propia del procedimiento administrativo y tendría que garantizarse todas aquellas actuaciones de defensa legal que, en algunos casos, pueden entorpecer u obstaculizar el desarrollo de las actuaciones durante esta etapa de investigación. Segundo, pueden ser considerados como investigados, sin desconocer su titularidad de derechos constitucionales, como es el caso del derecho al debido procedimiento y sus manifestaciones (derecho de defensa, a la inviolabilidad del domicilio, entre otras), aunque su ejercicio puede ser limitado, como ocurre en los casos de acceso al expediente preliminar (debido a la existencia de información declarada como confidencial), acceso de los funcionarios correspondientes al interior de su domicilio siempre y cuando no cuenten con autorización de la autoridad competente, reserva del expediente preliminar (ello con la finalidad de proteger o tutelar los derechos fundamentales, tales como honor y presunción de inocencia). Las partes al no poder ejercer su derecho de contradicción, y demás derechos conexos, exige una mayor eficiencia y diligencia por parte de los órganos al momento de efectuar todas sus actuaciones, las cuales deben desarrollarse dentro de un plazo razonable.

La realización de las actuaciones previas puede ser efectuada por la Secretaría Técnica, en los siguientes casos:

a) En el marco de actuaciones propias de inspección, control y/o fiscalización por parte de la Comisión de Fiscalización; y,
b) Al ser una actuación discrecional, cuando lo disponga la Administración Pública para esclarecer los hechos materia de cuestionamiento.

En ambos casos los administrados tendrán el deber de atender los requerimientos para colaborar con la Administración Pública, en el marco de una actuación leal y de buena fe, y así lograr el correcto desarrollo de sus competencias de control, investigación e inspección. Dichas competencias deben estar dirigidas a la comprobación de la adecuación de la conducta presuntamente infractora dentro del marco normativo vigente y de las expectativas legítimas

[342] Foja 002421 del Expediente Administrativo 008-2010/CLC-INDECOPI

que poseen los consumidores en relación con los productos y/o servicios que ofertan; sin embargo, existe la excepción al cumplimiento de dicho deber de colaboración, en los casos en que la actuación de la Administración Pública no se ajuste a la legalidad vigente o signifiquen una vulneración a los derechos fundamentales (tales como, el honor, intimidad o secreto de las comunicaciones).

Cuarto, en lo referido a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones, que pudo ser efectuado por la Secretaría Técnica del INDECOPI, encontramos que en los fundamentos 140 a 145 de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, la Comisión de Libre Competencia determinó que la autorización judicial es subsidiaria, al afirmar lo siguiente:

> 140. Asimismo, la Secretaría Técnica sostuvo que, al ejercer esta facultad, tiene acceso inmediato a documentación que contiene el registro cotidiano de las actividades comerciales del administrado sujeto a investigación, lo que permite verificar de manera precisa su posible participación en una conducta anticompetitiva. Así, parte de dicha información se encontraría en los correos electrónicos contenidos en cuentas corporativas asignadas a los trabajadores, **sobre los cuales, a criterio de la Secretaría, no se requería de una autorización judicial para su acceso;** a diferencia de los correos electrónicos contenidos en cuentas estrictamente personales de los correos electrónicos contenidos en cuentas estrictamente personales de dichos empleados, correspondencia privada para la cual sí existiría la necesidad de tramitar dicha autorización ello conforme a una lectura coherente entre la Constitución y el artículo 15.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
>
> (…)
>
> 142. Del texto normativo se desprende, asimismo, que la autorización judicial tiene un carácter subsidiario y es exigible frente a la negativa de los administrados de acceso a sus establecimientos (descerraje) o frente al copiado de comunicaciones privadas por parte de la Secretaría Técnica. En ese sentido, la discusión sobre el eventual carácter privado o no de determinada información contenida en cuentas de correo electrónico según los términos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y por lo tanto **la necesidad de la Secretaría Técnica, de obtener una autorización judicial previa, únicamente podría plantearse, de ser ese el caso, en el contexto de una negativa por parte del administrado a que dicho órgano recabe copia de dicha información** y es objeto de discusión en procedimientos sobre negativa injustificada al cumplimiento de los requerimientos de la autoridad.

143. Sin embargo, ello no ha sucedido en el presente caso, **pues las empresas inspeccionadas accedieron oportunamente a brindar copia de las comunicaciones seleccionadas por la Secretaría Técnica** en el ejercicio de las atribuciones conferidas por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En efecto, en las visitas de inspección realizadas como parte de la investigación preliminar tramitada bajo el Expediente 006-2009/CLC, luego de haber sido informadas acerca de la finalidad de la diligencia, consistente en obtener información relacionada con el mercado de comercialización de productos farmacéuticos, tanto Arcángel, como Fasa, Mifarma y las demás investigadas accedieron a proporcionar a la Secretaría Técnica copia de determinada información contenida en las cuentas electrónicas corporativas asignadas sus funcionarios, dejándose constancia de ello en las actas respectivas.

144. **En tal sentido, de haber existido alguna controversia sobre la manera en que la Secretaría Técnica ejerció sus facultades de realizar visitas de inspección y obtener copia de comunicaciones esta no podría presentarse en esta instancia, pues en su oportunidad los administrados accedieron a entregar copia de dicha información al órgano instructor.**

145. **En atención a lo expuesto, a criterio de esta Comisión, no resulta pertinente pronunciarse sobre los cuestionamientos de las investigadas respecto de la necesidad de la Secretaría Técnica de obtener autorización judicial para recabar copia de determinada información contenida en cuentas de correos electrónicos de los administrados** que, ciertamente, ha resultado pertinente en la tramitación del presente procedimiento administrativo, en la medida que las visitas de inspección y las acciones realizas por la Secretaría Técnica se llevaron a cabo con el consentimiento de las empresa investigadas y en el marco de lo establecido en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas"[343].

Dicha calificación de subsidiariedad de la autorización judicial conlleva a la afirmación que, sin importar lo establecido legal o constitucionalmente, cualquier autoridad administrativa podría extralimitar su actuación y vulnerar el derecho al secreto de las comunicaciones siempre y cuando tenga un interés jurídico tutelable, en los casos de negativa del administrado investigado para brindar copia de los documentos solicitados o en el caso que el administrado no brindara las facilidades correspondientes.

[343] El subrayado y negrita son nuestros.

Ahora bien, correspondería observar la voluntariedad de los agentes económicos en la autorización que realizaron a favor de INDECOPI, para que la misma realice su labor de investigación, en tanto que, podría considerarse que no hubo afectación al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, si se considera que los agentes investigados autorizaron "voluntaria" y "expresamente" a favor de un tercero -INDECOPI- para que este acceda a la comunicación requerida.

La afirmación mencionada conllevaría a que se ponga en riesgo la eficacia y legalidad de las actuaciones administrativas, en tanto que se podría sugerir que las mismas no se encontrarían sometidas plenamente a la Ley y al Derecho; sin embargo, las diligencias de comprobación siempre deben contar con una limitada cantidad de actuaciones que garanticen el procedimiento administrativo posterior y sobre todo el derecho de defensa y sus manifestaciones, aunque con ciertas limitaciones en su ejercicio. La actuación relacionada con la obtención de copia de toda aquella información relacionada al hecho infractor, observamos que la misma se encuentra reglada, lo que implica que la autoridad administrativa debe observar la forma, los casos en que procede y las condiciones previstas sobre todo por el legislador, en tanto que, lo que se pretende es asegurar a la información recabada -que actuará como medio probatorio- mediante la adjudicación de exigencias mínimas de respeto a los derechos fundamentales.

Los sujetos investigados deberían gozar de la libertad necesaria para decidir si, en dichas circunstancias, colaboran con la autoridad administrativa, y no se vean forzados o inducidos por la presencia de alguna sanción, sobre todo si dicha circunstancia conlleva a una renuncia de la protección de sus derechos constitucionales. La anuencia o autorización formal brindada por el sujeto investigado y afectado por las actuaciones previas, puede entenderse como la existencia de una vulneración legítima de la garantía de protección al contenido esencial del derecho fundamental del debido proceso; por ello, resulta necesario observar si cabría legitimar la actuación previa intrusiva, o si, por el contrario, se considera como una violación a los derechos fundamentales, al ser consecuencia de la no subordinación del poder coercitivo estatal a estos últimos. Dependiendo del grado de información y de libertad, con la que goce el agente económico investigado, podremos afirmar que sería legítima aquella autorización que cuente con respaldo formal o con la presencia de una la rúbrica, colocada por el administrado investigado, en los actos administrativos y que tienen la finalidad de poner fin a las actuaciones previas; esto debido a que, resulta complejo y difícil probar o acreditar el fuero interno de los sujetos investigados; no obstante, la presencia de imposición de una sanción podría influir en el otorgamiento de la autorización de los sujetos al ejercer una presión indebida sobre la misma

y trae como consecuencia que dichos sujetos no conozcan a cabalidad si cuentan con la posibilidad de negarse a los requerimientos efectuados o si tienen otras opciones para repeler la actuación administrativa desmedida.

La inexistencia de normativa legal, durante esta fase extraprocedimental, que establezca expresamente los requisitos que deben cumplir dichas autorizaciones, no debe ser entendida como inexistencia de los mismos; por lo que, si la autoridad administrativa pretende argumentar la presencia de autorización como causal de exclusión de la tramitación de autorización judicial previa, tendría que probar, en primer lugar, que el sujeto investigado, de manera expresa y con real conocimiento del contexto de investigación administrativa en el que se desarrolla la petición de voluntariedad, brindó autorización; y, en segundo lugar, que los funcionarios públicos autorizados brindaron información pormenorizada y entendible de las consecuencias de la autorización brindada y de la existencia de la posibilidad real de rechazar la actuación previa sin consecuencias jurídicas negativas de ningún tipo.

Durante el desarrollo de dichas actuaciones, solamente uno de los sujetos investigados manifestó la existencia de transgresión constitucional y la ausencia de facultades para la realización de las actuaciones. En el acta de la visita inspectiva realizada a MIFARMA, esta dejó constancia de ese hecho, bajo los siguientes términos:

> El representante del Administrado dejó constancia de lo siguiente:
>
> El Administrado solicitó que se deje constancia que considera que la Comisión no posee facultades para realizar los actos desarrollados en la presente visita, en la medida que las que invoca, contenidas en el Decreto Legislativo 1034 y el Decreto Legislativo 807, resultan inconstitucionales. No obstante, ello, el Administrado manifestó que se encontraba dispuesto a colaborar con la actuación y brindó las facilidades que fueron necesarias para el desarrollo de la diligencia. (…)".

Sobre este particular, el Tribunal Constitucional español señaló que

> [E]n relación al derecho al secreto de las comunicaciones del artículo 18.3 CE, recuerda la STC 142/2012, de 2 de julio, FJ 3, que este Tribunal ha reiterado que el derecho al secreto de las comunicaciones consagra la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas, por lo que dicho derecho puede resultar vulnerado tanto por la interceptación, en sentido estricto, consistente en la aprehensión física del soporte del mensaje, con conocimiento o no del mismo, o la captación del proceso de comunicación, como por el simple conocimiento antijurídico de lo comunicado a través de la apertura de la correspondencia ajena guardada por su

destinatario o de un mensaje emitido por correo electrónico a través de telefonía móvil, por ejemplo[344].

El derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones trata de proteger tanto el contenido comunicado, que puede ser, dependiendo del canal utilizado, público o abierto y cerrado o privado, como la identidad de las personas involucradas. En ese sentido encontramos que el Tribunal Constitucional español indicó que dicho derecho "se predica de lo comunicado sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado"[345]. En el caso de las comunicaciones que se encuentran en soporte electrónico, comprenden "todo mensaje de texto, archivo, voz, sonido o imagen, dato u otra información electrónica, enviado a una o más personas mediante una red de comunicaciones o de interconexión entre computadoras o de cualquier otro tipo de tecnología similar, que puede almacenarse en la red o en el equipo terminal del receptor hasta que éste acceda al mismo"[346]. Estas pueden ser proporcionadas por los comunicantes a un tercero; sin embargo, si la autoridad administrativa quiere interceptarlas, necesariamente debe contar con autorización judicial de lo contrario serían consideradas como injerencia de la autoridad pública[347]. Asimismo, representa una garantía constitucional de la comunicación cerrada (protege a la comunicación *per se*, la identidad de los interlocutores, los datos de la comunicación -de la terminal, localización y espacio temporal), existiendo con independencia del contenido del mensaje transmitido o que se pretende transmitir; protege los datos contenidos y el derecho a la intimidad.

INDECOPI no puede combatir una infracción realizada por un agente económico, cometiendo una acción infractora; y es que, si bien cuenta con facultades que implican una intrusión a la esfera privada de los agentes investigados, deben ser ejercidas dentro del marco de legalidad y no realizar interpretaciones contrarias a los derechos constitucionales y a la Constitución misma, sobre todo, si deriva de una exposición de motivos no vinculantes.

---

[344] Sentencia 241/2012, fundamento jurídico 4. Recuperado de http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23200

[345] STC 114/1984 de fecha 29 de noviembre, fundamento jurídico 7.

[346] Artículo 2 de la Ley que regula el uso del correo electrónico comercial no solicitado.

[347] Artículo 18.3 de la Constitución española indica que "*El correo electrónico es un medio de comunicación asimilable al teléfono, de ahí que la intervención de la comunicación telemática mediante correo electrónico, en cuanto representa una limitación del derecho constitucional al secreto de las comunicaciones precisará autorización judicial*".

4.2.2 *El despliegue del control posterior en la apertura del procedimiento administrativo sancionador*

4.2.2.1 Imputación de cargos. El 1 y 2 de diciembre de 2010 la Secretaría Técnica de INDECOPI emitió la resolución 017-2010/ST-CLC-INDECOPI y 005-2010/PCLC-INDECOPI, respectivamente, mediante las cuales puso en conocimiento el inicio de oficio de un procedimiento administrativo sancionador (contra ALBIS, BYS, BTL, FASA, ECKERD, MIFARMA y BOTICAS FELICIDAD) y la denegación de la solicitud de abstención presentada por el entonces Secretario Técnico Miguel Ángel Luque Oyarce. Las primeras fueron notificadas los días 7[348][349], 9[350] y 13 de diciembre[351], mientras que las segundas fueron notificadas los días 14[352], 15[353] y 16[354] de diciembre. Posteriormente, el 13 de diciembre se incorporó, mediante la constancia 008-2010/CLC-INDECOPI[355], al expediente administrativo

[348] En dicha fecha se notificó a las empresas Albis, ByS, BTL, Fasa, Eckerd y Mifarma; mediante las notificaciones 424 a 429-2010/ST-CLC-INDECOPI, respectivamente.

[349] Posteriormente se puso en conocimiento el Anexo 3 de la resolución 017-2010/ST-CLC-INDECOPI que contenía la lista de los productos farmacéuticos investigados, mediante las notificaciones 431 (dirigida a Albis), 433 (dirigida a BTL), 434 (dirigida a Fasa), y 435-2010/ST-CLC-INDECOPI (dirigida a Eckerd).

[350] Mediante la notificación 436-2010/ST-CLC-INDECOPI se notificó a MiFarma.

[351] Mediante la resolución 430-2010/ST-CLC-INDECOPI, se notificó a Nortfarma

[352] Mediante las notificaciones 439 (dirigida a ByS), 440 (dirigida a BTL), 442 (dirigida a Eckerd), 443 (dirigida a MiFarma) 444 (dirigida a Nortfarma).

[353] Mediante la notificación 438-2010/ST-CLC-INDECOPI se notificó a Albis.

[354] Mediante la notificación 441-2010/ST-CLC-INDECOPI se notificó a Fasa.

[355] Entre la cual encontramos:

1. Un disco compacto que contiene los correos electrónicos de Antenor y Christian de Farmacias Peruanas S.A.
2. Un disco compacto que contiene los correos electrónicos de Leandro de Eckerd Perú S.A.
3. Un disco compacto que contiene los correos electrónicos de Marcelo de Botica Torres de Limatambo S.A.C.
4. Un disco compacto que contiene la entrevista a los señores Marcelo y Edgardo de BTL efectuada durante la visita inspectiva realizada el 27 de marzo de 2009.
5. Un disco compacto que contiene los correos electrónicos de Eliana y Magaly de Albis S.A.
6. Un disco compacto que contiene los correos electrónicos de Alé y Miriam de Mi Farma S.A.C.
7. Dos discos compactos que contienen la entrevista realizada a los señores Edmundo y Miriam de Mi Farma efectuada durante la visita inspectiva realizada el 24 de setiembre de 2009.
8. Un disco compacto que contiene dos archivos electrónicos de Laura y Gabriela de Laboratorios Bagó del Perú, entregados durante la visita inspectiva realizada el 24 de setiembre de 2009.
9. Escritos del 15 de junio y 1 de julio de 2010, y cinco discos compactos mediante los cuales Eckerd absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 234-2010/ST-CLC-INDECOPI.
10. Escritos del 16 de junio, 2 y 16 de julio de 2010, y cinco discos compactos mediante los cuales Fasa absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 250-2010/ST-CLC-INDECOPI.
11. Escrito del 25 de junio de 2010, y un disco compacto, mediante el cual Mi Farma absolvió el requerimiento realizado mediante Carta 250-2010/ST-CLC-INDECOPI.
12. Escrito del 30 de junio de 2010, y un disco compacto, mediante los cuales Boticas y Salud S.A.C. (en adelante, ByS) absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 232-2010/ST-CLC-INDECOPI.
13. Escrito del 14 de julio de 2010, y un disco compacto, mediante los cuales BTL, absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 249-2010/ST-CLC-INDECOPI.
14. Escrito del 16 de julio de 2010, y un disco compacto, mediante los cuales ByS absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 289-2010/ST-CLC-INDECOPI.
15. Escrito del 22 de julio de 2010, y un disco compacto, mediante los cuales Albis absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 236-2010/ST-CLC-INDECOPI.

la información recogida durante las actuaciones previas (tramitadas bajo el expediente preliminar 0006-2009/CLC).

El 14 de diciembre de 2010, ECKERD interpuso su recurso de apelación solicitando la nulidad de la resolución de inicio. Como sabemos si una de las partes plantea la nulidad procesal de una resolución administrativa, debe, necesariamente, demostrar un perjuicio concreto y efectivo. En el presente caso, dicho perjuicio se materializó con la afectación al derecho de defensa mediante la falta de claridad de los hechos imputados y la no presentación de los medios probatorios (55 correos electrónicos y 3 gráficos) que sustentaban la imputación efectuada, sobre todo si "dichas comunicaciones constituyen el medio probatorio principal (hasta podría decirse casi exclusivo) a partir del cual Secretaría Técnica formula su imputación respeto de una supuesta concertación"[356]. Asimismo, el 16 de diciembre de 2010, dicha empresa comunicó a la Secretaría Técnica el incumplimiento del deber de confidencialidad del procedimiento al emitirse una nota de prensa en la página web de la institución.

El 27 de diciembre de 2010, la Secretaría Técnica emitió la resolución 018-2010/ST-CLC-INDECOPI mediante la cual se concedía el recurso de apelación interpuesto por ECKERD y, únicamente suspendieron el plazo para la presentación de sus descargos, posteriormente, el 29 de diciembre de 2010, la empresa ALBIS interpuso recurso de apelación, alegando que dicha resolución afectaba el derecho al debido procedimiento y a la debida motivación, indicando lo siguiente:

> no permite conocer el contenido de la referida correspondencia electrónica sobre la cual se basa el inicio del presente procedimiento de oficio, debido a que se encuentra pendiente la definición de la confidencialidad de dicha información, lo que evidentemente nos genera indefensión, toda vez que nos impide ejercer cabalmente

16. Escrito del 3 de setiembre de 2010, y un disco compacto, mediante los cuales Mi Farma absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 318-2010/ST-CLC-INDECOPI.
17. Escrito del 6 de setiembre de 2010, y un disco compacto, mediante los cuales BTL absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 319-2010/ST-CLC-INDECOPI.
18. Escrito del 7 de setiembre de 2010, y un disco compacto, mediante los cuales Albis absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 320-2010/ST-CLC-INDECOPI.
19. Escrito del 10 de setiembre de 2010, mediante el cual Fasa absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 324-2010/ST-CLC-INDECOPI.
20. Escritos del 14, 15, 16 y 21 de setiembre de 2010, y cuatro discos compactos, mediante los cuales Eckerd absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 322-2010/ST-CLC-INDECOPI.
21. Escritos del 1 y 6 de octubre de 2010, y dos discos compactos, mediante los cuales ByS absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 342-2010/ST-CLC-INDECOPI.
22. Escrito del 7 de octubre de 2010, y un disco compacto, mediante los cuales ByS absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 342-2010/ST-CLC-INDECOPI.
23. Escrito del 5 de noviembre de 2010, y un disco compacto mediante los cuales Albis absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 346-2010/ST-CLC-INDECOPI.

[356] Foja 528 del Expediente administrativo 008-2010/CLC-INDECOPI.

> nuestro Derecho de Defensa. 22. De esta forma, queda claro que la imputación de cargos contenida en la Resolución ST carece de precisión y claridad, siendo que ALBIS y las demás empresas codenunciadas no estarán en capacidad de plantear sus descargos, porque no pueden conocer los alcances de la información en virtud de la cual se les ha atribuido la presunta implementación de prácticas anticompetitivas, lo que deberá ser corregido por la SC1, a fin de que el presente procedimiento sea tramitado correctamente y en concordancia con los principios administrativos elementales contenidos en la LPAG anteriormente comentados. 23. En conclusión, la Resolución ST incumple el Principio de Debida Motivación porque no ha sustentado debidamente su imputación de cargos, debiendo la SC1 declarar su nulidad, toda vez que ésta carece de uno de sus requisitos esenciales de validez y, en consecuencia, se trata de un acto administrativo que afecta gravemente nuestro Derecho de Defensa, generándonos indefensión, pues no nos permite formular debidamente nuestros correspondientes descargos[357].

Asimismo, el 04 de enero de 2011, BOTICAS FELICIDAD interpuso recurso de apelación, en la misma línea de defensa de las empresas previamente indicadas, tal como se puede apreciar de lo indicado en su escrito de apelación:

> 5. Sin embargo hay que aclarar que en dicha resolución, ni en sus anexos se pueden apreciar los correos electrónicos en los que se basa la comisión del INDECOPI para iniciar el procedimiento, ya que si bien la ley permite a mi representada presentar los descargos correspondientes, con la consiguiente apelación, de ser el caso, no podemos ejercer libremente nuestro derecho de defensa amparado por el numeral 23 dela artículo 2° de la Constitución Política del Estado, ya que no tenemos acceso a los correos electrónicos antes mencionados. Conllevando ello a que se viole incluso el principio del debido procedimiento establecido en el numeral 1.2 del artículo IV de la Ley 27444-Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador.
>
> 6. Así pues al no poder contar con las comunicaciones en donde supuestamente se aprecia la participación de nuestra representada en la presunta comisión de concertación de precios, nos produce grave indefensión, ya que limita nuestro derecho de defensa, puesto que no nos permite realizar los alegatos pertinentes ya que no contamos con las herramientas suficientes para ello, causándonos de esta manera un perjuicio irreparable, puesto que desde ya negamos rotundamente participación alguna en la presunta concertación de precios[358]

[357] Fojas 633 y 634 del Expediente administrativo 008-2010/CLC-INDECOPI.
[358] Foja 000648 del expediente administrativo 008-2010/CLC-INDECOPI.

No fue hasta el 13 de enero de 2011, y después que las empresas MIFARMA y FASA presentaron sus escritos mediante los cuales solicitaban la suspensión del plazo para la presentación de los descargos, que, la Secretaría Técnica emitió la resolución 001-2011/ST-CLC-INDECOPI mediante la cual, la Secretaría Técnica, resolvió:

> **PRIMERO:** Conceder los recursos de apelación interpuestos por Albis S.A. y Nortfarma S.A.C. contra la Resolución 017-2010/ST-CLC-INDECIOPI y, en consecuencia, elevar los actuados respectivos a la Sala de Defensa de la Competencia 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.
>
> **SEGUNDO:** Suspender el plazo para la presentación de descargos respecto de todas las empresas denunciadas en el presente procedimiento hasta que se resuelvan los recursos de apelación interpuestos por Eckerd Perú S.A. y Nortfarma S.A.C"[359].

Posteriormente, el 07 de agosto de 2012 el Tribunal de la Competencia y de la Propiedad Intelectual emitió la resolución 1671-2012/SC1-INDECOPI, declarando la nulidad de la resolución 017-2010/ST-CLC-INDECOPI o resolución de inicio, debido a que:

> dicho acto administrativo no detalla el contenido de los medios de prueba que sustentan la imputación contra las investigadas lo cual constituye un vacío en la motivación del acto impugnado que conlleva a una vulneración al derecho de defensa que asiste a las partes del procedimiento, causales de nulidad previstas en los artículos 10.1 y 10.2 de la Ley 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General. En consecuencia, se dispone que una vez subsanado el vicio detectado, la Secretaría Técnica debería poner en conocimiento de las investigadas los medios probatorios que sustentan la imputación de cargos en su contra y que deben ser conocidos por las empresas para ejercer debidamente su derecho de defensa, conforme a lo previsto en la presente resolución[360].

Como consecuencia, la Secretaría Técnica emitió la resolución 014-2012/CLC-INDECOPI, de fecha 20 de agosto de 2012, mediante la cual procedió a subsanar la omisión en la que habían incurrido. En ese sentido, la resolución de inicio causaba indefensión a las partes y afectaba el debido procedimiento adjetivo, fue cuestionada por las partes afectadas, quienes solicitaron la nulidad de dicho acto administrativo, en tanto que, nuestro ordenamiento jurídico reconoce como causales de nulidad del acto administrativo, tanto la contravención a la Constitución como el defecto u omisión de alguno de los requisitos de validez[361], los cuales son

---

[359] Foja 001156 del expediente administrativo 008-2010/CLC-INDECOPI.

[360] Foja 1145 del expediente administrativo 008-2010/CLC-INDECOPI.

[361] Entre los cuales encontramos la motivación de los actos administrativos. Sobre dicho requisito, el Tribunal Constitucional señaló que "La motivación de las decisiones administrativas no tiene referente constitucional directo. No obstante, se trata de un principio constitucional implícito en la organización del Estado democrático

vicios especialmente graves y pueden conllevar a que la Administración Pública elimine, del ordenamiento jurídico, el acto administrativo inválido y sus efectos jurídicos.

El contenido de la resolución de inicio se encontraba parcialmente "oculto", debido a las diversas solicitudes de confidencialidad de la información sensible, que formaba parte de la motivación del acto administrativo y que fueron recogidas durante las visitas inspectivas; por ello, ante la ausencia de uno de los elementos esenciales de los actos administrativos, las partes investigadas apelaron dicha resolución administrativa y alegaron desprotección a su derecho de defensa y falta de certeza de la imputación.

El inciso 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444 predica, en palabras del Tribunal Constitucional, que:

> un acto administrativo dictado al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida resulta arbitrario cuando solo expresa la apreciación individual de quien ejerce la competencia administrativa, o cuando el órgano administrativo, al adoptar la decisión, no motiva o expresa las razones que lo han conducido a adoptar tal decisión. De modo que motivar una decisión no solo significa expresar únicamente bajo qué norma legal se expide el acto administrativo, sino, fundamentalmente, exponer en forma sucinta -pero suficiente- las razones de hecho y el sustento jurídico que justifican la decisión tomada[362].

Como podemos observar, la motivación y puesta en conocimiento del acto administrativo resulta necesario para considerar que dicho acto sea considerado válido, eficaz y legítimo; consecuentemente, cabe preguntarse ¿Existe la posibilidad de que el mismo pueda ser enmendado o no? ¿Correspondería anular sus efectos?

El Tribunal de la Competencia, como consecuencia de los recursos impugnatorios interpuestos por las partes investigadas, se pronunció, en virtud de los artículos 10.1° y 10.2° de la LPAG, únicamente sobre el "ocultamiento" de los correos electrónicos (pendientes de confidencialidad), integrantes de la parte motivadora de la resolución de inicio, omitiendo pronunciarse sobre la ilicitud o prohibición de dicha prueba que dotaría de nulidad absoluta al acto administrativo cuestionado), y realizó el siguiente análisis:

---

de derecho, que se define en los artículos 3° y 43° de la Constitución como un tipo de Estado contrario a la ida del poder absoluto o arbitrario. En el Estado constitucional democrática, el poder público está sometido al derecho, lo que supone, entre otras cosas, que la actuación de la Administración deberá dar cuenta de esta sujeción a fin de despejar cualquier sospecha de arbitrariedad. Para lograr este objetivo, las decisiones de la Administración deben contener una adecuada motivación, tanto de los hechos como de la interpretación de las normas o el razonamiento realizado por el funcionario o colegiado, de ser el caso.

[362] STC 8495-2006-PA/TC, fundamento jurídico 40.

24. En su apelación, Eckerd, Albis y Nortfarma alegaron que la Secretaría Técnica de la Comisión habría vulnerado su derecho de defensa y, por ende, la garantía del debido procedimiento, al no consignar en la resolución apelada el íntegro de los medios de prueba que sustentan la imputación en su contra. Conforme señalaron las recurrentes, resultaba imprescindible conocer el detalle del contenido de las comunicaciones entre las diversas empresas el cuál no habría sido descrito en la resolución precisamente daría cuenta de la presunta concertación de precios para desarrollar una adecuada defensa, al tratarse de los principales medios de prueba que dan lugar al inicio del procedimiento.

25. De la revisión de la versión pública de la Resolución 017-2010/ST-CLC-INDECOPI notificada a las partes, **la Sala aprecia que, en efecto, en dicho acto administrativo no se detalla el contenido de los medios de prueba que sustentarían la imputación de cargos contra las investigadas**. Aunque en la decisión apelada se señala quienes son los sujetos entre los cuales se habría producido las comunicaciones que revelarían la conducta infractora y cuando se llevaron a cabo, lo cierto es que no se revela el contenido mismo de los correos electrónicos.

26. A su vez, tal como se advierte de la propia resolución ello se debe a que se encontraba pendiente la evaluación de las solicitudes de confidencialidad formuladas por las diversas empresas respecto de la información contenida en los correos electrónicos que fue empleada por la Secretaría Técnica de la Comisión en la resolución materia de impugnación.

27. Sobre el particular, esta Sala considera que el hecho que la resolución de imputación de cargos no permita conocer el detalle del contenido de los medios de prueba que precisamente sustentan el inicio de la investigación constituye un vicio en la motivación del acto impugnado que conlleva a una vulneración al derecho de defensa que asiste a las partes del procedimiento. Ciertamente, esta situación coloca a las recurrentes en un inminente estado de indefensión, pues no les permite contradecir plenamente el sustento probatorio de la imputación ni efectuar alegaciones respecto de su participación en la presunta conducta concertada. En este contexto, no resulta atendible que, una vez instaurado el procedimiento sancionador, las partes encuentren supeditado el ejercicio pleno de su derecho de defensa al hecho que la autoridad administrativa realice una actuación a su cargo, esto es, evaluar las solicitudes de confidencialidad que inclusive

fueron presentadas con antelación en el marco de la investigación preliminar que dio al presente procedimiento"[363] (resaltado y subrayado es nuestro).

Finalmente, dicho Tribunal resolvió lo siguiente:

PRIMERO: Declarar la nulidad de la Resolución 017-2010/ST-CLC-INDECOPI del 1 de diciembre de 2010 expedida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, mediante la cual se dispuso iniciar de oficio un procedimiento administrativo contra Albis S.A., Boticas y Salud S.A.C., Boticas Torres de Limatambo S.A.C., Farmacias Peruanas S.A., Eckerd Perú S.A., Mi Farma S.A.C y Nortfarma S.A.C. por la presunta comisión de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación concertada de precios de venta de productos farmacéuticos y afines a consumidores finales a nivel infracción en los artículos 1° y 11°.1 literal a) del Decreto Legislativo 1034- Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

SEGUNDO: Disponer que, una vez subsanado el vicio detectado, la primera instancia cumpla con poner en conocimiento de las investigadas los medios probatorios que sustentan la imputación de cargos en su contra y que deben ser conocidos por las empresas para ejercer debidamente su derecho de defensa, conforme a lo previsto en la presente resolución[364].

Como podemos observar, el Tribunal de Defensa de la Competencia amparó el cuestionamiento referido a la afectación manifiesta al derecho de defensa de los agentes económicos investigados y declaró la nulidad de dicho acto administrativo; sin embargo, fue flexible en sus efectos y, únicamente, le restó fuerza invalidatoria. Para dicho Tribunal, el vicio incurrido era subsanable *a posteriori*, por lo tanto, correspondía aplicarle "nulidad relativa"; por ello, retrotrajo el procedimiento hasta la producción del acto vulnerador, con la finalidad de que la Secretaría Técnica retome el procedimiento administrativo a partir de dicha transgresión para reconstruir el procedimiento. Esto es, debía corregir el defecto del "ocultamiento" de las pruebas que sustentaban el razonamiento lógico de la resolución administrativa de inicio, como consecuencia, la Secretaría Técnica, puso en conocimiento una nueva resolución de inicio cuyo contenido era una reproducción casi íntegra de la resolución que fue materia de los cuestionamientos previamente indicados (relacionados con la ilegalidad en la obtención y ocultamiento de las pruebas en la motivación), pero haciendo público aquellos medios de prueba que se encontraban pendientes de confidencialidad.

[363] Resolución 1671-2012/SC1-INDECOPI, fundamentos jurídicos 24 al 27.
[364] Ibídem, foja 12.

La resolución 014-2012/CLC-INDECOPI otorgó un nuevo cómputo de plazos y afectó el ciclo de producción de la resolución de inicio, pero no logró que desapareciera el problema de fondo relacionado con la obtención cuestionable de los correos electrónicos; es por ello, que correspondería analizar la declaración implícita de nulidad relativa de la resolución de inicio. Dicha situación conlleva al cuestionamiento de si dicha figura se encuentra amparada en nuestro ordenamiento jurídico y si podría ser aplicada en actos que cuentan con defectos en sus elementos sustanciales. En el presente caso, el acto administrativo presentó defectos o vicios en la preparación de la voluntad administrativa, que pueden ser considerados como vicios *ad probationem* al contravenir las formalidades o normas procedimentales legales relacionadas con la incorporación de la prueba. Si bien es cierto la validez de un acto administrativo se presume legalmente[365]; sin embargo, debe ser dictado conforme a lo establecido en el ordenamiento jurídico, así como, satisfacer o cumplir, de manera mínima, con las condiciones o requisitos legales que son considerados esenciales legalmente[366].

Nuestro ordenamiento jurídico recoge, de manera expresa, la figura de nulidad absoluta que es aplicada en aquellos casos donde los defectos son permanentes e insubsanables, al establecer en el artículo 10°[367] de la LPAG que todo aquel acto administrativo que transgresor de la Constitución, leyes, normas reglamentarias o requisitos de validez, son nulos de pleno derecho; sin embargo, encontramos que el artículo 13°[368], de la norma anteriormente citada, hace referencia a la existencia y alcance de la nulidad parcial (o, relativa), la cual tiene la peculiaridad de ser temporal al afectar únicamente a los requisitos de forma, que son subsanables, siempre y cuando las circunstancias lo permitieran, al existir la posibilidad de

---

[365] Artículo 9° de la LPAG.

[366] "Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos
Son requisitos de validez de los actos administrativos:
(…)
"4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico".

[367] "Artículo 10.- Causales de nulidad
Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:
1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

[368] "Artículo 13.- Alcances de la nulidad
13.1 La nulidad parcial de un acto sólo implica la de los sucesivos en el procedimiento cuando estén vinculados a él.
13.2 La nulidad parcial del acto administrativo no alcanza a las otras partes del acto que resulten independientes de la parte nula, salvo que sea su consecuencia, ni impide la producción de efectos paran los cuáles no obstante el acto pueda ser idóneo, salvo disposición legal en contrario".
13.3. Quien declara la nulidad, dispone de la conservación de aquellas actuaciones o trámites cuyo contenido hubiere permanecido igual de no haberse incurrido en el vicio".

lograr el cese del elemento infractor, en virtud de los principios de conservación (artículo 14° de la LPAG), economía procedimental y proporcionalidad del acto administrativo.

La LPAG y el Decreto Legislativo 1034° establecían una serie de trámites y formalidades, cuyo cumplimiento previo resultaba necesario para generar certeza jurídica y reducir y/o eliminar, sobre todo, la existencia de situaciones que puedan considerarse arbitrarias y/o de desviación de poder, en tanto que, la presencia de irregularidades, ausencias o transgresiones, especialmente de alguno de los requisitos esenciales, no solo atenta contra la existencia propia del acto administrativo sino, también, con la probidad de los funcionarios públicos y la institución que representan.

La deficiencia en la publicación de las pruebas que sustentaban el inicio del procedimiento administrativo sancionador, incidió sobre la función investigadora de los órganos administrativos del INDECOPI, en tanto que el juicio de hecho plasmado en la resolución de inicio, referido a la existencia de indicios suficientes para iniciar el procedimiento administrativo sancionador, no permitía conocer la inferencia identificativa del razonamiento realizado entre la fuente de prueba, los hechos indicadores, los sujetos intervinientes y el *tema probandum*. Dicha deficiencia incidía directamente con la motivación y publicidad[369] del acto administrativo; sin embargo, la información cuestionada se encontraba pendiente de reserva o confidencialidad, pero al formar parte tanto del contenido de la imputación formal como de los hechos a imputar, debieron ser puestas en conocimiento de todas las partes inculpadas, caso contrario se produciría indefensión y vulneración del derecho de defensa. Ergo, la Secretaría Técnica debió acreditar la decisión vertida en la resolución de inicio y así evitar una motivación aparente o inexistente en términos formales.

4.2.2.2 Comunicado de prensa o "nota informativa". La Secretaría Técnica del INDECOPI al observar que el mercado de venta de los productos farmacéuticos sufrió un desajuste que finalizó en una aparente fijación de los precios de venta de algunos de los productos que se ofertan en él, en valores similares, decidió poner en conocimiento de toda la población dicha situación mediante la emisión de un comunicado de prensa publicado en su portal web. La finalidad de dicha publicación tenía como objetivo principal la obtención de mayores elementos probatorios y evitar la afectación a los derechos de los terceros, acorde a lo establecido en el artículo 21.5° de la Ley N° 1305 que establece la posibilidad de publicar "una nota sucinta sobre su objeto, de manera que cualquiera con interés legítimo pueda apersonarse al procedimiento o simplemente aportar información a la investigación. Dicha nota se publicará

[369] "Las leyes y los procedimientos jurídicos son de interés público e incumbe al juez presentar públicamente las razones de sus decisiones".

en la página web del INDECOPI, en el Diario Oficial El Peruano y en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional". Lo que corresponde a continuación es determinar el tipo de facultad que se encuentra contenido en dicho artículo y el objetivo o finalidad del mismo.

Dicho artículo contiene una facultad discrecional a favor de INDECOPI para informar a toda la ciudadanía acerca del inicio de un procedimiento sancionador y, al mismo tiempo, hace un llamado a aquellos agentes económicos para que se incorporen al procedimiento administrativo o colaboren con la administración pública mediante el aporte de elementos de juicio necesarios para que la Comisión de Libre Competencia pueda pronunciarse sobre los hechos o acerca del mercado, que son materia de investigación. El propósito es cautelar el interés público y tutelar el derecho de defensa de aquellos agentes que cuentan con interés o derechos potencialmente afectables, en concordancia con lo establecido en el artículo 60° de la LPAG[370], surge la siguiente interrogante ¿Puede cuestionarse dicha facultad discrecional sin que signifique un impedimento para que pueda ser realizada por parte de la Secretaría Técnica? Para ello, resulta evidente que se debe conocer, previamente, si la finalidad de dicha facultad está siendo cumplida, en ese sentido, observaremos que ocurrió con el administrado ALAFARPE.

La asociación de Laboratorios Farmacéuticos del Perú (en adelante, ALAFARPE) es un gremio que "representa a los laboratorios transnacionales de origen norteamericano y europeo, que comercializa principalmente medicamentos de marca (innovadores y genéricos de marca). La mayor parte de sus productos provienen de países latinoamericanos y de sus respectivas casas matrices, y los que fabrican localmente observan estándares de calidad internacionales. El resto de sus productos (aproximadamente 10%) son encargados a los laboratorios nacionales a través del sistema de maquila"[371]. Dicha asociación, con fecha 28 de enero de 2011, solicitó su incorporación al procedimiento administrativo, bajo los siguientes términos:

---

[370] Artículo 60.- Terceros administrados

60.1. Si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento.

60.2. Respecto de terceros administrados no determinados, la citación es realizada mediante publicación o, cuando corresponda, mediante la realización del trámite de información pública o audiencia pública, conforme a esta Ley.

60.3. Los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en el.

[371] Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Lima. El mercado de los productos farmacéuticos en Perú. 2005. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiSnPe9xPntAhV5IbkGHaNtA38QFjABegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fbit

Mediante Nota publicada en el Boletín Oficial del Diario "El Peruano" el 15 de diciembre de 2010, hemos tomado conocimiento que, mediante Resolución 017-2010/ST-CLC-INDECOPI (en adelante, la Resolución de inicio), la Secretaría Técnica de su Comisión ha resuelto iniciar de oficio un procedimiento administrativo sancionador, en contra de Albis S.A., Boticas y Salud S.A.C., Boticas Torres de Limatambo S.A.C., Farmacias Peruanas S.A., Eckerd Perú S.A., Mi Farma S.A.C. Y Nortfarma S.A.C; 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 nacional. Asimismo, dicha Nota dispuso que toda persona con legítimo interés puede apersonarse al proceso o aportar información relevante.

(…)

En ese sentido, entendiendo que la legitimidad para intervenir en un proceso, implica interés sustancial en el objeto materia de controversia, a continuación, trasladamos dos de los principales motivos por los cuales ALAFARPE tiene interés legítimo para ser parte en el presente procedimiento.

II. INTERÉS DE ALAFARPE EN EL PROCEDIMIENTO

(i) <u>LA NATURALEZA Y OBJETIVOS DE ALAFARPE</u>

Como es ampliamente conocido, ALAFARPE es una asociación que representa a una parte substancial del sector farmacéutico del Perú, debido a que agrupa a los laboratorios más importantes y que gozan de mayor prestigio a nivel nacional e internacional. En efecto, actualmente ALAFARPE se encuentra conformada por las filiales peruanas de los siguientes laboratorios:

- Abbott
- (…)
- Bayer
- Boehringer Ingelheim
- (…)

Como se puede apreciar, los laboratorios señalados son líderes en el sector farmacéuticos, no solo a nivel nacional sino también a nivel global, y poseen una importante participación en la actividad comercial farmacéutica del país.

---

acorafarmaceutica.files.wordpress.com%2F2008%2F08%2Fla-industria-farmaceutica-en-peru.pdf&usg=AOvVaw1AKXvxgBwmBf87q2JGOePE

Así es de público conocimiento que los principales productos de estos laboratorios abastecen en gran medida la demanda de las cadenas de farmacias, farmacias independientes y al Estado en su actividad promotora y garante de la salud en el Perú.

Es por esta razón que, considerando la gran trascendencia que reviste el procedimiento para la transparencia y el desenvolvimiento del mercado de las operaciones de las empresas intervinientes, resulta necesario para nosotros manifestar nuestra **total disposición a colaborar con dicho procedimiento. Ello, en aras de facilitar, si así lo estima conveniente, la actividad de la Comisión y la Secretaría Técnica. Por otro lado, es nuestra vocación evitar o prevenir cualquier práctica anticompetitiva que pueda afectar las operaciones, los intereses o las relaciones comerciales de nuestros asociados con los investigados, al ser los comercializadores finales de nuestros productos.**

En ese sentido, conforme a lo señalado en sus Estatutos, ALAFARPE es una organización de empresas de productos farmacéuticos sin propósito de lucro, que en ejercicio de nuestra representatividad en la industria farmacéutica y en defensa de los intereses legítimos de las empresas que la conforman, está facultada para:

- **Intervenir en nombre y representación de la Asociación en todo asunto que en forma colectiva los ataña, sea de orden ético, económico o social. (Estatutos, art. 1.f)**

  Más aún, está facultad general se complementa con otra que puntualiza la legitimidad de ALAFARPE para representar a sus asociados ante autoridades gubernamentales, pudiendo:

- **Mantener relaciones con las dependencias gubernativas que intervienen directa o indirectamente en las actividades y control de la industria farmacéutica nacional. (estatutos, art. 1.g)**

  Finalmente, ALAFARPE está obligada a colaborar em las diligencias del procedimiento, debido a que uno de sus objetivos principales es:

- **Contribuir a la observancia de buenas prácticas en la fabricación, comercialización y promoción de productos farmacéuticos, ciñéndose a normas éticas y morales establecidas. (Estatutos, art. 1.k)**

En suma, por su representatividad en el mercado farmacéutico y los fines para los cuales fue creada, **ALAFARPE está llamada a participar activamente en el procedimiento iniciado** con objeto de facilitar en todo cuanto sea posible, la labor de la Secretaría Técnica.

> Asimismo, y por corresponder a Derecho, **ponemos a disposición de la Secretaría Técnica, toda información que ALAFARPE posee en sus registros y archivos**, sin mayor reserva que aquella información que resulte estrictamente confidencial, conforme a Ley. Una vez incorporados al proceso, participaremos activamente en la presentación de información adicional o complementaria a la que obra en el Expediente".

En un procedimiento administrativo sancionador existen, además de los agentes investigados, dos tipos de partes procesales entre las cuales encontramos a los agentes informantes que proporcionan información relevante acerca del mercado investigado y el tercero interesado[372]. La importancia de la participación de los primeros, radica en que serán de utilidad en la determinación de la infracción administrativa, al ser fuente de información tanto para la Secretaría Técnica como para la Comisión de Libre Competencia, las cuales comparten un objetivo común consistente en la búsqueda, detección y desincentivación de la comisión de conductas ilegales por parte de los agentes económicos; sin embargo, la normativa vigente en aquel momento no estableció el cumplimiento de requisitos formales para dicha colaboración. Mientras que la presencia de los segundos se encuentra amparada por la LPAG para protegerlos de los daños potenciales que serán causados por la decisión que será adoptada por la autoridad correspondiente; por ello, su incorporación se encuentra amparada en la presencia de daños sufridos por la realización de conductas anticompetitivas realizadas por los agentes económicos de segundo nivel (nivel de distribución).

Procesalmente, la parte colaboradora se diferencia de los terceros interesados en lo siguiente: Su identidad será ocultada y la autoridad administrativa guardará reserva de lo actuado dentro del procedimiento administrativo sancionador, por ello, no se comunicará ninguna información que las mismas proporcionen -menos de aquella declarada confidencial-; y, sobre todo, no tendrán participación dentro de las etapas posteriores a la investigadora.

En el escrito presentado por ALAFARPE, podemos observar que este pretendía su incorporación dentro del procedimiento administrativo sancionador por contar con interés legítimo que se encontraba materializado en que el ejercicio de cualquier práctica anticompetitiva de dichos agentes económicos podía afectar las operaciones, intereses o las relaciones comerciales de sus asociados, al ser los comercializadores finales de sus productos. La autoridad administrativa, al no existir delimitación ni determinación de dicho concepto dentro de la legislación administrativa, recurrió a la doctrina procesal e indicó que "las

[372] Artículo 60° de la LPAG: "Si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les debe ser comunicados (…)"

facultades de los intervinientes están en relación con su grado de interés e involucramiento respecto de la relación sustantiva. Precisamente estas variaciones son las que determinan las diferentes clases de intervención"[373]; para ello, dicho órgano realizó un análisis concerniente a la clase de intervención en la que se encuadraría ALAFARPE, esto es, si se trataría de una intervención adhesiva simple (o, intervención coadyuvante)[374] o litisconsorcial[375]. En ese sentido indicó lo siguiente:

> La supuesta afectación a la imagen de ALAFARPE y a sus intereses, derechos y relaciones con las denunciadas.
>
> 16. Como primer argumento, ALAFARPE afirmó tener interés legítimo en participar en el presente procedimiento, debido a que su resultado podría "afectar, además de la imagen del gremio que representamos, directamente los intereses, derechos y relaciones con los clientes de nuestros asociados, principalmente con las cadenas farmacéuticas.
>
> 17. De acuerdo a lo anterior, corresponde analizar si la resolución que emitirá la Comisión en el presente procedimiento podría afectar, de manera directa o indirecta, la imagen de ALAFARPE y sus intereses, derechos y relaciones con las denunciadas.
>
> 18. Al respecto, cabe recordar que el objeto del presente procedimiento consiste en determinar si las denunciadas incurrieron en prácticas colusorias horizontales. En otras palabras, en su resolución final, esta Comisión determinará si las denunciadas incurrieron o no en la conducta imputada y, de ser el caso, les impondrá una multa y les ordenará el cese de esta conducta. Sin embargo, cabe precisar que, teniendo en cuenta los alcances de la Resolución de Inicio y atendiendo al principio de congruencia, esta Comisión no podrá determinar en su resolución final que ALAFARPE o sus asociadas incurrieron en prácticas colusorias horizontales ni imponerles una multa ni ordenarles el cese de ninguna conducta.
>
> 19. Por lo tanto, esta Comisión considera que el resultado del presente procedimiento no podrá afectar, de manera directa o indirecta, la imagen de ALAFARPE o sus asociadas ni sus intereses, derechos y relaciones con las denunciadas.

---

[373] MONROY GÁLVEZ, J. *Partes, acumulación, litisconsorcio, intervención de terceros y sucesión procesal en el Código Procesal Civil*, en: Ius et Veritas N° 6, Año 4, 1993, p.50. Citado por INDECOPI, foja 003663 del expediente 008-2010/CLC-INDECOPI.

[374] Artículo 97° (del Código Procesal Civil): "Quién tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si, dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como adyuvante de ella.

[375] Artículo 98° (del Código Procesal Civil): "Intervenir en el proceso a estos sujetos que, sin ser parte activa o pasiva, pueden verse afectados por su resultado, debido a que los efectos del pronunciamiento final les podrán alcanzar directa (litisconsortes) o indirectamente (coadyuvantes)

> 20. Sin perjuicio de ello, cabe recordar que 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 informando de ello a esta Comisión y notificando a los sujetos imputados. Ello, de conformidad con lo dispuesto a los artículos 30.2 del Decreto Legislativo 1034"[376].

El tercero, dentro de un procedimiento administrativo sancionador, puede ser entendido como aquel sujeto distinto del accionante, que es titular de un interés jurídico, legítimo y tutelable al verse afectado con los efectos jurídicos directos del acto, que será emitido para poner fin de la sede administrativa, aunque dicho acto no lo tenga como destinatario. Es por ello que su interacción con el procedimiento sancionador se verá supeditada a la existencia de una afectación en sus derechos o intereses legítimos; y, como consecuencia, están llamados a ser partes legitimadas dentro de un procedimiento administrativo y destinatarios del acto administrativo, porque presentan una relación jurídica de interés que debe ser tutelada.

En el caso de ALAFARPE, su incorporación dependía de la imputación que iba a realizar la autoridad administrativa, por ello, para que dicha autoridad proceda a amparar su pretensión de incorporación, debió comunicarle (y acreditarle) lo siguiente:

a) Afectación a su interés directo y personal o reducción injusta o ilegal de sus derechos y/o situaciones jurídicas particulares (daño cierto, real o potencial; esto es, perjuicio jurídicamente relevante);
b) Delimitación sustantiva del causante del daño (parte investigada); y,
c) Relación de causalidad entre ALAFARPE y los agentes económicos investigados. ALAFARPE consideraba que las relaciones comerciales de los productos ofertados por sus asociadas se encontrarían afectadas con el establecimiento de los precios sugeridos, la cual puede ser considerada como una práctica usual del propio mercado y dichos agentes económicos comprendían un gran porcentaje de participación dentro de dicho mercado377, por ello, solicitaban su incorporación y que se les comuniquen

[376] Foja 003664 del expediente administrativo 008-2010/CLC-INDECOCPI.

[377] Los precios sugeridos pueden establecerse en virtud de los catálogos de precios sugeridos al público (proveniente de la revista farmacéutica Kairos), o, en virtud a la rentabilidad esperada y real del medicamento, los cuales pueden tener un efecto negativo para la competencia al no reflejar los beneficios que el proveedor otorga a los competidores que merecen una igualdad de trato en las relaciones comerciales. Y, es que, el Perú no cuenta con una normativa especializada, como en Colombia, que exige a los laboratorios farmacéuticos (proveedores) la obligación de reportar el precio de sus medicamentos, en cinco listas: Precio sugerido al público (Circular N° 1/1999); precio a distribuidor (Circular N° 1/2000); mismo precio pero de forma trimestral anticipada (Circular N° 2/2002); precio ex fábrica -que es el precio promedio de venta a los diferentes canales de distribución, de forma trimestral vencida- (Circular N° 5/2001)); y, precio ex fábrica y precio sugerido al público (Circular N° 1/2003).

> todas las actuaciones administrativas. No obstante, la autoridad administrativa no consideró que fuese titular de algún interés jurídico tutelable e indicó que "esta Comisión no podrá determinar en su resolución final que ALAFARPE o sus asociadas incurrieron en prácticas colusorias horizontales ni imponerles una multa ni ordenarles el cese de ninguna conducta". Pese a que no consideraban que era titular de derechos e intereses tutelables, si comunicaron que aprovecharían su conocimiento acerca del mercado investigado.

En ese sentido, INDECOPI no consideraba como determinante la influencia de los proveedores (laboratorios farmacéuticos) en la comisión de la presunta infracción investigada, lo que traería como consecuencia que tuviese una visión sesgada de la situación fáctica en la que se encontraban los agentes económicos de segundo nivel y que, por ejemplo, pudieron encontrarse dentro de una situación de abuso de posición de dominio en situación de dependencia económica. En relación con la exclusión de los laboratorios, INDECOPI indicó lo siguiente:

> Sobre el supuesto vicio en el inicio del procedimiento administrativo sancionador por la exclusión de los laboratorios como terceros legitimados.
>
> 178. En relación con los cuestionamientos a la teoría hub and spoke, Arcángel señaló en su escrito de descargos al Informe Técnico y en su escrito final que no incluir a los supuestos colaboradores dentro del presente procedimiento administrativo sancionador resulta incoherente con la aplicación de dicha teoría. En tal sentido, si la Secretaría Técnica sustenta que existe un caso de este tipo, lo correcto sería incluir también a los agentes económicos que habrían participado como facilitadores, en la medida en que la imputación se sustenta en las coordinaciones con tales intermediarios. Como resultado de estos razonamientos, Arcángel alegó que la Resolución de inicio debe ser declarada nula por encontrarse viciada de manera insubsanable y, en consecuencia, el procedimiento debe darse por concluido.
>
> 179. Al respecto, resulta pertinente reiterar lo mencionado previamente por esta Comisión. Si bien la Secretaría Técnica utilizó la teoría hub and spoke como un medio para explicar la dinámica de las coordinaciones entre las cadenas a través de los laboratorios, dicha finalidad pudo ser alcanzada sin necesidad de recurrir a dicha teoría. La explicación de las comunicaciones analizadas puede ser realizada mediante la verificación de la existencia de coordinaciones que puedan acreditar o descartar la comisión de una conducta infractora en los términos en que fue imputada y de acuerdo a la legislación vigente al momento en el que las conductas investigas ocurrieron.

180. Ahora bien, esta Comisión no comparte las afirmaciones de Arcángel, debido a que **yerra al pretender sustentar que en el procedimiento se requiere la participación de los laboratorios para convalidar cualquier conclusión a la que se podría arribar respecto de la responsabilidad de las investigadas por su participación en una práctica colusoria horizontal.**

180. La determinación de responsabilidad de un agente económico por su participación en una práctica colusoria horizontal es independiente de si dicha conducta fue realizada con la ayuda de una persona natural o jurídica que actuó como planificador, intermediario o facilitador, ya que, como se ha mencionado, la infracción consiste en la restricción a la competencia causada por el accionar concertado de los competidores. Por lo tanto, si dicha restricción pudo conseguirse con la ayuda de otros agentes es una cuestión accesoria a la determinación de responsabilidad de aquellos agentes económicos involucrados en la restricción a la competencia.

182. Por ello, si bien la versión de la Ley aprobada mediante el Decreto Legislativo 1034 no incluyó entre los agentes que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación a los sujetos que sirvieron de apoyo para llevar a cabo una práctica colusoria horizontal sujeta a la prohibición absoluta, dicha situación no exonera de responsabilidad a los participantes de un cartel que podrían haberse visto beneficiados por su propia conducta, con independencia del accionar de dichos sujetos facilitadores. Lo único que podría implicar es que el agente económico que colaboró con la conducta imputada no podría ser responsable bajo la Ley, vigente al momento de la ejecución de la infracción.

183. En el presente procedimiento, aún cuando la Resolución de Inicio expresamente consideró la participación de los laboratorios en la planificación y ejecución de la conducta investigada[71] y estos podrían ser considerados como facilitadores bajo la lógica del Decreto Legislativo 1205, ello no sería posible ya que implicaría la aplicación retroactiva de dicha norma, situación prohibida por la Constitución. Sin perjuicio de ello, en ningún caso se desnaturaliza el tipo de conducta que se imputa a las Investigadas: la fijación concertada de precios.

184. **Por tanto, que los laboratorios no hayan sido incluidos como imputados en el presente procedimiento administrativo sancionador es consecuencia de una aplicación precisa y coherente de la Ley.** Sin embargo, si precede continuar con el procedimiento administrativo sancionador contra las Investigadas pues ellas sí eran sujetos pasibles de sanción al momento de la comisión de la infracción.

185. Por los motivos expuestos, esta Comisión considerar que los argumentos vertidos por Arcángel respecto a la no incorporación de los laboratorios como un vicio del procedimiento administrativo carecen de sustento y, por lo tanto, corresponde desestimarlos"[378].

Como podemos observar, INDECOPI no consideró que el llamado realizado, mediante sus notas informativas, tuviese como finalidad el brindar la protección o tutela de los intereses y derechos de los terceros, prevista por la normativa, sino más bien que se constituye como una facultad potestativa que tutela el interés general; y, que la participación de los terceros no influye en la imputación y valoración de la infracción.

Por otro lado, es posible argumentar que la tutela del interés general tiene prevalencia sobre los intereses y derechos de un grupo determinado de administrados investigados, esa interrogante resulta importante de esclarecer, si consideramos que la participación de los terceros legitimados puede ser relegada, inclusive, olvidada.

Dentro del grupo de administrados investigados encontramos a ECKERD, el cual fue el primero en poner en conocimiento de la autoridad administrativa la situación de afectación a sus derechos mediante la publicación de la nota informativa; por ello, en su escrito ingresado el 16 de diciembre de 2010, indicó lo siguiente:

1. Como es de conocimiento de la Secretaría Técnica, una de las principales características de los procedimientos sancionadores en materia de libre competencia es la **confidencialidad del procedimiento** y todas las actuaciones que se efectúan durante su desarrollo. La lógica que subyace a esta regla es muy simple: salvaguardar a los sujetos involucrados en un procedimiento de este tipo de las posibles consecuencias negativas derivadas de la difusión de una investigación de este tipo.

En efecto, debido a las consecuencias negativas que se pueden generar como consecuencia de una imputación de conductas contrarias a las normas de libre competencia (daño a la imagen de los involucrados, desprestigio comercial, etc.), mientras se encuentre en trámite una investigación y no se determine la existencia de responsabilidad de los imputados, todo procedimiento en trámite debe de ser mantenido en estricta reserva. Como resulta evidente, de no aplicarse una regla de este tipo existiría el riesgo de generar severos perjuicios en sujetos que no han cometido infracción alguna.

2. Tal es la importancia de esta garantía procesal de las partes de todo procedimiento que ha sido recogida expresamente por el Decreto Legislativo N° 1034 (en adelante, la

[378] Foja 007419 a 007420 del expediente 008-20210/CLC-INDECOPI.

Ley de Competencia), norma que regula los procedimientos sancionadores en materia de libre competencia.

En efecto, el artículo 31 de la Ley de Competencia señala sobre el particular:

> Artículo 31.- Acceso al expediente.-
>
> En cualquier momento del procedimiento, y hasta que este se concluya en sede administrativa**, únicamente la parte investigada, quien haya presentado una denuncia de parte o terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a este y obtener copias de los actuados, siempre que la Comisión no hubiere aprobado su reserva por constituir información confidencial" (El subrayado es nuestro)**

3. Como puede apreciarse, la norma antes citada establece con claridad la regla de la confidencialidad de los procesos en trámite: únicamente las partes de un procedimiento pueden conocer acerca del estado de los procedimientos. Siendo esto así, constituye una obligación de los funcionarios encargados de la tramitación del expediente el garantizar el cumplimiento de esta regla y el preservar la debida confidencialidad de los procedimientos y las diversas actuaciones que se generen durante su desarrollo.

4. Nótese, que esta regla resulta tan clara que posee una sola excepción, regulada de manera detallada por la propia Ley de Competencia. En efecto, de acuerdo con lo establecido en el inciso 5 del artículo 21 de la Ley de Competencia, la Secretaría Técnica se encuentra facultada a realizar una publicación relacionada al inicio del procedimiento en caso considere existen terceros con interés en el procedimiento que puedan solicitar su apersonamiento o aportar información a la investigación.

En efecto, la referida norma señala expresamente:

> Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-
>
> (…)
>
> 21.5. Admitida a trámite la denuncia, si la Secretaría Técnica lo considera pertinente, publicará una nota sucinta sobre su objeto, de manera que cualquiera con interés legítimo pueda apersonarse al procedimiento o simplemente aportar información a la investigación. Dicha nota se publicará en la página web del INDECOPI, en el Diario Oficial El Peruano y en uno de los diarios de mayor circulación en el territorio nacional": (El subrayado es nuestro)

5. Tal como la propia norma establece, la lógica de esta facultad otorgada a la Secretaría Técnica es el contar con una herramienta a efectos de comunicar a terceros no

identificados que pudieran tener algún interés legítimo en el procedimiento. Así, la lógica detrás de esta facultad no es el permitir el INDECOPI el comunicar el mercado la existencia de una investigación, sino el salvaguardar los derechos con legítimo interés que pudieran verse afectados con la decisión final a la que se arribe en el procedimiento.

6. Lamentablemente hemos tomado conocimiento de una Nota de Prensa publicada en la página web del INDECOPI, a través de la cual, en directa violación de la confidencialidad del presente procedimiento, se ha hecho pública de la existencia del presente procedimiento, la imputación efectuada y el estado del procedimiento.

En efecto, la referida Nota de Prensa, publicada en la sección "Noticias y Eventos" de la página web del INDECOPI, señala expresamente:

> El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) ha iniciado un procedimiento sancionador contra Albis S.A. (Arcángel), Noticas y Salud S.A.C. (BySS), Botica Torres de Limatambo S.A.C (BTL), Farmacias Peruanas S.A. (Fasa), Eckerd Perú S.A. (Inkafarma), MiFarma S.A.C. (Mifarma) y Nortfarma S.A.C.
>
> La infracción denunciada habría consistido en la concertación de precios de determinados productos farmacéuticos y afines, y se habría implementado a nivel nacional.
>
> Las cadenas de boticas y farmacias denunciadas tienen un plazo de treinta (30) días hábiles para presentar sus descargos y continuar con el procedimiento, a cargo de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI.
>
> Lima, 13 de diciembre de 2010.

7. Es importante notar que la referida nota de Prensa no ha sido efectuada en el marco del procedimiento establecido en el artículo 21.5 de la Ley de Competencia, por lo que no se encuentra amparada bajo esta regla excepcional. En efecto, la referida Nota de Prensa (a) no tiene como objetivo el poner en conocimiento de los posibles terceros con interés el inicio del procedimiento, a efectos que puedan apersonarse a este; (b) no ha sido publicada por el funcionario facultado legalmente para ello; y (c) no ha utilizado los medios establecidos en la propia norma para tales efectos (en el Diario Oficial El Peruano y en uno de los diarios de mayor circulación)

8. Siendo ello así, resulta claro que la referida publicación y la circulación de los mismos a través de distintos medios de comunicación constituye una violación directa al deber de confidencialidad del procedimiento, garantía expresamente reconocida a favor de las partes en la propia Ley de Competencia.

En efecto, en contravención a lo establecido en el artículo 31 de la Ley de Competencia, el INDECOPI ha divulgado información cuyo tratamiento debía de mantener en reserva y cuyo acceso se encontraba autorizado únicamente a las partes del procedimiento.

Esta situación resulta aún más grave si lo sumamos al hecho que el presente procedimiento ha sido iniciado mediante una Resolución que claramente vulnera el derecho de defensa de nuestra empresa (aspecto que ya hemos cuestionado a través de los mecanismos correspondientes). En efecto, la imputación efectuada por la Secretaría Técnica se ha sustentado casi exclusivamente en pruebas que se han mantenido ocultas a las empresas imputadas, impidiendo una adecuada defensa frente a tales imputaciones.

En este contexto, el INDECOPI no solo ha hecho pública información confidencial respecto del inicio del presente procedimiento, sino que, además, por la forma en que ha sido iniciado (en base a pruebas ocultas) ha impedido que Eckerd pueda siquiera efectuar las aclaraciones del caso: resulta imposible efectuar algún comentario respecto de la información difundida por el INDECOPI si las empresas imputadas no pueden conocer el sustento de tales imputaciones.

9. Es importante anotar el daño causado a Eckerd por esta violación al deber de confidencialidad del procedimiento no resulta una mera especulación de nuestra parte. Por el contrario, el efecto inmediato que tal violación ha tenido resulta claro: la supuesta infracción imputada a nuestra empresa ha sido difundida extensamente a través de diferentes medios de comunicación, lo cual ha generado una afectación a su imagen y a la de sus funcionarios (Ver Anexos 2-A a 2-D adjuntos al presente escrito).

10. Como es de su conocimiento, desde el inicio de esta investigación Eckerd ha venido cooperando con Indecopi y sus funcionarios; y lo ha hecho en la confianza de que se actuará respetando en todo momento sus derechos a un debido proceso dentro del proceso. Los últimos acontecimientos dentro de esta investigación (notificación de la resolución de cargos con pruebas ocultas y violación al deber de confidencialidad del procedimiento) generan una razonable preocupación respecto de las garantías con las que contaremos a lo largo del presente proceso"[379].

En el inicio del procedimiento administrativo sancionador, encontramos que la autoridad administrativa se encontraría facultada de comunicar dicho inicio, en virtud del principio de colaboración que existe entre los administrados y la Administración Pública; y, con la finalidad de que estos presenten recursos de manera posterior que impliquen una demora

[379] Foja 000571 a 000574 del expediente 008-2010/CLC-INDECOPI.

innecesaria al procedimiento (en tanto que, la decisión que será emitida no tendrá efectos directos en detrimento de los contra interesados); por ello, la obligación contenida y que justifica la publicación de dicha nota informativa obliga a ambas partes a una leal colaboración y/o cooperación para la reconstrucción de los hechos que son materia de investigación y calificación jurídica negativa.

4.2.2.3 Notificación tardía e imprecisión de la imputación de cargos. En el caso de la resolución 017-2010/STCLC-INDECOPI (de fecha 1 de diciembre de 2010), fue notificada el 07 de diciembre, a las empresas ALBIS, BYS, BTL, FASA, ECKERD y MIFARMA; y el 13 de diciembre del 2010, a BOTICAS FELICIDAD. Mientras que, en el caso de la resolución 014-2012/ST-CLC-INDECOPI (de fecha 20 de agosto de 2012), fue notificada el 23 de agosto del 2012, a las empresas: ALBIS[380], BYS[381], BTL[382], FASA[383], ECKERD*384* y MIFARMA385; y el 29 de agosto del 2012 a BOTICAS FELICIDAD386; sin embargo, dichas notificaciones fueron enviadas de manera incompleta, en tanto que, no se adjuntó copia de lo actuado hasta la fecha387. Respecto del plazo para notificar el acto administrativo, de manera específica la primera resolución de inicio que fue emitida por la Secretaría Técnica, tanto la LPAG como el Decreto Legislativo 1034°[388] establecían la obligación de notificar a los agentes económicos, denunciados o investigados, y otorgaron un plazo no mayor de cinco días hábiles computados desde la emisión de dicho acto; en ese sentido, el plazo para notificar vencía el 8 de diciembre del 2010. A las empresas ALBIS, BYS, FASA, ECKERD y MIFARMA, fueron notificadas dentro del plazo legal establecido; sin embargo, a BOTICAS FELICIDAD le notificaron la resolución de inicio, después de ocho días hábiles de haber sido emitido el acto administrativo, inclusive si consideramos que dicho agente investigado cuenta con domicilio en la ciudad de Piura; dicha peculiaridad le otorga a la Secretaría Técnica (ubicada en la sede central del INDECOPI), la extensión del plazo para notificar, adicionándole dos días hábiles a su favor (acorde a los términos de la distancia), por lo que, el plazo para notificar dicho acto

[380] Véase notificación 286-2012/ST-CLC-INDECOPI, foja 1818 del expediente 008-2010/CLC-INDECOPI.
[381] Véase notificación 287-2012/ST-CLC-INDECOPI, foja 1820 del expediente 008-2010/CLC-INDECOPI.
[382] Véase notificación 288-2012/ST-CLC-INDECOPI, foja 1822 del expediente 008-2010/CLC-INDECOPI.
[383] Véase notificación 289-2012/ST-CLC-INDECOPI, foja 1824 del expediente 008-2010/CLC-INDECOPI.
[384] Véase notificación 290-2012/ST-CLC-INDECOPI, foja 1826 del expediente 008-2010/CLC-INDECOPI.
[385] Véase notificación 291-2012/ST-CLC-INDECOPI, foja 1828 del expediente 008-2010/CLC-INDECOPI.
[386] Véase notificación 292-2012/ST-CLC-INDECOPI, foja 1830 del expediente 008-2010/CLC-INDECOPI
[387] Notificación 343-2012/ST-CLC-INDECOPI, 344-2012/ST-CLC-INDECOPI, 345-2012/ST-CLC-INDECOPI, 346-2012/ST-CLC-INDECOPI, 347-2012/ST-CLC-INDECOPI
[388] "Artículo 24.- Plazo y contenido para efectuar la notificación:
24.1. Toda notificación deberá practicarse a más tardar dentro del plazo de cinco (5) días, a partir de la expedición del acto que se notifique, y deberá contener (…)"

vencía el 10 de diciembre de 2010; sin embargo, le notificaron dicho acto el 13 de diciembre de 2010.

La normativa legal[389] al respecto reconoce la validez y eficacia de aquellos actos administrativos que incumplen el plazo previsto, los cuales pese a ser contrarios a la ley y pudiendo considerarse como nulos, no son inválidos; en tanto que las notificaciones constituyen actos administrativos independientes, aunque derivados del acto que notifica:

> Esto quiere decir, de una parte, que la existencia de la notificación deriva del acto principal que traslada, sin el cual no se concibe la misma; y de otra, que una vez nacida la notificación a la vida del derecho, con posterioridad a dicho acto, goza de independencia jurídica, de tal manera que su validez o nulidad no afecta nada a la validez o nulidad del acto que notifica, del que es solamente condición de eficacia respecto del interesado en él. Por tal razón, los vicios incurridos con motivación de una notificación deficientemente practicada no afectan la validez del acto que es objeto de comunicación a su destinatario, pero si perjudican la producción de los efectos de los efectos jurídicos del citado acto porque su despliegue está condicionado a que la notificación se produzca de manera correcta"[390].

La afectación al derecho de defensa ante la tardía notificación de la imputación de cargos, puede verse materializada en la falta de tiempo suficiente para la preparación de una idónea defensa legal dentro del periodo otorgado para la presentación de los descargos; sobre todo, si recordamos que dicho agente económico no tuvo acceso oportuno y adecuado a las actuaciones preliminares realizadas a sus pares. La importancia del cumplimiento de los plazos dentro de este tipo de procedimientos, radica en la toma de conocimiento de la información proporcionada y adquirida de los agentes investigados, la cual era abundante y de difícil interpretación para cualquier administrado, sobre todo, si consideramos que la autoridad administrativa la analizó por más de cuatro meses (desde la realización de las actuaciones preliminares hasta la emisión de la resolución de inicio).

Por otro lado, debemos recordar que todos los administrados, sobre todo aquellos que son investigados por la presunta comisión de alguna infracción normativa, tienen derecho a ser informados inmediatamente del inicio de los mismos, en virtud de lo establecido por el artículo

---

[389] Artículo 140.3 de la LPAG

[390] NÚÑEZ RUIZ. Citado en el curso "Validez y nulidad del acto administrativo" del Programa de Actualización y perfeccionamiento, anexo de lecturas, p.29. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwi2quauorzuAhWXIrkGHbkGDJwQFjAKegQIIRAC&url=http%3A%2F%2Frepositorio.amag.edu.pe%2Fbitstream%2Fhandle%2F123456789%2F686%2FLECTURAS%2520%25282%2529.pdf%3Fsequence%3D5%26isAllowed%3Dy&usg=AOvVaw2yLngi-0vp1F7_2A4gUgXe

139°[391] de la Constitución vigente, en ese sentido el Tribunal Constitucional ha indicado que "el derecho a ser informado de la acusación es un atributo del derecho de defensa que integra, entre otros, el debido proceso y, por ende, la tutela jurisdiccional, a la par que constituye lo primordial del principio acusatorio"[392]. Erigiéndose como un presupuesto normativo al formar parte del principio de igualdad de armas, en virtud del cual todos los agentes investigados deben ser informados de manera oportuna, suficiente y completa, acerca de la situación fáctica presuntamente infractora y de las implicancias jurídicas de la misma, evitando de esta manera que alguno de ellos se encuentre en una situación insubsanable de desventaja informativa; por ello, si la autoridad administrativa tiene la intención de incoar un procedimiento administrativo contra un agente económico debe comunicar mediante una descripción precisa, detallada y oportuna a los agentes investigados acerca de la imputación (calificación legal individualizada otorgada a los hechos o circunstancias), las pruebas y su motivación para que pueda ejercer de manera constitucional y legítima su derecho de defensa, en tanto que, "la descripción material de la conducta imputada contiene los datos fácticos recogidos en la acusación, que constituyen la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgados en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan"[393] y dentro del plazo establecido; sin embargo, suele existir notificaciones incompletas o que cuenten con una redacción irregular porque lo que se trata de cumplir es con los plazos establecidos legalmente.

No existe debido proceso y el procedimiento deviene en injusto y negligente cuando una de las partes es "olvidada" de ser informada al mismo tiempo que los demás agentes económicos, y que recién tome conocimiento de las actuaciones iniciadas en su contra[394] con la

---

[391] "Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia
Son principios y derechos de la función jurisdiccional:
(…)
14. El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. **Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de detención.** Tiene derecho a comunicarse personalmente con el defensor de su elección y a ser asesorada por este desde que es citada por cualquier autoridad.
15. El principio de que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención".

[392] Véase la sentencia recaída en el exp. N° 0402-2006-PHC/TC, fundamento jurídico 14.

[393] Sentencia emitida, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de junio de 2005. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, fundamento jurídico 67.

[394] En relación con el conocimiento de las actuaciones previas, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Exp. N° 649-2002-AA/TC, indicó que "el derecho de defensa consiste en la facultad de toda persona de contar con el tiempo y los medios necesarios para ejercerlo en todo tipo de procesos, incluidos los administrativos; lo cual implica, entre otras cosas, que sea informada con anticipación de las actuaciones iniciadas en su contra".

resolución de inicio, ya que se estaría incumpliendo con dicha garantía mínima que debe ser respetada por toda administración de justicia, en tanto que no serían brindadas en condiciones equitativas, si bien no imposibilita de manera absoluta el ejercicio del derecho de defensa, no se puede negar que se erige como obstáculo, al retardar o dificultar, su correcto desenvolvimiento, sobre todo en aquellos casos donde la imputación resulta compleja por la pluralidad de agentes. Esa situación se torna más grave si el agente económico, al cual se le notificó tardíamente, cuenta con una imputación defectuosa, sin sustento, imprecisa, vaga o insuficiente[395], que genera que no tome conocimiento oportuno y completo de los hechos acusados en concreto (valoración particular), ya que le genera indefensión y no le permite prepara y organizar adecuadamente su defensa.

El mantenimiento de la calificación jurídica respecto de la imputación inicial puede sufrir cambios o modificaciones, muchas veces drásticas, que son perfectamente lícitas; no obstante, debe ser ejercida adecuadamente por razones de seguridad jurídica para evitar la arbitrariedad. Por ello, si la autoridad administrativa considera que existe necesidad de efectuar alguna variación a la imputación, debe comunicárselo, en la misma forma que la notificación de cargos inicial, al administrado investigado, oportuna y detalladamente, para que tome conocimiento efectivo de la situación y, de considerarlo necesario, alegue, pruebe o contradiga dicha variación; esto es, para que ejerza eficaz y oportunamente su derecho de defensa.

La imputación inicial efectuada por la Secretaría Técnica, en la resolución 017-2010/ST-CLC-INDECOPI, tuvo como conducta infractora 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"; no obstante, dicha Secretaría al momento de subsanar la nulidad observada, por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, amplió el mercado geográfico de la actuación empresarial investigada y delimitó el mercado producto mediante la remisión a un documento anexo a dicha resolución, por ello, indicó que los agentes económicos señalados estaban siendo investigados

> 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 **que se listan en el anexo 4** de la presente Resolución"[396].

---

[395] "Resulta conforme al derecho de todo ciudadano reconocido por la Constitución Política del Estado la exigencia, para que la acusación sea cierta, no implícita sino precisa, clara y expresa, es decir todo auto de ampliación ha de contener en la motivación una descripción suficientemente detallada de los hechos nuevos considerados punibles que se imputan y del material probatorio o de los indicios que justifican tal decisión". Sentencia recaída en el Exp. N° 5325-2006-PHC/TC, fundamento jurídico.

[396] Foja 001664 del tomo V, del expediente administrativo 008-2010/CLC-INDECOPI.

Posteriormente, el 26 de agosto de 2015, la Secretaría Técnica emitió el Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI[397], mediante el cual concluyen que "ha quedado demostrado que 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. incurrieron en una práctica de venta al público de cuarenta y tres (43) productos farmacéuticos y quince (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".

De la simple lectura del apartado resolutivo podríamos considerar que se mantuvo la imputación realizada en la nueva resolución de inicio. En dicho informe, una vez que la Secretaría Técnica determinó la situación fáctica en la cual se desenvolvió la presunta actuación infractora, procedió a encuadrar y determinar con mayor precisión, dentro del marco jurídico correspondiente, si la acción detectada y considerada preliminarmente como presuntamente infractora se encuadra dentro de dicha normativa y si era acreedora de una infracción, en ese sentido, indicó lo siguiente:

> 74. En primer lugar, es necesario remarcar que el tipo infractor bajo el cual se inició el presente procedimiento se encontraba claramente delimitado en el literal (a) de los artículos 11.1 y 11.2 del Decreto Legislativo 1034. Inclusive, en relación a aquellas conductas que se habrían realizado antes de la entrada en vigencia de la norma aludida, el Decreto Legislativo 701 también era claro al respecto, pues el inciso a) del artículo 6 prohibía la fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio[17].
>
> 75. En segundo lugar, al momento de emitir la Resolución de Inicio, la Secretaría Técnica cumplió con subsumir de manera adecuada los hechos materia de investigación a los hechos contenidos en el tipo infractor, de acuerdo con lo dispuesto en los literales a) y b) del artículo 21 del Decreto Legislativo) 1034, es decir, identificando el tipo infractor, los hechos asociados a este y los agentes involucrados. Para ello, se indicó que el procedimiento administrativo sancionador se iniciaba debido a la presunta existencia de "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. Adicionalmente, se instó a las empresas imputadas a presentar los respectivos descargos a fin de que puedan ejercer su

[397] Foja 005577 a foja006062 del tomo XIII, del expediente administrativo 008-2010/CLC-INDECOPI

derecho de defensa y se pronuncien sobre la existencia de la presunta conducta infractora".

Para dicha Secretaría Técnica la tipificación normativa de la actuación considerada como infractora, no había variado, tanto así que afirmó que ambos Decretos Legislativos (D.L. N° 701 y 1034[398]) mantuvieron un mismo tenor en relación a la sanción por fijación de precios, por ello, no resultaba perjudicial la aplicación retroactiva de una normativa no vigente al momento de la comisión de la infracción, y, por ende, no resultaba perjudicial al debido procedimiento ni implicaba una afectación a la seguridad jurídica, en tanto que, en ambos casos, cualquier ciudadano podría conocer que una dicha conducta contaba con una respuesta sancionatoria estatal y se constituía como una infracción al estar predeterminadamente regulado. No obstante, una de las características incorporadas por el Decreto Legislativo 1034 era la diferenciación del posicionamiento de los actores infractores dentro de la cadena de producción y distribución[399][400], para la aplicación de una presunción relativa o absoluta y la consideración de premeditación y culpabilidad de la conducta para ocasionar el daño a la libre competencia; en ese sentido dicha Secretaría indicó lo siguiente:

177. El artículo 11 del Decreto Legislativo 1034 también distingue a las prácticas colusorias horizontales a partir del tipo de prohibición aplicable, diferenciando entre aquellas sujetas a una prohibición absoluta y aquellas sujetas a una prohibición relativa.

[398] El primero de ellos indicaba que "se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia a los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Son prácticas restrictivas de la libre competencia: a) La fijación injustificada de precios u otras condiciones comerciales o de servicio", mientras que el segundo diferenciaba entre prácticas colusorias horizontales y verticales.

[399] "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".

[400] "De las Prácticas Colusorias Verticales
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".

Dichas presunciones guardarían relación directa con la prueba que debería aportar la Secretaría Técnica para probar la existencia de la infracción, la culpabilidad de los agentes infractores y su posibilidad para desvirtuar la ilegalidad de la actuación.

> 178. Los artículos 8 y 9 del Decreto Legislativo 1034 establecen las reglas de la carga de la prueba aplicables a la prohibición absoluta y a la prohibición relativa[78]. Así, los casos sometidos a una prohibición absoluta se caracterizan porque, para declarar la existencia de una infracción administrativa, basta que se demuestre la existencia de la conducta investigada. Por su parte, los casos sometidos a una prohibición relativa se caracterizan porque, además de probar la existencia de la conducta investigada, se debe verificar que esta tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores[79].
>
> 179. Esta distinción normativa responde a la existencia de amplia experiencia jurisprudencial, nacional y extranjera, que ha permitido identificar determinadas conductas anticompetitivas que, en sí mismas, son restrictivas de la competencia y no generan mayor eficiencia en el mercado, lo que ha motivado que se encuentren sometidas a una prohibición absoluta (…).

Las presunciones previamente indicadas son reguladas expresamente dentro del texto del Decreto Legislativo 1034 e implican que, si algún agente económico se encuentra inmerso en alguna de las actuaciones reguladas bajo el artículo 11.2 de dicho Decreto, la presunción de inocencia sería completamente desvirtuada y no existiría argumento alguno que alguna de ellos pudiese invocar para justificar la actuación, esto es, podríamos indicar que existe una presunción de culpabilidad[401] respecto de la comisión de la infracción. Acorde a lo establecido en el texto normativo de dicho Decreto, se sanciona con prohibición absoluta a todos aquellos acuerdos, que:

a) Estén directamente relacionados con el bien o el servicio ofertado (tales como, la fijación de precios u otras condiciones comerciales de servicio, limitaciones en la producción o venta, ofrecimiento comercial en términos prefijados de los mismos a nivel estatal), al afectarse directamente el juego competitivo dentro de un mercado determinado; y,

[401] La presunción de culpabilidad mencionada guarda relación con la tipificación adecuada de la infracción, por ello es de especial importancia que la autoridad administrativa la realice correctamente. Dicha presunción es excepcional y resultaría aplicable si la norma legal correspondiente regula una obligación legal a su cargo cuyo incumplimiento es considerado, previamente a su materialización, como infracción administrativa y sancionado su incumplimiento indistintamente si son realizados por personas naturales o jurídicas; ello es consecuencia de la aplicación de los principios de legalidad y responsabilidad objetiva ante la simple inobservancia normativa (que implica, además, un quebrantamiento del deber diligente de profesionalidad del sujeto infractor).

b) Sea efectuado por agentes económicos que se encuentran en una situación de competencia intramarca (dicho tipo de competencia implica, en algunos casos, la distribución de un bien o producto que provienen de un mismo origen o marca).

Asimismo, debe considerarse si los productos involucrados en la conducta aparentemente anticompetitiva pertenecían a un mismo proveedor o no, y así calificar al presunto acuerdo como intramarca o intermarca[402], respectivamente. En ese aspecto, INDECOPI realizó el siguiente análisis:

> 183. En ese sentido, puede observarse que a nivel internacional existe consenso en la calificación de determinadas conductas como hard core cartels, las cuales son tratadas bajo una prohibición absoluta en aquellos ordenamientos que establecen la sujeción de determinadas prácticas colusorias horizontales a este tipo de prohibiciones.
>
> (…)
>
> 187. No obstante ello, y a diferencia del enfoque observado a nivel comparado, el Decreto Legislativo 1034 ha optado por incorporar como criterio inicial para la determinación de las prácticas colusorias horizontales sujetas a una prohibición absoluta la distinción entre aquellas conductas desarrolladas en el marco de competencia inter marca y aquellas conductas desarrolladas en el marco de competencia intra marca, ubicando en un segundo nivel la calificación de una práctica colusoria horizontal como hard core cartel para el establecimiento de una prohibición absoluta.
>
> 188. De esta forma, según lo establecido en el artículo 11.2 del Decreto Legislativo 1034, se encuentran sometidas a una prohibición absoluta las prácticas colusorias horizontales, inter marca, que no son complementarias o accesorias a otros acuerdos ilícitos (es decir, los denominados acuerdos desnudos o naked agreements), y que tienen por objeto: a) la fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicio; b) la limitación de la producción o de las ventas; c) el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o, d) las licitaciones colusorias o bid rigging.
>
> 189. Por el contrario, las prácticas colusorias horizontales desarrolladas en el marco de competencia intra marca no se ven sujetas en nuestro ordenamiento a una prohibición absoluta, conforme lo establecido en el artículo 11 del Decreto Legislativo 1034, sino a una prohibición relativa, resultando indistinto el objeto que pueda poseer la práctica analizada.

---

[402] "11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales intermarca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:
a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio".

(…)

VI. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA INVESTIGADA

310. Habiéndose determinado el marco teórico bajo el cual se examinará la conducta investigada y teniendo en cuenta la descripción que se ha realizado acerca del mercado de medicamentos y otros productos, esta Secretaría Técnica analizará los medios de prueba (los correos electrónicos) que acreditarían la existencia de coordinaciones entre las empresas investigadas. De verificarse ello, se analizará luego el modo en el cual estas coordinaciones habrían sido ejecutadas por las partes, mediante el uso de herramientas económicas y estadísticas. Finalmente, se contrastarán estas conclusiones con las explicaciones alternativas que las imputadas han desarrollado en sus descargos. Este examen permitirá a esta Secretaría Técnica determinar si nos encontramos ante una infracción al Decreto Legislativo 1034.

6.1 Cuestión previa: sobre la naturaleza intermarca o intramarca de la conducta investigada

6.1.1 Competencia intermarca, competencia intramarca y competencia “multiproducto”

311. Como se señaló en el apartado 4.2.1., el Decreto Legislativo 1034 ha caracterizado a los acuerdos horizontales como intramarca o intermarca.

Dependiendo de ello, estas conductas pueden estar sujetas a una prohibición relativa o a una prohibición absoluta.

312. Se considera competencia intermarca a aquella competencia desarrollada por agentes que comercializan productos de características similares, que se diferencian por su vinculación a una marca específica. Por el contrario, se considera competencia intramarca a aquella competencia desarrollada entre distribuidores o minoristas que comercializan en el mercado una misma marca[186].

313. Aunque de manera concisa, la jurisprudencia norteamericana ha adoptado un criterio similar en dos conocidos casos resueltos por la Corte Suprema de los Estados Unidos. En el caso Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc., dicho tribunal definió a la competencia intermarca como aquella que se produce "entre productores del mismo género de producto". En cambio, la competencia intramarca es la que se observa "entre distribuidores (mayoristas o minoristas) del producto de un proveedor particular"[187].

Por su parte, en el caso Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc. definió a la competencia intermarca como "aquella que se produce entre fabricantes que comercializan distintas marcas de un mismo tipo de producto" y a la competencia intramarca como "aquella que existe entre distribuidores de una misma marca"[188].

314. Como se desprende de estas definiciones, la competencia intermarca está relacionada a la competencia en el segmento "aguas arriba" de la cadena de comercialización de un bien o servicio determinado; por ello, este tipo de competencia depende de la rivalidad entre proveedores. Un proveedor enfrentará competencia de otro si los productos o servicios que ofrecen son sustitutos entre sí, es decir, si los consumidores pueden reemplazar una marca por otra. La sustituibilidad entre marcas permitiría imitar, por el lado de la oferta, el poder de mercado que tiene un productor sobre una marca especifica[190].

315. En las relaciones verticales entre proveedores y minoristas, la competencia intramarca e intermarca puede ser limitada a través de restricciones verticales, como por ejemplo, a través de la fijación de precios de reventa o la distribución exclusiva de determinados productos. Al respecto, los Lineamientos sobre Acuerdos Verticales de la OFT señalaban lo siguiente:

> El daño a la competencia puede ocurrir de varias formas. Por ejemplo, la fijación de precios de reventa podría generalmente tener efectos negativos a la competencia. Cuando los precios son fijados completamente, o un precio mínimo es fijado, no habrá competencia entre los minoristas afectados por el producto en cuestión (es decir, no habrá competencia intramarca). (...)
>
> Otra forma es que las restricciones verticales pueden dañar no solo la competencia intramarca sino también la competencia intermarca (competencia "intermarca" se refiere a la competencia entre productores).
>
> Por ejemplo, supongamos que los productores distribuyen de manera exclusiva a diferentes minoristas. Luego cada minorista podría vender solo la marca de un productor y no habrá competencia intermarca (es decir, competencia entre marcas competidoras en una misma tienda minorista)."[191]

316. Las restricciones verticales a nivel intramarca pueden crear límites en la comercialización de la marca de un proveedor sin afectar las marcas de otros proveedores, mientras que las restricciones verticales a nivel intermarca afectan la forma como los minoristas manejan las marcas de otros proveedores[192]. Sin embargo, si la competencia intermarca entre proveedores es importante, los efectos negativos derivados de las restricciones verticales que afecten la competencia intramarca pueden ser reducidos y no incidir drásticamente en el bienestar de los consumidores.

317. Por otro lado, en las relaciones verticales entre proveedores y distribuidores minoristas también se pueden gestar acuerdos horizontales en cada nivel de la cadena

de producción, distribución y comercialización de los productos o servicios. Los proveedores competidores pueden acordar incrementar conjuntamente el precio mayorista afectando el proceso competitivo. De manera análoga, se pueden establecer acuerdos horizontales entre minoristas que afecten la competencia intramarca e intermarca.

318. Resulta necesario advertir también que, en el segmento "aguas abajo", los minoristas pueden comercializar varios productos, convirtiéndose así en distribuidores minoristas "multiproducto". La presencia de distribuidores minoristas multiproducto ha adquirido relevancia en las últimas décadas, con la aparición de minoristas de gran escala[194]. Dichos minoristas ofrecen una amplia gama de productos que son distintos entre sí y que pueden satisfacer las distintas necesidades de los consumidores[135]. Los distribuidores minoristas multiproducto (supermercados, tiendas de descuento, bodegas, entre otros) pueden ofrecer productos de una misma marca o proveedor y productos de distintas marcas o proveedores. Asimismo, dichos distribuidores pueden ofrecer productos que no tengan una relación de competencia "aguas arriba", por ejemplo, cuando ofrecen alimentos y artículos de limpieza, que son productos que no cuentan con características similares y cuyos proveedores no enfrentan rivalidad en su provisión.

319. Los distribuidores minoristas multiproducto compiten en distintas dimensiones cuando ofrecen sus productos a los consumidores. Los distribuidores compiten de forma intramarca cuando ofrecen productos de un mismo proveedor y de forma intermarca cuando ofrecen productos con características similares de distintos proveedores. Asimismo, los distribuidores multiproducto pueden competir en la comercialización de todos los productos que ofrecen buscando atraer a los consumidores a sus locales para que adquieran la gama de productos de dicho distribuidor. En este último caso, los distribuidores al competir en la comercialización de todos los productos ofrecidos afectan la competencia intramarca e intermarca, en la medida que generan rivalidad en la oferta de productos de un mismo proveedor (competencia intramarca) y en productos de distintos proveedores (competencia intermarca).

320. Como parte de las interacciones comerciales que ocurren en el mercado, los distribuidores minoristas multiproducto podrían optar por limitar la competencia de todos los productos que comercializan en sus locales. En este caso, la restricción a la competencia afectaría no solo a los productos de la misma marca (competencia intramarca) sino también a los productos que compiten de forma intermarcaria. Por ello se considera que, si el acuerdo limita la competencia entre minoristas en la

comercialización de todos los productos que ofrecen, dicho acuerdo, afectará la rivalidad intermarca entre ellos".

Posteriormente, en dicho informe se señala que la presunta actuación infractora no se habría realizado entre agentes competidores, sino entre agentes de distintos niveles en la cadena de producción y comercialización, y con la peculiaridad de que la presencia de un proveedor era en función de intermediario para que la comisión de la infracción sea fructífera:

4.3.3. Modalidades de intercambio de información: casos hub and spoke

235. 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 los 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 "carteles A-B-C"

236. En los casos "hub and spoke" existen al menos tres agentes económicos involucrados, un distribuidor "A", un proveedor "B" y un distribuidor "C". Así cuando existe un traslado de información comercial sensible (por ejemplo, relativa precios) entre dos o más agentes que operan en el mismo nivel de la cadena de producción/distribución ("A" y "C"), por medio de un socio contractual común que opera en un nivel distinto de la misma cadena de producción/distribución ("B"), puede inferirse la existencia de un acuerdo horizontal entre A y C[122].

237. Uno de los primeros ejemplos de este tipo de conductas fue abordado por la Jurisprudencia norteamericana (…).

(…)

6.2.2. Conclusiones acerca del análisis de los correos electrónicos

397. En opinión de esta Secretaría Técnica, el análisis de los correos electrónicos hallados en las visitas de inspección, permitirán aseverar que existieron coordinaciones entre las cadenas, entre enero de 2008 y marzo de 2009, con la finalidad de incrementar los precios de los productos investigados en el presente procedimiento.

398. En el transcurso de la investigación llevada a cabo no ha podido encontrarse evidencias de que las cadenas se hayan comunicado de forma directa (aunque ello no puede descartarse, como lo demuestra por ejemplo la alusión hecha en el Correo 31). Sin perjuicio de ello, el análisis ha permitido verificar que el contacto entre ellas habría

sido indirecto, utilizando para ello a sus proveedores, laboratorios y droguerías; en un modo similar al descrito por la teoría **hub and spoke.**

(…)

399. Así, de manera general, se ha podido constatar lo siguiente:

a) Numerosos correos revelan que los laboratorios actuaron como intermediarios entre las cadenas, ya sea asegurándoles del cumplimiento de las coordinaciones por parte del resto o, al menos, poniendo en su conocimiento de las negociaciones que mantenían con las cadenas competidoras, es decir, retransmitiendo información de unas a otras. Si bien la confirmación del cumplimiento de las coordinaciones por parte de las cadenas será analizada en la sección 6.3., no deja de ser significativo que la gran mayoría de correos electrónicos presentan el mismo patrón descrito. Esta repetición constante del mismo accionar permitirá suponer razonablemente que esta era una práctica común en el mercado farmacéutico y, por lo tanto, que las cadenas si aceptaban ejecutar las coordinaciones propuestas por sus proveedores, conocedoras de que su competencia haría lo mismo.

b) La mayoría de correos también detallan expresamente los precios o niveles de precios en los que, como mínimo, determinados productos debían comercializarse o a los que las cadenas debían atinarse. Adicionalmente, se señalan las fechas en las que estos precios debían ejecutarse. De esta forma, los proveedores transmitían a las cadenas información respecto de la política de precios futura de sus competidores.

c) Las coordinaciones indirectas entre cadenas incluían el seguimiento de los precios de las cadenas competidoras con la finalidad de verificar el cumplimiento de las coordinaciones realizadas. En este caso, las cadenas señalaban expresamente a sus proveedores que las empresas rivales no estarían cumpliendo con lo pactado porque sabían que podía interceder por ellas para lograr que los competidores cumplan con ello. Al respecto, existen varios correos demostrarían que los proveedores tenían tal capacidad, pues estos aseguran expresamente que se comunican con la cadena renuente que modifique su precio.

En otras ocasiones, eran los proveedores los que se dirigirían a las cadenas conminándolas a respetar el precio acordado y haciendo mención a que otras cadenas ya habrían ejecutado dicho precio. De una u otra forma, es claro para esta Secretaría Técnica que las cadenas habrían contado con la colaboración de sus proveedores para poder alinear a las empresas rivales se desviaban del acuerdo.

d) Se ha verificado, también que las cadenas retransmitían boletas de algunas competidoras a sus proveedores, siempre con tal indicación de que tal precio no era acordado y de, aunque si tal no era modificado la cadena que realizaba la queja también modificaría sus precios. La dinámica en este caso sería la misma que en el punto anterior: las cadenas enviarán esta información a sus proveedores porque sabrían que sus amenazas serían retransmitidas a sus competidores, logrando así que estos se alineen.

e) Finalmente, resulta necesario señalar que el sentido usual de los términos utilizados en los correos electrónicos confirmaría que efectivamente existieron coordinaciones entre las cadenas con la finalidad de aumentar el precio de ciertos productos. Frases en las que se utilizan las palabras "conciliado", "conciliar", "regular", "regularizar" y, además, en las que se hace referencia a la existencia de "acuerdos entre todas las cadenas" no hacen sino confirmar el intercambio indirecto de información entre las cadenas a través de sus proveedores. Las siguientes frases extraídas de los correos electrónicos corroboran esta afirmación: (…)[403].

Dicha variación en la concepción de la presunta infracción no fue notificada a las partes, además, la concepción de intermediario de un proveedor recién sería incorporada en el año 2015. Como podemos observar, la variación en la imputación de cargos, en más de una ocasión, implicó una afectación al derecho de defensa de los agentes, quienes no tuvieron certeza acerca de qué estrategia legal debían realizar para proteger sus derechos e intereses, trayendo como consecuencia una situación de indefensión para los mismos. No obstante, los miembros de la Comisión, dentro de la audiencia de informe oral, mantuvieron la posición de inexistencia de vulneración alguna en ese sentido, tal como podemos observar del siguiente extracto:

Minutos 24:18-26:55.

«Comisión: Tengo una duda para los abogados que han sustentado un tema de nulidad en el procedimiento, por cuanto en la Resolución de Inicio no se les habría precisado si es que la conducta imputada tendría que haber sido evaluada bajo la prohibición absoluta o la prohibición relativa. Mi pregunta concreta es: ¿Si esto le ha afectado el derecho a la defensa? ¿Podrían explicarme de qué manera los afectó?, teniendo en consideración ... Explíquenme primero, ¿De qué manera les afecto el derecho a la defensa que no se les haya precisado si es que la conducta iba a ser revisada bajo la prohibición absoluta o bajo la prohibición relativa?

[403] Foja 005664del tomo XIII del expediente administrativo 008-2010/CLC-INDECOPI

Mifarma: En el caso de Mifarma e intuyo que, en el resto, el saber de qué se les acusa es una forma, digamos, es la premisa sobre la cual uno plantea su defensa, el hecho de no saber si es relativa o absoluta supone, por cierto, una modificación en el ámbito de la defensa. En el caso de una evaluación o una amputación de naturaleza relativa implicaba también hacer un análisis de mercado y sobre el impacto que tema esta supuesta confusión. Y, además no solamente en el tema relativo o absoluto, realmente no sabíamos de que se nos estaba imputando, también por una serie de deficiencias de pruebas, como comente en mi presentación no se nos hizo llegar las pruebas, hubo necesidad de acudir al tribunal...

Comisión: No si, disculpe que la interrumpa, mi duda era simplemente con respecto a ese punto, o sea, se le está acusando, yo he visto en la Resolución de Inicio, de prácticas colusorias.

Mifarma: Claro, la defensa varía si es perse o si es relativo, entonces con una imputación relativa teníamos muchos más argumentos de defensa que plantear. Por cierto, a/ momento dado nosotros nos pusimos en todas las hipótesis posibles, pero supone pues también, tiempo limitado y recursos limitados, entonces sí creo que era super necesario saber de qué se nos estaba imputando, no podíamos ponernos en todos los escenarios posibles para tratar de proteger nuestros derechos.

Comisión: ¿Y de que se defendieron entonces?

Mifarma: De todo, de todo porque ante la incertidumbre, respecto de la imputación, más allá de alegar la nulidad, por cierto, la alegamos desde el primer escrito, teníamos que defendernos de todo».

[Énfasis agregado][404].

Con fecha 12 de octubre de 2016, la Comisión de Libre Competencia emitió la Resolución 078-2016 mediante la cual analiza la presunta vulneración de los derechos de los agentes investigados debido a una variación en la tipificación de la conducta y aplicación de un criterio jurídico, específicamente nos referimos a la aplicación de la modalidad *hub and spoke*, que no resultaba ser amparada ni aplicada jurídicamente dentro del procedimiento administrativo iniciado de manera previa. Después de un arduo análisis concluyó que la concepción de la presunta conducta anticompetitiva se habría mantenido en todo momento, por lo que, las alegaciones de las empresas investigadas no resultaban amparables:

[404] Foja 007424, Tomo XVII, del expediente administrativo 008-2010/CLC-INDECOPI.

163. De acuerdo con los alegatos presentados por Arcángel al Informe Técnico, la calificación de la conducta investigada como una fijación de precios en la modalidad hub and spoke no resulta valida, debido a que dicha modalidad no se encontraba tipificada en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas al momento de iniciado el procedimiento administrativo sancionador contra las Investigadas.

164. Según lo sostenido por Arcángel, dicha tipificación fue recién introducida a la legislación nacional con la aprobación del Decreto Legislativo 1205, al incorporar dentro del ámbito subjetivo de la Ley a las personas naturales o jurídicas que actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta. Por ello, Arcángel afirma que no incorporar a los intermediarios de la conducta investigada supondría una vulneración al derecho de defensa de los laboratorios, así como la ruptura del nexo causal de la infracción en la medida que esta se sustenta en las coordinaciones con tales intermediarios. Como resultado de estos razonamientos, Arcángel infiere que la Resolución de Inicio debe ser declarada nula por encontrarse viciada de manera insubsanable y, en consecuencia, el procedimiento debe darse por concluido.

165. Adicionalmente, tanto Arcángel como Eckerd, Fasa y Mifarma han esbozado un conjunto de argumentos dirigidos a sostener que, bajo un modelo hub-and-spoke, no podría acreditarse una conducta infractora en el presente procedimiento, tales como la inexistencia de un envío de información bidireccional, la falta de confianza en el laboratorio, la ausencia de un contacto directo entre las cadenas, entre otros.

166. Esta Comisión considera que el razonamiento de Arcángel carece de fundamento, pues no diferencia entre las conductas que constituyen infracciones de acuerdo con la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (conductas típicas) y las personas, naturales o jurídicas, pasibles de ser sancionadas por tales infracciones (ámbito subjetivo).

167. Las Ley tipifica como infracciones a las distintas modalidades de abuso de posición de dominio, prácticas colusorias verticales y prácticas colusorias horizontales. En particular, el artículo 11 enumera una variedad de supuestos prohibidos que, a modo de ejemplo, constituyen modalidades de conductas «que tienen por objeto o efecto restringir la competencia a nivel horizontal» y en ningún modo define el mecanismo utilizado por los presuntos responsables para materializar tales infracciones.

168. Por este motivo, un caso sobre fijación de precios, es reprochable porque la conducta de los agentes económicos involucrados tiene por objeto lograr una restricción

coordinada en sus políticas de precios, para lo cual pueden utilizar mecanismos o fórmulas de la más diversa índole, y cuya definición precisa necesariamente escaparía a cualquier intento de tipificación. Así, sería inadmisible pretender que la Ley estableciera que la fijación de precios es sancionable únicamente cuando se persigue este objetivo mediante reuniones presenciales en lugares públicos, por el intercambio de correos electrónicos o a través de reuniones en el marco de una asociación, cuando es presumible que, en la práctica, es imposible determinar las muchas formas que los agentes económicos pueden utilizar, de manera aislada o de manera conjunta, para alcanzar este objetivo restrictivo.

169. Por otro lado, la capacidad de la autoridad para acreditar la responsabilidad individual por las infracciones investigadas va a depender, necesariamente, de la competencia que tenga para perseguir y sancionar a determinados agentes económicos, lo cual también es independiente del mecanismo utilizado por los infractores.

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.

171. Como puede observarse, para que un agente sea responsable por una infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas debe; (i) encontrarse dentro del ámbito subjetivo de la norma y (ii) haber realizado una conducta tipificada. En ese sentido, la determinación de la conducta infractora (por ejemplo, la fijación concertada de precios) es independiente del mecanismo utilizado por los agentes investigados para materializarla (por ejemplo, la intermediación de un agente en otro nivel de la cadena), así como de la participación de otros agentes que se encuentren fuera del ámbito de la Ley aplicable.

172. En ese sentido, la Resolución de Inicio expresamente consideró la participación de los laboratorios en la planificación y ejecución de la conducta investigada; sin embargo, ello no desnaturaliza el tipo de conducta que se imputa a las Investigadas: la fijación concertada de precios. Si bien el análisis de la Secretaría Técnica utilizó criterios bajo una teoría de hub and spoke con la finalidad de graficar de mejor manera el conjunto de elementos de Juicio encontrados en las comunicaciones analizadas; a criterio de esta

Comisión, este objetivo pudo ser alcanzado sin la necesidad de hacer referencia a dicha teoría.

173. Por ello, el análisis que realizará esta Comisión sobre los correos electrónicos se dirige, en esencia, a verificarla existencia de coordinaciones que puedan acreditar o descartar la comisión de una conducta infractora en los términos en que fue imputada, es decir, una práctica colusoria horizontal en la cual las empresas imputadas contaron con la colaboración de un grupo de laboratorios.

174. Por otro lado, de acuerdo con Arcángel, Mifarma, BTL, Fasa y Norfarma, la utilización de la teoría hub and spoke supone una modificación en el Informe Técnico con respecto a la imputación original de la Resolución de Inicio.

175. Al respecto, una revisión de la Resolución permite observar que la imputación de cargos señaló como conducta investigada a una presunta práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación concertada de precios. Al confrontar la imputación sostenida en dicha resolución con lo señalado en el Informe Técnico, se evidencia que dicha imputación se ha mantenido en todo momento durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

176. A manera de ejemplo, resulta pertinente citar lo sostenido por la Secretaría Técnica en el objeto del Informe Técnico, donde se precisa que este tuvo por finalidad «determinar si Arcángel, ByS, BTL, Fasa, Eckerd, Mifarma y Nortfarma incurrieron en la 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 nacional». De manera similar, al momento de señalar sus conclusiones en el numeral del Informe Técnico, la Secretaría Técnica sostuvo que las investigadas eran responsables de haber incurrido en una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación concertada de precios.

177. Por tanto, a criterio de esta Comisión, corresponde desestimar los argumentos formulados por las Investigadas respecto a la tipificación de la teoría *hub and spoke* y a la modificación de la imputación de la Resolución de Inicio".

Es innegable que, en el presente caso, la concepción de la presunta actuación anticompetitiva sufrió alteraciones o variaciones y significó una ampliación en la fundamentación fáctica, por ende, una afectación al principio de congruencia reconocido en el artículo 254° del Código Procesal Penal, el cual guarda relación con el numeral 1 y 4 del artículo 230° de la LPAG, el numeral 14 del artículo 139° de la Constitución y el artículo 30.2 del

Decreto Legislativo 1034[405]. Dicho principio reconoce la obligación de las autoridades administrativas de informar al presunto sujeto infractor de lo que se le acusa, esto es, de los cargos (y sus respectivas modificaciones, sobre todo si son más gravosas) que pesan en su contra, para así garantizar el derecho de defensa de los mismos en todo momento; por ello es preciso que, dentro de lo posible, la normativa correspondiente regule con la mayor precisión las conductas pasibles de ser consideradas como infracciones administrativas. En el presente caso, encontramos que los términos originales de la imputación inicial sufrieron cambios e incidieron en la calificación material al modificar tanto la participación de los sujetos investigados como la concepción de los terceros en la comisión de la infracción, podemos ver que el hecho investigado parece coincidir con la imputación inicial. En ese sentido la Secretaría Técnica no debió introducir nuevos hechos en el análisis efectuado dentro del Informe Técnico y, la Comisión como órgano resolutor no debió analizar y menos sancionar en base a los nuevos hechos que no se encontraban en la imputación original. Ahora bien, sabemos que INDECOPI como Administración Pública tiene el deber de informar clara y precisamente la infracción incurrida, la norma transgredida, cómo la conducta realizada se subsume al hecho infractor, las pruebas que evidencian dicha imputación; sin embargo, puede existir ciertas actuaciones que podrían ser percibidas como transgresoras, entre las cuales encontramos:

a) El inicio del procedimiento administrativo en base a la imputación de fijación de precios entre agentes competidores, pero sancionan por otro hecho distinto;
b) El inicio del procedimiento administrativo en base a la presunta existencia de una conducta de fijación de precios entre agentes competidores, pero se añaden otros elementos al hecho infractor que no fueron inicialmente imputados, tales como,

b.1 Que la actuación fue cometida a nivel nacional,

b.2 Que contó con la participación de agentes que se encontraban en un nivel superior dentro de la cadena de producción y distribución,

b.3 Que la presunta conducta infractora no se materializó en todos los productos inicialmente investigados;

b.4 Que no todos los agentes competidores participaron en la presunta comisión de la infracción; y,

[405] "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".

b.5 Que las fechas señaladas expresamente en los correos electrónicos no eran lo suficientemente exactas para delimitar el inicio y fin de la presunta infracción.

c) El inicio del procedimiento administrativo por la presunta comisión de fijación de precios sin precisar el hecho y la norma transgredida por parte de uno de los agentes económicos; esto es, no se precisa de manera clara y expresa todos los elementos de la imputación en relación a un agente económico en concreto y, pese a ello, se le sanciona y motiva recién con la resolución final.

d) El inicio del procedimiento administrativo por la presunta comisión de fijación de precios precisando el hecho infractor y la norma transgredida, pero se sanciona teniendo como fundamentación elementos de la imputación establecidos por una normativa posterior, en tanto que representan variación a algún elemento de la imputación inicialmente efectuada y sin haber otorgado la oportunidad a los agentes investigados de presentar sus descargos en relación a dicha variación.

e) El inicio del procedimiento administrativo por la presunta comisión de fijación de precios precisando el hecho infractor y la norma transgredida, pero se sanciona teniendo como fundamentación elementos de la imputación establecidos por una normativa posterior, en tanto que representan variación a algún elemento de la imputación inicialmente efectuada y "habiendo otorgado" la oportunidad a los agentes investigados de presentar sus descargos en relación a dicha variación, sus alegaciones no fueron consideradas y menos desestimadas.

Las vulneraciones previamente mencionadas no solo representan un retraso en el ejercicio de la potestad sancionatoria sino, también, son manifestaciones de vicios de nulidad porque significan un detrimento en el tiempo y los medios con los que cuentan los agentes investigados para preparar y realizar una defensa efectiva respecto a sus intereses y derechos; asimismo, dichas vulneraciones podrían configurarse como denegación de justicia para dichos agentes y sería percibido como una concepción arbitraria de los hechos históricos investigados durante la imputación de cargos, sobre todo si la modificación en la calificación jurídica afecta su derecho a la defensa, en tanto que, la descripción material de la conducta investigada ya no contendría los elementos o circunstancias fácticas o jurídicas de la imputación comunicada. Procesalmente, el Decreto Legislativo 1034 regula expresamente en su artículo 22° que "el denunciado o denunciados podrán contestar los cargos imputados en la resolución de inicio del procedimiento en un plazo de treinta (30) días hábiles, presentando los argumentos que estime convenientes y ofreciendo las pruebas correspondientes", por lo que, vencido dicho plazo podría entenderse que el agente investigado no cuenta con un plazo adicional para manifestarse

respecto de los cargos imputados con posterioridad a dicha resolución de inicio y la autoridad administrativa no estaría en la obligación de amparar todas aquellas defensas manifestadas con posterioridad, tal como parece haber sucedido en el presente caso si consideramos que los informes económicos presentados por los agentes económicos no fueron considerados en el análisis emitido por la Comisión de Libre Competencia.

4.2.2.4 Reserva de las actuaciones de investigación a una de las partes. El derecho a la igualdad, consagrado en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución, posee una vertiente negativa referida a la prohibición o proscripción de tratamiento diferenciado respecto de un contenido normativo, siempre y cuando no exista base objetiva y razonable, y una positiva relacionada con la aplicación de la ley a todos aquellos sujetos que se encuentren en una misma situación determinada, en ese sentido, el Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente:

> 2. (…) El derecho de igualdad, en efecto, no solo se proyecta prohibiendo tratamientos diferenciados, sin base objetiva y razonable, en el contenido normativo de una fuente formal del derecho, sino también en el momento de su aplicación. Ella se ha de aplicar por igual a cuantos se encuentren en una misma situación, quedado proscritas, por tanto, diferenciaciones basadas en condiciones personales o sociales de sus destinatarios, salvo que estas se encuentren estipuladas en la misma norma. Impone, pues, una obligación a todos los órganos públicos de no aplicar la ley de una manera distinta a personas que se encuentren en casos o situaciones similares. Esta dimensión el derecho a la igualdad vincula, esencialmente, a los órganos administrativos y jurisdiccionales, los que son los llamados a aplicar las normas jurídicas.
>
> 3. independientemente de cualquier consideración relacionada con el respecto de este derecho en el ámbito jurisdiccional, este Tribunal Constitucional considera que, en sede administrativa, el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige que un mismo órgano administrativo, al aplicar una misma ley, o una disposición de una ley, no lo haga de manera diferenciada o basándose en condiciones personales o sociales de los administrados. Se prohíbe, así, la expedición por un mismo órgano administrativo de actos o resoluciones administrativas arbitrarias, caprichosas y subjetivas, carentes de una base objetiva y razonable que la legitime. Dicha dimensión del derecho de igualdad jurídica se encuentra, como es obvio, directamente conectado con el principio de seguridad jurídica que este Tribunal Constitucional ha proclamado como un principio implícito de nuestro ordenamiento constitucional: “Ningún particular puede ser discriminado o tratado diferenciadamente por los órganos –judiciales o administrativos– llamados a aplicar las leyes” (STC 0016-2002-AI/TC, fundamento jurídico N°. 4).

> 4. Para que se genere una violación del derecho de igualdad en la aplicación de la ley, aparte de la necesidad de que se trate de un mismo órgano administrativo que los haya expedido, es preciso que exista una sustancial identidad entre los supuestos de hecho resueltos por el órgano administrativo en forma contradictoria. Tal identidad de los supuestos de hecho, desde luego, no tiene por qué ser plena. Basta que existan suficientes elementos comunes como para considerar que los supuestos de hecho enjuiciados son jurídicamente iguales y que, por tanto, debieron merecer una misma aplicación de la norma.
>
> Asimismo, la aludida vulneración requeriría que el tertium comparationis que se ofrezca, exprese una "línea constante" de comprensión y aplicación de la norma, de modo que el juicio de invalidez sobre el acto o resolución administrativa sea consecuencia de que, en el caso concreto, el apartamiento de la "línea constante" sea expresión de un mero capricho. Ese tertium comparationis, por cierto, puede comprender casos sustancialmente análogos resueltos con anterioridad al acto o resolución administrativa que se impugne. Y, finalmente, es preciso que no exista una fundamentación adecuada que justifique la variación del criterio interpretativo, pues es claro que el apartamiento de la "línea constante" de interpretación y aplicación de una norma a un supuesto fáctico sustancialmente igual, puede legítimamente provenir de que judicialmente se haya declarado su invalidez, o de que se haya decidido apartarse del precedente administrativo por los órganos competentes (ordinal 2.8 del artículo V del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General)[406].

Ninguno de los agentes económicos debe verse privado, en ninguna etapa del procedimiento administrativo sancionador, de tener la oportunidad para conocer que se le inició un procedimiento administrativo sancionador en su contra, con la finalidad de que pueda defenderse de las infracciones imputadas; sin embargo, la autoridad administrativa puede argumentar que la existencia de reserva de la información y el secreto de las actuaciones de investigación, respecto de una de las partes, se debe a que aún no son sujetos procesales acreditados (integrantes) del procedimiento administrativo sancionador, ello acorde a lo establecido en el artículo 31° del Decreto Legislativo 1034[407] y artículo 324.1° del Código

[406] Exp. 1279-2002-AA/TC, fundamentos jurídicos 2-5.

[407] "Artículo 31.- Acceso al expediente.-
En cualquier momento del procedimiento, y hasta que éste concluya en sede administrativa, únicamente la parte investigada, quien haya presentado una denuncia de parte o terceros con interés legítimo que también se hayan apersonado al procedimiento, tienen derecho a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a éste y obtener copias de los actuados, siempre que la Comisión no hubiere aprobado su reserva por constituir información confidencial".

Procesal Penal[408]. Esta situación genera la siguiente interrogante ¿El agente económico que no participa de las actuaciones preliminares podrá alegar afectación a su derecho a la igualdad ante la ley y al principio de igualdad de armas?

Respecto a dicha cuestión, la Comisión de la Libre Competencia indicó lo siguiente:

"En su escrito de alegatos al Informe Técnico, Nortfarma reiteró su cuestionamiento al hecho de que la Secretaría Técnica no puso en su conocimiento las actuaciones realizadas durante la etapa de investigación preliminar. A juicio de la empresa, esta omisión ocasionó que no pudiera conocer el estado en el que se encontraba la investigación preliminar, a diferencia del resto de investigadas, quienes sabían de la existencia de una investigación preliminar en el mercado farmacéutico.

147. Sobre este cuestionamiento, esta Comisión coincide con los argumentos planteados por la Secretaría Técnica en su Informe Técnico.

148. Como señaló la Secretaría Técnica en dicho Informe, de acuerdo al artículo 20 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la etapa previa a la emisión de la resolución de inicio de un procedimiento administrativo sancionador consta de distintas actuaciones que se llevan a cabo con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de conductas anticompetitivas y que puedan ser útiles para determinar el inicio de dicho procedimiento o el cierre de dicha etapa de investigación.

149. De la misma forma, el artículo 235 de la Ley del Procedimiento Administrativo General prevé la posibilidad de que, con anterioridad a la instrucción formal del procedimiento, se puedan desarrollar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección a fin de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su inicio. De esta manera, una vez decidida la iniciación del procedimiento sancionador la autoridad instructora del procedimiento realiza la correspondiente notificación de cargos al posible sancionado.

150. Sobre el particular, al comentar el artículo 235 de la Ley del Procedimiento Administrativo General y haciendo referencia a aquellas actuaciones realizadas con anterioridad al inicio formal del procedimiento, Morón señala que «estas actuaciones de instrucción estarán orientadas a actuar la evidencia necesaria a efectos de precisar con mayor exactitud los hechos susceptibles de motivar el procedimiento, la identificación de los presuntos involucrados, las circunstancias relevantes del caso, y la evidencia que será necesario actuar dentro del procedimiento sancionador en sí». Así también, indica

[408] Sólo podrán enterarse de su contenido las partes de manera directa o a través de sus abogados debidamente acreditados en autos.

que «como su propia naturaleza lo hace evidente, estas actuaciones previas no forman parte del procedimiento administrativo sancionador(...)».

151. Como puede verse de las citas realizadas, la finalidad de las actuaciones realizadas durante una investigación preliminar consiste en recabar pruebas que permitan iniciar un procedimiento administrativo sancionador. En el caso específico de la investigación de conductas anticompetitivas, si la información recabada durante esta etapa ofrece a la Secretaría Técnica certeza de que existen indicios de una conducta anticompetitiva, entonces corresponderá iniciar dicho procedimiento. Como consecuencia, la resolución que inicia el procedimiento será puesta en conocimiento de las partes imputadas junto con la información recabada en la investigación preliminar, para que estas puedan conocer que circunstancias llevaron a la autoridad a iniciar el procedimiento y poder ejercer adecuadamente su derecho de defensa.

152. De los actuados en el presente expediente, puede comprobarse que la Secretaría Técnica obró de esta manera con Nortfarma y con el resto de las empresas investigadas. Efectivamente, aun cuando es cierto que Nortfarma no fue notificada de las actuaciones realizadas por la Secretaría Técnica durante la tramitación de la investigación bajo Expediente Preliminar 006-2009/CLC, **ello no le genera perjuicio alguno, ya que todas estas actuaciones le fueron fuego notificadas al momento de la emisión de la Resolución de Inicio**. Con ello, pudo tomar conocimiento de las actividades realizadas durante esta etapa y preparar su estrategia de defensa, como lo ha venido haciendo a lo largo del procedimiento.

153. Es más, las afirmaciones de Nortfarma no encuentran sustento jurídico en el derecho de defensa alegado. El Tribunal Constitucional, en relación a este derecho ha señalado lo siguiente: «Con respecto del derecho de defensa este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha precisado que este derecho tiene una doble dimensión: una material, referida al! derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra formal, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo». [Énfasis agregado]

154. Así, de acuerdo al supremo interprete de la Constitución, la dimensión material del derecho de defensa supone el ejercicio del mencionado derecho desde que el imputado toma conocimiento de que se le atribuye un hecho delictivo. En términos propios del

derecho administrativo, el derecho de defensa tutela al imputado de manera que pueda ejercer sus derechos desde que se le atribuye la comisión de una determinada infracción. Ello resulta lógico debido a que el derecho de defensa supone una reacción frente a la acción de un tercero, siendo que en sede administrativa puede ser la autoridad que acciona sus facultades frente al administrado.

155. En el ámbito de los procedimientos sobre conductas anticompetitivas, los administrados recién toman conocimiento de las infracciones que se le atribuyen, así como los hechos que sustentan la imputación, con la Resolución de Inicio. En términos prácticos, antes de la presentación formal de cargos, es imposible indicar cual es la conducta que se atribuye a un administrado a título de infracción y respecto de la cual pueda ejercer su derecho de defensa, por la simple razón de que no existe imputación alguna. Por ello, antes de la Resolución de inicio, jurídicamente no existe una imputación formal de cargos que la Secretaría Técnica deba comunicar a los administrados.

156. **Asimismo, el hecho de que otros administrados hayan conocido la existencia de una investigación preliminar, debido a la realización de visitas de inspección en sus instalaciones en 2009, en nada afectó el derecho de defensa de Nortfarma, que ampliamente ha ejercido su derecho de defensa desde la notificación de la Resolución de inicio y a fo largo de la tramitación del presente procedimiento administrativo sancionador**.

157. En consecuencia, el derecho de defensa de Nortfarma no ha sido vulnerado debido que al momento de la investigación preliminar no existía una imputación de infracción alguna en su contra que debiera habérsele comunicado. Por tanto, a criterio de esta Comisión, no resultan atendibles los argumentos esgrimidos por Nortfarma sobre este punto[409].

El secreto de las actuaciones preliminares desarrolladas dentro del expediente administrativo sancionador tiene por finalidad asegurar el éxito de la investigación al evitar de esa manera el ocultamiento o destrucción de material probatorio necesario, por parte de los agentes económicos implicados; sin embargo, si la autoridad administrativa otorga reserva a la información recabada durante las diligencias preliminares en detrimento de uno de los agentes económicos involucrados, traerá como consecuencias que incoe el procedimiento teniendo como base una vaga sospecha de su participación en la comisión de un hecho infractor

[409] Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI de fecha 12 de octubre de 2016, fundamentos jurídicos 146 al 157.

sancionable, dilate innecesariamente y sin fundamentos el procedimiento, y omita observar su obligación de instruir dicho procedimiento siempre que existan indicios manifiestos de la dicha comisión para evitar la precipitación de poner en marcha todo el aparato cuasi-jurisdiccional con la finalidad de emitir pronunciamiento, dentro de un procedimiento administrativo sancionador, carente de base suficiente. Si bien dicho conjunto de trámites previos son facultativos, pero resultan necesarios para que el órgano administrativo obtenga todos los datos indiciarios necesarios para valorar con mayor precisión el inicio del procedimiento, en ese sentido su importancia radica en que preparan el procedimiento.

La no realización de dichas actuaciones preliminares en los locales de BOTICAS FELICIDAD trajo como consecuencia gravísima que la autoridad administrativa no recabase la información necesaria para fundamentar la resolución de inicio. En la cual observamos que, en comparación con los demás agentes económicos, no cuenta con una comparativa económica ni un análisis mínimo respecto de los precios que establecía a los productos farmacéuticos investigados, por ello, la autoridad administrativa no tuvo conocimiento pleno de todas las circunstancias relevantes que concurrieron, y dicha afectación persistirá en la segunda resolución de inicio hasta la emisión del Informe Técnico 043-2015/ST-CLC-INDECOPI, de fecha 26 de agosto de 2015.

El principio de igualdad de trato entre sujetos procesales, hace referencia a que estos, al estar en circunstancias equivalente, deben ser tratados y tener igualdad de oportunidades para el ejercicio de su derecho de defensa; sin embargo, en el presente caso apreciamos una situación controversial con la exclusión de uno de los sujetos imputados durante la realización de las actuaciones previas. El agente económico aparentemente afectado fue BOTICAS FELICIDAD, el cual presentó dificultades para acceder a dichas actuaciones, por ello, no conoció oportunamente que se estaba siguiendo unas actuaciones de investigación previa en su contra y recién tomo conocimiento de la fase extraprocedimental con la notificación tardía de los anexos pertenecientes a la primera resolución de inicio, que fueron notificados de manera posterior a la notificación de imputación de cargos y después de un año, aproximadamente, de la realización de estas. Como era de esperar, dicho agente económico, durante la etapa de descargos, indicó la existencia de una vulneración y limitación del alcance de su derecho de defensa, ya que, al no saber oportunamente que se había iniciado la fase preliminar al inicio del procedimiento administrativo sancionador, no tuvo conocimiento de las posibles imputaciones y cargos, y, por lo tanto, no pudo ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

En relación a este punto, la Secretaría Técnica indicó que no hubo vulneración alguna, en tanto que, no existe imputación de cargos ni obligación legal que se hubiese transgredido, argumentando lo siguiente:

> 136. El cuestionamiento de Nortfarma hace referencia a la supuesta vulneración de su derecho de defensa al no haber sido capaz de desvirtuar los motivos que llevaron a la Secretaría Técnica a iniciar y continuar con la investigación preliminar tramitada bajo el Expediente Preliminar 006-2009/CLC, la cual finalmente derivó en el presente procedimiento administrativo sancionador.
>
> **137. Sobre el particular, cabe indicar que durante una investigación preliminar no existen imputaciones sobre los cuales las empresas investigadas deban defenderse. Esta etapa solo se inicia a través de la emisión de la resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 18 y 21.2 del Decreto Legislativo 1034.**
>
> 138. En efecto, según lo señalado en el Decreto Legislativo 1034, en la etapa previa a la emisión de la resolución de inicio del procedimiento no nos encontramos frente a un procedimiento, sino frente a actuaciones previas que llevan a cabo con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de conductas anticompetitivas que determinen el inicio de este.
>
> 139. De igual manera el artículo 235 de la Ley 27444 prevé la posibilidad de que con anterioridad a la instrucción formal del procedimiento se puedan desarrollar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección a fin de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su inicio. De esta manera, una vez decidida la iniciación del procedimiento sancionador la autoridad instructora del procedimiento realiza la correspondiente notificación de cargos al posible sancionado.
>
> 140. Sobre el particular, al comentar el artículo 235 de la Ley 27444, Morón señala que "estas actuaciones de instrucción [haciendo referencia a aquellas actuaciones realizadas con anterioridad al inicio formal del procedimiento] estarán orientadas a actuar la evidencia necesaria a efectos de precisar con mayor exactitud los hechos susceptibles de motivar el procedimiento a identificación de los presuntos involucrados, las circunstancias relevantes del caso y la evidencia que será necesario actuar dentro del procedimiento administrativo sancionador en sí.
>
> 141. Así también, indica que "como su propia naturaleza lo hace evidente, estas actuaciones previas no forman parte del procedimiento administrativo sancionador.

142. En tal sentido, aún, cuando es cierto que Nortfarma no fue notificada de las actuaciones realizadas por la Secretaría Técnica durante la tramitación de la investigación tramitada bajo Expediente Preliminar 006-2009/CLC, ello no le genera perjuicio, ya que durante dicha etapa no se "formularon cargos contra ella respecto de los cuales habían tenido derecho a defenderse.

143. Adicionalmente, cabe precisar que la Secretaría Técnica se encuentra impedida de revelar a terceros información acerca de las investigaciones preliminares que lleva a cabo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 del Texto Único Ordenado de la Ley 27806, ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Por lo tanto, esta Secretaría Técnica no podía revelar a Nortfarma, o a algún tercero interesado en conocer el estado de tramitación del Expediente Preliminar 006-2009/CLC, información específica acerca de las visitas de inspección o requerimientos efectuados al resto de empresas imputadas.

144. Sin embargo, aunque Nortfarma no tuvo acceso a dichas actuaciones durante la tramitación de la investigación preliminar, si fue notificada de ellas, ya que mediante Constancias 008-2010/CLC-INDECOPI del 13 de diciembre de 2010 y 011-2012/CLC-INDECOPI, del 17 de agosto de 2012, dicha documentación fue incorporada al presente expediente.

145. En consecuencia, a criterio de esta Secretaría Técnica, no resulta atendible el argumento esgrimido por Nortfarma sobre este punto" (el resaltado es nuestro).

La afectación al principio de igualdad de trato alegado por el agente económico tenía como base la falta de conocimiento de las actuaciones previas, las cuales, desde su postura, debieron ser comunicadas; no obstante, es preciso recordar que el sujeto pasivo sobre el que recae la actuación previa aún no adquiere el *status* o condición de investigado y, por ello, no resultaba obligatorio que obtenga acceso a aquellas actuaciones administrativas y conozca, de manera formal, cabal y completa, los hechos y el objeto material que podrían formar parte de la imputación administrativa. Si bien durante dichas actuaciones, la autoridad administrativa no conoce a cabalidad la identidad de los posibles involucrados; sí tiene conocimiento del desenvolvimiento de las posibles actuaciones previas en base a la información recabada de los agentes económicos. Es por ello que se puede afirmar que INDECOPI puede delimitar la identidad de los presuntos agentes infractores, siempre y cuando realice las actuaciones previas necesarias para conocer si tienen información de interés que permita determinar la necesidad de considerarla o no como parte de la futura decisión de apertura del procedimiento administrativo.

Por otro lado, el agente presuntamente involucrado que no fue investigado se encontraría en una situación de desventaja respecto de las demás partes, a las cuales se les practicó dichas actuaciones preliminares y de antemano sabían que se enfrentaban a un inicio potencial del procedimiento administrativo sancionador. Ergo, la autoridad administrativa al momento de realizar el control de identidad de los sujetos de interés, debe observar la concurrencia de indicios que le permite llegar a una presunción de causa probable en contra de ellos, sin que ello implique un grado de vinculación tan alto que signifique una atribución inmediata y directa entre la aparente infracción y el agente económico.

4.3 El despliegue del control posterior en la determinación de las actuaciones empresariales

4.3.1 *Análisis de la conducta anticompetitiva*

De manera previa al análisis de la conducta anticompetitiva, resulta necesario realizar la lectura de los correos electrónicos obtenidos[410] durante las actuaciones preliminares, con la finalidad de conocer la evidencia que sustentó la aplicación del derecho en relación a los hechos.

Inicialmente, de la siguiente cadena de correos, podemos llegar a la conclusión que las actuaciones investigadas, aparentemente, iniciaron el 24 de enero de 2008 y fueron producto de una tratativa efectuada entre los agentes económicos BTL, FASA, BOTICAS FELICIDAD, BYS, METRO -WONG, MIFARMA, INKAFARMA y ALBIS:

Correo 1

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** miércoles, 30 de enero de 2008 12:29 p.m. **Para:** Eliana [Albis] **Asunto:** RV: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

Eliana para tu información

F

De: Carlos [Arcángel] **Enviado el:** Miércoles, 30 de Enero de 2008 12:20 p.m. **Para:** Francisco [Albis]; Julio [Arcángel] **CC:** Gustavo [Arcángel] **Asunto:** RE: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

OK.

El 1° de Febrero a las 8 a.m. arrancamos.

Mediremos precios 8.30 a.m. y conversamos

Saludos cordiales,

C

[410] Véase fojas 001678- 001790 del expediente 008-2010/CLC-INDECOPI.

-----Mensaje original----- **De:** Francisco [Albis] **Enviado el:** Miércoles, 30 de Enero de 2008 09:36 **Para:** Julio [Arcángel] **CC:** Carlos [Arcángel] **Asunto:** RE: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

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 de mejores dctos. para llegar a los precios de Uds. e IKF.

F

De: Julio [Arcángel] **Enviado el:** Miércoles, 30 de Enero de 2008 08:52 a.m. **Para**: Francisco [Albis] **CC:** 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 manejemos esto a otro nivel, por lo que copio a Carlos 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

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Miércoles, 30 de Enero de 2008 08:39 a.m. **Para:** Julio [Arcángel] **Asunto:** RV: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

Hola Julio, estuve dos días seguidos en IKF, el tema se está tratando a otro nivel, ellos continuaron la guerra de precios

Con Arcángel confiados en que LPAlbis reconocería las diferencias, me esperaron con sus cálculos y solo en Tiorfan10 x 18 sobres había un monto de **[CONFIDENCIAL]** por rembolsar, sacaron una lista larga de 17 productos y el reembolso es una suma exagerada.

Por su puesto que no reconoceré ya que la distorsión también la ocasionaron ellos, ambos tienen sus sustentos, ayer solo pidieron **[CONFIDENCIAL]** no solicitaron productos con distorsión por lo tanto se suma al grupo de cadenas que están congelando sus pedidos por los precios de Arcángel.

IKF 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 1/02 desde las 8 AM. Los productos que están en el archivo, hoy a las 3.30 tengo una nueva reunión, te pido por favor controlemos este caso, te envié el correo del norte donde las clientes empiezan

nuevamente a quejarse de Arcángel, ya no tocan a IKF, IBC envió un estudio de mercado (solo un grupo de productos) que también visualiza la distorsión, entiendo que actúas en función del mercado pero esto tenemos que parar, En el archivo se ajustaron algunos precios ,si bajo más cerca de cuatro cadenas tendrían el costo más alto que el precio final.

Saludos.

F.

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Viernes, 25 de Enero de 2008 08:02 a.m. **Para:** Julio [Arcángel] **CC:** Iván [Arcángel]; Carlos [Arcángel]; Eliana [Albis] **Asunto:** RE: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

Julio, voy a coordinar con IKF este asunto, no podemos pisar el palito para que ellos me pidan mejores descuentos y perdamos margen no debemos entrar a una guerra de precios tratando de vender solo por factor precio en este aspecto Arcángel tiene que colaborar ya que somos la misma empresa, tienes que entender que este asunto no es tan fácil, peor si las dos partes dicen ellos primero, te estaré comunicando los acuerdos.

F

-----Mensaje original----- **De:** Julio [Arcángel] **Enviado el:** Jueves, 24 de Enero de 2008 19:08 **Para:** Francisco [Albis] **CC:** Iván [Arcángel]; Carlos [Arcángel]; Eliana [Albis] **Asunto:** RE: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

Francisco,

Si todos cumpliéramos los acuerdos no estaríamos en este tipo de problemas...Por favor te pido que la próxima vez evalúes mejor el tema pues no es ningún apresuramiento o tal vez te has referido a que ha sido un apresuramiento por nuestra parte para cumplir nuestro acuerdo y nivelar los precios tal cual quedamos…te agradeceré que le respondas a Iván y a Carlos que es lo que deben de responder al cliente ante los reclamos de las diferencias de precio e incluyas en tu análisis la imagen de la cadena y el malestar de los clientes, que al parecer no los incluyes en tus números.

Asimismo te estoy reenviando el e-mail para que puedas recordar que más de una vez hemos nivelado nosotros y días después IK seguía con los precios distorsionados…ante estos antecedentes es imposible mantener nuestros precios si es que el mercado no se alinea y menos aún cuando hay un acuerdo.

Para tus próximas coordinaciones y debido a que IK no respeta el precio sugerido, necesitamos que ellos cambien el precio primero y nosotros saldremos a medir si es que lo cambiaron o no y de acuerdo a eso lo cambiaremos.

Otra cosa, necesito que me envíes la B/V con la cual IK midió nuestros precios.

Saludos,

Julio

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Jueves, 24 de Enero de 2008 06:50 p.m. **Para:** Julio [Arcángel] **CC:** Iván [Arcángel]; Carlos [Arcángel]; Eliana [Albis] **Asunto:** RV: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

Julio, lamentablemente el apresurarnos trae consecuencias que no llevan a ningún acuerdo, IKF verifico tus precios a medio día y los encontró Igual por lo que no nivelaron, ref. a tu correo adj. los precios con los que estuvieron vendiendo los productos de líneas propias están muy desfasados y por ello ya tienen problemas con los clientes, pero de ninguna manera deberá ser los precios finales tenemos que ajustar estos ya que corremos el riesgo de no poder trabajar con las demás cadenas , tus precios están por debajo de los costos de venta de IKF. en los productos de la relación, hagan números respecto a las demás cadenas y con los clientes horizontales la diferencia es abismal.

Esta semana ya está perdida, coordinare con IKF para la próxima semana y nos pondremos de acuerdo

F

-----Mensaje original----- **De:** Julio [Arcángel] **Enviado el:** Jueves, 24 de Enero de 2008 14:29 **Para:** Francisco [Albis] **CC:** Iván [Arcángel]; Carlos [Arcángel] **Asunto:** RE: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

Francisco,

Lamentablemente no podemos esperar…te adjunto correo que se explica por sí solo.

Saludos,

Julio

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Jueves, 24 de Enero de 2008 12:11 p.m. **Para:** Julio [Arcángel] **Asunto:** RE: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

Julio, te pido por favor tengas un poco de paciencia, hoy están cambiando los precios debemos por lo menos esperar hasta las 6 PM para que los precios se ajusten al 100%, tenemos que ser tolerantes si queremos ordenar los precios hoy por la tarde (4 PM) me confirmaran si ya acabaron con los cambios.

Gracias

F

-----Mensaje original----- **De:** Julio [Arcángel] **Enviado el:** Jueves, 24 de Enero de 2008 10:13 **Para:** Francisco [Albis] **Asunto:** RE: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

Hola Pancho,

Te envío B/V de Inkafarma donde no cumplieron lo acordado…lamentablemente estamos regresando a nuestros precios anteriores.

Saludos,

Julio

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Miércoles, 23 de Enero de 2008 06:03 p.m. **Para:** Julio [Arcángel] **Asunto:** RV: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

Hola Julio, hoy estuve en IKF y te confirmo que mañana cambian los precios de las distorsiones del norte (Archivo Excel, hoja ENERO)

Y el cuadro de los conciliados entre todas las cadenas los cambiamos a partir del 1/Febr.

Favor coordinar los cambios

Un abrazo

Francisco.

-----Mensaje original----- **De:** Francisco [Albis] **Enviado el:** Lunes, 21 de Enero de 2008 12:41 **Para:** Julio [Arcángel] **Asunto:** RV: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

Julio te envío la relación de productos para que iniciemos este ordenamiento a partir del jueves 24/01ya converse con IKF y quiero darles el tiempo suficiente para que no haya excusas, también me das tiempo para coordinar con BTL, y hablar nuevamente con FASA y las otras cadenas, Felicidad, B&S, Metro –Wong, MIFARMA.

El primer cuadro es el reclamo de IKF, y el segundo cuadro son los productos conciliados que debemos trabajar con todas las cadenas.

Cualquier duda nos comunicamos.

Saludos cordiales,

Francisco.

-----Mensaje original----- **De:** Francisco [Albis] **Enviado el:** Lunes, 21 de Enero de 2008 10:09 **Para:** Julio [Arcángel] **Asunto:** RE: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

Perfecto Julio, sobre todo los productos que te envié, lo que quería coordinar contigo es el precio final, mi idea es poner **[CONFIDENCIAL]** de margen sobre el costo de IKF,

si estás de acuerdo me avisas para coordinar con IKF y Felicidad, no te preocupes esta vez.

Tiene que cumplir IKF está muy dolido y ellos son los que ahora me convocaron a la reunión.

Por favor incluye a Gamalate x 60 grageas, precio conciliado S/ 120.40.

Saludos cordiales,

F

-----Mensaje original----- **De:** Julio [Arcángel] **Enviado el:** Lunes, 21 de Enero de 2008 **Para:** Francisco [Albis] **Asunto:** RE: PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

Hola Pancho… Creo que debemos regularizar juntos las cadenas, Arcángel, Felicidad e Inkafarma… lo de Fasa podemos esperar hasta Febrero… pero como entenderás por experiencias en el pasado (Huancayo y Barranca) Inkafarma te pide que regularicemos nosotros y luego nunca regulariza y eso también nos genera pérdida de valor para el grupo…te sugiero que coloques una fecha para que las 3 cadenas regularicemos y salimos a medir en el mercado si se cumplió el acuerdo.

Saludos,

Julio

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Sábado, 19 de Enero de 2008 09:10 a.m. **Para:** Julio [Arcángel] **Asunto:** PRECIOS MERCADO LPAlbisfarma

Hola Julio, durante la semana que está pasando tuve reuniones con las diferentes cadenas para ver la situación del control de precios tenemos muchas distorsiones y con gran diferencia principalmente en la cadena Arcángel ya que como entenderás Uds. tienen un margen alto para soportar las distorsiones que se están ocasionando, Inkafarma acepto trabajar nuevamente con el control de precios y pide se regularice la relación que te estoy enviando , es de suponer que en algunos casos ellos mismos ocasionaron estas diferencias la idea es ordenar, en el caso de FASA quiere empezar a partir de Febr. ya que con el cambio de gerencia tienen algunas dudas con la nueva política pero no tenemos muchos problemas con esta cadena no distorsiona como IKF, en el caso de BTL, B&S, MIFARMA ,METRO-WONG no tienen ningún problema de iniciar nuevamente este ordenamiento.

Como bien sabes tengo la especial tarea que me encomienda la GG y Gcia de MKT. Para llevar este tema de la mejor forma posible y evitar que principalmente IKF pida más descuentos para llegar a tus precios, esto genera una pérdida de valor para el grupo,

la última vez no pidió los productos de la relación ya que dice esta con margen negativo y no tiene ningún interés de comprar para perder.

Cualquier sugerencia lo coordinamos

Saludos cordiales,

F.

Posteriormente, se acordó que el nuevo inicio para que incorporación de la política de precios sugeridos será el 1 de febrero de 2008 a las 8:00 a.m. e incorporaría los siguientes productos: Vasexten 10 mg x 20 caps., Sedotropina gts. y Darvon N compto x 100 caps. Ello puede observarse de la lista incorporada como anexo al correo enviado por Francisco (ALBIS), el cual diferenciaba entre los productos que se iban a sumar a la observancia de los precios sugeridos y aquellos que ya estaban incorporados[411] (los cuales se mantenían dentro del margen establecido). No obstante, hubo un ligero problema, uno de los agentes económicos consideró conveniente no aplicar dicha política de precios:

Correo 2

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Viernes, 01 de Febrero de 2008 06:46 p.m. **Para:** Eliana [Albis] **Asunto:** RV: Precios conciliados LP Albis**.**

Eliana, el control de precios está costando sudor y lágrimas, Lee esta linda novela

IKF al 100% se portaron super bien

FASA no nivelo tres productos

Arcángel se equivocó en varios productos pero rectificaron espero que IKF no lo tome a mal

F

De: Antenor [Fasa] **Enviado el:** Viernes, 01 de Febrero de 2008 06:28 p.m. **Para:** 'Francisco' [Albis] **CC:** Christian [Fasa] **Asunto:** RE: Precios conciliados LP Albis.

Francisco

No te preocupes entiendo que todos estamos presionados por llegar a nuestros objetivos.

Un abrazo y buen fin de semana

Antenor

---

[411] Los productos que se encontraban conciliados fueron los siguientes: Sedotropina Flat por 15 mililitros; Glidiabet 5mg. Por 100 comprimidos, Aneurin Forte por 30 grageas, Digravin por 100 tabletas, Gamalate por 60 grageas, Nucleo cmp.Forte por 20 cápsulas, Somazina 500mg por 10 comp. , Tricana caja por 100 comprimidos, Gamalate sol. por 80 mililitros, Dislep 35 miligramos por 20 comprimidos, Anginovag frasco por 10 mililitros, Contratuvex gel por 20 gramos, Tridenovag tubo por 15 gramos, Gyno Zalain crema vaginal, Tiorfan 100 miligramos por 18 sobres, Ilonose solución tópica, Leucobasalm 10% PDA, Ilonose 125 miligramos suspensión, Ilosone 250 miligramos suspensión, Mialgin inyección más jeringa, Vitacose inyección más jeringa, Vitacose jarabe, Vasexten 10 miligramos por 20 cápsulas, Sedotropina gotas, y, Darvon N compuesto por 100 cápsulas.

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Viernes, 01 de Febrero de 2008 06:22 p.m. **Para:** Antenor [Fasa] **CC:** Christian [Fasa] **Asunto:** RE: Precios conciliados LP Albis.

Antenor.

Por favor no lo tomes a mal el término, les pido las disculpas del caso pero quisiera que se pongan en mi lugar, recibí decenas de llamadas Tlfs., correos de las demás cadenas, no es bueno perder la credibilidad de esta forma, continuare coordinando para que todo quede OK

Un abrazo

Francisco

De: Antenor [Fasa] **Enviado el:** Viernes, 01 de Febrero de 2008 05:58 p.m. **Para:** Francisco [Albis] **CC:** Christian Randich Tejeda [Fasa] **Asunto:** RE: Precios conciliados LP Albis.

Francisco

No considero apropiado el término indicado.

Los cambios acordados se respetaron, hubo un problema en el sistema que dejo 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

atte.

Antenor

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Viernes, 01 de Febrero de 2008 05:11 p.m. **Para:** Christian [Fasa] **CC:** Antenor [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 grageas, Núcleo CMP Caps, favor revisar archivo.

Tengo aun tiempo hasta las 5.30 PM para que me confirmen si procederán a conciliar precios

Favor espero tu comunicación

Atte.

F.

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Jueves, 31 de Enero de 2008 03:20 p.m. **Para:** 'Christian'[Fasa] **Asunto:** RE: Precios conciliados LP Albis.

Gracias Cristian.

Estoy saliendo de la oficina cualquier urgencia mis telfs. Son:

(…)

F.

De: Christian [Fasa] **Enviado el:** Jueves, 31 de Enero de 2008 03:13 p.m. **Para:** Francisco [Albis] **CC:** Antenor [Fasa] **Asunto:** RE: Precios conciliados LP Albis.

Francisco,

Lo reviso y te aviso.

Saludos,

Christian

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** jueves, 31 de enero de 2008 15:10 **Para:** Antenor [Fasa] **CC:** Christian [Fasa] **Asunto:** RE: Precios conciliados LP Albis.

OK, gracias Antenor.

Cristian cualquier comentario por favor estoy para servirte, los precios de FASA en varios ítems son muy similares a los del archivo no hay grandes diferencias

Saludos cordiales,

Francisco

De: Antenor [Fasa] **Enviado el:** Jueves, 31 de Enero de 2008 12:59 p.m. **Para:** Francisco [Albis] **CC:** Christian[Fasa] **Asunto:** RV: Precios conciliados LP Albis.

Datos adjuntos: PRODUCTOS CONCILIADOS LP ALBIS FARMA.xls (15 KB)

Hola Francisco

Estoy copiando a Christian quien está a cargo de este tema para que lo vea contigo

Saludos.

Antenor

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Jueves, 31 de Enero de 2008 11:41 a.m. **Para:** Antenor [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 la situación de los productos conciliados (archivo adjunto) me comento que ya lo tenía 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

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Miércoles, 30 de Enero de 2008 06:07 p.m. **Para:** 'Alejandro' [Fasa] **Asunto:** RV: Precios conciliados LP Albis.

Hola Alejandro, estamos a la espera de tu confirmación sobre el tema de los precios.

Saludos cordiales,

Francisco

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Miércoles, 30 de Enero de 2008 09:22 a.m. **Para:** 'Alejandro' [Fasa] **Asunto:** Precios conciliados LP Albis.

Hola Alejandro, durante toda esta última semana se coordinó con las todas las demás cadenas para reordenar nuestros precios sobre todo en productos de alta rotación, observando tus precios no abra mayor diferencia para nivelarlos con los demás pero deberán ser los mismos del archivo adjunto, te pido el gran favor mandarlos cambiar para evitar que IKF tenga la excusa que FASA no los cambio, 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

El laboratorio proveedor (ALBIS) presenta una situación de disconformidad con la postura comercial que estaba tomando uno de los agentes distribuidores, BOTICAS FELICIDAD, al mostrarse reacio a ser partícipe en la estrategia propuesta y relacionada con la aplicación de precios sugeridos; sin embargo, este tratará de convencerlo a toda costa para evitar un malestar y reclamos por parte de los demás agentes distribuidores:

Correo 3

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** viernes, 01 de febrero de 2008 11:28 a.m.

Para: Luis [Albis] **CC:** Eliana [Albis] **Asunto:** RV: Precios conciliados LP Albis.

Lucho, que paso no coordinaron, hablé contigo con Eliana, con Karina y no funciono, ojo si todo este asunto se cae por culpa de Nortfarma no voy a reconocer la N/A de este mes, en este asunto está metido hasta la GG. No puedo quedar tan mal por culpa de Nortfarma.

Hable con Susana y me dice que lo hará para ahora a medio día verifica y conversa con ella, antes que IKF

Envíe boletas escaneadas

F

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Viernes, 01 de Febrero de 2008 11:06 a.m. **Para:** 'Susana' [Nortfarma] **Asunto:** RE: Precios conciliados LP Albis.

Susana, tú 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 verificaran los precios y si encuentran diferencias los bajaran 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

De: Susana **Enviado el:** Viernes, 01 de Febrero de 2008 10:54 a.m. **Para:** Francisco [Albis] **Asunto:** RE: Precios conciliados LP Albis.

BUENOS DIAS SR. EL DIA 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 ESTAN CUMPLIENDO.

ATENTAMENTE

SUSANA.

De: Francisco **Enviado el:** mié 30/01/2008 17:56 **Para:** Susana [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

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Miércoles, 30 de Enero de 2008 12:59 p.m. **Para:** 'susana' [Nortfarma] **Asunto:** RV: Precios conciliados LP Albis.

Susana buenas tardes, durante toda esta última semana se coordinó con las todas las cadenas para reordenar nuestros precios sobre todo en productos de alta rotación, observando tus precios no abra 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[412]

Como podemos observar, pese a que se había establecido una fecha determinada (01 de febrero de 2008), en la realidad existieron dos factores que conllevaron a que se postergara un día el hecho de tener a los precios sugeridos como precio base en la determinación de los precios ofrecidos al consumidor, el primero de ellos lo encontramos en la falta de cumplimiento realizado por BOTICAS FELICIDAD, mientras que el segundo de ellos lo encontramos, en la falta de cumplimiento de FASA. Por ello, podemos concluir que tenemos como nueva fecha de cumplimiento el día 2 de febrero de 2008, y la confirmación la encontramos en la siguiente cadena de correos:

Correo 4

De: Antenor [Fasa] **Enviado el:** Lunes, 04 de Febrero de 2008 08:16 a.m. **Para:** Christian [Fasa] **Asunto:** RV: Reodenamiento PPSUG. LP Albis.

FYI

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Lunes, 04 de Febrero de 2008 08:16 a.m. **Para:** Maria [Albis] **Asunto:** Reodenamiento 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.

[412] La separación efectuada entre cada correo de dichas cadenas de correo, fue un agregado nuestro.

Por favor, si hubiera alguna variación en los siguientes días, comuníquense con el suscrito para coordinar y evitar el circulo vicioso, todos están poniendo de su parte tengo la seguridad que este pacto de caballeros dejara sus frutos.

Saludos cordiales,

Francisco

Gte. Comercial

Líneas Propias Albis"

Posteriormente, el 5 de febrero el proveedor (ALBIS) observó que existían tres productos adicionales (Sedotropina gts, Darvon compto x 100, Vasexten 10mg.) que no presentaban los ingresos esperados, y, su ingreso dentro de la estrategia de precio sugerido debería efectuarse el 8 de febrero a las 8 a.m.:

Correo 5

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** martes, 05 de febrero de 2008 07:00 p.m. **Para:** Maria [Albis] **Asunto:** Reodenamiento PPSUG. LP Albis.

Datos adjuntos: PRODUCTOS CONCILIADOS 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: **Sedotropina gts., Darvon compto x 100, Vasexten 10mg.** (así mismo 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

Gte. Comercial

Líneas Propias Albis.

Pese a la falta de prueba material, observamos que existen indicios razonables que permiten concluir que el 08 de febrero de 2008 se cumplió con la actuación indicada en los correos previos, sobre todo si se considera el correo enviado el 13 de febrero del 2008, mediante el cual se da a conocer que los tres productos fueron incorporados de manera exitosa y que aún se mantenían los productos mencionados en el correo del 1 de febrero del 2008. No obstante, el último correo mencionado agrega una situación adicional consistente en que un distribuidor pone en conocimiento a su proveedor que existen 25 productos surtidos por ALBIS que no le

generan la rentabilidad o margen a dicho distribuidor y, por lo tanto, solicita que "le arregle sus márgenes:

Correo 6

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** miércoles, 13 de febrero de 2008 10:15 a.m. **Para:** Hugo [Albis]; Carmen [Albis]; Víctor [Albis]; Javier [Albis]; Patricia [Albis] **CC:** Eliana [Albis] **Asunto:** Productos nuevos

Datos adjuntos: LOCALES actualizado IKF.xls (56 KB)

Buenos días con todos, les comento que ayer se trabajó 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 está 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 dejó lista para que lo revisen en IKF. así mismo están detectando no solo distorsiones de Arcángel, también de fcia/Bot. que reciben descuentos por encima del dscto de cadenas, esa situación es más complicada rectificar porque es a nivel horizontal.

Respecto al ingreso de los nuevos productos ahora piden se le envíe (formato Excel adjunto) las boticas en las que deberá existir el producto, si en 90 días no se mueve el 70% de lo adquirido procederán a la devolución (solo marcan de color amarillo) enviar directamente a:

[correo empresarial de Albis]

Respecto a Aneurin fte x 100, solicitara en la siguiente O/C ya que deberá bajar el stock de las cajas x 30.

Carmen ya recibió tu información con la distribución de tus productos por bot. Generará O/C el 26/02

Atte.

F

Como consecuencia de la situación indicada previamente, ALBIS como proveedor trató de que uno de sus más importantes compradores, INKAFARMA, consiga los márgenes esperados, pero sin implicar un aumento en el gasto en las relaciones comerciales mantenidas con el resto de sus clientes; asimismo, el proveedor tomó conocimiento que sus clientes no observaron ni cumplieron los precios sugeridos en uno de los productos (Núcleo CMP):

Correo 7

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** jueves, 14 de febrero de 2008 09:40 a.m. **Para:** Julio [Arcángel] **CC:** Eliana [Albis] **Asunto:** RE: NUCLEO CMP

Julio, se está coordinando con IKF los precios PPSUG con los cuales se manejara el mercado, mi consejo es que mantengas estable 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 verifico 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 está coordinando los precios de todos los productos de LP.

Saludos,

F

De: Julio [Arcángel] **Enviado el:** Miércoles, 13 de Febrero de 2008 04:21 p.m. **Para:** Francisco [Albis] **Asunto:** NUCLEO CMP **Importancia:** Alta

Pancho,

La competencia ya empezó a bajar los precios…PPS 43.00

Saludos,

Julio

Nuevamente, INKAFARMA baja significativamente el precio de un producto (Sedotropina Flat) y dicha situación no pasa desapercibida ante el resto de los agentes económicos distribuidores, concibiéndose como la presencia de mejoras significativas en las relaciones comerciales con el proveedor (ALBIS), por ello, le comunicaron a este último de dicha situación:

Correo 8

De: Luis [Albis] **Enviado el:** lunes, 25 de febrero de 2008 09:50 a.m. **Para:** Fausty [Albis] **CC:** Francisco [Albis] **Asunto:** RV: PRECIO DE SEDOTROPINA FLAT 22.02.08

Fausty INKAFARMA sigue sin respetar los precios establecidos lo cual crea un desorden total y un desconcierto con el resto de cadenas en el caso de Norfarma. Deysy amenaza con no comprar nada de las líneas propias

Atentamente

Luis

De: Susana [Nortfarma] **Enviado el:** lun 25/02/2008 9:41 **Para:** Carlos [Albis] **CC:** **Lu**is [Albis] **Asunto:** PRECIO DE SEDOTROPINA FLAT 22.02.08

BUENOS DIAS SR. [Carlos][413] 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 TAMBIEN ESTAMOS BAJANDO NUESTROS PRECIOS.

SUSANA

LOG. MEDICINA

NORTFARMA SAC

Para el 27 de febrero de 2008, ALBIS (proveedor) se comunica con ARCÁNGEL (su distribuidor directo y propio), como consecuencia de la solicitud presentada para mejorar sus márgenes de competitividad traducidos en mejoría en los precios y para poder potenciar algunas ventas mayoristas, que simbolicen mejores precios para que los volúmenes de venta presenten ventajas; como consecuencia se puso en contacto con INKAFARMA para establecer los precios sugeridos y le indicó que debería evitarse la venta a distribuidores mayoristas:

Correo 9

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** miércoles, 27 de febrero de 2008 08:41 a.m. **Para:** Carlos [Arcángel] **CC:** Stefan [Albis]; Gustavo [Arcángel]; Eliana [Albis] **Asunto:** RE: Precios

Hola Carlos, ayer estuve en IKF, y hoy por la tarde precisamente terminaremos de ver los precios, una vez definido les pasare la relación para establecerlos en la cadena, mi opinión es no vender a mayoristas ya que son los que al final distorsionaran el mercado, IKF amenaza en cobrarnos las diferencias y debemos evitar este problema.

Saludos cordiales,

F

De: Carlos [Arcángel] **Enviado el:** Martes, 26 de Febrero de 2008 03:25 p.m. **Para:** Francisco [Albis] **CC**: Stefan [Albis]; Gustavo [Arcángel] **Asunto:** Precios

Pancho, por favor necesito nos puedas apoyar con algunas ventas mayoristas que necesitamos realizar (ganar cobertura).

La idea no es ir contra el margen ni mucho menos, pero a lo mejor ganar cobertura en zonas donde no llegas (provincias y distritos).

[413] El nombre propio, consignado en corchetes, fue ingresado por el presente autor, con la finalidad de reemplazar el apellido de la persona receptora del mensaje.

Si nos das los precios a los que podemos vender (deben ser mucho más competitivos que IKF), sin necesidad de llegar a ser más bajos que los precios con los que sale nuestra fuerza de ventas Albis.

En espera de tu respuesta

Saludos cordiales,

C.

Para el 28 de febrero del 2008, ALBIS se comunicó con ARCÁNGEL con la finalidad de indicarle la serie de acuerdos comerciales arribada con uno de los competidores más fuerte del mercado de distribución. Ese mismo día, dicho distribuidor le informa a ALBIS de su malestar por el trato diferenciado que le estaba otorgando, en comparación con su competidor INKAFARMA, el cual, aparentemente, habría iniciado una "guerra de precios" al contar con mejores beneficios sobre todo si consideramos que ARCÁNGEL forma parte de la estructura empresarial de ALBIS, y, era lógico que obtenga mejores descuentos y menores costos en la adquisición de los productos; por otro lado INKAFARMA cuestionó la calificación otorgada a la estrategia comercial de los precios sugeridos:

Correo 10

De: Carlos [Arcángel] **Enviado el:** jueves, 28 de febrero de 2008 11:56 a.m. **Para:** Francisco [Albis] **CC:** Stefan [Albis]; Gustavo [Arcángel]; Julio [Arcángel]; Eliana [Albis] **Asunto:** RE: Precios controlados

Pancho, como te dije en la reunión, punto 2 y 3 estamos de acuerdo.

Punto 1, no sé porque le llamas controlados??? No estamos de acuerdo, el estar más caros que IKF en los productos de mayor rotación dará la idea al cliente que somos más caros y no solo en nuestra línea propia, sino en todos (percepción del cliente).

Prácticamente estamos reforzando su publicidad televisiva, donde siempre estarán más baratos que cualquier cadena… tal vez debería ser lo mismo para nosotros, ¿por qué no tener el precio de venta en los ítems "controlados" Arcángel 20 céntimos más bajo?...

Creo que no es una política adecuada la que estás usando, seguimos siendo presa fácil de la competencia, la estrategia debería ir por otro lado y no solo acceder (echarnos) ante una presión tan absurda.

Esto definitivamente traerá colas, como una caída en las unidades vendidas y obviamente una erosión en los resultados.

Espero puedas entender nuestra posición.

Saludos

C

-----Mensaje original----- **De:** Francisco [Albis] **Enviado el:** Jueves, 28 de Febrero de 2008 11:40 **Para:** Carlos [Arcángel] **CC:** Stefan [Albis]; Gustavo [Arcángel]; Julio [Arcángel]; Eliana [Albis] **Asunto:** Precios controlados

Datos adjuntos: PRECIOS CONTROLADOS y COSTOS IKF.xls (52 KB)

Carlos, de acuerdo a nuestra conversación llevada a cabo en tu oficina te hago llegar los archivos de los precios controlados y costos IKF

1.- La lista de CONTROLADOS considera a 19 productos de LP, de estos precios IKF ajustara para abajo unos céntimos.

2..-OTROS A relación de 40 productos de mediana rotación con los costos que facturamos a IKF.

3.-OTROS B relación de 71 productos de menor rotación con costos IKF

Para los casos 2 y 3 la idea es trabajar con los precios del mercado y en último caso no bajar de los costos IKF para evitar reclamos por perdida de margen.

Esperamos tu confirmación para reiniciar con este tema a partir de este 1ero de Marzo

Saludos cordiales,

F

Para el 28 de marzo de 2008, FASA observó que INKAFARMA presentaba diferencias en los precios sugeridos acordados con el laboratorio GRUNENTHAL, al ofrecer al consumidor precios por debajo del precio sugerido, en el producto Megacilina oral, para verificar ello, solicita que un miembro de su personal salga a comprar en los locales de Huaylas:

Correo 11

De: Veronica [Fasa] **Enviado el:** Viernes, 28 de Marzo de 2008 12:41 p.m. **Para:** Miguel [Fasa]; Christian [Fasa] **Asunto:** RE: distorsión precio Megacilina oral-Grunenthal

gracias Miguel, quedamos a la espera de las boletas

De: Miguel [Fasa] **Enviado el:** Viernes, 28 de Marzo de 2008 11:48 a.m. **Para:** Christian [Fasa]; Veronica [Fasa] **Asunto:** RV: distorsión precio Megacilina oral-Grunenthal **Importancia:** Alta

me están pasando la boleta.

De: [CONFIDENCIAL] Enviado el: Viernes, 28 de Marzo de 2008 11:40 AM **Para:** Miguel [Fasa] **Asunto:** Re: distorsión precio Megacilina oral-Grunenthal **Importancia:** Alta

Miguel:

En relación a lo observado, el día de hoy se ha visitado tres puntos de venta en los que el precio encontrado es de S/.1.09 (se ha realizado compras para sustentar el precio)

- Inkafarma Huaylas 402 S/.1.09
- Inkafarma Huaylas 713 S/.1.09
- Inkafarma Cavenecia cdra. S/.1.09

Agradeceré confirmen si se envía boletas de compra.

Atte.

[CONFIDENCIAL]

----- Original Message -----

From: Miguel [Fasa]

To: [CONFIDENCIAL]

Sent: Thursday, March 27, 2008 7:09 PM

Subject: RV: distorsión precio Megacilina oral-Grunenthal

[CONFIDENCIAL], necesito me des explicación, sobre estas observaciones de los proveedores.

nosotros ratificamos la información que nos proporcionas, en este local el laboratorio ha comprado el producto y no está al precio que ustedes indican en los archivos de levantamiento, y ésta semana de vuelta nos llega ésta misma información.-.

puedes por favor comprar, este producto urgente en este punto.(Locales de Inka de Huaylas)

estamos en riesgo de credibilidad.-.

Miguel

De: Mariella [Grünenthal] **Enviado el:** Miércoles, 19 de Marzo de 2008 04:46 p.m. **Para:** Alí [Grünenthal]; veronica [Fasa] **CC:** Marcos **Asunto:** distorsión precio Megacilina oral-Grunenthal

Estimada Verónica

Tal como conversamos ayer martes 18 para nosotros es lamentable seguir encontrando diferencias de precios con MEGACILINA ORAL TABLETAS

Como pudiste apreciar en el sustento que te dejé, el reclamo del área de precios de FASA con respecto al precio de Inkafarma Huaylas no era exacto ya que ese local tiene un precio público de 1,28 y no 1,16 como se planteó en el mail que me enviaste.

También te he dejado muestreo de precios donde incluso FASA está con precio público 1,09, bastante por debajo del costo.

Esta distorsión en el precio público nos origina constantes reclamos de otros clientes, pérdida de credibilidad y nos perjudica enormemente.

Te agradecería que pudieses solicitar una respuesta al área de precios de FASA ya que de haber estado a 1,30 (que ya era bajo el costo) ha seguido incrementando la distorsión y no nos dan una razón concreta, siendo nosotros quienes constantemente hemos tratado de ofrecer soluciones incluso tal como te comenté proponíamos una fecha para conciliar, opción que tampoco ha sido aceptada

Te pido por favor nos apoyes a aclarar este tema lo más pronto posible

Saludos

Mariella

Grünenthal Peruana S.A.

Representante Cadenas

El laboratorio JOHNSON & JOHNSON fijó el 12 de mayo de 2008 como fecha de estandarización de precios mínimos sugeridos al público, para evitar que los agentes económicos con los que establecen relaciones comerciales se vean inmersos en una guerra de precios negativa que pueda conllevar a la salida de alguno de ellos del mercado farmacéutico:

Correo 12

De: Mariano [CONPE] [J&J] **Enviado el:** miércoles, 07 de mayo de 2008 12:11 p.m. **Para:** Carlos [Arcángel]; Magaly [Arcángel]; Julio [Arcángel] **CC**: Ana [Arcángel] **Asunto:** Estandarización de precios al público OTC **Datos adjuntos:** Precios al Público OTC.xls (35 KB)

Importancia: Alta

Estimado Carlos / Julio:

Siempre con el objetivo de reforzar nuestras relaciones comerciales y mejorar el aporte de nuestras marcas a su negocio solicitamos su máximo apoyo y celeridad para lograr el objetivo conjunto de estandarización de precios mínimos.

El día 12 de Mayo del 2008, se ha fijado como fecha única de estandarización de precios "mínimos sugeridos" al público en nuestros productos OTC.

Dicha medida tiene como objetivo:

Generar márgenes atractivos para la cadena y reactivar los incentivos al dependiente de dichos SKus. No por el contrario, apoyar guerras de precios que reduzcan el margen de la cadena o traslado de mercadería a otros canales, ya que el diferencial que Johnson &

Johnson otorga (descuentos) a cadenas de farmacias no es trasladado al dependiente o margen para la cadena sino al consumidor.

Esto permitirá que tengamos una situación de mutua ganancia ya que la cadena, los dependientes, y las marcas se verán apoyados con estos descuentos

Se tiene el compromiso del resto de cadenas, mediante el cual todas van a estandarizar los precios al público en la fecha pactada, en todos sus puntos de venta a nivel nacional.

Adjunto se está enviando un archivo, con los datos a actualizar. Se incluye la marca Listerine.

De antemano muchas gracias por su apoyo en este gran esfuerzo que nos permitirá seguir sirviéndolos con marcas valiosas y sin distorsiones de precios.

Cordialmente,

Mariano

Unidad de Desarrollo de Negocios Drug&Pharma Johnson & Johnson del Perú S.A. Consumer& Personal Care.

Para el 23 de mayo del 2008, los precios de unos productos de la línea propia de ALBIS, que se encontraban fuera de las tratativas, empezaron a presentar poca rentabilidad para unos agentes económicos (de manera específica, para BOTICAS FELICIDAD), en comparación con sus competidores (INKAFARMA). Dicha situación fue comunicada a ALBIS, proveedor, bajo observación de no seguir adquiriendo dichos productos que representan un gasto para dicho agente; sin embargo, de manera interna, se pone en conocimiento que BOTICAS FELICIDAD tenía similares descuentos que INKAFARMA y se aclara la situación (el problema no radicaba en los descuentos sino en que los precios sugeridos mínimos no les era rentable):

Correo 13

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** viernes, 23 de mayo de 2008 11:04 a.m. **Para:** Eliana [Albis]; Herbert [Albis]; Manuel [Albis]; Manuel [Albis]; Luis [Albis] **CC:** Raúl [Albis]
Asunto: RE: NORFARMA

El problema es el que te comente esta mañana, Arcángel e IKF bajaron sus precios de otros productos (no controlados) hasta el último nivel del acuerdo y son precios que a Nortfarma no le dejan margen, lo que voy a coordinar con ambas cadenas es subir los precios publ. con mayor margen para que Nortfarma no se vea afectado tengo cita la próxima semana con IKF y Arcángel tendrán que cambiar sus precios.

De esto ya se le informo a Susana (Adm. de Nortfarma) esta presionando también por otro lado.

F

De: Eliana [Albis] **Enviado el:** Viernes, 23 de Mayo de 2008 10:51 a.m. **Para:** Herbert [Albis]; Manuel[Albis]; Manuel [Albis]; Francisco [Albis]; Luis [Albis] **CC:** Raúl [Albis] **Asunto:** RE: NORFARMA

Hay acuerdo de precios con Nortfarma y los descuentos son similares a IF.

Francisco/Lucho esperamos sus comentarios y seguimiento al respecto.

E

De: Herbert [Albis] **Enviado el:** viernes, 23 de mayo de 2008 10:44 **Para:** Eliana [Albis]; Manuel [Albis]; Manuel [Albis] **CC:** Raúl [Albis] **Asunto:** NORFARMA

Eliana, NORFARMA no nos quiere comprar, porque en las líneas propias tiene una diferencia de precios con ANDINA de SALUD e INKAFARMA, puedes revisar este tema.

Una situación similar ocurrió con el laboratorio Lukoll (dedicado a la importación y exportación de productos farmacéuticos a nivel nacional), el cual aparentemente había acordado, con los agentes distribuidores (ANDINA y ARCÁNGEL) sobre la "nivelación" de los precios de una serie de productos; pese a que uno de los agentes distribuidores cumplió con lo pactado, su competidor presentaba precios por debajo de los márgenes de ganancia igualitaria. Por ello, ARCÁNGEL le comunicó su malestar respecto del precio que estos, aparentemente, otorgaban respecto de sus productos, concretamente del FLUIMUCIL, de la siguiente manera:

Correo 14

De: Julio [Arcángel] **Enviado el:** miércoles, 16 de julio de 2008 12:33 p.m. **Para:** Magaly [Arcángel] **CC:** Gisela [Arcángel] **Asunto:** RV: Precios Lukoll

Datos adjuntos: 013-2678371.jpg (135 KB); 159-0079546.jpg (107 KB)

Magaly,

Este fue el e-mail que se envió oportunidad del cual no se obtuvo respuesta alguna.

Saludos,

Julio

De: Julio [Arcángel] **Enviado el:** Martes, 17 de Junio de 2008 11:07 a.m. **Para:** Luis [Lukoll] **CC:** Gisela [Arcángel] **Asunto:** Precios Lukoll

Estimado Luis,

A una semana de nuestra conversación en Andina podemos sacar las siguientes conclusiones:

1.- A pesar de haber nivelado nuestros precios y habiendo un compromiso de su parte con nosotros por enviarnos las Boletas de Venta de la competencia durante la semana pasada a fin de demostrarnos que la competencia había nivelado sus precios, no recibimos comunicación alguna por parte de ustedes.

2.- Debido a lo antes mencionado, hemos salido a levantar los precios en la competencia, dándonos con la lamentable sorpresa que los precios no han sido nivelados:

PRODUCTO PR. ARCANGEL PR. COMPETENCIA

FLUIMUCIL 100 MG. x 30 SOB. 44.00 39.00

FLUIMUCIL 100MG FCO. X 120 ML 27.20 20.85

FLUIMUCIL 10% 5 AMP X 3 ML 44.40 41.10

3.- Como verás en el tema de Fluimucil, los precios que maneja la competencia son prácticamente nuestro costo y en el segundo producto está muy por debajo de nuestro costo.

Te estoy adjuntando Boletas de Venta al respecto.

Saludos,

Julio**.**

ALBIS le indicó a ARCÁNGEL que, desde el 10 de junio, estaban realizando las relaciones comerciales con todos los distribuidores minoristas con el mismo precio, esto es, aparentemente, a ninguno de ellos le atribuían beneficio superior alguno. No obstante, de manera posterior, enviaron un correo interno mediante el cual se indicó que toda comunicación con INKAFARMA se dé de la manera más confidencial posible, sin que exista evidencia de las posibles tratativas a las que pudieran arribar:

Correo 15

De: Stefan [Albis] **Enviado el:** miércoles, 09 de julio de 2008 11:39 a.m. **Para:** Eliana [Albis] **Asunto:** RE: Atención orden de compra InkaFarma

Eliana,

Como están con los precios? Se han nivelado?

Pf que toda comunicación con IKF sea directa (NADA POR ESCRITO pf) personalmente. Por ultimo vía teléfono….

Saludos cordiales,

S

De: Eliana [Albis] **Enviado el:** Miércoles, 09 de Julio de 2008 11:34 a.m. **Para:** Stefan [Albis] **Asunto:** RV: Atención orden de compra InkaFarma

Están insistiendo en que atendamos su orden de compra….

Aquí la respuesta de F.

Eliana

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** miércoles, 09 de julio de 2008 9:10 **Para:** Frida [Droguería los Andes-Eckerd] **Asunto:** RE: Atención orden de compra

Hola Frida.

Hoy viene a la oficina para ver este caso, como te había comentado en su oportunidad, LÍNEAS PROPIAS subió sus precios a partir del 10/6 y estamos facturando a todos nuestros clientes sin excepción con los precios nuevos (incluye Arcángel).

Saludos cordiales,

F

De: Frida [Eckerd] **Enviado el:** Lunes, 07 de Julio de 2008 04:42 p.m. **Para:** Francisco [Albis] **CC:** Gina [Eckerd] **Asunto:** Atención orden de compra

Estimado Francisco:

Desde la mañana estuve llamándote por teléfono y te dejé un mensaje.

Quisiera saber al respecto de la última orden de compra que trabajamos, por qué no fue atendida.

Espero tu respuesta.

Atte. Frida

Dpto. Compras

FASA, internamente, observa que su competidor más importante tenía el precio sugerido como precio base, procedió a comunicar a su área correspondiente la necesidad de cambiar el precio público del producto Cresadex y adecuarlo en base al precio sugerido indicado por su proveedor:

Correo 16

De: Veronica [Fasa] **Enviado el:** Martes, 08 de Julio de 2008 12:28 p.m. **Para:** Christian [Fasa] **CC:** Susana [Fasa] **Asunto:** Regulación de precio público Cresadex

Datos adjuntos: Regulación de precio público Cresadex.xls (22 KB)

Christian, por favor aprobar el cambio de precio público de Cresadex.

De la situación inicial en la que el margen era **[CONFIDENCIAL]** pasaríamos a **[CONFIDENCIAL]**

Inka Farma ya tiene el precio regulado.

Es un producto que está fuera de la canasta

Verónica

Category Manager - Farma Rx

Farmacias Peruanas S.A.

Nuevamente, el Laboratorio GRÜNENTHAL le pide a FASA que aplique el precio sugerido indicado al producto Megacilina (considerando que estaban en una situación similar con el Cinageron), ya que, no podrían solventar el mantenimiento de dicho producto si seguía en una situación donde la maximización de los beneficios esperados era nula; sin embargo, antes de mostrar su aceptación o no, Fasa le indica que lo hará si INKAFARMA también lo hace.:

Correo 17

De: Veronica [Fasa] **Enviado el:** Jueves, 10 de Julio de 2008 07:43 p.m. **Para:** Christian [Fasa] **Asunto:** RE: Megacilina INKAFARMA

Para mañana

De: Christian [Fasa] **Enviado el:** Jueves, 10 de Julio de 2008 07:42 p.m. **Para:** Veronica [Fasa] **Asunto:** RE: Megacilina INKAFARMA

Lo conversamos mañana porque este tema es delicado.

Precios debe confirmar el precio en Inkaf.

Para cuándo debe hacerse este cambio??

De: Veronica [Fasa] **Enviado el:** jueves, 10 de julio de 2008 19:09 **Para:** Christian [Fasa] **Asunto:** RV: Megacilina INKAFARMA

Datos adjuntos: boleta de venta.jpg (178 KB)

Christian por favor dar tu conformidad para que puedan cambiar el precio. La idea es hacerlo en forma sincronizada con las demás cadenas.

Ya hemos trabajado con otra presentación de Megacilina, y hasta el momento se está respetando el acuerdo.

El precio que nos solicitan es S/.14.90

De: Mariella [Grünenthal] **Enviado el:** Jueves, 10 de Julio de 2008 12:10 p.m. **Para: Veronica [Fasa] CC: Ali [Grünenthal] Asunto: Megacilina INKAFARMA**

Hola Veronica

Cumpliendo con mi compromiso estamos haciendo la regularización de precios público, en la tarde te paso Cinageron boleta de eckerd

Estoy viendo también Megacilina KIT, pero tengo un problema y es que en el norte TODOS están bajo el costo, pero el más bajo corresponde a FASA por casi 5 % de diferencia

NORTFARMA 13,91

INKAFARMA 13,90

FASA 13,30

La propuesta que tenemos es salir mañana a 14,90 y mantenerlo 24 horas TODOS, puedo contar contigo?

---------- Forwarded message ---------- From: Mariella <Grünenthal> **Date:** 10-jul-2008 12:02 **Subject:** Fw: Rv: boletas de venta megacilina **To: mariella <Grüenenthal> Representante Cadenas**

----- Forwarded Message ---- From: Jenny To: Amaro; mariella [Grünenthal] Sent: Thursday, July 10, 2008 11:37:54 AM Subject: Rv: boletas de venta megacilina

--- El jue 10-jul-08, Manuel escribió:

De: Manuel **Asunto: boletas de venta megacilina A:** J [Grünenthal] **Fecha:** jueves, 10 julio, 2008, 11:35 am

Mariella Grunenthal Peruana S.A.

Representante Cadenas

El laboratorio GRUNENTHAL, aparentemente, habría mantenido conversaciones con los agentes distribuidores, con la finalidad de que estos tengan como precio base el precio sugerido en el producto Megacilina Kit inyectable; sin embargo, FASA no acepta de manera inmediata dicha solicitud, sino que, le pone como condición a dicho proveedor el envío previo de la boleta de INKAFARMA en la que se puede observar que el precio de ellos cumple con lo solicitado:

Correo 18

 Primera cadena:

3 Ver nota al pie 59 del Anexo 1.

De: Veronica [Fasa] **Enviado el:** Viernes, 11 de Julio de 2008 01:08 p.m. **Para:** Mariella [Grünenthal] **CC:** Ali [Grünenthal]; Christian [Fasa] **Asunto:** RE: MEGAINYKIT 14,90

Mariella, por favor necesito la boleta de inka farma, apenas me la mandes nosotros cambiamos el precio

-----Mensaje original-----

De: Mariella [Grünenthal]

Enviado el: Viernes, 11 de Julio de 2008 12:18 p.m.

Para: Veronica [Fasa]

CC: Ali [Grünenthal]

Asunto: MEGAINYKIT 14,90

Hola Veronica

te estoy adjuntando 3 boletas de

Megacilina KIT inyectable 100000 14,90

son 3 locales de Nortfarma, necesito que me confirmes tu precio también a 14,90 en todos los locales, te voy a adjuntar la boleta de inka pero requiero también tu ayuda.

Este precio público es el mínimo que se debe encontrar, el precio público lo marcan los clientes, pero lo que estamos haciendo es poner un mínimo de seguridad para todos, y sacarlos de la venta bajo el costo que se está dando actualmente.

Mariella

Grunenthal Peruana S.A.

Representante Cadenas

 Segunda cadena:

De: Veronica [Fasa] **Enviado el:** Viernes, 11 de Julio de 2008 01:04 p.m. **Para:** Christian [Fasa] **Asunto:** RE: MEGAINYKIT 14,90

Es el mail que te envié ayer, están conciliando el precio de mercado, nosotros lo tenemos a S/.13.3 y piden que lo subamos a S/.14.9, lo que nos conviene puesto que actualmente las condiciones son las siguientes:

costo **[CONFIDENCIAL]**

Precio actual 11.176 (sin igv)

Nuevo precio 12.521 (sin igv)

MG actual **[CONFIDENCIAL]**

MG nuevo **[CONFIDENCIAL]**

-----Mensaje original-----

De: Christian [Fasa]

Enviado el: Viernes, 11 de Julio de 2008 01:01 p.m.

Para: Veronica [Fasa]

Asunto: RE: MEGAINYKIT 14,90

Que pasa con esto??

-----Mensaje original-----

De: Veronica [Fasa]

Enviado el: viernes, 11 de julio de 2008 12:18

Para: Christian [Fasa]

Asunto: RV: MEGAINYKIT 14,90

Datos adjuntos: Felmegakit 14,90LAMBAY.jpg (17 KB); PIURAFELmegakit14,90.jpg (406 KB)

Christian, me insisten con este tema.

-----Mensaje original-----

De: Mariella [Grünenthal]

Enviado el: Viernes, 11 de Julio de 2008 12:18 p.m.

Para: Veronica [Fasa]

CC: Ali [Grünenthal]

Asunto: MEGAINYKIT 14,90

Hola Veronica

te estoy adjuntando 3 boletas de

Megacilina KIT inyectable 100000 14,90

son 3 locales de Nortfarma, necesito que me confirmes tu precio también a 14,90 en todos los locales, te voy a adjuntar la boleta de inka pero requiero también tu ayuda.

Este precio público es el mínimo que se debe encontrar, el precio público lo marcan los clientes, pero lo que estamos haciendo es poner un mínimo de seguridad para todos, y sacarlos de la venta bajo el costo que se está dando actualmente.

Mariella

Grunenthal Peruana S.A.

Representante Cadenas

ALBIS en conocimiento de ARCÁNGEL, la lista de aquellos productos que debían tener como precio base el precio sugerido indicado en los documentos anexos; sin embargo, se nota una diferencia sustancial en el precio base que debe seguir INKAFARMA respecto a los mismos productos:

Correo 19

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** miércoles, 20 de agosto de 2008 12:03 p.m. **Para:** Carlos [Arcángel] **CC:** Julio [Arcángel]; Magaly [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

ALBIS, con fecha 20 de agosto, envió una comunicación con destinatarios ocultos, aparentemente estaría dirigido a los agentes distribuidores investigados. En dicha comunicación indicó que para el 1 de setiembre todos ellos tenían que cambiar los precios de los productos indicados, teniendo como precio base el precio sugerido. A los tres días posteriores, dicho agente se comunica con FASA para indicarle que INKAFARMA había verificado que ellos, aparentemente, no habían tenido en consideración lo acordaron y por ello cambiaron su precio de venta al público. No obstante, de las comunicaciones internas se deja constancia que los precios de venta al público habían observado los precios sugeridos indicados:

Correo 20

De: Alex [Fasa] **Enviado el:** Jueves, 04 de Septiembre de 2008 10:25 a.m. **Para:** Christian [Fasa] **CC:** Miguel [Fasa] **Asunto:** RE: PPSUG. Líneas 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

Precios y Mercado

BOTICAS FASA

De: Christian [Fasa] **Enviado el:** Jueves, 04 de Septiembre de 2008 09:31 a.m. **Para:** loc_anp [Fasa] **Asunto:** PPSUG. Líneas propias Albis.9/2,008

Miguel,

Se hicieron los cambios de Albis que te envié. Por favor confírmame.

Gracias,

Christian.

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** jueves, 04 de septiembre de 2008 9:09 **Para:** Christian [Fasa] **Asunto:** RV: PPSUG. Líneas propias Albis.9/2,008

Christian, buenos días referente a los precios conciliados pido tu apoyo para evitar que este asunto se desordene

IKF constato que FASA no cambio y ellos bajaron sus precios complicando todo el trabajo, te pido por favor órdenes a quien corresponda se cumpla este detalle, el beneficio es para todas las cadenas evitemos la guerra de precios y la consiguiente pérdida de márgenes.

Esperare tu confirmación

Gracias

Francisco.

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Miércoles, 20 de Agosto de 2008 11:42 a.m. **Para:** José [Albis] **CC:** Francisco [Albis] **Asunto:** PPSUG. Líneas propias Albis.9/2,008

Estimados clientes:

Previo afectuoso saludo, hago llegar la relación de productos con PPSUG que regirán a partir del 1°de Set/08 hora: 8 AM, se envía con la debida anticipación pidiéndoles por favor se sirvan ajustar estos precios

Los cuales están en relación al último incremento que tuvo los productos de líneas propias Albis. (5%)

Saludos cordiales

Francisco

Gcia. Comercial

Líneas Propias Albis S.A

El 26 de agosto, Laboratorios Ranbaxy solicitó a ARCÁNGEL que proceda a adecuar el precio público, en la ciudad de Arequipa, que tenían sobre el producto Enhancin, en tanto que, no había considerado como precio base el precio sugerido; sin embargo, ellos le indicaron que su más grande competidor, INKAFARMA, tenía un precio distinto y más bajo. Dicho laboratorio les indicó que ya se encargaría de regularizar dicho tema:

Correo 21

De: Alberto [Ranbaxy]

Enviado el: martes, 26 de agosto de 2008 10:28 a.m.

Para: Magaly [Arcángel]

Asunto: Re: RV: PRECIOS DE SALIDA

Amiga Magaly, no te preocupes que ahora mismo lo regularizo, no todos son mis amigos.

Saludos cordiales

Alberto

--- El mar, 26/8/08, Magaly <Arcángel> escribió:

De: Magaly

Asunto: RV: PRECIOS DE SALIDA

Para: Alberto [Ranbaxy]

Fecha: martes, 26 agosto, 2008 9:55

Amigo tus amigos de Inkas lo tiene a 30.50

Maggy

No hay ninguna cosa seria que no pueda decirse con una sonrisa.

De: Julio [Arcángel]

Enviado el: Martes, 26 de Agosto de 2008 09:48 a.m.

Para: Magaly [Arcángel]

Asunto: RE: PRECIOS DE SALIDA

Magaly,

El precio en Inkafarma es S/. 30.50…ese es el precio que vamos a marcar a Nivel Nacional.

Saludos,

Julio

De: Magaly [Arcángel]

Enviado el: Martes, 26 de Agosto de 2008 08:50 a.m.

Para: Julio [Arcángel]

Asunto: RV: PRECIOS DE SALIDA

Tu apoyo por favor

Maggy

No hay ninguna cosa seria que no pueda decirse con una sonrisa.

De: Alberto [Ranbaxy]

Enviado el: Martes, 26 de Agosto de 2008 07:58 a.m.

Para: Magaly [Arcángel]

CC: Ana [Arcángel]; Edgar [Arcángel]

Asunto: PRECIOS DE SALIDA

Mi estimada Magaly, muy buenos días, favor de regularizar urgente el PRECIO DE SALIDA de ENHANCIN 500/125 mg. x 10 tabs, que en Arequipa están vendiendo la

tableta a S/. 2.06, certificada con boleta No 088-1253431 del 23 del presente mes, como tú sabes el precio de salida es de S/. 35.00 la caja o S/. 3.50 la unidad.

Gracias por tu apoyo.

Saludos cordiales

Alberto.

Como consecuencia del correo enviado por el laboratorio Ranbaxy, ARCÁNGEL, de manera interna, se comunicó con la dependencia encargada para solicitar que procedan con lo pedido por dicho laboratorio, y, la respuesta recibida por el área correspondiente fue que dicho producto en el territorio indicado poseía el precio sugerido solicitado:

Correo 22

De: Julio [Arcángel]

Enviado el: jueves, 28 de agosto de 2008 09:14 a.m.

Para: Magaly [Arcángel]

Asunto: RE: REGULAR PRECIO DE SALIDA

Magaly,

Que lo verifiquen bien porque lo cambiamos el mismo día que lo conversamos.

Saludos,

Julio

De: Magaly [Arcángel]

Enviado el: Jueves, 28 de Agosto de 2008 08:27 a.m.

Para: Julio [Arcángel]

Asunto: RV: REGULAR PRECIO DE SALIDA

Es por competencia??

Maggy

No hay ninguna cosa seria que no pueda decirse con una sonrisa.

De: Alberto [Ranbaxy]

Enviado el: Jueves, 28 de Agosto de 2008 06:52 a.m.

Para: Magaly [Arcángel]

CC: Ana [Arcángel]

Asunto: REGULAR PRECIO DE SALIDA

Mi estimada Magaly, favor de regularizar urgente el precio de salida de Enhancin 625 mg. x 10 tabletas, todavía está a S/. 20.60 en Arequipa, ayer en la tarde lo verificamos.

Gracias de antemano por tu apoyo.

Saludos cordiales

Alberto.

Johnson & Johnson se comunicó con ARCÁNGEL con la finalidad de expresarle su malestar y preocupación respecto a un producto de su marca, Doloflam Extra Forte, que, debido a las bajas en el precio, producto de las guerras de precios, traía como consecuencia que dicho producto sea insostenible de mantener. Adicionalmente, les solicita que se unan a su pedido de considerar como precio base el precio sugerido indicado, y que dicho cambio lo efectúen el 1 de septiembre:

Correo 23

De: Diana [CONPE] [Johnson&Johnson] **Enviado el:** lunes, 01 de septiembre de 2008 10:54 a.m. **Para:** Magaly [Arcángel] **Asunto:** DOLOFLAM EXTRA FORTE

Estimada Magaly:

Estoy reemplazando a Mariano mientras está de vacaciones y no sabía a quién en el área que ve precio le podía direccionar este correo. Espero que me puedas ayudar. Gracias!

Con el objetivo de mejorar el aporte de nuestra marca Doloflam a su negocio, solicitamos su máximo apoyo para lograr subir el precio sugerido a público del Doloflam Extra Forte, que tal como ustedes saben, ha visto su precio disminuido paulatinamente durante estos meses, llegando a niveles que son insostenibles por el poco aporte que esto les genera.

Se ha conversado ya con todas las cadenas de farmacias con atención directa y todos subirán el precio sugerido a público de la casa de Doloflam Extra Forte x 100 a S/.100.00. Es decir, **S/. 1.00 cada tableta**.

Se ha fijado como fecha para que todos efectúen esta alza de PSP el día LUNES 1 DE SEPTIEMBRE. El día martes a primera hora procederemos a efectuar la compra de producto en cada cadena y el día miércoles, le estaremos enviando dichas boletas escaneadas.

Requerimos su máximo apoyo en este sentido. Se tiene el compromiso del resto de cadenas para fijar este PSP. Dicha medida tiene como objetivo principal que ustedes tengan un margen atractivo en Doloflam y reactivar los incentivos al dependientes que poseía anteriormente ese producto. Esto permitirá que tengamos una situación de mutua ganancia.

De antemano muchas gracias por su apoyo.

Cordialmente,

Diana Ejecutivo de Desarrollo de Negocio - Drug&Pharma Canal: Cadenas de Farmacias **Johnson & Johnson del Perú.**

En la fecha acordada, el día anterior, Johnson & Johnson procedió a verificar si los agentes distribuidores habían cumplido con observar el precio sugerido al momento de determinar el precio al público, a nivel nacional, en el producto Doloflam; sin embargo, se da con la sorpresa que dicho producto ofertado por ARCÁNGEL, en las ciudades de Trujillo y Chiclayo, cuenta con un precio por debajo de los márgenes mínimos de rentabilidad del producto. ARCÁNGEL indicó que su actuar se vio influido por la falta de compromiso por parte de MIFARMA, a lo cual el laboratorio JOHNSON & JOHNSON le indicó que se debió a una falla en el sistema, pero que, actualmente, el precio en los locales de MIFARMA estaban por encima del precio sugerido y, por ello, le solicitaba que cumpla con considerar el precio sugerido como precio base:

Correo 24

De: Diana [CONPE] [Johnson & Johnson] **Enviado el:** miércoles, 03 de septiembre de 2008 12:18 p.m. **Para:** Magaly [Arcángel] **CC:** Carlos [Arcángel] **Asunto:** RE: DOLOFLAM

Magaly:

Mifarma tuvo un problema con el sistema y ya tienen el precio a 1.1 soles incluso, ni siquiera 1 sol. Además el trato de acuerdo al correo era que hoy por la mañana enviábamos las boletas y efectivamente hemos cumplido. Por favor, necesitamos que el precio se arregle, sino todo lo que hemos avanzado se va a retroceder. Es muy importante por favor.

Por favor confirmar si efectivamente se va a hacer. Ya se enviaron todas las boletas.

Saludos,

Diana

-----Original Message----- **From:** Magaly [Arcángel] **Sent:** Miércoles, 03 de Septiembre de 2008 12:09 p.m. **To:** Diana [CONPE] [Johnson&Johnson] **Cc:** Carlos **Subject:** RE: DOLOFLAM

Ayer no se ha cumplido a las 2pm Mifarma mantenía su precio, Gerencia ordenó bajar el precio, nosotros si cumplimos.

Maggy

No hay ninguna cosa seria que no pueda decirse con una sonrisa.

De: Diana [CONPE] [Johnson&Johnson] **Enviado el:** Miércoles, 03 de Septiembre de 2008 11:54 a.m. **Para:** Magaly [Arcángel] **CC:** Carlos **Asunto:** DOLOFLAM

Magaly:

Buenos días! El ejecutivo de la zona me ha avisado ahora que fue a comprar a Arcángel de Trujillo y Chiclayo y en ambos la pastilla está a 60 céntimos. Por favor, el cambio era a nivel nacional, se ha logrado que todo tengas el precio correcto para que puedan tener in margen interesante como antes y no quisiéramos que todo el esfuerzo puesto en este trabajo se vea mermado porque tenemos otros precios en provincias. Por favor, dime cuándo se estaría arreglando el tema en provincias por favor.

Espero tu respuesta! Muchas gracias!

Saludos,

Diana Ejecutivo de Desarrollo de Negocio - Drug&Pharma Canal: Cadenas de Farmacias **Johnson & Johnson del Perú.**

Para observar si los agentes distribuidores estaban cumpliendo con tener como precio base el precio sugerido en la determinación del precio del producto Doloflam Extra Forte, el laboratorio JOHNSON & JOHNSON envió un correo a ARCÁNGEL donde se evidencia el precio de las boletas tanto de su local como el de los demás:

Correo 25

De: Diana [CONPE] [Johnson&Johnson] **Enviado el:** miércoles, 03 de septiembre de 2008 11:02 a.m.

Para: Magaly [Arcángel] **CC:** Mariano [CONPE] [Johnson&Johnson]; Fernando [CONPE] [Johnson&Johnson] **Asunto:** PRECIO DOLOFLAM EXTRA FORTE

Datos adjuntos: DOLOF EF - INKA MIFARMA BTL.pdf (209 KB); DOLOF EF - FASA - BS - ARCANGEL.pdf (213 KB)

Muchas gracias!!!

Saludos,

Diana Ejecutivo de Desarrollo de Negocio - Drug&Pharma Canal: Cadenas de Farmacias **Johnson & Johnson del Perú**

ALBIS comunica a su agente de distribución de la situación en la que se encontraba FASA e INKAFARMA y cómo había derivado en una guerra de precios (iniciada por la falta de observancia en el establecimiento de precios por parte de FASA) que repercutía a los demás agentes de distribución. Asimismo, le comunicó que, nuevamente, los precios de los productos indicados estarían dentro del rango de precio sugerido, por lo que a partir de las 6 p.m., a más tardar, del día 5 de setiembre todos los precios de los productos deberían estar dentro de los márgenes y deberían ser establecidos por todos los agentes de distribución:

Correo 26

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** viernes, 05 de septiembre de 2008 04:36 p.m. **Para:** Eliana [Albis] **Asunto:** RV: Precios de IKF

Disculpa te debí haber copiado pero este es el final de la novela

F

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Viernes, 05 de Septiembre de 2008 04:30 p.m. **Para:** Carlos [Arcángel] **CC:** Gustavo [Arcángel]; 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

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Jueves, 04 de Septiembre de 2008 05:16 p.m. **Para:** Carlos [Arcángel] **Asunto:** RV: Precios de IKF

Carlos, la gente de FASA, BTL, MIFARMA, B&S ya me confirmaron que todo está OK, el equipo que maneja precios en IKF no está de viaje como me habían dicho están en un curso hasta este viernes y ya les confirme sobre las otras cadenas, están pidiendo se verifique en campo (con su gente) antes de nivelar por lo tanto lo deben cambiar mañana viernes por la tarde, sin embargo yo sigo fregando para que lo hagan a la brevedad.

Saludos cordiales,

Francisco

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Jueves, 04 de Septiembre de 2008 10:24 a.m. **Para:** Carlos [Arcángel] **CC:** Gustavo [Arcángel]; Stefan [Albis] **Asunto:** RE: Precios de IKF

Carlos gracias por el dato, Christian (FASA) se comprometió por Tlf. nivelar para hoy entre las 5 y 6 PM y también me envió un correo explicando que tuvo problemas en su sistema (la mecedora de siempre).

Cualquier asunto te estoy comentando

Francisco

De: Carlos [Arcángel] **Enviado el:** Jueves, 04 de Septiembre de 2008 10:16 a.m. **Para:** Francisco [Albis] **CC:** Gustavo [Arcángel]; Stefan [Albis] **Asunto:** RE: Precios de IKF
Como dato, te comento que FASA no quiere respetar precios (es una percepción personal).
Por qué?... Acabo de hablar con MEDCO, donde también salíamos con precios nivelados, todos nos ajustamos, pero FASA ha pateado el tablero….
Te lo dejo como dato de cómo se está comportando FASA.
Saludos cordiales,
C

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Jueves, 04 de Septiembre de 2008 09:52 a.m. **Para:** Carlos [Arcángel] **CC:** Gustavo [Arcángel]; Stefan [Albis] **Asunto:** RE: Precios de IKF
Carlos, el problema radicaba en la pelea que tiene IKF con FASA, este último no ajusto algunos precios el 1/Set y malogró todo el trabajo, ya me contacte con ellos por la tarde debo confirmar a la gente de IKF que ya lo hicieron.
No te preocupes este asunto lo resuelvo
Gracias por tu comprensión
Francisco.

De: Carlos [Arcángel] **Enviado el:** Jueves, 04 de Septiembre de 2008 08:53 a.m. **Para:** Francisco [Albis] **CC:** Gustavo [Arcángel]; Stefan [Albis] **Asunto:** RE: Precios de IKF
OK, Pancho.
Por favor trata de verlo a la brevedad para poder estar a niveles del mercado y no perder ventas por este motivo.
Gracias
Saludos cordiales,
C

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Jueves, 04 de Septiembre de 2008 08:51 a.m. **Para:** Carlos [Arcángel] **CC:** Gustavo [Arcángel]; Stefan [Albis] **Asunto:** RV: Precios de IKF
Hola Carlos, ayer estuve en IKF para ver precios, el responsable está de viaje y no dejo ninguna indicación a su reemplazo, hoy me comunicare con Gina para pedir explicación y que nivelen, por favor no muevas los precios
estaré en contacto con Uds.
Francisco

De: Carlos [Arcángel] **Enviado el:** Jueves, 04 de Septiembre de 2008 08:44 a.m. **Para:** Francisco [Albis]

CC: Gustavo [Arcángel]; Stefan [Albis] **Asunto:** Precios de IKF

Estimados amigos,

Nuevamente IKF empieza con la distorsión de precios.

Como pueden apreciar LLPP ha crecido bien en los meses pasados, pero nuevamente se presentan estas acciones de IKF que lo único que demuestran es que tienen ganas de "fregarnos".

Lo dejo a su consideración para que puedan evaluar esta situación...

Existen diferencias fuertes en algunos productos, esta medición ha sido hecha en la zona norte medio, TRUJILLO.

La pregunta es procedemos a bajar de precios o espero lo que puedan hacer para la nivelación? ... Ojo, entramos a fin de semana y vamos a estar por lo menos 4 días con la percepción del cliente que somos más caros...

Mi opinión sería, bajarnos de precios y esperar que se pueda arreglar en el transcurso de los días, pero seguiría siendo competitivo.

Espero sus comentarios

C

El laboratorio MEDCO envió un análisis a uno de los agentes distribuidores, FASA, con la finalidad de ponerle en conocimiento el alza en el monto de una serie de productos farmacéuticos; asimismo, FASA, de manera interna, solicita la confirmación de aquellos productos farmacéuticos detectados que estaban representando mayores gastos y que tendrían que asumir. Todo ello con la finalidad de trasladarle su preocupación al área correspondiente del proveedor para que le proporcione un precio sugerido mínimo que represente un incremento en las ganancias y no signifique el desabastecimiento de los mismos al no poder ser mantenidos:

Correo 27

De: Milenka [Fasa] **Enviado el:** Lunes, 15 de Septiembre de 2008 04:55 p.m. **Para:** Antenor [Fasa] **CC:** Susana [Fasa]; Christian [Fasa] **Asunto:** Análisis Medco 15 09 08

Datos adjuntos: Medco 150908_Por Skuvf. Zip (2 MB)

Antenor,

Adjunto te envío el análisis de medco.

He colocado en cada pestaña los productos agrupados por tipo.

1.-Subir a Precio Público Conciliado [CONFIDENCIAL]

Estas alzas no exceden el 10% de lo que venimos marcando actualmente.

[…]

2.- Productos por encima del PPC [CONFIDENCIAL]

En estos productos ya estamos por encima del PPC, por lo que nos tendrían que pagar el RGP

3.- No conciliados [CONFIDENCIAL]

En este caso son productos que no suben de costo y que las alzas de PPC están por encima

del 10% y no lo consideramos viable.

4.- Productos Problema [CONFIDENCIAL]

Los productos que identificamos por la mañana y vimos que nos estaban subiendo los costos

de manera significativa y que estos no serían trasladados a los consumidores y por ende de

aceptarlos nos harían incrementar nuestros costos en **[CONFIDENCIAL]** soles.

Por favor me confirmas para cargar a través de Susana los nuevos PPC de los skus del 1er

grupo.

Saludos,

Milenka

Nota 13.- El archivo denominado "Medco 150908_Por Skuvf.xls", contenido en el archivo comprimido adjunto a este correo, muestra los siguientes gráficos:

- En la hoja de cálculo "Subir a PPC (14)" 4

[...]

4 El presente gráfico se compone de 17 columnas, por lo que ha sido separado en dos partes para facilitar su lectura.

- En la hoja de cálculo "Pdtos x Encima del PPC RGP (4)" 5

[…]

5 El presente gráfico se compone de 17 columnas, por lo que ha sido separado en dos partes para facilitar su lectura.

- En la hoja de cálculo "Pdtos NO conciliados (55)" 6

[...]

- En la hoja de cálculo "Skus Problema (10)"

[...]

INKAFARMA exige que el acuerdo que tenía con la Gerencia General de ALBIS se extienda a la totalidad de productos integrantes de todas las relaciones comerciales mantenidas y activas; en ese mismo sentido, SARA solicita unirse al programa de precios sugeridos, debido a que sus ventas se encontraban en una vertiente negativa de demanda:

Correo 28

De: Francisco [Albis]

Enviado el: miércoles, 17 de septiembre de 2008 11:34 a.m.

Para: Magaly [Arcángel]

Asunto: RE: Diferencia de precios Líneas Propias Inkafarma. Reunión Viernes 19 a las 9am

Datos adjuntos: PPSUG LP ALBIS Set-08.xls (45 KB)

Maggy, respecto a la diferencia de precios con IKF, existe un acuerdo con nuestra Gerencia General que en LPALBIS deberá haber un diferencial a favor de ellos en todos los prods., yo no lo estuve manejando así, solo les daba ese dif. en 18 productos ahora lo están exigiendo (se dieron cuenta), te envío archivo, hoy tengo reunión 3.30 PM para rectificar algunos que continúan con dif. mayor según tu cuadro.

Respecto a SARA ellos están exigiendo trabajar el programa ya que bajó su venta en eso

productos, la idea es no darles para que ese si sea un gran diferencial a nuestro favor.

Saludos cordiales,

Francisco.

De: Magaly [Arcángel]

Enviado el: Miércoles, 17 de Septiembre de 2008 11:12 a.m.

Para: Francisco [Albis]

Asunto: RV: Diferencia de precios Líneas Propias Inkafarma. Reunión Viernes 19 a las 9am

Amigo estamos **[CONFIDENCIAL]** debajo de la cuota me informan de la diferencia de precios ellos ya manejan el programa SARA??? Para ver si es un factor también??

7 El presente gráfico se compone de 22 columnas, por lo que ha sido separado en dos partes para facilitar su lectura.

Maggy

"Una persona usualmente se convierte en aquello que él cree que es. Si yo sigo diciéndome a mí mismo que no puedo hacer algo, es posible que yo termine siendo

incapaz de hacerlo. Por el contrario si yo tengo la creencia que sí puedo hacerlo, con seguridad yo adquiriré la capacidad de realizarlo aunque no la haya tenido al principio. (Gandhi) .

[…]

Saludos

Yrene

De: Yrene [Arcángel] **Enviado el:** miércoles, 17 de septiembre de 2008 11:07 a.m. **Para:** Julio [Arcángel], Fernando [Arcángel]; Magaly [Arcángel]; Mariella [Albis]; Yris [Albis] **Asunto:** Diferencia de precios Líneas Propias Inkafarma. Reunión Viernes 19 a las 9am

Estimados amigos:

Para informarles que a la fecha vamos por debajo de nuestros objetivos en un **[CONFIDENCIAL]**.

La mayor diferencia la tenemos en Líneas Propias **[CONFIDENCIAL]**., en la cual está incidiendo la diferencia de precios que estamos teniendo con Inkafarma, a pesar que existe un acuerdo de precios nivelados.

Adjunto detalle de precios para su conocimiento.

Zona Código Laboratorio Descripción Arcángel Inkafarma Dif. Fecha Local Boleta Lima 2

Asimismo debemos programar una reunión esta semana para ver avances a la fecha y estrategias a seguir.

Propongo el Viernes 19 a las 9am.

Espero sus confirmaciones.

Saludos

Yrene

Nota 14.- El archivo adjunto al correo electrónico del 17 de setiembre de 2008 a las 11:34 a.m. contiene los siguientes gráficos:

- En la hoja de cálculo “Controlados”

[...]

- En la hoja de cálculo “Otros A”

[...]

- En la hoja de cálculo “Otros B”

[...]

A solicitud del laboratorio MEDCO, FASA procedió a comunicar a su respectiva área acerca de la estrategia de precios sobre una serie de productos farmacéuticos y afines, que sería aplicada en cuatro fechas: el 23 de setiembre de 2008, 7 de octubre de 2008, 21 de octubre de 2008 y 28 de octubre, previa aceptación del proveedor. Una vez cursada y aceptada dicha comunicación, FASA, de manera interna, coordinó con el área correspondiente para que los precios de los productos indicados en el primer incremento, fueran grabados en su sistema y sean visibles para el público en el día acordado:

Correo 29

De: Marco [Fasa] **Enviado el:** Lunes, 22 de Septiembre de 2008 05:54 PM **Para:** Milenka [Fasa]; Susana [Fasa] **CC:** Antenor [Fasa]; Christian [Fasa]; Miguel [Fasa] **Asunto:** RE: Estrategia Incremento Px Medco Martes 23 Sept.xls

Buenas Tardes:

Se procedió a grabar los precios indicados, mañana a primera hora estará vigente en locales para la venta al público.

Atte.

Marco

De: Milenka [Fasa] **Enviado el:** Lunes, 22 de Septiembre de 2008 04:48 p.m. **Para:** Susana [Fasa] **CC:** Antenor [Fasa]; Christian [Fasa]; Miguel [Fasa]; Marco de Paz [Fasa] **Asunto:** Estrategia Incremento Px Medco Martes 23 Sept.xls

Datos adjuntos: Estrategia Incremento PX Medco Martes 23 Sept.xls (12 KB)

Susana,

Por favor coordinar con el área de precios que a partir del día de mañana por favor se marquen los siguientes precios a los productos detallados.

[...]

Adicionalmente a esto también considerar el incremento de precios de los siguientes productos en las fechas que se indica en el cuadro adjunto.

[...]

Es muy importante tener el levantamiento de precios de la competencia de estos productos, ya que el proveedor deberá tomar acciones para regularlos de manera caso inmediata.

Cualquier duda me avisan.

Saludos,

Milenka

De: Luis [Medco] **Enviado el:** Lunes, 22 de Septiembre de 2008 03:22 PM **Para:** Milenka [Fasa] **CC:** Antenor [Fasa]; Christian [Fasa]; Mónica [Medco] **Asunto:** Re: Estrategia Incremento Px Medco Martes 23 Sept.xls

Estimada Milenka, Estamos de acuerdo con lo planteado. Saludos

Luis

Gerente UN Productos de Marca T.

De: Milenka [Fasa] **Enviado el:** Viernes, 19 de Septiembre de 2008 07:16 p.m. **Para:** <Luis [Medco]>, <Monica [Medco]> **CC:** Christian [Fasa]; Antenor [Fasa] **Asunto:** Estrategia Incremento Px Medco Martes 23 Sept.xls

Datos adjuntos: Estrategia Incremento PX Medco Martes 23 Sept.xls (12 KB)

Lucho / Mónica, Adjunto les enviamos la estrategia de precios que se aplicará el día martes 23 de Septiembre, previa confirmación de su parte.

En el archivo adjunto encontrarán:

- Hoja1: Productos a los cuales se les aplicará el PPC el día martes 23
- Hoja 2: Productos que tienen el Precio Fasa mayor al PPC y los que no se bajarán.
- Hoja 3: Productos que por tener un incremento superior al 22% se les aplicará el incremento escalonado.

Por favor dennos conformidad al correo adjunto para poder aplicar los precios y que estos se vean reflejados en el punto de venta el día martes por la mañana.

Saludos,

Milenka

Nota 15.- El archivo adjunto a los correos electrónicos del 19 de setiembre de 2008 a las 7:16 p.m. y del 22 de setiembre de 2008 a las 4:48 p.m. contiene los siguientes gráficos:

- En la hoja de cálculo “Incremento PPC”

  [...]
- En la hoja de cálculo “Px Fasa > PPC (mantener px fasa”

  [...]
- En la hoja de cálculo “Incremento Escalonada”

  [...]

El laboratorio LUKOLL, aparentemente, habría comunicado a todos los agentes distribuidores para que establezcan los precios sugeridos a los productos indicados, especialmente en el caso de Fluimucil. FASA aceptó con la condición que su competidor más agresivo, INKAFARMA, también cumpla con lo acordado, para ello, le otorgó un plazo al proveedor para que le remita las boletas de los demás locales de los agentes involucrados en donde se pueda visualizar el precio indicado por ello, de lo contrario los precios anteriores volverían a estar activos y el acuerdo se dejaría sin efecto:

Correo 30

De: Carlos [Fasa] **Enviado el:** Martes, 07 de Octubre de 2008 03:30 p.m. **Para:** Christian [Fasa] **Asunto:** RE: PRECIOS FLUIMUCIL.xls

Christian, este es el cuadro corregido, el Fluimucil de 600 pasara a tener el precio de 64.5 y luego se subirá a 67.

Estos precios serán corroborados con el laboratorio quien nos entregara las boletas.

Nota: Si las boletas tienen un precio más bajo que el indicado o si el laboratorio no nos entrega la boleta hasta las 4Pm del día viernes, regresamos al precio anterior.

Saludos

Carlos

[...]

De: Christian [Fasa] **Enviado el:** Martes, 07 de Octubre de 2008 02:52 PM **Para:** Carlos [Fasa] **Asunto:** RE: PRECIOS FLUIMUCIL.xls

Qué pasa si inka no acepta??

De: Carlos [Fasa] **Enviado el:** Martes, 07 de Octubre de 2008 02:49 p.m. **Para:** [Fasa] **CC:** Christian [Fasa] **Asunto:** PRECIOS FLUIMUCIL.xls

Datos adjuntos: PRECIOS FLUIMICIL.xls (9 KB)

Estimados,

El laboratorio Lukoll, está en la coordinación con las cadenas de farmacia con la finalidad de controlar todos los precios de sus productos en el mercado, sin embargo a manera de piloto empezaremos a trabajar con los precios controlados de la línea Fluimucil.

Para tal efecto se solicita por favor colocar el precio indicado en el Excel a los productos de la línea Fluimucil, a partir del día jueves 9 de octubre a nivel nacional.

Ante, cualquier consulta no duden en avisarme.

Saludos

Carlos

El laboratorio QUÍMICA SUIZA se puso en contacto con BTL con la finalidad de comentarle la finalización de la promoción realizada por MIFARMA, como consecuencia, de manera interna, BTL comunica al área correspondiente acerca de dicha situación para retornar a a la aplicación de la política de precios sugeridos, asimismo, solicita que adviertan a ARCÁNGEL, FASA y BYS para que se abstengan o "congelen" cualquier posibilidad de iniciar una guerra de precios:

Correo 31

Para: Monica/BTL, Edgardo/BTL

De: Marcelo [BTL]

Enviado: 15/10/2008 05:16 p.m.

Asunto: Mi farma

Estimada Mónica:

Como te comente telefónicamente Adolfo [Química Suiza] me dio la información que Mi Farma había cancelado su promoción: "10% Dcto los Lunes", por lo que debemos regresar a la normalidad con Química Suiza.

Te agradeceré informes a Arcángel, Fasa y Boticas y Salud la noticia para "congelar" cualquier posibilidad de iniciar una guerra de precios.

Slds,

Marcelo

Gerente General

Botica Torres de Limatambo SAC.

FASA se comunica con su competidor DISTRIMED (cadena distribuidora) y con el proveedor BAGÓ, con la finalidad de que, el primero de ello demuestre el cumplimiento, respeto y observancia de los precios sugeridos en el producto Flogodisten, de lo contrario procederían a entrar en una situación de competencia respecto al mismo. Y, respecto al segundo, le exigió que procedan a enviar los comprobantes de pago donde se sustente el respeto y mantenimiento del precio sugerido, de lo contrario, procederían a bajar el precio de dicho producto. Asimismo, su proveedor les da a entender que INKAFARMA empezaría a mantener relaciones comerciales con ellos:

Correo 32

De: Milenka [Fasa] **Enviado el:** Jueves, 18 de Diciembre de 2008 03:08 p.m. **Para:** Antenor [Fasa] **Asunto:** RV: RV: CASO FLOGODISTEN

Antenor,

Hasta el momento no tengo una respuesta de este tema, me podrías ayudar conversándolo con Renan o con el GG.

Mil gracias,

Milenka

De: Milenka [Fasa] **Enviado el:** Lunes, 15 de Diciembre de 2008 07:33 PM **Para:** 'Marianella ' [Bagó] **CC:** Distrimed Eduardo; Miguel [Distrimed] **Asunto:** RE: RV: CASO FLOGODISTEN

Marianella,

Mi preocupación va porque no tengo una respuesta de tu parte, no me logro comunicar contigo.

Inicialmente me indicaste que no le vendían a Inkafarma y ahora me comentas que están negociando el tema de precios.

Me gustaría hablar por teléfono contigo para aclarar este tema y buscar una solución para que no se vea perjudicado el negocio.

Saludos,

Milenka

De: Marianella [Bagó] **Enviado el:** Lunes, 15 de Diciembre de 2008 04:57 PM **Para:** Milenka [Fasa] **CC:** Distrimed Eduardo; Miguel [Distrimed] **Asunto:** Re: RV: CASO FLOGODISTEN

Estimada Milenka,

Me acaban de informar que has llamado hace unos minutos...

Te comento que en estos momentos se encuentra Miguel en Inkafarma con todas las boletas de Arcángel con los precios que oscilan entre 2.4 y 2.5 por comprimido de Flogodisten,

por lo que te pido un poquito de paciencia y nos des a más tardar mañana en la tarde y todo estará solucionado, estamos poniendo todo de nuestra parte pero no todo depende de nosotros, tú sabes como es este negocio....

En estos momentos yo me encuentro en una reunión pero estoy conectada con mi PC, así que estaré atenta a cualquier inquietud de tu parte.

Saludos, Nella.

Marianella

Gerente de Producto Línea OTC Laboratorios Bagó del Perú S.A.

Milenka escribió:

Marianella,

Me preocupa mucho este tema.

Hasta el momento no tengo respuesta, no he recibido ninguna comunicación de tu parte.

Por favor comunícate el día lunes conmigo para darle una solución.

Saludos,

Milenka.

De: Miguel [Distrimed] **Enviado el:** Jueves, 11 de Diciembre de 2008 02:42 PM **Para:** Milenka [Fasa] **CC:** Marianella [Bagó] **Asunto:** CASO FLOGODISTEN

Milenka, Disculpa por la demora, hemos conversado con la cadena para respetar el precio conciliado entre S/. 2.40 y S/. 2.50, el mismo que fue aceptado. Nos pidieron hasta hoy para arreglar el precio en el mercado, sin embargo hasta el momento estamos en espera. Si no lo cambian el día de hoy, mañana estaré en sus oficinas para solicitar el respeto de precios antes mencionado. Estamos en alerta con esta y todas las cadenas a fin de no tener estos impases que retrasen nuestras relaciones comerciales.

Atte. Miguel

Milenka escribió:

Marianella,

Hasta el momento no recibo la boleta de venta de flogodisten.

Sin esto no tengo como sustentar el tema y tendré que bajar los precios.

Saludos, Milenka”

El 18 de diciembre de 2008, el laboratorio BAGÓ entabló comunicaciones con FASA para darle la noticia del buen arribo en las relaciones comerciales con INKAFARMA respecto del producto Flogodisten, al mismo tiempo, le solicitó que el precio mínimo del producto debería oscilar en S/ 2,60:

Correo 33

De: Marianella [Bagó] **Enviado el:** Jueves, 18 de Diciembre de 2008 06:27 PM **Para:** Milenka [Fasa] **Asunto:** [Fwd: PRECIO FLOGODISTEN EN INKAFARMA]

Milenka, Te reenvío el mail de Miguel [Distrimed] donde explica la situación con Inkafarma, de todas maneras en estos momentos te voy a llamar para contarte.

Un besito,

Nella.

Marianella

Gerente de Producto Línea OTC Laboratorios Bagó del Perú S.A.

Estimada Nella,

El día de hoy estuve en cita con inkafarma para ver el tema del incremento de precio de Flogodisten en la cadena en mención.

Después de varias conversaciones y según ellos tenían que corroborar nuestro análisis de precio en las distintas cadenas, están colocando cada comprimido de Flogodisten en S/. 2.40, a partir de mañana 19 de Diciembre.

Recordar que el precio conciliado es entre S/. 2.40 y S/. 2.50; no obstante según el último análisis efectuado (semana pasada), tenemos que Arcángel tiene Flogodisten a S/. 2.60, lo mismo que Mi Farma; y las demás cadenas a S/. 2.50.

Favor de comunicar a Milenka que estuvimos detrás de esta regulación de precios y que estaremos en todo momento sigilosos de los precios del mercado; tomó su tiempo en presentar un análisis de precios de las diferentes cadenas y posteriormente ellos hicieron sus análisis de precio respectivo.

Mañana a primera hora te estaré enviando la boleta de diferentes puntos de Inkafarma.

Atte.

Miguel

De manera reiterada el laboratorio GRUNENTHAL solicita al agente distribuidor ALBIS para que muestre su apoyo en el establecimiento del precio del producto Zaldiar, el cual debería ascender a S/ 3.00 en todas las sucursales de los agentes económicos involucrados hasta el momento del envío del mensaje (BTL, FASA, BYS):

Correo 34

De: Mariella [Grunenthal] **Enviado el:** miércoles, 28 de enero de 2009 07:13 p.m. **Para:** Magaly [Arcángel] **Asunto:** RE: precio público Zaldiar PRODUCTO RENTABLE GRACIAS!!

Mariella

Grunenthal Peruana S.A.

Línea Comercial

De: Magaly [Albis] [Arcángel] **Enviado el:** Miércoles, 28 de Enero de 2009 07:11 p.m. **Para:** Mariella [Grünenthal]; Francisco [Arcángel]; Espíritu [Arcángel]; Julio [Arcángel] **CC:** Alí [Grünenthal] **Asunto:** RE: precio público Zaldiar PRODUCTO RENTABLE

Ya se me informo el cambio

Maggy

"Feliz Año2,009"

De: Mariella [Grunenthal] **Enviado el:** Miércoles, 28 de Enero de 2009 06:48 p.m. **Para:** Magaly [Arcángel]; Francisco [Arcángel]; Espíritu [Arcángel]; Julio [Arcángel] **CC:** Alí [Grünenthal] **Asunto:** RE: precio público Zaldiar PRODUCTO RENTABLE

Estimada Dra. Magaly

Se que deben estar complicados con el cierre, pero le agradecería dar la indicación para poner ZALDIAR a 3 soles la venta unitaria

Le adjunto las boletas de BTL, FASA y Boticas y Salud.

Saludos

Mariella

Grunenthal Peruana S.A.

Línea Comercial

De: Mariella [Grünenthal] **Enviado el:** Miércoles, 28 de Enero de 2009 09:11 a.m. **Para:** 'Magaly' [Arcángel]; 'F' [Albis/ Arcángel]; 'Edgard' [Albis]; 'E' [Albis]; 'Julio' [Arcángel] **CC:** Alí [Grünenthal] **Asunto:** precio público Zaldiar PRODUCTO RENTABLE

Datos adjuntos: fasazaldiar3soles.pdf (504 KB); btlzaldiar3soles.pdf (233 KB)

Estimada Dra. Magaly

Tal como acordamos les estoy adjuntando las boletas de FASA y BTL con ZALDIAR 3,00 soles precio público la unidad. Zaldiar es un producto rentable por lo que le pido de la indicación para igualar el precio a nivel país 3, 00 soles la unidad, es de nuestro interés apoyar la mejora en la rentabilidad general, para lo cual también necesitamos su colaboración.

Saludos

Mariella

Grunenthal Peruana S.A.

Línea Comercial

El laboratorio MEDIFARMA solicitó a ARCÁNGEL acerca del ajuste del "*precio en coordinación con las otras cadena*" respecto del producto Electoral, el cual debería efectuarse el 3 de febrero de 2009.

Correo 35

De: Mónica [Medifarma] Enviado el: jueves, 29 de enero de 2009 09:17 p.m. Para: Magaly [Arcángel]; C [Medifarma] Asunto: RV: ELECTRORAL - ARCANGEL

Datos adjuntos: electroral.jpg (259 KB)

Maggy,

Te adjunto la boleta, se solicita ajustar el precio en coordinación con las otras cadenas para el martes 03 de febrero, los precios serian:

Electroral adulto 5.30 y electroral pediátrico 5.50

Saludos,

Monica

Enviado desde mi dispositivo de bolsillo inalámbrico BlackBerry

-----Original Message-----

From: Martin <Medifarma>

Date: Thu, 29 Jan 2009 20:40:25

To: <Mónica -Medifarma>

Cc: <M -Medifarma>

Subject: ELECTRORAL - ARCANGEL

MONICA, ADJUNTO ARCHIVO CON LO SOLICITADO.

ATTE

MARTIN

Uno de los representantes del laboratorio ABBOTT fue al local de MIFARMA ubicado en Jaén y al costado de uno de los locales de Inkafarma, ante la queja presentada por INKAFARMA, con la finalidad de realizar una visita y observar los precios que establecían a los productos (Pediasure y Ensure), dándose con la sorpresa que los precios de los mismos se encontraban muy por debajo de los precios de INKAFARMA. Como consecuencia, INKAFARMA solicitó reunirse con el responsable del área para conversar en privado el tema del establecimiento de los precios de dichos productos:

Correo 36

De: Edmundo [Mifarma] **Enviado el:** Martes, 03 de Febrero de 2009 12:29 p.m. **Para:** Miriam [Mifarma] **CC:** Ale [Mifarma]; Georgia [Mifarma] **Asunto:** RE: Reunión Abbott RV: Precios MI FARMA

Miriam:

Cualquier respuesta respecto de nuestra política de precios o promociones debe ser coordinada conmigo. Uds. no den respuestas ni información directamente a los laboratorios para evitar problemas mayores.

En este caso hemos podido evitar el conflicto que se está armando.

Att.

Edmundo

Gerente General

De: Miriam [Mifarma] **Enviado el:** Lunes, 02 de Febrero de 2009 06:34 p.m. **Para:** Edmundo [Mifarma] **Asunto:** Reunión Abbott RV: Precios MI FARMA

Edmundo

Un servicio el Lab. Abbott solicita una reunión mañana 4.30 a 5.00 p.m. para ver el tema de precios pues refieren que nosotros estamos distorsionando los precios de las leches (similar, ensure, pediasure) con los descuentos del 10% de los lunes y el cupón del 5% de los martes y jueves, inkafarma los está presionando y han indicado que bajaran sus precios por debajo de su costo.

Espero confirmación.

Atte.

Miriam

Ejecutiva de Compras

De: Renzo [Abbott] **Enviado el:** Lunes, 02 de Febrero de 2009 06:23 p.m. **Para:** Miriam [Mifarma]

CC: Patricio [Abbott] **Asunto:** RE: Precios MI FARMA

Mirian Puede ser mañana a las 4:30 o 5 pm.???' Es Urgente!! - Renzo

Renzo

Coordinador Cuentas Claves Abbott Nutrition International Abbott

"Miriam" <mifarma>

02/02/2009 03:16 p.m.

To: “Patricio" <Abbott> **CC:** "Renzo" <Abbott> **Subject:** RE: Precios MI FARMA

Está bien Patricio; agendamos una reunión con nuestro Gerente General te parece?

Atte. **Miriam**

Ejecutiva de Compras

De: Patricio [Abbott] **Enviado el:** Lunes, 02 de Febrero de 2009 03:14 p.m. **Para:** Miriam [Mifarma] **CC:** Renzo [Abbott] **Asunto:** RE: Precios MI FARMA Miriam, Las promociones de todos los "Lunes" tenía entendido que no incluían nuestros productos nutricionales

Necesito conversar de este tema personalmente. Saludos,

Patricio

Sales Manager Abbott International Abbott Laboratorios S.A.

"Miriam" <Mifarma>

02/02/2009 09:31AM

To: "Patricio" <Abbott> **CC:** "Renzo" <Abbott> **Subject:** RE: Precios MI FARMA

Patricio Buenos Días

Tal como le comente a Renzo; nosotros tenemos una promoción de descuento especial con nuestros clientes afiliados SÓLO los LUNES; el resto de días el precio es de S/ 34.00 y S/ 69.00 respectivamente.

Atte. **Miriam**

Ejecutiva de Compras

De: Patricio [Abbott] **Enviado el:** Jueves, 29 de Enero de 2009 07:13 p.m. **Para:** Miriam [Mifarma] **CC:** Renzo [Abbott] **Asunto:** Fw: Precios MI FARMA

Miriam, Me puedes informar que está sucediendo. Gracias.

Patricio

Sales Manager

Abbott International Abbott Laboratorios S.A

----- Forwarded by Patricio /ABBOTT on 01/29/2009 07:11 PM -----

Sara [Abbott]

01/29/2009 07:06 PM

To "Patricio" <Abbott>

cc

Subject Precios MI FARMA

Patricio estoy en Jaén y hace un mes que MI FARMA abrió su sucursal aquí al lado de INKAFARMA, te adjunto la boleta donde figura el precio de Pediasure a 30.40 soles y acabo de preguntar el precio de la presentación de 900, está a 61.20 y Ensure de 1kg está a 71.50 soles. INKAfarma tiene el pediasure a 34.10 y de 900 a 69.-- .

Ojalá pudieras solucionar problemas de precio ya que perjudica el mercado de las otras farmacias. Sara

El laboratorio GRUNENTHAL le comunicó a MIFARMA que constató en los locales de sus competidores (BYS, BOTICAS FELICIDAD, BTL, FASA y ARCÁNGEL) que el precio del producto Zaldiar se encontraba conforme a lo acordado y quería que dicho agente distribuidor confirme, mediante el envío de un comprobante de pago, que el precio al público del producto Zaldiar se encontraba a S/ 3.00:

Correo 37

De: Mariella [Grunenthal] **Enviado el:** Viernes, 30 de Enero de 2009 10:57 a.m. **Para:** Ale [Mifarma] **CC:** Alí [Grünenthal] **Asunto:** Precio público Zaldiar

Datos adjuntos: ByS 3soles ZALDIAR.pdf (347 KB); btlzaldiar3soles.pdf (233 KB); fasazaldiar3soles.pdf (504 KB); nortfarma Zaldiar 3 soles.JPG (131 KB)

Estimado Sr. [Ale]

Tal como conversamos, le adjunto las boletas con precio público unitario ZALDIAR

ByS 3 soles

Nortfarma 3 soles

BTL 3 soles

FASA 3 soles

Arcángel también está a 3 soles pero no pude conseguir boleta está reponiendo stock por cierre.

Esta modificación es a nivel País, por lo que le pido su gestión para que MIFARMA confirme también su precio en 3 soles mínimo.

Saludos

Mariella

Grunenthal Peruana S.A.

Línea Comercial

El laboratorio GRUNENTHAL le comunicó a ARCÁNGEL que, gracias a los esfuerzos conjuntos de todos los agentes distribuidores involucrados (ARCÁNGEL, BYS, BTL, FASA y BOTICAS FELICIDAD), habían logrado que el producto Zaldiar cuente con rentabilidad dentro del mercado farmacéutico, para dar constancia de dicha situación, el laboratorio envía los comprobantes de pago donde se visualiza el precio en los locales de los agentes distribuidores:

Correo 38

De: Mariella [Grunenthal] **Enviado el:** viernes, 30 de enero de 2009 11:05 a.m. **Para:** Julio [Arcángel] **CC:** Magaly [Arcángel]; Francisco [Arcángel]; Edgar [Arcángel]; Alí [Grünenthal] **Asunto:** Precio público Zaldiar

Datos adjuntos: ByS 3soles ZALDIAR.pdf (347 KB); btlzaldiar3soles.pdf (233 KB); fasazaldiar3soles.pdf (504 KB); nortfarma Zaldiar 3 soles.JPG (131 KB)

Estimado Julio

Espero que este Mail lo veas en cuanto te tengamos de regreso de unas merecidas vacaciones, te recibimos con excelentes noticias.

ZALDIAR está a nivel nacional 3 soles precio público unitario.

Gracias al apoyo y seguimiento de la Dra. Magaly, El Sr. [Francisco] y Edgard, ya estamos con rentabilidad en nuestro producto rentable. Por favor si ves alguna variación avísame enseguida ya que este es un logro que deseamos mantener.

Te adjunto boletas

BTL – FASA – NORTAFARMA – ByS

Saludos

Mariella

Grunenthal Peruana S.A.

Línea Comercial

El agente distribuidor FASA se pone en contacto con el laboratorio proveedor Schering Plough con la finalidad de indicarles la poca rentabilidad que estaba teniendo los productos adquiridos a su línea, la cual era generada como consecuencia de la competencia agresiva que mostraba su competidor INKAFARMA. El cual no solo aprovechaba la presencia de alza de precios de sus competidores para adquirirlos a menor costo, sino que, también, realizaba el cambio de los productos de dicho laboratorio con productos de línea propia, los cuales son percibidos por el consumidor con precios menores sin considerar que podrían estar sacrificando la calidad y efectividad del medicamento con accesibilidad (menor precio de compra). Asimismo, les solicita su apoyo para la coordinación con su competidor, INKAFARMA, en el tratamiento de los precios de los productos de su línea y que signifique una ganancia para todas las partes; no obstante, el representante de dicho laboratorio le comunica la inviabilidad de su proposición por considerarla ilícita y como opción alternativa le propone mejorar sus márgenes de ganancia mediante el establecimiento de descuentos por volúmenes y teniendo presencia en todos los inventarios de los puntos de la cadena. Ante dicha proposición, FASA el indica que traten de llegar a un acuerdo de mejora de márgenes de volumen que no vaya contra las políticas

internas del laboratorio para lograr superar el déficit que le presentaba la competencia agresiva que mostraba INKAFARMA:

Correo 39

-----Mensaje original----- **De:** Antenor [Fasa] **Enviado el:** Miércoles, 11 de Febrero de 2009 07:18 p.m. **Para:** 'Juan' [Schering-Plough] **CC:** 'Hugo' [Schering-Plough]; Milenka [Fasa]; Christian [Fasa]; 'Monica' [Schering-Plough]; 'Antonio' [Schering-Plough] **Asunto:** Re: precios inkafarma

Juan

Tengo claro que no se pueden concertar precios por política interna de sp [Schering-Plough] a pesar que uno de los competidores está minando el valor de tus marcas con su política comercial

Busquemos cualquier alternativa de mejora de margen que no vaya contra las políticas internas de sp ni las de fasa estamos con la mejor disposición para ello y para que las dos empresas ganen cosa que lamentablemente ahora no está ocurriendo

Un abrazo

Antenor

----- Mensaje original -----

De: Juan [Schering-Plough]

Para: Antenor [Fasa]

CC: Hugo [Schering-Plough]; Milenka [Fasa]; Christian [Fasa]; Monica [Schering-Plough]; Antonio [Schering-Plough]

Enviado: Wed Feb 11 19:10:08 2009

Asunto: RE: precios inkafarma

Estimado Antenor:

Como tú sabes nosotros no podemos acordar precios porque es contra la ley, ni con clientes ni con proveedores.

Sí podemos mejorar márgenes, como te comenté, a través de descuentos por volumen y teniendo inventarios en todos los puntos de la cadena.

Saludos,

Juan

From: Antenor [Fasa]

Sent: Wednesday, February 11, 2009 5:36 PM

To: Juan [Schering-Plough]

Cc: Hugo [Schering-Plough]; Milenka [Fasa]; Christian [Fasa]

Subject: RV: precios inkafarma

Estimado Juan

Los productos que detallo a continuación han tenido una baja de precios considerable esta semana en inkafarma. Lo cual significa aproximadamente 20,000 soles de perdida para FASA en el mes de Febrero, asumiendo que debemos igualar al precio que marca inkafarma y que vendemos las mismas unidades promedio mensuales, con lo cual el margen pasaría de **[CONFIDENCIAL]** en promedio a menos de **[CONFIDENCIAL]**. Básicamente el origen de esto radica en la diferencia de inventario que tienen de tu línea como consecuencia de las compras de oportunidad por alza de precios o en otros casos por púsh, estos márgenes adicionales que consigue inka farma los vuelca al precio con la finalidad de jalar más tráfico y hacer el switch por sus marcas propias sin importarle el deterioro del valor de las marcas trabajadas con tanto esfuerzo por ambos.

Te solicito dispongas la regularización de los precios en el mercado tan pronto como sea posible, porque como comprenderás no podemos subsidiar la venta de tu línea a costa de nuestra rentabilidad. Tenemos mucho interés en que tus productos sigan creciendo en la cadena pero con el deterioro de margen es imposible

Nosotros revisamos precios cada semanalmente y confiamos en que se hagan todos los esfuerzos para lograr nivelar los precios antes y no seguir deteriorando el margen

Quedo a la espera de tus comentarios

Cordialmente

Antenor

Gerente Comercial

Boticas Fasa

SCHERING PLOUGH USA

El 11 de febrero de 2009 el laboratorio PFIZER le reenvía al agente distribuidor INKAFARMA la preocupación presentada por FASA, acerca de la baja de precios que estaba presentando los productos de la línea de dicho laboratorio como consecuencia de la agresividad comercial presentada por dicho agente. Como consecuencia, el laboratorio le solicita conversar dicho tema en la próxima visita que realizarían:

Correo 40

De: Gina /Eckerd Holding [Eckerd] **Enviado:** 25/02/2009 12:39 p.m. **Para:** "Leandro" <Inkafarma>, "Eric" <Droguería Los Andes> **Asunto:** RV:FW: precios inkafarma

De: "Ana" [Pfizer.com] **Enviado:** 11/02/2009 17:35 EST **Para:** Gina [Eckerd] **Asunto:** FW: precios inkafarma

Gina:

Conversamos de este tema en nuestra próxima visita.

Saludos

ANA

TRADE SALES MANAGER

Pfizer Perú

De: Antenor [Fasa] **Enviado el:** Miércoles, 11 de Febrero de 2009 3:37 p.m. **Para:** Ana [Pfizer] **CC:** Christian [Fasa]; Milenka [Fasa] **Asunto:** RV: precios inkafarma

Estimada Ana

Los productos que detallo a continuación han tenido una baja de precios considerable esta semana en inkafarma. Lo cual significa aproximadamente 10,000 soles de perdida para FASA asumiendo que debemos igualar al precio que marca inkafarma y que vendemos las mismas unidades promedio mensuales

Te solicito tomes cartas en el asunto tan pronto como sea posible para que los precios se regularicen, porque como comprenderás no podemos subsidiar la venta de tu línea a costa de nuestra rentabilidad. Tenemos mucho interés en que tus productos sigan creciendo en la cadena pero con un win -win

Quedo a la espera de tus comentarios

Cordialmente

Antenor

Gerente Comercial

Boticas Fasa

El 12 de febrero de 2009, el laboratorio BOEHRINGER-INGELHEIM solicitó el apoyo de ARCÁNGEL para que los precios de las distintas presentaciones del producto Kiddi Pharmaton no se encuentren por debajo del rango de los precios sugeridos, asimismo, les recordó la importancia de la realización de dicha acción, puesto que, de lo contrario todos los demás agentes distribuidores involucrados se apartarían del acuerdo y podría dar lugar a una guerra de precios que afectaría significativamente contra el mercado farmacéutico:

Correo 41

De: Elvis [Boehringer-Ingelheim] **Enviado el:** jueves, 12 de febrero de 2009 10:00 a.m. **Para:** Julio [Arcángel] **CC:** Giselle [Boehringer-Ingelheim]; Magaly [Arcángel]; Ana [Arcángel] **Asunto:** RV: PRECIOS KIDDI PHARMATON

Buenos días Julio,

Por favor ayúdame con los precios de Kiddi en Chiclayo ya que lo tienes muy por abajo del resto.

Precio sugerido Kiddi 100 ml …29.50

Precio Arcángel 23.10

Precio sugerido Kiddi 200 ml…39.5

Precio Arcángel 32.90

Es urgente se regularice el precio antes que todos se tiren al piso.

Saludos cordiales,

Elvis

Jefe de Ventas

Boehringer Ingelheim

El 19 de febrero de 2009, FASA, como consecuencia de un análisis interno sobre la rentabilidad de los productos del laboratorio FARMAKONSUMA, cursa comunicaciones con su laboratorio proveedor con la finalidad de manifestarle su preocupación por la competencia agresiva que presentaba INKAFARMA respecto a los productos de la línea de dicho laboratorio. Como consecuencia, dicho laboratorio se contactó con el responsable correspondiente del agente distribuidor INKAFARMA para que realicen el cambio del precio de los productos en conflicto, a lo cual ellos accedieron, pero indicaron que se "tomaban dos días para volver a revisar los precios"; asimismo, le indicó a FASA el mantenimiento de los descuentos anteriores respecto a 3 Skus de la línea:

Correo 42

De: Milenka [Fasa] **Enviado el:** Viernes, 20 de Febrero de 2009 09:51 a.m. **Para:** Henry (PE) [Grupo Farmakonsuma] **CC:** Christian [Fasa]; Johanna (PE) [Grupo Farmakonsuma]; Antenor [Fasa] **Asunto:** RE: Precios - Grupo Farma

Ok Henry, estaremos a la espera de la respuesta en el cambio de precios.

Saludos, Milenka

De: Henry (PE) [Grupo Farmakonsuma] **Enviado el:** Jueves, 19 de Febrero de 2009 11:51 PM **Para:** Milenka [Fasa] **CC:** Christian [Fasa]; Johanna (PE) [Grupo Farmakonsuma]; Antenor [Fasa] **Asunto:** RE: Precios - Grupo Farma

Milenka,

El día martes ingresamos a Inkafarma las respectivas boletas, de los productos involucrados, para que realicen el cambio de precio. Así mismo, me informaron que se tomaban dos días para volver a revisar los precios, por lo tanto, el día de mañana debo tener una respuesta.

Por favor no dudes que estoy muy pendiente de este tema.

Con respecto a la reducción de descuentos en 3 Skus de la línea, ésta ya se dio en las demás cadenas el mes pasado. Por alguna razón no llegó a ustedes, razón por la cual mantendré los descuentos anteriores, en esos SKus, hasta finales de marzo.

Salu2,

De: Milenka [Fasa] **Enviado el:** Jue 19/02/2009 19:34 **Para:** Henry (PE) [Grupo Farmakonsuma] **CC:** Christian [Fasa]; Johanna (PE) [Grupo Farmakonsuma]; Antenor [Fasa] **Asunto:** RE: Precios - Grupo Farma

Henry,

Aún no hemos tenido respuesta al respecto del tema de precios. Como te comentó Antenor, este deterioro de precios impacta directamente en la rentabilidad de tu línea dentro de Fasa. Requerimos tu apoyo para darle solución a este tema a la brevedad.

Adicionalmente nos preocupa que a partir de Marzo hay una reducción de descuentos en 3 Skus de tu línea, lo que hará que la rentabilidad se vea más afectada aún.

Quedamos a la espera de tu respuesta.

Saludos,

Milenka

De: Conde (PE) [Grupo Farmakonsuma] **Enviado el:** Jueves, 12 de Febrero de 2009 11:17 PM **Para:** Antenor [Fasa] **CC:** Milenka [Fasa]; Christian [Fasa]; Johanna (PE) [Grupo Farmakonsuma] **Asunto:** RE: Precios - Grupo Farma

Totalmente de acuerdo.

Estoy en la sierra central, pero mañana mismo me comunicaré con la persona responsable en Inkafarma para identificar el problema, analizar la situación y darle una solución asap.

Los mantengo al tanto.

Cordialmente,

Henry

De: Antenor [Fasa] **Enviado el:** Jue 12/02/2009 19:17 **Para:** Henry [Grupo Farmakonsuma] **CC:** Milenka [Fasa]; Christian [Fasa] **Asunto:** RV: Precios - Grupo Farma

Estimado Henry :

Los productos que detallo a continuación han tenido una baja de precios considerable esta semana en inkafarma. Lo cual significa una pérdida de rentabilidad para FASA asumiendo que debemos igualar al precio que marca inkafarma y que vendemos las mismas unidades promedio mensuales, básicamente el origen de esto radica en la diferencia de inventario que tienen de tu línea producto de los push de fin de año con descuentos adicionales.

Mucho te agradecería revises este tema y dispongas la regularización de los precios en el mercado tan pronto como sea posible, porque como comprenderás no podemos subsidiar la venta de tu línea a costa de nuestra rentabilidad. Tenemos mucho interés en que tus productos sigan creciendo en la cadena pero con el deterioro de margen es imposible

Quedo a la espera de tus comentarios

Cordialmente

Antenor

Gerente Comercial

Boticas Fasa

El 16 de febrero de 2009, el laboratorio BOEHRINGER-INGELHEIM envió a ARCÁNGEL su propuesta comercial, el cual incluía a INKAFARMA, BTL, FASA, BYS, JORSA, Grupo FARBO, Grupo FARMACON, BOTICAS FELICIDAD y LIVES; y, abarcaría los siguientes productos: Buscapina comprimidos x 1 tableta, Bisolvon Linctus niños, Bisolvon Linctus adultos, Mucosolvan jarabe adultos, Mucosalvan jarabe niños, Pharmaton tabletas x 30 tabletas, Dulcolax grageas x1 tableta, Mobic ampolla x1, Mucosalvan comprimidos, Buscapina comprimidos ampolla x 1 unidad, Pharmaton x 100 cápsulas, Mucosalvan comprimidos pediátrico, Mucosalvan comprimidos adultos, Mobic tabletas 15 mg, Pharmaton Kiddi x 200 ml, Pharmaton Kiddi x100 l, Micardis 40x28, Secotex ocas. Asimismo, les indicó que el acuerdo de precios (diapositiva “productos precio”) de la propuesta comercial entraría en vigencia el 2 de marzo de 2009:

Correo 43

De: Elvis [Boehringer-Ingelheim] **Enviado el:** lunes, 16 de febrero de 2009 05:32 p.m.

Para: Magaly [Arcángel] **Asunto:** Plan comercial BI 2009

Datos adjuntos: Presentación Arcángel 2009.ppt (5 MB)

Buenas Tardes Magaly,

Confirme nuestra reunión para el Lunes 23 por lo cual te pido revises la propuesta comercial que te hiciéramos con la finalidad de revisarla este día y definir como trabajaremos en adelante.

En cuanto al acuerdo de precios este será efectivo al 100% desde el Lunes 2 de marzo. Ya se coordinó con las demás cadenas.

Saludos cordiales,

Elvis

Jefe de Ventas

Boehringer Ingelheim

El 12 de febrero de 2009, FASA reclamó a BOEHRING-INGELHEIM por la presencia de un problema en los precios de los productos Kiddi Pharmaton en las presentaciones de 100 y 200 ml. Por ello, le solicita que se comunique con su competidor INKAFARMA para que regularice dicho tema en Chiclayo, el laboratorio le comunica dicha queja a INKAFARMA, pero ellos responden que su acción fue consecuencia de una distorsión de precios generada por el actuar de FASA. Con posterioridad, el 3 de marzo de 2009, FASA, nuevamente, le comunica dicha afectación en sus precios respecto de los productos Bisolvon Linctus ad. Jarabe frasco x 120 ml y Bisolvon Linctus 4 mg/ 5mg niños jarabe de 120 ml., y que hasta la fecha no había obtenido ninguna acción por parte del laboratorio:

Correo 44

De: Milenka [Fasa] **Enviado el:** Martes, 03 de Marzo de 2009 07:04 p.m. **Para:** Elvis [Boehring-ingelheim] **CC:** Luis [Boehring-ingelheim]; Antenor [Fasa] **Asunto:** RE: CAMPAÑA PESO Y TALLA LABORATORIO BOEHRINGER

Elvis,

El tema sigue sin solución, esta semana estaremos marcando estos precios, esto hará que la guerra de precios sea mayor.

[...]

Hasta el momento no he tenido ninguna acción por parte de ustedes.

Saludos,

Milenka

De: Elvis [Boehringer-Ingelheim] **Enviado el:** Miércoles, 18 de Febrero de 2009 06:11 PM **Para:** Milenka [Fasa] **CC:** Claudia [Fasa]; Luis [Boehring-ingelheim]; Antenor [Fasa] **Asunto:** RE: CAMPAÑA PESO Y TALLA LABORATORIO BOEHRINGER

Buenas Tardes Milenka,

Hasta este momento estoy en coordinaciones con Inkafarma (Cliente del cual parte tu reclamo) ellos estarían regularizando el precio a más tardar mañana (Le comente a Claudia en la mañana que estaba en Inkafarma viendo este tema).Pero lo que ellos también reclaman es que Fasa está generando esta distorsión en los precios.

Al margen de los reclamos es importante revisemos estos temas para no tener problemas de este tipo más adelante.

Te comento que a pesar de la agresividad en que se están manejando los precios en el mercado nosotros en el 2008 llegamos a controlar sobre todo en lima nuestros precios y desde este mes hemos contratado gente en provincia para lograr lo mismo.

Solucionado este tema te pediría nos reunamos para explicarte cual es la propuesta que tenemos para evitar estas distorsiones y que entraría en vigencia desde el 2 de Marzo.

Confírmame en qué momento nos podríamos reunir.

Saludos cordiales,

Elvis

Jefe de Ventas

Boehringer Ingelheim

-----Mensaje original----- **De:** Milenka [Fasa] **Enviado el:** Miércoles, 18 de Febrero de 2009 12:47 p.m. **Para:** Elvis BI-PE-L [Boehring-ingelheim] **CC:** Claudia [Fasa]; Luis BI-CL-S [Boehring-ingelheim]; Antenor [Fasa] **Asunto:** RV: CAMPAÑA PESO Y TALLA LABORATORIO BOEHRINGER

Elvis,

Hasta el momento no tenemos respuesta de un tema que para nosotros es muy relevante.

Por favor indícanos cual será la posición de tu compañía con respecto a las acciones que está tomando la competencia con respecto a los precios.

Gracias,

Milenka

De: Milenka [Fasa] **Enviado el:** Lunes, 16 de Febrero de 2009 04:35 PM **Para:** 'Elvis' [Boehring-ingelheim] **CC:** Claudia [Fasa] **Asunto:** RE: CAMPAÑA PESO Y TALLA LABORATORIO BOEHRINGER

Elvys,

Hasta el momento no hemos tenido respuesta.

El jueves y viernes te estuvimos tratando de ubicar sin suerte. Como queda este tema?

Saludos, Milenka

De: Elvis [Boehringer-Ingelheim] **Enviado el:** Jueves, 12 de Febrero de 2009 09:48 AM **Para:** Milenka [Fasa] **CC:** Claudia [Fasa] **Asunto:** RE: CAMPAÑA PESO Y TALLA LABORATORIO BOEHRINGER

Ok lo estoy viendo hoy y te confirmo.

Saludos,

Elvis

Jefe de Ventas

Boehringer Ingelheim

-----Mensaje original----- **De:** Milenka [Fasa] **Enviado el:** Jueves, 12 de Febrero de 2009 09:26 a.m. **Para:** Elvis BI-PE-L [Boehring-ingelheim] **CC:** Claudia [Fasa] **Asunto:** RV: CAMPAÑA PESO Y TALLA LABORATORIO BOEHRINGER **Importancia:** Alta

Elvys,

Se mantienen los problemas de precios, si no se toma acción inmediata nosotros tendremos que bajar los precios a los mismos niveles y el problema será mayor para todos.

Por favor requiero tu respuesta inmediata. Estos precios fueron tomados en Chiclayo.

[...]

Saludos,

Milenka.

El 16 de febrero de 2009, FASA se pone en comunicación con su laboratorio-proveedor MEDCO, con la finalidad que lo ayude a superar los márgenes negativos de ganancias que presentaba gracias a la competencia agresiva de INKAFARMA. Como consecuencia, dicho laboratorio empieza a analizar y le comunica que FASA presenta distorsiones en el producto Omepral, y dicho distribuidor le explica el motivo que generó la baja en el precio, su competidor INKAFARMA presentaba, también, precios bajos respecto a dicho producto y ellos no podían seguir perdiendo márgenes de ganancia:

Correo 45

De: Antenor [Fasa] **Enviado el:** Martes, 17 de Febrero de 2009 12:31 p.m. **Para:** Luis [Medco] **CC:** Christian [Fasa]; Monica [Medco]; Miguel [Fasa]; Milenka Carrillo Purin [Fasa] **Asunto:** RE: RV: Problema de precios

Lucho

Muchas gracias por la respuesta, indícame cuando hacemos un corte para ver si tiene efecto o no, estos primeros días estamos perdiendo mucha plata y no podemos seguir así

Antenor

De: Luis [Medco] **Enviado el:** Martes, 17 de Febrero de 2009 12:28 p.m. **Para:** Antenor [Fasa] **CC:** Christian [Fasa]; Monica [Medco] **Asunto:** Re: RV: Problema de precios

Estimado Antenor,

Hemos tomado las medidas pertinentes para regular el precio del producto en el mercado, esperamos que estas surtan efecto inmediatamente. Estamos monitoreando diariamente el cumplimiento de las medidas correctivas. Esperamos el apoyo de Uds. para llevarlas adelante. Saludos Luis Prado

Gerente UN Productos de Marca

De: Antenor [Fasa]

Enviado el: martes, 17 de febrero de 2009 10:45 am

Para: Luis [Medco]

CC: Christian [Fasa]

Lucho por favor necesitamos respuesta

Hace más de una semana envié un mail al respecto

Sls Antenor

-----Mensaje original-----

De: Christian [Fasa]

Para: Monica <Medco>; Rosa [Fasa]

CC: Cinthya [Medco]; Carlos [Fasa]; Veronica [Fasa]; Antenor [Fasa]

Enviado: Tue Feb 17 10:42:04 2009

Asunto: RE: Problema de precios

Mònica, Lo tenemos más bajo a raíz que encontramos el producto en Inkafarma de Jirón de la Unión a S/. 177 soles la caja. Adjunto la información.

Pero no solo es este producto el problema.

Material Descripción Categoría PRECIO AL 09-01 PRECIO AL 06-02 Dif de precios Compra Precio Unitario

12287 OMEPRAL 20MG CJA/100 CAP. 10A_TRACTO ALIMENTARIO Y METABOLISMO 240 177,21 -62,79 1,79

Por favor indícanos cuál es la solución.

Gracias, Christian

De: Monica [Medco]

Enviado el: martes, 17 de febrero de 2009 10:32

Para: Christian [Fasa]; Rosa [Fasa]

CC: Cinthya [Medco]; Carlos [Fasa]; Veronica [Fasa]

Asunto: RE: Problema de precios

Christian, en el caso del Omepral ustedes tienen el precio más bajo, se tiene que corregir para solucionar los inconvenientes y no malograr mercado

Cinthia y Rosa, Por favor envíenle el cuadro a Christian,

Saludos Ruth

Sub Gerente de Cuentas Claves

Corporación Medco

[Mónica -Medco]

De: "Christian" [Fasa]

17/02/2009 10:03 a.m.

Para: Monica [Fasa]

Cc: "Cinthya" [Medco], "Carlos" [Fasa], "Veronica" [Fasa]

Asunto RE: Problema de precios

Mònica, Cinthya,

Envíenme la relación de productos que estamos más baratos.

Gracias, Christian.

De: Christian [Fasa]

Enviado el: lunes, 16 de febrero de 2009 19:03

Para: 'Monica' [Medco]

CC: 'Cinthya' [Medco]

Asunto: RV: Problema de precios

Mònica, Me puedes indicar qué productos son ??

Gracias, Christian.

De: Monica [Medco]

Enviado el: Lunes, 16 de Febrero de 2009 01:12 p.m.

Para: Christian [Fasa]

CC: Antenor [Fasa]; Luis [Medco]

Asunto: Re: Problema de precios

Estimado Christian,

Estamos realizando las coordinaciones con respecto a los precios, pero nos hemos encontrado con que FASA tiene los precios más bajos que IK, por lo cual hace más difícil que se regularicen dichos precios por lo que necesitamos definir el día en el que ustedes regularicen los precios para solucionar dicho inconveniente.

Saludos Ruth

Sub Gerente de Cuentas Claves

Corporación Medco

Monica [Medco]

De: "Christian" [Fasa]

16/02/2009 01:02 p.m.

Para: <Monica -Medco>, Luis [Medco]

Cc: "Antenor" [Fasa]

Asunto: Problema de precios

Mònica, Luis,

No tenemos respuesta sobre el asunto de los precios y la pérdida ocasionada por la baja en InkaFarma.

Gracias,

Christian.

ARCÁNGEL se comunicó con ALBIS para que proceda a realizar las coordinaciones correspondientes con los agentes distribuidores que no estaban cumpliendo con observar los precios sugeridos y realizaban promociones o descuentos que afectaban el mantenimiento de los precios sugeridos. Después de los arduos esfuerzos de coordinación, realizados por el laboratorio proveedor, se logró que tanto INKAFARMA como MIFARMA respetaran el establecimiento de los precios sugeridos:

Correo 46

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** martes, 03 de marzo de 2009 05:48 p.m. **Para:** Eliana [Albis] **CC:** Gustavo [Arcángel]; Julio [Arcángel]; Magaly [Arcángel]; Carlos [Arcángel]; Stefan [Albis] **Asunto:** RE: Diferencia de Precio LLPP

Eliana, Hoy tuve la reunión con el Sr. Edmundo (GG. MIFARMA) la decisión de acatar los PPSUG continua en pie, pero no acepta ninguna injerencia (indirecta de IKF) en el

manejo de su políticas comerciales en mercados nichos con sus clientes fidelizados, programa similar al que tiene **[CONFIDENCIAL]**, **[CONFIDENCIAL]** o los beneficios de **[CONFIDENCIAL]** para las consultas médicas gratuitas u otros programas de otras cadenas.

Así mismo menciona que el porcentaje de la venta con este programa en productos de LP es mínimo no trasciende mucho.

Propongo reunirnos con Eric.

Atte.

F

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Viernes, 27 de Febrero de 2009 12:47 p.m. **Para:** Gustavo [Arcángel] **CC:** Eliana [Albis]; Julio [Arcángel]; Magaly [Arcángel]; Carlos [Arcángel]; Stefan [Albis] **Asunto:** RE: Diferencia de Precio LLPP

Les informo que en la reunión de esta mañana se logró convencer a MIFARMA nivele los precios de martes a domingo (hoy por la tarde estará OK)

La decisión de suspender la campaña especial de los lunes (dscto. con tarjeta MF.) está en manos de la Gerencia General quien se encuentra de viaje, el asume también la gerencia comercial, vuelve el lunes y me confirmaran hora para la reunión del martes para volver a insistir en el tema.

Se converso con IKF, nivelara los demás productos que no distorsiona MIFARMA

Los productos que están en el prog. de MIFARMA son: (Glidiabet, Somazina 500mg,Sedotropina Flat, Gamalate x 60,Tiorfan lact.)

F

De: Stefan [Albis] **Enviado el:** Viernes, 27 de Febrero de 2009 07:20 a.m. **Para:** Francisco [Albis]; Gustavo [Arcángel] **CC:** Eliana [Albis]; Julio [Arcángel]; Magaly [Arcángel]; Carlos [Albis] **Asunto:** Re: Diferencia de Precio LLPP

Gustavo, si MIFARMA no se alinea, salimos "quemando" algunos productos claves en Boehringer y Quilab/Alfa....veamos que pasa! Saludos, St

---

De: Francisco [Albis] **Para**: Gustavo [Arcángel] **CC:** Eliana [Albis]; Stefan [Albis]; Julio [Arcángel]; Magaly [Arcángel]; Carlos [Albis] **Enviado**: Thu Feb 26 17:42:43 2009 **Asunto**: RE: Diferencia de Precio LLPP

Gustavo acabo de volver de IKF, lastimosamente detectaron nuevamente a MIFARMA que continua con la campaña especial con sus clientes fidelizados a los que otorga un dscto. adicional, conversando con Mifarma esta fue una decisión final del mismo Gerente que desautorizo a la Jefe de precios (Dra. Miriam) en no acatar los precios controlados (la Dra. [Miriam] ya había ofrecido nivelar los PPSUG.)

Gustavo La idea de cortar la atención a MIFARMA podría traer complicaciones con la cadena con productos de Química Suiza ¿?

Insistiré nuevamente mañana con MIFARMA, tengo un tercer plan bajo la manga que espero tenga efecto

Les pido tengan paciencia, por el lado de IKF ya me dieron el compromiso que si mañana arreglo con MIFARMA ellos nivelaran los precios por la tarde del mismo viernes.

Saludos

F

De: Gustavo [Arcángel] **Enviado el:** Miércoles, 25 de Febrero de 2009 05:36 p.m. **Para:** Francisco [Albis] **CC:** Eliana [Albis]; Stefan [Albis] **Asunto:** RE: Diferencia de Precio LLPP

Francisco

Lograste definir el tema con IKF y MIFARMA ?.

Saludos,

Gustavo

De: Francisco [Albis] **Enviado el:** Miércoles, 18 de Febrero de 2009 03:45 p.m. **Para:** Julio [Arcángel] **CC:** Eliana [Albis]; Magaly [Arcángel]; Manuel [Albis]; Gustavo [Arcángel] **Asunto:** RE: Diferencia de Precio LLPP

Les informo que IKF postergo la reunión de hoy para mañana 4 PM, como adelanto, MIFARMA está dando descuentos del 10% para sus clientes fidelizados los días lunes, esto ocasiono que productos de LP Albis se distorsionara e IKF utiliza como argumento sobre las diferencias existentes en algunos productos nuestros por lo que hoy tendré una nueva reunión con MIFARMA para definir tema

Saludos

F

De: Julio [Arcángel] **Enviado el:** Martes, 17 de Febrero de 2009 03:35 p.m. **Para:** Francisco [Albis] **CC:** Carlos [Albis]; Magaly [Arcángel] **Asunto:** Diferencia de Precio LLPP

Hola Francisco,

Este mes de Febrero hemos encontrado diferencias de precios con respecto a los precios acordados que manejaría la competencia…Incluso hay precios en otras cadenas diferentes a Inkafarma que están por debajo del precio sugerido de Inkafarma, que se supone sería el menor precio del mercado.

Agradeciendo tu gestión para que se regularice el tema, me despido.

Saludos,

Julio

El 04 de marzo de 2009, de manera interna, FASA comunicó la urgente necesidad de establecer el precio de S/ 5.50 del producto Electroral pediátrico sabor a fresa (frasco de 1000 ml), por ello, requiere de manera reiterada, el 19 de marzo de 2009, que necesitan establecer dicho precio para parar la pérdida de margen de ganancia en dicho producto:

Correo 47

De: Carlos [Fasa] **Enviado el:** Jueves, 19 de Marzo de 2009 04:19 p.m. **Para:** L [Fasa] **CC:** Christian [Fasa] **Asunto:** RV: SUBIDA DE PRECIOS ELECTRORAL.xls

Datos adjuntos: SUBIDA DE PRECIOS ELECTRORAL.xls (10 KB)

Sres., aun no se sube los precios, por favor estamos perdiendo margen en estos productos cuando es un acuerdo de todas las cadenas.

Por favor indicarnos cuando se va a subir el precio para que todas las cadenas suban el mismo día.

Saludos

Carlos

De: Carlos [Fasa] **Enviado el:** Miércoles, 04 de Marzo de 2009 08:45 PM **Para:** loc_anp [Fasa] **CC:** Christian [Fasa] **Asunto:** SUBIDA DE PRECIOS ELECTRORAL.xls

Estimados, por favor modificar estos precios urgentemente en toda la cadena a partir de mañana.

Saludos

Carlos

[...]

El 12 de marzo de 2009, de manera interna, MIFARMA empieza a averiguar el motivo por el cual la rentabilidad del producto Ensure era negativa, como consecuencias, el responsable del área correspondiente le indicó que hubo un alza en el precio de dicho producto y que estaban a la espera del envío del precio sugerido que debía ser indicado por el laboratorio proveedor, ABBOTT:

Correo 48

De: Miriam [Mifarma] **Enviado el:** Viernes, 13 de Marzo de 2009 11:11 a.m. **Para:** Edmundo [Mifarma] **Asunto:** RE: Abbott

Ensure ha subido de precio en Enero y las compras actuales son con precio nuevo; Abbott recién está alcanzándonos el precio sugerido para recuperar el margen pero aún está en conversación con las cadenas, lo mantendré informado.

Atte.

Miriam

Ejecutiva de Compras

De: Edmundo [Mifarma] **Enviado el:** Jueves, 12 de Marzo de 2009 09:44 p.m. **Para:** Miriam [Mifarma] **Asunto:** Abbott

Miriam:

La rentabilidad de Ensure se ha venido al piso.

Qué explicaciones tienes al respecto?

Edmundo

Gerente General

De manera interna, FASA se comunicó con el área correspondiente para que establezcan un alza en los precios indicados por ABBOTT, sobre un número determinado de productos farmacéuticos, entre los cuales se encontraba Ensure.

Correo 49

De: Veronica [Fasa] **Enviado el:** Miércoles, 18 de Marzo de 2009 10:17 a.m. **Para:** Miguel [Fasa] **CC:** Christian [Fasa] **Asunto:** RV: Incremento Precios Abbott 20marzo.xls

Datos adjuntos: Incremento Precios Abbott 20marzo.xls (33 KB)

Miguel por favor es muy importante que estos precios se reflejen en locales el día viernes.

gracias

Verónica

De: Lorena [Fasa] **Enviado el:** Martes, 17 de Marzo de 2009 08:50 p.m. **Para:** L [Fasa]; Veronica [Fasa] **CC:** Alejandro [Fasa]; Antenor [Fasa] **Asunto:** Incremento Precios Abbott 20marzo.xls

Miguel,

El día viernes estamos teniendo un alza de precios públicos de Abbott para incrementar los márgenes; este incremento es a nivel total mercado.

Por favor necesitamos tu apoyo para marcarlos a partir de este viernes, los días del del 23 al 25 que hagamos la revisión con los locales y con la información que nos mande la consultora vamos revisar que estos precios se hayan implementado en el mercado.

En caso de estos precios no respetarse al jueves o viernes lamentablemente tendríamos que cambiarlos nuevamente a lo que indica el mercado.

Vero,

De acuerdo a lo conversado también estamos mandando los precios de ensure que tb están contemplados en la subida.

Cualquier consulta por favor me avisan,

Gracias,

Lorena

[...]

El 19 de marzo de 2009, MEDIFARMA se percató que uno de los agentes distribuidores no cumplía con establecer el precio del producto Electroral acorde al precio sugerido establecido, por ello, se le solicita al responsable del área correspondiente que cumpla con comunicarse con el agente distribuidor que estaba incumpliendo (ARCÁNGEL), asimismo, se pone en contacto con FASA, seguidora de precios de ARCÁNGEL, y, también, le solicita que nivele los precios de Electroral, para ello, le envía un comprobante de pago de su competidor, INKAFARMA, en el cual se evidencia que ellos cumplieron con establecer el precio sugerido solicitado:

Correo 50

De: Chandy [Medifarma] **Enviado el:** Jueves, 19 de Marzo de 2009 02:04 p.m. **Para:** Antenor [Fasa] **CC:** Christian [Fasa]; Roxana [Medifarma]; Roxana [Medifarma] **Asunto:** Fw: PVP Electroral **Importancia:** Alta

Estimado Antenor:

Hemos estado haciendo un esfuerzo importante para nivelar los precios de Electroral, sin embargo FASA, que me contaste que era seguidora en cuanto a precios, está bajando

los precios en primera instancia. Aquí te envío una boleta de Eckerd y también de FASA (ambos en Jr. de la Unión) y FASA tiene los precios como se muestra en el cuadro líneas abajo y también se muestran los precios de Eckerd. Eckerd el día de ayer tenía el Electroral NF a 5.20, pero lo está bajando justamente porque el precio está 4.70 en FASA y ahora lo tiene a 5 soles. Te solicito encarecidamente que los precios se mantengan en 5.20 (Electroral NF) y 5.40 (Electroral Pediátrico), ya que el día de ayer Eckerd incluso ha bajado el precio de la presentación de Electroral NF de 5.2 a 5 soles. La idea es que ellos se coloquen mañana en 5.2 y que FASA también esté en 5.20 con el Electroral NF y 5.40 con el Electroral Pediátrico. Adicionalmente también te envió una boleta de Inkafarma en Tumbes. Si logramos mantener los precios en un producto, podríamos hacer lo mismo para los 10 ítems más vendidos y el margen crecería ponderadamente por lo menos **[CONFIDENCIAL]** puntos más.

Chandy

----- Original Message -----

From: Roxana [Medifarma]

To: 'Chandy' [Medifarma]; Ernesto [Medifarma]; 'Monica' [Medifarma]; 'Roxana'; M [Medifarma]

Sent: Thursday, March 19, 2009 1:31 PM

Subject: RV: PVP Electroral

Señores:

Adjunto boletas del día de hoy de FASA y de Eckerd de locales de Cercado de Lima, en la cual se detalla:

[...]

Sin embargo los PVP obtenidos ayer en Eckerd (Tumbes) estaban correctos según último acuerdo.

Saludos,

Roxana

De: Roxana [Medifarma] **Enviado el:** Miércoles, 18 de Marzo de 2009 04:56 p.m. **Para:** 'Monica' [Medifarma]; Ernesto [Medifarma]; 'Chandy' [Medifarma]; 'Roxana' [Medifarma] **Asunto:** PVP Electroral

Moni:

Adjunto BV de Electroral en Eckerd (Tumbes) al día de hoy, en la cual mantiene la última corrección realizada:

NF Adulto = S/.5.20

Pediátrico = S/.5.40

Asimismo se informa que Arcángel en la misma ciudad mencionada, está vendiendo **ambas presentaciones** a **S/5.30**.Favor de nivelar al mismo precio que Inkafarma.

Gracias,

Roxana

El 20 de marzo de 2009, el agente distribuidor FASA, de manera interna, realiza las coordinaciones para recordarle a ARCÁNGEL el mantenimiento de los precios sugeridos acordados, el cual sería cumplido entre las 3 o 4 de la tarde. Una vez que INKAFARMA observó que ARCÁNGEL había cumplido con ello, procedería a cambiar los precios de sus productos observando los precios sugeridos:

Correo 51

De: Veronica [Fasa] **Enviado el:** Viernes, 20 de Marzo de 2009 10:45 a.m. **Para:** Lorena [Fasa]; Miguel [Fasa] **CC:** Christian [Fasa] **Asunto:** Abbott

Lorena, me llamó Renzo, me dice que Arcángel está subiendo los precios paulatinamente, a las 3 o 4 de la tarde ya estará el precio correcto en la totalidad de locales.

Inka Farma esperará a que Arcángel suba todos sus precios para realizar el cambio.

Me dice Renzo que están trabajando en eso...

Verónica

Category Manager - Farma Rx

Farmacias Peruanas S.A".

El 22 de marzo de 2009, de manera interna, FASA observó una diferencia sustancial de sus precios en comparación con los de su competencia, como consecuencia, le comunicó dicha situación a su proveedor, ABBOTT, del incumplimiento en la observancia de los precios sugeridos y que le traía como consecuencia la afectación a su competitividad:

Correo 52

De: Veronica [Fasa] **Enviado el:** Lunes, 23 de Marzo de 2009 09:03 a.m. **Para:** Renzo [Abbott] **CC:** Christian [Fasa] **Asunto:** RV: Precios muy altos en comparación de competencia. Larco 2 **Importancia:** Alta

Renzo cuando se va a regularizar esto???

No podemos perder competitividad...

Nosotros estamos cumpliendo con el incremento de precio público

De: LARCO 2 [Carlos -Fasa] **Enviado el:** dom 22/03/2009 22:28 **Para:** L [Fasa]; Miguel [Fasa]; Giovana **Asunto:** Precios muy altos en comparación de competencia. Larco 2

Buenas Tardes

Estos son los precios que se han incrementado y que nos llevan mucha diferencia la competencia.

011142 ENSURE C/FOS POLV.VAINILLA LTA/1000G 82.40 inkafarma 73.4

Favor verificar.

Atte.

Carlos

Larco 2

El 24 de marzo de 2009, FASA, de manera interna, empezó a realizar averiguaciones respecto a los productos Feranin ampolla bebible (caja por 5 ampollas de 5 ml), Feranin 25 mg/ml solución gotas (frasco de 20 ml), Feranin Forte 50 mg/ml gotas (frasco de 20 ml) y Feranin NF 50 mg/ml jarabe (frasco de 100 ml), con la finalidad de mandar coordinar el envío de un personal encubierto para comprar dichos productos y observar si los precios de las demás cadenas, incluida INKAFARMA, observaban el precio sugerido real:

Correo 53

De: Veronica [Fasa] **Enviado el:** Martes, 24 de Marzo de 2009 10:53 a.m. **Para:** Alex [Fasa] **CC:** Christian [Fasa] **Asunto:** otros productos

alex tengo otros productos por averiguar.....recién me llegaron....

[...]

se supone que las demás cadenas incluida Inka ya tienen el precio sugerido real...

Por favor confírmame...

Verónica

Category Manager - Farma Rx

Farmacias Peruanas S.A".

El 24 de marzo de 2009, FASA comunicó a ABBOTT acerca de la presencia de precios de venta al público sobre unos productos de su línea que no cumplían con observar el precio sugerido indicado por el laboratorio, como consecuencia, INKAFARMA, BTL y ARCÁNGEL presentaban "distorsiones"; por ello, le solicita al laboratorio ABBOTT que den una solución respecto a dicho tema porque eso afectaba su competitividad dentro del mercado:

Correo 54

De: Veronica [Fasa] **Enviado el:** Martes, 24 de Marzo de 2009 11:55 a.m. **Para:** Lorena [Fasa]; 'Renzo' [Abbott]; 'Patricio' [Abbott] **CC:** Antenor [Fasa]; Alejandro [Fasa]; Christian [Fasa] **Asunto:** RE: Adicionales Lunes 23 Marzo Abott.xls

Señores por favor dar solución a este tema, no podemos perder competitividad.

De: Lorena [Fasa] **Enviado el:** Martes, 24 de Marzo de 2009 11:54 a.m. **Para:** Renzo [Abbott]; 'Patricio' [Abbott] **CC:** Veronica [Fasa]; Antenor [Fasa]; Alejandro [Fasa]; Christian [Fasa] **Asunto:** RV: Adicionales Lunes 23 Marzo Abott.xls

Renzo,

Hemos encontrado estos precios en competencia ayer. Inkafarma, Btl y Arcángel tienen distorsiones, nosotros somos los únicos que hemos cumplido en levantar los sugeridos desde el viernes pasado.

Por favor necesitamos una respuesta a este tema asap; nos estamos perjudicando nosotros no podemos seguir con estos precios si nadie cumple.

slds,

Lorena"

El 24 de marzo de 2009, FASA, internamente, se comunicó con el responsable del área correspondiente para que revise los precios de una serie de productos, cuyo valor sería colocado a la par con los precios que ofrecía INKAFARMA, y realice una comprobación *in situ* en los locales:

Correo 55

De: Veronica [Fasa] **Enviado el:** Martes, 24 de Marzo de 2009 03:58 p.m. **Para:** Christian [Fasa] **Asunto:** RE: Precios

Estoy poniendo los precios parity con Inka

De: Christian [Fasa] **Enviado el:** Martes, 24 de Marzo de 2009 03:57 p.m. **Para:** Veronica [Fasa] **Asunto:** RE: Precios

Si no es real porque no les dices, mándalo a comprar una pastilla.

Pon los precios parity con Inka.

De: Veronica [Fasa] **Enviado el:** martes, 24 de marzo de 2009 15:35

Para: Christian [Fasa] **Asunto:** RV: Precios

Christian, los proveedores de estos productos me indican que el precio está conciliado pero esto no es tan real.

Lo que voy a hacer es subir el precio solo en los que nosotros estamos por debajo de Inka Farma

En el caso de Saton tengo dos precios, lo estoy verificando con el laboratorio

---

De: Alex [Fasa] **Enviado el:** Martes, 24 de Marzo de 2009 03:25 p.m. **Para:** Veronica [Fasa] **Asunto:** Precios

Veronica,

Acaba de enviarme la consultora estos precios ..., revísalo y me avisas

[...]

José

Slds.

Alex T

Como podemos observar estamos frente a una conducta comercial sumamente compleja y desarrollada tanto en los niveles de producción como de distribución. Dentro del nivel de producción encontramos que los laboratorios involucrados son numerosos (entre los cuales están ALBIS, JOHNSON & JOHNSON, MEDIFARMA, entre otros), mientras que a nivel de distribución, los agentes económicos involucrados serían: Arcángel, BTL, BYS, ECKERD, FASA, MIFARMA Y BOTICAS FELICIDAD. Al encontrarse involucrados diferentes laboratorios, los productos que podían ser objeto de aplicación de la política de precios sugeridos, no fueron los mismos y, como consecuencia, no todos los agentes económicos participaron en dicha política sobre los mismos productos. Asimismo, se puede observar un mismo origen en la adopción de dicha práctica comercial: Posicionamiento, aparentemente dominante, de un mismo agente económico (INKAFARMA) en las relaciones comerciales con los laboratorios y competencia con los demás agentes distribuidores.

Una de las más importantes funciones de las autoridades administrativas, es la relacionada con la tutela de la competencia, que presenta una doble garantía, relacionada tanto a nivel de los ciudadanos (fortalecimiento en su capacidad de elección de bienes) como a nivel de los proveedores (superación de trabas que ralentizan el suministro de los productos o servicios) y adquiere mayor relevancia cuando la economía y la salud de los ciudadanos se encuentran en juego, esto es, cuando el mercado de referencia[414] afectado es el de distribución

[414] "La definición de mercado de referencia toma en consideración un doble criterio para delimitar el mercado relevante, el de los productos o servicios y el geográfico combinando ambos factores:

minorista de productos farmacéuticos y afines. Previamente, se procedió a mostrar algunas de las pruebas indiciarias recabadas, que muestran el desarrollo de la conducta investigada por la autoridad administrativa, INDECOPI, por lo que, a continuación, se analizará la conducta, teniendo en consideración lo efectuado por dicha autoridad administrativa, con la finalidad de conocer si su decisión se adecuó a la normativa legal correspondiente y a los principios aplicables al caso.

El Decreto Legislativo 1034 estableció los elementos de la conducta, dependiendo del aspecto a observar, por lo que encontramos, un aspecto sustancial o de antijuridicidad, otro de aspecto formal o de tipicidad y, finalmente, uno relacionado con el objetivo de responsabilidad.

El primero de ellos implica el incumplimiento de la obligación de promoción de la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, mediante el desenvolvimiento de alguna de las actuaciones reguladas en los artículos 10°, 11° y/o 12° de dicho decreto legislativo. Además, para comprender y delimitar mejor dicho elemento, resulta necesario conocer el concepto de "competencia", que puede ser considerado "en sí un bien, cuya protección legal es necesaria para el buen funcionamiento del sistema económico de economía de mercado. Pero esa «competencia» tiene dos aspectos económicos durante su actuación en el mercado y el referido a la (debida) lealtad entre los agentes económicos al momento de competir. En el primer caso estamos hablando del «Derecho de la Libre Competencia» o de sus sinónimos «Derecho *Antitrust*» o «Derecho contra las prácticas restrictivas de la libre competencia». En el segundo caso se trata del «Derecho contra la competencia desleal». Ahora bien, la libertad de competencia como valor, dentro de una economía social de mercado, ha sido unánimemente reconocida como bien jurídico. Su importancia radica en la operatividad que otorga al sistema de economía de mercado; la libre competencia es el instrumento que hace real la consecución, no solamente de fines económicos (aumento de bienestar), sino también de fines políticos: el permitir el máximo desarrollo posible de libertad individual[4]. No puede haber economía (social) de mercado sin libertad de competencia, si ésta no tiene una mínima protección legal, pues se sabe por experiencia que un sistema, que en sus inicios puede ser competitivo, tiende a ser destruido por los propios agentes económicos mediante prácticas restrictivas, si éstas no son controladas administrativa y/o

- Un mercado de productos de referencia comprende todos los productos y/o servicios que el consumidor considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, su precio y el uso al que se destinan;
- Un mercado geográfico de referencia comprende el territorio en el cual las empresas de referencia son contratadas para la oferta de bienes y servicios en cuestión y en el cual las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas".

RUIZ PERIS, J. (dir.). *Capítulo 2: Mercado Relevante*, en Derecho Europeo de la Competencia. Proyecto Europeo. Training of National Judges in EU Competition Law. Valencia: Tirant la Blanch, 2017.

penalmente. Queda entonces claro que la protección de la competencia no interesa únicamente a los agentes del mercado y participantes directos en el proceso económico, sino a toda la colectividad. (…) El Derecho peruano de protección de la competencia es «sui generis». Trata de proteger la competencia desde muchas perspectivas. Así, el Derecho Administrativo peruano, a través del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), pretende una competencia: contra las prácticas restrictivas, contra la competencia desleal, contra abusos en desmedro del consumidor, contra violaciones de los derechos de autor, etc. En realidad, esta concepción de «protección de la competencia» no es precisa, pues abarca muchos aspectos que no tienen que ver directamente con la competencia. Solamente en cuanto se trate de proteger la libre competencia y la competencia leal se está hablando de una protección de la competencia en sentido estricto"[415]. En ese sentido, la normativa que regula la libre competencia tiene como finalidad la promoción de la eficiencia económica en los mercados a través de la protección y mantenimiento del proceso competitivo (a mayor competencia, incremento en los incentivos, mejor asignación de los recursos y maximización de los beneficios), la cual, si es acompañada con el correcto desenvolvimiento de la libre iniciativa privada, generará mayores beneficios y bienestar a los ciudadanos; por ello, los Decretos Legislativos 701, 1034, 1205 y siguientes, identificarían, analizarían y sancionarían todas aquellas conductas que afectan la competencia, el control discrecional en el establecimiento de precios, y/o el proceso competitivo como puede ser el caso de las prácticas colusorias, abuso de posición de dominio o, en general, de todas aquellas prácticas que tengan un efecto equivalente. De todas aquellas actuaciones anticompetitivas, observaremos la aplicación del principio de tipificación en aquellas relacionadas con la fijación de precio o condiciones comerciales (sean provenientes de las prácticas colusorias o situaciones de abuso de posición de dominio), con la finalidad de determinar si las conductas realizadas por los agentes económicos eran pasibles de ser sancionadas administrativamente al estar previstas expresamente en la norma con rango de ley específica.

El segundo de ellos permite apreciar si el hecho fáctico concreto es subsumible, o no, en algunos de los supuestos establecidos como infracciones previstos por la normativa correspondiente, en el presente caso nos remitimos al Decreto Legislativo que fija como una de

[415] ABANTO VÁSQUEZ, M. *La protección penal de la competencia*. Recuperado https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiUvp605orvAhUXILkGHRxBCxsQFjABegQIAhAD&url=https%3A%2F%2Fperso.unifr.ch%2Fderechopenal%2Fassets%2Ffiles%2Farticulos%2Fa_20130208_01.pdf&usg=AOvVaw2KQBcN3aIIE5ivY-zxqA0b

las infracciones que afectan la eficiencia económica y la libre competencia a la "fijación de precios" bajo los siguientes términos:

> 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 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" y "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"

Por lo que, la acción sería la fijación de precios, el sujeto infractor, dependerá del nivel dentro de la cadena de producción y distribución, la calificación dependerá del nivel de los agentes investigados dentro de la cadena mencionada; y, el tercero de ellos hace referencia a un régimen de presunción de culpa en el cual, dependiendo de si se trata de una conducta ilícita horizontal o vertical, la sola presencia de la prueba de la presunta comisión de la infracción se configura como culpa probada y atribución de responsabilidad directa por los hechos propios de los agentes investigados.

Ahora bien, la conducta tipificada, y materia de la presente investigación, se encuentra relacionada con la fijación de precios que es entendida como:

> un acuerdo (escrito, verbal o deducido de la conducta) entre competidores que aumenta, reduce o estabiliza precios o condiciones competitivas. (…) Cuando los competidores acuerdan restringir la competencia, el resultado suele ser precios más altos. (…) Un acuerdo simple entre competidores para fijar precios es casi siempre ilegal, ya sea que los precios se fijen al mínimo, al máximo o dentro de algún rango. La justificación ilegal de precios ocurre cuando dos o más competidores acuerdan tomar acciones que tienen el efecto de subir, bajar o estabilizar el precio de cualquier producto o servicio sin ninguna justificación legítima. (…) Los esquemas de fijación de precios a menudo se elaboran en secreto y pueden ser difíciles de descubrir, pero se puede descubrir un

> acuerdo a partir de pruebas "circunstanciales". (…) No todas las similitudes de precios, o cambios de precios que ocurren al mismo tiempo, son el resultado de la fijación de precios. Por el contrario, a menudo son el resultado de condiciones normales de mercado. Un aumento en la demanda del consumidor también puede causar precios uniformes altos para un producto con oferta limitada. La fijación de precios se relaciona no solo con los precios, sino también con otros términos que afectan los precios para los consumidores, como tarifas de envío, garantías, programas de descuento o tasas de financiamiento[416].

Y puede ser desarrollada por los agentes económicos, quienes muchas veces celebran contratos o acuerdos, expresos o tácitos, o, realizan conspiraciones o coordinaciones, con finalidad de "obtener el éxito económico en base a la bondad de sus prestaciones, por una actuación coordinada en la que los incentivos para la captación de clientes se ven reducidos, en perjuicio de éstos y de la eficiencia del sistema en general"[417], pero debemos recordar que dichas actuaciones son producto de los incentivos existentes para no competir en un mercado determinado al maximizar sus ganancias mediante a la unión de fuerzas cuya finalidad es la actuar como si fueran un solo agente, a través de, por ejemplo, aumento coordinado de precios, reducción en la capacidad de producción, repartición de mercados, entre otros. Por ello, como un primer acercamiento, podemos considerar que todo acuerdo o conspiración o acción concertada debe tener por finalidad mediata la restricción o disminución (irrazonable o injustificable) de la competencia y como finalidad inmediata el aumento del precio o unidad de valor de los bienes o productos ofertados dentro de un mercado determinado.

---

[416] Traducción libre. Original: "Price fixing is an agreement (written, verbal, or inferred from conduct) among competitors that raises, lowers, or stabilizes prices or competitive terms. (…) A plain agreement among competitors to fix prices is almost always illegal, whether prices are fixed at a minimum, maximum, or within some range. Illegal price fixing occurs whenever two or more competitors agree to take actions that have the effect of raising, lowering or stabilizing the price of any product or service without any legitimate justification. Price-fixing schemes are often worked out in secret and can be hard to uncover, but an agreement can be discovered from "circumstantial" evidence. (…) Not all price similarities, or price changes that occur at the same time, are the result of price fixing. On the contrary, they often result from normal market conditions. Price fixing relates not only to prices, but also to other terms that affect prices to consumers, such as shipping fees, warranties, discount programs, or financing rates". FEDERAL TRADE COMMISSION Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiKyZbxkKTxAhUeE7kGHeNqD1sQFjAAegQIAxAD&url=https%3A%2F%2Fwww.ftc.gov%2Ftips-advice%2Fcompetition-guidance%2Fguide-antitrust-laws%2Fdealings-competitors%2Fprice-fixing&usg=AOvVaw2n_N4axfn449KVBLWTi476 https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws/dealings-competitors/price-fixing.

[417] En DEZA SANDOVAL, T. *Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la ley de represión de conductas anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea*, pg. 34. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj49On49-XuAhU2DrkGHR5AAXoQFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Frevistas.indecopi.gob.pe%2Findex.php%2Frcpi%2Farticle%2Fview%2F63&usg=AOvVaw3XwmDQ-won0KPOQsy8Yfs_g

En el supuesto que los agentes distribuidores y competidores lleguen a un acuerdo, expreso o tácito, para lograr que los proveedores establezcan precios mínimos a sus productos bajo advertencia de romper relaciones comerciales, así como su establecimiento y mantenimiento de los mismos dentro de los locales de dichos agentes, podrían ser considerados como una práctica colusoria horizontal, o producto de una situación de abuso de posición de dominio, y podrían ser sancionados y considerados como actuaciones como ilegales *per se*, independientemente del daño demostrable a la competencia; no obstante, si dicho establecimiento de precios (RPM) responde a una conducta unilateral con justificación objetiva, podría ser considerada y calificada como permisible y/o minimis. Para determinar cuál de los supuestos previamente indicados INDECOPI observó la actuación infractora y se percató, en primer lugar que se caracterizaba por la pluralidad de actuaciones donde cada acto manifiesto formaba parte de una misma infracción que al lesionar un mismo bien jurídico, la competencia en el mercado farmacéutico, y al guardar la relación con la venta de productos farmacéuticos a precios altos durante dos periodos determinados de tiempo podrían ser considerados como una continuidad de una misma actuación infractora, ocultada por los agentes económicos distribuidores para tener mayores probabilidades de éxito y generaron daño irreparable desde el momento inicial al formar parte de una conspiración continuada (una misma causa de acción). Después de analizar los datos y documentación presentada la Secretaría Técnica de INDECOPI llegó a la conclusión que la acción infractora se configuraba en términos de práctica colusoria horizontal, pero que a medida que avanzaba el desarrollo de la investigación fue adquiriendo matices que no significaron un cambio sustancial en la concepción de la infracción.

Por ello, en un primer momento, la Secretaría Técnica emitió la primera resolución de inicio, la Resolución 017-2010/ST-CLC-INDECOPI, indicando lo siguiente:

> 97. En efecto, en los correos electrónicos aludidos se señalan incrementos de precios de una serie de productos farmacéuticos y afines por parte de las cadenas, indicando los precios y las fechas en las que se realizarían estos incrementos. Las comunicaciones indicarían que el aumento de los precios tendría como origen un presunto acuerdo de fijación de precios por parte de las cadenas. Las cadenas estarían interesadas en fijar el precio de una serie de productos farmacéuticos y afines debido a que ello les permitiría aumentar su rentabilidad, tal como lo indican los correos electrónicos que se señalan a continuación (…) Para llevar a cabo la presunta práctica concertada de precios, las cadenas habrían coordinado las fechas y los niveles de precios de una serie de productos farmacéuticos y afines. El nivel de los precios habría estado acorde, en la mayoría de las ocasiones, con el nivel de los precios sugeridos al público por el proveedor. Ello

indicaría que las cadenas habrían utilizado coordinadamente los precios sugeridos como precios de referencia para la realización del acuerdo. En ese sentido, el presunto acuerdo habría destinado a la fijación de precios de venta a los consumidores, y no habría comprendido las ventas dirigidas a otras cadenas prestadoras de salud, farmacias, boticas, clínicas, empresas, entre otras.

(…)

119. El presunto acuerdo habría tenido como objetivo el incremento del precio de los productos farmacéutico, y afines, a nivel nacional. El aumento de los precios de las cadenas habría sido simultáneo o secuencial.

120. Finalmente, los correos electrónicos indicarían que los proveedores habrían desempeñado el rol de facilitadores en la coordinación entre las cadenas coadyuvando de esta forma al éxito del presunto acuerdo. Así, existen indicios razonables de que las cadenas habrían utilizado a los proveedores como intermediarios para la coordinación del presunto acuerdo.

(…)

122. Esta presunta supervisión habría sido realizada por los proveedores y las cadenas, y consistiría en la obtención de información relacionada a la evolución de los precios de los productos farmacéuticos y afines que habrían formado parte del presunto acuerdo de fijación de precios. Una forma de supervisar el acuerdo habría consistido en que el proveedor obtenía boletas de compra de los productos en todas las cadenas. Luego, dichas boletas eran remitidas a las cadenas, tal como se revela en los correos electrónicos (…). Las actividades de supervisión del presunto acuerdo de fijación de precios de las cadenas también se reflejan en los reclamos que estas realizaban a los proveedores. Hay una serie de comunicaciones en donde se aprecia el reclamo de una cadena debido a que otra cadena no está siguiendo el precio presuntamente acordado.

(…)

136. Adicionalmente, los correos electrónicos señalarían que las cadenas enviaban sus reclamos a los proveedores para que, a su vez, se los trasladen a la cadena involucrada.

(…)

139. En similar sentido, se han identificado una serie de correos electrónicos entregados durante las visitas inspectivas realizadas el 27 de marzo y el 24 de setiembre de 2009 en los locales de Eckerd, Btl, Fasa, Mifarma y Arcángel que también contienen información relacionada a la supervisión del presunto acuerdo de las cadenas para fijar el precio de determinados productos farmacéuticos y afines (ver anexo 1).

140. De los correos electrónicos descritos se desprende que las cadenas habrían supervisado el presunto acuerdo obteniendo información de los precios de venta al público de determinadas cadenas, a efectos de verificar si los precios presuntamente acordados estaban siendo aplicados por todas las cadenas en el mercado.

141. Los proveedores, por su parte, habrían facilitado a las cadenas la supervisión del presunto acuerdo, al recolectar información de los precios y trasladar dicha información a las cadenas. En otras ocasiones, las cadenas habrían recolectado la información de los precios mediante el mecanismo denominado "levantamiento de precios".

(…)

143. En consecuencia, los correos electrónicos analizados contienen indicios razonables de que las cadenas habrían utilizado a los proveedores como intermediarios para supervisar el cumplimiento del presunto acuerdo de fijación de precios a nivel nacional. Al respecto, cabe señalar que los proveedores habrían tenido interés en que las cadenas cumplieran el presunto acuerdo colusorio, con la finalidad de evitar reclamos relacionados con bajos márgenes de ganancia de los productos que les vendían. En otros casos, se observa que las cadenas habrían amenazado con dejar de comprar a los proveedores si no realizaban las acciones de supervisión del presunto acuerdo. (…)

144. A partir de la información remitida por Arcángel, ByS, BTL, Eckerd, Fasa y Mi Farma en respuesta a los requerimientos de información realizados por esta Secretaría Técnica, se analizó las series de precios promedio simple diarios de los productos farmacéuticos y afines para el departamento de Lima. (…)

145. Las comunicaciones indicarían incrementos significativos en los precios de algunos productos. (…)

172. Estas comunicaciones hacen referencia a incrementos de precios de determinados productos farmacéuticos y afines que serían consecuencia de un presunto acuerdo de fijación de precios entre Eckerd, ByS, BTL, Fasa, Mi Farma, Arcángel y Nortfarma. Adicionalmente, estas comunicaciones precisan las fechas y los montos específicos en los que se aplicarían dichos incrementos. Algunas de ellas, incluso, precisan si el ajuste sería secuencial o simultáneo"[418].

En dicha resolución, la autoridad administrativa reconoce como partes integrantes en la determinación de la infracción (fijación de precios al consumidor), las siguientes:

[418] Véase foja 000027 a foja 000050 del expediente N° 008-2010/CLC-INDECOPI.

a. **Sujetos intervinientes**

(i) **Agentes infractores:** ECKERD, BYS, BTL, FASA, MI FARMA, ARCÁNGEL y BOTICAS FELICIDAD;

(ii) **Agente facilitadores**: proveedores (sin identificar cuántos ni cuáles);

b. **Interés de las partes en relación a la presunta actuación anticompetitiva:**

(i) **Agentes infractores:** Aumentar su rentabilidad.

(ii) **Agentes facilitadores:** Evitar reclamos relacionados con bajos márgenes de ganancia de sus productos y evitar el rompimiento de las relaciones comerciales ante las amenazas de los distribuidores si no realizaban las acciones de supervisión del presunto acuerdo;

(iii) **Acción infractora:** Fijación de precios de venta a los consumidores y supervisión del presunto acuerdo, sin comprender las ventas dirigidas a otras cadenas prestadoras de salud (farmacias, boticas, clínicas, empresas, entre otras), asimismo, el presunto aumento de los precios: montos específicos y determinados.

(iv) **Mercado producto**: 75 productos investigados, incorporados dentro del Anexo 3 de la resolución de inicio.

(v) **Mercado geográfico afectado** (territorio donde se llevaron a cabo las actuaciones infractoras): Nacional, pero únicamente "se analizó las series de precios promedio simple diarios de los productos farmacéuticos y afines para el departamento de Lima".

(vi) **Marco temporal**: fechas determinadas donde se deja constancia de un ajuste secuencial o simultáneo.

Posteriormente, con fecha 20 de agosto de 2020, se emitió la segunda resolución de inicio (Resolución 014-2012/ST-CLC-INDECOPI) la cual mantuvo las partes indicadas en el párrafo precedente; sin embargo, indicó de manera, más detallada, una serie de cuestiones adicionales que influirían en la realización de la conducta anticompetitiva, entre las cuales encontramos:

a. **La constitución empresarial de las boticas y cadenas de farmacias**

Las cadenas son un conjunto de farmacias y/o boticas que pertenecen a una misma unidad empresarial.

b. **Las actividades complementarias que pueden realizar**

105. Las boticas y farmacias también están autorizadas a brindar servicios complementarios productos afines, teniendo como único requisito no poner en riesgo la seguridad y la calidad de los productos farmacéuticos y afines que comercializan;

c. **Su posicionamiento dentro del mercado farmacéutico**

108. En el Perú existen 8,878 puntos de venta al por menor, de las cuales 7,694 son farmacias o boticas independientes y 1,184 son locales de las cadenas[46]. Es importante destacar que 5,769 puntos de venta (65%) se encuentran ubicados en el departamento de Lima (véase gráfico 3) (…) 109. El vertiginoso crecimiento del sector minorista generó que las cadenas desplacen a las boticas y farmacias independientes en la venta al consumidor final. Como se muestra en el Gráfico 4, a mayo de 2009, las ventas de las cadenas representaron el 58.68% de las ventas totales, constituyéndose en una fuerte competencia para las boticas y farmacias independientes, a pesar de que solo concentraron el 12% de los puntos de venta. (…) 110. El número total de puntos de manera significativa a lo largo locales de paso de 522 en el 2005 a 1,184 en mayo de 2009, pese al cierre de un número importante de locales que probaron ser poco rentables. Según el Gráfico 5, a mayo de 2009, las principales cadenas, según el número de locales, eran Eckerd (27), Arcángel (212), Fasa (173), BTL (165), ByS (150) y Mifarma (80) que concentraron el 89% de locales de todas las cadenas. (…) 111. La mayoría de locales de las cadenas se concentran en Lima, Sin embargo, en los últimos años, aumentó el número de locales en provincias. En 2009, las principales cadenas poseían más de 500 puntos de venta ubicados en provincias, siendo la más importante Eckerd (155), seguida por Arcángel (145), Fasa (70), BTL (75), Mifarma (39) y ByS (25)".

d. **La influencia y ventajas de las decisiones estructurales, de constitución y comerciales en la posición de dominio anteriormente indicado**

Asimismo, destaca el crecimiento de Arcángel, cuya estrategia desde el inicio se basó en ingresar primero a provincias y luego a Lima, a diferencia del resto de cadenas que empezaron con puntos de venta ubicados en esta ciudad. 112. El mayor crecimiento de las cadenas frente a las boticas y farmacias independientes se debería a una serie de ventajas que poseen frente a estas. Las cadenas, al contar con varios locales, adquieren grandes volúmenes de productos, obteniendo así mayores descuentes de sus proveedores que las boticas y farmacias independientes. Asimismo, el poder de negociación que ostenta una cadena frente a una distribuidora es mayor que el de una botica o farmacias independientes. 113. Otra ventaja de las cadenas está relacionada con el mejor control del vencimiento de los medicamentos y con la posibilidad de ofrecer un mix más amplio de productos y servicios. Al respecto, las cadenas suelen brindar una serie de servicios complementarios suelen brindar una serie de servicios complementarios a sus clientes, tales como el servicio de delivery, la medición de presión, (…) 114. Estos factores han ocasionado que, para mantener una posición competitiva en el mercado, las boticas y

> farmacias independientes se asocien a efectos de constituir un único grupo de compra. La afiliación a estos grupos de compra permite que las boticas y farmacias independientes accedan a descuentos por volumen y proporciona un conjunto de ventajas para este tipo de negocio, como acceso al crédito, servicio de reparto de los productos requeridos y actividades de capacitación a los químicos farmacéuticos de los establecimientos farmacéuticos afiliados. 115. Las cadenas se distinguen de otros establecimientos de venta minorista debido a que comercializan productos farmacéuticos. Sin embargo, en los últimos años, el número de productos afines ofrecidos por las cadenas aumento considerablemente. En efecto, cada vez es más usual que las cadenas comercialicen productos afines como los productos para bebés, los preparados alimenticios complementarios para lactantes y niños pequeños, y los productos para el cuidado personal y perfumería (…). Las cadenas han implementado una serie de políticas de descuento con el objetivo de fidelizar a sus clientes. Ejemplos de ellos son el "Club Inkafarma" y "MiClub Mifarma", que brindan vales de consumo y descuentos adicionales exclusivos para los afiliados a las cadenas Eckerd y Mifarma, respectivamente; la política de "10% de descuento en medicamentos para mayores de 50 años" de Mifarma; entre otras. 117. Por otro lado, las cadenas han buscado el desarrollo de marcas propias con el objetivo de diferencias los productos que ofrecen. Así, es cada vez más frecuente que las cadenas mantengan relaciones verticales con laboratorios y distribuidoras a fin de poder ofrecer productos de marca propia que se vendan a menores precios que los productos de marca tradicionales. De hecho, algunas cadenas importantes tienen relaciones de propiedad o gestión con laboratorios y distribuidoras (…).

Como podemos observar, INDECOPI realiza un análisis del mercado relevante, sobre todo, del posicionamiento y ubicación de los agentes investigados dentro de las cadenas de producción y distribución, para conocer si los mismos ostentaban posición de dominio y poder de mercado dentro del mercado relevante que fue materia de investigación y conocer si la misma influyó y tuvo efectos sobre el mercado. Asimismo, en dicha resolución la Secretaría Técnica clarifica y precisa los hechos que se dieron alrededor de la presunta infracción administrativa y determina la suficiencia y razonabilidad de las pruebas indiciarias recabadas, indicando lo siguiente:

> 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 analizará los correos electrónicos de Arcángel, BTL, Fasa, Eckerd y Mifarma, entregados durante las Visitas Inspectivas y mencionados en la Resolución de Inicio (en adelante, los correos electrónicos que obran en el expediente), así como la información relacionada con la evolución de los precios de venta al público de determinados productos farmacéuticos y afines, obtenida de las respuestas de Arcángel, ByS, BTL, Fasa, Eckerd y Mifarma a los Requerimientos de Información. (…) 119. Como se especificará a continuación, habiendo revisado los correos electrónicos que obran en el expediente, esta Secretaría Técnica considera que existen 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 laboratorios o las distribuidoras (en general, los proveedores), presuntamente destinadas a coordinar la fijación concertada de los precios de determinados productos farmacéuticos y afines. 120. En particular, existen comunicaciones internas de las cadenas y comunicaciones entre las cadenas y los proveedores, en las que se hace referencia a incrementos de precios presuntamente coordinados, señalando el monto y la fecha en que se realizan estos incrementos. Como se desprende de estas comunicaciones, las cadenas habrían dejado de competir, fijando concertadamente, las cadenas habrían dejado de competir, fijando concertadamente sus precios, con la finalidad de aumentar, mantener o recuperar la rentabilidad de su negocio. A manera de ejemplo, a continuación, se citan algunas de estas comunicaciones. 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” (…). 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. (…) 131. Asimismo, existen comunicaciones cadenas habrían estado pendientes otras cadenas, con la presuntamente coordinado en las que se puede apreciar que algunos de los cambios en la política de precios de finalidad de regresar al incremento de precios. (…) 133. Por otro lado, existen comunicaciones en las que se

puede apreciar que, en algunas ocasiones, las cadenas habrían establecido incluso la forma en que debían aplicarse los incrementos de precios presuntamente coordinados. En forma secuencial (primero una, luego otra y así sucesivamente). (…) 135. Asimismo, existen comunicaciones en las que se pueden apreciar que, en algunas ocasiones, las cadenas habrían coordinado aplicar los incrementos de forma diferenciada. En efecto, en ciertas comunicaciones, se anuncia que el precio presuntamente coordinado para Eckerd sería menor que el precio presuntamente coordinado para las demás cadenas. (…) 139. Como se desprende de estas comunicaciones, las actividades de coordinación habrían estado relacionadas con los precios de venta al público, a nivel nacional, y no así con los precios de venta a otras cadenas, boticas, farmacias, clínicas, empresas prestadoras de salud, entre otras. 140. En conclusión, los correos electrónicos que obran 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. 141. En particular, en estas comunicaciones se puede apreciar indicios razonables de que las cadenas habrían coordinado incrementos de precios, señalando el monto y a 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). (…) 143. En particular, existen comunicaciones internas de las cadenas y comunicaciones entre las cadenas y comunicaciones entre las cadenas y los proveedores, en las que se hace referencia al seguimiento de la evolución de los precios de los productos farmacéuticos y afines que habrían tomado formado parte de la fijación concertada de precios. Como se desprende de estas comunicaciones, una forma de realizar este seguimiento habría consistido en que los proveedores realizaran compras de determinado producto y luego remitieran los comprobantes de pago correspondiente a las cadenas, para que estas pudieran verificar el cumplimiento de la presunta concertación. (…) 157. Más aún, existen comunicaciones en las que se puede apreciar

> que las cadenas transmitían este tipo de reclamos a sus proveedores, con la finalidad de que estos los retransmitieran a la cadena que no estaba cumpliendo la presunta concertación. (…) 160. Como se desprende de estas comunicaciones, los proveedores habrían apoyado a las cadenas en sus actividades de supervisión del acuerdo con la finalidad de evitar reclamos relacionados con la baja rentabilidad de sus productos. Al respecto, como se puede apreciar en algunas de estas comunicaciones, las cadenas habrían llegado a amenazar a sus proveedores con dejar de comprar sus productos. 161. En conclusión, los correos electrónicos que obran en el expediente contienen indicios razonables de la realización de actividades de supervisión por parte de Arcángel, ByS. BTL, Fasa, Eckerd, Mifarma y Nortfarma, con el apoyo de los proveedores, presuntamente destinadas a supervisar la fijación concertada de los precios de determinados productos farmacéuticos y afines. 162. En particular, en estas comunicaciones se puede apreciar indicios razonables del seguimiento de la evolución de los precios de los productos farmacéuticos y afines que habrían formado parte de la fijación concertada de precios, realizado por proveedores o por las propias cadenas (mediante el mecanismo denominado "levantamiento de precios"), pero siempre con la finalidad de que las cadenas pudieran verificar el cumplimiento de la presunta concertación. Así, las actividades de supervisión de las cadenas se habrían materializado mediante los reclamos que dirigían a sus proveedores cuando detectaban que otra cadena no estaba cumpliendo la presunta concertación. Más aún, existen comunicaciones en las que se puede apreciar que las cadenas transmitían este tipo de reclamos a sus proveedores, con la finalidad de que estos los retransmitieran a la cadena que no estaba cumpliendo la presunta concertación"[419].

Es innegable que en este tipo de infracciones resulta determinante observar el papel que juega el factor precio en la determinación de las transacciones realizadas por los consumidores, en tanto que medirá su escasez económica con la necesidad de adquirir o no un producto o servicio; sin embargo, los criterios en la selección de los productos farmacéuticos difieren de aquellos que se aplican en la mayoría de transacciones comerciales cotidianas y no se encuentran basadas, al menos en su mayoría, en dicho factor. Afirmar lo contrario implicaría un sacrificio en la innovación o descubrimiento de los laboratorios, ya que de ser así, estos únicamente se encontrarían motivados en buscar alternativas de productos de bajo costo sin importar, y sacrificando, su calidad.

[419] Foja 001629 a foja 001644 del expediente N° 008-2010/CLC-INDECOPI.

La Secretaría Técnica nos indica que la asimetría informativa podría ser superada, y, por ende, se potenciaría a los consumidores, si, primero, dicho factor representa la frecuencia en la adquisición e influye en la determinación del precio de los productos farmacéuticos; segundo, si las ventajas en el factor precio observan la toma de decisiones realizadas por los consumidores; y, tercero, se potencia el marketing o publicidad que realizan respecto de las características de los productos. No obstante, es importante considerar que el constante y masificado empleo de un medicamento puede significar una conducta estacionaria de los productos; que el costo real de los mismos puede encontrarse, significativamente, por debajo del costo asignado en la adquisición por parte del consumidor y no garantiza que sea este sea aplicable de manera proporcional para todos los consumidores; modificará la curva de la demanda gracias a la frecuencia en la aparición y la virulencia de una enfermedad, por ello, el consumidor (paciente, en su mayoría) no percibirá que los atributos de un "grupo determinado de productos tendrán repercusiones sobre todos los productos", salvo que, todos ellos se encuentren en una situación de sustituibilidad entre ellos; la publicidad o forma de marketing de un producto no guarda relación directa con un crecimiento en la demanda del mismo porque el consumidor no elegirá un medicamento si este no satisface una necesidad y enfermedad específica, dado que, si careces de dicha afección no será necesario la adquisición de dicho producto farmacéutico.

Teniendo en consideración lo mencionado previamente, observamos que debemos analizar la determinación del precio en relación con otros factores, tales como la sustituibilidad de los productos investigados y la competencia existente entre los agentes que se encuentran en situación de competencia, por ejemplo.

La sustituibilidad previamente señalada, es importante considerarla, sobre todo, si la Secretaría Técnica indica que:

> 324. Por estas consideraciones, esta Secretaría Técnica considera que las prácticas colusorias horizontales que involucran a un grupo de productos comercializados por minoristas multiproducto pueden afectar la competencia de todos los productos que ofrecen. Si los minoristas acuerdan concertar precios de un grupo de productos que son de compra frecuente por los consumidores, luego dicho acuerdo afectar la competencia de todos los productos que comercializan los minoristas. Un acuerdo que incluya productos de compra frecuente que inciden en la percepción de los consumidores respecto a la oferta del minorista, afecta no solo a los productos que forman parte del mismo sino a todos los productos que comercializan los minoristas. Si se reduce la competencia de los productos de compra recurrente no solo se afectará la demanda de

dicho grupo de productos sino la demanda de todos los productos comercializados por los minoristas. Por lo tanto, una práctica colusoria horizontal que incluya a productos de compra frecuente afectará la competencia intermarca entre los minoristas al limitar la competencia en la comercialización minorista de todos los productos ofrecidos por este. 324. Por estas consideraciones, esta Secretaría Técnica considera que las prácticas colusorias horizontales que involucran a un grupo de productos comercializados por minoristas multiproducto pueden afectar la competencia de todos los productos que ofrecen. Si los minoristas acuerdan concertar precios de un grupo de productos que son de compra frecuente por los consumidores, luego dicho acuerdo afectar la competencia de todos los productos que comercializan los minoristas. Un acuerdo que incluya productos de compra frecuente que inciden en la percepción de los consumidores respecto a la oferta del minorista, afecta no solo a los productos que forman parte del mismo sino a todos los productos que comercializan los minoristas. Si se reduce la competencia de los productos de compra recurrente no solo se afectará la demanda de dicho grupo de productos sino la demanda de todos los productos comercializados por los minoristas. Por lo tanto, una práctica colusoria horizontal que incluya a productos de compra frecuente afectará la competencia intermarca entre los minoristas al limitar la competencia en la comercialización minorista de todos los productos ofrecidos por este.

Dicha sustituibilidad tiene dos vertientes concatenadas y que se da tanto en la demanda de los productos como en los productos mismos, la primera de ellas implica la determinación de los productos que podrán ser percibidos y considerados como sustitutos por parte de los consumidores dependiendo de los tipos de medicamentos, los laboratorios que ofertan los productos, los distribuidores que los adquieren y ponen a disposición de los consumidores y el área en el que se ofertan; mientras que la segunda de ellas guarda relación con la disponibilidad de los productos farmacéuticos que pueden ser comprados por el consumidor y que ofrecerá beneficios similares a los que se pretende adquirir, pero que son ofertados por un proveedor diferente, ambas sirven para identificar las fuentes o canales alternativos de distribución o provisión de los productos farmacéuticos y afectarán la rentabilidad, competitividad y ganancias de los laboratorios.

Para la Secretaría Técnica, la sustituibilidad de los productos farmacéuticos se encontrará afectada por la presencia de una competencia intermarcaria que, en el presente caso se convirtió en competencia intramarcaria al afectarse la compra de los productos recurrentes; sin embargo, afirmar ello implicaría sostener, indirectamente, que todos los productos

farmacéuticos son sustitutos entre sí y que la venta de los mismos no se encuentra supedita a factores subjetivos determinantes que pretenden satisfacer una necesidad mediante una acción farmacológica concreta, por ello, si se pretende evaluar un acuerdo no se debe medir en términos de su frecuencia en la que son vendidos ni evaluarlos con todos los productos que puede u oferta un agente económico. La afirmación previamente indicada genera la siguiente interrogante ¿Qué entiende la Secretaría Técnica como mercado relevante? Para dicho órgano:

> el mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico. Asimismo, define el mercado de producto como el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos, señalando los factores a evaluar sobre el nivel de sustitución. Asimismo, la norma define el mercado geográfico como el conjunto de zonas geográficos donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante, y señala los aspectos a considerar para determinar cuáles son las alternativas de aprovisionamiento[420].

Ahora bien, ¿Se utiliza dicho criterio en la evaluación y delimitación de la conducta o se prescinde del mismo? En la Resolución N° 0738-2017/SDC-INDECOPI la Comisión de Libre Competencia indicó que:

> 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 competencia[56]; 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 dominio[421].

---

[420] INDECOPI. *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Libre Competencia*, Lima, 2013. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiD5dyuq7DvAhX7LLkGHS5nCAwQFjACegQIARAD&url=https%3A%2F%2Frepositorio.indecopi.gob.pe%2Fbitstream%2Fhandle%2F11724%2F5564%2Flibre_competencia.pdf%3Fsequence%3D1%26isAllowed%3Dy&usg=AOvVaw1pQJFL4FmxHaOPcadMtn1M.

[421] Foja 008175 del expediente N° 008-2010/CLC-INDECOPI, fundamentos jurídicos 79 y 80 de la Resolución N° 0738-2017/SDC-INDECOPI.

Para INDECOPI el uso de dicha herramienta es limitada, no comprendería un análisis de la posición de dominio que únicamente debe ser aplicada cuando se pretenda analizar una conducta de abuso de posición de dominio; sin embargo, para la Comisión Europea:

> la definición de mercado relevante permite determinar y definir los límites de la competencia entre empresas, así como establecer el marco dentro del cual la Comisión aplica la política de competencia. El principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de éstas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva. (…) La definición de mercado de referencia tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica tiene con frecuencia una influencia decisiva en la valoración de un caso de competencia. (…) Las empresas podrán tener en cuenta esta posibilidad en su proceso interno de toma de decisiones al contemplar, por ejemplo, una participación o la celebración de determinados acuerdos. (…) Con respecto a: a) los acuerdos horizontales que tengan por objeto: -la fijación de precios o la limitación de la producción (…), b) los acuerdos verticales que tengan por objeto: -la fijación de precios de reventa (…) no cabe excluir la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 85, incluso si las cuotas del conjunto de la empresas participantes son inferiores a los umbrales en los puntos 9 y 10.

Como se puede apreciar para la Comunidad Europea la aplicación de dicho concepto permite conocer y definir mejor los límites de competencia que existe entre las empresas dentro de un mercado determinado para analizar las limitaciones que las mismas puedan generar en su interior; en ese sentido, si consideramos que las prácticas colusorias implican actuaciones empresariales coordinadas entre dos o más agentes independientes y competidores o que se encuentran en diferentes etapas del proceso de comercialización, entonces la aplicación de la misma sería exigido cuando afecta el buen funcionamiento del mercado entre agentes económicos que operen dentro de diferentes niveles en la cadena de producción y comercialización al significar una actuación con poder de mercado sustancial obtenido artificialmente gracias a la existencia de un acuerdo en términos monopolísticos.

Una vez que conocemos que dicha herramienta puede ser utilizada en la determinación de prácticas colusorias verticales y horizontales, debemos enfocarnos, en primer lugar, en el factor funcional correspondiente al mercado de producto que implica "al conjunto de productos

que, en razón de sus características, son especialmente aptos para satisfacer necesidades permanente y escasamente sustituibles por otros productos"[422]. Conocer dicho mercado permite que la autoridad administrativa delimite el conjunto de productos que podrían encontrarse afectados, dicha cuestión también fue observada por uno de los agentes investigados, bajo los siguientes términos:

> mediante Oficio N° 043-3014/ST-CLC-INDECOPI (el "Oficio 43") de fecha 1 de abril de 2014, la Secretaría Técnica solicitó a la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas -DIGEMID la presentación de información relacionada: (i) con los criterios que utiliza la DIGEMID para agrupar o clasificar los medicamentos en territorio nacional, así como; (ii) el listado de medicamentos comercializados entre los años 2008 y 2009 que sean afines con aquellos medicamentos listados en el Anexo 2 de dicho Oficio. Cabe mencionar que, el referido Anexo 2 enuncia a los 76 medicamentos respecto de los cuales, a decir de la Secretaría Técnica, se habría llevado a cabo el supuesto acuerdo de colusión en el que presuntamente MIFARMA participó. Como hemos podido apreciar, entendemos que el pedido realizado en el Oficio 43 encerraría la necesidad de la Secretaría Técnica de definir cuál es el mercado relevante en el cual aparentemente MIFARMA habría cometido la infracción imputada. Es por esta razón que, la Secretaría Técnica estaría solicitando criterios de clasificación a nivel nacional (definición de mercado geográfico) y listado de productos alternos (definición de mercado producto). Demás está decir que a partir del análisis de la información que la Secretaría Técnica obtenga podría generar nueva prueba en el procedimiento. Teniendo en consideración lo señalado, parecería que, hasta la fecha, la Secretaría Técnica no habría definido cuál es el mercado relevante en el cual aparentemente se ejecutó la infracción que erróneamente se nos imputa. Ante estos hechos nos surge la siguiente consulta: si a la fecha de emisión de la Segunda Resolución la Secretaría Técnica no contó con los criterios necesarios para la definición del mercado relevante como pudo entonces la Secretaría Técnica definir con total claridad que MIFARMA realizó, a nivel nacional y respecto de los 76 productos materia de investigación, los actos de colusión señalados en la imputación. La conclusión lógica es que, al momento de realizar la imputación la Secretaría Técnica no tenía si quiera los indicios razonables que le permitan deducir lógicamente que nuestra COMPAÑÍA habría incurrido en la

[422] Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, As.322/1981, *Nederlandse Bandenindustrie Michelin v. Comisión (Michelin)*, Rec.4361, cdo. 37. Recuperado https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A61981CJ0322g

> infracción imputada. Lo que es peor aún, en el Oficio 43 demuestra que en el año 2014 (casi dos años después de iniciado el presente procedimiento en virtud de la Segunda Resolución), la Secretaría sigue sin tener esos indicios razonables y ni si quiera habría realizado el mercado relevante correspondiente. En este punto conviene señalar que, de acuerdo con el artículo 235.2 de la LPAG, toda entidad que ejerza potestad sancionadora (como lo es Indecopi y sus órganos) deberá, con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento, realzar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen la iniciación de tal procedimiento. El Oficio 43 es evidencia expresa que los actos previos que la Secretaría Técnica realizó fueron insuficientes para formar indicios razonables y por lo tanto no debió iniciarse el presente procedimiento. Como si esto no bastara, hasta la fecha MIFARMA no ha sido notificada sobre la respuesta por parte de DIGEMID al Oficio 43 (…).

El mercado producto de referencia es considerado como aquel que abarca la totalidad de los productos y/o servicios que son considerados por el consumidor como intercambiables o sustituibles en razón de sus propiedades, precio o uso; siempre y cuando estos estén dispuestos a pasar a productos sustitutivos fácilmente o a otros proveedores (costos de cambio); por ello, permite conocer tanto el producto relevante ofertado por los agentes investigados como los productos que resulten sustituibles o intercambiables a estos (por razón de precio, acción farmacológica, calidad, y otras condiciones); esto es, permite conocer el conjunto de bienes o servicios que se encontrarán en una situación de competencia, y, por ende, permitirá determinar si los precios de reventa son efectivamente precios fijados al tener en consideración (i) el comportamiento de los mismos con otros de similares acción farmacológica (sustitutos), (ii) restricciones a la accesibilidad para el consumidor, (iii) la presencia de alternativas equivalentes de comercialización (estrategia de precios fijos o variables, descuentos por cantidad, descuento por pronto pago, aplazamiento de pago, descuentos periódicos o rebajas, descuentos aleatorios u ofertas, descuentos específicos o de segundo mercado, entre otros).

En el presente caso encontramos que son 75 productos los investigados, por parte de la autoridad administrativa, considerados como (i) de compra frecuente, (ii) conciliados a nivel nacional, (iii) conciliados durante todo el periodo investigado, (iv) factores de afectación en la percepción del consumidor en relación con los demás productos ofertados, (v) los productos fueron conciliados diariamente por los agentes investigados mediante un intercambio de información; y, (vi) el intercambio de información prueba la presencia de un acuerdo colusorio.

Respecto de la primera la primera consideración, para afirmar si un producto es de compra frecuente y que podría afectar la percepción de los consumidores sobre una presunta conciliación de precios acerca de la totalidad de los productos ofertados e investigados por los agentes investigados, resulta necesario observar el número de transacciones realizadas (análisis de los comprobantes de pago), el tipo de acción farmacológica, la estacionariedad de la enfermedad o su necesidad para tratar enfermedades, su calificación como medicamentos esenciales[423] y/o el requerimiento de receta médica para su dispensación. La Secretaría Técnica analizó el número de transacciones diarias realizadas por las empresas investigadas e indicó que:

> **El número de transacciones diarias, aproximado por el número de boletas o facturas emitidas por las cadenas de <u>todos</u> los productos**, siguieron un patrón similar en los dos años evaluados, registrando promedios de 13.6 y 13.9 mil transacciones diarias en el 2008 y 2009. Las ventas diarias fluctuaron alrededor del promedio referido con el coeficiente de variación de 0.10, mostrando similar dispersión en el 2008 y 2009, de esta forma el 80% de las transacciones diarias estuvieron entre el 16% por debajo y el 12% por encima del valor promedio en el 2008 y el 2009. (…) Las transacciones fluctuaron alrededor del promedio registrando coeficientes de variación de 0.07 y 0.06 en el 2008 y 2009 respectivamente, de forma tal que el 80% de las transacciones locales por día estuvieron entre el 8% por debajo y 10% por encima de locales por día promedio en el 2008 y 2009 respectivamente, como se observa en el anterior cuadro. Adicionalmente, si se considera el promedio de locales por día se observa que **<u>los productos investigados fueron adquiridos en 86% y 87% del total de locales que tenían las cadenas a nivel nacional en el 2008 y 2009</u>**, respectivamente. Es decir, los productos fueron comercializados, en promedio **<u>en más del 80% de los locales por día que tenían las cadenas en el periodo evaluado</u>**. El promedio de las transacciones por local diarias fue de 16 y 14 en 2008 y 2009 respectivamente, con un coeficiente de variación de 0.10 en ambos años, como se observa en el anterior cuadro. Así el 80% de

[423] Para lograr dicha calificación se considera los siguientes criterios técnicos, tales como: necesidad (prioridades de salud pública); eficacia y seguridad; costo (incluyendo costo-efectividad; empleo de la denominación común internacional; preferencia por los monofármacos; propiedades farmacocinéticas favorables y convivencia; evitar la multiplicidad innecesaria de medicamentos y formas de dosificación; garantía de buena calidad y estabilidad; facilidades para la fabricación (o importación) y el almacenamiento; disponibilidad de recursos humanos y facilidades de servicios especializados; y, otras consideraciones (tales como, especificaciones técnicas adicionales, tiempo de permanencia del fármaco en el mercado; capacidad de financiamiento institucional, guías clínicas nacionales vigentes). MINISTERIO DE SALUD -DIRECCIÓN GENERAL DE MEDICAMENTOS, INSUMOS Y DROGAS. *Selección de medicamentos esenciales*, Perú, 2010. Recuperado de https://www.paho.org/es/file/20799/download?token=HnSG5zk1.

las transacciones por local estuvieron en el rango de 14 y 18 y de 12 y 16 en el 2008 y 2009 respectivamente. Las transacciones por local indican que los productos investigados fueron adquiridos de manera frecuente por los consumidores durante el periodo analizado. 333. Los consumidores adquirieron los productos investigados de manera frecuente**, de forma tal que las transacciones no mostraron grandes cambios en el periodo analizado, generando afluencia permanente a los locales de las cadenas**. Al respecto, el número de transacciones diarias, el número de locales por día y las transacciones por local no muestran cambios o shocks persistentes en el periodo evaluado. En efecto, el análisis estadístico contenido en el anterior cuadro indica que las variables tuvieron un comportamiento estacionario, es decir una evolución estable en el periodo evaluado. 334. A nivel de producto, se observa que las ventas de los productos investigados fueron frecuentes en el periodo analizado. **El 92% de los productos fueron comercializados todos los días**, **el 5% más de 706 días y el 3% restante en más de 435 días en el periodo 2008 y 2009 por algunas de las cadenas**"[424]. Asimismo, afirma que "Los sesenta (60) medicamentos investigados **tienen distintos efectos terapéuticos**[207] **y sirven para el tratamiento de diferentes enfermedades o dolencias**. Al respecto, si se considera la clasificación ATC (Anatomic, Therapeutic, Chemical) utilizada por la OMS, estos medicamentos pertenecen a veinticuatro (24) categorías terapéuticas (ATC 2) y a treinta y dos (32) categorías terapéuticas-farmacológicas (ATC 3). Así, los medicamentos investigados son utilizados para una amplia variedad de efectos terapéuticos requeridos de acuerdo con las necesidades del paciente. (…) 326. Las cadenas comercializan una amplia gama de productos, siendo **minoristas multiproducto**. Las cadenas suelen clasificar los productos que comercializan de acuerdo con distintas características de los mismos. Las **cadenas agrupan los productos según su condición de venta** (sea con receta médica o sin ella), si son marcas propias de la cadena y si son productos que están a disposición libre del consumidor en los estantes del local[204]. 327. **Los productos investigados pertenecen a las distintas categorías que utilizan las cadenas para clasificar los productos que comercializan. De los setenta y cinco (75) productos investigados[205], sesenta (60) corresponden a medicamentos de marca[206] y los quince (15) restantes son productos asociados al cuidado nutricional de niños y adultos**. Alrededor del 75% de los sesenta (60) medicamentos investigados requiere que el consumidor cuente previamente con una

[424] Fojas 005694 y 005695 del expediente administrativo N° 008-2010/CLC-INDECOPI. La negrita y el subrayado es nuestro.

prescripción médica para su consumo. Dichos medicamentos representan el 60% del total de productos investigados

De dicho análisis se puede concluir lo siguiente, la INDECOPI cuando evalúa los productos investigados dentro de un marco de competencia intramarcaria aplica criterios utilizados en la evaluación de conductas anticompetitivas dentro de un marco de competencia intermarcaria, para concluir que efectivamente existe dicha conducta anticompetitiva al indicar que:

> 338. De esta forma, todo acuerdo de precios que las cadenas investigadas podrían haber realizado sobre los productos investigados habría afectado la totalidad de sus productos, afectando la decisión del consumidor sobre los productos investigados y sobre todos los productos que son comercializados por las cadenas. Así, la presunta práctica colusoria horizontal habría afectado la competencia de todos los productos comercializados por las cadenas, limitando la competencia intermarca. 339. En consecuencia, de ser considerada como una conducta anticompetitiva, la conducta investigada deberá ser examinada como una práctica colusoria horizontal intermarca".

Del análisis anteriormente citado encontramos que, la Secretaría Técnica evaluó

(i) El número de transacciones contenidas en los comprobantes de pago de todos los locales de los agentes investigados,

(ii) Todos los productos ofertados por los agentes investigados

(iii) Todos los puntos de venta o locales de las mismas a nivel nacional, concluyendo que:

   a. Los productos investigados fueron adquiridos en 86% y 87% del total de locales que tenían las cadenas a nivel nacional durante el periodo investigado,
   b. La demanda de los mismos significó una participación en el 80% de los locales por día,
   c. La demanda de los productos investigados, al ser recurrentes, generan gran afluencia,
   d. 92% de los productos fueron comercializados todos los días, el 5% más de 706 días y el 3% restante en más de 435 durante el periodo investigado por algunas de las cadenas,
   e. 60 de los 75 productos investigados tienen diferentes efectos terapéuticos y sirven para el tratamiento de diferentes enfermedades o dolencias,
   f. Sesenta corresponden a medicamentos de marca y los quince restantes son productos asociados al cuidado nutricional de niños y adultos; y,

g. Todo acuerdo de precios que las cadenas investigadas podrían haber realizado sobre los productos investigados habría afectado la totalidad de sus productos, afectando la decisión del consumidor sobre los productos investigados y sobre los productos que son comercializados por las cadenas. Como podemos observar INDECOPI al determinar el mercado producto afectado considera que pese a que los productos investigados se encuentran en distintas categorías y cuentan con diferentes efectos terapéuticos, no necesita ser analizado en relación con los productos sustitutos sino por su periodicidad de venta en todos los locales de las empresas investigadas (sin considerar como una presunta alza de precios conlleva a que los consumidores consideren y adquieran otros productos que tengan una misma acción farmacológica, considerando de esta manera como bienes fungibles y corresponderían analizarlos todos independientemente de si presenta algún grado de competencia entre ellos. Se indicó previamente que el requerimiento de prescripción médica para ser dispensados, conlleva a que la frecuencia de dispensación de los mismos requieren de un costo adicional para el paciente, reflejado en el pago a un profesional de salud o en la atención dentro de un sistema de salud, asimismo, podríamos medir la demanda de un producto farmacéutico si consideramos su prescripción en enfermedades que son consideradas como principales causas de mortalidad dentro del territorio peruano y llegaríamos a la conclusión que de los 75 productos, el 60% de ellos requieren receta médica, solo 20% de los mismos guardan relación con las principales causas de mortalidad.

Respecto de la segunda consideración, INDECOPI indicó lo siguientes:

Los productos investigados se transaron en la mayoría de locales de las cadenas. Los productos fueron transados en 831 y 1,013 locales por día en promedio en 2008 y 2009, respectivamente.

Asimismo,

329. Los productos investigados son comercializados de manera frecuente por las cadenas generando la afluencia de los consumidores a sus locales. Si se agrupa a todos los productos investigados, se observa que f**ueron transados todos los días del año**; es decir, se registran observaciones de ventas los 366 y 365 días en el **2008 y 2009**, respectivamente. 330. El número de transacciones diarias, aproximado por el **número de boletas o facturas** emitidas **por las cadenas de todos los productos**, siguieron un patrón similar en los dos años evaluados, registrando promedios de 13.6 y 13.9 mil

transacciones diarias en el 2008 y 2009 respectivamente[209]. Las ventas diarias fluctuaron alrededor del promedio referido con coeficientes de variación de 0.10, BTL del 14 de julio de 2010, escrito de Arcángel del 22 de Julio de 2010 y escrito de Nortfarma del 21 de marzo mostrando similar dispersión en el 2008 y el 2009. De esta forma, el 80% de las transacciones diarias estuvieron entre el 16% por debajo y 12% por encima del valor promedio en el 2008 y el 2009, como se observa en el siguiente cuadro (…) 328. Los sesenta (60) medicamentos investigados tienen distintos efectos terapéuticos[207] y sirven para el tratamiento de diferentes enfermedades o dolencias. Al respecto, si se considera la clasificación ATC (Anatomic, Therapeutic, Chemical) utilizada por la OMS, estos medicamentos pertenecen a veinticuatro (24) categorías terapéuticas (ATC 2) y a treinta y dos (32) categorías terapéuticas-farmacológicas (ATC 3). Así, los medicamentos investigados son utilizados para una amplia variedad de efectos terapéuticos requeridos de acuerdo con las necesidades del paciente. 329. Los productos investigados son comercializados de manera frecuente por las cadenas generando la afluencia de los consumidores a sus locales. Si se agrupa a todos los productos investigados, se observa que fueron transados todos los días del año; es decir, se registran observaciones de ventas los 366 y 365 días en el 2008 y 2009, respectivamente. 330. El número de transacciones diarias, aproximado por el número de boletas o facturas emitidas por las cadenas de todos los productos, siguieron un patrón similar en los dos años evaluados, registrando promedios de 13.6 y 13.9 mil transacciones diarias en el 2008 y 2009 respectivamente[209]. Las ventas diarias fluctuaron alrededor del promedio referido con coeficientes de variación de 0.10, BTL del 14 de julio de 2010, escrito de Arcángel del 22 de Julio de 2010 y escrito de Nortfarma del 21 de marzo mostrando similar dispersión en el 2008 y el 2009. De esta forma, el 80% de las transacciones diarias estuvieron entre el 16% por debajo y 12% por encima del valor promedio en el 2008 y el 2009, como se observa en el siguiente cuadro. (…) 331. Los productos investigados se transaron en la mayoría de locales de las cadenas. Los productos **fueron transados en 831 y 1,013** locales por día en promedio en 2008 y 2009, respectivamente. Las transacciones fluctuaron alrededor del promedio registrando coeficientes de variación de 0.07 y 0.06 en el 2008 y 2009 respectivamente, de forma tal que el 80% de las transacciones locales por día estuvieron entre el 8% por debajo y 10% por encima de locales por día promedio en el 2008 y 2009 respectivamente, como se observa en el anterior cuadro. Adicionalmente, si se considera el promedio de locales por día se observa que los productos investigados **fueron adquiridos en 86% y 87% del total de locales que**

tengan las cadenas a nivel nacional en el 2008 y 2009, respectivamente[210]. Es decir, los productos fueron comercializados, en promedio, en más del 80% de los locales por día que tenían las cadenas en el periodo evaluado. 332. El promedio de las transacciones por local diarias fue de 16 y 14 en 2008 y 2009 respectivamente, con un coeficiente de variación de 0.10 en ambos años, como se observa en el anterior cuadro. Así, el 80% de las transacciones por local estuvieron en el rango de 14 y 18 y de 12 y 16 en el 2008 y 2009, respectivamente. Las transacciones por local indican que los productos investigados fueron adquiridos de manera frecuente por los consumidores durante el periodo analizado"[425].

Respecto de la tercera consideración, INDECOPI indicó que

si se consideran todos los productos investigados, se tiene que los productos fueron transados durante todo el año, y que las transacciones diarias, el número de locales diarios y las transacciones por local diaria se mantuvieron alrededor del promedio del año con una dispersión anual que no varió en el año 2008 y 2009, lo que refleja que los consumidores adquirieron dichos productos de forma frecuente, teniendo un comportamiento estable. Asimismo, las transacciones diarias fueron adquiridas en más del 80% de los locales que tenían las cadenas a nivel nacional, aspecto que refleja la importancia de los productos en la red de locales que tenían las cadenas. Adicionalmente, a nivel de producto, el 92% de los productos registraron ventas todos los días, lo que indica que los productos investigados fueron adquiridos de manera frecuente por los consumidores en el periodo evaluado.

Respecto de la cuarta consideración, la Secretaría Técnica indicó que

336. Al ser adquiridos de manera frecuente, los productos investigados generan efectos en la percepción de los consumidores respecto de las características de los productos y servicios que son comercializados por las cadenas, así como en la afluencia constante hacia sus locales. Ello afecta a la demanda de los productos investigados y, además, a la demanda de todos los productos comercializados por las cadenas. Las estrategias comerciales de las cadenas sobre los productos investigados pueden tener efectos en las preferencias que tienen los consumidores sobre la cadena y así sobre todos los productos que esta vende. De esta forma, las cadenas tienen interés en la venta de dichos productos debido a que influyen en la demanda del resto de productos que comercializan. 337. AL respecto, ByS señaló que los productos investigados cuentan con una gran demanda y

[425] Considerandos 329 al 332 del Informe Técnico N° 043-2015/ST-CLC-INDECOPI.

permiten a las cadenas asegurar la afluencia de consumidores a sus locales lo que a su vez afecta la demanda de otros productos farmacéuticos. De acuerdo a lo señalado por esta empresa, los productos investigados que se venden sin receta médica cuentan con publicidad dirigida al consumidor final por parte de los laboratorios que los producen, logrando una presencia importante en el mercado. Por otro lado, los productos que se venden con receta médica están relacionados a marcas cuya efectividad en el tratamiento de determinadas enfermedades es ampliamente conocida. Ello permite que los médicos los receten y químicos farmacéuticos los recomienden de manera frecuente a los consumidores finales. En ese sentido, las estrategias implementadas por las cadenas sobre los productos investigados (por ejemplo, la política de precios) son importantes para asegurar la demanda de todos los productos que venden. 338. De esta forma, todo acuerdo de precios que las cadenas investigadas podrían haber realizado sobre los productos investigados habría afectado la totalidad de sus productos, afectando la decisión del consumidor sobre los productos investigados y sobre todos los productos que son comercializados por las cadenas. Así la presunta práctica colusoria horizontal habría afectado la competencia de todos los productos comercializados por las cadenas, limitando la competencia intermarca.

Respecto de la quinta consideración, INDECOPI indicó que

333. Los consumidores adquirieron los productos investigados de manera frecuente, de forma tal que las transacciones no mostraron grandes cambios en el periodo analizado, generando afluencia permanente a los locales de las cadenas. Al respecto, el número de transacciones diarias, el número de locales por día y las transacciones por local no muestran cambios o shocks persistentes en el periodo evaluado. En efecto, el análisis estadístico contenido en el anterior cuadro indica que las variables tuvieron un comportamiento estacionario, es decir una evolución estable en el periodo evaluado[213].

334. A nivel de producto, se observa que las ventas de los productos investigados también fueron frecuentes en el periodo analizado. El 92% de los productos fueron comercializados todos los días, el 5% más de 706 días y el 3% restante en más de 435 días en el periodo 2008 y 2009 por alguna de las cadenas. **335. Por lo tanto, si se consideran todos los productos investigados, se tiene que los productos fueron transados durante todo el año, y que las transacciones diarias, el número de locales diarios y las transacciones por local diarias se mantuvieron alrededor del promedio del año con una dispersión anual que no varió en el 2008 y 2009, lo que refleja que los consumidores adquirieron dichos productos de forma frecuente, teniendo un**

comportamiento estable. Asimismo, las transacciones diarias fueron adquiridas en más del 80% de los locales que tenían las cadenas a nivel nacional, aspecto que refleja la importancia de los productos en la red de locales que teman las cadenas. Adicionalmente, a nivel de producto, el 92% de los productos registraron ventas todos los días, lo que indica que los productos investigados fueron adquiridos de manera frecuente por los consumidores en el periodo evaluado. 336. Al ser adquiridos de manera frecuente, los productos investigados generan efectos en la percepción de los consumidores respecto de las características de los productos y servicios que son comercializados por las cadenas, así como en la afluencia constante hacia sus locales[213]. Ello afecta a la demanda de los productos investigados y, además, a la demanda de todos los productos comercializados por las cadenas. Las estrategias comerciales de las cadenas sobre los productos investigados pueden tener efectos en las preferencias que tienen los consumidores sobre la cadena y así sobre todos los productos que esta vende. De esta forma, las cadenas tienen interés en la venta de dichos productos debido a que influyen en la demanda del resto de productos que comercializan. 337. Al respecto, ByS señaló que los productos investigados cuentan con una gran demanda y permiten a las cadenas asegurar la afluencia de consumidores a sus locales, lo que a su vez afecta la demanda de otros productos farmacéuticos. De acuerdo a lo señalado por esta empresa, los productos investigados que se venden sin receta médica cuentan con publicidad dirigida al consumidor final por parte de los laboratorios que los producen, logrando una presencia importante en el mercado. Por otro lado, los productos que se venden con receta médica están relacionados a marcas cuya efectividad en el tratamiento de determinadas enfermedades es ampliamente conocida. Ello permite que los médicos los receten y químicos farmacéuticos los recomienden de manera frecuente a los consumidores finales[214]. En ese sentido, las estrategias implementadas por las cadenas sobre los productos investigados (por ejemplo, la política de precios) son importantes para asegurar la demanda de todos los productos que venden.

Respecto de la sexta consideración, INDECOPI indicó que

40. (…) El Correo 1 muestra una cadena de correos electrónicos que van del 19 al 30 de enero del 2008. En el primero de ellos, enviado por Francisco, Gerente Comercial de Líneas Propias de Albis a Julio, Jefe de Precios de Arcángel durante el 2008, se especifica que este laboratorio mantuvo reuniones con diferentes cadenas para informarles acerca de un "control de precios". Se afirma que Eckerd habría aceptado "trabajar nuevamente con el control de precios" y que, incluso BTL, ByS, Mifarma (...)

no tienen ningún problema de iniciar nuevamente este ordenamiento". Existirían, entonces, coordinaciones entre BTL, ByS, Eckerd y Mifarma, a la cual Albis -en calidad de mediador intentaría agregar a Arcángel, con la finalidad de "controlar" el precio de ciertos medicamentos. El correo electrónico siguiente, del 21 de enero a las 8:44 a.m., revelaría que en las coordinaciones aludidas en el correo electrónico anterior también participaron Nortfarma y Fasa. En efecto, Julio responde: "creo que debemos regularizar juntas las cadenas, Arcángel, Felicidad [nombre comercial de las boticas propiedad de Nortfarma e Inkafarma... lo de FASA podemos esperar hasta Febrero (...)". Con la finalidad de evitar discusiones entre las cadenas, el ejecutivo de Arcángel recomienda lo siguiente: "te sugiero que coloques una fecha para que las 3 cadenas regularicemos y salimos a medir en el mercado sí se cumplió el acuerdo". En el correo electrónico del 21 de enero a las 12:41 p.m., Francisco informa a Julio acerca de la fecha en la que iniciaría el "ordenamiento" de precios, la cual presumiblemente habría sido aceptada también por Eckerd, ello se desprende de la siguiente frase: "Julio te envío la relación de productos para que midamos este ordenamiento a partir del jueves 24/01 ya conversé con IKF y quiero darles el tiempo suficiente para que no haya excusas". Asimismo, se reitera la participación de las otras cadenas mencionadas en los correos electrónicos anteriores: "también me das tiempo para coordinar con BTL y hablar nuevamente con Fasa y las otras cadenas, Felicidad, B&S, (...) Mifarma". La confirmación de la aceptación de Eckerd es transmitida por Albis a Arcángel el 23 de enero; sin embargo, los correos electrónicos del día siguiente (en el cual las cadenas deberían "ordenar" sus precios) dan cuenta de las quejas de Arcángel acerca del incumplimiento de Eckerd. Esta Secretaría Técnica entiende que dichas quejas eran transmitidas a Albis con la finalidad de que este laboratorio intercediera ante Eckerd y logrará que dicha cadena ajustará sus precios a los previamente coordinados con el resto de cadenas. Ello se revela en el correo electrónico del 24 de enero a las 7:08 pm, en el que, inclusive, Arcángel se vale de las quejas remitidas a Albis para proponer un método que permita el cumplimiento eficaz del acuerdo. En efecto, en dicho correo electrónico, Julio señala a Francisco: "para tus próximas coordinaciones y debido a quo IK no respeta el precio sugerido, necesitamos que ellos cambien el precio primero y nosotros saldremos a medir si es que lo cambiaron o no y de acuerdo a eso lo cambiaremos". Los correos electrónicos del 30 de enero revelan que Eckerd aceptó una nueva fecha para conciliar precios. En el correo electrónico del 30 de enero a las 8:39 a.m., Francisco indica a Julio que: "IKF 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 1/02 desde las 8 AM". Finalmente, esta propuesta es aceptada por Arcángel (correo del 30 de enero a las 12:20 p.m.). 342. El Correo 2 guarda relación con el anterior. En el primero de los correos electrónicos de esta cadena, se retransmite a Fasa las coordinaciones que AIbis sostuvo con el resto de cadenas entre el 19 y 30 de enero y se le informa acerca de la fecha en la que las cadenas deberían incrementar sus precios. Este correo, además, confirma la hipótesis que se desprende del correo electrónico del 21 de enero a las 8:44 a.m., correspondiente al Correo 1. (…) . Ello es así ya que el intercambio de información asegura mayor transparencia en el mercado, reduciendo la asimetría de información que enfrentan los agentes económicos asociada, por ejemplo, a las características de las demandas. Asimismo, permite que las buenas prácticas implementadas por agentes económicos competidores puedan ser conocidas en el mercado y replicadas. En el caso de los consumidores, una mayor transparencia en el mercado reduce sus costos de búsqueda y asegura que estos se encuentren más informados, incentivando un mayor grado de competencia[99]. 206. Sin embargo, el intercambio de información también puede incentivar la realización de conductas anticompetitivas en la medida en que las empresas tengan conocimiento sobre las elecciones de sus demás competidores[100]. Si las empresas son capaces de interpretar adecuadamente esta información, esta situación permite eliminar la incertidumbre sobre las acciones futuras de sus rivales y facilita la coordinación entre ellas[101]. 207. Por otra parte, el intercambio de información puede propiciar algunas de las condiciones necesarias para el funcionamiento de acuerdos colusorios. Por ejemplo, al existir una mayor transparencia en mercados poco concentrados, un mayor número de empresas pueden participar en el acuerdo ya que la supervisión y la sanción de los desvíos son efectuadas con mayor facilidad. 208. Los efectos del intercambio de información sobre el nivel de competencia dependen del tipo de información que intercambian los agentes económicos. 102. El intercambio de información estratégica relacionada a precios, descuentos, aumento o reducción de precios, costos de producción, cantidades vendidas, entre otros puede reducir la autonomía de decisión de las empresas y disminuir los incentivos a competir activamente en el mercado. (…)209. El intercambio de información tendrá mayores efectos negativos sobre la competencia si dicho intercambio involucra a agentes económicos importantes del mercado[103]. Al respecto, la Federal Trade Commission (FTC) considera que la colaboración entre competidores, incluido el intercambio de información, que cubran más del 20% del mercado relevante puede tener consecuencias

> restrictivas en la competencia. 210. Existen distintos tipos de intercambio de información. El intercambio se puede realizar de manera directa por parte de las empresas, o indirectamente a través de un tercero que puede ser un minorista o proveedor común, a través de asociaciones de comercio o industria, a través de datos de mercado generados por terceros independientes, entre otros[106]. (…) 235. 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 los 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 "carteles A-B-C". 236. En los casos "hub and spoke", existen, al menos, tres agentes económicos involucrados: un distribuidor "A", un proveedor (“B" y un distribuidor "C". Así, cuando existe un traslado de información comercial sensible (por ejemplo, relativa a precios) entre dos o más agentes económicos que operan en el mismo nivel de la cadena de producción/distribución ("A" y "C"), por medio de un socio contractual común que opera en un nivel distinto de la misma cadena de producción/distribución ("B"), puede inferirse la existencia de un acuerdo horizontal entre A y C[122]. 237. Uno de los primeros ejemplos de este tipo de conductas fue abordado por la Jurisprudencia norteamericana en interstate Circuit Inc. v. United States. En este caso, resuelto en 1939, la Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la existencia de un cartel en el mercado de distribución y exhibición de películas en el estado de Texas. 238. Interstate Circuit era propietaria de varios cines en dicho estado y ostentaba una posición dominante en el mercado de exhibición de películas junto con otra empresa, Texas Consolidated. Ambas empresas, además, compartían al mismo gerente. Este, con la finalidad de afianzar su posición en el mercado, decidió enviar una carta idéntica a los gerentes de las ocho empresas distribuidoras de películas más importantes en Texas. Cada carta señalaba expresamente el nombre del resto de destinatarios, todos ellos competidores entre sí.

Respecto del sexto punto indicado, encontramos una afectación al encuadramiento de la acción, inadecuada concepción de la conducta e imputación de cargos. Con la primera imputación de cargos realizada por la Secretaría Técnica, observamos la aplicación del Decreto Legislativo 1034° al considerar la actuación infractora como continuada, bajo los siguientes términos:

> 53. El 25 de junio de 2008 se publicó en el diario oficial "El Peruano" el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, norma que entró en vigencia el 26 de julio de 2008 y derogo expresamente el Decreto Legislativo 701[5], Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, sus normas modificatorias, complementarias, sustitutorias, reglamentarias y determinados dispositivos del Código Penal. 54. En el presente caso, las conductas investigadas se habrían iniciado durante la vigencia del Decreto Legislativo 701 y habrían continuado durante la vigencia del Decreto Legislativo 1034. 55. Acerca de la aplicación de las leyes penales en el tiempo, el Tribunal Constitucional ha precisado que, cuando exista más de una norma vigente al momento de la comisión de un delito continuado, se aplicará la última norma vigente durante su comisión[7]. Esta regla también resulta aplicable a los casos de infracción continuada. 56. La infracción continuada se caracteriza por presentar una unidad de acción o propósito, lo que permite otorgarle un tratamiento unitario y aplicarle la norma que se encontraba vigente cuando se cometió el último acto de la presunta infracción o cuando, no habiendo cesado, ha sido puesta en conocimiento de la autoridad.[8]57. En tal sentido, considerando que las conductas investigadas habrían continuado ejecutándose durante la vigencia del Decreto Legislativo 1034, corresponde aplicar esta norma al presente procedimiento administrativo sancionador[426].

De lo expuesto hasta el momento, surgen las siguientes interrogantes: Primero, ¿Cuándo podríamos considerar que una acción empresarial sea considerada como continuada?; segundo, ¿Podríamos aplicar disposiciones legales posteriores en el análisis y determinación de una conducta?; y, tercero, ¿Hubo alguna transgresión por parte de la Secretaría Técnica al principio de tipicidad y legalidad?

Respecto de la primera pregunta, la comisión de las actuaciones empresariales que fueron materia de análisis se desarrolló, aparentemente, durante el periodo de vigencia de dos normativas, el Decreto Legislativo 701 y 1034°, por lo que, resulta necesario conocer si presentan una misma unidad de acción o propósito para conocer si correspondía otorgarle un tratamiento unitario y aplicar la última normativa vigente. Para considerar que estamos frente a una continuidad de la infracción debemos observar si un mismo sujeto que es inspeccionado realiza una pluralidad de actos, con proximidad temporal, en términos homogéneos y progresivos, bajo una intención antijurídica unitaria, vulnerando un mismo precepto normativo

[426] Foja 000007 del expediente administrativo 008-2010/CLC-INDECOPI

y un mismo bien jurídico; esto es, los siete sujetos investigados debieron haber realizado un acuerdo de fijación de precio que recaería en los mismos productos, a un mismo precio y en un mismo territorio. Sin embargo, observamos que a pesar que fueron siete los sujetos investigados, no fueron los únicos involucrados en el desarrollo de la actuación infractora (no investigando a los laboratorios) y no todos ellos fueron sancionados en la resolución final (mediante la cual solo sancionan a cinco de dichas empresas, esto es, sancionaron a ALBIS, INKAFARMA, FASA, MIFARMA y BOTICAS FELICIDAD); el periodo de tiempo en los cuales se desarrolló el presunto acuerdo colusorio no estaría definido, en tanto que, pese a que los correos electrónicos fijan una fecha determinada, no se materializaron en dicha fecha en cuestión ni al mismo precio y en los correos electrónicos también se deja constancia que algunos de los productos no mantuvieron los precios acordados durante todo ese periodo de tiempo; el presunto acuerdo no recayó en la totalidad de productos investigados en la resolución de inicio (76 productos farmacéuticos) sino únicamente en 17 de los productos investigados[427]; los precios de los productos no fueron los mismos para todos los presuntos agentes involucrados[428]; la autoridad administrativa otorgó alcance nacional a la conducta infractora[429] fundamentándose casi exclusivamente en lo indicado por los correos electrónicos[430], si bien utilizó la mediana como criterio económico[431] para la evaluación de la conducta no tuvo en

[427] "En relación al periodo de ajuste de precios, la revisión de los correos electrónicos realizada líneas arriba ha permitido verificar que las cadenas coordinaron y fijaron el día 1 de febrero de 2008 como fecha del incremento de los precios en 17 productos. Los productos involucrados que fueron considerados en la Resolución de inicio". Véase foja 007478 del expediente administrativo N° 008-2010/CLC-INDECOPI.

[428] "Otra de las características que esta Comisión ha podido observar, en línea con lo señalado por la Secretaría Técnica, es la existencia de un trato ventajoso a favor de Eckerd, a quien se le permitía mantener sus precios unos céntimos por debajo del precio unitario previamente coordinado. Ello se evidencia en una fase muy temprana del periodo investigado, en relación con los productos de Albis (cuando el laboratorio indica a Arcángel que sobre los precios de la lista «inkafarma ajustará para abajo unos céntimos»), y más adelante se evidencia en listas de precios como la siguiente, remitida por Francisco Venero de Albis a Carlos Ruiz de Arcángel el 20 de agosto de 2008: (…)". Véase foja 007450 del expediente administrativo N° 008-2010/CLC-INDECOPI.

[429] "La evaluación de la conducta investigada comprende también la información de ventas de los productos de las cadenas en el periodo 2008 - 2009. De acuerdo con las comunicaciones, se habría buscado incrementar los precios de venta al público o al consumidor final. Por ello, se ha excluido del análisis las ventas realizadas por las empresas investigadas que correspondan a otro tipo de clientes. Asimismo, las comunicaciones indican que el ajuste de precios sería a nivel nacional, por lo que se ha evaluado conjuntamente la información de ventas en Lima y el resto de departamentos del Perú".

[430] "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 colusión". Véase foja 008192 del expediente administrativo N° 008-2010/CLC-INDECOPI.

[431] "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 metodológico.
137. Sobre el particular, en el Anexo 4 de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, la Comisión realiza una evaluación para determinar qué medida de tendencia central[82] debía considerarse para la obtención del precio de venta al público diario por producto y por cadena a nivel nacional.

consideración el motivo del acuerdo, el beneficio del acuerdo, existencia de una razón independiente para la realización de dicha conducta y si actuaron en contra del interés propio de las empresas investigadas (criterios establecidos en el modelo Areeda -Hovenkamp), en tanto que la interdependencia en la toma de decisiones empresariales, satisfacen necesidades de sujetos sin formación económica.

Respecto de la segunda pregunta, para determinar qué disposiciones legales resultaban aplicables debemos recordar el principio de tipicidad[432] y legalidad. El primero de ellos es conocido como principio o subprincipio de tipicidad (denominado así por parte del Tribunal Constitucional, al considerar su derivación del principio de legalidad[433]) o taxatividad y es una de las concreciones del principio de legalidad, se encuentra reconocido tanto por el inciso 9) del artículo 139° de la Constitución como en el artículo 230°.4 de la Ley 27444 (bajo los siguientes términos "Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria"). Al ser considerado como limitación a las actuaciones derivadas del *ius puniendi* estatal (ya sea emitida en sede administrativa o penal), garantizan tanto la correcta aplicación por parte de las autoridades de

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". Véase foja 008191 del expediente administrativo N° 008-2010/CLC-INDECOPI.

[432] "Artículo 230°.- Principio de la potestad sancionadora administrativa. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por lo siguientes principios especiales: 4. Tipicidad. Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar vía reglamentaria".

[433] "Este Colegiado ha establecido que: "(…) no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. el primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta (…) (Exp. N° 2050-2002-AA/TC, Fundamento jurídico N° 9. El principio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal". Exp. N° 2192-2004-AA/TC, fundamento jurídico 5.

la sanción en función de la precisión de la conducta considerada infractora o antijurídica, como la comprensión de la calificación sancionable de dicha conducta por parte del sujeto infractor. Asimismo, dicho principio deberá ser aplicado por las entidades administrativas, independientemente de si cuenta con alguna ley especial; y, "exige el cumplimiento de tres aspectos concurrentes: i) La reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la administración[434]; ii) La exigencia de certeza o exhaustividad suficiente en la descripción de la conducta sancionable constitutivas de las infracciones administrativas; iii) La interdicción de la analogía y la interpretación extensiva"[435], de los cuales centraremos nuestra atención en el segundo requisito o, conocido por un sector de la doctrina como el principio de suficiencia en la tipicidad de las infracciones. De todos los requisitos mencionados previamente, el que más incidencia presenta en el reconocimiento del principio de tipificación es el segundo, que guarda relación con los términos de redacción de la conducta infractora que deberá ser formulada en términos certeros, suficientemente precisos, expresos, indubitables y determinados; sin embargo, el alcance de esta exigencia en la minuciosidad en la redacción de la conducta infractora no debe ser absoluto e inflexible, sobre todo, si se aprecia la existencia de conductas que no se encuentran directamente relacionadas con el bien jurídico tutelable y cuyo reconocimiento no debería ser sancionado, asimismo, se pondría en riesgo la facultad que tiene la Administración de sancionar aquellas conductas que no se encuentran descritas de manera precisa y detallada dentro de la norma legal correspondiente, pero que afectan directamente a dicho bien jurídico. Si la autoridad administrativa no observa dicho principio, con la debida diligencia, podría sancionar los agentes investigados, que pueden ser personas naturales o jurídicas, en base a una normativa que no se encontraba vigente al momento de la

[434] Relacionado con la *lex scripta* y *lex praevia* al derivar del principio de legalidad, el cual "constituye una garantía constitucional de los derechos fundamentales de los ciudadanos, consagrado por la Constitución en su artículo 2°, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley". 3. El principio de legalidad en materia sancionadora impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si esta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Cfr. Expediente N° 010-2002-AI/TC), este principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*), y que la ley describa un supuesto estrictamente determinado (*lex certa*). 4. Se ha establecido, además, que dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley"

[435] MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Lima: Gaceta Jurídica, 10ma ed., 2014, p. 767. El resaltado es nuestro.

comisión de la infracción y que resulta sumamente perjudicial, sobre todo, en el procedimiento de cálculo de la multa al considerar que el presunto beneficio ilícito o daño causado por cada infractor sea superior y, como consecuencia, dicha sanción corre el riesgo de ser desproporcionada al no "observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción"[436]; o, aplicar normas procedimentales posteriores que afectan la concepción de la acción.

Respecto a la tercera pregunta, la afectación a dicho principio fue puesta en conocimiento por parte de uno de los agentes investigados y fue analizada por parte de la Secretaría Técnica en el Informe Técnico, bajo los siguientes términos:

> 3.1. Sobre la presunta violación del principio de tipicidad
>
> 68. Sobre el argumento de BTL señalado en el literal a) del numeral 65, cabe indicar que el principio de tipicidad se encuentra definido en el artículo 230.4 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, conforme a lo siguiente:
>
> **Artículo 230.- Principio de la potestad sancionadora administrativa**
>
> La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
>
> **4. Tipicidad.-** Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar vía reglamentaria.
>
> 69. De acuerdo al Tribunal Constitucional, este principio "es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean estas penales, administrativas o políticas estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo"[13]. 70. Ahora bien, en el Derecho Administrativo Sancionador el principio de tipicidad tiene características especiales[14]:
>
> la descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene su límite. Las exigencias maximistas solo

[436] Artículo 29° de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

conducen, por tanto, a la parálisis normativa o a las nulidades de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar.

(…)

En resumidas cuentas y -entrante de facilitar una simplificada regla de oro- la tipificación puede ser lo bastante flexible como para permitir al operador jurídico un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concretas, pero no tanto como para permitirle que "cree" figuras de infracción supliendo las imprecisiones de la norma".

71. En relación con la interpretación del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador, la Sala de Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi ha recogido la anterior concepción y ha señalado que "el principio de tipicidad no puede exigir que las conductas infractoras sean absolutamente precisas pues, por el contrario, un cierto margen de indeterminación es admisible.

72. En ese sentido Martín Tirado afirma que "la exigencia de tipicidad determina el contenido material de la acción u omisión calificadas como delito por la norma, puesto que en función al tipo penal, es que podrá realizarse la subsunción de los hechos reales, en el supuesto normativo (el tipo penal). Si el hecho fáctico acaecido en la realidad, no es compatible con el supuesto de hecho normativo o tipo penal, no estaremos frente a un delito, y por ende, los hechos cometidos no podrán ser penados en modo alguno (…)[16].

73. Se desprende que el principio de tipicidad está relacionado no solo a la forma en la que la conducta considerada como infracción ha sido prevista en la legislación correspondiente, sino también a la forma en la que la conducta investigada es subsumida dentro del tipo infractor previsto por la norma.

Sin embargo, como se demostrará a continuación, la imputación contenida en la Resolución de Inicio no ha violado el principio de tipicidad en ninguna de sus formas.

74. En primer lugar, es necesario remarcar que el tipo infractor bajo el cual se inició el presente procedimiento se encontraba claramente delimitado en el literal (a) de los artículos 11.1 y 11.2 del Decreto Legislativo 1034. Inclusive, en relación a aquellas conductas que se habrían realizado antes de la entrada en vigencia de la norma aludida, el Decreto Legislativo 701 también era claro al respecto, pues el inciso a) del artículo 6 prohibía la fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicios[17].

75. En segundo lugar, al momento de emitir la Resolución de Inicio, la Secretaría Técnica cumplió con subsumir de manera adecuada los hechos materia de investigación a los hechos contenidos en el tipo infractor, de acuerdo con lo dispuesto en los literales a) y b) del artículo 21 del Decreto Legislativo 1034, es decir, identificando el tipo infractor, los hechos asociados a este y los agentes involucrados. Para ello, se indicó que el procedimiento administrativo sancionador se iniciaba debido a la presunta existencia de "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"[19]. Adicionalmente, se instó a las empresas imputadas a presentar los respectivos descargados a fin de que puedan ejercer su derecho de defensa y se pronuncien sobre la existencia de la presunta conducta infractora

76. Conforme a lo expuesto, esta Secretaría Técnica concluye que la Resolución de Inicio ha observado lo establecido en el artículo 21 del Decreto Legislativo 1034, no existiendo una vulneración al principio de tipicidad alegado por las empresas imputadas, por lo que corresponde desestimar los argumentos esgrimidos a este respecto[437].

Como consecuencia del análisis previo, la Secretaría Técnica llegó a la conclusión que se había respetado el principio de tipicidad y dicha posición sería reafirmada por parte de la Comisión de Libre Competencia el 12 de octubre de 2016 con la emisión de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI en la cual se indicó lo siguiente:

4.2.2. Sobre la supuesta falta de tipificación de la «teoría hub and spoke» y la supuesta modificación de la imputación de cargos mediante el Informe Técnico.

Sobre la validez de la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI

111.2. 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 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

[437] Véase foja 005617 del expediente administrativo 008-2010/CLC-INDECOPI.

presunta comisión de una práctica colusoria horizontal en la modalidad de fijación de precios, conforme se puede observar de la parte considerativa y resolutiva 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 (...)." (Subrayado y énfasis agregado)

43. Como se puede apreciar, en la parte resolutiva 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 articulo 139 prevé que dicha norma tiene como finalidad prohibir y sancionar 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 comentario 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 resolutiva 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-CLCINDECOPI, 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 Anticompetitivas[41].

48. Ahora bien, según se ha señalado previamente, los artículos 11.2 y 11.3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas[42] establecen que conductas se encuentran sujetas a una prohibición absoluta y cuales 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 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 como las cadenas de boticas y farmacias habrían realizado el acuerdo a través del apoyo e intermediación de sus distintos proveedores[43]. 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 Anticompetitivas[44].

No obstante, podemos encontrar dos actuaciones por parte del ente administrativo que podrían afectar el principio de tipicidad, los cuales son la modificación de imputación de cargos y la aplicación de la figura de *hub and spoke* como parte integrante de la configuración de la acción infractora. Por ello, resulta necesario realizar un breve acercamiento a lo que dicho principio implica y si efectivamente hubo o no afectación al mismo. La conducta analizada debe tener por objeto falsear la libre competencia mediante el establecimiento de acuerdos que persigan la obtención de beneficios que aumentan su eficiencia económica; sin embargo, existe unos parámetros para limitar la discrecionalidad de la autoridad administrativa al momento de determinar una conducta anticompetitiva, en primer lugar, encontramos que el artículo 230° inciso 9, de la LPAG, reconoce que la potestad sancionadora de las entidades está regida por el principio de licitud, que guarda relación con la presunción de inocencia, esto es, todas las autoridades administrativas deben presumir que los administrados actúan lícitamente salvo que cuenten con evidencia en contrario. Para INDECOPI dicho principio implica que:

> 78. (…) las autoridades deben presuponer que los imputados han actuado lícitamente mientras no cuenten con indicios en su contra y hasta que su responsabilidad sea declarada mediante resolución administrativa firme. En esta línea, Morón ha señalado lo siguiente[20]: "Dicha presunción cubre al imputado durante el procedimiento sancionador, y se desvanece o confirma gradualmente, a medida que la actividad probatoria se va desarrollando, para finalmente definirse mediante el acto administrativo final del procedimiento. La presunción solo cederá si la entidad puede acoplar la evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción". [Énfasis agregado]. 79. Conceptualmente, la presunción de ilicitud implica un estado de certeza provisional dentro del procedimiento sancionador adquiriendo el imputado los siguientes atributos: (i) a no ser sancionado sino en virtud de pruebas (obtenidas legítimamente) que generen convicción sobre su responsabilidad y no sobre inferencias, sospechas o por la no absolución de los cargos, etc.; (iii) a no invertir la carga de la prueba (que el imputado pruebe su propia inocencia); (iii) al tratamiento como inocente no vulnerando derechos como el honor a la buena reputación; y, (iv) a la absolución en caso de ausencia probatoria o duda razonable de su culpabilidad (aplicación del principio in dubio pro reo)[21]. 80. Por su parte, la jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional español

ha sido clara en destacar que la presunción de inocencia no se opone a la prueba indiciaria en el interior del proceso penal, en la medida que esta no se trate de meras sospechas y que la sentencia se encuentre motivada[22]: "El Tribunal ha precisado también (STC 174/1985 y 175/1985) que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de la prueba indiciaria, pero para que esta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de ser plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas y el órgano judicial debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el procesado realizó la conducta tipificada como delito. Exigencia esta última que deriva también del artículo 120.3 de la Constitución, según el cual las Sentencias deberán ser siempre motivadas (…)" 81. En esa línea, resulta necesario enfatizar que la investigación preliminar permitió identificar indicios razonables (contenidos en correos electrónicos) de que la práctica investigada habría sido llevada a cabo en todo el territorio nacional. Específicamente, los Correos 12, 20, 21, 22, 24, 26, 28, 30, 37, 38, 41, 44 y 50, transcritos en el Anexo 2 de la Resolución de inicio, hacen referencia a que la práctica investigada se habría llevado a cabo también en otras ciudades del Perú, lo cual permitió a esta Secretaría Técnica inferir que dicha práctica tendría alcance nacional.

Ninguno de los atributos mencionados previamente, y reconocidos por INDECOPI, fueron respetados en el desarrollo del procedimiento administrativo, sobre todo si consideramos que la sanción tuvo como fundamento pruebas obtenidas ilegítimamente que generan convicción sobre inferencias; el tratamiento a las empresas investigadas afectó la presunción de inocencia y vulneró el honor y reputación (desde la emisión de la nota informativa); y, pese a que, las empresas investigadas presentaron pruebas que demostraba su propia inocencia (Informes económicos) no fueron considerados ni evaluados ni desestimadas.

4.3.2 *Incorporación de prueba prohibida*

Lo característico de las conspiraciones para fijar precios, es la dificultad de probar la existencia de las mismas ante la tendencia de eliminación u ocultamiento de "pruebas incriminatorias" que evidencien o sugieran la existencia de un acuerdo en tales términos; por ello, la autoridad administrativa no cuenta con pruebas directas que permitan una adecuada aplicación de las leyes de libre competencia ni que permitan diferenciarlas de los comportamientos paralelos. Dicha situación conlleva a que la autoridad administrativa haga uso de las pruebas indiciarias, cuando se encuentren en casos de sospecha de fijación de precios,

para encontrar relaciones entre los precios "fijados" y las fuerzas del mercado; y, la interdependencia y similitud de los mismos entre los competidores.

Las pruebas indiciarias[438], o también conocidas como pruebas por presunciones o pruebas indirectas, son aquellas pruebas cuyo "objeto no es directamente el hecho constitutivo del delito, sino otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar"[439]; esto es, prueban «"un hecho final-inicio", que no es el que se quiere probar, en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del "hecho final-delito" a partir de una relación de causalidad "inferencia lógica"»[440]; asimismo, presenta se caracteriza por ser indirectas, críticas, multiformes, de segundo grado, objetivas, abiertas, subsidiarias y de probabilidades o inductivas. Su validez y eficacia dentro de nuestro ordenamiento jurídico, deriva de lo establecido en los artículos de VIII del Título Preliminar del T.U.O de la LPAG[441], artículo 276° del Código Procesal Civil[442] y artículo 158.3°[443] del Código Procesal. Asimismo, presenta un menor grado de inmediatez, mayor grado de especulación y no es lo suficientemente rigurosa, por sí misma, la autoridad administrativa deberá tener en consideración unos parámetros para poder incorporarlas dentro de un procedimiento administrativo sancionador y poder generar convicción al órgano encargado de emitir el pronunciamiento final respectivo,

---

[438] En sentido estricto es "todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y, en general, todo hecho conocido, o mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido. Todo ello en mérito de una operación mental, conocida como una inferencia que, para conseguir tal fin, se sustentan en las relaciones necesarias derivadas de la naturaleza de las cosas". SUAREZ VARGAS, L. La Prueba Indiciaria En El Proceso Civil y En El Proceso Penal, Lima: Caballero Bustamante S.A.C., 2009, pp 107-108.

[439] R.N. N° 1912-2005 Piura. Recuperado de https://lpderecho.pe/presupuestos-materiales-prueba-indiciaria-r-n-1912-2005-piura/

[440] STC. Exp. N° 00728-2008-HC, fundamento jurídico 24.

[441] Dicho artículo hace referencia a la deficiencia de fuentes en los siguientes términos: "Las autoridades administrativas no podrán dejar de resolver las cuestiones que se les proponga, por deficiencia de sus fuentes; en tales casos, acudirán a los principios del procedimiento administrativo previstos en esta Ley; en su defecto a otras fuentes supletorias del derecho administrativo, y sólo subsidiariamente a éstas, a las normas de otros ordenamientos que sean compatibles con su naturaleza y finalidad".

[442] El artículo 276° del Código Procesal Civil define al indicio como aquel "acto o circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su conjunto cuando conducen al Juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia".

[443] "Artículo 158. Valoración.-

1. En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.
2. En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaborados y situaciones análogas, solo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.
3. La prueba por indicios requiere:
   a) Que el indicio esté probado;
   b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia;
   c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes".

por ejemplo, deberá asegurar su obtención de manera lícita, que versen sobre cuestiones relevantes que permitan reconstruir la situación fáctica alegada, que su contenido no se vea alterado, o que se presenten documentos subyacentes que permiten otorgarle mayor credibilidad a la evidencia mediante el cotejo respectivo; sobre todo, si se prende probar, a partir de la inferencia que proporciona dicho tipo de pruebas, la existencia de la conducta de fijación de precios que resta de un acuerdo tácito o expreso; no obstante, la presencia de estas pruebas no exime a la autoridad respectiva de proporcionar los argumentos económicos técnicos.

En la mayoría de los casos, la presencia de pruebas directas ayuda, por ejemplo, a probar la comisión de la infracción o del delito; sin embargo, en los casos donde se investigue la infracción específica sobre fijación de precios, la autoridad administrativa debe descartar que la presencia de una acción conjunta y colaborativa para establecer precios uniformes; o, el intercambio de información de los precios entre agentes económicos competidores, sean consecuencias de una conducta paralela diferente a la colusión[444]. Es por esto que la autoridad administrativa correspondiente no debería aventurarse a emitir pronunciamiento alguno, basándose exclusivamente en este tipo de mecanismo de razonamiento probatorio y no sustentar su motivación con pruebas económicas; estas últimas tendrá las siguientes funciones: Probar la existencia de un motivo para que los agentes económicos celebren un acuerdo; probar la presencia de sucesos concomitantes que indiquen la presencia de un acuerdo; y, probar el beneficio que obtendrían de dicho acuerdo, los agentes económicos, si se adherían y cumplían con los términos del mismo. Como podemos observar si bien la prueba indiciaria, en estos tipos de procedimientos, puede ayudar a que la Secretaría Técnica dé por ciertos los hechos infractores, no se constituye como prueba *per se* o directa de la comisión de una infracción determinada y por lo tanto deberá realizar la actividad probatoria correspondiente, entonces las cuestiones que se presentan a continuación son las siguientes ¿Podría considerarse como prueba indiciaria o como medio probatorio sucedáneo aquellos datos recabados sin autorización judicial? ¿Es considerada como prueba *iure et de iure* o *iuris tantum*? Y ¿Puede lograr desvirtuar el principio de presunción de inocencia de los agentes económicos?

Los medios probatorios se pueden clasificar, por ejemplo, en típicos (tradicionales y directos)[445] o atípicos (auxilios técnicos e indirectos)[446]. Dentro de estos últimos encontramos

[444] Lo que caracteriza a este tipo de infracción es la unidad de propósito y entendimiento común para que sea próspera la adherencia a una determinada fórmula de precios.

[445] El artículo 192° del Código Procesal Civil establece que "son medios de prueba típicos: 1.- La declaración de parte; 2.- La declaración de testigos; 3.- Los documentos; 4.- La pericia; y 5.- La inspección judicial":

[446] El artículo 193 del Código Procesal Civil establece que "los medios probatorios atípicos son aquellos no previstos en el artículo 192 y están constituidos por auxilios técnicos o científicos que permitan lograr la

a los medios probatorios sucedáneos que son "aquellas manifestaciones procesales que, a falta de prueba o mediatizando éstas, nos dan la posibilidad de establecer o poner, como base de la sentencia, unos elementos fácticos que no son resultado de una prueba sino, más exactamente, de la ausencia de ésta o de una especial manifestación de ésta"[447]; por ello, estarán en una constante dialéctica con los demás medios probatorios y ayudaran, acorde a la normativa legal prevista- en la confirmación, sustitución o complementación del valor o alcance de estos.

La prueba indiciaria, producto de indicios o conjeturas, al no ser producto de un documento o prueba directa y al aplicar la vía de la inferencia para conocer las circunstancias en las que se desarrolla el hecho principal a probar, por ello, serán consideradas como medios probatorios atípicos, sucedáneos que admiten prueba en contrario al necesitar la acreditación debida del hecho indicador para que el juzgador tenga la certeza sobre la existencia del hecho principal. Para la Secretaría Técnica, el uso de indicios en procedimientos administrativos sancionadores sobre prácticas colusorias horizontales:

> 192. (…) adquieren particular relevancia, toda vez que las empresas, conscientes en muchos casos de la ilegalidad de su conducta, suelen desarrollaría de tal manera que hacen difícil su detección. Así, muchas estrategias anticompetitivas no son registradas por escrito o, si lo son, usan un lenguaje ambiguo. 193. En tal sentido, la comprobación de la existencia de una práctica colusoria horizontal generalmente se producirá en base a indicios, que deben ser apreciados en conjunto por la autoridad de competencia para poder extraer presunciones que logren formarle convicción respecto de los hechos investigados88. 194. Al respecto, el artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444 establece que el procedimiento administrativo se sustenta, entre otros, en el principio de verdad material. Según este principio, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley.

Los correos electrónicos y documentos anexos dentro de estos, fueron obtenidos durante la etapa preliminar por parte de la autoridad administrativa (representada por la Secretaría Técnica) como parte del ejercicio de su potestad de fiscalización, y con la finalidad de tomar conocimiento acerca de los hechos periféricos que ayuden a concluir la existencia de una infracción. El descubrimiento de los mismos resultaba determinante para delimitar la comisión

---

finalidad de los medios probatorios. Los medios de prueba atípicos se actuarán y apreciarán por analogía con los medios típicos y con arreglo a lo que el Juez disponga".

[447] SENTIS MELENDO citado por DONAIRES SÁNCHEZ, P. *Los sucedâneos de los medios probatorios.* [fecha de revisión 3 de julio de 2019] Revisado en https://www.derechoycambiosocial.com/revista011/sucedaneos%20de%20los%20medios%20probatorios.htm

de la infracción (esto es, para determinar los agentes económicos involucrados, los productos cuestionados, el territorio en el que se cometería la infracción) y, por ello, dicha autoridad debió asegurarlos mediante el cumplimiento de una estrategia probatoria idónea para evitar la supresión de sus efectos jurídicos. Y, es que la LPAG, en su artículo 166°[448], establece como prohibición expresa la incorporación como medio de prueba a aquel que sea contrario a la ley o al ordenamiento jurídico, siempre y cuando exista una disposición expresa en esos términos, en tanto que, se estaría restando de importancia su existencia, validez y fuerza inductiva, del mismo al presentar poca fiabilidad.

La situación anteriormente indicada cobra mayor importancia en el caso de la prueba por indicios, en tanto que al no guardar relación directa con el hecho infractor (y depender de otras circunstancias o de otros medios autorizados legalmente[449]) no se le puede aplicar el *balancing test* para sopesar su ilicitud en relación con la presencia de otros intereses, de jerarquía constitucional que también requieren protección, y así dar por cierto el hecho final.

La ilicitud o prohibición de la prueba se establece como límite de la actuación probatoria de las autoridades administrativas dentro de un procedimiento administrativo sancionador, en tanto que, son producto del ejercicio arbitrario probatorio y afectan los derechos fundamentales de los agentes económicos investigados; por esto último, este tipo de pruebas puede entenderse como aquellas que fueron originalmente obtenidas mediante la violación de los derechos constitucionales y de aquellas que derivan de estas[450], sancionadas con invalidez y carentes de valor probatorio al transgredir una norma constitucional durante su obtención (regla de prohibición absoluta).

Las pruebas cuya validez se cuestiona, consiste en los correos electrónicos y la información económica obtenida (sin medir error o ignorancia), en tanto que, la Secretaría

---

[448] "Artículo 166.- Medios de prueba
Los hechos invocados o que fueren conducentes para decidir un procedimiento podrán ser objeto de todos los medios de prueba necesarios, salvo aquellos prohibidos por disposición expresa (…)".

[449] "Como se sabe, y lo ha repetido la Sala en diversos pronunciamientos, los indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por otros medios autorizados por la ley, un hecho (indicador o indicante) del cual razonadamente, según los postulados de la sana crítica, se infiere la existencia de otro hecho (indicado) hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido". SOCHA SALAMANCA, Julio Enrique (magistrado ponente). CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL Bogotá, 2013. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiSrb7r2KvuAhVWD7kGHdWiDHMQFjADegQIBxAC&url=http%3A%2F%2Fwww.nuevalegislacion.com%2Ffiles%2Fsusc%2Fcdj%2Fjuri%2Fe_28465_13.doc&usg=AOvVaw0FMnCHNbM1q65VunXbriCe

[450] Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal realizado el 11 de diciembre de 2004, en la ciudad de Trujillo. Recuperado de https://lpderecho.pe/prueba-ilicita-prueba-prohibida-efectos-juridicos-valoracion-probatoria-reglas-excepciones/

Técnica no contó con la autorización judicial correspondiente para recabarlas y, por ello, son contrarias al ordenamiento jurídico y afecta, de manera indebida, las expectativas razonables de privacidad que tenían los agentes económicos respecto de la información que se encontraba almacenada en formato electrónico y que estaba bajo el poder de los mismos.

La autoridad administrativa al almacenar la información contenida en las computadoras y correos electrónicos de las partes investigadas, afectan el derecho a la no incriminación de estas, que, en particular, "presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la "persona acusada". Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales"[451]. Al afectar la Constitución y los derechos de las empresas investigadas, la autoridad administrativa pudo aplicar la regla de exclusión de las pruebas y considerarlas, tanto los correos electrónicos como todos los registros y bases de datos grabados, inadmisibles en concordancia con lo establecido por la doctrina del fruto del árbol prohibido[452]; sin embargo, durante todo el procedimiento administrativo fueron consideradas válidas y no fueron consideradas en su conjunto, dicha situación conllevó a una falta de confrontación y constatación de los hechos que se tradujo en una falta de certeza en la actividad probatoria. Las pruebas, sobre todo si son indiciarias, no deben evaluarse de manera aislada sino ser entendidas como un universo donde cada una de ellas se encuentran concatenadas entre sí para poder adquirir el mayor grado de certeza posible.

[451] "1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que: "aunque no se menciona específicamente en el art. 6 del Convenio, el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación, son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el art. 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular, –ha señalado–, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la 'persona acusada'. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6" (Véase STEDH de 3 de mayo de 2001, caso *J.B. c. Suiza*, citado en ÁLVAREZ ECHAGÜE, Juan. *El Estado de inocencia y la garantía de la no autoincriminación en materia tributaria. Una análisis da partir de la conexidad entre el procedimiento administrativo y el proceso penal.* Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiKorK_uObvAhUPIbkGHUTPCj0QFjABegQIAhAD&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fderechoysociedad%2Farticle%2Fdownload%2F12576%2F13134%2F&usg=AOvVaw08wNMGI2LZMg72U2kTDvEG.

[452] "La doctrina de la «fruta del árbol prohibido» según la cual toda prueba obtenida como consecuencia de una prueba ilícita es también ilícita". ABEL LLUCH, Abel, y otros (dir.). *La prueba judicial. Desafíos en las jurisdicciones civil, penal, laboral y contencioso administrativo.* La Ley, Madrid, 2011, 1783.

UNIVERSITAS STUDIORUM PIURENSIS

Conclusiones

Primera. El nacimiento del INDECOPI tuvo la finalidad de agilizar la solución de controversias vinculadas a las relaciones de consumo, por ello, el legislador lo dotó de facultades cuasi jurisdiccionales desde el inicio. Dichas facultades al provenir de la potestad punitiva estatal, deben respetar los derechos de los administrados durante el desarrollo, tanto de las actuaciones preliminares como del procedimiento administrativo *per se*; y, los principios del derecho penal al provenir de la misma potestad.

Segunda. El derecho a la salud, al guardar una estrecha vinculación con la perduración de la persona, debe ser protegida por todas las autoridades estatales, en cuanto corresponda a su competencia; sin embargo, la tutela de dicho derecho no avala la comisión de una serie de transgresiones a los derechos inherentes a las personas, incluso de las personas jurídicas.

Tercera. INDECOPI cuenta con una serie de facultades de investigación y sanción, las cuales, si no son desarrolladas por órganos diferentes, conlleva a un cuestionamiento sobre la independencia del órgano de investigación, en tanto que, al mismo tiempo, un órgano podría encontrarse facultado para incoar el inicio del procedimiento sancionador, ser el encargado de recabar todas las pruebas y realizar el análisis económico correspondiente para que la Comisión pueda pronunciarse respecto a la infracción imputada. No obstante, dicho cuestionamiento podría ser superado con el reforzamiento de la Comisión de Fiscalización, contaría con la facultad para realizar las actuaciones preliminares de recolección de información, para, posteriormente, comunicarle a la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia de la documentación recabada, con la finalidad que esta última realice el análisis correspondiente e indique si cuenta con suficientes elementos probatorios que superen la presunción de inocencia de los agentes económicos investigados.

Cuarta. Los acuerdos de fijación de precio se configuran como un desafío, sobre todo por la ausencia de prueba directa en la que se evidencie la comisión de dicha infracción; por ello, la autoridad administrativa debe observar lo establecido por la normativa correspondiente para asegurar la validez y eficacia de aquellas pruebas que puedan ser obtenidas durante las actuaciones preliminares de investigación. Asimismo, dichas pruebas necesitarían ser corroboradas mediante un análisis económico y en función del mercado relevante que resulte afectado, sobre todo, si de la lectura de los mismos, la infracción investigada varía.

Quinta. Al implicar, dicha conducta anticompetitiva, un mayor análisis y esfuerzo por parte de la autoridad administrativa, se debe garantizar los derechos de los agentes investigados en todo momento, inclusive durante las actuaciones preliminares. En ese sentido, los plazos otorgados a favor de la autoridad administrativa deberían tener en consideración la complejidad

de la infracción a analizar, con la finalidad de la emisión de pronunciamientos cuestionables por omisión u ocultamiento del tratamiento de la información; para tales fines, se podría reforzar la colaboración entre administraciones.

Sexta. Las actuaciones cuestionables acaecidas a lo largo del procedimiento administrativo sancionador analizado, pudieron no haberse producido si INDECOPI hubiese observado a cabalidad la normativa correspondiente, sobre todo al momento de obtener los medios probatorios que se encontraban en soporte electrónico.

Lista de referencias

ABRUÑA PUYOL, A y BACA ONETO, V. *Notas al curso de Derecho Administrativo peruano*, lección 9: El acto administrativo. Universidad de Piura: Facultad de Derecho, v- 2015.

ABRUÑA PUYOL, A. *Sobre el así denominado concepto estricto de acto administrativo*, Revista Foro Jurídico, N° 15, 2016, pp. 250-271.

ALDUNATE LIZANA, E. *La titularidad de los derechos fundamentales. En Revista de Estudios Constitucionales*, vol. 1, núm. 1, 2003, ps. 187-201. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjemuXmw4LnAhVLH7kGHQ3CA1EQFjAAegQIBhAC&url=http%3A%2F%2Fwww.redalyc.org%2Fpdf%2F820%2F82010110.pdf&usg=AOvVaw1j2xFMX5mCiA6J-5OKxrOC

ALEXY, R. *El concepto y validez del derecho*, 2da ed., Editorial Gedisa, Barcelona, 1997.

ALEXY, R, *Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, Madrid, 2004.

ALEXY, R. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ANDREANGELI, A. *EU Competition Enforcement and Human Rights*. Edward Elgar Publishing, UK, 2008.

ARAZI, R; BARBOSA MOREIRA, J., *et al*. *Debido proceso*, Rubinzal- Culzoni editores, Santa fe, 1era ed., 2003.

ALVA BURGA, G. *El mercado de medicamentos en el Perú no es un monopolio*. Recuperado de https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2018/02/15/el-mercado-de-medicamentos-en-el-peru-no-es-un-monopolio/ge.

BACA ONETO, V. La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (En especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiO7tHNutnuAhWiIbkGHerZDp4QFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fderechoysociedad%2Farticle%2Fdownload%2F13178%2F13791%2F&usg=AOvVaw1gDNG5WWedsqjZrYwzkFPC.

BANCO CENTRAL DE RESERVA, Memoria al 31 de diciembre de 1990. Recuperado https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjR8JaTqJ7nAhVLLLkGHXW_DOIQFjAAegQIARAB&url=http%3A%2F%2Fwww.bcrp.gob.pe%2Fdocs%2FPublicaciones%2FMemoria%2FMemoria-BCRP-1990.pdf&usg=AOvVaw0DY0VDYjpZZaS3FMil9Zjl.

BDO (2013). *Corporate finance. Laboratorios e industria farmacéutica. Reporte sectorial*. Recuperado https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjzoLmmwYPrAhWvGLkGHW3YCYsQFjAAegQIBRAB&url=http%3A%2F%2Fwww2.congreso.gob.pe%2Fsicr%2Fcendocbib%2Fcon4_uibd.nsf%2F283461E971984BB605257C2E007D7291%2F%24FILE%2FBDO_Reporte_Sectorial_Ind_Farmaceutica.pdf&usg=AOvVaw0wBqnV_L34p4aQwkV5kf8T

BODINO, J. *Los seis libros de la República*, 3era ed., Editorial Tecnos, Madrid, 1997.

BODZON, J. *El procedimiento de formación y emisión de los actos administrativos singulares en el Derecho Canónico (tesis)*, Universidad de Navarra, 1997.

BOLÍVAR, A. *El dilema de ser tercero interesado. El tercero interesado frente a quienes realizan conductas contrarias a las normas de libre competencia en la Resolución 398 del 19 de enero de 2004 de Superintendencia de Industria y Comercio.* Revista de Derecho Privado, núm. 9, julio -diciembre, 2005, pp. 215-217. Universidad Externado de Colombia, Colombia.

BOLZAN, F. *Direito do consumidor*. *Esquematizado*. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

BONET PÉREZ, J y SÁNCHEZ, V. *Los derechos humanos en el siglo XXI: continuidad y cambios*, Huygens Editorial, Barcelona, 2008.

BULLOCK, A & SHOCK, M. (edit.). *The liberal tradition from Fox to Keynes*. New York University, New York, 2010. Recuperado de https://books.google.com.pe/books?id=Z-boDV0wWTcC&pg=PA124&dq=Power+tends+to+corrupt,+and+absolute+power+corrupts+absolutely.+Great+men+are+almost+always+bad+men&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjAlMSMuIXkAhUBjlkKHZ5jAHAQ6AEIJzAA#v=onepage&q=Power%20tends%20to%20corrupt%2C%20and%20absolute%20power%20corrupts%20absolutely.%20Great%20men%20are%20almost%20always%20bad%20men&f=false

BULLARD GONZALES, A. *Armando Rompecabezas Incompletos: El Uso de la Prueba Indiciaria*. THEMIS. Lima, Época No 2, no. 25, 2005 p. 229.

CACHAFEIRO GARCÍA, F; COSTAS COMESAÑA. J; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, M (et al). *La lucha contra las restricciones de la competencia: Sanciones y remedios en el ordenamiento español*. Editorial Comares, Granada, 2017.

CANALES, J; DONAYRE, C; MARTÍN, R; MARTINEZ, J y TASSANO, H. *Experiencias de políticas públicas*. En: PRAECEPTUM, año 2, N° 3, INDECOPI, Lima, 2015.

CANTÚ BARAJAS, M. *Nino y la lógica de Marshall* en Revista de Instituto de la Judicatura Federal, número 19, enero 2005. Revista del Instituto de la Judicatura Federal, número 19, enero 2005. Recuperado de https://doctrina.vlex.com.mx/vid/nino-logica-marshall-71500686

CASTILLO CÓRDOVA, L. *Serna, Pedro y Toller, Fernando, La interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. La Ley, Buenos Aires, 2000, 171 págs. Recuperado de https://core.ac.uk/download/pdf/61893913.pdf

CASTILLO CÓRDOVA, L, Algunas pautas para la determinación del contenido constitucional de los derechos fundamentales. En Actualidad Jurídica (Gaceta Jurídica), Tomo 139, junio 2005, ps. 144–149.

CASTILLO CÓRDOVA, L. *La inexistencia de ámbitos exentos de vinculación a la constitución.* Diálogo con la jurisprudencia: actualidad, análisis y crítica jurisprudencial, 13(106), 73-89, 2007. Disponible en Repositorio institucional Pirhua. Universidad de Piura.

CASTILLO CÓRDOVA, L. *El contenido constitucional de los derechos fundamentales como objeto de protección del amparo*. Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (14), 89-118, 2010. Disponible en Repositorio institucional Pirhua- Universidad de Piura.

CASTILLO CÓRDOVA, L. *El significado iusfundamental del debido proceso*. En J. Sosa (Coord.), El debido proceso: estudios sobre derechos y garantías procesales (pp. 9-31). Lima: Gaceta Jurídica, 2010.

CASTILLO CÓRDOVA, L. *El carácter normativo fundamental de la Constitución peruana*. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, tomo II, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2012. Recuperado de https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2104/Caracter_normativo_fundamental_Constitucion_peruana.pdf?sequence=1&isAllowed=y

CASTILLO CÓRDOVA, L. *La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho*. Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, (16), 805-838, 2012. Disponible en Repositorio institucional Pirhua- Universidad de Piura.

CASTILLO CÓRDOVA, L. *La Constitución como objeto de control constitucional*. Gaceta constitucional: jurisprudencia de observancia obligatoria para abogados y jueces, (55), 2012, 273-283.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?* Revista Jurídica de Thomson Reuters, 2, 2012, 99-805-835. Disponible en Repositorio institucional Pirhua-Universidad de Piura.

CASTILLO CÓRDOVA, L. *Control de convencionalidad (Derecho constitucional)*, 2013. En ÁLVAREZ, M y CIPPITANI, R (coord.), Diccionario analítico de Derechos Humanos e integración jurídica (ps. 81- 87). México: ISEG, Instituto Tecnológico de Monterey, Università degli studi di Perugia. Disponible en Repositorio institucional Pirhua-Universidad de Piura.

CASTILLO CÓRDOVA, L. *La Constitución del Estado Constitucional*, En *Advocatus*: revista editada por los alumnos de la Universidad de Lima, (29), 2013, 79-90.

CASTILLO CÓRDOVA, L. *La vinculación de la administración pública a la Constitución*. En: Cuadernos sobre jurisprudencia constitucional, N° 11, diciembre 2016, ps. 107-125.

CASTRILLÓN R. M. *Análisis de la situación y recomendaciones de política de bioeconomía como fuente de nuevas industrias basadas en el capital natural de Colombia Fase II. Anexo 5. Análisis sector farmacéutico.* Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjHkYWHvo7rAhVxK7kGHb95B0EQFjABegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.dnp.gov.co%2FCrecimiento-Verde%2FDocuments%2Fejes-tematicos%2FBioeconomia%2Finforme%25201%2F1-INFORME%2520BIOECONOMIA%2520FASE%25201%2520FINAL%252024012018.pdf&usg=AOvVaw1u4kdpXdS_P2BfFR6n5Y4v.

CASTRO BRAVO, F. *La persona jurídica*, 2da ed., Editorial Civitas, Madrid, 1991.

COLLAZO HERRERA, M. *Farmacoeconomía. Eficiencia y uso racional de los medicamentos.* Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjr6Yvv9J7rAhUFH7kGHdkvDUgQFjACegQIBhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.scielo.br%2Fpdf%2Frbcf%2Fv40n4%2Fv40n4a02.pdf&usg=AOvVaw3LSUncyDETlTGQ940WFgct.

COLMENARES URIBE, C. *El rol del juez en el Estado democrático y social de derecho y justicia*. Recuperado de https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6713638.pdf.

COMADIRA, J. Reflexiones sobre la regulación de los servicios públicos privatizados y los entes reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS), ED, 162: 1134, reproducido en su obra Derecho administrativo, Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 217 y ss. En GORDILLO, A. Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003. Recuperado de https://books.google.com.pe/books?id=bJrlNTwxTM8C&pg=PA438&lpg=PA438&dq=reflexiones+sobre+la+regulacion+de+los+servicios+privatizados+y+los+entes+reguladores&source=bl&ots=PC_bK9eR_q&sig=ACfU3U3agCQHQuXy-TWD3uOndmSt4RSPwA&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjr_LWXkZXoAhWtG7kGHTa5DbAQ6AEwAXoECAoQAQ#v=onepage&q&f=false.

CONTRERAS, C (ed.). *Compendio de Historia económica del Perú*. Tomo 5. La economía peruana entre la gran depresión y el reformismo militar 1930- 1980, 1era ed., BCRP, IEP, Lima, 2014, Historia económica 22.

CORRAL TACIANA, H. *Algunas reflexiones sobre la constitucionalización del derecho privado*. Recuperado de https://corraltalciani.files.wordpress.com/2010/05/constitucionalizaciond-privado.pdf.

CORTAVITARTE ACEVEDO, V; FONKEN QUIROGA, J; NEGRÓN CRISÍN, J y SAM LAM, A. *Planeamiento estratégico de la industria farmacéutica en el Perú*. Tesis para obtener el grado de magíster en administración de negocios globales otorgado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y master of management by Tulane University.

CUBA, H. *Altos precios y mercado de medicamentos. Normar y vigilar el mercado para reducir los precios*. Recuperado de https://elmontonero.pe/columnas/altos-precios-y-mercado-de-medicamentos.

DANÓS ORDÓÑEZ, J. *Los organismos reguladores de los servicios públicos en el Perú. Su régimen jurídico, organización, funciones de resolución de controversias y de reclamos de los usuarios*

DE CASTRO, B. *Manual de teoría del derecho. Unidad didáctica III. Los conceptos jurídicos fundamentales*. Recuperado de https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/personalidad-capacidad-obrar-269147

DE LA LAMA EGGERSTEDT, Milagros. *Precios y política de medicamentos en el Perú*. Estudios económicos. Recuperado https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjWzd2muo7rAhUOI7kGHaBUA78QFjAAegQIAhAB&url=http%3A%2F%2Fwww.bcrp.gob.pe%2Fdocs%2FPublicaciones%2FRevista-Estudios-Economicos%2F11%2FEstudios-Economicos-11-5.pdf&usg=AOvVaw0qVHRS6VsoLSbNWAwclZE8.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles. Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiYxKqU0dnuAhWlK7kGHavxAs8QFjABegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fwww.mpfn.gob.pe%2Fescuela%2Fcontenido%2Factividades%2Fdocs%2F2271_palma_del_teso_clases_de_infracciones.pdf&usg=AOvVaw2c2Bcy-nzQ9V2CViE7S2Z7.

DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. Sistema de derechos fundamentales, 3era ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 310.

DIVISIÓN DE ESTUDIOS LEGALES DE GACETA JURÍDICA. *El debido proceso. Qué reglas está aplicando la Corte Suprema*, 1era ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2017.

DONGO, Víctor. *Ley N° 29459- Ley de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios.* Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi_hZvLt47rAhXJGbkGHczLCqgQFjABegQIARAB&url=http%3A%2F%2Fwww.vertic.org%2Fmedia%2FNational%2520Legislation%2FPeru%2FPeru_PE_Ley_productos_farmaceuticos_dispositivos_medicos_productos_santiarios.pdf&usg=AOvVaw04I11gl96O36Lk4XSMjcrb.

EBERLE, E. *Procedural due process: The original understanding*. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=12&ved=2ahUKEwin26L0iJjoAhWvLLkGHZnZA0UQFjALegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fconservancy.umn.edu%2Fbitstream%2Fhandle%2F11299%2F164946%2F04_02_Eberle.pdf%253Bsequence%3D1&usg=AOvVaw3CwEImLKYSxWSzWMsK1lNy

FERNÁNDEZ TRUJILLO, M. Cine, sociedad y cultura en el Perú de los noventa: Análisis temático de tres cortometrajes realizados por jóvenes directores. Tesis (Lic.). Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Letras y Ciencias Humanas. EAP de Comunicación Social, 2003. Recuperado de http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/fern%C3%A1ndez_t_m/CAP_3.htm.

FERNÁNDEZ SEGADO, F. “La configuración jurisprudencial del derecho a la jurisdicción”, en RGD, N.º 600, Valencia, 1994, pp. 9257–9284, citado por LANDA, C. Derecho fundamental al debido proceso. Ob. cit. pp. 4-5.

FERRAJOLI, Luiggi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Editorial Trotta, España, 2009.

FIGARI, H.; GÓMEZ, H.; y ZÚÑIGA, M. Hacia una metodología para ala definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiTw6i5-c7sAhXfIrkGHTSLAaIQFjAAegQIBxAC&url=https%3A%2F%2Frevistas.indecopi.gob.pe%2Findex.php%2Frcpi%2Farticle%2Fdownload%2F144%2F159%2F&usg=AOvVaw1-wbdpQZ_lsQmRvv54LOfa

FIORAVANTI, M. *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*, Editorial Trotta, Italia, 2014.

GARCÍA BELAUNDE, D, *Derecho Procesal Constitucional*. Bogotá, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, Civitas ediciones, Madrid, 2011.

GARCÍA PELAYO, Manuel. *Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho en el Tribunal Constitucional Español*, en ILANUD, Año 9-10. Recuperado de https://es.scribd.com/doc/80922724/Estado-Legal-y-Estado-Constitucional-de-Derecho-MANUEL-GARCIA-PELAYO

GARCÍA RODRÍGUEZ, M. *Un modelo de análisis competitivo del sector farmacéutico.* Investigaciones Europeas de Dirección y Economía de la Empresa, Vol. 1, N° 3, 1995, pp. 103-111.

GARCÍA TOMA, V. *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*, 2ª edición, Lima 2008, Palestra editores.

GORDILLO, A. Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003. Recuperado de https://books.google.com.pe/books?id=bJrlNTwxTM8C&pg=PA438&lpg=PA438&dq=reflexiones+sobre+la+regulacion+de+los+servicios+privatizados+y+los+entes+reguladores&source=bl&ots=PC_bK9eR_q&sig=ACfU3U3agCQHQuXy-TWD3uOndmSt4RSPwA&hl=es-419&sa=X&ved=2ahUKEwjr_LWXkZXoAhWtG7kGHTa5DbAQ6AEwAXoECAoQAQ#v=onepage&q&f=false.

GUAMBA ORTIZ, D. *Procedimientos para la fijación de precios de los medicamentos de uso humano, a través del control estatal: caso de laboratorios life. Disertación de grado previa a la obtención del título de ingeniería comercial.* Pontifica Universidad Católica del Ecuador. Facultad de ciencias administrativas y contables. Quito, 2011. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiD36HZtY7rAhVIHrkGHR_0CCUQFjAAegQIBBAB&u

rl=http%3A%2F%2Frepositorio.puce.edu.ec%2Fhandle%2F22000%2F3064&usg=AOvVaw2KutqsEITJbVLpHnh3sNXc.

GUTIÉRREZ CAMACHO, W y SOSA SACIO, J, "Artículo 1. Dignidad de la persona", en GUTIERREZ, W. (director), *La Constitución comentada. Artículo por artículo*, volumen I, segunda edición, Gaceta Jurídica, Lima 2013, ps. 26–29.

HAURIOU, A.; GICQUEL, J. & GÉLARD, P. *Derecho Constitucional e instituciones políticas*, 2da ed., Editorial Ariel, Barcelona,1980.

HOUSE OF REPRESENTATIVES, ninety-eighth Congress, second session, on H.R. 5059. *Equal access to justice act amendments: Hearing before the subcommittee o Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Committee on the Judiciary*, march 14, 1984. Recuperado de https://play.google.com/store/books/details?id=keUSdgEorm8C&rdid=book-keUSdgEorm8C&rdot=1.

HUERTA, C. *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado Constitucional*, Tomo IV, volumen 2. Biblioteca jurídica virtual del Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, México, 2015. Recuperado de https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3845-estado-constitucional-derechos-humanos-justicia-y-vida-universitaria-estudios-en-homenaje-a-jorge-carpizo-estado-constitucional-tomo-iv-volumen-2

INDECOPI. *Guía de estudios de mercado*. Comisión de defensa de la Libre Competencia, Lima, 2016.

INDECOPI. Memoria anual 2010, Lima, 2010. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi91P3vgKTnAhVfErkGHZ9LCK8QFjACegQIARAB&url=https%3A%2F%2Fwww.indecopi.gob.pe%2Fdocuments%2F1902049%2F3741789%2FMemoria2010.pdf%2F496fa8d4-6b2d-07e8-9f22-542778903307&usg=AOvVaw1CBGbJCHLLbSJndO012mR3

INDECOPI. *Lineamientos del Programa de Recompensas.* Lima, 2019.

INEI. *Clasificación industrial internacional uniforme. De todas las actividades económicas, revisión 4*, Lima, 2010. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjWzqnL8ZvoAhVpIrkGHeUjCJMQFjAAegQIBxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.inei.gob.pe%2Fmedia%2FMenuRecursivo%2Fpublicaciones_digitales%2FEst%2FLib0883%2FLibro.pdf&usg=AOvVaw131KFw3TLzEFPWf0nuDomY.

INKOVA, O. (Dir.) (2006). *Liberté, Égalité, Fraternité: Sur quelques valeurs fondamentales de la démocratie européenne*. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiIhYPytdbmAhXFJLkGHXkXCCMQFjAJegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.unige.ch%2Fgsi%2Ffiles%2F6214%2F0351%2F6347%2Finkova.pdf&usg=AOvVaw2gMLPXn47D-LNdhM8WKc7p

INRETAIL PHARMA S.A. (antes ECKERD PERÚ S.A.) y subsidiarias. *Estados financieros consolidados intermedios al 31 de marzo de 2018 (no auditados) y al 31 de diciembre de 2017 (auditados) y por los periodos de tres meses terminados el 31 de marzo de 2018 y de 2017*. Recuperado de https://www.inretail.pe/Public/EF%20InRetail%20Pharma_Q1%2718.pdf

KAFKA, F. *Teoría económica*. (3era ed.). Universidad del Pacífico. Centro de Investigación (CIUP), Lima, 1994.

KNOX, F. *The doctrine of consumers' sovereignty*. Recuperado de https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00346766000000024?journalCode=rrse20.

KRUGMAN, P. & WELLS, R. *Microeconomy*. Editorial Reverté, 2ed. (traducción de la 3era edición original), España, 2013.

LAMATA COTANDA, F; GALVEZ ZALOÑA, R, *et al* (ed.). *Medicamentos: ¿Derecho humano o negocio? ¿Por qué los gobiernos no impiden el abuso de las patentes de medicamentos y toleran los elevadísimos precios que imponen las empresas farmacéuticas?* Ediciones Díaz de Santos, Lima, 2017.

LANDA CORREA, C. *Derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional.* Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578C81370C4005257BA600724852/$FILE/con_art12.pdf.

LASALLE, F. *¿Qué es una Constitución?*, 2da ed., Editorial Temis, Bogotá, 1997.

LEGISCOMEX.COM. *Inteligencia de mercados- productos farmacéuticos en Perú. Farmacias, boticas y droguerías, establecimientos comerciales autorizados para importar y comercializar medicamentos.* 2014.

LEVITT, S. D & DUBNER, S. *Freakonomics. A rogue economist explores the hidden side of everything*. Harper Collins Publishers, New York, 2009.

LINARES, Juan Francisco. *Razonabilidad de las leyes*. *El "debido proceso" como garantía innominada en la Constitución Argentina*, 2da ed., Editorial Astrea, Buenos Aires, 2002.

LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*, Editorial Ariel, Madrid, 1987.

LÓPEZ MUÑIZ, J. *El interés general*. En: Discursos. Ceremonia de investidura del grado de Doctor Honoris Causa; Universidad de Piura, Piura, 2019.

MARTÍN TIRADO, R. *El concepto de entidad pública en el ordenamiento jurídico peruano y su incidencia en el régimen de organización de la Administración Pública.* En: Revista de Derecho & Sociedad, Lima.

MARX, K. y ENGELS, F. *Obras escogidas en tres tomos*, Tomo I, Editorial Progreso Moscú, Moscú, 1973.

MIRANDA MONTERO, J. *El mercado de medicamentos en el Perú: ¿Libre o regulado?* Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiS48ig7sroAhVwIrkGHS1CCcAQFjAAegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.cies.org.pe%2Fes%2Fpublicaciones%2Finvestigaciones-breves%2Fel-mercado-de-medicamentos-en-el-peru-libre-o-regulado&usg=AOvVaw0w7qhkvC4fnsRIkB-W-e9U

MENDOZA GÓMEZ, R. y DE LEÓN, O. *Las pruebas (extracto del Libro "Los principios, los actos y las pruebas)*. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjHzseZxJPrAhV9GLkGHeQUA20QFjAAegQIARAB&url=http%3A%2F%2Fwww.oas.org%2Fjuridico%2FPDFs%2Fmesicic4_ven_des_cont.pdf&usg=AOvVaw1l9Ek91bzIDpk8S-rf5uE4.

MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN. *Industria Farmacéutica. Estudio de Investigación Sectorial*, Nanuk, Lima, 2017. Recuperado de http://ogeiee.produce.gob.pe/images/oee/docTrab_farmacia.pdf.

MOLINA SALAZAR, R.; GONZÁLEZ-MARÍN, E.; y, CARBAJAL DE NOVOA, C. *Competencia y precios en el mercado farmacéutico mexicano*. Versión impresa ISSN 0036-3634 Salud pública, vol. 50, supl.4, Cuernavaca, enero, 2008. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0036-36342008001000011

MONTERO, J. *La comisión nacional de los mercados y la competencia*, Editorial Tirant, Valencia, 2013.

MONROY GALVÉZ, J. *Teoría general del Proceso*, Palestra Editores, Lima, 2007.

MORÓN, J. *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*, 10ma ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2011, p.754.

NAVAS CASTILLO, A y NAVAS CASTILLO, F. *El Estado Constitucional Multinivel*, 2da ed., Editorial Dykinson, Madrid, 2016.

NAVAS RONDÓN, C. *Derecho Administrativo sancionador en las contrataciones del Estado*. Responsabilidades y Sanciones. Gaceta Jurídica, Lima, 1era edición, Lima, 2013.

Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Lima. El mercado de los productos farmacéuticos en Perú. 2005. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiSnPe9xPntAhV5IbkGHaNtA38QFjABegQIARAC&url=https%3A%2F%2Fbitacorafarmaceutica.files.wordpress.com%2F2008%2F08%2Fla-industria-farmaceutica-en-peru.pdf&usg=AOvVaw1AKXvxgBwmBf87q2JGOePE

OMS. *Medir precios, disponibilidad, asequibilidad y componentes de los precios de los medicamentos.* Segunda edición. Organización Mundial de la Salud y Health action Internacional (Acción Internacional para la salud). Suiza, 2008. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj2qsXTto7rAhWiB9QKHWbFCBEQFjAAegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.who.int%2Fpublications%2Flist%2Fmeasuring_medicine_prices.pdf%3Fua%3D1&usg=AOvVaw3Bk99vlTJQ9Gz-MBbQsrvr.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD GÉNEBRA. *Por una reglamentación farmacéutica eficaz como garantía de seguridad, eficacia y calidad*, noviembre, 2003. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwje8Lfkkc3oAhW2GbkGHTGyCSkQFjAAegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.who.int%2Fmedicinedocs%2Fpdf%2Fs4961s%2Fs4961s.pdf&usg=AOvVaw0VQdRQukIHYtQWNc2C1lhd.

ORREGOSO, Juan. *Teoría de la prueba*. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/f79058004678c1b1a1ece793776efd47/Teor%C3%ADa+de+la+prueba.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=f-79058004678c1b1a1ece793776efd47.

ORTIZ ORTIZ, Eduardo. *Nulidades del acto administrativo en la ley general de administración pública*. En: Revista del Seminario Internacional de Derecho Administrativo, Colegio de Abogados, San José, 1981.

PALMA AGUIRRE, J. *Farmacoeconomía. Un concepto nuevo de una práctica antigua.* Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiLxNbZtI7rAhU1GbkGHZ4tBTEQFjAAegQIBBAB&url=http%3A%2F%2Fwww.anmm.org.mx%2Fbgmm%2F1864_2007%2F1998-134-5-621-624.pdf&usg=AOvVaw0WT5lmXfM7rxZiZS3_C7ek.

PALOMINO MANCHEGO, J., *Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del Derecho: una visión desde el Perú*. En Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, N° 58/59, ps. 227–242.

PEREIRA MENAUT, A. *Invitación al estudio de la Constitución de los Estados Unidos*. Tórculo Ediciones, España, 1987.

PEREIRA MENAUT, A. *Lecciones de teoría constitucional*, 2da ed., Editorial Colex, Madrid, 2006.

PEREIRA MENAUT, A. *En defensa de la Constitución*, 1era ed., Palestra Editores, Lima, 2011.

PLACENCIA ENRIQUEZ, E. Capítulo II. Marco Teórico. 2.1. Definición de demanda. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjc5sWA8snsAhUPGrkGHaP5A2MQFjANegQIBBAC&url=http%3A%2F%2Frepositorio.utn.edu.ec%2Fbitstream%2F123456789%2F1207%2F3%2FPG%2520175_Capitulo%2520II.pdf&usg=AOvVaw2P0aDHYg7HscA4w_GoON04

PRIETO VICENTE, I. *Análisis económicos del sector farmacéutico: Efecto de los TRIPS en la difusión de la innovación farmacéutica en países en vías de desarrollo.* Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiwr8bzu47rAhXPLLkGHRH7CKsQFjABegQIARAB&url=https%3A%2F%2Feprints.ucm.es%2F13393%2F4%2FAnalisis_Economico_del_Sector_Farmaceutico__.pdf&usg=AOvVaw1aYlygvAQf6EC-oUZN1CgX.

QUIROGA LEÓN, A. Estudios de Derecho Procesal, Lima: IDEMSA, p. 312.

REÁTEGUI VALDIVIEZO, M. *Datos de prueba de productos farmacéuticos. Análisis de la Legislación peruana y tratados aplicable. Test data for pharmaceutical products. Analysis of peruvian legislation and applicable treaties.* Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi4-Pqiu47rAhWxIrkGHcnjD40QFjAAegQIAxAB&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fderechoysociedad%2Farticle%2Fview%2F19884&usg=AOvVaw1GTcy0Y_z1P7B2giTxKU7a.

RESNICK, D. *Due process and procedural justice*. En: American Society for Political and Legal Philosophy, nomos, vol. 18, due process, 1977, ps. 206-228.

RIPERT, G. *Tratado de Derecho Comercial*. Tipográfica Argentina, Buenos Aires, 1954.

RIVERO SÁNCHEZ-COVISA, F. *Revisión del concepto constitucional del secreto de las comunicaciones.* Editorial Dykinson, Madrid, 2017.

ROCA SERKOVIC, F. *Algunos apuntes importantes sobre el debido proceso en la actualidad*.

RODRÍGUEZ ARANA, J. (2005). *El derecho del poder para la libertad*. Artículo sobre cómo la caracterización clásica del servicio público ha ido adecuándose a la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad han terminado por construir un nuevo concepto. Recuperado de https://www.nuevarevista.net/cultura-comunicacion/el-derecho-del-poder-para-la-libertad/

ROGER, P. La Révolution française et la Justicie ou le second exil d'Astrée. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiIhYPytdbmAhXFJLkGHXkXCCMQFjAJegQIBRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.unige.ch%2Fgsi%2Ffiles%2F6214%2F0351%2F6347%2Finkova.pdf&usg=AOvVaw2gMLPXn47D-LNdhM8WKc7.

ROJAS GARCÍA, M. El nuevo procedimiento único civil venezolano. Investigación jurídica y desarrollo profesional, Venezuela, pp. 64 y ss. Recuperado de https://es.calameo.com/read/0061431738bb0632fc049.

ROSSEAU, J. *El contrato social*, 1999. Recuperado de http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20El%20Contrato%20Social.pdf

RUIZ PERIS, J (dir.). Capítulo 2: Mercado Relevante, en Derecho Europeo de la Competencia. Proyecto Europeo. Training of National Judges in EU Competition Law. Tirant la blanch, Valencia, 2017.

SABORÍO VALVERDE, R. *Eficacia e invalidez del acto administrativo*. Editorial Juricentro, 3era ed., 2002.

SANTAOLALLA LOPEZ, F. *Exposiciones de motivos de las leyes: Motivos para su eliminación*. Revista Española de Derecho Constitucional, año 11, núm. 33, setiembre-diciembre, 1991, pg. 48. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjQmo3PuLfuAhXkIbkGHYV3Bd0QFjABegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.editorialreus.es%2Fstatic%2Fpdf%2Fprimeraspaginas_9788429018721_principiorealidadynormaelvalordelasexposicionesdemotivos.pdf&usg=AOvVaw3YVgE4HfYEwbisN24l4sKB

SCITOVSKY, T. Necesidades y comodidades. Revista de Economía Crítica, n° 17, primer semestre 2014. Recuperado de https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwja7YGMtMLsAhXgIbkGHSGhDtEQFjAREgQIDBAC&url=http%3A%2F%2Frevistaeconomiacritica.org%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2F12_TiborScitovsky_NecesidadesComodidades_0.pdf&usg=AOvVaw3UTQB9DrbVxL6m-WtEF99s

TAMBUSSI, C. *El principio de orden público y el régimen tuitivo consumidor en el derecho argentino*. Revista Lex, N° 18, año XIV, 2016.

TORNOS MAS, J. *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas.* Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1982.

TORRES MANRIQUE, J. *Breves consideraciones acerca del debido proceso civil. A propósito del exiguo desarrollo y reconocimiento del debido proceso, en sus diversas variantes de debidos procesos específicos*. Recuperado de http://noticias.juridicas.com/articulos/00–Generalidades/201003–25789630147512.html

US Department of Justice. *Merger Guidelines*. US Department of Justice, Washington, DC, 1984.

UGARTE UBILLUZ, O. *Estrategias para mejorar el acceso a medicamentos en el Perú*. En: Anales de la Facultad de medicina, vol. 80, N° 1, ene./mar. 2019. Recuperado de http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1025-55832019000100019.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil*, 7ª edición, Trotta, Madrid, 2007, p. 93.

ZAGREBELSKY, G; MARCENO, V, PALLANTE, F, *Manual de Derecho Constitucional*, ZELA editores, Punto 2020, p. 44.

Jurisprudencia

Colombia

- Sentencia C-980/10.

Chile

- Sentencia N° 119/2012 (2012).

España

- STC. N° 114/1984.
- STC. Exp. N° 139/89.
- STC. N° 241/2012.

Estados Unidos

- Case 16-AG-27240 (2017).
- Marbury vs. Madison.
- Lochner v. New York, 198. U.S. 45 (1905).

Perú

a. Del Tribunal Constitucional

- STC. Exp. N° 318-1996-HC/TC.
- STC. Exp. N° 009-2001-AI/TC.
- STC. Exp. N° 0905-2001-AA/TC.
- STC. Exp. N° 010-2001-AI/TC.
- STC. Exp. N° 010-2002-AI/TC.
- STC. Exp. N° 00311-2002-HC/TC.
- STC. Exp. N° 2790-2002-AA/TC.
- STC. Exp. N° 2863-2002-AA/TC.
- STC. Exp. N° 02209-2002-AA/TC.
- STC. Exp. N° 1230-2002-HC/TC.
- STC. Exp. N° 1219-2003-HC/TC.
- STC. Exp. N° 00014-2003-AI/TC.
- STC. Exp. N° 02446-2003-AA/TC.
- STC. Exp. N° 004-2004-AI/TC.
- STC. Exp. N° 0644-2004-PHD/TC.
- STC. Exp. N° 2939-2004-AA/TC.
- STC. Exp. 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC, 0009-2005-AI, acumulados.

- STC. Exp. N° 1058-2004-PA/TC.
- STC. Exp. N° 3741-2004-AA/TC.
- STC. Exp. N° 2192-2004-AA/TC.
- STC. Exp. Nº 5854–2005–PA/TC.
- STC. Exp. N° 0774-2005-HC/TC.
- STC. Exp. N° 07289-2005-AA/TC.
- STC. Exp. N° 10034-2005-AA/TC.
- STC. Exp. N° 1417-2005-AA/TC.
- STC. Exp. N° 06260-2005-HC/TC.
- STC. Exp. N° 8123-2005-PHC/TC.
- STC. Exp. N° 6712-2005-PHC/TC.
- STC. Exp. N° 04903-2005-HC/TC.
- STC. Exp. N° 5871-2005-PA/TC.
- STC. Exp. N° 5514-2005-PA/TC.
- STC. Exp. N° 8125-2005-PA/TC.
- STC. Exp. N° 1209-2006-PA/TC.
- STC. Exp. N° 10490-2006-PA/TC.
- STC. Exp. N° 00007-2006-CC/TC.
- STC. Exp. N° 06149-2006-AA/TC.
- STC. Exp. N° 0004-2006-PI/TC.
- STC. Exp. N° 6662-2006-PA/TC.
- STC. Exp. N° 3075-2006-PA/TC.
- STC. Exp. N° 00006-2006-CC/TC.
- STC. Exp. N° 01567-2006-PNTC.
- STC. Exp. N° 4637-2006-PA/TC.
- STC. Exp. N° 4972-2006-PA/TC.
- STC. Exp. N° 0582-2006-PA/TC.
- STC. Exp. N° 1480-2006-AA/TC.
- STC. Exp. N° 05658-2006-PA/TC.
- STC. Exp. N° 00917-2007-AA/TC.
- STC. Exp. N° 5175-2007-HC/TC.
- STC. Exp. N° 2262-2007-PA/TC.

- STC. Exp. N° 00264-2007-HD/TC.
- STC. Exp. N° 0009, 0010-2007-AI/TC.
- STC. Exp. N° 00605-2008-PA/TC.
- STC. Exp. N° 01881-2008-PA/TC.
- STC. Exp. N° 06079-2009-AA/TC.
- STC. Exp. N° 02389-20009- PA/TC.
- STC. Exp. N° 04224-2009-AA/TC.
- STC. Exp. N° 04072-2009-AA/TC.
- STC. Exp. N° 0896-2009-PHC/TC.
- STC. Exp. N° 03221-2010-PHD/TC.
- STC. Exp. N° 02098-2010-PA/TC.
- STC. Exp. N° 1405-2010-PA/TC.
- STC. Exp. N° 00197-2010-PA/TC.
- STC. Exp. N° 02756-2011-PA/TC.
- STC. Exp. N° 01981-2011-PA/TC.
- STC. Exp. N° 04944-2011-PA/TC.
- STC. Exp. N° 03479-2011-PA/TC.
- STC. Exp. N° 00020-2012-PI/TC.
- STC. Exp. N° 00156-2012-PHC/TC.
- STC. Exp. N° 00011-2013-PI/TC.
- STC. Exp. N° 00503-2013-PA/TC.
- STC. Exp. N° 04558-2013-HC/TC.
- STC. Exp. N° 00004-2014-AI/TC.
- STC. Exp. N° 00009-2014-PI/TC.

b. De la Corte Suprema

- Cas. N° 1196-2000-Lima,
- Cas. Nº 1476–2000–Lambayeque.
- Cas. N° 127-2002- Callao.
- Cas. N° 3690-2007-Lambayeque.
- Cas. N° 8532-2014-Arequipa.
- Cas. N° 4219-2016-Lima.

c. De Indecopi

- Resolución N° 057-2007-CLC/INDECOPI.
- Resolución N° 002-2008/ST-CLC-INDECOPI.
- Resolución N° 100-2017/CLC-INDECOPI.
- Resolución N° 069-2017/ST-CLC-INDECOPI.
- Exp. N° 004-2009/CLC-INDECOPI.

d. Del Tribunal Servir

- Sala Plena N° 001-2012-SERVIR/TSC.

Corte Interamericana de los derechos humanos

- Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001.
- Sentencia emitida, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 20 de junio de 2005. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, fundamento jurídico 67.
- Sentencia Las niñas Yean y Bosico c/ República Dominicana, del 8 de setiembre de 2005, serie C, N° 130.
- Sentencia Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c/ Paraguay, del 29 de marzo de 2006, Serie C, N° 14.