

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

FACULTAD DE DERECHO



Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo
Acerca de la Resolución N°078-2016/CLC-INDECOPI, Caso
Farmacias del Perú. Análisis sobre la posibilidad de atribuir
responsabilidad administrativa respecto a los laboratorios
farmacéuticos.

Trabajo académico para optar el título de Segunda
Especialidad en Derecho Administrativo

Autor:

Pedro Alejandro Márquez Rojas

Asesor:

Lucio Andrés Sánchez Povis

Lima, 2021

Resumen

El presente trabajo analiza la problemática suscitada a partir del procedimiento administrativo sancionador contra Albis S.A., Boticas y Salud S.A.C., Botica Torres de Limatambo S.A.C., Farmacias Peruana S.A., Eckerd Perú S.A., Mifarma S.A.C. y Nortfarma S.A.C, por la comisión de prácticas colusorias horizontales, en la modalidad de fijación concertada de precios de venta, a nivel nacional, en el periodo 2008-2009. Para ello, se ha hecho uso de instituciones propias del Derecho Administrativo, así como de otras ramas del Derecho, como el Derecho Constitucional, con la finalidad de determinar si era posible la atribución de responsabilidad administrativa a los laboratorios farmacéuticos, como agentes económicos intervinientes en la fijación concertada de precios. Por lo mismo, el análisis ha tenido énfasis en la posibilidad de (i) imputar la comisión de prácticas colusorias verticales y (ii) la concurrencia con medidas correctivas. Posteriormente, los resultados de la investigación permiten constatar: en primer lugar, que, en efecto, era factible atribuir responsabilidad a los laboratorios farmacéuticos como partícipes de una conducta anticompetitiva. En segundo lugar, que la imputación idónea debió ser de “prácticas colusorias verticales”, en lugar de prácticas colusorias horizontales. En tercer lugar, que era admisible la concurrencia de una sanción y medidas correctivas, tanto para las cadenas de farmacias como para los laboratorios, siempre que se hayan garantizado los principios de tipicidad, razonabilidad y proporcionalidad.

Abstract

This paper analyzes the problems arising from the administrative sanctioning procedure against Albis S.A., Boticas y Salud S.A.C., Botica Torres de Limatambo S.A.C., Farmacias Peruana S.A., Eckerd Perú S.A., Mifarma S.A.C. and Nortfarma S.A.C., for the commission of horizontal collusive practices, in the modality of concerted fixing of sales prices, at national level, in the period 2008-2009. For this purpose, use has been made of institutions of Administrative Law, as well as other branches of Law, such as Constitutional Law, in order to determine whether it was possible to attribute administrative liability to pharmaceutical laboratories, as economic agents involved in the concerted fixing of prices. In this way, the analysis has emphasized the possibility of (i) imputing the commission of vertical collusive practices and (ii) the concurrence with corrective measures. Subsequently, the results of the investigation show: firstly, that it was indeed feasible to attribute liability

to the pharmaceutical laboratories as participants in an anticompetitive conduct. Secondly, that the appropriate charge should have been "vertical collusive practices", instead of horizontal collusive practices. Thirdly, that the concurrence of a sanction and corrective measures was admissible, both for the pharmacy chains and for the laboratories, provided that the principles of typicality, reasonableness and proportionality were guaranteed.



Índice de contenido

1. Introducción.....	4
2. Marco teórico.....	7
2.1. Prácticas colusorias: definición y clasificación.....	8
2.1.1. Prácticas colusorias verticales: elementos que la configuran.....	9
2.1.1.1. La posición de dominio como requisito de las prácticas colusorias verticales.....	10
2.1.1.1.1. La determinación de la posición de dominio: el mercado relevante.....	11
2.1.2. La aplicación del régimen de prohibición relativa: la regla de la razón y la necesidad de demostrar efectos adversos.....	15
2.2. Medidas correctivas: definición y la facultad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia para su aplicación.....	17
2.2.1. Competencia para la aplicación de medidas correctivas en materia de represión de conductas anticompetitivas.....	20
3. Análisis de la problemática.....	22
3.1. Identificación de los problemas jurídicos.....	22
3.2. Consecuencias del problema jurídico.....	24
3.3. Análisis de la problemática jurídica.....	27
3.3.1. El ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública: sobre el acaecimiento de una práctica colusoria vertical.....	27
3.3.1.1. Aplicación de la regla de la razón: ¿es posible determinar algún beneficio de dicha conducta anticompetitiva?	31
3.3.1.1.1. La disminución de los costos de transacción y la afectación del precio de venta de los medicamentos.....	31
3.3.2. La posibilidad de imponer medidas correctivas a los laboratorios farmacéuticos.....	33
3.3.2.1. Imputación exclusiva de medidas correctivas: ¿es necesario un procedimiento administrativo distinto al sancionador?.....	35
4. Conclusiones.....	37
5. Recomendaciones.....	39
6. Referencias bibliográficas.....	40

1.- Introducción

El 12 de octubre de 2016, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, CLC) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, INDECOPI), emitió la Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI (en adelante, la Resolución). A partir de dicho acto administrativo, se dispone que cinco cadenas farmacéuticas (Albis S.A. (Arcángel), Farmacias Perú S.A. (Fasa), Mifarma S.A.C. (Mifarma), Eckerd Perú S.A. (Inkafarma) y Nortfarma S.A.C. (Boticas Felicidad)) habían incurrido en prácticas colusorias horizontales, en la modalidad de fijación concertada de precios de venta al público, a nivel nacional, en el periodo de 2008-2009. Precisamente, producto de dicha infracción administrativa, se impuso una multa de 2274 UIT y, además, la implementación de un programa de cumplimiento de la normativa de la libre competencia.

Al respecto, existe una constante particularmente destacable de la Resolución; esta consiste en la corroborada participación de los laboratorios farmacéuticos, proveedores de las cadenas de farmacias, en la conducta anticompetitiva sancionada. De esta manera, la Resolución contiene reiteradas referencias, como:

298. Con la finalidad de que todas las cadenas de farmacias incrementaran de manera uniforme sus precios, los laboratorios enviaban comunicaciones asegurándoles que tenían «el compromiso de todas las cadenas» o afirmando que se había «coordinado con todas las cadenas de farmacias» para realizar el incremento de precios. Asimismo, indicaban el producto o conjunto de productos (en listas) que serían objeto del incremento coordinado de precios, precisando además las fechas y los niveles que debían cumplirse.

307. [...] las visitas usuales que realizaban los funcionarios de los laboratorios a las cadenas de farmacias para tratar temas vinculados con sus relaciones comerciales, permitieron a las empresas investigadas contar con un canal de comunicación para trasladar información sensible sobre los precios de diversos productos en el mercado, así como coordinar y monitorear incrementos conjuntos.

A partir de lo anterior, la problemática radica en que pese a haberse demostrado fehacientemente la participación de los laboratorios farmacéuticos en la conducta

anticompetitiva imputada, la CLC opta por no sancionar a dichas empresas. En ese sentido, la motivación señalada por dicho órgano sostiene que, al momento de la comisión de la infracción administrativa (entre enero de 2008 y marzo de 2009), los laboratorios, como facilitadores o intermediarios de una práctica colusoria horizontal, no podían ser circunscritos en el ámbito de aplicación subjetivo de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, LRCA o Decreto Legislativo N°1034). Por lo mismo, la Resolución no hace extensivo el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa contra dichos agentes económicos.

No obstante, lo preocupante no consiste en la ausencia de atribución de responsabilidad administrativa a los laboratorios farmacéuticos por su participación como facilitadores e intermediarios de una conducta anticompetitiva; ya que, al fin y al cabo, se trata de un supuesto de aplicación inmediata de la ley, conforme al principio de tipicidad y de irretroactividad. Lo realmente perjudicial está dado por la ausencia de cualquier tipo de manifestación de la potestad sancionadora administrativa, respecto a dichos agentes económicos; es decir, que el problema identificado radica en que la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) no haya optado por la imputación de otro tipo de conducta anticompetitiva o algún tipo de medida, en lo respectivo a los laboratorios farmacéuticos.

De esta manera, la Resolución, a lo largo de su extenso desarrollo, señala expresamente que la participación de dichos agentes económicos fue fundamental para la comisión de la infracción administrativa. Asimismo, de manera intrínseca, se hace alusión a que el comportamiento de los laboratorios constituye una conducta jurídicamente reprochable. Empero, omite cualquier tipo de referencia sobre la posible responsabilidad de tales empresas.

Cabe señalar que, la CLC basa su pronunciamiento en la instrucción del procedimiento administrativo sancionador realizada por la Secretaría Técnica, por lo que la problemática radica en la inobservancia de dicho órgano instructor de la posibilidad de imputar otro tipo de conducta anticompetitiva y/o medidas, respecto a los laboratorios farmacéuticos. Al respecto, dicha omisión constituye un factor que favorece la impunidad de los agentes

económicos en el mercado, pese a incurrir en conductas reprochables, desde una perspectiva ceñida a la libre competencia. Asimismo, de manera indirecta, se generan incentivos que incitan a otros tipos de proveedores a efectuar o favorecer conductas anticompetitivas análogas, ya que, siguiendo el criterio de imputación de la Secretaría Técnica, no podrían ser sancionados.

Por lo mismo, el problema a estudiar, consiste en determinar si: ¿era posible el ejercicio de algún tipo de manifestación de la potestad sancionadora contra los laboratorios farmacéuticos, por el Caso Farmacias del Perú?

A partir de lo anterior, el desarrollo de la presente investigación se va a dividir en cuatro cuestiones: en primer lugar, un marco teórico. Dicho punto pretende introducir y desarrollar las principales instituciones jurídicas vinculadas a la problemática; para lo cual, se hará referencia a categorías, subcategorías y elementos vinculados a la potestad sancionadora administrativa, las prácticas colusorias horizontales y verticales, las medidas correctivas, etc.

En segundo lugar, se analizará el problema identificado; es decir, si es posible el ejercicio de algún tipo de manifestación de la potestad sancionadora de la Administración Pública, respecto a los laboratorios farmacéuticos. En dicho apartado, a partir de estándares normativos, doctrinarios y jurisprudenciales, se identificarán los principales instrumentos jurídicos que podrían haberse utilizado para atribuir responsabilidad administrativa a dichos agentes económicos. Asimismo, se analizará la viabilidad de estos y las cuestiones subordinadas a considerar para su aplicación en el caso concreto.

En tercer lugar, se realizará una o más propuestas. A partir de lo analizado, se identificarán los instrumentos jurídicos que debieron haberse aplicado para hacer extensivo el ejercicio de la potestad sancionadora administrativa, respecto a los laboratorios farmacéuticos. Al mismo tiempo, se dará respuesta al problema jurídico planteado, delimitando, de manera concreta, las propuestas pertinentes al caso.

Ulteriormente, la cuarta sección determinará el colofón lógico-jurídico al que permite arribar el análisis efectuado.

2.- Marco teórico

La presente problemática no ha sido objeto de un desarrollo minucioso por parte de la doctrina; al menos, no directamente en lo relativo a la responsabilidad administrativa de los laboratorios farmacéuticos o algún tipo de sanción a los mismos. No obstante, dicha ausencia de desarrollo doctrinario, no implica que la omisión a cualquier tipo de imputación, respecto a dichos agentes económicos, haya pasado desapercibida. Al respecto:

El laboratorio o el distribuidor era el encargado de comunicarse con las cadenas de farmacias para trasladarles los reparos o acuerdos de sus pares. De esta forma, los funcionarios de las cadenas evitaban comunicarse entre sí. Se trataba de una coordinación triangular. [...] La participación de los laboratorios en este caso no solo comprendía la intermediación para las comunicaciones, sino que además buscaba evitar el contacto directo entre competidores, mitigando el riesgo de detección de la práctica colusoria. Pese a que las comunicaciones encontradas eran de estilo triangular, entre agentes de distintos niveles de la cadena de comercialización (proveedor-cliente), la CLC consideró que la práctica infractora seguía siendo de naturaleza horizontal (Calderón y Ayvar 2018: 118).

Lo anterior, si bien no refiere expresamente que la CLC haya optado por un criterio de imputación erróneo (al atribuir la comisión de prácticas colusorias horizontales a los agentes económicos implicados), si afirma, de manera implícita, que es, cuando menos, cuestionable o debatible dicha decisión. En ese sentido, no se trataba de elementos fácticos aislados o simples suposiciones sobre la participación de los laboratorios farmacéuticos en una conducta anticompetitiva; por el contrario, en los correos electrónicos utilizados como uno de los medios de prueba indiciarios habían reiteradas referencias a la participación de los proveedores en la práctica anticompetitiva. Aunado a ello, la CLC identificó y reconoció, de manera expresa en la Resolución, la fehaciente participación de dichos agentes económicos:

306. En efecto, los laboratorios habrían servido de nexo para las coordinaciones de precios, remitiendo correos a las cadenas de farmacias en los que se precisaba el monto de los incrementos coordinados de los precios, la fecha del cumplimiento de tales incrementos, se reiteraba el compromiso de las demás cadenas para cumplir con lo acordado y se plasmaban las acciones de monitoreo correspondientes. Este tipo de comunicaciones, en las que

usualmente se utilizaron frases como «se coordinó con todas las demás cadenas», «reordenamiento de precios», «nivelación de precios» y «evitar guerra de precios» son coherentes con el contexto de un cártel.

[...] 309. Por otra parte, el hecho de que las cadenas de farmacias contaran con la colaboración de los laboratorios, además de facilitar sus coordinaciones de precios, evitaba que tuviesen que recurrir a un contacto directo entre los participantes de una conducta potencialmente ilegal. A criterio de esta Comisión, ello podría responder a que las cadenas de farmacias buscaron blindar su conducta evitando que sean detectadas, en particular, en un contexto donde se tenía noticia pública de una investigación por conductas similares en otras jurisdicciones (en particular, el caso tramitado ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile contra Farmacias Ahumada y otros) [el subrayado es mío].

De esta manera, se puede constatar la participación de los laboratorios farmacéuticos en una conducta anticompetitiva. Por lo mismo, correspondería determinar qué criterio de imputación se podría utilizar para atribuir responsabilidad administrativa a los mismos y, además, que infracción administrativa ha configurado el comportamiento de dichos agentes económicos. Para ello, prima facie, será necesario abordar la categoría jurídica de “prácticas colusorias” y, dentro de la misma, la clasificación y el contenido de las “prácticas colusorias horizontales” y “prácticas colusorias verticales”.

2.1.- Prácticas colusorias: definición y clasificación

A partir de lo anterior, es menester señalar que la LRCA no refiere, al menos no de manera expresa, una definición para la categoría de “práctica colusoria”; aunque, ciertamente lo hace al momento en que tipifica su clasificación bilateral. Así, “Una conducta colusoria es todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia” (Dávila 2019: 131). En ese orden, dicha categoría jurídica consta, desde una perspectiva netamente normativa, de dos elementos: el primero, consiste en la adopción de un acuerdo, independientemente de la formalidad o denominación que detente el mismo, entre distintos agentes económicos. Mientras, el segundo elemento está dado por la finalidad anticompetitiva de dicho acuerdo, esto es, que se está generando una restricción, de manera

indebida, a la libre competencia.

Cabe señalar que, la jurisprudencia y doctrina hacen énfasis en la necesaria independencia entre los agentes económicos coludidos. Así:

[...] las prácticas colusorias involucran siempre a dos o más agentes. Además, estos agentes deben ser necesariamente independientes, es decir, deben tener la capacidad de tomar decisiones comerciales y empresariales por su propia cuenta y riesgo, pues sólo así pueden optar por no actuar de modo independiente a través de la práctica colusoria. Por ello, si las empresas no son independientes, ya sea porque pertenecen al mismo grupo económico o, por alguna razón, no pueden actuar con libertad de decisión, no cumplen la premisa básica para incurrir en una práctica colusoria ilegal (Quintana 2013: 33).

Por otro lado, el Decreto Legislativo N°1034, clasifica a las prácticas colusorias, conforme a la mayoría doctrinaria y normativa internacional, en dos tipos: prácticas colusorias horizontales y verticales. La primera, se configura cuando los agentes económicos intervinientes pertenecen a un mismo nivel, sea de comercialización, distribución, etc. En otras palabras, dicho tipo de conducta anticompetitiva solamente se produce cuando los infractores coludidos son agentes competidores entre sí (Artículo 11.1. de la LRCA). Por otra parte, según la normativa vigente:

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.

2.1.1.- Prácticas colusorias verticales: elementos que la configuran

De esta manera, para la configuración del segundo tipo de práctica colusoria se requiere, a priori, la concurrencia de tres elementos: el primero, la existencia e implementación de algún tipo de acuerdo entre agentes económicos independientes. El segundo, que dicho acuerdo haya distorsionado la libre competencia en algún mercado económico y; el tercero, que los

agentes coludidos operen en distintos niveles, dentro de dicho mercado. En adición, la LRCA establece dos estándares adicionales a considerar para que la configuración de una práctica colusoria vertical sea constitutiva de una infracción administrativa:

Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales. –

[...] 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.

Así, no basta con el solo acaecimiento de la conducta anticompetitiva en cuestión. Por el contrario, para que una práctica colusoria vertical sea sancionable, dentro del ordenamiento jurídico peruano, se requiere: por un lado, que, por lo menos, uno de los agentes económicos coludidos detente posición de dominio en el mercado relevante; ello, de manera previa al acaecimiento de la práctica anticompetitiva. Por otro lado, el acaecimiento de la práctica colusoria vertical debe haber conllevado efectos adversos para la competencia y, de igual forma, a los consumidores (conforme al régimen de prohibición relativa que le es aplicable).

2.1.1.1.- La posición de dominio como requisito de las prácticas colusorias verticales

Por lo anterior, el primer requisito adicional, correspondiente a la posición de dominio de, como mínimo, uno de los agentes económicos participantes en la práctica colusoria vertical, requiere una remisión a las implicancias que dicha categoría jurídica conlleva. Al respecto, la posición de dominio implica una condición, en la cual, un agente económico detenta poder sustancial en el mercado en el que compete. En ese sentido, la LRCA señala:

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado. –

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad [...].

Cabe agregar que, “Para determinar si una empresa cuenta con posición de dominio es necesario definir si puede imponer las condiciones de compra o venta, con independencia de la reacción de sus clientes, proveedores o competidores. Una empresa podrá actuar de esta forma cuando los clientes y proveedores del mercado en cuestión no tienen alternativas reales, distintas a la empresa dominante, para comprar los bienes que requieren o vender los bienes que producen, respectivamente” (Quintana 2013: 18). Por lo mismo, para identificar la existencia de un agente económico con posición de dominio es necesario determinar el mercado específico donde se desenvuelve y los alcances del mismo:

La etapa de definición del mercado relevante resulta determinante en toda investigación [con un supuesto] de posición de dominio. En efecto, una definición de mercado amplia podría determinar que se deseche la posibilidad de investigar y sancionar a determinada empresa al concluir que, en el mercado relevante ampliamente definido, no ostenta posición de dominio y, por lo tanto, que no puede abusar de dicha posición. Por el contrario, una definición de mercado relevante estrecha podría determinar la investigación y sanción respecto de determinada empresa que en rigor no es un actor dominante del mercado (Figari, Gómez y Zúñiga 2004: 160).

2.1.1.1.1.- La determinación de la posición de dominio: el mercado relevante

A partir de lo anterior, adquiere singular relevancia la connotación de “mercado relevante”. Dicha institución jurídica se entiende, a grandes rasgos, como el ámbito en el cual, por lo menos, un agente económico puede imponer condiciones de venta dado que detenta un poder sustancial sobre un mercado concreto. De esta manera, el mercado relevante implica una categoría cambiante, cuya extensión varía conforme a dos estándares predeterminados por la LRCA: el mercado de producto y el mercado geográfico.

Artículo 6.- El mercado relevante. –

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las

características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

Entonces, para determinar el alcance del mercado relevante debe tenerse en consideración dos elementos: el producto relevante y el ámbito geográfico. Al mismo tiempo, conforme a la doctrina y jurisprudencia del INDECOPI, es necesario que el análisis respete el orden de tales etapas; es decir, primero, considerar el producto y, segundo, delimitar el espacio geográfico.

Así, en aras de determinar el producto relevante, es necesario, prima facie, identificar la necesidad de los consumidores y, consecuentemente, el bien idóneo y requerido por los mismos (producto de referencia) para satisfacer tal necesidad; el cual, debe ser ofrecido por el agente económico que presuntamente detente posición de dominio. A partir de ello, será posible delimitar los bienes de consumo alterno (productos sustitutos), acordemente a la necesidad identificada. Cabe señalar que, el análisis concerniente “[...] [al] mercado relevante de producto deberá incluir a todos los productos que resulten buenos sustitutos de aquél. Al hablar de buenos sustitutos no necesariamente se hace referencia a productos que tienen que ser idénticos al analizado, sino que deben ser considerados como sustituibles o intercambiables razonablemente, en términos de precio, calidad y otras condiciones, por un número significativo de consumidores a efectos de satisfacer una misma necesidad” (Figari, Gómez y Zúñiga 2004: 160).

Al mismo tiempo, en aras de analizar el producto relevante y, de forma específica, la sustituibilidad entre el producto de referencia y los productos sustitutos, resulta necesario considerar los dos criterios de elasticidades; específicamente, de elasticidad-precio (o elasticidad de demanda) y de elasticidad cruzada. De esta manera, “La elasticidad-precio, nos brinda información acerca de la reacción en el consumo de un bien frente a un aumento en su precio. Una elasticidad-precio alta, nos refleja que, ante un incremento de precios, el

consumidor tenderá a sustituir el consumo del mismo por el de otros bienes alternativos, o bien un número importante de consumidores dejará de consumirlo” (Ruiz 2000: 298). Así, identificar una alta elasticidad de demanda implicará que el producto de referencia tiene, como mínimo, un producto sustituto idóneo, al cual los consumidores migrarían de producirse un incremento del precio (demanda elástica). Mientras, una baja elasticidad, determinará que el producto de referencia carece de productos sustitutos de fácil acceso (demanda inelástica).

Por otro lado, el análisis de la elasticidad cruzada del producto de referencia, implica determinar los efectos que generaría el incremento en el precio de dicho bien, respecto al consumo de los productos sustitutos, y viceversa. Al respecto:

[...] la elasticidad cruzada de la demanda mide cuál sería el efecto en la cantidad demandada de un producto ante la variación del precio de otro, que se intuye es sustituto del primero. Si dos bienes, digamos, “a” y “b”, son sustitutos entre sí, un aumento en el precio de “a” debería traer como consecuencia un aumento en la cantidad demandada de “b” (ya que el consumidor comprará menos de “a” y más de “b”). Inversamente, una reducción en el precio de “a” debería causar una reducción en la cantidad demandada de “b” (los consumidores migrarían de “b” a “a”) (Figari, Gómez y Zúñiga 2004: 164).

Por lo anterior, la delimitación del producto relevante se realiza considerando tanto al producto de referencia como a todos los productos sustitutos, a priori, identificados. Asimismo, se procede a seleccionar los productos sustitutos idóneos, y descartar los demás, conforme a criterios como “[...] las características de los bienes (calidad, componentes, funciones, etc.), los costos para obtenerlos o sus precios” (Quintana 2013, 21). A partir de dicha selección, los bienes resultantes se constituirán en el producto relevante y, por ende, serán analizados, bajo los estándares de la elasticidad-precio y la elasticidad cruzada, para determinar si, en efecto, son bienes sustitutos idóneos para el producto de referencia.

Ulteriormente, una vez delimitado el mercado de producto, deberá identificarse el mercado geográfico. Dicha categoría jurídica, entendida en sentido amplio, implica la ubicación del proveedor que ofrece el producto sustituto. En esa línea, “[...] la localización de los

proveedores puede constituir un factor que influya en la capacidad que tiene el consumidor de sustituir distintos productos ofrecidos por competidores alternativos” (Ruiz 2000: 301).

A partir de lo indicado, “El análisis de delimitación del mercado geográfico se centra en determinar cuál es el costo de adquirir en el lugar analizado el producto relevante proveniente de otra área geográfica, de tal manera que dicho producto satisfaga la demanda a niveles competitivos. En suma, determinar cuál es la oferta que satisface las necesidades de los consumidores del producto relevante” (Figari, Gómez y Zúñiga 2004: 170). Para ello, deviene en necesario, la determinación de identificación de dos factores: primero, ubicar quiénes son los proveedores de los bienes sustitutos y, segundo, determinar dónde se vende dicho producto.

En lo relativo al primer punto, dado por la delimitación de los proveedores del producto sustituto, se debe considerar la capacidad y limitaciones de los mismos para satisfacer la demanda de los consumidores. En ese sentido, es menester el análisis de condiciones específicas, como “[...] las preferencias de los consumidores, la disponibilidad de infraestructura de transporte, la necesidad de inversión en publicidad, costos de cambio (switching costs), autorizaciones municipales o regionales, [etc]” (Figari, Gómez y Zúñiga 2004: 174).

Por otro lado, conforme a la identificación de la ubicación del producto sustituto, es necesario señalar que constituye un criterio orientado a la capacidad real del consumidor para abastecerse del bien sustituto. Por lo mismo, deberá ser determinado el espacio territorial donde, en efecto, se ofrece el producto sustituto para, posteriormente, delimitar la distancia entre dicho bien y los consumidores. De esta manera, podrá identificarse si el producto sustituto es de fácil acceso para los clientes, a partir del distanciamiento de los mismos y los costos de transporte en lo que tendría que incurrir para su compra.

En este punto, es menester destacar dos aspectos fundamentales sobre la categoría jurídica abordada: en primer lugar, que la posición de dominio, conforme a lo referido expresamente por el Decreto Legislativo N°1034, solo puede ser individual. En esa línea, la norma jurídica anteriormente vigente, el Decreto Legislativo N°701 (Decreto legislativo contra las prácticas

monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia), señalaba, en el artículo 4, que “una o varias empresas”, de manera conjunta, podrían gozar de posición de dominio. Así, el criterio normativo anterior, permitía entender la posición de dominio a partir de la agrupación de varios agentes económicos con el fin de ostentar un poder sustancial en el mercado. Dicho criterio, ha perdido vigencia, conforme al panorama normativo vigente y, además, según algunas consideraciones doctrinarias “En cuanto a la posición de dominio, el Decreto Legislativo N°1034 señala que ésta sólo puede ser individual (dejando de lado la posibilidad de posición de dominio conjunta o colectiva que permitía el Decreto Legislativo N°701)” (Quintana 2013: 59).

El segundo aspecto trascendental a señalar, consiste en que la posición de dominio, per se, no es sancionable dentro del ordenamiento jurídico peruano:

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado. –

[...] 7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

Dicha consideración es relevante, ya que no se sanciona a un agente económico por detentar dicha condición, sino por participar en una práctica colusoria vertical o, conforme al artículo 10 de la LRCA, por hacer un ejercicio abusivo de la posición de dominio latente (esta última conducta anticompetitiva no será objeto de análisis en el presente trabajo académico).

2.1.2.- La aplicación del régimen de prohibición relativa: la regla de la razón y la necesidad de demostrar efectos adversos

El segundo requisito adicional para que una práctica colusoria vertical se configure en una conducta anticompetitiva sancionable, dentro del ordenamiento jurídico peruano, está dado por verificar que la misma haya conllevado efectos adversos a la libre competencia y al bienestar de los consumidores. Dicha afirmación, se desprende del artículo 12.4. de la LRCA, citado en líneas precedentes, que refiere la aplicación del régimen de prohibición relativa a las prácticas colusorias verticales. Asimismo, las implicancias de dicho tipo de prohibición se encuentran expresamente señaladas en el Decreto Legislativo N°1034:

Artículo 9.- Prohibición relativa. -

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

De esta manera, que las prácticas colusorias verticales sean objeto de prohibición relativa, implica que dichas prácticas no son anticompetitivas per se; es decir, por su solo acaecimiento. Por el contrario, deberán denotar la producción de efectos adversos en algún mercado concreto. Asimismo, el artículo 9 de la LRCA establece, implícitamente, que, para el análisis de una conducta anticompetitiva, sujeta a prohibición relativa, se requiere utilizar la regla de la razón. Dicha categoría jurídica:

[...] se opone en esencia a la regla per se, pues no juzga de manera automática a una concertación de precios como ilegal, sino que analiza la razonabilidad de la práctica, es decir, si la misma afecta o no la eficiencia y la competencia o, en todo caso, si la práctica es beneficiosa para éstas. En otras palabras, bajo la regla de la razón no se considera que una determinada conducta (por ejemplo, la concertación de precios) sea inherentemente ilegal, sino que la autoridad de competencia debe analizar la razonabilidad de la práctica, desde el punto de vista de la competencia y la eficiencia, así como determinar si sus efectos fueron apreciables en el mercado (Gagliuffi 2011: 153).

A partir de lo anterior, el criterio de atribución de responsabilidad, respecto a una práctica colusoria vertical, es de carácter subjetivo. Por lo mismo, será insuficiente la sola configuración y verificación de la conducta anticompetitiva. En contraste, deberá demostrarse que dicha práctica está en aptitud de producir efectos adversos en el bienestar de los consumidores y en la competencia, o, si ya los ha producido. Este punto, es particularmente relevante, ya que, según la jurisprudencia del INDECOPI y la doctrina, es factible que las prácticas colusorias verticales generen efectos beneficiosos en los mercados:

Sin perjuicio de identificar y medir sus efectos restrictivos de la competencia, el análisis de las prácticas verticales también requiere examinar sus posibles efectos beneficiosos bajo un criterio de razonabilidad. En otras palabras, las restricciones verticales suelen analizarse bajo

la denominada regla de la razón o criterio de sana crítica [...] Considerando los beneficios que pueden producirse como consecuencia de las restricciones verticales de la competencia, su análisis incluye revisar si generan mayor eficiencia y tienden a corregir fallas del mercado o externalidades generadas por la política empresarial en cada eslabón de la cadena productiva o de comercialización (Quintana 2013: 45).

En suma, se estará ante una práctica colusoria vertical constituyente de una infracción administrativa, conforme a la LRCA, cuando (i) conscientemente se haya coordinado y ejecutado un acuerdo, (ii) entre agentes económicos independientes y pertenecientes a un distinto nivel la cadena de producción, distribución o comercialización, (iii) con la finalidad de obstruir la libre competencia. Asimismo, (iv) al menos uno de los participantes detentará posición de dominio en su respectivo nivel del mercado afectado y; además, se (v) habrá corroborado el impacto adverso de la conducta anticompetitiva en el bienestar de los consumidores.

2.2.- Medidas correctivas: definición y la facultad de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia para su aplicación

A partir de lo señalado por Morón Urbina, se puede realizar un primer acercamiento a la institución jurídica de “medidas correctivas”:

Debemos reparar que un tratamiento de confrontación pleno contra un ilícito administrativo no sólo conlleva a la imposición de aquella consecuencia jurídica prevista por la norma a título de sanción, sino también propende a la eliminación de aquellos efectos que la acción u omisión hubiere producido sobre bienes o intereses públicos, en el patrimonio del Estado o daños inferidos a terceros. La aplicación de una sanción administrativa sólo atiende al primer interés nombrado, quedando aspectos importantes latentes en la realidad que el derecho debe darle solución apropiada mediante medidas complementarias (2010: 135).

Por lo mismo, se debe empezar señalando que las medidas correctivas se circunscriben en dicho ámbito; es decir, en la confrontación contra el ilícito administrativo. De esta manera, dichas medidas, conforme al Texto Único Ordenado de la Ley N°27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, el TUO) son aquellas que van a

pretender la reparación o la reposición de la situación alterada por la infracción administrativa al estado previo al acaecimiento de la misma. Precisamente, dicha conceptualización ha sido trasladada a determinados cuerpos normativos, como la Ley N°29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor; la cual, clasifica a las medidas correctivas como reparadoras (aquellas que tienen como finalidad resarcir las consecuencias patrimoniales, directa e inmediatas, generadas al consumidor por la infracción administrativa) y complementarias (aquellas que pretenden revertir los efectos de la conducta infractora).

Cabe señalar que, en lo concerniente a la LRCA, no se establece clasificación alguna respecto a dicha institución jurídica. Empero, se toma como referencia lo delimitado por el TUO. Así, en lo respectivo a los procedimientos administrativos sancionadores vinculados a la represión de conductas anticompetitivas, las medidas correctivas pueden detentar tres finalidades, conforme al artículo 46 del Decreto Legislativo N°1034: (i) restablecer el proceso competitivo en el mercado afectado por la práctica ilícita, (ii) prevenir la comisión de conductas anticompetitivas a futuro o (iii) revertir los efectos lesivos, directos e inmediatos, de la conducta infractora.

En adición, el artículo 251.1. del TUO establece que las medidas correctivas deben encontrarse previamente tipificadas, contar con razonabilidad y, además, ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del bien jurídico que se pretende salvaguardar. De esta manera, la imposición de dicho tipo de medidas debe ceñirse a estándares normativos y principios concretos, muy similares a los de obligatoria consideración para aplicación de sanciones administrativas. Asimismo, independientemente de que la medida correctiva pretenda restablecer, prevenir o revertir la infracción administrativa o los daños generados, se debe entender que el bien jurídico a salvaguardar consiste en la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores (artículo 1 de la LRCA).

Por otro lado, respecto a la naturaleza de las medidas correctivas, se debe señalar que las mismas se suelen imponer mediante un acto administrativo emitido en un procedimiento administrativo, generalmente, sancionador. En esa línea, la LRCA señala que las medidas correctivas se pueden dictar “Además de la sanción que se imponga por infracción a la

presente Ley”. Así, si bien no se señala, de forma expresa, que dichas medidas necesariamente deban estar precedidas por un procedimiento administrativo sancionador, se entiende que, conforme a una interpretación ratio legis de la norma jurídica, la CLC solo puede imponer medidas correctivas a partir de dicho tipo de procedimiento.

Al respecto, parte de la doctrina comparte una postura similar a la implícitamente prevista en la LRCA; es decir, la necesaria vigencia previa de un tipo de procedimiento análogo para la imposición de medidas correctivas. En ese sentido, “[...] si no hay un procedimiento administrativo sancionador iniciado, se llamarán medidas preventivas, y si ya lo hay, se llamarán medidas correctivas” (Neyra 2018: 346). De esta manera, según la LRCA, ninguna autoridad de primera o segunda instancia administrativa del INDECOPI, al menos en lo concerniente a represión de conducta anticompetitivas, cuenta con competencia para el dictamen de medidas preventivas. Por ende, siguiendo esta clasificación doctrinaria y lo establecido por el Decreto Legislativo N°1034, las medidas correctivas dictadas por la CLC deben estar precedidas por un procedimiento administrativo sancionador.

Por lo anterior, podría pensarse, de manera errónea, que las medidas correctivas implican una extensión de la potestad sancionadora. No obstante, un considerable grupo de la doctrina desestima dicha vinculación, al señalar que “[las] medidas correctivas no son una sanción, pues no tienen un contenido aflictivo, sino que buscan reparar el daño causado [...]” (Neyra 2018: 346). En esa línea, si bien se aplican como consecuencias de un procedimiento administrativo sancionador, tienen naturaleza distinta a la sanción administrativa pecuniaria: “Estas medidas de mitigación o medidas correctivas en sentido general, contrariamente a lo que podría pensarse, no son propias de la actividad sancionadora, sino de la actividad lógicamente anterior, esto es, de la supervisión” (Ibidem: 347). Este último punto, es congruente con lo expresado en el artículo 245 del TUO que señala que las actuaciones de fiscalización pueden concluir con la adopción de medidas correctivas.

En adición, se debe considerar lo referido por el Tribunal Constitucional respecto a la naturaleza de las medidas correctivas: “En efecto, no se trata de postular que el Estado, a través de sus organismos competentes tenga que necesariamente castigar como consecuencia inmediata de un comportamiento indebido o contrario a la ley, sino que se otorgue la

posibilidad de adoptar medidas correctivas a fin de que estas puedan ser cumplidas antes de utilizar el máximo poder que se ostenta y que no es otro que el sancionador” (2020: fundamento 8). En ese orden, las medidas correctivas, pese a que se emiten como consecuencia de un procedimiento administrativo sancionador, no detentan la condición de sanción.

2.2.1.- Competencia para la aplicación de medidas correctivas en materia de represión de conductas anticompetitivas

A partir de lo señalado por el TUO, la competencia para dictar medidas correctivas se debe encontrar predeterminada en una norma con rango legal. Así, conforme al Decreto Legislativo N°1034, la CLC detenta la atribución para imponer medidas correctivas en los procedimientos administrativos sancionadores que sean de su competencia. Al respecto, en uno de los apartados del artículo 14 de la LRCA se establece:

Artículo 14.- La Comisión [de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI]. –

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

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

[...] c) Dictar medidas correctivas respecto de las conductas anticompetitivas; [el subrayado es mío]

Asimismo, el artículo 46 de la norma jurídica referida ahonda en dicha atribución al referir tres aspectos sumamente relevantes: el primero, establecer que una medida correctiva puede ser objeto de imposición conjuntamente con una sanción administrativa. El segundo, consistente en la posibilidad de imponer más de una medida correctiva respecto a un único procedimiento administrativo sancionador. El tercero, conforme a una interpretación literal del precepto normativo, supone que las medidas correctivas detentan un catálogo numerus apertus; por lo cual, las expresamente señaladas en la LRCA no son exclusivas, ni excluyentes. Ello, se desprende de lo indicado en el artículo 46 del Decreto Legislativo N°1034:

Artículo 46.- Medidas correctivas. -

46.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, las cuales, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;
- b) De acuerdo con las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones; o,
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o,
- d) El acceso a una asociación u organización de intermediación.
- e) El desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia [el subrayado es mío].

Ciertamente, este último aspecto no deja de ser, por lo menos, controversial, ya que va en desmedro de lo expresamente delimitado por el TUO. En ese sentido, el artículo 251.1. de dicha norma jurídica había señalado, entre otros elementos, que las medidas correctivas debían encontrarse previamente tipificadas en algún instrumento jurídico. Así, en lo concerniente a la LRCA, en efecto, existe una tipificación; sin embargo, la misma aparentemente establece un numerus apertus, al referir la expresión “entre otras”, y, por ende, admite la posibilidad de imponer medidas correctivas, pese a su ausencia de tipificación. De esta manera, se tiene una aparente contradicción entre el TUO y la LRCA, que será objeto de mayor desarrollo en líneas posteriores.

De esta manera, se debe señalar que las medidas correctivas emitidas por la CLC, acordemente con lo expresamente establecido por el TUO, deben cumplir con los principios de tipicidad, debida motivación, razonabilidad y proporcionalidad. Asimismo, la obligación de un procedimiento administrativo sancionador previo a la emisión de tales medidas no es un detalle menor, ya que implica que se deberá garantizar a los administrados los principios inherentes a dicho tipo de procedimiento.

Cabe agregar que, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, como la autoridad con competencia en la segunda instancia de los procedimientos administrativos sancionadores en materia de represión de

conducta anticompetitivas, igualmente, se encuentra facultado para el dictamen de medidas correctivas, conforme al artículo 46.3. de la LRCA. En ese orden, ambos órganos detentan competencia para imponer tales medidas en materia de procedimientos administrativos sancionadores vinculados a conductas anticompetitivas.

Como último punto, es menester señalar que, en el presente trabajo, no se abordará la categoría jurídica de “medidas cautelares”, ya que su aplicación es manifiestamente inadmisibles. Así, se entiende que dicho tipo de medida implica “[...] una institución procesal a través de la cual, el órgano jurisdiccional, a petición de parte, adelanta ciertos efectos o todos de un fallo definitivo, o el aseguramiento de una prueba, al admitir la existencia de una apariencia de derecho y el peligro que puede significar la demora producida por la espera del fallo definitivo o la actuación de una prueba” (Constantino 2009: 266).

Por lo anterior, uno de los elementos principales e inherentes a las medidas cautelares está dado por el peligro de generar o agravar un daño, producto de la demora en la actuación de un medio probatorio o en la emisión del acto administrativo que concluye el procedimiento administrativo sancionador. No obstante, en el presente caso, los medios probatorios recabados no corrían ningún riesgo de pérdida, deterioro u otro menoscabo. Asimismo, tampoco existía algún peligro, susceptible de ser generado, por el hipotético retardo en la emisión del acto administrativo final. De esta manera, en el presente procedimiento, no era admisible la posibilidad de interponer ningún tipo de medida cautelar, dado que las condiciones fácticas inherentes al mismo no eran acordes con, por lo menos, uno de los elementos estructurales de dicha institución jurídica; específicamente con el peligro en la demora.

3.- Análisis de la problemática

3.1.- Identificación de los problemas jurídicos

En este punto, y tomando como base el marco teórico propuesto en el acápite anterior, corresponde delimitar la problemática a abordar. Conforme se indicó en líneas precedentes, dicha cuestión se origina con la verificación de la participación de los laboratorios

farmacéuticos en la fijación concertada de precios sancionada. De esta manera, dichos agentes económicos favorecieron el acaecimiento de la infracción administrativa y participaron en la misma. Al mismo tiempo, habían adoptado medidas tendientes a encubrir el descubrimiento de dicha práctica y, además, percibieron beneficios económicos, de manera directa, producto de su participación en la comisión de la conducta anticompetitiva. Pese a ello, a los proveedores de las cadenas de farmacias no se les atribuyó ningún tipo de responsabilidad.

Así, el objeto del presente trabajo será determinar si era factible atribuir responsabilidad administrativa a los laboratorios farmacéuticos por la comisión de una conducta anticompetitiva. En esa línea, el análisis no se va a ceñir en la imputación realizada y resuelta en la Resolución, es decir, en la comisión de prácticas colusorias horizontales, en la modalidad de fijación concertada de precios de venta al público. De hacerlo, conforme a lo señalado por la CLC y la falta de vigencia de la figura del facilitador e intermediario al momento del acaecimiento de la infracción administrativa, resultaría inviable fundamentar cualquier tipo de responsabilidad administrativa sobre los laboratorios farmacéuticos.

Por el contrario, el análisis de la problemática se va subsumir en dos cuestiones subordinadas: la primera, consistente en la posibilidad de haber ejercido el ius puniendi de la Administración Pública, mediante la imputación de una práctica colusoria vertical. En esa línea, se examinará si se presentaban, de manera concurrente, todos los elementos inherentes a dicho tipo de conducta anticompetitiva. Al mismo tiempo, se determinará la modalidad que se habría configurado y, además, se analizará, bajo los estándares de la regla de la razón, si dicho tipo de práctica podría resultar beneficiosa para la eficiencia económica del mercado de medicamentos y/o para el bienestar de sus consumidores.

Por otro lado, la segunda cuestión subordinada a desarrollar pretende determinar si era posible la atribución de alguna medida correctiva, respecto a los laboratorios farmacéuticos. Para ello, se analizará, en primer lugar, la viabilidad de que un procedimiento administrativo sancionador, en materia de represión de conductas anticompetitivas, pueda concluir con la expedición de medidas correctivas, mas no con el dictamen de una sanción administrativa. En segundo lugar, se examinarán las implicancias y la posibilidad de implementar un

procedimiento administrativo, diferente al sancionador, para la imputación exclusiva de medidas correctivas.

3.2.- Consecuencias del problema jurídico

Al respecto, se debe indicar que la problemática identificada ha conllevado múltiples impactos en diversos ámbitos; principalmente, en el rubro jurídico, económico y político. En lo concerniente al primero, destacan dos aspectos: por un lado, la existencia de una laguna jurídica, desde la perspectiva de las prácticas colusorias horizontales. En ese sentido, la Secretaría Técnica, mediante el Informe Técnico respectivo, imputó a las cadenas de farmacias la comisión de dicho tipo de conducta anticompetitiva, en la modalidad de fijación concertada de precios de venta al público. Ulteriormente, se dio inicio al procedimiento administrativo sancionador correspondiente, a partir del cual, la CLC determinó y sancionó el acaecimiento de dicha modalidad de práctica colusoria horizontal.

Empero, los agentes económicos sancionados, en función al tipo de práctica colusoria imputada, solo podrían ser y fueron los competidores (las cadenas de farmacias), a pesar de la corroborada participación de los laboratorios farmacéuticos, proveedores de la mismas. De esta manera, se tenía una laguna jurídica, desde la perspectiva de las prácticas colusorias horizontales, ya que, en efecto, se había producido dicho tipo de conducta anticompetitiva; sin embargo, habían participado agentes económicos pertenecientes a un plano distinto del mercado de medicamentos (específicamente, al de distribución) y, conforme al tenor literal de la LRCA, no era posible sancionarlos.

Así, los laboratorios farmacéuticos habían obtenido beneficios, réditos y ganancias a partir de la fijación concertada de precios de venta al público; no obstante, conforme al principio de tipicidad, era inviable imputarles responsabilidad administrativa y, de igual forma, cualquier tipo de sanción. Por lo mismo, dicha laguna jurídica favorecía la impunidad de determinados agentes económicos, por no detentar la condición de competidores, aunque hayan participado y obtenido ventajas considerables de una práctica colusoria horizontal.

Por otro lado, la segunda consecuencia de índole jurídica consiste en la modificación

normativa introducida mediante el Decreto Legislativo N°1205, con posterioridad al acaecimiento de los fundamentos fácticos contenidos en la Resolución. Dicha norma jurídica, se publicó y entró en vigencia a finales de septiembre de 2015, y dispuso una serie de incorporaciones a la LRCA. Precisamente, entre dichas disposiciones, destaca la ampliación del ámbito de aplicación subjetivo de dicha norma, en los siguientes cánones: “2.4. La Ley se aplicará también a las personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta”.

Lo anterior, en efecto, soluciona directamente la problemática; sin embargo, lo hace a futuro, ya que, conforme al principio de irretroactividad de la ley, el comportamiento de los agentes económicos solo podrá circunscribirse en las categorías de facilitadores, intermediarios o planificadores, si es que la conducta anticompetitiva imputada ha acaecido con posterioridad al 23 de septiembre de 2015. De esta manera, la presente modificación normativa, si bien resulta sumamente útil para atribuir responsabilidad administrativa y sancionar conductas anticompetitivas, no resuelve la problemática planteada y, tampoco, supuestos de hecho análogos que hayan acontecido desde que entró en vigencia la LRCA, pero que sean previos al Decreto Legislativo N°1205. Cabe señalar que, dicha incorporación normativa fue introducida a partir de la constatación de la laguna jurídica señalada, pretendiendo evitar situaciones futuras donde algún agente económico se beneficie, de manera impune, de una práctica anticompetitiva.

El rubro económico, también, ha sido objeto de un menoscabo por parte de la problemática delimitada. En esa línea, la ausencia de cualquier tipo de imputación, respecto a los laboratorios farmacéuticos, ha generado que estos perciban y conserven, en su ámbito patrimonial, ganancias e ingresos a partir de la participación en una conducta anticompetitiva. Así, el impacto de dicha consecuencia puede ser visto desde dos perspectivas: a corto plazo, se está permitiendo que varios agentes económicos obtengan beneficios de actividades que representan infracciones administrativas. Evidentemente, al no ser extensiva ninguna manifestación de la potestad sancionadora administrativa, en lo concerniente a los proveedores, se permite que tales agentes económicos conserven el íntegro de los beneficios provenientes de ilícitos administrativos.

Asimismo, a largo plazo, se está incentivando a otros agentes económicos a adoptar comportamientos similares; es decir, a favorecer la proliferación de conductas anticompetitivas. En ese sentido, conforme al análisis económico del Derecho, la tipificación de un comportamiento como constitutivo de una infracción administrativa, representa un desincentivo para que los agentes económicos que operan en dicho mercado no ejecuten la práctica objeto de prohibición:

La imposición de sanciones a los administrados pretende generar un incentivo negativo, que los induzca a cumplir o acatar las obligaciones que les han sido establecidas legalmente. De esta forma se busca desincentivar la puesta en riesgo de bienes jurídicos protegidos, así como su afectación concreta. Así, la aplicación de una sanción administrativa tiene por finalidad castigar al infractor para prevenir una nueva acción similar en el futuro (prevención especial), pero también puede constituir una medida preventiva general, alertando a los demás sujetos los efectos que tendría el incumplimiento de sus obligaciones legales (prevención general) (Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental 2013: 6)

Por ende, contrario sensu, la ausencia una regulación que prohíba y/o sancione una conducta equivale a un incentivo para que los operadores privados lleven a cabo tales comportamientos. De esta manera, no se está afirmando que, mediante la regulación expresa de la LRCA, se pretenda favorecer, de manera directa, la proliferación de conductas anticompetitivas (eso sería absurdo); empero, la ausencia de cualquier manifestación del ius puniendi sobre los proveedores, implica incentivar a otros agentes económicos a adoptar participaciones análogas en prácticas colusorias horizontales, dado que no se están adoptando mecanismos de prevención general.

Por último, la problemática a abordar, también, conlleva un menoscabo político, esto es, el detrimento de la eficiencia económica en perjuicio de los consumidores. En ese sentido, la ausencia del ejercicio del ius puniendi, respecto a los laboratorios farmacéuticos, conlleva a mermar dicho estándar inherente y fundamental para la libre competencia, la protección del interés de los consumidores y, además, objeto de la LRCA. En ese orden, no se puede salvaguardar la eficiencia económica si se permite que determinados agentes participen en

conductas anticompetitivas sin que se les impute algún tipo de responsabilidad administrativa.

3.3.- Análisis del problema jurídico

3.3.1.- El ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración Pública: sobre el acaecimiento de una práctica colusoria vertical

En este punto, corresponde determinar si la presente fijación concertada de precios podría circunscribirse en la categoría de práctica colusoria vertical. Para ello, deberá determinarse la concurrencia de los elementos intrínsecos a dicha conducta anticompetitiva.

Por lo mismo, el primer factor a considerar es la existencia de un acuerdo; el cual, debe haber sido coordinado y ejecutado por agentes económicos. Al respecto, se contaba con aproximadamente 50 correos electrónicos que revelaban coordinaciones entre las cadenas farmacéuticas investigadas, utilizando a sus proveedores comunes como intermediarios y emisores de los mensajes. De esta manera, los laboratorios involucrados enviaban una lista de sus productos y el precio que se debía cobrar por los mismos. Conjuntamente, señalaban que se había realizado coordinaciones con las demás farmacias para que el precio indicado sea homologado por todas las competidoras. En adición, indicaban una fecha y hora límite, a partir de la cual, debía estar vigente el precio indicado.

Asimismo, las cadenas farmacéuticas, utilizando el mismo medio electrónico, confirmaban la recepción, adhesión e implementación de los acuerdos indicados por los laboratorios. De igual forma, las farmacias se solían comunicar con algunos de los proveedores cuando detectaban que alguna cadena incumplía el acuerdo colusorio. Así, cuando alguna de las empresas detectaba que uno de los competidores coludidos no había nivelado los precios de los productos acordados, se quejaba con el representante del laboratorio, indicando la cadena “infractora”, la ubicación del establecimiento y el precio cobrado. Al respecto, en los correos electrónicos se hace referencia a “incumplimientos” en Arequipa, Barranca, Chiclayo, Huancayo, Trujillo, Tumbes, entre otros. De esta forma, se puede acreditar el primer elemento, esto es, la coordinación y ejecución de un acuerdo a nivel nacional.

El segundo punto a considerar, consiste en que el acuerdo implementado debe ser entre agentes económicos independientes y, al mismo tiempo, pertenecientes a un distinto nivel de la cadena de producción, distribución o comercialización. Al respecto, “[...] corresponde agregar que la falta de independencia de los agentes suele eximirlos de incurrir en prácticas colusorias verticales. En efecto, si las empresas que actúan en distinto nivel de la cadena productiva pertenecen al mismo grupo económico no puede sostenerse que una de ellas o ambas restrinjan su libre voluntad empresarial en función del compromiso asumido con la otra, pues la decisión de tales empresas responde siempre a una misma voluntad empresarial” (Quintana 2013: 46).

Por lo mismo, se tiene que mencionar que, en la actualidad, sería factible poner en duda el cumplimiento del presente criterio, ya que la mayoría de cadenas farmacéuticas implicadas pertenecen a un mismo grupo económico; sin embargo, en el periodo 2008-2009 (cuando acaecieron los hechos), no existía tal concentración empresarial. De esta manera, se cumple con la independencia de los agentes económicos implicados.

Por otro lado, la pertenencia a distintos niveles del mercado de medicamentos, también, se ve satisfecho. Así, los laboratorios farmacéuticos están implicados en el ámbito de producción y distribución de los productos implicados. Mientras, las cadenas de farmacias se ven circunscritas al nivel de comercialización de medicamentos y productos afines.

En tercer lugar, corresponde delimitar que la finalidad del acuerdo colusorio consistía en obstruir la libre competencia. De esta manera, Arcángel, Eckerd, Fasa, Mifarma, Nortfarma y algunos de sus proveedores comunes, mediante el intercambio de correos electrónicos entre sus representantes, habrían determinado, de manera coordinada, la elevación de precios de determinados medicamentos y productos afines. Por ende, la finalidad de dicha práctica sería restringir la competencia, dado que las empresas investigadas, se estaban comportando de manera dependiente y coordinada entre sí. Asimismo, el hecho de que, según los correos electrónicos y los comprobantes de pago remitidos a la Secretaría Técnica, los laboratorios y las cadenas de farmacias hayan coordinado para elevar, de manera progresiva y coordinada, los precios de determinados productos, constituye una obstrucción a la libre competencia.

Por otro lado, el cuarto elemento a considerar es que, al menos, uno de los participantes de la fijación concertada de precios, deberá detentar posición de dominio en su respectivo nivel del mercado de medicamentos. Al respecto, para corroborar dicho criterio, se hará remisión al propio contenido de la Resolución: “[...] en el 2009 las cadenas tenían distintas participaciones de mercado, donde Eckerd ostentaba una cuota de 40%, seguida por Arcángel con 15%, Fasa con 14%, BTL con 13%, ByS con 9%, Mifarma con 5%, y finalmente Nortfarma con 4%, aproximadamente, de las ventas realizadas” (fundamento 777).

Asimismo, corresponde considerar “[...] que la participación de mercado es un indicador importante pero no debe tenerse como un elemento que determina la existencia de posición de dominio. [...] Adicionalmente a lo señalado, la participación de la empresa denunciada debe compararse siempre con las participaciones de las otras empresas que se encuentran en el mercado relevante” (Quintana 2013: 23-24). De esta manera, no basta con fijarse en el alto porcentaje de participación en el mercado de medicamentos que detenta Eckerd; también, debe hacerse énfasis en la cuota correspondiente a la participación de los demás agentes económicos que interactúan en dicho mercado. Por lo mismo, considerando ambos factores, es posible determinar que, al momento en que se produjo la conducta anticompetitiva, Eckerd detentaba posición de dominio en el nivel de comercialización del mercado de medicamentos.

Finalmente, el último elemento corresponde a la corroboración de un impacto adverso, generado por la conducta anticompetitiva, en desmedro de la eficiencia económica y del bienestar de los consumidores. Sobre dicho apartado, se debe mencionar que ambos bienes jurídicos han sido objeto de un menoscabo por parte de la presente fijación concertada de precios de venta.

Así, la eficiencia económica se ha visto perjudicada a partir de dos factores: el primero, dado que el precio de los productos afectados ya no es determinado conforme a estándares vinculados a la oferta y la demanda. En ese sentido, los agentes económicos con mayor participación en el mercado afectado decidieron incrementar, de manera coordinada, el precio de los medicamentos. El segundo factor, supone que los agentes económicos,

específicamente, las cadenas farmacéuticas, ya no compiten en función a determinar la mejor oferta para los consumidores. Por el contrario, se han coludido para ofrecer el mismo precio de venta; evitándose que sean las condiciones del mercado las que premien o castiguen su desempeño económico, y perjudicando la libre competencia.

Por otro lado, el bienestar de los consumidores, también, ha sido menoscabado, ya que los mismos no podrá adquirir los medicamentos objetos de concertación al precio que determinaría, en condiciones normales, el libre mercado. En contraste, sus posibilidades se verán limitadas a adquirir el producto con el precio incrementado de las cadenas de farmacias coludidas o incrementar los costos de transacción para encontrar alguna farmacia, distinta a las concertadas, que venda los productos a un menor precio.

A partir de lo anterior, es posible determinar que, en el presente caso, se podría haber imputado la comisión de una práctica colusoria vertical, en la modalidad de fijación concertada de precios de venta al público, teniendo como imputados, tanto a las cadenas de farmacias como a los laboratorios farmacéuticos. Por ende, si era viable el ejercicio del ius puniendi, por parte de la Administración Pública, respecto a los laboratorios, como agentes económicos autores de una práctica colusoria vertical.

Asimismo, en función al principio de causalidad, vigente en cualquier procedimiento administrativo sancionador, debió haberse imputado a los laboratorios farmacéutico dicha conducta anticompetitiva. Al respecto:

Por el principio de causalidad, la sanción debe recaer en el administrado que realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable (Art. 230.8).

Conforme a este principio resultará condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto, esto es, la configuración del hecho previsto en el tipo como sancionable. Hacer responsable y sancionable a un administrado es algo más que simplemente hacer calzar los hechos en los tipos previamente determinados por la ley, sin ninguna valoración adicional (Morón 2005: 30-31).

Por lo mismo, en aplicación del principio de causalidad, correspondía que los laboratorios, al haber efectuado un comportamiento activo que permitió, facilitó y coadyuvó al acaecimiento de una conducta anticompetitiva, fueran pasibles de atribución de responsabilidad administrativa. En adición, su comportamiento es factible de ser circunscrito en los elementos inherentes a una práctica colusoria vertical. Por ello, a partir del principio abordado, correspondía la determinación de responsabilidad en función a dicho tipo de infracción administrativa.

3.3.1.1.- Aplicación de la regla de la razón: ¿es posible determinar algún beneficio de dicha conducta anticompetitiva?

La aplicación de un régimen de prohibición relativa, respecto de una conducta anticompetitiva, implica que dicha práctica, per se, no es perjudicial para la eficiencia económica de un mercado y/o para el bienestar de los consumidores del mismo. En esa línea, la entidad de la Administración Pública que ejerce la potestad sancionadora detenta la carga de probar que dicho comportamiento, en efecto, es lesivo para los bienes jurídicos referidos. Al respecto:

Un enfoque jurídico utilizado por las autoridades o tribunales de la competencia mediante el cual se intenta evaluar los rasgos pro-competitivos de una práctica comercial restrictiva contra sus efectos anticompetitivos, con el objeto de decidir si tal práctica debe prohibirse o no. Probablemente se descubra, después de realizar un análisis, que algunas restricciones del mercado que prima facie dan lugar a asuntos relacionados con la competencia tienen beneficios válidos que aumentan la eficiencia. Por ejemplo, un fabricante puede restringir la oferta de un producto en diferentes mercados geográficos sólo a los minoristas existentes para que puedan obtener mayores utilidades y tener el incentivo de hacer publicidad del producto y prestar mejor servicio a los clientes. Esto puede tener el efecto de aumentar la demanda del producto del fabricante aún más que el incremento en la cantidad demandada a un precio inferior (Khemani y Shapiro 1996: 45).

3.3.1.1.1.- La disminución de los costos de transacción y la afectación del precio de venta de los medicamentos

De esta manera, existen, por lo menos, un ámbito, en abstracto, en el que una fijación concertada de precios de venta de medicamentos, entre los laboratorios (proveedores) y las cadenas de farmacias (comercializadores), podría generar efectos beneficiosos en la eficiencia económica y en el bienestar de los consumidores: la disminución de costos de transacción de los agentes económicos implicados, orientada a una reducción de los precios de venta al público. Así, de manera previa al acaecimiento de la fijación concertada de precios, se tenía un mercado con estándares altamente competitivos, al menos en lo concerniente a la comercialización de medicamentos mediante farmacias: “[...] la competencia entre las cadenas habría generado una reducción considerable de los precios, motivándolas ocasionalmente a vender determinados productos por debajo de su costo de compra a los laboratorios” (Comisión de Defensa de la Libre Competencia 2016: 90).

Evidentemente, dicha coyuntura competitiva resultaba óptima para los consumidores, dado que había una tendencia a la baja, respecto al precio de múltiples medicamentos, ya que las cadenas farmacéuticas competían por ofrecer el precio más bajo a los clientes. Dicho contexto, traía como consecuencia un aumento en los costos de transacción en que incurrían los distintos laboratorios para la venta de sus productos: recibían reiterativamente solicitudes de descuentos, por parte de las cadenas de farmacias; perdían compras, de las comercializadoras, al no compensar las pérdidas en que incurrían las mismas por la venta de sus productos; se les exigía determinados beneficios, en la venta de sus medicamentos, para poder seguir vendiéndolos en el contexto de competencia; etc. Precisamente, en dicho contexto, y (a primera vista) desde una perspectiva ceñida al interés de los agentes económicos que operan en el mercado, una fijación concertada de precios vertical resultaría útil para mitigar los costos de transacción que detentaban, principalmente, los laboratorios.

No obstante, para que dicha práctica colusoria favoreciese la eficiencia económica del mercado de medicamentos y el bienestar de sus consumidores, se requería que estuviese enfocada en la disminución del precio de venta de los productos. Así, la fijación de precios podría haber sido orientada, en corto plazo, a reducir los costos de transacción (evitando el otorgamiento de mayores descuentos, las pérdidas de ventas y las devoluciones de medicamentos). De esta manera, a mediano plazo, dicha reducción de costos debería implicar, de manera análoga, una reducción del precio del producto. Así, los medicamentos

sujetos a fijación de precios, sin considerar variables como el incremento de la demanda, deberían haber sido objeto de una disminución del precio, para que dicha conducta, a priori, anticompetitiva, pudiese configurarse de forma válida.

Por lo anterior, un beneficio fundamental que podría conllevar la fijación concertada, entre proveedores y comercializadores, de precios de venta de medicamentos sería la reducción del precio del producto; a raíz de la disminución en los costos de transacción de los agentes económicos involucrados. En ese sentido, no es admisible sostener que la sola reducción de costos favorezca la eficiencia económica y/o el bienestar de los consumidores. Por el contrario, como ha ocurrido en el presente caso, ello solo representa una ventaja económica para los agentes coludidos. Empero, dichos bienes jurídicos si se ven beneficiados, cuando la reducción de costos de transacción implica, de manera correlativa, una disminución en el precio de los productos objeto de la fijación concertada. Este último aspecto, estuvo ausente en la presente conducta anticompetitiva; en contraste, los precios de los medicamentos se incrementaron en desmedro de los consumidores.

3.3.2.- La posibilidad de imponer medidas correctivas a los laboratorios farmacéuticos

En lo concerniente a la imposición de medidas correctivas, se debe indicar que, conforme a la imputación originalmente realizada por la Secretaría Técnica, se está ante la imposibilidad de atribuir dicho tipo de medida, al menos en lo que respecta a los laboratorios farmacéuticos. En ese sentido, dichos agentes económicos no son parte del procedimiento administrativo sancionador; por lo mismo, no se les ha hecho extensivo ningún tipo de responsabilidad administrativa y, por ende, no es viable que se pretenda que reparen, reviertan o prevengan a futuro una infracción administrativa en la cual no detentan responsabilidad.

Empero, la problemática es alterada, si se sustituye el tipo de conducta anticompetitiva imputada, por el de prácticas colusorias verticales. En dicha situación, teniendo a los laboratorios como agentes económicos imputados y, además, responsables (según lo señalado en líneas precedentes) de dicha práctica, si cabría la posibilidad de imputar medidas correctivas. En este punto, se debe señalar que las mismas se aplicarían en función al artículo 46 de la LRCA. Sin embargo, es menester resaltar un aspecto controversial de dicha norma

jurídica dado por el tenor literal del artículo, consistente en la posibilidad de contar con una lista abierta en lo que a medidas correctivas corresponde.

Al respecto, se debe señalar que dichas medidas, pese a su naturaleza distinta a una sanción, son impuestas a partir de un procedimiento administrativo sancionador. Por ello, para su imposición se requiere que se garanticen los principios inherentes a dicho tipo de procedimiento, entre ellos, el de tipicidad; el cual, se encuentra expresamente previsto por la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N°27444 (en adelante, LPAG).

Artículo 230. Principios 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 previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía.

[...] A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

Asimismo, dicho principio cuenta con un extenso desarrollo por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; sobre el cual se señala:

[el principio de tipicidad] en mérito al cual, la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa. Esta exigencia deriva de dos principios jurídicos específicos; el de libertad y el de seguridad jurídica. Conforme al primero, la[s] conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, mientras que, en relación al segundo, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al “arbitrio” de la administración, sino que ésta sea prudente y razonada (Tribunal Constitucional 2010: fundamento 12).

A partir de lo anterior, el principio de tipicidad constituye una garantía, en cabeza del administrado, que va a coadyuvar a la seguridad jurídica; entendiendo que cualquier obligación o sanción proveniente de un procedimiento administrativo sancionador, debe encontrarse prevista, de manera expresa, en una norma con rango de ley. Así, el administrado debe estar en condiciones de poder predecir, de forma razonable, las consecuencias jurídicas de su comportamiento activo o pasivo. Por lo mismo, conforme al contenido constitucional y legalmente protegido de dicho principio, es exigencia que cualquier medida correctiva que se pretenda imponer, mediante un procedimiento administrativo sancionador, cuente con previsión legal, expresa y previa al acaecimiento de la conducta anticompetitiva.

De esta manera, no es posible interpretar, bajo ningún sentido, que la LRCA atribuye, a cualquier autoridad administrativa, la competencia para imponer medidas correctivas en función a un numerus apertus de posibilidades. Por el contrario, dicha interpretación menoscabaría el principio de tipicidad, inherente al procedimiento administrativo sancionador y a cualquier manifestación del ius puniendi de la Administración Pública, y, por lo mismo, sería inconstitucional.

3.3.2.1.- Imputación exclusiva de medidas correctivas: ¿es necesario un procedimiento administrativo distinto al sancionador?

Considero que la respuesta es negativa. En ese sentido, si bien las medidas correctivas tienen naturaleza distinta a la de una sanción, ello no omite que se imponen como consecuencia de un comportamiento antijurídico. Así, para la imputación de dicha medida, se requiere, a priori, tres elementos: primero, la existencia de un comportamiento que constituya una infracción administrativa; segundo, determinar a, por lo menos, un administrado que detenta responsabilidad por el comportamiento activo u omisivo que constituye el ilícito y; tercero, la posibilidad de que la medida a imponer pueda restablecer el proceso competitivo, prevenir la comisión de conductas anticompetitivas a futuro o revertir los efectos lesivos (directos e inmediatos) de la conducta infractora.

Por lo anterior, existen dos aspectos fundamentales por los que no es factible la creación de un procedimiento administrativo abocado a la exclusiva imposición de medidas correctivas.

La primera razón, está dada por la finalidad inherente a cualquier medida correctiva, esto es, la reparación y/o la prevención a futuro de un ilícito administrativo. En esa línea, se requiere, ex ante, la existencia de un comportamiento lesivo que constituya una infracción administrativa. Así, de no existir una conducta anticompetitiva, se entiende que no hay algo que reparar o prevenir y, por lo mismo, no hay un fundamento para la imposición de una medida correctiva.

Al respecto, para la aplicación de dicho tipo de medida, es indiferente la existencia de un daño si es que el mismo no está precedido por un comportamiento antijurídico. Por ello, es necesario la implementación de un procedimiento administrativo sancionador, ya que, mediante el mismo, se va a determinar, en primer lugar, si se produjo o no una infracción administrativa y, en segundo lugar, la atribución de responsabilidad por la misma. Recién, con posterioridad a ambas consideraciones, será factible determinar qué medida correctiva imponer y a quién atribuir la misma.

Por otro lado, la segunda razón para no desestimar la implementación de un procedimiento administrativo sancionador, consiste en la innecesaria generación de costos que provocaría la regulación de un nuevo tipo de procedimiento para la atribución exclusiva de medidas correctivas. En ese sentido, no se está haciendo referencia a las implicancias meramente económicas que conllevaría hacer uso de la función legislativa, sino, también, a los costos inherentes a la capacitación del personal, la contratación de nuevos servidores y funcionarios públicos, la creación de nuevas entidades u órganos, etc.

Al mismo, los administrados serían perjudicados, ya que pasarían de un procedimiento administrativo sancionador garantista con una regulación, jurisprudencia y precedentes consolidados, en múltiples entidades de la Administración Pública, a un nuevo tipo de procedimiento, cuyas implicancias y alcances serían completamente desconocidos. En adición, la regulación del nuevo tipo de procedimiento, de ser óptima, detentaría una amplísima similitud a la correspondiente a los procedimientos administrativos sancionadores; dado que se pretende atribuir una medida correctiva en función a una infracción administrativa. Por lo mismo, debería contar con garantías y principios análogos a los de un sancionador, plazos de prescripción y caducidad similares (si no, idénticos),

eximentes y atenuantes de responsabilidad análogos, entre otros. Por ello, para evitar dicho gasto innecesario, sería más plausible regular la posibilidad de que un procedimiento administrativo sancionador concluya sin sanción, pero con medidas correctivas.

4.- Conclusiones

A manera de colofón, se debe dar respuesta a la problemática general identificada y, al mismo tiempo, a las dos cuestiones subordinadas, señaladas en el acápite 3.1.

En primer lugar, respecto al problema principal, se debe señalar que, en efecto, era posible atribuir responsabilidad administrativa a cualquiera de los laboratorios farmacéuticos que haya participado en la fijación concertada de precios de venta al público. Para ello, era necesario verificar que el comportamiento de dichos agentes económicos (sea como remitentes de los correos electrónicos y las listas de precios, como “fiscalizador” del cumplimiento del acuerdo colusorio, etc.) se circunscriba en los elementos de alguna conducta anticompetitiva y, evidentemente, haberles imputado la respectiva infracción administrativa.

Lo anterior, implica determinar qué conducta anticompetitiva debió imputarse para hacer extensiva la responsabilidad administrativa a los laboratorios farmacéuticos. De esta manera, y dando respuesta a la primera cuestión subordinada planteada, la Administración Pública podría haber ejercido el ius puniendi a partir de la imputación de una práctica colusoria vertical, respecto a los proveedores de las cadenas de farmacias.

Al respecto, se debe señalar que la presente fijación concertada de precios cumple con todos los elementos inherentes a una práctica colusoria vertical. Así, (i) se trata de un acuerdo que ha sido coordinado y ejecutado, de manera consciente, (ii) entre agentes económicos independientes y pertenecientes a un distinto nivel de la cadena de producción, distribución y comercialización, con la evidente (iii) finalidad de obstruir la libre competencia. Al mismo tiempo, (iv) al menos uno de los participantes detenta posición de dominio (Eckerd Perú S.A.) en su respectivo nivel del mercado afectado y; además, se (v) ha corroborado el impacto adverso de la conducta anticompetitiva en el bienestar de los consumidores.

Por lo mismo, la modalidad identificada por la Secretaría Técnica no presenta mayor objeción, ya que, siempre se trató de una fijación concertada de precios de venta al público, a nivel nacional. No obstante, el tipo de práctica colusoria imputada, esto es, vertical, resulta insuficiente para sancionar a todos los agentes económicos que coadyuvaron al acaecimiento de la presente conducta anticompetitiva. Por ende, para hacer extensiva la responsabilidad de los laboratorios, se debió recurrir a sancionar conforme a la producción de una práctica colusoria vertical.

Finalmente, respecto a la segunda cuestión subordinada, se debe señalar que, de igual forma, era posible la atribución de alguna medida correctiva, respecto a los laboratorios farmacéuticos, si es que, de manera previa, se les había imputado la comisión de la conducta anticompetitiva. Al respecto, es menester indicar que, aún detentando la condición de imputados, en el procedimiento administrativo sancionador, a los laboratorios solo se les podría haber atribuido una medida correctiva tras determinar que la misma es idónea para restablecer, prevenir o revertir los perjuicios generados contra los consumidores y la eficiencia económica del mercado de medicamentos.

Asimismo, para la dación de las medidas correctivas es necesaria la instauración, ex ante, de un procedimiento administrativo sancionador, ya que, mediante el mismo, se va a determinar, en primer lugar, la existencia de una infracción administrativa y, en segundo lugar, a los agentes económicos responsables de la misma. De esta manera, no es posible la conclusión de dicho tipo de procedimiento con la expedición de medidas correctivas, mas no con el dictamen de una sanción administrativa; pues, ello contradice el elemento intrínseco a cualquier procedimiento administrativo sancionador, esto es, el ejercicio del ius puniendi.

Por último, se debe indicar que es innecesaria la implementación de un procedimiento administrativo, diferente al sancionador, para la atribución exclusiva de medidas correctivas, conforme a dos razones. La primera, dado que dicho tipo de procedimiento dota al administrado, presuntamente infractor, de una serie de garantías necesarias y suficientes para que la atribución de responsabilidad administrativa sea conforme a Derecho. La segunda, supone que siempre se va a requerir la delimitación de responsabilidad administrativa, ex

ante, a la disposición de una medida correctiva. Por ende, no se pueden expedir medidas correctivas sin la delimitación de una infracción y la identificación del responsable.

5.- Recomendaciones

En el presente acápite, se hará mención a dos recomendaciones, factibles de implementación a corto y mediano plazo: en primer lugar, la modificación de la LRCA, en lo concerniente a la atribución de medidas correctivas; específicamente, el artículo 46 de dicho cuerpo normativo:

Artículo 46.- Medidas correctivas. -

46.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, las cuales, entre otras, podrán consistir en [...] [el subrayado es mío].

Al respecto, se sugiere la supresión de la expresión “entre otras”, dado que conlleva a entender, de manera errónea, que la atribución de medidas correctivas puede darse sin la necesidad de una previsión normativa expresa, previa al acaecimiento de la conducta anticompetitiva. De esta manera, la LRCA prevé, en la actualidad, la posibilidad de aplicar cinco medidas correctivas, tipificadas, precisamente, en el artículo 46.1. de la norma jurídica. Empero, la adición de “entre otras”, implicaría que dichas medidas no detentan un carácter de *numerus clausus* y que, por el contrario, pueden ser objeto de ampliación por parte del órgano competente para sancionar, lo cual, no es admisible.

Lo anterior, supondría un menoscabo a la seguridad jurídica de los ciudadanos y, además, al principio de tipicidad, inherente a cualquier procedimiento administrativo sancionador. Por lo mismo, pese a que, en la praxis jurídica, no se suelen aplicar medidas correctivas exógenas a las expresamente referidas en la LRCA, es necesaria la supresión señalada, ya que puede conllevar a una tergiversación por parte del administrado; quien es, precisamente, el destinatario de la norma jurídica.

Por otro lado, la segunda recomendación consiste la posibilidad de atribuir la competencia, a la CLC y/o al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, para la aplicación de medidas preventivas a supuestos factibles de devenir en una conducta anticompetitiva o, incluso, a infracciones administrativas que son factibles de subsanación o reversión inmediata. En este punto, se debe indicar que dicho tipo de medidas no representan una novedad para el ordenamiento jurídico peruano, dado que el OEFA, conforme su Reglamento de Supervisión (Resolución de Consejo Directivo N° 006-2019-OEFA/CD), cuenta con la competencia para expedirlas:

Artículo 27.- Alcance

Las medidas preventivas son disposiciones a través de las cuales la Autoridad de Supervisión impone a un administrado una obligación de hacer o no hacer, destinada a evitar un inminente peligro o alto riesgo de producirse un daño grave al ambiente, los recursos naturales y la salud de las personas, así como a mitigar las causas que generan la degradación o daño ambiental.

Cabe señalar que, las medidas preventivas no requieren de la configuración de un procedimiento administrativo previo a su emisión, ya que constituyen una manifestación de la potestad de fiscalización administrativa. Por lo mismo, se constituyen como un mecanismo idóneo y óptimo si lo que se pretende es frenar y/o eliminar una conducta anticompetitiva antes de que genere daños superlativos y de difícil reparación.

No obstante, lo señalado, implicaría una modificación normativa: primero, para otorgar la competencia de dar medidas preventivas, tanto a la CLC como al Tribunal. Segundo, para el diseño e implementación de un procedimiento administrativo, distinto al sancionador, que salvaguarde las debidas garantías del administrado y, al mismo tiempo, sea acorde con la naturaleza célere del mismo.

6.- Referencias bibliográficas

- 6.1.** ARBOLEDA, C.
2020

“Sobre algoritmos y eficiencias: fijación de precios y empresas de redes de transporte”. En: *VNIVERSITAS*. Bogotá D.C., número 69, pp 34-57.
Recuperado de:

<https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/29039>

6.2. CALDERON, A. y AYVAR, R.

2018

“El otro “colaborador”: una mirada comparada sobre los facilitadores de los cárteles en el derecho de la competencia”. En: *Themis – Revista de Derecho*. Lima, número 73, pp. 113-129. Recuperado de:

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/20967/20656>

6.3. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

2015

Decreto Legislativo N°1205. Decreto Legislativo que modifica el Decreto Legislativo N°1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Lima, 23 de setiembre.

2008

Decreto Legislativo N.°1034. Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Lima, 25 de junio.

6.4. CONSTANTINO, C.

2009

“El proceso cautelar en el proceso penal acusatorio mexicano”. En: *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* Puebla, número 24, pp. 254-277. Recuperado de:

<https://www.redalyc.org/pdf/2932/293222968012.pdf>

- 6.5.** DÁVILA, R.
2019
“Mercado y conductas anticompetitivas”. En: *Ius et Praxis, Revista de la Facultad de Derecho*. Lima, número 48, pp. 117-137. Recuperado de:

https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/download/4502/4421/
- 6.6.** FIGARI, H., GÓMEZ, H. y ZÚÑIGA, M.
2004
“Hacia una metodología para una definición del mercado relevante y la determinación de la existencia de posición de dominio”. En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Lima, pp. 153-184. Recuperado de:

<https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/download/144/159/>
- 6.7.** GAGLIUFFI, I.
2011
“La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se o la regla de la razón”. En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Lima, número 12, pp. 140-162.
- 6.8.** KHEMANI, S. y SHAPIRO, D.
1996
Glosario de términos relativos a la Economía de las Organizaciones Industriales y a las Leyes sobre Competencia. Washington, Ed. World Bank.
- 6.9.** MIRANDA, A.
2017
La regla de la razón y la regla per se en el derecho colombiano. Bogotá: Centro de Estudio de Derecho de la Competencia. Recuperado de:

https://centrocedec.files.wordpress.com/2018/02/regla-per-se-y-regla-de-la-razocc81n_2017.pdf

6.10. MORÓN, J.

2010

“Los actos-medidas (medidas correctivas, provisionales y de seguridad) y la potestad sancionadora de la Administración”. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, número 9, pp. 135-157. Recuperado de:

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13710/14334>

2005

“Los principios delimitadores de la potestad sancionador de la Administración Pública en la ley peruana”. En: *Advocatus*. Lima, número 13, pp. 201-238. Recuperado de:

https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2271_los_principios_de_la_potestad_sancionadora_de_la_administracion_en_la_ley_peruana.pdf

6.11. NEYRA, C

2018

“Las condiciones eximentes de responsabilidad administrativa en el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General y su incidencia en la legislación ambiental”. En: *Derecho PUCP*. Lima, número 80, pp. 333-360. Recuperado de:

<http://www.scielo.org.pe/pdf/derecho/n80/a09n80.pdf>

6.12. ORGANISMO DE EVALUACIÓN Y FISCALIZACIÓN AMBIENTAL

2013

Lineamientos para la aplicación de medidas correctivas a que se refiere el literal d) del numeral 22.2 del artículo 22° de la Ley N°29325 – Ley del Sistema Nacional de Evaluación y Fiscalización Ambiental. Lima.

Recuperado de:

<http://www.oefa.gob.pe/wp-content/uploads/2013/02/lineamientos.pdf>

6.13. QUINTANA, E.

2013

Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Recuperado de:

https://repositorio.indecopi.gob.pe/bitstream/handle/11724/5564/libre_compencia.pdf?sequence=1&isAllowed=y

6.14. RUIZ, G.

2000

“Definición de mercado relevante y políticas de competencia”. En: *Themis*. Lima, número 41, pp. 297-310. Recuperado de:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109662.pdf>

6.15. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

2020

STC 0003-2015-PI/TC y 0012-2015-PI/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional. Lima, 12 de mayo. Recuperado de:

https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00012-2015-AI.pdf?fbclid=IwAR3y_FJEkfOg_MoE7tPXhX2cbklBnhlYtEKkt8VhhhpB8Lw4QISdGxBicJA

2010

STC 00197-2010-PA/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional. Lima, 24 de agosto. Recuperado de:

<https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00197-2010-AA.html>

STC 01873-2009-PA/TC. Sentencia del Tribunal Constitucional. Lima, 3 de setiembre. Recuperado de:

<https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:0d9ZTvcyS0AJ:https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01873-2009-AA.html+&cd=1&hl=es-419&ct=clnk&gl=pe>

