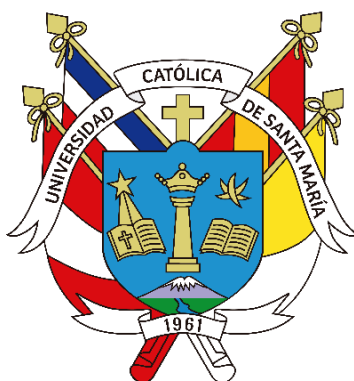


**Universidad Católica de Santa María**  
**Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**  
**Escuela Profesional de Derecho**



**El abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano y  
su repercusión negativa en el derecho fundamental a la salud**

Tesis presentada por la Bachiller:

**Chacon Mejia, Frida Liliana**

**ORCID: 0009-0009-5437-3762**

para optar el Título Profesional de Abogada

Asesor (a):

**Dr. Fernández Paredes, Pedro Adolfo**

**ORCID: 0000-0002-1071-925X**

Arequipa - Perú

2025

UCSM-ERP

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

**DERECHO**

**TITULACIÓN CON TESIS**

**DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR**

Arequipa, 13 de Agosto del 2024

**Dictamen: 010053-C-EPDD-2024**

Visto el borrador del expediente 010053, presentado por:

**2015202112 - CHACON MEJIA FRIDA LILIANA**

Titulado:

**EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO FARMACÉUTICO PERUANO Y SU  
REPERCUSIÓN NEGATIVA EN EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD**

Nuestro dictamen es:

**APROBADO**

Título Profesional/Título de Segunda Especialidad/Grado Académico a optar:

**ABOGADO**

**46193554 - PARADA GONZALES JOSE LUIS  
DICTAMINADOR**



**71238129 - GONZALES ORTEGA BERLY  
DICTAMINADOR**



# El abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano y su repercusión negativa en el derecho fundamental a la salud

## INFORME DE ORIGINALIDAD

18%

INDICE DE SIMILITUD

16%

FUENTES DE INTERNET

10%

PUBLICACIONES

5%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

## FUENTES PRIMARIAS

1	<a href="http://www.coursehero.com">www.coursehero.com</a> Fuente de Internet	1%
2	<a href="http://repositorio.ucsm.edu.pe">repositorio.ucsm.edu.pe</a> Fuente de Internet	1%
3	<a href="http://www.indecopi.gob.pe">www.indecopi.gob.pe</a> Fuente de Internet	1%
4	<a href="http://cdn.www.gob.pe">cdn.www.gob.pe</a> Fuente de Internet	<1%
5	Submitted to Pontificia Universidad Católica del Perú Trabajo del estudiante	<1%
6	<a href="http://cybertesis.unmsm.edu.pe">cybertesis.unmsm.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1%
7	<a href="http://hdl.handle.net">hdl.handle.net</a> Fuente de Internet	<1%
8	<a href="http://revistas.pucp.edu.pe">revistas.pucp.edu.pe</a> Fuente de Internet	<1%

*Dedicatoria*

*A mis amados padres, Reyna y Ruperto, este logro materializa sus sueños depositados en mí, estaré infinitamente agradecida por su esfuerzo y haberme dado todo y un poco más de cuanto estuvo a su alcance, este triunfo les pertenece.*

*A José Luis, mi hermano menor, para quien deseo ser un ejemplo a seguir, pero a su vez anhelo pueda superar.*



### *Agradecimientos*

*A Dios, por su inagotable amor y dirección en mi carrera profesional y en el curso del presente, sustentando mi confianza de ver materializada esta etapa.*

*Al Dr. Pedro Fernández por su inteligencia y lucidez en la revisión de la presente para alcanzar la anhelada culminación del trabajo de investigación, guardo en mi memoria sus palabras de aliento y bendición.*



*Epígrafe*

“Donde hay poca justicia es un peligro tener la razón”

*Francisco de Quevedo*



## RESUMEN

El Abuso de Posición de Dominio en el Mercado Farmacéutico Peruano aborda la problemática de las prácticas monopolísticas en la industria farmacéutica peruana y su impacto en el acceso a medicamentos y el derecho fundamental a la salud de la población. En primer lugar, se examina el concepto de posición de dominio en el contexto de la competencia económica, destacando cómo las empresas pueden abusar de su poder para restringir la competencia y aumentar los precios de los medicamentos. Asimismo, la realidad específica del mercado farmacéutico peruano, identificando prácticas abusivas como el establecimiento de precios excesivos, la discriminación de precios y el uso de estrategias anticompetitivas para limitar la entrada de medicamentos genéricos y de menor costo. El marco legal previene y sanciona el abuso de posición de dominio en el sector farmacéutico. Asimismo, la regulación y el fomento de la competencia en el mercado farmacéutico, con el fin de garantizar un acceso equitativo a medicamentos a precios razonables y proteger el derecho fundamental a la salud de todos los ciudadanos peruanos. La importancia de abordar esta problemática garantiza un sistema de salud más justo y accesible, en línea con los principios fundamentales de equidad y bienestar social. En síntesis, la tesis resalta la urgencia de tomar medidas para combatir el abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano y proteger así el derecho de la población a la salud.

**Palabras clave:** Dominio, monopolio, mercado, abuso y competencia

## ABSTRACT

Abuse of Dominant Position in the Peruvian Pharmaceutical Market addresses the issue of monopolistic practices in the Peruvian pharmaceutical industry and their impact on access to medicines and the population's fundamental right to health. First, it examines the concept of dominance in the context of economic competition, highlighting how companies can abuse their power to restrict competition and increase drug prices. Also, the specific reality of the Peruvian pharmaceutical market, identifying abusive practices such as excessive pricing, price discrimination and the use of anti-competitive strategies to limit the entry of generic and lower-cost drugs. The legal framework prevents and punishes the abuse of dominant position in the pharmaceutical sector. Likewise, the regulation and promotion of competition in the pharmaceutical market, in order to guarantee equitable access to medicines at reasonable prices and protect the fundamental right to health of all Peruvian citizens. The importance of addressing this issue ensures a fairer and more accessible health system, in line with the fundamental principles of equity and social welfare. In summary, the thesis highlights the urgency of taking measures to combat the abuse of dominance in the Peruvian pharmaceutical market and thus protect the population's right to health.

**Keywords:** Dominance, monopoly, market, abuse and competition.

## ÍNDICE

DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTOS	
EPIGRAFE	
RESUMEN	
ABSTRACT	
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	7
1.1. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	8
1.1.1. Interrogantes del problema	9
1.1.1.1. Interrogante general	9
1.1.1.2. Interrogantes específicas	9
1.2. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA	9
1.3. HIPÓTESIS	10
1.4. OBJETIVOS	10
1.4.1. Objetivo general	10
1.4.2. Objetivos específicos	10
1.6. ANÁLISIS DE ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS	11
CAPÍTULO II: MARCO TEORICO	13
2.1. ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y LA LIBRE COMPETENCIA	14
2.1.1. Conceptos Básicos	14
2.1.1.1. La economía social de mercado	14
2.1.1.2. Historia de la economía social de mercado	16
2.1.2. Elementos de la economía social de mercado	17
2.1.2.1. Estado subsidiario	17
2.1.2.2. Libre Competencia	18
2.1.2.3. Iniciativa privada	20
2.1.2.4. Justicia social	21
2.1.2.5. Estado de bienestar	22
2.1.3. La economía social de mercado y su relación con el bienestar social	23
2.1.4. Relación entre la economía social de mercado y los Derechos Humanos	24
2.1.5. La economía y su repercusión en el logro de una sociedad respetuosa de los	

derechos fundamentales de las personas .....	25
2.1.5.1. La competencia y su repercusión en el bienestar de las personas.....	26
2.1.5.2. Tipos de competencia.....	27
2.1.5.2.1. Competencia perfecta.....	27
2.1.5.2.2. Competencia imperfecta .....	28
2.1.5.2.2.1. Oligopolio .....	28
2.1.5.2.2.2. Monopolio.....	29
2.1.6. La posición de dominio y el abuso de posición de dominio .....	29
2.2. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO: NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA RELEVANTE .....	33
2.2.1. Normativa interna .....	33
2.2.1.1. La Constitución peruana .....	33
2.2.2. Tratados internacionales .....	36
2.2.3. Jurisprudencia nacional.....	49
2.2.3.1. Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPI.....	49
2.2.3.1.1. Antecedentes .....	49
2.2.3.1.2. Problemática .....	51
2.2.3.1.3. Resolución.....	53
2.2.3.2. Resolución 13348-2010/SC1-INDECOPI.....	54
2.2.3.2.1. Antecedentes .....	54
2.2.3.2.2. Problemática .....	54
2.2.3.2.3. Resolución.....	55
2.2.3.3. Resolución 0497-2015/SDC-INDECOPI.....	56
2.2.3.3.1. Antecedentes .....	56
2.2.3.3.2. Problemática .....	57
2.2.3.3.3. Resolución.....	57
2.2.4. Jurisprudencia internacional .....	58
2.2.4.1. Resolución del Expediente S/0027/19 Inhaladores Astrazeneca.....	58
2.2.4.1.1. Antecedentes .....	58
2.2.4.1.2. Problemática .....	59
2.2.4.1.3. Resolución.....	60
2.2.4.2. Resolución del Expediente 418/2000 Glaxo 2 .....	61
2.2.4.2.1. Antecedentes .....	61
2.2.4.2.2. Problemática .....	61

2.2.4.2.3. Resolución.....	63
2.2.4.3. Resolución S/0028/20 Leadiant .....	63
2.2.4.3.1. Antecedentes .....	63
2.2.4.3.2. Problemática .....	66
2.2.4.3.3. Resolución.....	68
2.2.4.4. Resolución S/0026/19 Merck Sharp Dohme SA.....	69
2.2.4.4.1. Antecedentes .....	69
2.2.4.4.2. Problemática .....	71
2.2.4.4.3. Resolución.....	73
2.2.4.5. Resolución Expediente S/DC/0601/16.....	74
2.2.4.5.1. Antecedentes .....	74
2.2.4.5.2. Problemática .....	75
2.2.4.5.3. Resolución.....	76
2.2.4.6. Resolución 551/02, Farmacéuticos Formulistas.....	76
2.2.4.6.1. Antecedentes .....	76
2.2.4.6.2. Problemática .....	77
2.2.4.6.3. Resolución.....	78
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA.....	79
3.1. METODOLOGIA .....	80
3.1.1. Enfoque de la investigación .....	80
3.1.2. Tipo de investigación .....	80
3.1.3. Diseño de investigación.....	80
3.1.4. Método de análisis de datos.....	81
3.1.5. Técnicas.....	81
3.1.6. Instrumentos .....	82
3.1.7. Métodos de recolección de datos.....	82
3.2. ESTRATEGIAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS .....	83
3.2.1. Organización .....	83
CAPÍTULO IV: RESULTADOS .....	86
4.1. Respecto a la Interrogante General .....	91
4.2. Respecto a las Interrogantes Específicas.....	94
4.2.1. ¿Es posible afirmar la vigencia del derecho fundamental a la salud, cuando el mercado que proporciona las medicinas a los ciudadanos se encuentra en una situación cuasi monopólica?.....	94

4.2.2. ¿Qué factores legales son los que están propiciando la configuración de la figura del abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano?.....	97
4.2.3. ¿Cómo puede solucionarse la distorsión en la competencia que producen el abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano y sus consecuencias negativas? .....	102
CONCLUSIONES .....	107
RECOMENDACIONES .....	109
REFERENCIAS.....	110
ANEXO .....	123



## INTRODUCCIÓN

Esta investigación examina un tema sumamente relevante para el bienestar de la sociedad, dado que entre los derechos fundamentales más importantes encontramos el derecho a la integridad física, el mismo que puede definirse como el derecho que tienen todas las personas al respeto del bienestar de su cuerpo, este derecho representa una obligación para los terceros y para el Estado, para los primeros, se deduce el deber de no dañar físicamente a la persona, y para el Estado, se prescribe la obligación de propiciar un ambiente en donde la integridad física de la persona se encuentre resguardada y en caso que esta fuera afectada, el Estado debe necesariamente reivindicar a la persona.

Además, el concepto de integridad no solo concierne al ámbito físico de la persona, sino que se hace extensivo a su bienestar mental, entendido este como el correcto desarrollo de la psique humana. En suma, estos derechos son los que conforman el concepto de salud, y como la Constitución los ha reconocido en su artículo 2 inciso 1, se entiende que los mismos tienen el rango de fundamentales. El hecho de que estos derechos hayan sido calificados con el estatus de fundamentales dentro del sistema jurídico, nos indica su trascendencia para la sociedad, en tanto, que los derechos fundamentales tienen las características de ser inalienables e inherentes, en este sentido, se afirma que los mismos pueden limitarse, pero existe un contenido esencial de los mismos que no está sujeto a limitaciones.

Además, se entiende que los derechos fundamentales, por la calidad de inherentes, son derechos preexistentes, es decir que el Estado no crea estos derechos, sino que su labor es solamente de reconocimiento, asimismo, estos derechos son inseparables del concepto de persona y resultan ser los fundamentos del sistema jurídico y los criterios para afirmar su legitimidad, por ello, aquel Estado o sistema jurídico que desconozca a los derechos fundamentales, no podría calificarse de legítimo. Respecto de la limitación, los derechos fundamentales pueden limitarse cuando colisionan con otros derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho a la libertad puede verse limitado si el ejercicio de este supone una vulneración a la dignidad humana o a la vida; en el caso que nos compete, evaluaremos la ponderación entre el derecho a la libertad económica y el derecho a la salud, en tanto que las leyes de libre mercado pueden afectar muchas veces a la integridad física y mental.

Dentro de las libertades individuales, encontramos a las denominadas como “libertades económicas”, las cuales se refieren a los derechos y oportunidades que tienen los

individuos y las empresas en una sociedad para llevar a cabo sus actividades económicas de manera libre, sin que el gobierno u otras instituciones interfieran demasiado. En las teorías económicas de libre mercado, estas libertades son esenciales para el funcionamiento eficiente de la economía.

Se cree que estas libertades económicas son esenciales para impulsar la innovación, el crecimiento económico y el bienestar general de una sociedad. Sin embargo, también suelen ir acompañadas de la necesidad de regulaciones gubernamentales para proteger a las personas y prevenir abusos como prácticas monopolísticas, fraude o daños ambientales. Un tema central en la economía y la política es el equilibrio entre la libertad económica y la regulación; esto varía según la filosofía económica y las circunstancias de cada nación.

Como afirmábamos, dentro de estas libertades, se encuentra la libertad de empresa, la cual se define como el derecho fundamental que tienen las personas y las organizaciones para iniciar, operar y administrar negocios y empresas de manera privada y autónoma, sin interferencias indebidas por parte del gobierno u otras autoridades. En otras palabras, significa que, dentro de los límites legales establecidos por la sociedad, las personas tienen la libertad de emprender actividades comerciales, establecer empresas y tomar decisiones relacionadas con la dirección y gestión de sus negocios de acuerdo con sus propios intereses y objetivos.

En función de las oportunidades y demandas del mercado, esta libertad permite a las personas y empresas tomar decisiones sobre qué productos o servicios producir, cómo producirlos, a qué precios venderlos y cómo gestionar sus recursos y empleados. Sin embargo, esta libertad no es absoluta y suele estar limitada por regulaciones y leyes que protegen el interés público, impiden prácticas comerciales desleales y protegen los derechos y la seguridad de los consumidores y trabajadores.

Las economías de mercado y los sistemas económicos basados en la propiedad privada y la iniciativa individual requieren la libertad de empresa. Se considera una parte importante de la libertad económica y está estrechamente relacionada con otros principios, como la propiedad privada, la competencia y la libertad de contratación. Es por ello, que esta libertad se encuentra vinculada con la libre competencia, que es el otro factor importante de la presente investigación.

La Constitución en su artículo 61, afirma que el Estado tiene entre sus funciones vigilar

que en el mercado exista libre competencia, este concepto se puede definir como la situación en la que las empresas compiten en un mercado sin restricciones significativas impuestas por el gobierno u otros actores que les impiden entrar, operar y competir en igualdad de condiciones. En un sistema de libre competencia, las empresas pueden tomar sus propias decisiones comerciales, incluida la fijación de precios, la producción de bienes o servicios y la búsqueda de clientes, sin que nadie interfiera o distorsione el mercado.

La idea de que ningún actor en el mercado debe ejercer una influencia considerable sobre los precios o las condiciones comerciales es un principio clave de la libre competencia. Esto implica que ninguna empresa debe poseer un monopolio ni un dominio de mercado desmesurado que les permita manipular los precios a su conveniencia. En su lugar, la competencia debe ser equitativa y accesible, de modo que todas las compañías, sin importar su tamaño o recursos, tengan la oportunidad de competir y prosperar en el mercado. La libre competencia potencia la eficiencia económica, impulsando la innovación, la reducción de costos y la mejora en la calidad de los bienes y servicios. Las empresas suelen esforzarse por ser más eficientes y ofrecer productos o servicios de mayor calidad para atraer a los consumidores cuando compiten en igualdad de condiciones. Esto resulta beneficioso para los consumidores, ya que les proporciona una diversidad de opciones y precios competitivos.

Muchas jurisdicciones han establecido leyes y regulaciones antimonopolio y de competencia desleal para garantizar la libre competencia. Estas leyes están destinadas a prevenir acciones comerciales anticompetitivas, como la concertación entre empresas para establecer precios, el uso indebido de una posición dominante en el mercado o la discriminación injusta contra competidores más pequeños. Es por ello por lo que, la competencia representa un principio básico en el funcionamiento de la economía de mercado, que busca garantizar que los mercados sean abiertos, justos y eficientes al permitir que las empresas compitan sin restricciones indebidas y así promover el bienestar económico general. Estas características son cruciales para impulsar la innovación, la preferencia del consumidor y el crecimiento económico sostenible.

Dentro de las formas en que puede distorsionarse la competencia, se encuentra el uso indebido de posición dominante, esta figura se presta a confusiones sobre su contenido, dado que, algunos afirman que para prevenirse que suceda el abuso debe de prohibirse la

existencia de la posición de dominio, tendiendo a crear un estado ideal en el mercado, en donde todos los actores tengan el mismo poder económico y por tanto, se encuentren en una situación de codependencia, en la que ninguno pueda alterar los precios o la calidad del producto autónomamente.

No obstante, dado el modelo de mercado, en donde se afirma que se premia la innovación y el crecimiento económico, al que se le concibe como origen del bienestar social, sería inadecuado prohibir la posición de dominio, ya que la misma es la consecuencia de la pericia empresarial, de la alta calidad de los productos y servicios y de la innovación de la empresa, es decir es una consecuencia natural de la competencia. El hecho de que uno de los actores debido a su buena gestión empresarial destaque entre los demás, granjeándose así una posición de dominio legal dentro del mercado, si la misma fuera prohibida por la ley, entonces se sustraería la finalidad a la competencia, la cual se refiere a adquirir una posición preponderante dentro de los actores económicos, por tanto, la motivación para innovar y brindar mejores productos se vería afectada.

En consecuencia, ya en esta parte introductoria debemos de dejar en claro, que lo que se sanciona en el derecho de protección a la competencia, no es el logro legal de una posición de dominio, debido al éxito en la competencia comercial, sino, que se castiga el uso abusivo de la misma, el que se computa cuando la empresa que ha logrado la posición dominante, usando su poder económico intenta distorsionar la competencia, sea mediante la absorción de las empresas competidoras con el objetivo de eliminar la pluralidad de actores en el mercado, es decir crear las condiciones para el surgimiento de un monopolio, o mediante la imposición de obstrucciones, que limiten el ingreso al mercado, acto que es parte de las libertades económicas.

El abuso de posición de dominio, tiene importantes consecuencias, que va más allá de la distorsión de la competencia, puesto que, si la empresa tiene éxito en la absorción de empresas y en la restricción del ingreso de nuevos actores, podrá constituirse como el único actor con suficiente poder para poder incidir en los precios y además, puede constituirse como el único ofertante de ciertos productos, al ser el único ofertante, el consumidor no tendrá otra opción que comprarle, a pesar de que el precio sea excesivamente alto o el producto de mala calidad, puesto que no existiría otro producto que pueda satisfacer la necesidad del consumidor.

El presente trabajo de investigación se centra en analizar un caso donde el

aprovechamiento abusivo de una posición dominante perjudica el derecho a la salud, ya que, actualmente en el Perú son solo dos empresas farmacéuticas las que dominan el mercado: Inkafarma y Mifarma, siendo residual la competencia que se limita a pequeñas boticas, las cuales no representan una verdadera competencia para estas grandes empresas farmacéuticas; en esta situación de oligopolio, el cual se caracteriza por ser una forma de mercado en la que la mayoría de las participaciones en el mercado de un bien o servicio son controladas por un limitado número de empresas, habitualmente unas pocas. Estas empresas suelen ser grandes y tienen el poder de afectar significativamente los precios y la oferta en el mercado.

La interconexión de las empresas competidoras, lo que supone que las decisiones de una empresa repercuten directamente en las estrategias y acciones de las otras, es lo que distingue el oligopolio. Esto con frecuencia produce una competencia imperfecta y el uso de estrategias complejas, como fijación de precios o diferenciación del producto, para mantener su posición en el mercado y maximizar sus beneficios; en esta situación, los derechos de los ciudadanos se ven afectados debido a la imposibilidad de controlar el actuar de estas empresas.

La evidencia histórica de que el oligopolio farmacéutico en el Perú, puede afectar seriamente el derecho a la integridad física de los ciudadanos y por consiguiente a su salud, lo encontramos en los hechos acaecidos con motivos de la pandemia producida por la COVID-19, enfermedad que ataca seriamente al aparato respiratorio de las personas, y dado que se trataba de un virus sin antecedentes en la historia de la medicina humana, el mismo no tenía una cura, ni tratamientos de conocida efectividad, sin embargo, se prescribió a la ciudadanía el uso de mascarillas, para evitar el contagio dentro de lugares públicos o en el transporte público.

En estas circunstancias, las empresas farmacéuticas subieron el precio de las mascarillas; aun cuando el aumento de la demanda justifique el alza del precio en el mercado, debemos de recalcar que en ese momento la mascarilla era un bien indispensable para la sobrevivencia humana, tal como lo es el agua o el alimento, en ese sentido, al alzar el precio de las mascarillas la empresa farmacéutica estaba privando de un bien esencial a un gran número de la población, que no tenía el poder adquisitivo para afrontar los nuevos precios.

Esta situación fue posible debido a la posición de dominio que las empresas farmacéuticas

mencionadas detentan, debido a esta prerrogativa pudieron cambiar los precios de los productos, sin preocuparse que esto afectará negativamente a sus ventas, por lo tanto, la población se veía expuesta ante la situación de aceptar el precio o poner en riesgo su vida. Una situación como la antes descrita no debería de producirse en un Estado donde la persona es la finalidad primordial, ni mucho menos en una economía social de mercado, en donde los objetivos de mercado deben conciliarse con la dignidad humana, resultando un estado de bienestar para todos los ciudadanos que componen la sociedad.





**CAPÍTULO I:  
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

### 1.1. Descripción del problema:

El mercado farmacéutico tiene una vinculación directa con el derecho fundamental a la salud, consagrado en el numeral 1 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, ya que es el encargado de proporcionar las medicinas mediante las cuales se alivian y sanan enfermedades, asimismo, son los encargados de la oferta de otros productos que dadas las circunstancias actuales se han hecho indispensables como las mascarillas de uso quirúrgico. En este sentido, el mercado farmacéutico es un elemento esencial para la materialización del derecho a la salud.

Asimismo, una condición del correcto funcionamiento de este mercado es el respeto por la libre competencia, ya que un mercado sin competencia propicia el abuso en las relaciones de consumo, al verse el consumidor obligado a soportar las condiciones impuestas por el proveedor, al no existir otro proveedor al cual comprarle. Una de estas distorsiones que se producen en el mercado es el abuso de posición de dominio, figura en la que uno o un grupo de empresas alcanzan una posición dominante en el mercado, lo cual no es negativo ya que el capitalismo precisamente propicia y premia la innovación y el crecimiento económico, no obstante, esta posición es usada de forma abusiva para distorsionar la competencia, impidiendo el ingreso de otros actores al mercado o absorbiendo a las empresas ya existentes (sin pluralidad de actores económicos no hay competencia, sino monopolio u oligopolio) y propiciando actos que vulneran los derechos de los consumidores, como el control de precios y de calidad del producto o servicio.

En el caso del mercado farmacéutico, esta situación es sumamente delicada dada su vinculación con el derecho a la salud y vida de los ciudadanos, la configuración de una posición de dominio abusiva puede obstaculizar la eficacia igualitaria de este derecho. En el caso peruano, son dos las farmacéuticas que detentan el 85% de la oferta en el mercado de medicamentos: Inkafarma y Mifarma, las cuales están en la capacidad de imponer condiciones cuasi monopólicas a los consumidores, porque además tienen exclusividad en la venta de algunos medicamentos. Nuestra investigación se remitirá al análisis de la figura de abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano, y se orientará a responder a la siguiente pregunta: ¿Qué repercusiones tiene el abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano, para el derecho fundamental a la salud?

### 1.1.1. Interrogantes del problema

#### 1.1.1.1. Interrogante general:

¿Qué repercusiones tiene el abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano, para el derecho fundamental a la salud?

#### 1.1.1.2. Interrogantes específicas:

¿Es posible afirmar la vigencia del derecho fundamental a la salud, cuando el mercado que proporciona las medicinas a los ciudadanos se encuentra en una situación cuasi monopólica?

¿Qué factores legales son los que están propiciando la configuración de la figura del abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano?

¿Cómo puede solucionarse la distorsión en la competencia que producen el abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano y sus consecuencias negativas?

### 1.2. JUSTIFICACIÓN DEL PROBLEMA:

Nuestro problema es relevante puesto que concierne al análisis de la idónea materialización del derecho fundamental a la salud, el cual es uno de los elementos del derecho a la vida, sobre el que se sustenta toda la sociedad y el Estado, al ser su fin supremo la promoción de la persona humana y de una existencia en condiciones dignas. Para desbrozar la relevancia de nuestro problema, dividiremos su importancia en los siguientes aspectos:

**Relevancia jurídica:** los derechos fundamentales han sido concebidos como la base del Estado, de la sociedad y de su sistema jurídico, la desnaturalización o pérdida de vigencia de los mencionados derechos, supondría la pérdida de la razón de ser del Estado; por tanto, toda investigación que coadyuve a la labor de optimizar y esclarecer, el contenido de los derechos fundamentales y su vinculación con la realidad nacional, es importante y contiene relevancia suficiente para ameritar una investigación en la modalidad de tesis.

**Relevancia académica:** nuestra investigación aporta a las ramas de la dogmática constitucional, la cual se encarga de desarrollar el contenido de los derechos fundamentales y de esclarecer cómo se debe de aplicar su contenido a la realidad nacional. Asimismo, aportamos nuevas perspectivas a la rama del análisis económico del derecho, vinculando las distorsiones producidas en el libre mercado con la vigencia de los derechos

fundamentales, evidenciando como la realidad social no funciona de forma atomizada, sino sistemáticamente. En consecuencia, nuestro aporte teórico muestra la relevancia para la academia de la presente investigación.

**Relevancia social:** la relevancia social de nuestra investigación se evidencia por la importancia que la vigencia del derecho a la salud tiene en la sociedad, una existencia digna difícilmente podrá conseguirse, sin una adecuada política pública en donde los poderes económicos se pongan al servicio de la dignidad de la persona. Nuestra investigación es importante, dado que, pretende brindar un marco teórico desde el cual poder conciliar los intereses económicos con los intereses sociales.

### 1.3. HIPÓTESIS

#### Dado que:

El abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano permite el control de los precios y el acceso a los productos necesarios para cautelar la salud de los ciudadanos, **ES PROBABLE QUE**, esté repercutiendo de forma negativa, impidiendo la efectiva materialización del derecho fundamental a la salud, consagrado en la Constitución Política del Perú, en su artículo 2.

### 1.4. OBJETIVOS

#### 1.4.1. Objetivo general:

Determinar, las repercusiones que tiene el abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico, para el derecho fundamental a la salud.

#### 1.4.2. Objetivos específicos:

Precisar, si es posible la vigencia del derecho fundamental a la salud, cuando el mercado que proporciona las medicinas a los ciudadanos se encuentra en una situación cuasi monopólica.

Establecer, los factores legales que están propiciando la configuración de la figura del abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano

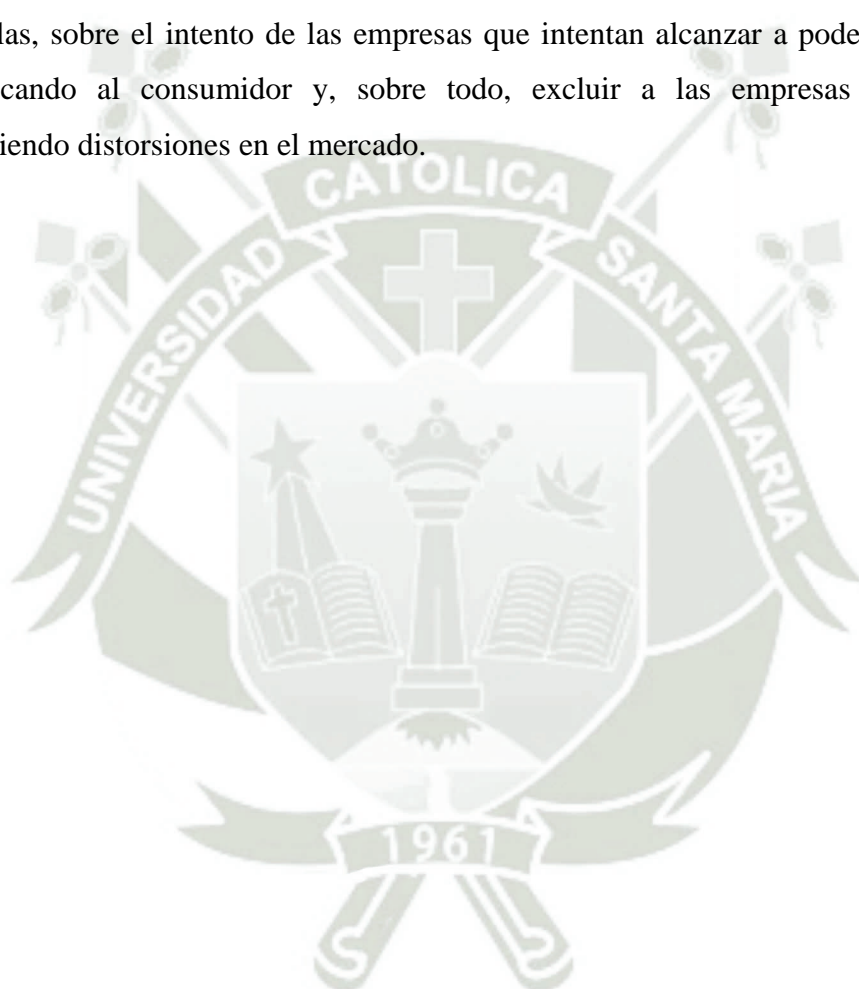
Determinar, la solución para la distorsión en la competencia que producen el abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano y sus consecuencias negativas.

### 1.5. Análisis de Antecedentes Investigativos

**A. Título:** Análisis crítico de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio. **Autor:** Buleje Díaz, Crosby Augusto. **Año:** 2017. **Universidad:** Pontificia Universidad Católica del Perú. **Enfoque Principal:** La primera sección del presente trabajo presenta un desarrollo de la regulación de las conductas de abuso de posición de dominio en el Perú. Para ello, en primer lugar, es necesario desarrollar cuáles son sus fundamentos pues toda política económica, como es el caso de dicha regulación, se sustenta en una teoría económica. Repasando los primeros trabajos sobre el particular, damos con que esta teoría se sustenta en dos modelos de mercado en equilibrio, los cuales se estudian a partir del paradigma Estructura – Conducta – Desempeño: el modelo de competencia perfecta y el modelo de monopolio.

**B. Título:** El tratamiento del abuso de posición de dominio a nivel de integraciones regionales: de la Comunidad Andina y la Unión Europea hacia la Alianza del Pacífico (2000-2012). **Autor:** Peralta Francis, Saulo Yenski **Año:** 2016. **Universidad:** Pontificia Universidad Católica del Perú. **Enfoque principal:** El fin de la Segunda Guerra Mundial dio paso al desarrollo de Integraciones Regionales a nivel Global, cuya complejidad varía según el nivel de fusión entre economías muy heterogéneas. Con sus venturas y desventuras, parece inexorable que los países busquen pertenecer a un bloque de Integración Económica. Este fenómeno impulsa la generación de mercados ampliados, que rebasan sus fronteras geográficas domésticas, alterando sus sistemas de equilibrio, por el ingreso de nuevos agentes económicos en expansión, llevando el tema del Abuso de Posición de Dominio del plano doméstico al Regional. El presente estudio comparado se circunscribe, a las experiencias de integración en Europa y América, revisando simultáneamente, la expansión del Abuso de Posición de Dominio. Partimos con la experiencia de la Unión Europea, que ha desarrollado, la prohibición y sanción de esta conducta, que afecta el comercio intrarregional. El escenario lo estructuramos en base al clásico Derecho de la Competencia Norteamericano, estudiado en la economía como Competencia Imperfecta, siendo un vértice a la casi inevitable concentración de poder económico. En América, específicamente, en la Comunidad Andina, se han realizado esfuerzos, contra los Estados miembros que han alterado las condiciones del mercado, sin embargo, podemos rescatar que ha evolucionado, con una proyección alentadora. Otro punto que complementa el planteamiento desarrollado es la existencia de una relación estrecha entre la competencia y las políticas de comercio internacional. Es así que, del

enorme crecimiento de los acuerdos comerciales, se ha desarrollado un escenario complejo, vinculado a las disparidades y superposición en las regulaciones de dichos acuerdos. La novísima Alianza del Pacífico es un sistema en construcción, para su estudio se ha agregado las experiencias de Chile y México, ambos con un sistema de protección de la competencia eficiente, impulsado principalmente por los procesos de integración de estos Estados, haciéndolos más competitivos. Por último, destacamos a la escuela norteamericana, revisando la intervención del Estado en el mercado, tratando de corregir sus fallas, sobre el intento de las empresas que intentan alcanzar a poder monopólico, perjudicando al consumidor y, sobre todo, excluir a las empresas competidoras produciendo distorsiones en el mercado.





## **2.1. ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y LA LIBRE COMPETENCIA**

### **2.1.1. Conceptos Básicos**

En esta primera sección, vamos a presentar las explicaciones de los conceptos fundamentales requeridos para llevar a cabo esta investigación, los cuales se refieren primero a cuestiones concernientes a la economía y el mercado, como por ejemplo la definición de economía social de mercado, que es el esquema definido por la Constitución para el Perú, puesto que, sin conocer el contenido teórico de este modelo económico no podríamos disertar con veracidad sobre los presupuestos que son compatibles con su naturaleza y los que la contradicen, con respecto a esta investigación, en cuanto a la economía social de mercado es compatible o no, con la limitación de las libertades económicas por afectar a los derechos fundamentales, como la dignidad humana, la vida y la salud.

Otros conceptos importantes como la libre competencia y el abuso de posición de dominio se definirán pues son necesarios, para entender porque la situación actual del mercado farmacéutico es un problema a nivel jurídico, siendo que las empresas farmacéuticas Mifarma e Inkafarma han propiciado una distorsión en el mercado, que no es posible de entender con claridad si no se ha delimitado antes el contenido de los conceptos mencionados. Por último, se realizará una definición de los derechos fundamentales inmersos en el problema, como son la vida, la integridad física y la salud, definiciones que permitirán dar un contexto teórico previo al análisis normativo y jurisprudencial de nuestro problema.

#### **2.1.1.1. La economía social de mercado**

Según, Zúñiga (2021) La economía social de mercado representa un modelo económico que fusiona elementos del capitalismo de mercado con políticas y regulaciones orientadas a fomentar la justicia social, la igualdad de oportunidades y el bienestar social. Con el fin de prevenir desigualdades marcadas y asegurar un sistema que beneficie a todos los ciudadanos, busca equilibrar la libertad económica y la competencia con la intervención gubernamental. Además, este enfoque enfatiza la importancia de la responsabilidad social y la sostenibilidad en la actividad económica.

Para, Oliveira et al. (2020) la economía social de mercado se define como un sistema económico que intenta equilibrar la participación gubernamental en la promoción del

bienestar y el mercado libre. Se enfoca no solo en la eficiencia y la competencia, sino también en la igualdad de oportunidades y la protección de los ciudadanos. Destaca la necesidad de un sistema sólido de bienestar social y sostenibilidad ambiental, busca un sistema en el que la educación y la capacitación sean esenciales y donde las empresas privadas y públicas puedan coexistir. En conclusión, para este autor, la economía social de mercado se define como un modelo económico cuyo propósito central es el crecimiento económico, la justicia social y la sostenibilidad.

Asimismo, Arango y Arévalo (2022) afirman que, la economía social de mercado se basa en la idea de que el mercado es una herramienta poderosa para fomentar la eficiencia y la innovación, pero también puede causar desigualdades y problemas sociales. Como resultado, este método busca una combinación de regulación y competencia para garantizar que el sistema económico beneficie a toda la sociedad. Este modelo busca reducir las brechas socioeconómicas y proporcionar un sólido sistema de bienestar social que proteja a los ciudadanos en momentos de necesidad, valorando la justicia social y la igualdad de oportunidades. Además, se presta atención a la protección del medio ambiente mediante la promoción de prácticas comerciales sostenibles que no afecten negativamente el futuro del ambiente (Huapaya y Sánchez, 2019).

Según, Vega (2021) la economía social de mercado permite la coexistencia de entidades públicas y privadas y la contribución al bienestar económico y social. Además, destaca la importancia de la educación y la capacitación para mejorar la movilidad social y garantizar que las personas tengan las habilidades necesarias para prosperar en una economía en constante cambio. En resumen, tiene como objetivo establecer un sistema económico más justo y sostenible al equilibrar el mercado, la justicia social y la sostenibilidad.

Por último, para Fernández (2021) La economía social de mercado es un modelo que fusiona características del libre mercado con la regulación del estado para lograr un equilibrio entre la eficiencia económica y la equidad social. En este sistema, se reconoce la importancia del mercado como motor de la innovación y la competencia, pero se entiende que necesita ser guiado y supervisado por políticas públicas que promuevan la justicia social, la igualdad de oportunidades y la protección de los sectores más vulnerables de la sociedad. Además, se destaca la importancia de un sólido sistema de bienestar social para proporcionar seguridad económica a los ciudadanos y garantizar un

nivel básico de calidad de vida.

En ese sentido, podemos afirmar que el modelo económico que hoy profesa el Perú, no es un modelo en donde se establezca una libertad económica ilimitada, sino, que por el contrario, se ha elegido a la economía social de mercado, para poder propiciar la libre competencia, pero, sin olvidar que el Estado tiene obligaciones para con la ciudadanía, dentro del marco de propiciar una vida en condiciones de dignidad para todos los ciudadanos, sino, fuese de esta manera, la creación del Estado quedaría vacía de contenido, pues, no encontraría justificación si no protege las vidas de las personas que lo componen.

En la teoría del contrato social, se afirma que todas las personas han cedido parte de sus libertades para construir una entidad, que nosotros conocemos como Estado, la cual debe velar por el respeto de los derechos de las personas, entre ellos, el más importante, el derecho a la vida, ya que, sin vida que es el presupuesto material para la imputación de derechos, sería imposible que las personas gozasen de otros derechos fundamentales como la igualdad, la dignidad o la libertad, en ese sentido, la primera obligación de toda entidad estatal es proteger la vida de sus ciudadanos, y, por tanto, cautelar su salud, objetivo que es compatible con la economía social de mercado, la cual acepta la libre competencia pero con fines sociales.

#### **2.1.1.2. Historia de la economía social de mercado**

El concepto de economía social de mercado tiene sus raíces en la época que siguió a la Segunda Guerra Mundial, particularmente en la Alemania de posguerra. Este concepto se desarrolló en un lugar específico, pero a lo largo del tiempo ha tenido un impacto en otros países y regiones. En la década de 1940, el economista alemán Alfred M.A. popularizó el concepto de "economía social de mercado" (Gaitán et al., 2020). Después de la guerra, Müller-Armack trabajó como asesor económico en la Administración Militar Aliada y tuvo un papel importante en la reconstrucción económica de Alemania. El objetivo era encontrar un sistema económico que pudiera combinar los principios del libre mercado con un sólido sistema de bienestar social para evitar los problemas económicos y sociales que habían llevado al auge del nazismo (Unda, 2019).

No obstante, es crucial resaltar que los fundamentos de la economía social de mercado fueron establecidos por economistas alemanes como Walter Eucken y Franz Böhm,

quienes defendieron una economía de mercado regulada (Anguita et al., 2019). Estos pensadores tuvieron un gran impacto en la creación de la Constitución alemana, también conocida como la Ley Fundamental de Alemania, en 1949, que incluyó principios de economía social de mercado en su estructura (Labbé, 2020).

La economía social de mercado se convirtió en una parte importante de la economía alemana después de la guerra y jugó un papel importante en la reconstrucción económica exitosa de Alemania Occidental (Romero, 2019). Otros países europeos han adoptado y adaptado este modelo económico, lo que ha tenido un impacto en las políticas económicas y sociales en toda Europa y más allá. Actualmente, la economía social de mercado sigue siendo un tema importante en el discurso económico y político, y se ha extendido más allá de Europa, inspirando enfoques económicos que buscan equilibrar el libre mercado con la justicia social y la sostenibilidad en todo el mundo.

## **2.1.2. Elementos de la economía social de mercado**

### **2.1.2.1. Estado subsidiario**

El término "Estado subsidiario" se refiere a un principio político y económico en el que el gobierno o el Estado desempeña un papel secundario y limitado en la economía, interviniendo solo cuando sea necesario para garantizar el bienestar público o corregir fallas del mercado (Esteve, 2021). En otras palabras, en lugar de ser un actor principal en la economía, el Estado actúa como un complemento.

En un Estado subsidiario, se fomenta la noción de que la mayor parte de las actividades económicas y decisiones deben ser administradas por el sector privado y el mercado, ya que se considera que estos son más eficientes y efectivos en la asignación de recursos y la generación de riqueza (Orozco, 2020). Sin embargo, el Estado está preparado para intervenir cuando se presentan situaciones que pueden amenazar la equidad, la justicia social o la estabilidad económica, como la regulación de monopolios, la protección del medio ambiente o la provisión de servicios públicos esenciales (Cruces, 2021). En la economía social de mercado y otros enfoques económicos que buscan un equilibrio entre la libertad del mercado y la intervención gubernamental para promover el bienestar público y garantizar una economía más equitativa y eficiente, el concepto de Estado subsidiario es fundamental.

El principio del estado subsidiario en la economía establece que el gobierno o el Estado

solo deben realizar intervenciones en la economía cuando sea necesario para subsanar las deficiencias del mercado, promover la justicia social o garantizar el bienestar público. Este enfoque reconoce que el sector privado y el mercado son los principales impulsores de la economía, y el Estado actúa como un complemento en lugar de un actor central.

El concepto implica que la intervención estatal se limite a áreas críticas, como la regulación de monopolios, la provisión de servicios públicos esenciales, la salvaguarda del medio ambiente y la provisión de igualdad de oportunidades (Paredes et al., 2019). Esto busca equilibrar la eficiencia del mercado con la responsabilidad del Estado de salvaguardar el interés público y prevenir desigualdades extremas (Contreras, 2020). En última instancia, el Estado subsidiario busca crear un entorno económico donde prevalezca la competencia, la equidad y el bienestar general de la sociedad.

### **2.1.2.2. Libre Competencia**

Uno de los principios económicos fundamentales de la economía social de mercado es la libre competencia, que implica un sistema en el cual las empresas pueden ingresar y operar libremente en un mercado. Las empresas compiten entre sí en este contexto para ganar la preferencia de los consumidores y obtener beneficios (Vargas et al., 2020). Dado que las compañías buscan constantemente optimizar sus productos y servicios con el fin de obtener una mayor cuota de mercado; la libre competencia estimula la innovación, la eficiencia y la reducción de precios.

Este principio establece que no debe haber obstáculos injustos que impidan el ingreso de nuevas empresas, como monopolios, acuerdos o regulaciones excesivas que impiden la competencia (Gonzales y Yabar, 2020). La libre competencia evita el abuso de poder por parte de las empresas y promueve la diversidad de opciones para los consumidores (Neves, 2023). En síntesis, la libre competencia es una idea que promueve la apertura y la igualdad de oportunidades en los mercados con el objetivo de crear un entorno económico dinámico y beneficioso tanto para las empresas como para los consumidores.

El libre mercado es un principio económico que caracteriza un sistema en el que la distribución de recursos y las transacciones comerciales se realizan principalmente a través de la oferta y la demanda sin que el gobierno intervenga significativamente (Fontestad, 2021). En un mercado libre, los precios de los bienes y servicios se establecen de manera descentralizada según las interacciones entre compradores y vendedores, y las

empresas compiten por ganar cuota de mercado proporcionando bienes y servicios que cubran las necesidades y deseos de los consumidores.

Este sistema se basa en la idea de que la competencia y la búsqueda de beneficios personales son motores efectivos para la innovación y la eficiencia económica. Los partidarios del libre mercado sostienen que fomenta la autonomía personal y la propiedad privada, lo que habilita a los individuos a tomar sus propias decisiones económicas e impulsar el crecimiento económico (Stucchi y Estacio, 2021). No obstante, se destaca que esto puede generar desigualdades significativas y que el gobierno puede desempeñar un papel en la regulación para corregir las fallas del mercado y asegurar la justicia social.

Según, Couto (2021) en los sistemas económicos de mercado, el concepto de libre competencia es fundamental. Se caracteriza esencialmente por la concurrencia de varias empresas en un mercado con mínimas restricciones. Esta multiplicidad de empresas proporciona a los clientes una variedad de productos y opciones, lo que aumenta la diversidad y la calidad en la oferta. La accesibilidad para ingresar y salir del mercado es un rasgo distintivo de la libre competencia. Las nuevas empresas pueden ingresar fácilmente porque hay competencia constante y se fomenta la innovación. Las empresas deben adaptarse y mejorar constantemente para sobrevivir y ganar cuotas de mercado, lo que aumenta la eficiencia y la calidad de los productos. Para, Zúñiga (2021) los costos de los productos y servicios en un sistema de libre competencia están principalmente determinados por las fuerzas del mercado, es decir, la oferta y la demanda. Esto significa que los precios son flexibles y reflejan la escasez relativa de los productos, que pueden alterarse en función de las condiciones del mercado. Asimismo, según Orozco (2020) dado que las empresas buscan reducir costos para ofrecer productos de alta calidad a precios competitivos, la competencia también fomenta la eficiencia en la producción y la gestión comercial. Esta constante búsqueda de eficiencia beneficia a los clientes al brindarles productos más asequibles y mejorados.

Por último, según, Henríquez (2020) la competencia provoca la creatividad. Las empresas buscan diferenciarse y obtener ventaja en el mercado, lo que puede conducir a avances tecnológicos, mejoras en la calidad de los productos y una mayor variedad de opciones para los consumidores. Además, la libre competencia está condicionada a que los consumidores dispongan de información precisa acerca de los productos y precios para que puedan tomar decisiones informadas (Anguita et al., 2019). Esto hace que el mercado

sea más transparente y a los consumidores les permite seleccionar bienes y servicios que se adapten a sus requerimientos y preferencias. En consecuencia, la libre competencia es fundamental para los sistemas económicos basados en el mercado y se caracteriza por la multiplicidad de empresas, la facilidad de entrada y salida, la determinación de precios por el mercado, la búsqueda de eficiencia y calidad, la innovación constante y la importancia de la información para los consumidores (Vega et al., 2020).

### **2.1.2.3. Iniciativa privada**

La iniciativa privada se define como la participación de empresas y emprendedores individuales en la economía con la finalidad de generar bienes y servicios que cumplan con las necesidades y demandas de los consumidores (Costas, 2020). En este contexto, los actores privados son los encargados de elegir qué producir, cómo hacerlo y a qué precio venderlo, en lugar del Estado. Dado que las empresas buscan maximizar sus ganancias y ofrecer productos y servicios de alta calidad, la iniciativa privada fomenta la competencia, la innovación y la eficiencia (Robles et al, 2020). Este sistema económico permite la diversidad de ofertas y opciones en el mercado, impulsando el crecimiento económico y generando empleo, pero también puede plantear desafíos en términos de equidad y regulación para garantizar el bienestar colectivo de la comunidad (Huapaya y Sánchez, 2019).

La iniciativa privada en el mercado tiene muchos beneficios como: La optimización en la producción y distribución de recursos, la promoción de la innovación, la diversidad de opciones para los consumidores, la generación de empleo, el estímulo a la inversión y el crecimiento económico, así como la flexibilidad en la adaptación a los cambios, la responsabilidad financiera, la competencia que mantiene los precios bajos, el impulso a la inversión extranjera y el desarrollo tecnológico (Quintero, 2023).

La economía social de mercado promueve la iniciativa privada en el mercado; sin embargo, también necesita de la intervención del gobierno para asegurar que el sistema económico opere de forma equitativa y beneficie a toda la sociedad, no solo a un pequeño grupo. Su objetivo es equilibrar la eficiencia y la competitividad del mercado con la justicia social y la protección de los intereses de todos los ciudadanos.

#### 2.1.2.4. Justicia social

La justicia social es un concepto que aboga por la equidad y la paridad de oportunidades dentro de una sociedad, donde todos tengan acceso a los recursos, beneficios y derechos básicos sin importar su origen, género, orientación sexual, raza o condición socioeconómica (Gonzales y Yabar, 2020). Busca eliminar las desigualdades sistémicas y estructurales que pueden perpetuar la discriminación y la marginación, asegurando que todos tengan acceso a una educación de alta calidad, atención médica, vivienda adecuada y empleo digno. Con el propósito de edificar una sociedad más inclusiva, solidaria y justa, donde cada persona pueda desarrollar su potencial y llevar una vida digna, la justicia social implica el reparto de la riqueza y la promoción de políticas públicas que reduzcan la brecha entre los más privilegiados y los más vulnerables (Unda, 2019).

La justicia social tiene muchas ventajas para la sociedad y los ciudadanos. Permite que todos tengan acceso a una educación de alta calidad, atención médica y un empleo digno, lo que fomenta la movilidad social y el desarrollo personal. Además, reduce la discriminación y la exclusión, fomentando una mayor cohesión social y un sentido de pertenencia (Arengo y Arévalo, 2022). La justicia social ayuda a la estabilidad en la sociedad al reducir las tensiones y conflictos que surgen de las desigualdades extremas. Además, fomenta el desarrollo económico porque los habitantes que son saludables y educados son más productivos. Asimismo, promueve la confianza en las instituciones públicas y garantiza una participación equitativa en la toma de decisiones, lo que fortalece la democracia. Finalmente, la justicia social conduce a sociedades más acogedoras, resistentes y equilibradas en las que todos tienen la capacidad de contribuir al bienestar general (Fontestad, 2021).

En un sistema económico justo y enfocado en el bienestar general, la economía social de mercado y la justicia social están profundamente conectadas. La justicia social actúa como un principio esencial que orienta la regulación y la distribución de recursos en este tipo de economía (Rincón, 2020). El Estado juega un papel importante en garantizar que la iniciativa privada funcione en beneficio de toda la sociedad, interviniendo para reducir las desigualdades económicas y sociales, promoviendo la equidad en la educación y el acceso a la atención médica, y estableciendo políticas que protegen el medio ambiente y los derechos laborales. Esto requiere una combinación de regulación y competencia para equilibrar la eficiencia económica y la igualdad de oportunidades (Couto, 2021). En

síntesis, en una economía social de mercado, la justicia social es la brújula moral que guía la distribución de beneficios económicos y la promoción de un desarrollo sostenible y equitativo, donde todos los ciudadanos tienen la posibilidad de prosperar y contribuir al bienestar colectivo (Ortiz, 2023).

#### **2.1.2.5. Estado de bienestar**

El Estado de bienestar constituye un modelo político y económico en el que el gobierno tiene la tarea de garantizar el bienestar y la calidad de vida de la población. Esto implica brindar una variedad de servicios y beneficios sociales para satisfacer las necesidades básicas de la gente, como la atención médica, la educación, la vivienda, la seguridad social, el desempleo y otros temas de bienestar (Cairampoma, 2021). El estado de bienestar tiene como objetivo disminuir la desigualdad económica, fomentar la igualdad de oportunidades y mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos, especialmente aquellos que son más vulnerables o desfavorecidos. Este sistema se financia con impuestos y contribuciones obligatorias, y su diseño puede variar significativamente de un país a otro en términos de la amplitud y el alcance de los servicios ofrecidos (Labbé, 2020).

Aunque las críticas al Estado de Bienestar han variado a lo largo del tiempo y desde una variedad de puntos de vista ideológicos, algunas críticas comunes incluyen preocupaciones sobre la sostenibilidad fiscal, argumentando que los altos gastos de mantenimiento de los programas de bienestar pueden resultar en déficits presupuestarios insostenibles (Resiso, 2019). Otros críticos argumentan que la generosidad de los programas de bienestar puede disuadir la iniciativa y la responsabilidad personal, creando una cultura de dependencia del Estado. Además, se ha argumentado que un exceso de regulación estatal puede obstaculizar la eficiencia económica y la innovación. Algunos críticos han señalado que la burocracia y la falta de eficacia en la administración de los programas de bienestar pueden conducir a un uso ineficiente de los recursos (Contreras, 2020). Es importante destacar que estas críticas no son universales y que muchas personas valoran las ventajas del Estado de Bienestar en términos de equidad y protección social, y que las reformas pueden abordar algunas de estas preocupaciones sin dismantelar completamente el sistema.

Un sistema económico y político que busca armonizar la eficiencia económica con la justicia social, incluye el estado de bienestar y la economía social de mercado. Este

enfoque de la economía social de mercado se basa en la iniciativa empresarial y la propiedad privada, pero también implica una regulación activa del gobierno para garantizar la equidad y la protección de los derechos de los ciudadanos (Paredes et al, 2019). Por otro lado, el Estado de Bienestar se enfoca en brindar servicios y beneficios sociales básicos, financiados con frecuencia a través de impuestos y contribuciones, para asegurar que todos los ciudadanos puedan acceder a un nivel de vida adecuado y una red de seguridad en tiempos de necesidad. Estos dos conceptos funcionan juntos para aumentar el bienestar general y disminuir las desigualdades socioeconómicas, creando un sistema que busca la prosperidad económica y la equidad social (Gaitán et al., 2020).

### **2.1.3. La economía social de mercado y su relación con el bienestar social**

El propósito de la economía social de mercado no se limita únicamente al incremento de la economía, sino también garantizar una distribución justa de los beneficios. En este contexto, el bienestar social se convierte en un objetivo central, ya que se busca mejorar la calidad de vida de todos los ciudadanos brindando servicios públicos, protección social y oportunidades iguales (Rezkalah, 2021). La economía social de mercado promueve una competencia regulada y una redistribución de la riqueza para garantizar un nivel mínimo de bienestar para toda la sociedad, lo que a su vez contribuye a la estabilidad económica y social a largo plazo. En la búsqueda de un equilibrio entre el progreso económico y el bienestar de la población, ambos conceptos se entrelazan (Cruces, 2021).

El bienestar social es un tema esencial en una economía social de mercado, que busca garantizar una distribución más equitativa de la riqueza y los beneficios económicos en la sociedad, este enfoque económico intenta lograr un balance entre el mercado libre y la intervención gubernamental (Martín, 2020). Esto se logra a través de políticas públicas que impulsan la igualdad de oportunidades, ofrecen servicios fundamentales como educación y salud, y establecen sistemas de protección social para asistir a aquellos en situaciones de necesidad.

La economía social de mercado reconoce que el bienestar social no solo depende del desarrollo económico, sino también de la calidad de vida de cada ciudadano. Dado que una población educada y saludable es más productiva y puede contribuir al crecimiento económico a largo plazo, la inversión en capital humano y social se considera esencial para el desarrollo sostenible (Neves, 2023). Al mismo tiempo, un sistema económico que fomenta una competencia justa y reglas claras del juego fomenta el emprendimiento y la

innovación, lo que mejora la economía en general y, en última instancia, el bienestar social.

En pocas palabras, la economía social de mercado busca equilibrar el desarrollo económico con el bienestar social, reconociendo que ambos son interdependientes. Un mercado libre regulado y una intervención gubernamental estratégica tienen como objetivo mejorar la calidad de vida de la población, asegurando que se compartan los beneficios económicos de manera más equitativa y que se satisfagan las necesidades básicas de todos los ciudadanos, lo que a largo plazo conduce a una sociedad más justa y estable.

#### **2.1.4. Relación entre la economía social de mercado y los Derechos Humanos**

Existe una fuerte conexión entre los derechos humanos y la economía social de mercado. La premisa de que el mercado libre requiere regulación para promover la justicia social y la igualdad de oportunidades es esencial en la economía social de mercado, que está alineada con los principios fundamentales de los derechos humanos (Fernández, 2021). Hay varias facetas de esta relación:

La economía social de mercado tiene como principal objetivo asegurar el acceso igualitario a servicios básicos como la educación, la salud y la vivienda. Esto se encuentra en línea con los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que abarcan el derecho a la educación, a la atención médica y a un nivel de vida adecuado. Asimismo, este modelo económico busca reducir las desigualdades económicas y sociales, promoviendo la igualdad y la no discriminación, valores fundamentales de los derechos humanos. También estimula la participación de los ciudadanos en las decisiones económicas y políticas, lo que refuerza los derechos a la libertad de expresión y a la participación política (Miranda, 2021). Por lo tanto, la economía social de mercado y los derechos humanos están interconectados, ya que este modelo económico aspira a establecer un ambiente donde se respeten y fomenten los derechos fundamentales de todas las personas, tales como el acceso a servicios esenciales, condiciones laborales justas y la disminución de la desigualdad. Esta conexión refleja un compromiso con los principios universales de los derechos humanos y la búsqueda de un desarrollo económico y social equitativo.

Existen otros elementos cruciales en la conexión entre la economía social de mercado y

los derechos humanos, por ejemplo, la búsqueda de un equilibrio entre la regulación estatal y el mercado busca prevenir abusos y prácticas comerciales injustas, lo que se relaciona con el derecho a un trato justo y el derecho a un recurso efectivo ante violaciones de derechos humanos (Esteve, 2021). Además, el derecho a disfrutar de un nivel de vida adecuado y a acceder a bienes y servicios de calidad está asociado con la protección del consumidor y la competencia leal. La economía social de mercado suele ser considerada como una vía para alcanzar un desarrollo económico que respete y fomente los derechos humanos, contribuyendo a una sociedad justa que respete los principios esenciales de dignidad e igualdad de todas las personas (Ramón, 2020).

#### **2.1.5. La economía y su repercusión en el logro de una sociedad respetuosa de los derechos fundamentales de las personas**

La economía juega un papel crucial en la construcción de una sociedad que respete y salvaguarde los derechos fundamentales de los individuos (Arancibia, 2021). En primer lugar, una economía saludable y en crecimiento genera los recursos necesarios para financiar servicios básicos como la educación, la atención médica y la vivienda, que son esenciales para garantizar el derecho a un nivel de vida adecuado (Sosa, 2022). Además, un mercado laboral sólido, con empleos dignos y condiciones justas, promueve el derecho al trabajo y la igualdad de oportunidades, permitiendo a las personas ejercer su autonomía económica (Gómez, 2020).

La economía también puede influir en la igualdad y la no discriminación porque las políticas económicas que reducen las brechas de ingresos y promueven la inclusión financiera contribuyen a la equidad social. Asimismo, la inversión en programas de formación y desarrollo profesional puede garantizar que las personas adquieran las habilidades requeridas para acceder a oportunidades económicas. (De Bartolomé, 2020). Es por ello por lo que, una economía estable y predecible favorece la inversión y el emprendimiento, lo que puede generar empleo y riqueza para la sociedad en su conjunto (Marmolejo, 2022). Finalmente, una economía bien administrada y regulada puede ser una herramienta poderosa para fomentar una sociedad que respete los derechos fundamentales de las personas, asegurando que todos tengan la oportunidad de disfrutar de un nivel de vida digno.

Una economía sólida reduce la pobreza y la desigualdad, lo que respalda el derecho a la igualdad. Igualmente, una economía sólida puede proporcionar recursos para la atención

a grupos vulnerables, como niños, ancianos y personas con discapacidades, asegurando de esta manera que sus derechos sean respetados y salvaguardados. (Huamán y Antayhua, 2021). En consecuencia, la economía no solo crea los medios para satisfacer las necesidades básicas de las personas, sino que también crea las condiciones necesarias para promover un ambiente donde los derechos fundamentales se respeten y protejan de manera efectiva.

La equidad actúa como el cimiento sobre el cual se construyen y protegen los derechos fundamentales de las personas, en una sociedad desigual, los recursos y las oportunidades se distribuyen de manera injusta, lo que puede marginalizar y excluir a ciertos grupos, socavando derechos como la igualdad y la dignidad (Oliveira et al., 2020). Cuando la sociedad es equitativa, las personas tienen una base sólida donde pueden ejercer plenamente sus derechos, independientemente de su origen, género, raza, orientación sexual u otras características personales.

Con el fin de construir una sociedad equitativa, es imprescindible contar con una visión social de la economía y una repartición justa de los recursos. La distribución equitativa de los recursos implica asegurar que los beneficios económicos no se concentren en unas pocas manos, sino que se distribuyan de manera más equitativa, reduciendo así la disparidad entre ricos y pobres (Duque et al., 2021). Una economía con una perspectiva social se enfoca en políticas públicas que priorizan el bienestar de todos los ciudadanos, brindando servicios esenciales, como educación y atención médica de alta calidad, y creando oportunidades económicas para aquellos en desventaja (Stucchi et al., 2021). Esto promueve la movilidad social y ayuda a las personas a superar las barreras económicas, lo que finalmente conduce a una sociedad más justa donde todos tengan las mismas oportunidades para prosperar y ejercer plenamente sus derechos fundamentales.

#### **2.1.5.1. La competencia y su repercusión en el bienestar de las personas**

El bienestar social en una economía está estrechamente relacionado con la libre competencia porque fomenta la eficiencia, la innovación y la elección del consumidor. Cuando hay competencia en el mercado, las empresas buscan siempre mejorar la calidad de sus productos y servicios y reducir los precios para ganar la preferencia de los consumidores (Limonta, 2021). Esto puede resultar en una mayor accesibilidad a bienes y servicios de alta calidad para un espectro más amplio de la población, lo que mejora el bienestar social. Sin embargo, para evitar abusos y prácticas monopolísticas que puedan

perjudicar a los consumidores o limitar la equidad en el acceso a productos esenciales, la competencia debe estar regulada (Ortiz, 2023). En este sentido, la competencia se vincula con el bienestar social al garantizar que los mercados sean justos y que las ventajas económicas se compartan de manera más equitativa.

La promoción de la diversidad económica y la prevención de una concentración excesiva de poder económico también están vinculados a la libre competencia y el bienestar social (Quintero, 2023). Cuando hay una competencia saludable, las nuevas empresas pueden ingresar al mercado, lo que da a los consumidores una variedad de opciones. Esto no solo aumenta la variedad de opciones de compra, sino que también impulsa el crecimiento económico a nivel local y nacional.

Dado que las empresas compiten por ofrecer productos y servicios mejores y más innovadores, la libre competencia también puede fomentar la innovación. Esto no solo brinda a los consumidores productos superiores, sino que también puede llevar al desarrollo de soluciones y tecnologías que mejoren la calidad de vida en general (Herrera et al., 2023). Por otro lado, manteniendo la competencia bajo control, evitando monopolios y prácticas anticompetitivas, se protege el bienestar social al evitar que unas pocas empresas o individuos adquieran un poder desproporcionado y controlen demasiados aspectos de la vida económica y social (Miranda, 2021).

### **2.1.5.2. Tipos de competencia**

#### **2.1.5.2.1. Competencia perfecta**

La competencia perfecta es un tipo de estructura de mercado caracterizada por una gran cantidad de vendedores y compradores que participan en la transacción de un producto idéntico o homogéneo. Dado que todos los participantes son precio-aceptantes en este contexto, ninguna empresa individual tiene la capacidad de influir en el precio del producto (Cairampoma, 2021). Los compradores y vendedores tienen acceso a los mismos precios y condiciones porque las barreras de entrada y salida son mínimas y la información es completamente transparente (Eguiluz y Mendiguren, 2019). En este escenario, la competencia solo se basa en la oferta y la demanda, y los precios se establecen de manera efectiva basándose en las preferencias y las decisiones de compra de los clientes.

La competencia perfecta tiene muchos beneficios para los consumidores y la economía

en general. El gran número de compradores y vendedores, la homogeneidad de los productos y la transparencia de la información hacen que la asignación de recursos en este tipo de mercado sea eficiente, y los precios reflejan con precisión la oferta y la demanda (Martínez y Poyanco, 2022). Dado que las empresas no pueden inflar artificialmente los precios, esto resulta en precios más bajos para los consumidores. Además, porque las empresas buscan obtener una ventaja competitiva, la competencia fomenta la innovación y la mejora continua de la calidad de los productos (Gutiérrez y Pérez, 2023). La libre entrada y salida de empresas estimula la competencia y la adaptación a las cambiantes necesidades de los consumidores. En última instancia, la competencia perfecta tiende a maximizar el bienestar de los clientes al proporcionarles una amplia gama de productos de alta calidad a precios razonables.

#### **2.1.5.2.2. Competencia imperfecta**

El modelo de mercado conocido como competencia imperfecta tiene características que lo distinguen de la competencia perfecta. Debido a la diferenciación de productos, el control de precios, las barreras de entrada significativas o el dominio de algunas empresas en este tipo de mercado; las empresas tienen cierta influencia sobre los precios de los productos que ofrecen (Rodríguez, 2021). Esto implica que las mismas pueden establecer precios por encima de los niveles competitivos. La asignación de recursos y la información pueden no ser completamente transparentes (Huamán y Antayhua, 2021). La competencia imperfecta incluye diversas estructuras de mercado, como el monopolio, el oligopolio y la competencia monopolística, en las que las empresas pueden poseer distintos grados de poder de mercado y la capacidad de influir en los precios.

##### **2.5.2.2.1. Oligopolio**

El oligopolio, que se caracteriza por la dominación de un pequeño número de empresas en un mercado, también puede ser perjudicial para los consumidores. Las empresas en este tipo de estructura de mercado suelen coordinar sus acciones y comportamiento, lo que puede resultar en precios más altos de lo que serían en un mercado verdaderamente competitivo (Akhtyrskaya et al., 2022). Dado que estas empresas encuentran más beneficios en mantener el status quo y evitar una competencia de precios destructiva, la competencia limitada entre ellas puede resultar en una menor motivación para reducir costos, mejorar la calidad o innovar. Esto puede significar menos opciones de productos y menos variedad para los clientes (Henríquez, 2020). Además, la competencia real en el mercado puede

verse afectada por la colusión u otras formas de comportamiento anticompetitivo, lo que perjudica aún más a los consumidores al limitar su capacidad para obtener productos de alta calidad a precios razonables.

#### **2.5.2.2.1.1. Monopolio**

Un monopolio se define como una estructura de mercado en la que una única empresa o proveedor domina la producción y distribución de un bien o servicio específico, lo que le confiere un control total sobre el mercado y le permite actuar como el único vendedor (Sanabria y Sánchez, 2022). En un monopolio, no existen competidores directos, lo que implica que la empresa monopolista puede fijar precios arbitrarios y restringir la producción sin preocuparse por la competencia (De Bartolomé, 2020). Esta situación puede llevar a precios más elevados para los consumidores y a una asignación ineficiente de recursos, ya que la oferta y la demanda del mercado no se reflejan adecuadamente. Los monopolios pueden formarse debido a barreras de entrada, patentes, control de recursos esenciales o regulaciones gubernamentales, y a menudo están sujetos a leyes antimonopolio para proteger los intereses de los consumidores y fomentar la competencia.

Además, la falta de competencia puede resultar en productos o servicios de menor calidad porque una empresa monopolista puede no tener incentivos para mejorar la calidad o innovar (Marmolejo, 2022). Dado que la empresa monopolista puede optar por producir solo lo más rentable, limitando las opciones disponibles, los consumidores también pueden experimentar una reducción en la variedad de productos. Asimismo, la falta de competencia puede reducir las inversiones en investigación y desarrollo, lo que a largo plazo puede reducir la innovación en el sector (Costas, 2020). En síntesis, el monopolio con frecuencia resulta en precios más altos, menor calidad, menos opciones y menor innovación, lo que afecta negativamente a los consumidores.

#### **2.1.6. La posición de dominio y el abuso de posición de dominio**

La circunstancia en la que una empresa o un conjunto de empresas ejerce un control considerable o incluso absoluto sobre un mercado particular se denomina posición dominante en el mercado. Esto implica que dichas empresas pueden influir de manera significativa en los precios, la oferta, la calidad y las condiciones del mercado en su propio beneficio (Sosa, 2022). La capacidad de actuar como un "actor principal" en la industria o una participación de mercado significativa suelen estar asociadas con una posición de

dominio. Una empresa puede llegar a esta posición y limitar la entrada de competidores, imponer precios más altos a los consumidores, reducir la calidad de los productos o servicios o, en algunos casos, abusar de su poder para prácticas anticompetitivas (Duque et al., 2021). Por lo tanto, los reguladores y las autoridades antimonopolio vigilan y regulan con frecuencia a las empresas en una posición de dominio para proteger la competencia y los intereses de los consumidores.

El mal uso de una posición dominante en el mercado se refiere a las prácticas anticompetitivas que realiza una empresa o grupo de empresas con una gran influencia en un mercado específico (Miranda y Pagador, 2021). Estas prácticas pueden incluir, entre otras cosas, fijación de precios injustamente altos, limitación de la entrada de competidores, imposición de condiciones desfavorables a proveedores o clientes, discriminación de precios injustos, rechazo de ventas o acuerdos exclusivos que excluyen a competidores potenciales (Gómez, 2020). Estas acciones suelen tener como objetivo mantener o aumentar el dominio de la empresa y eliminar o reducir la competencia en el mercado, lo que puede tener consecuencias perjudiciales para los consumidores, como precios más altos, menor calidad o menos opciones.

Una posición dominante en el mercado farmacéutico puede ser perjudicial para la salud de los clientes. Una empresa farmacéutica puede abusar de su poder para aumentar los precios de un medicamento esencial o una categoría terapéutica de manera desproporcionada, lo que resulta en medicamentos inaccesibles para aquellos que los necesitan (Suzañan, 2023). Además, la falta de competencia puede obstaculizar la innovación y el desarrollo de nuevos tratamientos, limitando las opciones de tratamiento disponibles para los pacientes. Esto puede resultar en una menor calidad de atención médica y una menor capacidad de elección para los consumidores, lo que puede amenazar la salud y el bienestar de las personas (Arancibia, 2021). Por ende, el abuso de la posición dominante en el mercado farmacéutico puede afectar de manera directa y desfavorable la capacidad de los consumidores para obtener tratamientos eficaces y asequibles, lo que constituye una preocupación significativa para la salud pública.

Las consecuencias negativas de la existencia de una posición de dominio y su consecuente abuso se hizo evidente en la pandemia por la COVID 19, en situaciones normales, los medicamentos al ser los instrumentos necesarios para la salvaguardia del derecho fundamental a la salud, deberían de ser declarados como bienes esenciales, no obstante,

los mismos se mantuvieron sujetos al tráfico del mercado en una situación tan crítica como la pandemia, en donde la azitromicina, por ejemplo, incrementó su precio en las farmacias, impidiendo que todas las personas tuvieran acceso a la misma, perjudicando y exponiendo a un peligro inminente de perder la vida a las personas con menos recursos.

Otro de los productos que aumentaron su precio fueron las mascarillas, las cuales eran necesarias para evitar el contagio, no solo en los lugares públicos, sino en el ambiente familiar, asimismo, era conocido por las recomendaciones de los médicos que las mascarillas no podían rehusarse, sino que debían de ser cambiadas periódicamente, al menos una vez al día, para evitar que la protección de filtro se dañe por la humedad, en caso, contrario la mascarilla perdía toda su efectividad, a pesar de ello, debido a los precios era inaccesible para las personas costear diariamente las mascarillas al precio impuesto por las farmacéuticas, poniendo así en grave peligro la salud de las personas.

En este caso en específico, era necesario que el Estado regule los precios, para impedir que la iniciativa privada transgreda los principios de la Constitución, ya que, dejar que la empresa privada controle los precios a discreción solo teniendo en cuenta sus posibles ganancias, aprovechando el crecimiento imprevisible de la demanda en el mercado de antibióticos y las mascarillas, es un acto contrario a un Estado que profesa una economía social de mercado, es decir una economía en donde si bien se promueve la libre competencia, no se olvidan otros objetivos como la dignidad humana, el bienestar de la persona y la justicia social.

Este último concepto clave, que impone la obligación para el Estado de redistribuir equitativamente los recursos, es el que habría tenido que prevalecer a la hora de controlar los precios, para que las familias y personas con menos recursos no se encuentren imposibilitados de poder adquirir las mascarillas, exponiendo así su vida gravemente al contagio de un virus, que en los primeros días de la pandemia en donde se sufrió las consecuencias de la elevación de los precios, era mortal. La redistribución equitativa de los medicamentos y mascarillas mediante el control de los precios hubiese constituido la materialización del derecho a la igualdad, en tanto que supone el respeto de la dignidad de todos los ciudadanos, y la garantía de su derecho a la vida y la salud.

En este sentido, debemos recordar que según nuestra Constitución, el fin supremo del Estado es la persona humana, y que por ello los Derechos Fundamentales del individuo, deben ser considerados prioritarios, incluso por encima de las libertades económicas que

facultan a las empresas a dirigir libremente sus empresas, pudiendo con ello poder poner el precio que deseen a sus productos, sin más restricción que la propia voluntad del empresario, no obstante, como afirmábamos en líneas anteriores, los derechos fundamentales entre ellos la salud que se corresponde con el derecho humano a la vida, son derechos de primer rango que ocupan una posición jerárquica superior a las libertades económicas empresariales.

En consecuencia, debemos recalcar que el abuso de posición de dominio, en lo que respecta al mercado farmacéutico, no es solamente una grave distorsión en el mercado, sino que al restringir el acceso a los medicamentos esenciales para la salud de los ciudadanos, se convierte en un acto lesivo a los Derechos Fundamentales, que no puede ser tolerado en un Estado social y democrático de derecho, el cual se caracteriza por el respeto a las minorías y por enarbolar la dignidad y la igualdad como principales principios políticos y jurídicos.

## **2.2. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO: NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA RELEVANTE**

En el presente capítulo desarrollaremos el análisis normativo y jurisprudencial sobre la figura del abuso de posición de dominio, en cuanto al análisis normativo analizaremos las normas internas relevantes comenzando por la Constitución, en donde aplicaremos el análisis económico del derecho para poder desentrañar el significado esencial de las normas de protección al mercado, asimismo, revisaremos las normas que se encuentren en Tratados Internacionales relevantes, este análisis que se complementará con una evolución del derecho comparado, no se limitará solamente a la noción de abuso de posición de dominio, sino que se complementará con la regulación que se ha establecido sobre el derecho a la salud o integridad, la cual es la segunda categoría que forma parte de nuestra investigación.

Asimismo, en cuanto al análisis jurisprudencial se analizarán las sentencias emitidas por el Tribunal de Indecopi al respecto, y a nivel internacional se consultará a las opiniones consultivas o sentencias que haya realizado la CIDH, este capítulo del marco teórico tiene como finalidad complementar el primer capítulo referido a la doctrina o conceptos básicos, dándonos una visión de la realidad normativa, y de como esta se aplica a cada caso en concreto, asimismo esto nos permitirá contemplar una radiografía de la realidad peruana, pudiendo conocer cuáles son sus déficits, lo que nos facilitará aportar una posible solución para eliminar el abuso de posición de dominio.

### **2.1.1. Normativa interna**

#### **2.2.1.1. La Constitución peruana**

Debido a la protección que brinda el artículo 61 de la Constitución Política del Perú (1993) el Estado se compromete a proteger el libre mercado de todas las prácticas que lo puedan distorsionar, lo que significa que "El Estado facilita y vigila la libre competencia, lucha contra cualquier práctica que limite y abuse de posiciones dominantes o monopólicas" (Pág.20).

Esta disposición se tiene que complementar necesariamente con los demás artículos de la Constitución Política del Perú (1993) referentes al régimen económico, por ejemplo, con el artículo 58, en el que se prescribe que "La iniciativa privada tiene libertad de acción.

La práctica se lleva a cabo en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el

Estado dirige el progreso de la nación y actúa principalmente en las áreas de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura” (Pág.18). El reconocimiento de la libertad de la iniciativa privada necesariamente contiene la garantía del derecho a acceder al mercado, y su parte negativa, es decir los ciudadanos cuentan con un derecho constitucional mediante el cual se les faculta a ingresar como actores a cualquier mercado, siendo las únicas limitaciones las impuestas por la ley.

En esta situación, pueden surgir dos escenarios, el primero, lo que han llamado barreras burocráticas, en donde, es el propio Estado el que dificulta el acceso al mercado, mediante la imposición de requisitos innecesarios o con la imposición de impuestos elevados, sobre todo cuando estos se dan por inicio de actividad, lo cual desincentiva que el emprendedor quiera realizar el proceso para acceder al mercado de forma legal. El segundo escenario, es donde el acceso es bloqueado por una empresa privada, mediante el bloqueo de uso de recursos necesarios o el uso de contratos de exclusividad con los proveedores mayoristas y minoristas, ambos casos se sucedieron por ejemplo con motivo del caso de Backus vs Ambev, en donde la segunda empresa acusó a Backus de no permitirle hacer uso del sistema de intercambio de botellas, lo que perjudicaba onerosamente su proceso productivo, ya que elaborar nuevas botellas, iba a acrecentar enormemente el costo de producción de cerveza poniéndolo en desventaja ante sus posibles competidores.

Asimismo, se acusó a Backus de hacer uso de contratos de exclusividad, prohibiendo a los proveedores que adquieran productos de otras empresas, como requisito para poder comprar las cervezas que producen Backus, la aceptación de esta cláusula ilegítima se premiaba con ofertas en los productos, no obstante, a pesar del consentimiento de parte los productores, estos era a todas luces una barrera para el acceso en el mercado de la empresa Ambev. Estas acciones, que pertenecen a la figura del abuso de posición de dominio, van en contra del reconocimiento de la libre iniciativa de la empresa privada que la Constitución establece en el artículo mencionado.

Sin embargo, debemos de interpretar el artículo de forma íntegra, pues, después del reconocimiento de la libertad de iniciativa, se afirma que la misma está enmarcada dentro de una economía social de mercado. Esta afirmación es importante porque limita la libertad de iniciativa introduciéndola en el contexto donde los principios de la economía social de mercado antes definidos van a funcionar como mecanismo de control de la economía, en ese sentido y como ya lo habíamos desarrollado con anterioridad, podemos

deducir que la libertad de iniciativa debe de funcionar con respeto por la dignidad humana, la justicia social y el principio del Estado subsidiario, en este contexto es donde se hace evidente la relación entre derechos fundamentales con el régimen económico de la Constitución.

Asimismo, según la Constitución Política del Perú (1993) en el artículo 59 se afirma que:

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades (Pág. 18).

Este artículo es importante para nuestra investigación, ya que en él se delimita que la producción de la riqueza, aunque legítima no puede estar en contradicción con la salud; esto está relacionado directamente con lo que mencionábamos en la introducción de la presente investigación, que las libertades económicas y sus consecuencias, no pueden sobrepasar o eludir la protección a los derechos fundamentales, que tienen una jerarquía superior en el rango de los derechos.

Esto debido a que, al ponderar los intereses de los ciudadanos a los que representa el Estado, no puede preferirse la generación de riqueza si esta afecta gravemente la salud de las personas, ya que el principal deber del Estado es mantener el bienestar y la vida de los individuos, la protección de la supervivencia es el fin esencial del Estado, y base para la generación de la riqueza en condiciones igualitarias, en caso contrario, nos encontraríamos ante un Estado deslegitimado que existe no para beneficio de toda la sociedad, sino, de unas cuantas personas que utilizan sus instituciones para lucrar a toda costa, acto que no es solo contrario al derecho, sino a la moral y a los principios básicos de la humanidad traducidos en la Declaración de los Derechos Humanos.

Asimismo, la propia Constitución Política del Perú (1993) faculta a que sea el Estado el que corrija la distorsiones en el mercado, en ese sentido se expresa en su artículo 60 de la siguiente manera “el Estado solo puede realizar actividades comerciales de forma subsidiaria, directa o indirecta, por razones de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, siempre que sea autorizado por ley expresa” (Pág.21).

Por ello consideramos que, ante la aparición del abuso de posición de dominio, es el Estado el llamado a corregir esta distorsión en el mercado, lo cual no sucedió en el caso peruano, pues, el oligopolio farmacéutico pudo elevar a discreción los precios sin ninguna regulación de los mismos por parte del Estado.

Complementando las anteriores normas tenemos al artículo 63, en donde se afirma que la empresa nacional y extranjera tendrán las mismas oportunidades, no pudiéndose establecerse regímenes diferenciados con el objetivo de beneficiar a la empresa nacional, en ese mismo sentido creemos que tampoco debería establecerse privilegios dentro del mercado peruano para las empresas extranjeras, con el pretexto de fomentar la inversión, cuando estas empresas realicen actos contrarios a la salud pública (Congreso de la República, 1993). Por último, el artículo 65 establece que los derechos e intereses de los consumidores son tutelados por el Estado, enfatizando la protección a la salud de los mismos, es por ello que, consideramos que, en el caso visto en el Perú, en donde los precios se inflaron en base a la especulación de escasez, el Estado debió de proteger los intereses del consumidor, sobre todo cuando estaba relacionado con su salud. La protección del consumidor adquiere un cariz esencial, cuando con ello se está cautelando sus derechos fundamentales, entre ellos la vida.

### **2.2.2. Tratados internacionales**

Asimismo, diversos Tratados Internacionales en materia económica han regulado el abuso de posición de dominio y otros en materia de DDHH, han regulado la protección al derecho a la salud, en sus facetas de derecho a la integridad física y mental. Puesto que, de todos los deberes y responsabilidades que le competen a los Estados, como organismos políticos y sociales que cuentan con soberanía e independencia, podemos señalar que la protección de la salud, uno de los bienes jurídicos más importantes, así como la prevención de enfermedades que atenten contra la integridad del ser humano, son dos de los objetivos más importantes en sus planes de gobierno. La salud, considerada como aquel estado de bienestar en el que podemos ejercer normalmente todas nuestras capacidades, se encuentra estrechamente ligada a la vida y a la dignidad; porque un estado de salud vulnerado ya sea por una afección corporal o mental, limita a la persona en el despliegue de sus derechos y facultades.

Estos deberes y responsabilidades han sido reconocidos dentro de Tratados y Convenciones sobre DDHH, algunos de estos como el derecho a la salud, contemplado

en el artículo número doce del PIDESC, que reviste alta importancia y analizaremos *a posteriori* (Naciones Unidas, 1966). Por otro lado, entre otros deberes relevantes, respecto a la salud y su prevención, tenemos la implementación de políticas de salud, atención primaria de salud y protección de grupos vulnerables (Organización Mundial de la Salud, 1946).

En el siguiente apartado, procederemos a analizar toda la normativa internacional que aboga por los derechos humanos, principalmente por aquellos que promuevan la salud, tanto física como psicológica, así como la posibilidad de que cada individuo pueda llevar una vida digna; lo cual implica que, a su vez, pueda también proyectarse en el tiempo desarrollándose productivamente, desarrollando así lo que conocemos como un proyecto de vida (Naciones Unidas, 1948). En otras palabras, acorde a nuestro tema de investigación, consultaremos las normativas correspondientes para aproximarnos a determinar hasta qué punto la normativa en general, teniendo en cuenta tanto la nacional como la internacional, puede proteger la salud de la persona humana y favorecer su protección, antes que los intereses monetarios de aquellos grandes grupos comerciales, que manejan gran influencia y, en consecuencia, repercuten en las decisiones de las autoridades políticas de turno como grupos de presión.

Dada por iniciada la explicación introductoria del presente apartado, comenzaremos por analizar a profundidad lo estipulado por el primer texto legal internacional que observaremos: el Tratado de Roma. En 1957, doce años después del Holocausto, más precisamente el 25 de marzo, se firmaron los dos Tratados trascendentales que marcaron la fundación de la Unión Europea: el primero de ellos, denominado como el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero (CECA), y el segundo, nombrado Tratado de la Comunidad Económica Europea.

La Unión Europea, como bien sabemos, es una organización internacional, de carácter político, económico y jurídico, conformada por veintisiete países, exclusivamente europeos. La presente entidad internacional tiene por objetivo último promover la tolerancia, la paz, la estabilidad y la prosperidad en el continente europeo; y como finalidad mediata, fomentar que, dentro de cada una de las jurisdicciones de los países miembros, así como en el desenvolvimiento de sus facultades como Estados de Derecho, se cumplan los DDHH; de hecho, esta es una de las razones por las que surge la UE, ya que como mencionamos anteriormente, esta organización internacional encuentra su

origen tras la Segunda guerra Mundial, uno de los enfrentamientos bélicos y sucesos históricos más infames de la historia, en el que se cometieron actos innumerables contra la humanidad; en consecuencia, se reconoció la protección de la persona y su dignidad, como la finalidad del Estado y su Constitución Política correspondiente.

Ahora bien, recurrimos al artículo número ochenta y uno del Tratado de Roma, también llamado TCE, que pone de manifiesto en su primer párrafo, que quedan prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones expresadas por sus respectivos organismos y todos los procederes concertados entre los Estados que pertenezcan a la Unión Europea, que tengan por objetivo rastrear, impedir o falsificar el proceder de la competencia dentro del mercado común (Unión Europea, 1957). Asimismo, el presente artículo determina cuales casos se encuentran directamente relacionados, entre los que tenemos: fijar precios, ya sean estos de compra o venta, o afectar otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción individual de cada empresa, mercado o desarrollo técnico de inversión; repartirse el beneficio de los mercados como fuentes de abastecimiento; ocasionar una desventaja competitiva a terceros contratantes, a través de la aplicación de condiciones y prestaciones desiguales; subordinar la solemnidad del contrato a la aceptación de beneficios financieros adicionales que no estén relacionados con el propósito del contrato.

Cabe resaltar que, el artículo ochenta y uno ha sido reconocido como fundamental para el cumplimiento de las normas que le competen a la UE. Este, al igual que el Tratado de Roma y todo lo concerniente a las entidades internacionales, se ha ido adaptando al contexto social, cultural, político y económico, así como también a las condiciones comerciales de cada país en particular. Por otra parte, dos de las herramientas más importantes para que lo estipulado por este artículo pase a generar cambios reales son la Comisión Europea y los tribunales de la UE; organismos que se encargan de aplicar las disposiciones del presente artículo a todos los casos que se encuentren bajo la clasificación de prácticas anticompetitivas. Asimismo, es importante agregar a lo que hemos mencionado a lo largo del presente párrafo, que también la presente norma surge para proteger que, en el mercado, siempre se den las condiciones necesarias para garantizar una competencia sana entre empresas.

Como acabamos de mencionar, la finalidad de este artículo, así como también del que viene después, el número ochenta y dos, es parte de un sistema de prevención ingeniado

por la legislación internacional; ya que, percibe al abuso de competencia, que si bien es el que directamente puede generar un considerable daño a las directrices que orientan la sana competencia entre empresas dentro del mercado, así como también al consumidor, no es el único criterio importante para intentar garantizar, en su mayoría, que los países miembros pongan en práctica la protección de su mercado; el cual consideramos como un factor importante dentro del funcionamiento de las sociedades humanas (Unión Europea, 1957). Para concluir este análisis con la precisión más importante, en relación a nuestra investigación sobre el abuso de poder y en qué medida puede generar un daño a la población, el artículo ochenta y uno nos atribuye una perspectiva útil respecto a la protección plena que busca implantar en el mercado la sana competencia, señalando como describimos anteriormente en el desarrollo normativo, en su párrafo número uno, donde esencialmente se prohíben los acuerdos entre empresas que puedan ser perjudiciales para la competencia, dentro de los mismos Estados miembro, así como en una relación establecida entre estos.

El núcleo de este artículo es una norma que consiste en prevenir acuerdos entre organizaciones pecuniarias que adquieran juntas concentración en el mercado y, por lo tanto, influyan significativamente en el desenvolvimiento de este, debido a su amplio poder adquisitivo y amplia influencia, obtenida a raíz de las ganancias acumuladas. Ahora, al reflexionar en base a esta norma, como podemos notar no expresa abiertamente que una posición dominante en el mercado se encuentre prohibida. Sin embargo, el siguiente artículo hace énfasis en que, si bien una posición dominante no se encuentra prohibida, en caso de que la empresa abusara de dicha posición de dominio, se le aplicarán los procedimientos que sancionan los comportamientos que se encuentren tipificados como abusos de posición dominante dentro del mercado de la comunidad europea en general.

En el artículo ochenta y dos, a diferencia del ochenta y uno que previamente desarrollamos, determina qué comportamientos serán señalados como irregulares o más precisamente como abusos en el mercado común; por lo que quedarán contemplados como algo fuera del marco legal, de acuerdo con la medida en la que afecte el comercio entre dos Estados miembros de la UE (Unión Europea, 1957). Los casos específicamente señalados por el texto normativo son: imponer precios de compra o venta no equitativos, ya sea directa o indirectamente; limitar el desenvolvimiento de la producción de las empresas del mercado o su desarrollo, en perjuicio de los consumidores; ejecutar, para

terceros contratantes, condiciones desfavorables para el cumplimiento de una obligación, pudiendo entonces ser entendida como la atribución de una desventaja competitiva.

Asimismo, subordinar el cumplimiento de determinado contrato a la aceptación, por parte del empleado, de prestaciones suplementarias, las cuales no se encuentran relacionadas con las actividades productivas contempladas en los contratos primigenios.

El presente artículo lo podemos considerar como una norma cuya finalidad consiste en que, si bien no prohíbe la posición de dominio, advierte que ejercerá un control por sobre el abuso que una empresa dominante pueda ejercer; es decir, en otras palabras, que las empresas pueden ejercer una posición de dominio siempre y cuando esta sea legítima, lo cual implica que las empresas dominantes no sean abusivas. La normativa señalada por este artículo ochenta y dos podemos resaltarla como de suma trascendencia; dado que, no busca castigar duramente el abuso de mercado, al contrario, busca que las empresas puedan desarrollarse con libertad, sin control por parte del Estado por medio de una normativa que limite el proceder y los medios empresariales, para empresas que cuentan con el potencial de encabezar el mercado. Sin embargo, existe un límite por el hecho de que los productos o servicios, en ciertos casos pueden generar un daño a la sociedad, en el caso en concreto del ámbito de la salud, puede lesionar a todo paciente al que le sean suministrado los medicamentos de mala calidad (Organización Mundial de la Salud, 1946). En ese sentido existe un límite a la actividad empresarial, las cuales, cabe precisar, son manejadas por grandes grupos económicos, a nivel internacional y mundial, que pueden ejercer un abuso de posición de poder, que como sabemos genera daño, no solo a la competencia, sino, también al consumidor si el producto es perjudicial para su salud.

Asimismo, dentro del presente artículo se pueden señalar tres elementos clave, los cuales son: abuso de posición dominante, impacto en el comercio entre estados miembros, tipos de abusos. El primero de estos tres componentes, abuso de posición dominante, se refiere a determinada conducta mostrada frecuentemente por empresas exclusivamente dominantes dentro de la sociedad mercantil. Esta conducta consiste en que las empresas empiezan a ejercer el poder atribuido por su posición dominante dentro del mercado, actuando independientemente de sus competidores, clientes y hasta de sus mismos consumidores, dificultando el ingreso al mercado, controlando precios o mediante la venta de productos de mala calidad. Por otro lado, el segundo de los componentes consiste en determinar cuánto impacto puede llegar a tener la actividad abusiva, en el comercio sostenido entre los Estados de la UE, en consecuencia, para que una práctica sea señalada

como infracción entre Estados miembro tiene que, necesariamente, afectar el desempeño normal del comercio entre Estados miembro; de lo anterior, podemos destacar, en cuanto a la aplicación de la norma, su dimensión internacional, y, por otro lado, una de las finalidades que persigue, concerniente al funcionamiento uniforme y organizado del mercado, a través de la configuración de una competencia equitativa entre todos los países miembro (Unión Europea, 1957). Finalmente, el tercer componente, consiste en establecer que el abuso de posición dominante puede considerarse dentro de la misma clasificación de prácticas tales como el establecimiento de precios predatorios, exclusión por precios, negativas injustificadas en cuanto al hecho de suministrar productos o servicios, entre otros casos, en los que se ven implicadas empresas que aplican conductas abusivas para sacar provecho de su posición dominante en el mercado, en detrimento de sus competidores e inclusive, de sus mismos clientes.

En cuanto a la aplicación de los procedimientos que posibilitan el cumplimiento de este artículo en la realidad objetiva, ellos son responsabilidad de dos organismos que ya mencionamos anteriormente: la Comisión Europea y los tribunales de la Unión Europea. El primero de estos contribuye llevando a cabo de forma recurrente un proceso de investigación, para sancionar a las grandes empresas que incurran en este tipo de abuso. En relación con los procesos de investigación, es la Comisión Europea la institución encargada de que se lleve a cabo la realización de estos procedimientos. En el transcurso de una investigación, la evidencia es indispensable para evaluar que una empresa ha incurrido en esta conducta. En consecuencia, de ser señalada como culpable al final del proceso, las sanciones son impuestas por la Comisión, que cuenta con la facultad de imponer sanciones y exigir circunstancias correctivas para que se mantenga una competencia sana entre empresas.

Asimismo, el artículo número ochenta y tres expresa cómo es que se van a adoptar, por mayoría cualificada y previa consulta al Parlamento Europeo, las directivas y los reglamentos adecuados para que los principios, que se encuentran expresados dentro de los artículos que hemos analizado previamente, puedan llevarse a la aplicación para cada país miembro, independientemente de sus diferencias (Unión Europea, 1957). Agregado a lo anterior, podemos establecer una relación entre los artículos que ya analizamos con el número ochenta y tres; ya que, este último señala en su apartado número tres que el Consejo debe observar y garantizar el cumplimiento de las estipulaciones señaladas como prohibiciones, dentro del primer apartado correspondiente al artículo ochenta y uno;

además, en su segundo apartado se pone de manifiesto que el control administrativo debe asegurar el cumplimiento de las disposiciones del Tratado.

Por otro lado, el artículo 84 establece la responsabilidad del Estado de garantizar la aplicación de las disposiciones precisadas en los artículos del Tratado relativas a la protección de la competencia en el mercado (Naciones Unidas, 1948). Consideramos que vale la pena hacer énfasis acerca de cómo el Derecho internacional puede acoplarse a la normativa general de distintos países; esto implica un análisis bastante complejo y varía de acuerdo a las características de cada sistema jurídico, la estructura gubernamental y la postura política prominente en cada nación, es por ello que lo realizaremos una vez que hayamos analizado la normativa internacional concerniente a la protección del derecho a la salud, reconocido como uno de los más importantes para la persona humana, ya que determina la calidad de la vida misma, haciendo que esta sea digna o una que sea tachada como inhumana.

En consecuencia, para completar el análisis es preciso que evaluemos, lo que manifiestan acerca del derecho a la salud, todas aquellas normas internacionales relacionadas con los DDHH. Atendiendo al grado de importancia de los Tratados, desarrollaremos, primeramente, los artículos correspondientes a la DUDH; la cual contribuyó de forma notable al desarrollo y protección internacional de los derechos fundamentales, hasta el punto de que hoy es considerada internacionalmente como norma base en la edificación de Tratados Internacionales que versen en materia de DDHH.

Como preámbulo al análisis de la DUDH, cabe señalar introductoriamente que esta fue acuñada el diez de diciembre de 1948, a raíz de la realización de la Asamblea General de las Naciones Unidas, realizada en París. Por otro lado, su importancia radica en que es un documento fundamental que señala los principios trascendentales y universales de los DDHH. Consta de 30 artículos, dentro de los cuales hemos identificado que cuatro de estos guardan cierta relación con el derecho a la salud. Estos artículos son el 3, el 25 y el 18.

Acerca del artículo número tres, podemos señalar que, si bien este no se refiere directamente al derecho a la salud, expresa que todos tenemos derecho a la vida y la seguridad personal, dentro de lo cual podemos señalar que, cuando hablamos de vida y seguridad la salud es un tema sumamente trascendental; ya que, respecto al derecho a la vida, podemos manifestar abiertamente que se encuentra estrechamente ligado a asegurar,

*a priori*, las condiciones que nos permitan llevar una vida saludable para evitar la muerte, que es el fin de la persona humana (Naciones Unidas, 1948).

Todos tenemos derecho a un nivel de vida adecuado, según el artículo 25 de la Constitución. En consecuencia, consideramos que podemos interpretar como nivel de vida adecuado a aquel en el que podamos satisfacer, ante todo, nuestras necesidades básicas como personas, dentro de las cuales podemos considerar a la salud, su recuperación y a todas aquellas condiciones que son necesarias para una asistencia médica, de ser necesaria; así como otras que se complementan con nuestro estado de salud y su mantenimiento en buenas condiciones, como por ejemplo: la alimentación, la vivienda y la vestimenta (Naciones Unidas, 1948).

Finalmente, el artículo dieciocho establece, si bien no expresamente, una relación entre el derecho a la salud y el principio de libertad; que, de acuerdo con los DDHH consta en que los individuos tengan el derecho esencial de actuar, tomar decisiones y de vivir de acuerdo con lo que creen, dentro de sus convicciones particulares (Naciones Unidas, 1948). De hecho, la libertad de conciencia y pensamiento cobra un papel importante en cuanto a la toma de decisiones que desempeñamos a lo largo de nuestra vida como personas dentro de la sociedad. Algunos casos en los que podemos percibir como se desenvuelve esta relación entre salud y libertad son, por ejemplo, la elección de tratamientos médicos, o los casos de objeción de conciencia, que consisten en que la persona decide no someterse a ciertos tratamientos médicos garantizados, debido a principios, creencias o valores personales profundamente arraigados, usualmente por motivos religiosos.

Otro Tratado Internacional que es importante que tengamos en cuenta es el Tratado Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Su principal precedente fue el PIDESC, firmado en 1966; cuyo propósito fue desarrollado a raíz de la realización de la DUDH, en 1948. Este Tratado, en primer lugar, establece disposiciones específicas sobre la importancia de que las personas cuenten con un sistema de salud que posibilite las herramientas necesarias, para garantizar que los servicios de salud sean actualizados y que cuenten con la mayor calidad posible (PIDESC, 1966).

Dentro del PIDESC, se tratan determinados conceptos como el enfoque progresivo, acceso a los servicios de salud, prevención y tratamientos de enfermedades, entre otros que desarrollaremos en los siguientes apartados. Asimismo, este Pacto versa sobre el

derecho a la salud en su artículo número doce, en donde lo clasifica como un derecho humano esencial de primer rango. Este Tratado es sumamente importante, debido a que el PIDESC, junto al PIDCP, forma parte del PIDH, que refleja que los DDHH son interdependientes e indivisibles, así como que es importante que sean visualizados y respetados como un bloque, como un conjunto, para lograr el respeto integral que merece la dignidad humana (PIDECS, 1966).

En ese sentido, el derecho a la salud está desarrollado por el artículo número doce, que establece un esquema sólido para garantizarlo, reconociendo, en primer lugar, su importancia como un tema de amplia relevancia, dado que abarca múltiples aspectos que aportan al bienestar general para garantizar la realización de una vida digna para todos los ciudadanos; y en segundo lugar, resalta la importancia de las medidas progresivas para que más personas puedan acceder a un servicio de salud que efectúe un mejor control sanitario.

Respecto al texto normativo del artículo doce, afirma lo siguiente: todos los Estados que sean parte de este Pacto, reconocen el derecho que tiene toda persona a disfrutar del mejor nivel posible de su condición integral de salud; es decir, que se encuentre en óptimas condiciones físicas y psicológicas (Naciones Unidas, 1966). El artículo en mención integra el concepto de salud mental a la idea de salud que manejamos socialmente que se limita a entenderla como estado de bienestar físico, en consecuencia, nos parece un enfoque interesante que promueve el reconocimiento a la importancia de las enfermedades mentales, entre las que podemos encontrar a la ansiedad y la depresión, las cuales fueron muy comunes en el confinamiento por la COVID 19.

Prosiguiendo con el desarrollo de la normativa internacional que hemos seleccionado para analizar la importancia que radica en el derecho a la salud y su protección, pasaremos a desglosar lo que menciona al respecto la CADH, documento también conocido como Pacto de San José de Costa Rica. Suscrito en la Conferencia Especializada Interamericana Sobre DDHH que tuvo lugar en la capital costarricense, del día 7 al 22 del mes de noviembre de 1969. El Pacto de San José no hace referencia expresa al derecho a la salud, a diferencia del PIDESC. Sin embargo, de este Tratado Internacional podemos extraer disposiciones que, si bien de forma indirecta, pueden ser relacionadas con aspectos de la salud y sobre todo su protección.

El artículo cuatro señala que la persona humana tiene derecho a la vida, desde su

concepción hasta su muerte. Como podemos verificar, en el presente artículo no se hace referencia alguna a la salud; no obstante, como bien sabemos, el derecho a la vida se encuentra estrechamente ligado a esta, dado que, sin una buena salud, no podríamos vivir de acuerdo con lo que poseemos intrínsecamente por ser personas humanas: nuestros derechos fundamentales (Organización de los Estados Americanos, 1969). Es por ello por lo que, si bien la salud no figura como un derecho que se proteja en este Tratado Internacional, es un concepto que se encuentra interrelacionado con el de la vida misma y, por lo tanto, también con el concepto de dignidad.

Asimismo, el derecho a la integridad personal se encuentra enunciado en el artículo número cinco, el cual prohíbe aquellos tratos como la tortura y todos aquellos otros que sean señalados por ley como tratos crueles e inhumanos y degradantes. Sostenemos que al hablar acerca de integridad personal, estamos hablando también de salud física y mental; ya que, se requiere de ambas para poder desenvolver normalmente el curso de nuestra vida y de los proyectos que la conforman (OEA, 1969).

De todas las entidades internacionales que se han manifestado a favor de los derechos humanos, si bien solo el PIDESC manifiesta en su artículo doce que existe dentro de la normativa el derecho a la salud, vemos que la salud es un estado de bienestar tan transcendental que se encuentra, aunque indirectamente, regulado por la legislación de cada país y, por obvias razones, también por la legislación internacional, la cual se encuentra junto a la Constitución, en el nivel más alto de la jerarquía normativa, representada por la pirámide de Kelsen (Naciones Unidas, 1966). En consecuencia, los Estados deben contribuir a forjar una normativa relacionada con este tema; en primer lugar, reconociendo que todos disponemos del derecho al disfrute más alto posible de una salud íntegra; es decir, encontrarse en óptimas condiciones tanto a nivel físico como mental. En segundo lugar, los Estados deben invertir para obtener las herramientas e instalaciones de calidad para contribuir con los sectores sociales más empobrecidos, los cuales no tienen recursos para poder costear el servicio que requieren para poder recuperar su integridad física o psicológica.

Otro documento normativo internacional en el que es importante hacer hincapié al referirnos al derecho a la salud, es la Convención sobre los derechos del niño, la cual reconoce todos los derechos civiles y políticos que tienen los menores. Firmado en 1989, el Tratado Internacional es considerado como uno de los más importantes, porque desarrolla a profundidad los derechos con los que cuenta este sector vulnerable de la

población. Por otro lado, vale la pena recalcar que este Tratado ha sido ampliamente ratificado, lo que significa que todas sus disposiciones, dirigidas a la protección de bienes jurídicos han pasado a formar parte del sistema jurídico de los países refrendantes.

Comenzamos este análisis de acuerdo con el orden de los artículos en este documento internacional, según el artículo veintitrés de la Convención sobre los Derechos del niño (1989) expresa lo siguiente:

Los Estados miembro reconocen que el menor de edad que sufra de afecciones, ya sean estas mentales o fisiológicas, y que se encuentre impedido de desempeñar con autonomía sus facultades, debe disfrutar de una vida plena y decente, a través del cumplimiento de todas aquellas condiciones que aseguren su dignidad y que requiera para que, en un futuro cercano, pueda llegar a ser una persona autosuficiente e integrarse a la sociedad (Pág. 18).

El presente artículo manifiesta que los niños que hayan sufrido afecciones, ya sea de carácter físico o psicológico, y que no se encuentren en condiciones para desenvolverse con normalidad, tienen derecho a recibir los cuidados, educación y rehabilitación dirigidos a que el paciente pueda lograr su autosuficiencia y puedan lograr reintegrarse a la sociedad con normalidad. Continuando con el análisis, como podemos ver, el concepto que acabamos de desarrollar en relación con los niños impedidos constituye el núcleo del primer numeral, dado que se establecen los preceptos para que el menor de edad pueda lograr su autosuficiencia y reintegrarse socialmente, para proseguir con su desarrollo integral como persona.

El segundo numeral del artículo veintitrés según la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) pone de manifiesto lo siguiente:

Los Estados miembro reconocen el derecho correspondiente a todos los niños impedidos, que consiste en recibir todos los cuidados especiales que requiere para recuperarse; así como también alientan y aseguran, siempre y cuando los recursos que se requieran para el tratamiento estén disponibles, darle la prestación al niño impedido que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él (Pág. 19).

El párrafo dos se refiere al deber del Estado miembro para suministrar todo aquello que requiera el niño impedido para mejorar su condición física o mental, según sea el caso;

en consecuencia, podemos afirmar que es responsabilidad del Estado proporcionar todas las condiciones necesarias para tratar enfermedades fisiológicas y mentales como, por ejemplo: medicinas, especialistas, instalaciones, herramientas, entre otras. Por otra parte, sostiene que, si el niño se encuentra bajo la atención de personas responsables como padres o apoderados, estos deberán correr con todos los gastos del tratamiento y las medicinas.

En ese sentido, el numeral tres según la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) establece lo siguiente:

En atención a las necesidades especiales de los niños impedidos, la asistencia que se preste conforme al segundo párrafo del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo cultural y espiritual, en la máxima medida posible (Pág. 19).

El presente párrafo pone de manifiesto que el Estado miembro podrá prestar asistencia gratuita siempre que sea posible y acorde a lo manifestado por el párrafo número dos; es decir, siempre que se encuentre disponible todo lo necesario para hacer efectiva la recuperación del paciente. En consecuencia, si los padres, apoderados o allegados al niño impedido no cuentan con los recursos suficientes, el Estado suministrará la asistencia que el menor necesita. Sin embargo, esta asistencia no solo consiste en un apoyo monetario, porque el Estado se asegurará de que todos tengan acceso efectivo a cada uno de los servicios que lo ayuden a integrarse a la sociedad, de entre los cuales consideramos como los más importantes a la educación, la preparación para el trabajo y las oportunidades recreativas; dado que, son estos servicios los que potencian las habilidades blandas del menor de edad y lo preparan para su reinserción en la sociedad. Sin embargo, estos no son los únicos servicios que los Estados miembro suministran para brindar asistencia, los Estados también apoyarán aportando con servicios de rehabilitación, servicios sanitarios y capacitación, los cuales si bien no son menos importantes que los servicios de los que hablamos previamente, no se encuentran orientados directamente a la reinserción social,

objetivo de suma importancia para que el niño pueda llevar a cabo una vida con otras personas una vez que ha recuperado su salud íntegramente.

En concordancia, el párrafo cuatro se refiere a la cooperación internacional que tiene que haber entre Estados miembro respecto al intercambio de información relevante que gira en torno a temas como prevención de enfermedades, tratamientos médicos, psicológicos y funcionales. En adición a esto, el actual párrafo señala también que la cooperación entre Estados también incluye la difusión de servicios importantes, así como el acceso a estos, con la finalidad de que el niño impedido tenga acceso a servicios que vayan a mostrar resultados objetivos favorables. Algunos servicios que menciona el presente párrafo son servicios de educación, servicios de enseñanza y métodos de rehabilitación.

Asimismo, el artículo número veinticuatro, al igual que el artículo 12 del PIDESC desarrolla el derecho a la salud, pero orientado a las necesidades de este sector poblacional que estamos tratando. El derecho a la salud está precisado por cuatro párrafos, el segundo de ellos está dividido por seis literales que determinan cuales son los deberes que el Estado miembro tiene con este sector de la población, que es considerado junto a los adultos mayores como parte de las poblaciones vulnerables, dado que son más propensos a desarrollar enfermedades.

Pasando a analizar el texto normativo en cuestión, el primer párrafo manifiesta expresamente que los Estados parte reconocen el derecho de los niños al disfrute máximo de su bienestar; que como bien sabemos, se puede dividir en salud física y mental. Para ello, el Estado sostiene que el niño contará con el acceso a todos los servicios de salud que necesite para recuperarse de sus afecciones; en consecuencia, los Estados parte deben esforzarse por garantizar que todos los niños puedan acceder a servicios sanitarios, en caso de que los padres o apoderados de estos no tengan los recursos suficientes para acceder a los servicios que necesita.

El segundo párrafo garantiza el pleno cumplimiento de este derecho a la salud con el que cuentan los niños y señala cuales son los objetivos que persiguen los Estados miembro con el cumplimiento de este derecho a la salud. Estos son reducir la tasa de mortalidad infantil en la niñez; asegurar la atención y la asistencia médica que requieran los niños, haciendo énfasis en la atención primaria; aplicar todas las herramientas tecnológicas disponibles para tratar las enfermedades, así como también suministrar una alimentación nutritiva y agua potable salubre para prevenirlas y combatir la desnutrición; garantizar

que las madres gestantes puedan tener acceso a un servicio de salud prenatal y posnatal adecuado que cuente con las herramientas e instalaciones adecuadas; difundir conocimientos básicos concernientes a la salud, la nutrición, los beneficios de la lactancia materna, la higiene y las consecuencias que trae la contaminación ambiental en el consumo del agua y alimentos agrícolas; llevar a cabo, a través de medidas eficaces y apropiadas la abolición de todas aquellas prácticas tradicionales que perjudiquen la salud de los niños; todos los miembros de la presente Convención se comprometen a cooperar entre ellos promoviendo la difusión de información relativa a la salud, con el objeto común de lograr la plena realización del derecho manifestado en el presente artículo.

El artículo veinticinco de este Tratado señala que todos los niños que hayan sido internados en un establecimiento de salud física o mental cuentan con el derecho a ser evaluados recurrentemente, por parte de profesionales de la salud competentes, respecto a todas aquellas circunstancias que motivaron su internamiento, y con la finalidad de conocer cuál es su estado de salud actual.

Finalmente, el artículo veintiséis se encuentra dividido en dos párrafos. El primero de estos menciona que todos los Estados miembro de esta Convención reconocen el derecho que consiste en que todo niño debe poder beneficiarse de la Seguridad Social e inclusive del Seguro Social, conforme a la legislación de su país; por lo tanto, es en base a este motivo que los gobiernos de los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias. El segundo párrafo señala que las prestaciones de servicios serán llevadas a cabo cuando corresponda, considerando los recursos que posee la familia del menor o aquellas personas que sean responsables de mantener al menor que solicite apoyo del Estado.

### **2.2.3. Jurisprudencia nacional**

#### **2.2.3.1. Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPI**

##### **2.2.3.1.1. Antecedentes**

El 23 de julio del 2010, Cementos Otorongo SAC (COSAC) denunció a Gloria SA, Consorcio Cementero del Sur SA, Yura SA y Cemento Sur SA por abuso de posición de dominio y abuso de procesos legales, contenidos en los artículos 10.1 y 10.2 literal f, del D.L. N.º 1034.

Inicialmente, COSAC, desde el 2007, adquirió varias concesiones mineras destinadas a

la extracción de los materiales utilizados para producir cemento y clinker. Posteriormente, hizo de conocimiento público su proyecto de inversión que constaba de la construcción de una fábrica en la ciudad de Arequipa y en participar en el mercado cementero del sur, abasteciendo a los departamentos de Tacna, Apurímac, Moquegua, Madre de Dios, Cusco, Puno y Arequipa. Como consecuencia de la publicidad de su inversión, Gloria mediante su vocero Marcos Fredy Nakagawa Marroquín, quien también era representante de Yura, realizó varias denuncias policiales, administrativas, incluso judiciales, generando una interrupción en los tiempos de ejecución del proyecto de COSAC.

Para COSAC, las barreras de entrada implican la inversión de activos, transporte, una red de distribución, permisos y otros aspectos. Sumado a ello, la posición geográfica genera que el precio del producto sea en base al costo de transporte. Además, agregó que en la región sur se mueve entre 1.6 millones de toneladas al año de las cuales Yura ocupa un 75%, es decir, tanto la empresa Yura como Cemento Sur ocupan gran parte del mercado cementero del sur dotándolos de una posición de dominio de mercado. En consecuencia, las actuaciones realizadas por parte del vocero de Gloria y representante de Yura, el señor Nakagawa, constituyen actos de abuso de posición de dominio en el proceso legal.

Las actuaciones del señor Nakagawa fueron: la solicitud a la Dirección de Asuntos Ambientales de Industria del PRODUCE, solicitando información sobre la construcción de la planta de cemento y Clinker de COSAC con la finalidad de saber si cuentan y cumplen con los requisitos establecidos por ley. Asimismo, recurrió a la comisaría de S.C. para realizar una constatación policial sobre la construcción de vías en terrenos eriazos del Estado. Posteriormente, remitió un comunicado al INC indicando que en la Joya, Kilómetro 995 de la Panamericana Sur, se estaban realizando trabajos con maquinaria pesada, mostrando su preocupación por potenciales atentados a restos arqueológicos por parte de COSAC, agregando el pedido de información al INC sobre los permisos de COSAC para la ejecución de su trabajo. Además, presentó un escrito dirigido a OSINERGMIN informando sobre la construcción de una carretera en terrenos del Estado, adjuntando la constatación policial de la comisaría de San Camilo y resaltando la obligatoriedad de un análisis de Impacto Ambiental y el certificado del INC. Asimismo, el señor Nakagawa pidió la inspección ocular a la Gerencia Regional de Comercio Exterior y Turismo con la finalidad de verificar la usurpación de terrenos; comunicando días después a la GR de Agricultura de Arequipa que los terrenos de su jurisdicción estaban siendo usurpados por COSAC.

Por otro lado, Gloria interpuso una demanda contenciosa administrativa en contra de COSAC pidiendo la nulidad de la Resolución Administrativa 465-2008-GRA-GRAG/ATDRCH, dicha resolución, autorizaba a COSAC la ejecución de estudios hidrogeológicos para el uso de aguas subterráneas en la zona de San Camilo y, también, pidió la suspensión de la resolución como medida cautelar. Posteriormente, interpuso una demanda de amparo contra la Administración Local del Agua de Chili, la ANA y la procuraduría del MINAGRI, solicitando la nulidad de las resoluciones administrativas 465-2008-GRA/GRA/ATDRCH y 317-2009-ANA/ALA-CH, después, presentó una carta dirigida al presidente regional de Arequipa, en la que señalaba que la licencia de uso de agua otorgada a COSAC se encontraba en disputa la Resolución 002-2011/ST-CLC-INDECOPI admitió a trámite la denuncia interpuesta por COSAC en contra de Gloria por abuso de posición de dominio, en la modalidad de abuso de procesos legales como los vinculados a la licencia del uso del agua, pero, no admitió la denuncia en contra de Gloria sobre el proceso de construcción de la carretera y la construcción de la fábrica, como tampoco admitió la denuncia en contra de C.S., C.C. y Yura por abuso de posición de dominio. Ante esta resolución, COSAC interpuso recurso de apelación refiriendo que la Secretaría Técnica consideró su denuncia como tres denuncias diferentes, cuando la finalidad es realizar un análisis integral sobre los hechos, además aclaró que Yura y Gloria actuaron conjuntamente en contra de COSAC, debido a que, el señor Nakagawa es representante de Yura y es vocero de Gloria, es decir, es representante de ambas empresas.

#### **2.2.3.1.2. Problemática**

La Sala tuvo que analizar si existían razones para admitir la denuncia de COSAC en contra de C.S., C.C. y Yura, sobre el presunto debido a los procesos judiciales relacionados con la construcción de su fábrica y una carretera, ha abusado de su posición de dominio en la modalidad de litigio. Para la configuración de este supuesto, la Sala refirió que el competidor tuvo que incurrir en gastos de asesoría técnica legal para su defensa, lo cual incrementaría los costos de ingreso al mercado evitando que se den estrategias competitivas como la reducción de precios. Asimismo, la Sala señaló que es necesario que la conducta denunciada debía generar el impedimento de ingreso al mercado.

Como antecedentes se tuvieron: la constatación policial solicitada por el señor Nakagawa, la cual, tuvo la finalidad de ser usada como un instrumento de comunicación para varias

entidades estatales, en cambio, para COSAC, esta actuación demostró la mala fe de Gloria y Yura. El señor Nakagawa comunicó al INC sobre los trabajos realizados, su objetivo fue interrumpir la continuación de la construcción de la carretera. Asimismo, se tuvo la comunicación enviada a la Gerencia de Fiscalización Minera, la cual inició un procedimiento administrativo sancionador en contra de COSAC y le recomendó la paralización de su proyecto y la restauración de las áreas afectadas. Por otro lado, la comunicación con el Gerente Regional de Agricultura desencadenó la revisión de documentos de los permisos y licencias realizados por COSAC para el uso de agua subterránea, concluyendo en la suspensión de las acciones de modificación y mejora realizadas por COSAC y la restitución de las áreas ocupadas. En cuanto a la comunicación a la GR de Comercio Exterior y el GR de Arequipa, se concluyó con la derivación a la Gerencia de Agricultura de Arequipa, debido a que no eran órganos competentes para abordar la controversia.

Asimismo, en cuanto a la apelación presentada por COSAC, la Sala admitió a trámite la denuncia, únicamente contra el grupo Gloria, por el presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, específicamente en lo referente a la obtención de la licencia del uso de agua. La Sala confirmó que el Grupo Gloria a través de Yura y Cemento Sur cuentan con una posición de dominio en el mercado sureño del país, tanto en la producción como en la comercialización del cemento portland. La Sala refirió que las comunicaciones del Grupo Gloria tenían el objetivo de denunciar las actividades de COSAC generando una litigación predatoria, provocando el incremento de costos, ya que, COSAC tuvo que afrontar las situaciones legales y suspender la ejecución de su proyecto por tres meses. Por un lado, OSINERGMIN inició un procedimiento sancionador en contra de COSAC, obligándola a incurrir en gastos para su defensa, por otro lado, la Administración Técnica del Distrito de Riego de Chili devino en la paralización de las actividades, estas situaciones llevaron a la Sala a concluir que las denuncias por parte del Grupo Gloria obligaron a COSAC a utilizar sus recursos económicos en procesos legales y la paralización de la obra afectó su ingreso al mercado cementero del sur.

Gloria señaló que las denuncias fueron informativas, por ende, sus actuaciones no configuraron un abuso de procesos legales, debido a que, la comunicación con la autoridad estatal no asegura el inicio de un proceso sancionador, salvo se encuentren indicios suficientes que la facultan a iniciar el proceso. Respecto a este argumento, la Sala

agregó que a diferencia de los procesos civiles, donde se tiene el control del derecho de acción para iniciar un proceso, los procedimientos administrativos dependen de la autoridad, sin embargo, se presentó una situación particular, donde Gloria actuó de forma sistemática al momento de realizar las denuncias, a sabiendas que sus denuncias carecían de fundamento y tenían la finalidad de limitar las actividades de COSAC. Para la Sala estas acciones constituyeron el abuso de procesos legales; asimismo, la denuncia como tal es un medio de prueba de la conducta infractora y le corresponde a la Sala determinar si se configuró una estrategia predatoria que afectó a COSAC. Además, la Sala agregó que el señor Nakagawa es representante del Grupo Gloria y sus actuaciones tuvieron intereses directos en salvaguardar la participación de Yura en el mercado cementero, por lo que, la Sala incluyó a Yura dentro del proceso; asimismo, la Sala excluyó a Cemento Sur y Consorcio Cementero debido a que no encontró indicios suficientes sobre su participación en el abuso de posición de dominio.

#### **2.2.3.1.3. Resolución**

La Sala confirmó la declaración de inadmisibilidad de la denuncia interpuesta por COSAC en contra de C.S. y C.C., al no encontrar indicios suficientes que involucren su participación en las denuncias realizadas a las instituciones administrativas. Si bien es cierto que no participaron en las actuaciones en contra de COSAC, la Sala debe de considerar su nivel de participación en el mercado cementero, estableciendo medidas preventivas que eviten repercusiones en contra de COSAC u otro competidor que tenga intenciones de establecerse en el mercado del sur.

Asimismo, la Sala revocó la resolución 002-2011/ST-CLC-INDECOPI, de la Secretaría Técnica, la cual declaró inadmisibile la denuncia interpuesta por COSAC y admitió a trámite la denuncia de abuso de posición de dominio y el abuso de procesos legales. Las denuncias del Grupo Gloria a las autoridades administrativas sobre la ejecución del proyecto de COSAC fueron significativas, si bien es cierto, el proceso sancionador depende de la autoridad competente, las denuncias infundadas de Gloria implicaron la paralización de las actividades de COSAC y lo llevaron a recurrir a gastos legales que no estaban considerados dentro de su presupuesto. En consecuencia, tal como señaló la Sala, esta situación creada por el ente dominante en el mercado, obligó al competidor a utilizar sus recursos en procesos legales, en el caso en concreto, estos procesos incrementaron los costos de entrada de COSAC. Cabe señalar que las denuncias de Gloria no pretendían la

reivindicación de algún derecho, por el contrario, tenían el objetivo de obstaculizar la construcción de la fábrica de COSAC y sobre todo evitar la construcción de la carretera.

### **2.2.3.2. Resolución 13348-2010/SC1-INDECOPI**

#### **2.2.3.2.1. Antecedentes**

El 31 de julio del 2008, los distribuidores mayoristas, denunciaron a Backus ante la Comisión de Competencia Libre por abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas. El motivo de la denuncia fue que Backus cambió la modalidad de comercialización de sus productos, a través de llamadas telefónicas y dispuso la compra obligatoria de la cerveza cusqueña; asimismo, en los eventos, Backus estableció la compra obligatoria del 20% en cerveza en la marca Cusqueña y prohibió la venta de cerveza de la marca Pilsen Trujillo. Los distribuidores mayoristas adjuntaron a su denuncia copias de la carta notarial remitida a Backus, copias de facturas emitidas por Backus y un CD con grabaciones de las televentas. La Comisión mediante resolución 014-2009/ST-CLC-INDECOPI, no admitió a trámite la denuncia presentada por los distribuidores mayoristas argumentando que no hay indicios suficientes que acrediten la infracción, respecto a los documentos presentados, la Comisión refirió que solo evidencian la pérdida de ganancia por la poca rotación de la cerveza de marca Cusqueña.

El 21/08 los distribuidores mayoristas, interpusieron recurso de apelación en contra de la resolución 014-2009/ST-CLC-INDECOPI refiriendo que la cerveza Cusqueña no tenía aceptación por el consumidor final y la cuestión de fondo era el condicionamiento de la compra de un 8% de la cerveza de marca Cusqueña por la compra de las cervezas de marca Cristal, Pilsen Callao y Pilsen Trujillo, lo cual evidencia el abuso de posición de dominio al ser el único fabricante y distribuidor de cerveza. Esta política de ventas de Backus implicó la pérdida económica de S/.4.00 por cada caja de cerveza Cusqueña. Para los distribuidores mayoristas, el abuso de posición de dominio no surge contra los competidores de Backus, si no, en contra de ellos, que son parte de la cadena de distribución de Backus.

#### **2.2.3.2.2. Problemática**

La Sala consideró que la denuncia presentada por los distribuidores mayoristas por una violación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas debía ser admitida a trámite, es elemental contar con indicios razonables que acrediten la conducta

anticompetitiva de un competidor dominante, por ello, desarrolló la historia de la industria cervecera indicando que Backus, a junio del 2009, ocupaba el 88.2% del mercado cervecero, seguido por Ambev con un 7.5% y Ajeper con 4.1%. Pese a la entrada de nuevos competidores, Backus continuaba ocupando la mayor participación en el mercado y, además, clasificaba sus marcas en categorías como *premium*, *mainstream* y *economy* para llegar a los consumidores finales y satisfacer sus necesidades, siendo el tipo *economy* la más vendida. Asimismo, se tiene que Cusqueña pertenece a la categoría *premium* y, por ende, el precio es superior. Las cervezas *economy* costaban entre S/.3.63 y S/.4.31 y, la *premium* costaba S/.6.13; estos datos le permitieron a la Sala concluir que Backus contaba con una gran participación en el mercado cervecero y, además, generó una variedad de cervezas para sus consumidores finales.

La Sala no encontró indicios suficientes que configuraran la infracción, por el contrario, solo se evidenció el posible perjuicio económico de los distribuidores mayoristas. La política de ventas de Backus no excluyó, ni limitó la alternativa de recurrir a los competidores de Backus. La Sala también dijo que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que el abuso de posición de dominio excluye o impide que los competidores de la empresa dominante ingresen. Si bien Backus ostentaba posición de dominio, no se logró identificar repercusiones a los competidores reales.

#### **2.2.3.2.3. Resolución**

La Sala confirmó la resolución 014-2009/ST-CLC-INDECOPI, la cual no admitió a trámite la denuncia interpuesta por los distribuidores mayoristas en contra de Backus, al no encontrar indicios de la configuración de la infracción, para ello, la Sala utilizó las actuaciones probatorias de la Secretaría Técnica y concluyó que al no comprobarse la existencia de la afectación a los competidores, no se puede aplicar la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Las actuaciones previas por parte de la Secretaría Técnica procuraron verificar si la denuncia de práctica anticompetitiva tenía sustento, para ello, realizó entrevistas con los representantes de Backus con la finalidad de obtener más información, descartando la infracción y evidenciando la preocupación de Backus por posicionar la cerveza de marca Cusqueña. Finalmente, la Secretaría Técnica desestimó la denuncia, dicha postura fue seguida por la Sala.

Respecto a las ataduras, la jurisprudencia señaló que la configuración de una atadura ilegal surge cuando el vendedor tiene gran participación en el mercado y la venta de un

producto o servicio está condicionado a la adquisición de otro, esta situación genera afectación a los consumidores y competidores potenciales y produce doble ganancia al ente dominante por el producto atado. Por el contrario, cabe señalar que las ventas atadas devienen en positivas cuando la empresa utiliza la atadura para minimizar costos en la venta de productos, desde la perspectiva del consumidor, los costos tienen a reducirse y se genera un mayor control de la calidad de los productos.

### **2.2.3.3. Resolución 0497-2015/SDC-INDECOPI**

#### **2.2.3.3.1. Antecedentes**

El 16 de mayo del 2013, Nept Computer denunció a Deltron ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de insumos de soporte informático. La Secretaría Técnica, solicitó una entrevista con el gerente de Nept Computer y de Deltron con la finalidad de recabar más información sobre el funcionamiento de la empresa y recopiló la siguiente información: Deltron fue el proveedor de equipos de informática de Nept Computer durante más de 15 años, además, Deltron es la única distribuidora de equipos informáticos en Trujillo y el único vendedor de las marcas Advance, Ecotrend, Boomer, Bytecc y Corsair a nivel nacional. La negativa de ventas se originó después de que Nept Computer hiciera caso omiso al pedido de Deltron, la cual consistió en la entrega de documentos de productos adquiridos en el periodo de enero a mayo del 2008. Esta negativa de ventas, obligó a Nept Computer a adquirir productos de terceros a un mayor precio, sin embargo, estas otras empresas no vendían las marcas exclusivas de Deltron, lo cual generó un perjuicio a Nept Computer.

La Secretaría Técnica mediante resolución 017-2014/ST-CEB-INDECOPI, declaró improcedente la denuncia de Nept Computer, debido a que las compras realizadas a Deltron eran microprocesadores de la marca Intel y AMD. Con lo que se descartaría la afectación aducida por Nept Computer, en cuanto a la participación en el mercado la Secretaría Técnica analizó el volumen de importaciones, siendo Deltron la empresa con mayor participación en el periodo del 2010 al 2013. Para la Secretaría Técnica, no existieron indicios razonables que hayan configurado un abuso de posición de dominio, pese a considerar que Deltron ostenta posición de dominio no ha afectado la competencia en el mercado tecnológico debido a que existen otras empresas competidoras. Ante esta resolución, Nept Computer apeló la resolución 017-2014/ST-CEB-INDECOPI

argumentando que Deltron cuenta con posición de dominio; asimismo, vende marcas exclusivas que no tienen los competidores.

#### **2.2.3.3.2. Problemática**

Para admitir a trámite la denuncia interpuesta por Nept Computer, la Sala refirió que era necesario determinar la existencia de indicios suficientes que configuren el abuso de posición de dominio, en ese sentido, agregó que el abuso de posición de dominio repercute en los competidores afectando su permanencia en el mercado. En cuanto a la apelación presentada por Nept Computer, La Sala señaló que, en primera instancia, la Secretaría Técnica no determinó que Deltron sea un distribuidor mayorista de microprocesadores, tampoco encontró un vínculo competitivo entre el denunciante y el denunciado, ni un beneficio anticompetitivo producto de alguna infracción por parte de Deltron. En este análisis, la Sala concluyó que dentro del mercado geográfico especificado por Nept Computer, en la Libertad existen otras empresas distribuidoras, a las cuales puede recurrir sin restricción alguna, asimismo tiene a la ciudad de Lima como una alternativa para adquirir sus productos. La Sala resaltó que Deltron no es la única empresa de venta de microprocesadores e hizo hincapié en las compras realizadas por Nept Computer, las cuales consistieron en una laptop marca *Advance*, memorias en marca *Corsair*, mouse y teclados en marca *Ecotrend*. Estas adquisiciones demostraron que Deltron no tiene poder sobre las marcas exclusivas y Nept Computer no fue impedida de adquirirlas; asimismo, las compras realizadas fueron mínimas y a otras empresas, lo cual desacreditó que Deltron sea el único proveedor de marcas exclusivas a nivel local y nacional. Asimismo, la Sala evaluó si existía una relación competitiva entre Deltron y Nept Computer, la cual es crucial para la configuración de la existencia de una infracción de abuso de posición de dominio.

#### **2.2.3.3.3. Resolución**

La Sala confirmó la resolución 017-2014/ST-CEB-INDECOPI que declaró improcedente la denuncia de Nept Computer en contra de Deltron por el abuso de posición de dominio en la modalidad de venta injustificada, al no encontrar indicios suficientes que acrediten la infracción. Tal como investigó la Secretaría Técnica, Deltron no ha afectado al mercado; asimismo, la investigación determinó que los fundamentos de la denuncia no correspondían con la realidad, por un lado, la configuración de infracción de la negativa de venta debe causar una alteración al mercado, es decir, que esta negativa pretenda

eliminar parte de la competencia, lo cual no se concretó debido a que existían otras empresas que no se inmutaron por las acciones de Deltron. En cuanto al perjuicio económico, la Sala verificó las compras de Nept Computer y no detectó ninguna afectación, además, las compras realizadas no fueron significativas ni involucraron a todas las marcas exclusivas que argumentó previamente en su denuncia. La Sala consideró pertinente aclarar que un efecto inmediato de una acción anticompetitiva es la generación de un perjuicio a una empresa determinada, para ello, es necesaria la participación de una empresa dominante cuyos actos afectan la permanencia de la competencia configurando así el abuso de posición de dominio.

#### **2.2.4. Jurisprudencia internacional**

##### **2.2.4.1. Resolución del expediente S/0027/19 Inhaladores AstraZeneca**

###### **2.2.4.1.1. Antecedentes**

La farmacéutica TEVA denunció a ASTRAZENECA ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia por la presunta práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios del medicamento Symbicort. TEVA refirió que la denunciada ofreció a los hospitales el medicamento Symbicort a costos muy inferiores, con el propósito de sacar del mercado a sus competidores, incluyendo a TEVA, la Comisión Nacional estableció que, en el mercado farmacéutico además de los precios, la decisión de la compra de un medicamento está supeditada a la prescripción médica. Asimismo, TEVA señaló que la mayoría de los tratamientos inician en los hospitales y continúan en los domicilios, orillando al consumidor final a adquirir medicamentos de menor precio, en el caso en concreto serían los ofertados por ASTRAZENECA. La Comisión Nacional refirió que la venta de medicamentos se orientó en dos escenarios, el primero y más comercial, fueron las farmacias y el segundo fueron los hospitales, además agregó que las empresas farmacéuticas enfocan su estrategia de ventas a los hospitales, debido a que el uso del producto es asociado a la mejoría del paciente y durante el tratamiento permanece el uso del medicamento.

La denuncia de TEVA se sustentó en que ASTRAZENECA cometió abuso de posición de dominio mediante el abaratamiento del medicamento Symbicort ante el ingreso de medicamentos análogos. La estrategia que planteó ASTRAZENECA consistió en la creación de descuentos lo cual afectó a TEVA y a otros competidores, llegando a entregar

gratis el Symbicort por la compra de otros medicamentos, posteriormente TEVA intentó ingresar al mercado hospitalario otorgando bonificaciones en otros medicamentos, sin embargo, ASTRAZENECA, para evitar la salida del Symbicort, en una licitación en el Instituto Catalán de Salud aplicó un descuento del 100% del precio al Symbicort con lo que evitó el ingreso de medicamentos análogos y el ingreso de TEVA al mercado. Asimismo, refirió que la afectación económica de ASTRAZENECA no era significativa, por lo que podía soportar la entrega gratuita de medicamentos.

#### **2.2.4.1.2. Problemática**

La Sala de Competencia recabó la siguiente información: ASTRAZENECA ocupó una participación del 50%, lo cual implicó una participación mayoritaria en el mercado, además, la Sala de Competencia señaló que el precio es esencial para determinar el poder en el mercado, ya que, para el mercado farmacéutico la competencia va a depender en parte de las leyes y las políticas públicas. En cuanto a la adquisición del Symbicort, la Sala de Competencia evidenció que ASTRAZENECA no contaba con posición de dominio debido a que sus ventas en el mercado no superaban el 40%, por ende, sus estrategias de venta significaron ser una propuesta para ser elegible para las licitaciones y para los consumidores finales. La Sala de Competencia concluyó que la oferta en el mercado farmacéutico cuenta con alternativas y la decisión de la elección del medicamento depende de la afección, las condiciones de la persona y la decisión del médico, con ello no se puede afirmar que ASTRAZENECA cuente con posición de dominio en el mercado de medicamentos.

En cuanto a la posición de dominio sobre el Symbicort, la Sala de Competencia determinó que en el 2015 era el único medicamento en el mercado, sin embargo, la denuncia realizada se dio después del ingreso de medicamentos análogos. Por ello, Symbicort llegó a disminuir significativamente en el mercado con lo que se desacreditó el argumento de TEVA sobre el dominio de mercado. Asimismo, según la jurisprudencia europea, la posición de dominio no se encuentra prohibida, pero la responsabilidad de la empresa dominante se encuentra en no generar perjuicio a la competencia, además, la Sala de Competencia agregó que la configuración de abuso de posición de dominio se da cuando se produce una conducta abusiva injustificada con lo que se impide el ingreso del competidor al mercado o su salida, lo cual no se generó, por ello, la Sala de Competencia consideró la estrategia de ASTRAZENECA como una medida competitiva, originada por

TEVA, por esa razón es que ambas empresas ofrecieron descuentos con la finalidad de ser considerados en las licitaciones, ante la inexistencia de indicios que acrediten que la estrategia de ventas fue deliberada y con el objetivo de excluir a los competidores, se evidenció que la denuncia carece de fundamentos para ser admitida.

#### **2.2.4.1.3. Resolución**

La Sala de Competencia estableció no iniciar una acción legal en contra de ASTRAZENECA por la denuncia de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios del medicamento Symbicort interpuesta por TEVA, debido a que no se encontraron los indicios suficientes que acrediten la posición de dominio y el abuso de posición de dominio. La Sala de Competencia consideró que en el mercado farmacéutico existen otras empresas más, que en su conjunto ofrecen 21 medicamentos análogos al Symbicort, además, la Sala de Competencia consideró la pérdida de participación de ASTRAZENECA en el mercado, el cual bajo de un 90% a un 20% descartando con ello la posición de dominio.

La Sala de Competencia concluyó que no se dio la exclusión de algún competidor, resaltando que no existieron indicios sobre la configuración de una infracción que haya atentado contra los competidores. Cabe mencionar que la Sala de Competencia requirió del cumplimiento de requisitos que configuren la infracción y ante la inexistencia de estos, procede el archivo. Para la Sala de Competencia, el abuso de posición de dominio implica que la empresa dominante en una parte del mercado o en todo el mercado imponga precios, limiten la producción, creen relaciones desiguales de contratación, obligue la aceptación de prestaciones o ponga en situación de desventaja a la competencia. Si bien es cierto que la posición de dominio está permitida, la jurisprudencia evita y sanciona el abuso que pueda darse por parte de la empresa dominante. Asimismo, es necesario mencionar que los argumentos utilizados en la denuncia de TEVA, correspondían a una situación pasada de ASTRAZENECA, donde contaba con una posición de dominio, pese a ello, la Sala de Competencia no encontró que en ese periodo de dominio ASTRAZENECA haya infringido la normativa europea. Asimismo, resaltó que tanto TEVA como ASTRAZENECA compiten contra otras empresas y, quien inició las estrategias radicales de descuentos fue TEVA, por ende, tanto ASTRAZENECA como los otros competidores equipararon sus precios y crearon ofertas atractivas para ser elegibles por los hospitales y los consumidores finales.

## **2.2.4.2. Resolución del Expediente 418/2000 Glaxo 2**

### **2.2.4.2.1. Antecedentes**

Glaxo presentó ante la Comisión de las Comunidades Europeas unas condiciones generales de venta de medicamentos, que contenía dos listas de precios, una para el mercado interno español y el otro para las exportaciones. Ante este hecho, Aseprofar y Asecofarma, tomaron la decisión de que Glaxo fuera denunciado por abuso de posición de dominio en las nuevas condiciones generales de venta y, agregó que Glaxo y Cofares estaban concertando precios para la ejecución de la lista de precios. Según Aseprofar y Asecofarma las conductas de Glaxo establecían condiciones de precios los cuales favorecían a Cofares, asimismo, señalaron que Glaxo y Alter establecieron una cláusula que prohibía el suministro de medicamentos a los exportadores farmacéuticos, la negativa de suministro de Glaxo se dio mediante sus filiales, desde antes que se establezcan las condiciones de ventas generales de medicamentos cuya finalidad fue evitar que se realicen exportaciones.

Aseprofar refirió que Glaxo envió una carta que contenía las condiciones generales de venta de medicamentos y se advirtió que la carta debía ser devuelta con firma, lo cual sería considerado como una señal de conformidad. Aseprofar agregó que los medicamentos de la lista eran medicamentos subvencionados por España y posteriormente, cuando se comunicó con Glaxo para abastecerse de medicamentos, Glaxo les respondió que no se encontraba en la lista de clientes, evidenciando así las represalias advertidas implícitamente por Glaxo. Aseprofar señaló que Glaxo cuenta con una posición de dominio y como distribuidor mayorista enmascaró sus condiciones abusivas imponiendo condiciones que limitaron la venta de medicamentos dentro y fuera del país. La Comisión analizó los hechos referidos por Aseprofar, concluyendo que no se configuraron las condiciones para iniciar un proceso sancionador y dispuso el archivamiento de la denuncia. Esta decisión de la Comisión fue cuestionada por Aseprofar y Asecofarma ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, argumentando que existió abuso de posición de dominio a través de condiciones generales de venta y la restricción de exportaciones.

### **2.2.4.2.2. Problemática**

El Tribunal estableció, durante su investigación, la suspensión de la aplicación de sus

condiciones de venta en un lapso de seis meses. Asimismo ordenó a Glaxo y a sus filiales que garanticen el suministro de los pedidos durante dos años a las empresas con las que ya había contratado antes del ingreso de la lista de precios; además de una fianza y medidas coercitivas de sanción en caso de incumplimiento de las medidas dictadas por el Tribunal. Por un lado, los argumentos de Aseprofar y Asecofarma indicaron que las medidas adoptadas por Glaxo produjeron desequilibrio en el mercado donde se favorecen Glaxo y sus filiales y se desfavorece a los competidores, según Aseprofar y Asecofarma se configuraría una infracción y le corresponde al Tribunal establecer medidas que aseguren la protección de los intereses de los competidores. Por otro lado, Glaxo señaló que debe de existir indicios para que el pronunciamiento confirme la existencia de alguna violación o vulneración de las normas y respecto al caso en concreto, su participación no implicó una alteración o perjuicio sobre los medicamentos dentro del país. El Tribunal señaló que la denuncia de Aseprofar y Asecofarma permitieron el análisis y la distinción entre las condiciones generales de venta y la continuación del suministro bajo ciertas condiciones, para el Tribunal era necesario un análisis para determinar si la firma de las condiciones generales tenía efectos anticompetitivos debido a la dependencia económica, produciendo la revisión de la lista de precios establecida por Glaxo.

La recolección de información por parte del Tribunal determinó que la afectación al interés público por la negativa de venta solo cuenta con el 7.52% de mercado nacional, evidenciando que no hay afectación. Asimismo, señaló que las actuaciones que implican una lista de precios y una negativa de ventas, no se tratan de dos actuaciones diferentes, en esencia son dos aspectos diferentes dentro de una misma actuación con un único propósito. En cuanto a este punto, el Tribunal agregó que la política de Glaxo obedece a una estrategia empresarial cuyo objetivo es incrementar el precio de sus productos en el mercado internacional y, es irracional que Glaxo haya pretendido evitar la venta paralela de sus productos mediante limitaciones en las exportaciones. En cuanto a la posición de dominio en el mercado, el Tribunal señaló que la ostentación de dominio no se encuentra prohibida, en el caso de Glaxo, es un distribuidor mayorista, pero no cuenta con una participación significativa en el mercado, existen otros competidores dentro del mercado nacional e internacional a los cuales pueden recurrir las empresas. Además, los clientes de Glaxo no fueron obligados a firmar las condiciones de venta, en ellos recaía el libre albedrío de continuar vinculados a Glaxo o recurrir a terceros.

### **2.2.4.2.3. Resolución**

El Tribunal desestimó el recurso interpuesto por Aseprofar y Asecofarma debido a que no encontró los indicios suficientes que acrediten la infracción por parte de Glaxo y sus filiales. El Tribunal señaló que las actuaciones de Glaxo obedecen a una estrategia de ventas, sus condiciones de venta dentro del mercado interno fueron comunicadas previamente para darle la facultad a sus clientes de continuar o declinar el vínculo con Glaxo o sus filiales. Asimismo, en cuanto el mercado internacional, el incremento de precio en las ventas de sus medicamentos tenían el objetivo de incrementar sus precios al nivel de su competencia, ya que, sus productos eran los más baratos. Incluso, el Tribunal indicó que en ningún momento Glaxo limitó o condicionó las exportaciones, esas acciones serían contrarias su fin comercial. Además, el Tribunal refirió que Glaxo no ostentaba posición de dominio en el mercado farmacéutico, pese a contar con filiales, existen terceros y la elección le correspondía a sus clientes.

El Tribunal agregó que el origen de la denuncia radicó en la presentación de la lista de precios de la venta de medicamentos entregada a la Comisión de Comunidades Europeas, en este punto el Tribunal refirió que la Comisión cumplió una suerte de filtro y en primera instancia la Comisión debió advertir la configuración de alguna infracción de ser el caso. Cabe mencionar que las actuaciones denunciadas por Aseprofar y Asecofarma en contra de Glaxo, se enfocaron en generar una revisión de la lista de precios y demorar la aplicación de los nuevos precios, lo cual favorecería a las empresas que adquirirían una cantidad significativa de suministros de Glaxo y a su vez exportaban los medicamentos. El informe del Tribunal evidenció que los productos de Glaxo en el extranjero tenían un costo inferior al de sus competidores, al encontrarse vigente la lista de precios, los productos exportados de Glaxo subirían de precio, esta situación favorecería a las empresas que adquirieron medicamentos con los precios antiguos que los venderían a precios elevados sustentando el incremento por la lista de precios de Glaxo.

### **2.2.4.3. Resolución S/0028/20 Leadiant**

#### **2.2.4.3.1. Antecedentes**

La Organización de Consumidores y Usuarios, en adelante OCU, denunciaron ante la Dirección de Competencia el abuso de posición de dominio, en contra de Leadiant en la modalidad de precios excesivos para el medicamento CDCA-Leadiant, cabe mencionar

que este medicamento es utilizado en pacientes con xantomatosis. Posteriormente, se solicitó a la Autoridad Garante della Concorrenza e del Mercato que realice una inspección y remita la información a la Dirección de Competencia. Luego de que la Dirección de Competencia recibió la información, inició un proceso sancionador en contra de Leadiant por encontrar indicios de conductas anticompetitivas. A la denuncia se sumó el Ministerio de Sanidad, refiriendo que para el tratamiento de la enfermedad xantomatosis se utiliza el fármaco denominado CDCA-Leadiant, perteneciente a la denunciada, la cual desde el 2017 incrementó en un 375% el costo de venta del medicamento que consta de una caja de 100 cápsulas de 250 mg. Esto significó un perjuicio para el Ministerio de Sanidad y se originó por la posición de dominio de Leadiant. Asimismo, la OCU refirió que desde el 2008 el incremento en el costo no tiene justificación y carece de sustento, además solicitó que se realice un análisis sobre el caso para confirmar la existencia de abuso de posición de dominio. La OCU y el Ministerio de Sanidad indicaron que el medicamento CDCA-Leadiant es un medicamento huérfano, es decir, el medicamento se utiliza para enfermedades raras que afectan en promedio a 5 de cada 10 000 personas. En cuanto a los medicamentos huérfanos, debido a su escasa rentabilidad, la Unión Europea creó una serie de incentivos como la concesión de derecho de exclusividad comercial por el periodo de diez años, impidiendo que otro medicamento análogo o similar se desarrolle en ese periodo de tiempo, para generar rentabilidad en la producción del medicamento huérfano.

La información recabada por la Autoridad de Competencia italiana evidenció que las acciones de Leadiant generaron perjuicio a la OCU y al Ministerio de Sanidad, asimismo advirtió que estos actos fueron cometidos por el grupo Leadiant y sus filiales. La información evidenció el incremento de precio del medicamento, lo cual implicaría una subida de precio entre el veintitrés y noventa y dos veces de su precio inicial. Asimismo, la inexistencia de competidores o productos similares permiten que la subida de precios sea gradual y desproporcionada. Además, la estrategia de Leadiant para ostentar exclusividad en el mercado consistió en la adquisición de medicamentos con el compuesto CDCA y la autorización para adquirirlos a precios bajos, de esa manera evitó el ingreso de medicamentos genéricos, fue de esa forma que Leadiant pasó a ser el único comercializador de medicamentos con el compuesto CDCA.

Después de unos años, se otorgó a Kolbam la autorización para distribuir el medicamento con ácido cólico para tratar la xantomatosis, esta situación provocó que Leadiant solicite

la reversión de la autorización, debido a que no había sustento científico que acredite si el ácido cólico era efectivo. Leadiant para asegurar su permanencia en el mercado, realizó contratos de exclusividad con los principales proveedores de CDCA en España, lo cual provocó que los hospitales no tengan acceso al CDCA, pues, cada pedido realizado tenía como respuesta una negativa de venta. Asimismo, otra estrategia aplicada por Leadiant consistió en el retiro del medicamento, para luego reingresarlo e incrementar su precio, por ello, paralelamente Leadiant creó una empresa y una nueva marca para su medicamento.

Los precios elevados de Leadiant generaron la autorización para que los farmacéuticos experimenten con el CDCA, estas formulaciones se denominaron fórmulas magistrales, para Leadiant, el permiso de formulación carecía de validez legal, por ese motivo Leadiant envió cartas a la Asociación Española de Enfermeros y a los hospitales españoles denunciando la elaboración de fórmulas magistrales sin parámetros de calidad ni farmacocinéticos establecidos, es decir, que los resultados generados no se ajustaban a las especificaciones del medicamento. Las acciones de Leadiant afectaron significativamente a España, ante la ausencia de fórmulas magistrales y medicamentos diferentes al CDCA-Leadiant, igualmente, al sistema de salud español le resultó complicado atender a pacientes con xantomatosis.

Antes España adquiría un envase de CDCA a 984.45 euros, después de la subida el costo del envase llegó a ser de 3 903.06 euros, esta subida desmedida de precios fue justificada con el argumento de realizar estudios clínicos del CDCA. El ingreso de CDCA-Leadiant a España inició con una autorización comercial, el objetivo de Leadiant se centró en cubrir las dos vías de comercialización de medicamentos, las prescripciones médicas y la venta subsidiada por el Ministerio de Sanidad: cuando España autorizó el medicamento CDCA-Leadiant fue por el precio ofertado por Leadiant, el cual era similar al de otros países europeos, posteriormente el precio fue ascendiendo, este incremento orilló a España a recurrir a una farmacia valenciana de forma irregular para la elaboración de fórmulas magistrales con el compuesto CDCA, no logrando concretarse, debido a que Leadiant informó a las autoridades competentes.

Después de dos años en el mercado español, Leadiant le hizo una propuesta al Ministerio de Sanidad, dicha propuesta fue rechazada, debido a que el precio era superior, España argumentó que en el 2008 cada cápsula costaba 0.09 euros y para el 2020 tenía el costo de 140 euros, por ello España planteó excluir el medicamento CDCA-Leadiant del

Sistema Nacional de Salud por el impacto en el presupuesto y el incremento injustificado del precio, esta situación llevó a negociaciones entre Leadiant y el Ministerio de Sanidad que concluyeron en una financiación para la adquisición de CDCA-Leadiant bajo la condición de un precio razonable y la revisión anual de los precios con la finalidad de garantizar que se encuentren dentro de los parámetros acordados.

#### **2.2.4.3.2. Problemática**

La Sala de Competencia realizó el análisis de la información recopilada para determinar si se configuró una conducta de abuso de posición de dominio por parte de Leadiant, para la Sala la afectación al mercado nacional respecto de la fabricación y distribución del medicamento evidenciaron el abuso de posición de dominio. Asimismo, le correspondió a la Sala determinar el mercado geográfico de los medicamentos, debido a que Leadiant se sometió al ordenamiento sanitario de cada país. Respecto a España, el Ministerio de Sanidad propuso admitir la denuncia por la existencia de la infracción de abuso de posición de dominio, ya que, evidenció la existencia de mecanismos de exclusión de competidores farmacéuticos en el mercado. La Sala aclaró que el abuso de posición de dominio se originó como una estrategia de exclusividad por parte de Leadiant, ya que, la información recopilada le sirvió a la Sala para concluir que Leadiant aprovechó la normativa de medicamentos huérfanos para controlar el mercado de la molécula CDCA, pues, pese a que el medicamento estaba dirigido a un grupo minoritario, el sistema de salud estaba obligado a atender a pacientes con xantomatosis, esta situación fue aprovechada por Leadiant, durante los años posteriores a la autorización de ingreso al mercado, se incrementaron los precios del medicamento bajo argumentos inconsistentes.

En cuanto al alza de precios, la Sala analizó las estrategias utilizadas por Leadiant, la primera fue de adquirir contratos de exclusividad con las proveedoras de la molécula CDCA, ello le permitió ser la única con el poder de adquirir y utilizar el CDCA, la otra estrategia era ingresar a los mercados nacionales a precios estandarizados, ofertaba un precio inferior del medicamento y al transcurrir los años, este precio comenzaba a multiplicarse llegando a incrementarse hasta diez veces más del precio inicial. Asimismo, cuando Leadiant se encontraba dentro del mercado realizó el retiro del medicamento y lo reintrodujo con una nueva marca a un precio más elevado. La Sala refirió que la afectación de la subida de precios repercutió en el presupuesto nacional de España, orillándolos a considerar la exclusión del medicamento y recurrir de forma arbitraria a autorizar a otras

farmacéuticas a crear fórmulas con el CDCA, dicha medida fue impedida por Leadiant, dado que cuestionaba todos los actos que ponían en riesgo su participación en el mercado o el ingreso de medicamentos alternativos, llegando a cerrar las farmacéuticas que suponían una competencia irrelevante. La Sala agregó que hasta el momento de la denuncia no existió en el mercado farmacéutico el uso de alguna fórmula magistral.

Para la Sala, las barreras de entrada que generó Leadiant implicaron la limitación en el desarrollo de nuevos medicamentos con el CDCA, para lograr ello Leadiant realizó diversos estudios estadísticos para mantener a su medicamento como un medicamento huérfano, esa denominación le permitió a Leadiant mantener la exclusividad en el mercado europeo por el lapso de diez años, es decir, desde el 2017 hasta el 2027. Además, la Sala refirió que la situación de exclusividad no evita que se creen medicamentos alternativos con el mismo principio activo las cuales debían acreditar su efectividad, esta situación fue previamente analizada por Leadiant, pero, debido a que la enfermedad era padecida por un grupo muy reducido de ciudadanos no se podrían realizar estudios de la efectividad de los medicamentos alternativos, asimismo, las farmacéuticas que pretendieron crear nuevas fórmulas no podían adquirir la molécula CDCA.

En base a estos supuestos, la Sala determinó que para acreditar la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio, Leadiant debe contar con una participación significativa en el mercado y generar perjuicio a los competidores, para el caso en concreto, la posición dominante de Leadiant fue atribuida mediante la normativa de medicamentos huérfanos, la cual dotó de exclusividad al medicamento de Leadiant, sin embargo, no se encuentra excluida de la aplicación de un proceso sancionador, en consecuencia, la Sala evaluó que la cuota en el mercado farmacéutico de Leadiant era del 100%, con ello se acreditó la posición de dominio.

Según Leadiant, las fórmulas magistrales generaron una disminución en sus ventas y ante esta situación optó por disminuir sus precios, la Sala respondió a este argumento aclarando que las fórmulas magistrales fueron elaboradas de forma irregular y su producción fue prohibida, además, en ningún momento Leadiant disminuyó sus precios, por otro lado, la Sala mencionó que el poder de Leadiant en el mercado se evidenció en su capacidad negociadora, según Leadiant, sus derechos de exclusividad le permitían negociar con las autoridades sanitarias y, además, la facultad de imponer los precios de compra le correspondía a los Ministerios de Sanidad, respecto a este argumento, la Sala refirió que las farmacéuticas proveedoras del CDCA solo le vendían el compuesto a

Leadiant y la respuesta para terceros era una negativa que evidenciaba el contrato de exclusividad con Leadiant. La Sala concluyó que Leadiant, durante la investigación, ostentó posición de dominio acreditado por la autonomía de controlar precios en función a sus decisiones. Asimismo, pese a incrementar costos, sus productos seguían siendo adquiridos debido a la inexistencia de alternativas a su medicamento. Según la Sala, la libertad de empresa permite la realización de prácticas comerciales destinadas a reforzar la posición en el mercado, la normativa no prohíbe que una empresa que se encuentra en una posición dominante utilice medidas razonables que protejan sus intereses, en el caso de Leadiant, aparentemente pretendió mantener su posición de dominio utilizando el derecho de exclusividad, encubriendo su finalidad principal de reforzar su posición de dominio y abusar de ella.

#### **2.2.4.3.3. Resolución**

La Sala declaró admisible la denuncia y refirió que se configuró el abuso de posición de dominio desde el 2017 hasta el momento de la denuncia. Por ello, se impuso una sanción equivalente a 10 250 000 de euros y obligaron a Leadiant a no exigir el suministro del CDCA de forma exclusiva permitiendo la adquisición de la molécula CDCA a terceros. Asimismo, informaron a Leadiant a no realizar las mismas conductas en el futuro. Por otra parte, la Sala acreditó la existencia de prácticas abusivas prohibidas, referentes a la exclusión de la competencia, con la finalidad de mantener barreras en el mercado y la imposición de precios excesivos, lo cual generó una afectación en el mercado. Por otro lado, la fabricación del CDCA-Leadiant es utilizado en pacientes con xantomatosis, la cual es una enfermedad rara que se da a un número pequeño de ciudadanos y es financiado por la Seguridad Social, el precio del medicamento repercutió de manera directa en la salud de las personas con xantomatosis e indirectamente en la economía de los ciudadanos, ya que, se afectó el presupuesto de la Seguridad Social, esta situación evidenció el efecto nocivo de la conducta de Leadiant. Asimismo, la Sala refirió que las consecuencias de la conducta de Leadiant restringieron la competencia al evitar el ingreso de los competidores y, además, la creciente subida de precios incrementó el gasto público en medicamentos, poniendo en una situación de vulnerabilidad al mercado español. Las conductas de Leadiant aprovecharon el derecho de exclusividad otorgada por los medicamentos huérfanos para apoderarse del compuesto CDCA, si bien es cierto que la población que necesitaba el medicamento era ínfima, el Ministerio de Salud no podía excluir a los pacientes con xantomatosis de recibir un tratamiento, por ende, se vieron

obligados a adquirir el medicamento a la única empresa que los ofertaba, aceptando el precio y las condiciones de venta.

Asimismo, se resaltó que las actuaciones de Leadiant fueron sistemáticas y contrarias a la libertad de empresa, pese a contar con los derechos de exclusividad, Leadiant obró de mala fe, recurriendo a artificios para obtener el monopolio de la molécula CDCA, mediante actos legítimos, por un lado, se tiene al mecanismo de la Unión Europea para incentivar la producción de medicamentos huérfanos, sustentado en el derecho a la salud, sin embargo, no han previsto situaciones donde el derecho de exclusividad cree un monopolio donde los principales perjudicados sean los ciudadanos.

En el presente caso se observó que una medida por parte del Ministerio de Sanidad fue la exclusión del medicamento debido a los costes de compra, lo cual generaría que los pacientes de xantomatosis adquieran directamente el medicamento afectando su economía. Si bien es cierto que la ley no prohíbe la posición de dominio, advierte la posibilidad de iniciar un procedimiento sancionador ante el abuso de posición de dominio. Por otro lado, se tiene la libertad de empresa, mediante el cual Leadiant estuvo facultado a ejecutar diversas estrategias en beneficio propio y en salvaguarda de sus intereses, lo cual está permitido por la ley, debido a ello, Leadiant pudo concretar su intención de participación única en el mercado farmacéutico, cabe mencionar que no existe una figura que supervise y autorice las acciones de las empresas, debido a que sería intrusivo y limitaría la actividad empresarial. Pero, la normativa advierte que se configura una infracción cuando las medidas adoptadas por la empresa dominante generan perjuicio y afectan a los competidores y a los consumidores, tal es el caso de Leadiant, cuyas estrategias evitaron que surja la competencia al poseer el monopolio de la molécula CDCA, lo cual impedía que otras farmacéuticas creen fórmulas alternativas, además, se tiene el incremento de precios continuo e injustificado.

#### **2.2.4.4. Resolución S/0026/19 Merck Sharp Dohme SA**

##### **2.2.4.4.1. Antecedentes**

INSUD denunció ante el Consejo Nacional de los Mercados y Competencias, la presunta comisión de un abuso de posición de dominio, en contra de la farmacéutica Merck Sharp & Dohme, en adelante MSD, argumentando que se ejecutaron estrategias con el objetivo de impedir y demorar su ingreso al mercado de medicamentos anticonceptivos hormonales. La Sala recabó la siguiente información, la denunciada MSD fue titular del

anticonceptivo anillo vaginal hormonal bajo una patente registrada, la cual expiró en abril del 2018, el derecho de exclusividad otorgado a MSD inició el 2002 y culminó el 2017, la Sala refirió que la patente tuvo una duración de veinte años, durante este periodo de tiempo MSD era la única empresa autorizada para producir y vender el anticonceptivo anillo hormonal, después de la caducidad de la patente, INSUD pretendió ingresar al mercado con su anticonceptivo anillo ornibel, como un medicamento genérico.

El origen de la controversia surgió cuando MSD refirió que la temperatura es una parte fundamental de su patente y oscila entre 4°C y 25°C, por el contrario, el producto de INSUD no requería una temperatura para su conservación, por lo que solicitó una evaluación de los compuestos del producto de INSUD, la comparación de ambos productos fue en base a una perspectiva médica y a una perspectiva técnica, desde el punto de vista médico el anillo anticonceptivo de MSD y el anillo anticonceptivo de INSUD tienen los mismos principios activos y la misma fórmula farmacéutica, las similitudes provocaron que sean declarados como medicamentos bioequivalentes, es decir, el anillo de INSUD sería un producto genérico, en cuanto al punto de vista técnico, se tratan de dos productos diferentes debido al compuesto utilizado para su fabricación, resaltando que la diferencia entre los dos productos radica en los materiales.

En el 2017, MSD demandó a INSUD por la infracción en contra de su patente, además solicitó que las filiales de INSUD dejen de producir y comercializar el anillo genérico, ante la negativa de su pedido, MSD requirió la entrega de cinco muestras del producto de INSUD, a cambio de la entrega INSUD pidió la firma en un acuerdo confidencial. El acuerdo confidencial contenía la prohibición de tomar acciones en contra de la infracción de patentes y la prohibición de iniciar una solicitud de patente con la información otorgada. Posteriormente, INSUD le ofreció a MSD brindarle más información si firmaba el acuerdo de confidencialidad, estas tentativas de negociación de intercambio de información se dieron durante el proceso judicial del cual no estaba informada INSUD. Según MSD, su solicitud era realizar un análisis documental, mas no tenía un fin experimental, además refirió que la autorización como medicamento genérico implicó la declaratoria de bioequivalencia lo cual significaría la infracción de la patente del anillo anticonceptivo hormonal. El juzgado español concluyó que, ante la falta de información, no fue posible comprobar la existencia de la infracción de patente, posteriormente INSUD pidió la suspensión del proceso llegando a caducar por inactividad procesal. Asimismo, MSD inició varios procesos en otros países en contra de INSUD con la finalidad de

detener la producción de los anillos anticonceptivos, por ejemplo, se tuvo el proceso judicial en Alemania, donde MSD solicitó que se detenga el proceso de producción, recibiendo una respuesta negativa debido a la inexistencia de la infracción de patente. Por lo tanto, ningún proceso iniciado por MSD tuvo una respuesta positiva, en consecuencia, ninguna de las medidas cautelares presentadas surtió efecto.

Otro hecho relevante fue que INSUD anunció la distribución de 20 millones de anillos vaginales, la fecha elegida por INSUD fue posterior a la caducidad de la patente de MSD, además, este hecho evidenció que MSD tenía conocimiento sobre el ingreso de INSUD al mercado farmacéutico, lo cual originó que MSD iniciara la interposición de un recurso contencioso administrativo con la finalidad de evitar y demorar la distribución de los anillos retrasando el registro de patente de INSUD. El argumento de MSD fue que la patente de INSUD no tenía valor que acreditara la forma precisa de obtención del polímero utilizado para la fabricación del anillo, en ese sentido, la Sala señaló que el argumento de MSD era contrario a la normativa, la cual establecía que para corroborar una infracción de una patente no se pueden alegar patentes actuales o posteriores a la controversia, en el caso en concreto, MSD usó como prueba la patente del anillo de INSUD, el cual aún no se encontraba registrado, además, la Sala agregó que los compuestos utilizados son diferentes, debido a que el producto de MSD requiere de características específicas de refrigeración y por el contrario el producto de INSUD, no. En base a estos hechos la Sala concluyó que MSD tuvo conocimiento sobre el ingreso al mercado de los productos de INSUD, la cual presentó mejores técnicas para su producción y representó una competencia directa al producto de MSD.

#### **2.2.4.4.2. Problemática**

La Sala de Competencia realizó las investigaciones preliminares determinando que la conducta anticompetitiva por parte MSD pretendía limitar el ingreso al mercado de los productos de INSUD, específicamente el anillo vaginal. Para ello la Sala determinó el abuso de posición de dominio por parte de MSD cuyas conductas implicaron acciones anticompetitivas como el inicio de procesos judiciales para detener la producción de los anillos de INSUD y el inicio de un procedimiento administrativo sancionador en base a una supuesta infracción de una patente. Para la Sala estas acciones buscaron hostigar al nuevo competidor y restringir su producción, limitando su participación en el mercado. Según la Sala, MSD contó con el derecho de exclusividad para la fabricación y

comercialización de su producto, ello no implicó que se excluya la competencia o se restrinja la creación de nuevos productos, por el contrario, el derecho de exclusividad tiene como objetivo generar la innovación por parte de las empresas y la creación de nuevos productos y se encuentra respaldado por la Ley de las patentes.

La Sala refirió que las acciones judiciales iniciadas por MSD se encuentran dentro del marco normativo, lo cual no implica que obtenga respuestas positivas o fallos favorables, sin embargo, esta conducta se encuentra tipificada como anticompetitiva debido a que MSD utilizó el sistema legal para detener el ingreso y la distribución de los productos de INSUD. Respecto a la posición de dominio, la Sala se basó en la clasificación de los grupos de medicamentos de la Unión Europea, donde los anillos vaginales hormonales se encuentran en el título de otros anticonceptivos hormonales sistémicos, y MSD ocupó el mercado español de anticonceptivos hormonales por más de una década gracias a su patente. Su conducta anticompetitiva fue acreditada mediante el anuncio de ingreso al mercado realizado por INSUD, la fecha establecida para la distribución de los anillos de INSUD coincidía con la caducidad de la patente de MSD, asimismo, el anuncio realizado por INSUD lo posicionaba como un potencial competidor del producto de MSD. La Sala mencionó que las demandas interpuestas por MSD no surtieron efecto debido a la predisposición participativa de INSUD, además agregó que las prácticas de MSD obedecieron a la ausencia de innovación y por ende, pretendió retrasar su competencia potencial, INSUD, quien propuso un producto genérico, conforme al análisis de la Sala se desprende que MSD frente a la fecha próxima de la caducidad de su derecho de exclusividad utilizó mecanismos que demoraron el ingreso de INSUD, debido a que el precio de los productos genéricos tienden a reducir el precio de los productos originales, siendo los productos genéricos los más baratos, además la elección de la compra recae en el consumidor final.

Asimismo, la Sala verificó la afectación del mercado ante el ingreso de productos de INSUD, la información recabada por la Sala determinó que frente a una variedad de métodos anticonceptivos femeninos, las mujeres suelen realizar un análisis de las características de los productos en base a sus necesidades, dentro de esta elección, la Sala evidenció que el anillo vaginal hormonal no cuenta con sustitutos, además, ante el ingreso de los anillos vaginales genéricos, MSD refirió un descenso en sus ventas, con lo que la Sala acreditó que el anillo vaginal era una anticonceptivo elegible por las mujeres. Estos hechos, implicaron que la Sala concluya que MSD ostentaba la posición de dominio de

los anticonceptivos hormonales en España.

#### **2.2.4.4.3. Resolución**

La Sala declaró la existencia del abuso de posición de dominio en la modalidad de ejercicios judiciales infundados por parte de MSD en contra de INSUD, además impuso la multa de 38 934 000 euros por la infracción anticompetitiva y le advirtió a MSD que se abstenga de volver a realizar las mismas conductas a futuro. La Sala argumentó que las acciones de MSD tienen la categoría de abuso de posición de dominio, ya que, mediante la interposición de demandas se vulneró el ingreso de INSUD, a su vez las demandas interpuestas tenían la finalidad de fastidiar a INSUD, para la Sala estas conductas anticompetitivas son atribuibles a MSD, el argumento utilizado en las demandas de MSD fue la defensa de sus derechos, encubriendo su intención de detener la producción de anillos vaginales y demorar su comercialización, la Sala llegó a esta conclusión debido a que INSUD tenía su fábrica en España, por lo que las primeras acciones legales de MSD se suscitaron en España. Además, la Sala consideró el efecto judicial de la medida cautelar de MSD, con la que logró detener la producción de anillos de INSUD, la paralización implicó que no se exporte ni se comercialice en España ni en Europa, debido a que la producción central del anillo se encontraba solo en España, posteriormente se levantó la medida cautelar, pero la afectación producida fue suficiente para que la Sala considere la existencia de la infracción y evidencie la afectación de INSUD.

Para la Sala, el afectar el comercio entre los Estados constituye una explotación abusiva de la posición de dominio, pues, el concepto de comercio no se restringe al intercambio de bienes, sino, implica toda actividad económica. Según la normativa no es necesario que una conducta anticompetitiva llegue a otros países, la simple afectación a la economía mediante una práctica de obstaculización que genere un impacto negativo en el mercado implica una infracción, en el caso en concreto. La Sala consideró que la conducta de MSD afectó el comercio, dentro del territorio español, además, esta práctica abusiva impidió la distribución de los productos de INSUD en Suecia, Alemania, Finlandia y otros países europeos, la consecuencia inmediata de la paralización de producción fue el retraso de los pedidos y el lanzamiento de su producto en otros países, acreditándose así el alcance supranacional del abuso de posición de dominio.

Tal como mencionó la Sala, estas conductas suelen ser frecuentes en empresas con un

derecho de exclusividad próximo a caducar, el propósito de la ley de patentes es incentivar la innovación y creación de productos, sin embargo, el tiempo otorgado provoca que algunas empresas no experimenten o mejoren sus productos. Según el informe de la Comisión Europea, en el mercado farmacéutico, el ingreso de los productos genéricos es con un 25% menos del precio de los productos originales y después de dos años de permanencia en el mercado tienden a ser 40% menos, generando una reducción de precio en el producto original, es por ello, que la Sala consideró que las estrategias de MSD tenían como objetivo restringir el ingreso del producto genérico de INSUD.

#### **2.2.4.5. Resolución Expediente S/DC/0601/16**

##### **2.2.4.5.1. Antecedentes**

La Autoridad Italiana de Competencia realizó una inspección en la empresa Dublín e inició un procedimiento de instrucción en contra de ASPEN con el objetivo de determinar la existencia de un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de incremento de precios. Posteriormente, la Dirección de Competencia recibió la información de la Autoridad Italiana de Competencia donde se comunicó la existencia de una posible infracción y prácticas anticompetitivas iniciadas por el desabastecimiento de medicamentos en el mercado español. Asimismo, las investigaciones exhibieron que las mismas conductas se repetían en Italia. La Sala tuvo el objetivo de determinar la existencia de indicios de la infracción por lo que inició un proceso de investigación, requiriendo información a la Subdirección General de Calidad del Medicamento y Productos Sanitarios. La Sala recibió la contestación de la Subdirección General, donde se informó que la Autoridad Italiana de la Competencia sancionó a ASPEN por la causal de fijación de precios abusivos de algunos medicamentos en Italia. Por otro lado, la Dirección de Competencia dictó la incoación del expediente sancionador remitida por la Autoridad Italiana de Competencia, ya que, consideró que no se reunieron los suficientes indicios para acreditar la infracción, previamente, la Dirección requirió la información a ASPEN sobre su estructura y funciones de la empresa, características de sus medicamentos y el incremento de los precios, según esa información refirió que no se pudo establecer que se haya cometido una infracción, por lo que dictó el archivo. La Sala refirió que la Dirección de Competencia no cuenta con la facultad para dictar el archivo y que esta facultad de instrucción le corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

#### 2.2.4.5.2. Problemática

La Sala refirió que, en el caso en concreto, le corresponde a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aplicar una sanción ante las conductas que impidan y restrinjan el ingreso a los competidores o afecten la economía de un país o los Estados miembros, así como, resolver las controversias administrativas. Además, la Sala determinó que le corresponde resolver la decisión de archivo, debido a que es contraria a la normativa, la cual establece que la decisión de incoación prohíbe a otras autoridades aplicar una sanción sobre un caso iniciado en otro estado miembro, en este caso, ya se había establecido una sanción en Italia, pero la afectación persistía en España.

Los informes revisados por la Sala evidenciaron que ASPEN contaba con la posición de dominio en el mercado farmacéutico de medicamentos contra el cáncer, su ingreso al mercado europeo fue después de que adquirió una cartera de medicamentos, durante sus primeros años, ASPEN se extendió por varios países, llegó a ser una farmacéutica con una participación significativa en el mercado. Para la Sala, la posición de dominio se acreditó cuando ASPEN empezó a incrementar los precios de sus productos de manera paulatina, esta situación generó una repercusión en la economía del Ministerio de Sanidad y en los consumidores finales, la Sala señaló que el precio de los medicamentos ofertados por ASPEN, como el Melfalan, se incrementaron hasta en un 500%, este medicamento se suele utilizar para enfermedades como la leucemia o mielomas convirtiéndolo en un medicamento esencial y, además no cuenta con un medicamento análogo para sustituirlo, con este hecho la Sala demostró la posición de dominio y una de las acciones del abuso de su posición de dominio en el mercado farmacéutico, esta situación generó un perjuicio directo en los pacientes con leucemia.

Asimismo, la Sala acreditó el abuso de posición de dominio mediante la actuación de ASPEN, la cual consistió en el retiro de medicamentos para la hipertensión, según la Sala, ASPEN llegó a adquirir posición de dominio en el mercado a través de la compra de algunos laboratorios que producían medicamentos genéricos para la hipertensión, su posición dominante se acreditó cuando el retiro de sus medicamentos desabasteció las farmacias, cuyo efecto implicó la ausencia significativa de medicamentos para la hipertensión en un 80%, esta ausencia de medicamentos genéricos, afectó a los consumidores finales, y al presupuesto del Ministerio de Sanidad, según ASPEN, se trató de una estrategia empresarial para relanzar su producto y mejorar la presentación. La Sala

acreditó el abuso de posición de dominio por parte de ASPEN, refirió que las acciones de ASPEN, afectaron la economía de los pacientes y repercutieron en el presupuesto del Ministerio de Sanidad.

#### **2.2.4.5.3. Resolución**

La Sala declaró la existencia del abuso de posición de dominio en la modalidad de incremento de precios por parte de ASPEN, además, impuso la multa de 294 000 000 euros por la infracción anticompetitiva y advirtió a ASPEN la abstención de realizar las mismas conductas a futuro. La Sala argumentó que la información recibida determinó que las acciones de ASPEN evidenciaron en primer lugar, su posición dominante en el mercado de medicamentos contra la leucemia y mielomas, así como de los medicamentos genéricos para tratar la hipertensión, la Sala indicó que las acciones de ASPEN, iniciaron con un incremento de los precios en los medicamentos utilizados en el tratamiento de pacientes con cáncer, el incremento llegó a ser hasta en un 500%, limitando el acceso a estos medicamentos, afectó la economía de los pacientes y principalmente afectó la salud de las personas.

En cuanto a este punto, la Sala argumentó que el Melfalan tiene la característica de medicamento esencial, es decir, es un medicamento que cubre las necesidades principales de un grupo de personas que requieren tratamiento médico, además, son efectivas; el incremento de precios por parte de ASPEN limitó el acceso a este medicamento y afectó principalmente a los pacientes con tratamiento, asimismo, la Sala refirió que la acción de retirar los medicamentos genéricos para tratar la hipertensión generó un desabastecimiento de medicamentos, constituyeron abuso de posición de dominio, siendo el efecto inmediato fue la ausencia de medicamentos para la hipertensión. La Sala determinó que ASPEN realizó prácticas de negociación abusiva que generaron la obstaculización del comercio en los mercados de los países miembro, tales como la disminución de suministro de medicamentos y acuerdos con los distribuidores que implicaron tener un stock de medicamentos en todas las farmacias incrementando el precio, además, la Sala agregó que ASPEN no justificó la subida de precios ni advirtió sobre sus estrategias de retirar sus medicamentos.

#### **2.2.4.6. Resolución 551/02, Farmacéuticos Formulistas**

##### **2.2.4.6.1. Antecedentes**

La asociación española de Farmacéuticos Formulistas, en adelante la asociación, presentó

ante el Tribunal de Competencia un escrito de apelación en contra del Acuerdo del Servicio que archivó la denuncia en contra de Abbot por la presunta infracción de abuso de posición de dominio, en la modalidad de negativa de venta de suministro del principio activo sibutramina, compuesto utilizado para crear fórmulas magistrales contra la obesidad. El Tribunal recabó la información y documentación pertinente sobre el archivo de la denuncia, en primera instancia, la Sala consideró que Abbot carecía de dominio, ya que, no contaba con la participación suficiente en el mercado y que sus acciones no implicaron un abuso de posición de dominio, además de ello, la Sala refirió que Abbot cuenta con el derecho de patente de la sibutramina.

Por el contrario, la asociación refirió que el argumento de la Sala no fue coherente, la Sala refirió que Abbot contaba con un derecho de patente, sin embargo, no consideró que la patente le otorgó derecho de exclusividad y eso significó que Abbot tenga dominio del mercado, asimismo refirió que la negativa de venta se sustentó con los mensajes de voz de Abbot que indicaban que no se podía procesar la orden de pedido. El Tribunal aclaró que es necesario revisar y analizar las cuestiones a fondo, resaltó que la decisión de la Sala se sustentó en la insuficiencia de información, la información recabada tuvo el carácter de reservado lo que evitó que se realice un análisis adecuado para detectar la existencia de alguna infracción.

#### **2.2.4.6.2. Problemática**

Para el Tribunal es relevante considerar el efecto de la incoación, según el Tribunal se tuvo que considerar además de la información brindada, el comportamiento del denunciado en el mercado y sus repercusiones, más aún si se perciben potenciales indicios de un tipo de abuso que pese a carecer de información, en ese sentido, la Sala debió extender su investigación a las afectaciones que generó Abbot con la negativa de venta. La investigación del Tribunal halló que en el 2001 Abbot compró la farmacéutica BASF, esta adquisición implicó la titularidad del principio activo sibutramina, este medicamento era utilizado para la elaboración de productos antiobesidad como el Reductil.

Por otro lado, el Tribunal refirió que el derecho de patente implicó que Abbot cuente con dominio del mercado, ya que la normativa permite la exclusividad de fabricación y comercialización en el mercado y agregó que se corroboró las negativas de venta de parte de Abbot, asimismo, el Tribunal encontró que la cuota en el mercado era de un 25.3% en la venta de productos antiobesidad, este porcentaje fue considerado por la Sala para

sustentar el archivamiento del expediente, sin embargo, la Sala no consideró que Abbot posee el 98% del compuesto activo sibutramina, lo cual acreditó que si ostentó posición de dominio. Además, según Abbot, la negativa de venta se sustentó en el derecho de patente, para la asociación, la compra del compuesto activo tiene el objetivo de producir fórmulas magistrales, las cuales son diseñadas para casos específicos e individuales y no tienen una finalidad competitiva.

#### **2.2.4.6.3. Resolución**

El Tribunal de Competencia decidió estimar el recurso de apelación de la asociación española de Farmacéuticos Formulistas por la infracción de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa de venta de suministros, la cual fue archivada por la Sala ante la ausencia de información. El Tribunal comprobó la existencia de posición de dominio de Abbot, consideró que el compuesto activo sibutramina es un producto esencial para la elaboración de productos contra la obesidad, además el Tribunal agregó que existen dos mercados para abordar el caso en concreto, el primero se vincula a la venta de los productos contra la obesidad donde Abbot ocupa un porcentaje ínfimo y el segundo, donde se vende el compuesto activo para la elaboración de productos contra la obesidad, donde Abbot ocupa el 99%, siendo este el que consideró el Tribunal para admitir la apelación.

Asimismo, el Tribunal aclaró que la ley de patentes otorga exclusividad, sin embargo, no se extiende a las farmacias, es decir, no prohíbe o restringe a las farmacias a elaborar medicamentos, las denominadas fórmulas magistrales. El Tribunal agregó que los laboratorios no compiten con las farmacias, por ende, la negativa de venta configuró el abuso de posición de dominio ya que esta negativa se extendió a sus proveedores habituales, bajo el argumento del derecho de patente, el argumento pese a aparentar legitimidad, es contrario a la normativa debido a que la patente reviste de derecho al producto, mas no al compuesto activo, siendo por sí solo un elemento más del producto, además la normativa sanitaria obliga al productor principal la producción, venta y distribución del compuesto dentro de las condiciones legales con la finalidad de salvaguardar la prestación del servicio de salud. El Tribunal concluyó que la negativa de suministro fue arbitraria y constituyó un abuso de posición de dominio.



### **3.1. METODOLOGIA**

#### **3.1.1. Enfoque de la investigación**

El enfoque cualitativo en la investigación jurídica implica el uso de enfoques descriptivos y cualitativos para comprender y analizar fenómenos jurídicos, en lugar de cuantificar datos numéricos. En lugar de centrarse en estadísticas o números, este enfoque se enfoca en comprender las complejidades de los problemas legales, examinar las relaciones sociales, políticas y culturales que subyacen en ellos, y explorar las experiencias y percepciones de las personas involucradas (Salazar, 2020). Los métodos cualitativos en la investigación jurídica pueden incluir entrevistas en profundidad, análisis de casos, revisión de documentos legales, análisis de contenido de textos jurídicos, observación participante y análisis discursivo, entre otros. Estos métodos permiten a los investigadores obtener una comprensión detallada y contextualizada de cuestiones legales específicas, así como explorar las motivaciones, actitudes y comportamientos de los individuos y grupos afectados por estas cuestiones (Hernández y Mendoza, 2018).

#### **3.1.2. Tipo de investigación**

Para Bolívar (2020) los métodos cualitativos básicos en investigación jurídica pueden incluir la revisión exhaustiva de casos judiciales, análisis de documentos legales, entrevistas estructuradas o semiestructuradas con expertos en el campo, y observaciones directas de procedimientos legales o contextos relevantes. En una investigación jurídica, el enfoque cualitativo básico implica el análisis detallado y descriptivo de fenómenos legales, sin recurrir a la cuantificación de datos numéricos, es útil para investigar cuestiones legales complejas, así como para comprender cómo se aplican las leyes en situaciones concretas y cómo afectan a las personas en la práctica. Este método se centra en comprender las complejidades de los problemas legales, así como en explorar las percepciones y experiencias de las personas involucradas y además, proporciona una comprensión más profunda de las motivaciones, actitudes y comportamientos de las personas y grupos involucrados en asuntos legales específicos (Escudero y Cortez, 2018).

#### **3.1.3. Diseño de investigación**

El diseño documental se refiere a la planificación y organización de documentos de manera visual y estructurada para facilitar su comprensión, acceso y uso. Este término abarca la creación de documentos tanto físicos como digitales, y se aplica en una variedad de contextos, incluyendo negocios, educación, investigación y gobierno. En el ámbito del

diseño gráfico y la comunicación visual, el diseño documental implica la selección y aplicación de elementos visuales como tipografía, color, imágenes y diagramas para mejorar la legibilidad y la estética de los documentos (Gallardo, 2017). Esto incluye la creación de diseños de página claros y atractivos, así como el uso de jerarquías visuales para resaltar información importante. En el ámbito de la gestión de la información y la documentación, el diseño documental se refiere a la estructuración y organización de documentos de manera lógica y coherente. Esto puede incluir la creación de índices, tablas de contenido, etiquetas y metadatos para facilitar la búsqueda y recuperación de datos. También puede implicar el diseño de sistemas de gestión de documentos y flujos de trabajo para garantizar la eficiencia en la creación, revisión, aprobación y distribución de documentos (Quispe, 2023).

#### **3.1.4. Método de análisis de datos**

El método hermenéutico es un enfoque de interpretación que se utiliza para comprender y analizar textos, especialmente aquellos que son complejos o ambiguos. Tiene sus raíces en la filosofía y la teología, pero se ha aplicado a una amplia gama de disciplinas, incluyendo la literatura, la historia, la sociología y, en el contexto jurídico, a la interpretación de leyes y textos legales. Este método se basa en el principio de que los textos tienen significados más profundos y complejos que pueden ser desentrañados mediante un proceso de interpretación reflexiva (Valladolid y Chávez, 2020). La hermenéutica implica un diálogo entre el intérprete y el texto, donde el intérprete busca comprender el contexto histórico, cultural y lingüístico en el que se produjo el texto, así como las intenciones del autor y el significado que el texto tiene para los lectores actuales. El proceso hermenéutico generalmente implica varios pasos, que pueden incluir la lectura cuidadosa del texto, la identificación de temas y patrones recurrentes, el análisis del contexto histórico y cultural, la consideración de interpretaciones alternativas y la reflexión sobre el significado y la relevancia del texto en el presente (Sánchez et al, 2021).

#### **3.1.5. Técnicas**

Según Quispe (2023) la observación documental es un método de investigación que implica el análisis sistemático y detallado de documentos escritos o materiales de archivo como fuente principal de datos. Este enfoque se utiliza en diversas disciplinas, como las ciencias sociales, la historia, la antropología y la investigación jurídica. La observación documental puede realizarse de manera cualitativa, donde se busca comprender en profundidad el contenido de los documentos y su contexto histórico o social, así como de

manera cuantitativa, donde se utilizan técnicas de análisis de contenido para categorizar y codificar información de manera sistemática. Este método ofrece varias ventajas, como el acceso a datos históricos o contextuales, la posibilidad de estudiar fenómenos que no pueden ser observados directamente, y la capacidad de analizar grandes cantidades de información de manera eficiente. Sin embargo, también presenta desafíos, como la necesidad de evaluar la fiabilidad y la validez de las fuentes documentales, así como el riesgo de sesgos en la selección y interpretación de los documentos (Valladolid y Chávez, 2020).

### **3.1.6. Instrumentos**

Bolívar (2020) señala que el término archivo virtual es comúnmente utilizado en entornos empresariales, educativos y gubernamentales para referirse a sistemas de gestión de documentos basados en la nube o en servidores internos. Los archivos virtuales ofrecen varias ventajas, como el acceso remoto desde cualquier lugar con conexión a Internet, la posibilidad de compartir documentos de forma rápida y eficiente entre usuarios autorizados, la capacidad de realizar copias de seguridad automáticas para garantizar la seguridad de la información y la facilidad de búsqueda y recuperación de documentos mediante funciones de indexación y etiquetado. Además, los archivos virtuales suelen incorporar herramientas de colaboración que permiten a varios usuarios trabajar simultáneamente en documentos compartidos, editarlos en tiempo real y realizar comentarios o revisiones. Esto facilita la colaboración en proyectos y la gestión de flujos de trabajo en equipos distribuidos geográficamente (Gallardo, 2017).

### **3.1.7. Métodos de recolección de datos**

Según Sánchez et al. (2021) la recolección de datos suele realizarse mediante una revisión detallada de la literatura existente sobre el tema de la tesis, que incluye una amplia gama de fuentes documentales. Esto implica consultar repositorios, bibliotecas y bases de datos en líneas institucionales y otros recursos disponibles para obtener acceso a los documentos necesarios. Para Salazar-Escorcía (2020) es importante seleccionar y recopilar documentos que sean relevantes, actualizados y de alta calidad, utilizando criterios como la pertinencia, la fiabilidad y la autoridad de la fuente. Una vez recopilados los documentos, se procede a analizarlos de manera sistemática y crítica, extrayendo información relevante, identificando patrones, tendencias y relaciones entre los diferentes textos legales.

### 3.2. ESTRATEGIAS DE RECOLECCIÓN DE DATOS

#### 3.2.1. Organización:

Consultaré con la finalidad de obtener toda la información necesaria y relevante para mi investigación 120 fuentes, las cuales serán artículos académicos de revistas indexadas como: Scielo, Scopus y Redalyc.

#### Recursos Humanos:

CANTIDAD	
I	Investigador

#### 3.2.2. Recursos Materiales

PROYECTO DE TESIS	
MATERIAL	CANTIDAD
Papel Bond A-4	11 hojas
Tinta	½ Cartucho
Anillado	02

BORRADOR DE TESIS	
MATERIAL	CANTIDAD
Papel Bond A-4	65 hojas
Tinta	02 por C/U
Anillado	02

TRABAJO DE TESIS APROBADO	
MATERIAL	CANTIDAD
Papel Bond A-4	75 hojas
Tinta	½ Cartucho
Empastado	03

### 3.2.3. Recursos Financieros

ETAPAS DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN	MATERIAL	CANTIDAD	UNIDAD DE MEDIDA	PRECIO UNITARIO	PRECIO TOTAL
<b>Proyecto de Tesis</b>	Papel Bond A-4	31 hojas	Ciento	S/. 15.00	S/. 15.00
	Tinta	½ Cartucho	Unidad	S/. 20.00	S/. 20.00
	Anillado	02	Unidad	S/. 5.00	S/. 10.00
<b>Borrador de tesis</b>	Papel Bond A-4	120 hojas	Ciento	S/. 25.00	S/. 25.00
	Útiles de escritorio	02 por C/U	Unidad	S/. 25.00	S/. 50.00
	Tinta	½ Cartucho	Unidad	S/. 20.00	S/. 20.00
	Anillado	02	Unidad	S/. 5.00	S/. 10.00
<b>Trabajo de tesis aprobado</b>	Papel bond A-4	145 hojas	Ciento	S/. 35.00	S/. 35.00
	Tinta	½ Cartucho	Unidad	S/. 20.00	S/. 20.00
	Empastado	03	Unidad	S/. 25.00	S/. 75.00
<b>Costo Total</b>				<b>S/. 195.00</b>	<b>S/. 280.00</b>

### 3.2.4. Criterio para el manejo de resultados.

No estadísticos.

### 3.3. CRONOGRAMA DE TRABAJO.

ACTIVIDADES	Junio	Julio	Agosto	Setiembre	Octubre
	2023	2023	2023	2023	2023
<b>PROYECTO DE TESIS</b>					
<b>1. RECOLECCIÓN DE DATOS</b>	<b>X</b>	<b>X</b>			
<b>2. ESTRUCTURACIÓN DE RESULTADOS</b>			<b>X</b>	<b>X</b>	
<b>3. INFORME FINAL</b>					<b>X</b>





La iniciativa privada tiene libertad de acción. La práctica se lleva a cabo en una economía social de mercado. Bajo este gobierno, el Estado dirige el progreso del país y se ocupa principalmente de promover el empleo, la salud, la educación, la seguridad, los servicios públicos y la infraestructura. Así lo establece el artículo 58 de la Constitución Política del Perú de 1993, siendo este el régimen económico vigente en la actualidad peruana es preciso proveernos de una definición más profunda de lo que es una economía social de mercado.

Citando a Müller (1976) en la obra Sistema Económico y Política Económica: “Un sistema que combina la seguridad y el progreso social con la competencia basada en la iniciativa libre de las personas”. Es entonces que la definición de economía social de mercado se sitúa en un cómodo margen entre la intervención estatal medida mediante recursos legales, y un espacio para la actividad privada con limitaciones accesorias; por un lado, la intervención estatal medida se considera necesaria para evitar los excesos e injusticias que dentro del ejercicio económico liberal puedan suscitarse (como los monopolios o la subida injustificada de precios de insumos de primera necesidad), y por el otro lado, las limitaciones accesorias son para garantizar el bienestar social de los individuos.

La economía social de mercado posee ejes fundamentales que construyen las bases del desarrollo orientado que busca; según Rivadeneira (2009) en el libro Economía Social de Mercado, se determina que existen tres principios generales que sustentan este modelo económico y son: i) la responsabilidad individual, ii) la solidaridad y iii) la subsidiariedad. i) La responsabilidad individual parte de la idea de que todo individuo en sociedad tiene condiciones materiales distintas, algunos con mayor o menor capacidad adquisitiva, y es necesaria la intervención para lograr la mayor igualdad posible; ii) la solidaridad refiere a una responsabilidad que toda persona tiene para con su sociedad en forma del aporte que esta realiza para el desarrollo social; y iii) la subsidiariedad es el medio por el cual la economía social de mercado busca corregir la inequidad, con los actores sociales que no puedan desenvolverse con sus recursos propios.

Además, el texto citado, incorpora al estudio de este modelo económico las bases materiales que permiten su desarrollo, las cuales son: i) el trabajo, la fuerza humana; ii) el capital, los bienes que aportan al proceso productivo; iii) la tierra, los recursos naturales; y iv) la tecnología, las técnicas productivas. El estudio de estas bases materiales

permite esquematizar el desarrollo económico de forma que las categorías principales (que a futuro influenciarán o no el desarrollo), estén presentes en la ecuación de la planificación económica).

La economía social de mercado considera la inequidad material entre individuos, por lo que también considera el estado material de los recursos; la tercera base material antes mencionada, hace alusión a la tierra y los recursos naturales, esto viene complementando a la premisa: en un mundo de recursos finitos, y algunos escasos, es estrictamente necesario velar por la eficiencia de los recursos utilizados, y que estos puedan satisfacer las necesidades de la mayor cantidad de personas posible.

Este modelo económico presenta una tendencia marcadamente intervencionista en cuestiones de desarrollo y bienestar social, y liberal en la iniciativa privada. Consecuentemente, uno de los componentes esenciales resulta siendo la propiedad privada, puesto que es este factor en torno al cual se establece la inherencia y regulación estatal, no sólo es protegida la propiedad privada, sino que también es incentivada mediante la capacidad adquisitiva de los individuos; que será reflejada en la libertad de disposición privada en sus ingresos, inversiones, trabajo o educación. La economía social de mercado entonces impulsa activamente el liberalismo privado, reconociendo la propiedad individual y la facultad de gestionarla a voluntad; es así como podemos identificar que está fuertemente influenciada por el liberalismo del siglo XIX. Por lo que se puede evidenciar que también adquiriría ciertas inconsistencias en su aplicación pragmática durante su desarrollo en la política, como sucedió con el liberalismo clásico.

“No conozco a muchos intelectuales liberales que sean tan sinceros y genuinamente liberales que se pueda conversar libremente con ellos en su compañía. La mayoría de ellos terminan atacando alguna institución en la que tienen interés, es decir, con una perspectiva propiamente específica y no universal”, decía Thoreau (1849) en su libro *Desobediencia Civil*, concluía que las tendencias liberales, acababan formando individuos incapaces de apreciar el colectivo; ante la posibilidad de obtener rédito económico, el ciudadano se transforma en ser individual y hasta egoísta. Esta tendencia que describe Thoreau continuaría vigente mientras exista la posibilidad de que la persona pueda alienarse del colectivo mediante su capacidad adquisitiva, citando nuevamente el libro *Desobediencia Civil*: “Desde la altura miro a las naciones, y observo cómo se convierten en cenizas, mi vivienda en las nubes es tranquila, son placenteros los grandes campos de mi descanso”.

Habiendo desarrollado las bases de la economía social del mercado, y quizás su principal problema, puede continuarse el análisis definiendo qué es una posición de dominio. Según Figari et al. (2005), en su artículo *Hacia una Metodología para la Definición del Mercado Relevante y la Determinación de la Existencia de Posición de Dominio*, se define como la situación en que una o varias empresas pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores; es decir, cuando la empresa puede tomar acción en el mercado, sin reparo de todo el ecosistema mercantil. Además, se agrega que esta posición de dominio puede ocurrir debido a factores como la participación significativa de las empresas en los mercados correspondientes, las características de la oferta y la demanda de bienes y servicios; se puede inferir que la posición de dominio es un resultado de prácticas monopólicas donde una empresa tenga una sobre significativa presencia en el mercado y ciertas características de oferta y demanda coyunturales que la posicionen favorablemente frente a la competencia.

Según Lerner (1934), la mejor forma de determinar objetivamente la posición de dominio de una empresa es mediante el índice Lerner, que evalúa mediante ciertas categorías, el margen de beneficio económico comparado con el coste mínimo de producción frente a otra empresa del mismo rubro. Es coherente concluir que uno de los factores que puede determinar una posición de dominio en el mercado es el margen de ganancias frente a otras empresas del mismo rubro. Sin embargo, los autores Figari et al. (2005), afirman que, aunque efectivo, el índice Lerner posee categorías que no son tan sencillas de recopilar o conseguir, por lo que plantean una forma alternativa de identificar una empresa en posición de dominio de mercado, de la siguiente manera: i) se define un mercado relevante (producto y servicio) y se le sitúa geográficamente sobre la empresa analizada; ii) se calcula la participación de la empresa en el mercado; y iii) se contrasta la participación de la empresa con los indicadores que establece el artículo 4 del D.L. N.º 701, y otras categorías que resultan anexas a la posición de dominio.

La legislación peruana recoge en el D.L. N.º 701, sobre la eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, la iniciativa de proteger la forma económica que la Constitución de 1993 recoge, la economía social de mercado y es necesario analizar ciertos aspectos fundamentales para la presente investigación. Desde su artículo 2, esta ley prescribe la obligatoriedad de cumplimiento hacia todas las personas naturales y jurídicas por igual, atribuyendo también responsabilidad incluso a los representantes de estas, o cualquiera que participe de lo que esta ley sanciona.

En su artículo 3 procede a establecer la postura de la legislación nacional frente a las actividades que contribuyan de alguna manera a establecer posiciones de dominio en el mercado, o vulneren la libre competencia en el mercado; conforme al régimen económico establecido por la Constitución vigente, el D.L. 701 busca perseguir y sancionar todas aquellas prácticas que desequilibren el balance de economía social de mercado en el territorio peruano, es así que esta ley recopila y define los conceptos que bajo la perspectiva del legislador peruano, atentan contra el desarrollo económico y el bienestar social.

En el artículo 4, se provee una definición de la posición de dominio en el mercado, que es coincidente con la provista por el artículo de Figari et al (2005), que fue antes citado: la posición de dominio representa una situación en la que, dentro del mercado económico de una región, una o varias empresas pueden prescindir de la competencia y clientela, por el poder económico, inherencia en la oferta y demanda, bienes y servicios que resultan coyunturalmente necesarios, y otros factores que concluyen en una o varias empresas consolidándose en una posición dominante en el mercado que les permitirá finalmente, tener prácticas monopólicas, que vulneren la libre competencia y en última instancia, los derechos del consumidor.

El artículo 5 procede a detallar los supuestos donde una empresa incurre en abusar de una posición de dominio en el mercado, los cuales describen situaciones donde dicha empresa actúa de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicio a otros, que no hubieran sido posibles sin la posición de dominio, los supuestos son los siguientes: a) la negativa injustificada a atender las solicitudes de compra de productos en el mercado local, b) la imposición de condiciones desiguales en las relaciones comerciales para prestaciones equivalentes, que coloquen a ciertos competidores en una posición desventajosa en comparación con otros, y c) la dependencia de la formalización de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o de acuerdo con la costumbre comercial, no estén relacionadas con el objeto de dichos contratos.

Dentro de la jurisdicción peruana, este es el instrumento legal por excelencia para buscar el justo funcionamiento del mercado dentro de los límites de la economía social de mercado, además de contener los recursos, modos y plazos para actuar en contra de una práctica monopólica, controlista y restrictiva que vulnere la libre competencia. Sin embargo, en un análisis pragmático, resulta evidente la inaplicación de esta norma en

ciertos rubros del mercado peruano, por ejemplo, la industria y mercado farmacéutica; en el estudio de Andújar et al. (2021) titulado Impacto en el Sector Farmacias frente a la Coyuntura de la Pandemia COVID-19 en Lima Metropolitana, se determinó que la empresa InRetail, dueña de Inkafarma y Mifarma, poseía aproximadamente el 85% de la participación en el mercado farmacéutico peruano.

Con la presente información se plantea resolver las siguientes interrogantes:

#### **4.1. Respecto a la Interrogante General:**

##### **¿Qué repercusiones tiene el abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano, para el derecho fundamental a la salud?**

Podemos afirmar que, dada la presencia y participación del 85% en el mercado farmacéutico peruano de una sola empresa, existe una posición de dominio; según la información anteriormente desarrollada por el estudio de Figari et al. (2005), la posición de dominio se consolida con la existencia de una participación superlativa en un rubro en específico, además del margen de publicidad y ganancias como criterios accesorios que se contrastan con otras empresas del mismo rubro. Un estudio del MINSA titulado Mercado Farmacéutico Peruano y Acceso a Medicamentos en el Perú, recopiló que desde el año 2011 hasta el año 2016, los peruanos que necesitaran acceder a medicamentos, insumos o drogas, optaban en un 60.7% por las farmacias particulares, y se estableció una tendencia de crecimiento de esta estadística al 4% por año; dada esta inherencia que la empresa InRetail posee sobre el mercado farmacéutico peruano es preciso cuestionar también los efectos que un estado cuasi monopólico en la administración de las farmacias produce en el bienestar social, y sobre todo en el derecho fundamental a la salud de los ciudadanos.

El art. 7 de la Constitución peruana, recoge el derecho a la salud como un principio de protección a la salud de forma universal, es decir, de la salud propia, familiar o de la comunidad; además se complementa con el artículo 9 sobre la política nacional de salud, donde se establece que es obligación del Estado orientar y conducir esta política, de forma que sea descentralizadora y pueda garantizar o facilitar el acceso equitativo a los servicios de salud. La legislación peruana define el derecho fundamental a la salud como el principio que rige la protección de la integridad física y mental de los ciudadanos, y para ello establece la obligatoriedad del Estado a participar activamente en la protección de este derecho fundamental a favor del bienestar general; en la problemática planteada, se

encuentra una situación donde el mercado farmacéutico peruano se ve casi copado en su totalidad por la participación de una sola empresa, además de que en el estudio del MINSA que fue antes citado, se concluyó que más de la mitad de peruanos optan por adquirir insumos médicos en farmacias particulares antes que las administradas estatalmente o por otros medios.

Esto resulta problemático en varios aspectos que conciernen al derecho fundamental a la salud, puesto que: i) la posición de dominio en el mercado, según los artículos analizados, implica siempre como resultado, el ejercicio de prácticas monopólicas o que vulneren la libre competencia, esto en esencia supone el primer problema que enfrentaría el derecho fundamental a la salud bajo la problemática planteada: si el mercado farmacéutico es monopólico, la empresa que ostenta el mayor posicionamiento en el mercado, puede manejar los precios de los insumos médicos según la conveniencia, márgenes de ganancias y reducción de pérdidas de la empresa, según la coyuntura que se presente, y no dejar alternativa a los consumidores, más que la poco eficiente y tardada administración de insumos médicos por el Estado, o la alternativa de farmacias pequeñas que no tengan tanta presencia ni visibilidad por lo que serían menos accesibles.

Bajo el D.L. 701 que fue antes citado, este primer supuesto, sería un escenario idóneo en el que podría aplicarse el recurso y denunciarse la actividad controlista de una empresa con posición de dominio en el mercado farmacéutico como lo es InRetail, al no existir alternativa que sea viable para el consumidor peruano, Inkafarma y Mifarma acaban siendo involuntariamente las únicas farmacias proveedoras de insumos médicos. Si se recurriera a complejizar la situación, la pandemia por el COVID-19, presentó las condiciones precisas para evidenciar que InRetail posee una inherencia superlativa en el mercado farmacéutico, y esta inherencia, en efecto, puede causar la vulneración grave del derecho fundamental a la salud en la población.

En el año 2020, en pleno auge de la pandemia, el Diario Gestión (2020), publicó un encabezado titulado: “¿Es necesaria una regulación de precios sobre medicinas y otros productos para el cuidado de la salud?”; enfocado en el análisis coyuntural sobre el mercado farmacéutico y las constantes denuncias sobre abusos tanto en la dispensación como en la subida de precios abusiva por parte de las farmacias durante la emergencia mundial, este informe concluiría la no necesidad de regular los precios de los insumos médicos dado que bajo la economía social de mercado se protege la iniciativa privada y

su acción sobre el mercado. Esto es fundamentalmente equivocado, dado que el fin principal de la economía social de mercado, como fue desarrollado antes, es el bienestar social y la equidad en la repartición de recursos, no la protección absoluta de la propiedad privada, además, se instaura la intervención estatal como recurso para la estabilización del mercado y la sociedad; permitir que los márgenes de ganancia de una empresa con una inherencia cuasi monopolística sobre el mercado farmacéutico sigan primando por encima del derecho fundamental a la salud, sería una grave vulneración no solo a los principios de la economía social de mercado, sino a la persona misma.

Durante el periodo con mayores índices de contagios y enfermos por COVID-19, se pudo evidenciar por los medios de prensa la multiplicidad de denuncias por injusticias cometidas en la facturación de insumos médicos por parte de empresas privadas; informa el portal Salud con Lupa en el año 2022, sobre una paciente internada en la clínica San Pablo, que, tras estar internada y fallecer en la clínica, la familia fue facturada por un total de 209,374 soles, siendo 185,847 correspondiente a los medicamentos. Al solicitar la factura a detalle, se evidenció que el precio de los insumos médicos fue facturado desde 20 a 60 veces más de su precio normal; este informe periodístico hace un énfasis especial en la vulnerabilidad, concepto que es preciso desarrollar para la presente investigación.

La UNDRR define a la vulnerabilidad como: “la incapacidad de resistir ante un fenómeno amenazante, o como la falta de capacidad para recuperarse tras la ocurrencia de un desastre”; además se introduce el concepto de vulnerabilidad económica, que no es sino, el estado de incapacidad de resistencia en un fenómeno amenazante por la falta de recursos económicos, por ejemplo, cuando las familias de pocos recursos ocupan zonas de alto riesgo alrededor de las ciudades, dado que no pueden permitirse vivir en lugares más caros pero más seguros. Puede aplicarse la misma analogía, un estado cuasi monopolístico en el mercado farmacéutico peruano ostentado por InRetail mediante Inkafarma y Mifarma, en un fenómeno amenazante, como lo fue la pandemia, pueden inducir a una gran parte de la población a un estado de vulnerabilidad económica mediante la especulación de precios de insumos médicos, resultando en que el acceso a la salud, que según la ONU no solo contempla el acceso al personal médico sino también a los insumos médicos, queda restringido para ciudadanos que no disponen de los recursos económicos para cubrir las facturas con los precios que disponen las farmacias hegemónicas en el Perú.

Esto, lejos de ser un simple ejercicio hipotético, sucedió durante el estado de emergencia por la pandemia; es cierto que existe una economía social de mercado vigente y que opta por la protección de la propiedad privada y la iniciativa libre en el mercado, sin embargo esto no fue ponderado debidamente con razón a los derechos fundamentales de la persona, tales como el derecho fundamental a la salud, que, por la evidencia de lo ocurrido en los años 2020-2022, en la ponderación frente a la economía, quedó subyugado a las disposiciones privadas que durante la emergencia se dieron. La ponderación correcta, partiendo de los principios de la economía social de mercado, no es la economía sobre la persona, sino la persona por sobre la economía; la persona es el fin último del Estado, es la primacía de la Constitución del 93 proteger el desarrollo y bienestar de la persona en sociedad, no el de la propiedad privada, si ello, la propiedad privada puede entenderse como una extensión del bienestar de la persona, no el fin de la legislación.

El aprovechamiento de un estado de vulnerabilidad económica por parte de una empresa con posición dominante sobre el sector farmacéutico, configura, en efecto, un grave riesgo para el derecho fundamental a la salud de los ciudadanos, puesto que, lo que por un lado se ve como un recorte de gastos e incremento de ganancias, por el otro lado, es una vida humana que no puede acceder a los insumos médicos necesarios para poder proteger la vida de la misma persona o de su colectivo; es así que no puede argumentarse una preponderancia del funcionamiento de la economía privada por sobre el bienestar general y salud de las personas. Las repercusiones son claras, el coste humano en general: ya sea menoscabando su integridad física, o en el peor caso, con la pérdida de la vida de la persona.

#### **4.2. Respecto a las interrogantes específicas:**

##### ***4.2.1. ¿Es posible afirmar la vigencia del derecho fundamental a la salud, cuando el mercado que proporciona las medicinas a los ciudadanos se encuentra en una situación cuasi monopolítica?***

Con base a lo analizado previamente, el mercado farmacéutico peruano se enfrenta a un cuasi monopolio ostentado por InRetail con una presencia de casi el 85%, además, también fue probado que el estado de vulnerabilidad hace susceptible a la población a ser víctima de prácticas monopolíticas y controlistas. Es por ello por lo que se puede negar que exista un derecho fundamental a la salud en un mercado donde una sola empresa posee el 85% de inherencia sobre la dispensación de insumos médicos. Dentro del criterio de la

ONU para delimitar lo que significa para la sociedad el derecho esencial a la salud, no solo se comprende el acceso a profesionales de la salud, consiguientemente se comprende también el acceso a insumos médicos de forma gratuita o accesible; la forma en cómo las farmacias privadas especularon con el precio de los insumos médicos durante la pandemia, configura una directa vulneración al derecho fundamental de la salud.

A pesar de que el estado de emergencia se ha declarado finalizado, y casi en su totalidad se han retomado las prácticas económicas, no se descarta la posibilidad de que, en alguna futura crisis de cualquier índole, las farmacias puedan volver a recurrir a los mecanismos que utilizaron durante la pandemia por el COVID-19 para lucrar con el estado de vulnerabilidad de la población. Es por ello por lo que, si bien ahora se puede gozar de una relativa estabilidad en los precios de los insumos médicos, no se puede obviar la evidente posición de dominio que InRetail posee sobre el mercado farmacéutico peruano, resultando en un constante riesgo para el derecho fundamental a la salud de la población.

Un estudio económico realizado por el BCR titulado Precios y Política de Medicamentos en el estado peruano, determinó que a pesar de las reducciones arancelarias de 12% a 4% para la importación de insumos médicos, partes y piezas relacionadas a la medicina no producidas en el país, la tendencia en el precio de los insumos médicos dispensados por empresas privadas fue de un aumento injustificado en un 3.6% anual; es decir, se incrementó el precio de los insumos médicos para obtener una ganancia neta a los costes arancelarios, de importación y los precios establecidos para los medicamentos según inflación. Esta tendencia fue aplicada por casi todo el sector farmacéutico privado peruano, lo que denota una directa inclinación de la iniciativa privada por ampliar las ganancias así estas sean a costa de la salud pública; no es factible argumentar que, por ser empresa privada no tengan responsabilidad frente a la población sustentado en que la economía social de mercado protege la iniciativa privada en toda su extensión, como hacía el artículo periodístico del diario Gestión antes citado; se incurre en un error que parte de un desconocimiento del funcionamiento de la economía social de mercado.

Si se afirma que en un estado donde el régimen económico reconocido por la Constitución es la economía social de mercado, se presenta la problemática descrita, donde una empresa ostenta el 85% de la participación del mercado farmacéutico, y ha tenido antecedentes en la pandemia de prácticas controlistas en favor de la empresa y en contra de la comunidad, existe entonces una tergiversación de lo que la economía social de

mercado significa tanto en términos teóricos como pragmáticos, o de plano, el modelo económico que está siendo vigente en el Perú no es el mismo que la Constitución reconoce.

La UE, en el TUE, en su artículo 3, párrafo 3, reconoce que la planificación de la economía europea tiene como meta instaurarse como una “economía social de mercado”, permitiendo la libre iniciativa privada y la competencia justa en el mercado, pero sobre todo buscando el mayor bienestar social posible, que solo es viable cuando la ponderación de derechos está orientada a proteger al ser humano, y no a la propiedad privada. Es así como podemos analizar el caso de Suecia, país miembro de la Unión Europea, que enfrentó hasta el año 2006, un monopolio en el mercado farmacéutico dominado por Apoteket AB, empresa que poseía la posición dominante en el mercado en ese entonces, dado que había firmado un contrato con el gobierno sueco para ser el distribuidor de medicamentos nacionales para hospitales, Apoteket AB acabaría aprovechando esta inherencia para tomar control del mercado farmacéutico por completo. En el año 2005 el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictaminó en su sentencia C-438/02 – 31 de mayo 2005, que el empresario Krister Hanner, dueño de Apoteket AB, cometió el delito de prácticas monopólicas contra la legislación comunitaria, es decir, a Apoteket AB, se le imputaba por aprovechar su “posición de dominio” a favor de las ganancias de la empresa, por sobre el bienestar comunitario.

Esta sentencia llevaría al gobierno de Suecia a reestructurar el funcionamiento del mercado farmacéutico, permitiendo el ingreso de farmacias extranjeras e incentivando la competencia entre estas, para buscar generar el mayor bienestar social posible por medio del acceso a justos precios de insumos médicos. Este criterio es citado, dado que, hace ya 19 años el Tribunal Europeo (que se declara partidario de la economía social de mercado desde 1979), determinó que el mercado farmacéutico configuraba un punto clave del bienestar social, y no podía ser permitido un monopolio en dicho rubro dado que, la tendencia natural de la posición de dominio en el mercado es continuar, perpetuar e incentivar, prácticas monopólicas y controlistas, condición que no podía ser permitida, dado que el rubro sanitario en el que se encuentra acababa siendo fundamentalmente muy dañino a la comunidad.

Es por ello por lo que, la inoperancia del Estado peruano ante el cuasi monopolio de InRetail sobre el mercado farmacéutico resulta inviable; el criterio internacional mediante

el Tribunal Europeo establece, mediante ponderación, que no es factible proteger a la empresa privada por sobre el derecho fundamental a la salud de las personas. Se concluye que es sumamente riesgoso poner la salud pública en manos de una empresa que ostenta posición dominante en el mercado, a esto, la legislación y autoridades peruanas no responden ante esta problemática que, como fue desarrollado, ya ha representado graves repercusiones durante la pandemia, afectando la integridad física y vidas de la población peruana.

#### ***4.2.2. ¿Qué factores legales son los que están propiciando la configuración de la figura del abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano?***

Para la revisión legislativa, es necesario analizar principalmente la figura de la Constitución Política del Perú de 1993, en su capítulo sobre el régimen económico.

Es así que, partiendo desde el artículo 58 de la constitución Política del Perú (1993) menciona:

La iniciativa privada es autónoma y se lleva a cabo en un contexto de economía social de mercado. En este régimen, el Estado dirige el progreso del país y desempeña un papel fundamental en áreas como la promoción del empleo, la salud, la educación, la seguridad, los servicios públicos y la infraestructura (Pág.23).

Este artículo fue analizado anteriormente, resume que la actuación del Estado sobre el régimen económico es parcialmente intervencionista, busca proteger el desarrollo del país y los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El artículo 59 establece que el Estado fomenta la generación de riqueza, la libertad laboral y la libertad de empresa e industria. Además, restringe el alcance de la libertad económica en los casos en que esta implique un perjuicio a la moral, la salud o la seguridad pública. Además, este artículo determina que el Estado intervendrá brindando oportunidades a sectores menos aventajados, y apoyando a la pequeña empresa.

El artículo 60, reconoce el pluralismo económico, en el que, dentro de la jurisdicción peruana, el Estado permita la coexistencia de diferentes formas de propiedad, la privada, la pública, la cooperativa y la comunitaria. Adicionalmente, se faculta al Estado a participar en la economía mediante la actividad empresarial en materias de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Ahora bien, el artículo 61 de la Constitución Política del Perú (1993) es fundamental para el presente trabajo de investigación, ya que establece: “El Estado promueve y supervisa la libre competencia. Lucha contra cualquier práctica que la restrinja y contra el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna legislación ni acuerdo puede permitir o establecer monopolios” (Pág.24). Según lo que puede inferirse del desarrollo de este artículo, el Estado busca una práctica equitativa en el mercado, reconoce que existen formas (posición de dominio y regímenes monopólicos) que vulneran el libre desarrollo de la iniciativa privada y el mercado, además de también establecer que, mediante ley o concertación privada, no puede crearse o perpetuarse un monopolio sobre ningún rubro.

Navarro (2023) en su tesis Estudio de los Monopolios en el Perú y la Necesidad de Cambiar el Artículo 61 de la Constitución Política de Estado, se pronuncia sobre este artículo: Aunque esta norma establece que el Estado promueve y supervisa la libre competencia, también aclara que combate cualquier práctica que la restrinja, así como el abuso de posiciones dominantes y monopólicas, resulta meramente declarativa puesto que no establece una prohibición expresa de los monopolios, o la práctica monopólica desde la materia constitucional.

La existencia de monopolios en el Perú es innegable, además del ya desarrollado monopolio farmacéutico de InRetail con el 85% de presencia en el mercado, el diario Ojo Público en el año 2020 publicó un artículo periodístico titulado: “Dos compañías globales dominan el negocio del oxígeno con el sector salud de Perú”; donde se desarrolla que dos corporaciones: Linde y Air Products, de Alemania y Estados Unidos respectivamente, tenían el control absoluto de la producción, dispensación y venta del oxígeno durante la pandemia, y que en el Perú participan mediante un contrato público suscrito con el sector salud a través de cinco empresas nacionales. Según esta información, se puede observar una constante: el reducido número de empresas intervinientes.

Aunque la Constitución afirme la responsabilidad del Estado frente a la comunidad, por proteger el libre mercado frente a prácticas monopólicas, parece ser inoperante tanto el Estado, como la norma magna vigente en este aspecto. Continuando con el artículo periodístico, ambos contratos que el sector salud otorgó a las empresas Linde y Air Products, son en esencia, inconstitucionales, y conllevan un severo daño a la población que, por ejemplo, en Iquitos, durante el auge de la pandemia, tuvo que enfrentar precios inflados y especulados sobre los balones de oxígeno, que usualmente rondan los S/.1000

y S/.1500, hasta llegar a los S/. 4000 de forma injustificada.

Esta responsabilidad no es únicamente de las autoridades, es también de la redacción formulada en el artículo 61 de la Constitución como formulaba Navarro Alvarado (2023) en la tesis antes citada. Al no haber prohibición expresa, se facilita que, en una inobservancia de sus funciones, actores estatales permitan el ejercicio de monopolios, cuasi monopolios o abusos de posición de dominio en el mercado, para posteriormente ser protegidos por esta misma redacción el artículo 62 de la Constitución, el pacto contractual no puede ser modificado posteriormente una vez aceptado, y la figura de los contratos ley mediante los cuales el Estado puede dar “seguridad” y “garantías” inimpugnables.

Asimismo, tenemos el caso de Telefónica del Perú y Estado Peruano v Congresistas de la República (2003), en mérito al contrato firmado en favor de Telefónica del Perú S.A.A. y el Estado peruano, donde a la empresa señalada, se le otorgaban distintas garantías que en pos de incentivar la acción privada, acababan otorgándole un “monopolio legal” sobre las telecomunicaciones en el Perú. Esto resultando en una acción de inconstitucionalidad planteada por el congreso, que acabaría siendo rechazada por el Tribunal Constitucional, fundamentado en su mayoría en la redacción literal de la Carta Magna de 1993, casi sin pronunciarse sobre las prácticas monopólicas.

Durante este proceso fueron invocados distintos recursos legales que, fueron establecidos post Constitución, irremediamente en una ponderación de normas legales, la Constitución siempre acaba primando por sobre cualquier otra disposición legal; aquí yace uno de los factores legales que permite la perpetuación de las prácticas monopólicas, controlistas, cuasi monopólicas, y abusos de posición de dominio: no puede paliarse los síntomas sin atacar la enfermedad. Los casos desarrollados, son meros síntomas de una mala redacción constitucional que permite el funcionamiento de monopolios o cuasi monopolios o abusos de posición de dominio, dado que no es de carácter imperativo prohibitivo, sino que se presupone una posición en la que hemos de combatir los monopolios, y no en la prohibición de estos. El contexto de los contratos ley, ya no supone una alternativa a la iniciativa privada, como en su momento fue planteada, sino que resume una incapacidad del Estado peruano de dar seguridad jurídica sin otorgar pseudo garantías que solo permiten el ejercicio de monopolios, cuasi monopolios o abusos de posición de dominio, esto resultando en las circunstancias que fueron desarrolladas

anteriormente.

El D.L. N° 701 comienza su redacción delimitando el propósito de esta ley, que es erradicar las prácticas monopólicas, controladoras y restrictivas de la libre competencia en la producción, además de fomentar la libre iniciativa privada en busca del mayor beneficio para los usuarios y consumidores. De esta redacción inicial puede ratificarse la tendencia del Estado, de asumir una posición donde, dado que no hay prohibición directa de monopolios, se opta por “combatir” los monopolios y prácticas similares o anexas; esto puede deberse a distintos factores, interés burocrático, monopolios naturales, poca acción legislativa y ejecutiva, entre otros. Sin perjuicio de lo mencionado, es clara también la tendencia que esta redacción tiene por establecer la importancia del bienestar de los usuarios y consumidores, de esto puede inferirse que, a pesar de que la Constitución no prohíbe las prácticas monopólicas, legislativamente se pondera que el bienestar de usuarios y consumidores está por encima de la iniciativa privada.

El título IV del D.L. N° 701 sobre las sanciones pecuniarias, determina los recursos y las penalidades que, tras probarse la actividad monopólica o anexa, serían imputables a la persona natural o jurídica que incurra en ellas; sin embargo, siendo estas sanciones únicamente económicas.

Es preciso analizar el artículo 234 del Código Penal Peruano (1991), que establece:

El productor, fabricante, proveedor o comerciante que incrementa los precios de bienes y servicios habituales, que son esenciales para la vida o salud de la persona, utilizando prácticas ilícitas que no se sustenten en una real estructura de costos y el correcto funcionamiento del mercado, aprovechando una situación de mayor demanda por causas de emergencia, conmoción o calamidad pública será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa (Pág. 65).

De esto puede extraerse que el Código Penal prohíbe imperativamente los excesos de la iniciativa privada y el libre mercado, más aún cuando se trata de bienes de primera necesidad y en contextos que dejen a la población en estado vulnerable como lo son desastres naturales o pandemias. Las actividades monopólicas son penadas por el Código Penal e imputables, una vez más el criterio es cercano a la legislación internacional, distando de la defensa absoluta de la libre iniciativa privada, se opta por penar las prácticas privadas que perjudiquen a la comunidad.

Continúa la redacción del artículo 233 del Código Penal Peruano (1991) el cual dice:

Si los que alteran los precios pertenecen a dos o más empresas que se ponen de acuerdo para lucrar indebidamente en forma conjunta durante la declaratoria de estado de emergencia nacional, conforme a lo señalado en el párrafo precedente, serán reprimidos con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de ocho años (Pág. 65).

Como es evidente, la redacción de este artículo es post inicio de pandemia, concretamente el 19 de mayo de 2020, bajo el proyecto de ley N.º 5239/2020-CR; es decir, esta problemática tuvo que regularse posterior al inicio de las prácticas monopólicas bajo el contexto de estado de emergencia nacional, es una respuesta a prácticas que pudieron hacerse evidentes al inicio de la pandemia por el COVID-19. Sin embargo, el solo hecho de haber tenido la necesidad de modificar el Código Penal para hacer punibles estas actividades, denota que posteriormente no existía un control adecuado sobre estas, y se continúa la premisa que ha sido descrita previamente: el Estado peruano se prepara para combatir los monopolios, cuasi monopolios y abusos de posición de dominio en el mercado, pero no incentiva activamente la prevención y prohibición de estos.

La pandemia solo llegó a evidenciar una realidad que se afronta a diario en el mercado peruano, en un contexto complejo, donde el bienestar de la población sea incierto, la iniciativa privada asentada en un mercado monopólico, cuasi monopólico o de posición de dominio, optará siempre por el bienestar de la empresa frente al de la comunidad; acaba siendo más grave aún cuando las empresas que ostentan esta posición en el mercado pertenecen al sector salud, puesto que las repercusiones de prácticas indebidas acabarán afectando severamente al bienestar, integridad y salud de la población, todos estos derechos fundamentales que la Constitución y tratados internacionales recogen y preservan como principios del funcionamiento jurídico.

Existe entonces una contradicción fundamental que parte desde el artículo 61 de la Constitución, que repercute en normas sustantivas anexas, tratando de reducir un problema que nace desde la Carta Magna, teniendo resultados únicamente paliativos, que resultan insuficientes para tratar de proteger a la población peruana de actuales y futuras crisis donde la iniciativa privada actúe en contra de la comunidad.

#### ***4.2.3. ¿Cómo puede solucionarse la distorsión en la competencia que producen el abuso de posición de dominio en el mercado farmacéutico peruano y sus consecuencias negativas?***

El lingüista Noam Chomsky en una entrevista sobre la pandemia resume que: han existido y existen amenazas biológicas que suponen un riesgo para la sociedad, pero ¿quién puede hacer algo al respecto? Bueno, las farmacéuticas, infladas por mecanismos liberales y ricas en recursos, laboratorios e infraestructura; sin embargo, están bloqueadas, por la dinámica del capital, si no existe ganancia, por ello hay motivo para buscar prever futuras crisis epidemiológicas. En la pandemia, a pesar de que mundialmente los gobiernos financiaron con cifras millonarias la investigación por las vacunas, existe aún una tendencia que busca adherirse al no estado y a la no intervención del estado, y se argumenta que la iniciativa privada sin regulación es la mejor forma económica; sin embargo, como ha sido desarrollado a lo largo de esta investigación, el cuasi monopolio de InRetail sobre el mercado farmacéutico ha sido y puede seguir siendo de grave daño para la salud pública.

Según Soldevilla (2017), la distorsión en la competencia surge en un caso escenario de dos factores, primeramente, el poder económico de una empresa ya situada de forma contundente en el mercado y segundo, la inacción pública; estos dos factores resultan en que, aun existiendo legislación que busque combatir estas prácticas, sea imposible contrarrestar el abuso de la iniciativa privada una vez empieza. Además, se complementa que la acción privada es la que suele ser el inicio de la práctica monopólica, y, al no encontrar represalias por parte del Estado, busca acentuarla.

Incluso partiendo desde la perspectiva liberal, Smith (1776) explicaba a los monopolios como los enemigos de la buena gestión, dado que la buena gestión solo puede lograrse en un país por medio de la libre competencia; en su libro, La Riqueza de las Naciones, resume de buena manera el “buen” funcionamiento de un mercado capitalista, y bajo su propio análisis, también resulta contrario a la misma actividad privada cualquier práctica monopólica. Es prioridad de la economía liberal la iniciativa privada, como concepto general y mayoritario, no la iniciativa privada como proveniente de una o dos empresas que se adjudiquen el funcionamiento del mercado, esto, según Smith, no trae prosperidad ni riqueza, sino que obstaculiza el desarrollo de la sociedad.

La distorsión en la competencia entonces no es algo propio de la economía liberal, es más

bien una costumbre adquirida tras el desarrollo de la dinámica del capital y la inacción estatal, resultando en lo que hoy conocemos como prácticas monopólicas, cuasi monopólicas o posiciones de dominio. Es innegable el perjuicio que estas prácticas pueden tener tanto para el bienestar social como para la economía misma, y es de interés público que el Estado presente una política antimonopólica.

Es complicado plantear una solución concreta a la distorsión en la competencia y en la iniciativa privada, puesto que, como fue explicado, esta distorsión no es natural al sistema liberal, se ha consolidado por la costumbre capitalista de grandes empresas de anexionar, controlar y monopolizar; sin embargo, existen ciertos planteamientos que pueden analizarse para buscar una alternativa a esta problemática.

El estudio de Navarro (2023) que fue antes citado, plantea la alternativa de modificar el artículo 61 de la Constitución que versa sobre la actuación del Estado frente a los monopolios; este artículo faculta al estado a “combatir” los monopolios, lo cual lo predispone a una posición donde se asume la existencia natural de monopolios y el rol del Estado solo empieza después de la consolidación de estos. Esta alternativa es teóricamente válida, es correcto afirmar que existe un vacío legal en cuanto a monopolios se trata, puesto que la Constitución no establece la acción estatal sobre los monopolios, cuasi monopolios o posiciones de dominio existentes, o sobre una prohibición taxativa de la figura mercantil del monopolio o anexos; en opinión de Navarro Alvarado, esta falta de legislación o vacío legal, fue deliberadamente puesta por quienes en su momento redactaron la Constitución, en pos de interés personal o en conformidad con las políticas de neoliberalismo voraz que la Carta Magna del 93 buscaba.

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, por ejemplo, establece: “En los Estados Unidos Mexicanos se prohíben los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones fiscales, de acuerdo con los términos y condiciones que determinan las leyes”; esto es una contraposición a la ambigua legislación peruana sobre la misma materia, esta es una prohibición expresa que es constitucionalmente reconocida, por lo que en mérito a la jerarquía normativa de Kelsen, ha de ser aplicada con unanimidad hacia toda la legislación anexa. Además de ello, la Constitución Mexicana, también muestra una cohesión hacia las normas específicas que regulan las prácticas monopólicas, caso contrario en nuestra legislación, que mientras que la Constitución de 1993 en su artículo 61 ambiguamente establece que se combatirán los monopolios (sin prohibirlos), el D.L. N.º 701 de su propia legislación se infiere que los monopolios están prohibidos.

A esto habría de añadirse también la modificación del artículo 62 sobre los contratos ley y la “seguridad y garantías jurídicas” que defienden al pacto contractual si es que estos atentan o puedan atentar contra derechos fundamentales de la población. Por ejemplo, no puede defenderse mediante el artículo 62, el contrato de una empresa minera privada que recibe 20 años de concesión de extracción de recursos minerales, si con ello conlleva un severo daño al medio ambiente y a la salud de las personas que residan en el proyecto; de igual manera, en el rubro farmacéutico, no puede ser válida una adquisición de una empresa sobre su natural competidor en el área (como ocurrió con InRetail), puesto que esta acción yace sobre los límites que la economía social de mercado defiende como iniciativa privada, dado que dicha acción, tiene como única finalidad, la instauración de monopolios, cuasi monopolios o posiciones de dominio en el mercado que les permitan cometer abusos sobre la comunidad en pos de la ganancia privada, además, claro, de ser una tergiversación de los principios de la economía social de mercado y los principios liberales.

Sabiendo que la distorsión en la competencia es una tendencia natural del mercado capitalista sin intervención estatal, la primera alternativa resume en la modificación de la Constitución de 1993 en sus artículos 61 y 62, cambiando la política ambigua del Estado sobre los monopolios a una política donde el estado expresamente prohíbe los monopolios, y lo complementa con normas anexas que, con el poder de la Constitución, puedan regular de mejor manera el funcionamiento del mercado peruano. Adicionalmente es necesario recalcar que cualquier práctica económica que atente contra los derechos fundamentales de los seres humanos, es completamente contraria a los principios de la economía social de mercado, en la cual, siempre será prioridad el bienestar social por sobre la iniciativa privada, por lo que tal cosa como el absolutismo de la propiedad e iniciativa privada, no existe en una economía social de mercado.

Como segunda alternativa existe lo punitivo, esta medida es la que actualmente es vigente, que mediante el proyecto de ley N.º 5239/2020-CR se aprobó a incorporar al Código Penal, la penalización de las prácticas monopólicas que se den en un contexto de emergencia nacional; sin embargo esta medida es incompleta, dado que lo penal solo persigue el aprovechamiento económico mediante prácticas monopólicas únicamente en estados de emergencia, y esto resulta en que las prácticas monopólicas fuera de un estado de emergencia queden fuera del alcance del Código Penal, y se dejan a facultad de la aplicación del D.L. N.º 701. Esta premisa es errada, puesto que, a lo largo de este análisis,

se ha probado que incluso fuera de un estado de emergencia, las prácticas monopólicas suponen de riesgo a los derechos fundamentales de las personas en sociedad, suponiendo un riesgo vigente a los derechos fundamentales de las personas, no es viable el que no tengan una responsabilidad penal añadida.

Es así como la segunda alternativa planteada, es penalizar las prácticas monopólicas y anexas mediante el Código Penal, modificando el artículo 234 para incluir, o en todo caso, remover el hecho de que las prácticas monopólicas y anexas sean solo punibles cuando hay estado de emergencia nacional, extenderlo como una punibilidad que sea típica con el solo hecho de la existencia de prácticas monopólicas que perjudiquen el bienestar social. Actualmente las sanciones que figuran en el D.L. N.º 701 se limitan a lo económico, por lo que, para una empresa que posea monopolio, cuasi monopolio o posición dominante en el mercado, no resultan significativas ni mucho menos correctivas, dado que no se centran en que el fin de la medida impuesta sea el erradicar las prácticas monopólicas y anexas, sino que se centran a una indemnización económica por el daño que las prácticas han conllevado.

Esta premisa no erradica ni previene que sigan existiendo estas prácticas, más bien, les fija un precio determinado por el D.L. N.º 701; la vulneración al mercado y a la libre competencia mediante prácticas monopólicas no se interpretan como un daño a los derechos fundamentales de la comunidad, sino como una actividad necesaria para perdurar monopólicamente en el mercado mediante un precio que la ley fija. Se infiere que, al no tener una responsabilidad penal directamente ligada, la norma indirectamente está estableciendo que las prácticas monopólicas no son tan graves, y solo suponen de una indemnización que debe importarse al Estado por su ejecución, distando de ligar las malas prácticas en el mercado como directamente perjudiciales para la sociedad, los derechos de las personas e incluso el desarrollo del mercado.

Se plantean estas dos alternativas para enfrentar las condiciones monopólicas a las cuales la iniciativa privada tiende a practicar, dado que, en caso se continúe con la falta legislativa, la ineficacia de los recursos legales vigentes y la poca participación estatal tanto de funcionarios como de instituciones, el escenario de los derechos fundamentales de las personas acaba siendo relegado a un segundo plano frente a la libre iniciativa privada desmedida y no regulada que prefiere la rentabilidad material. Esta problemática debe ser de interés legislativo, ya sea para creación o modificación, dado que repercute en el bienestar social y en principios que la misma Constitución defiende; la jerarquía

normativa posee una responsabilidad inigualable en cuanto a las repercusiones que un vacío legislativo o deliberada mala legislación puede ocasionar en el orden normativo que a la Constitución se remite, es por ello que este análisis normativo defiende los principios que la economía social de mercado establece, puesto que, considerando también la perspectiva del legislador de la Constitución del 93, es el modelo más viable para el desarrollo de la sociedad peruana.



## CONCLUSIONES

PRIMERA: Se concluye que, la tergiversación en la interpretación y en la práctica del sistema económico que la Constitución reconoce, la economía social de mercado, sumada a la natural tendencia de la posición de dominio por buscar perdurar y facilitar o continuar prácticas monopólicas en el contexto del libre mercado, termina por abarcar rubros que comprometen la salud pública, como lo es el mercado farmacéutico peruano, que enfrenta un cuasi monopolio del 85% ostentado por InRetail, cuya inherencia en el mercado y los intereses de esta fueron expuestos durante la pandemia, donde pudo evidenciarse que, hay una posición de dominio de mercado. Asimismo, consideramos que los miembros del tribunal de INDECOPI, encargados de verificar el cumplimiento de las leyes que aseguran la libre competencia deben de ser controlados en su actuar y en el caso, abrirse una investigación penal, ya que como se ha podido evidenciar en el análisis jurisprudencial realizado en esta investigación, el abuso de posición por parte de las empresas farmacéuticas es evidente, existiendo hechos que corroboran su existencia, sin embargo, INDECOPI no sancionó.

SEGUNDA: Se concluye que, la tendencia natural de un mercado orientado al liberalismo sin intervención estatal no garantiza ningún derecho fundamental que interfiera con la dinámica del capital. El Perú actualmente en el mercado farmacéutico enfrenta una situación cuasi monopólica y cuyas consecuencias se hicieron más palpables durante la pandemia, donde el derecho fundamental a la salud que garantiza nuestra Constitución, fue relegado a la iniciativa privada y su inherencia sobre el mercado, resultando así en la afectación de miles de personas que, al no poseer la condición económica suficiente, fueron privadas de acceder a insumos médicos, vulnerando su integridad y en algunos casos sus vidas.

TERCERA: Se concluye que, existen distintos vacíos en nuestra legislación (deliberados o no) que permiten la vigencia y futura instauración de monopolios, cuasi monopolios y posiciones de dominio. La ineficacia de la ley o en algunos casos la no legislación, facilita también la poca acción de las autoridades e instituciones que faltan en regular los excesos que en nombre del libre mercado se cometen; por ejemplo, los desarrollados artículos 61 y 62 del capítulo sobre el régimen económico de la Constitución del 93, omiten prohibir imperativamente la existencia de monopolios, ni plantean una solución a las prácticas monopólicas vigentes.

CUARTA: Se concluye que, la distorsión en la competencia dentro del libre mercado, es una tendencia que ha acompañado el mercado mismo desde su inicio, los primeros liberales como Adam Smith, en su libro La Riqueza de las Naciones, ya problematizaba acerca de la casi inevitable tendencia que la iniciativa privada tiene por crecer, anexionar y monopolizar, describiendo también que este es un severo problema para el desarrollo del mercado y el bienestar social, se identifica esta cuestión como un problema del Estado moderno. De esto, surgen las alternativas planteadas resumidas en la modificación de nuestra estructura legislativa: en el artículo 61 de la Constitución de 1993, ha de cambiarse la ambigüedad del Estado sobre el monopolio a una prohibición directa e imperativa del mismo.



## RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda al INDECOPI en mérito de la legalidad y el estado de derecho, establecer un plan de acción frente a los actuales abusos de prácticas monopólicas y abusos de posición de dominio contra los derechos de los ciudadanos que acontecen en la actualidad, persiguiendo estas prácticas y para así evitar el mayor daño posible a la comunidad.

SEGUNDA: Se recomienda al INDECOPI, actuar conforme al D.L. N.º 1034 para buscar contrarrestar las repercusiones que las prácticas monopólicas están ocasionando en el bienestar social de la población, así como incentivar al ciudadano a denunciar estas prácticas en todas sus formas con las autoridades correspondientes, además de promover una libre competencia en el mercado restringiendo las prácticas que no se ajusten al modelo económico que la Constitución de 1993 reconoce.

TERCERA: Se recomienda al Congreso plantear la reforma de los artículos 61 y 62 de la Constitución Política del Perú de 1993, dado que, en el vacío legislativo de estas, se favorece la instauración o continuación de prácticas monopólicas, cuasi monopólicas o abusos de posiciones de dominio en el mercado peruano, repercutiendo en el bienestar social y en los derechos fundamentales de las personas.

CUARTA: Se recomienda al Congreso ajustar la regulación del abuso de posición de dominio, estableciendo que cuando una empresa concentre más del 50% de intervención en el mercado, debe de ser sujeta a controles e impedimentos que le impidan absorber a sus competidores, llegando a situaciones cuasi monopólicas.

## REFERENCIAS

- Akhtyrskaya, M., Oleksandr, I. & Kotiuk, M. (2022). Correlación del Derecho a Poseer y Portar Armas con la Garantía del Derecho a la Vida y su Protección. *Revista Cuestiones Políticas*, 40(72), 264-278. [https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/%22derecho+a+la+vida%22/vid/correlacion-derecho-poseer-portar-900146046](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/%22derecho+a+la+vida%22/vid/correlacion-derecho-poseer-portar-900146046)
- Anguita, P., & Labrador, M. (2019). Pluralismo y libre competencia en el mercado de la televisión y radiodifusión: el caso chileno. *Revista de comunicación*, 18(1), 11-32. [http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1684-09332019000100002](http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1684-09332019000100002)
- Arancibia, J. (2021). La legitimación activa en procesos correctivos y sancionatorios de libre competencia. *Revista de Derecho*, 56, 53-81. [https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/libre+competencia/vid/legitimacion-activa-procesos-correctivos-878497769](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/libre+competencia/vid/legitimacion-activa-procesos-correctivos-878497769)
- Arango, M. & Arevalo, G. (2022). Derechos Humanos. La declaración de interés público de medicamentos en Colombia como mecanismo de protección del derecho a la salud desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *UNA. Revista de derecho*, 1 (7), 69-101. [https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/salud+y+patentes/vid/derechos-humanos-declaracion-interes-910223462](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/salud+y+patentes/vid/derechos-humanos-declaracion-interes-910223462)
- Bolívar, A. (2020). Análisis del discurso y hermenéutica como métodos en la interpretación de textos. *Interpretatio. Revista de hermenéutica*, 5(1), 17-34. <https://revistas-filologicas.unam.mx/interpretatio/index.php/in/article/view/217>
- Cairampoma, A. (2021). La aplicación del principio de subsidiariedad en la actividad económica del estado en el ordenamiento jurídico peruano. *Advocatus*, 41, 29-46. [https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/economia+social+de+mercado/p3/vid/aplicacion-](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/economia+social+de+mercado/p3/vid/aplicacion-)

principio-subsidiariedad-actividad-879290095

Congreso de la República del Perú. (1993). *Constitución Política del Perú* [Texto constitucional]. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/files/CONSTITUCION.pdf>

Contreras, S. (2020). Sobre la protección contra abusos entre empresarios. Las cláusulas abusivas y el abuso de posición de dependencia económica. *Revista Con-texto*, 53, 127-151.

[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/proteccion-abusos-empresarios-clausulas-861367991)

[01..+content\\_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/proteccion-abusos-empresarios-clausulas-861367991](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/proteccion-abusos-empresarios-clausulas-861367991)

Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. Naciones Unidas.

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Costas, A. (2020). Un nuevo contrato social postpandémico. El papel de la Economía social. *CIRIEC-España, revista de economía pública, social y cooperativa*, (100), 11-29. <https://revistas.uv.es/index.php/ciriecespana/article/view/18715>

Couto, R. (2021). *El uso de algoritmos de personalización de precios por las plataformas digitales y su eventual consideración como conducta abusiva de una posición de dominio contraria a la libre competencia*. En Luis, M. y Javier, P. (Eds). *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*. Marcial Pons, 443-458.

[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/uso-algoritmos-personalizacion-precios-910616108)

[01..+content\\_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/uso-algoritmos-personalizacion-precios-910616108](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/uso-algoritmos-personalizacion-precios-910616108)

Cruces, A. (2021). *Economía social de mercado y principio de subsidiariedad en la constitución peruana*. Palestra Editores.

[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/economia+social+de+mercado/vid/interpretacion-constitucional-principio-subsidiariedad-906776223](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/economia+social+de+mercado/vid/interpretacion-constitucional-principio-subsidiariedad-906776223)

De Bartolome, J. (2020). *Evolución en la regulación de los límites del derecho a la vida*

*en relación con otros bienes, valores, principios y derechos constitucionales.*

Dykinson.

[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/%22derecho+a+la+vida%22/vid/evolucion-regulacion-limites-derecho-854292750](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/%22derecho+a+la+vida%22/vid/evolucion-regulacion-limites-derecho-854292750)

Duque, P., Meza, O., Giraldo, D. & Barreto, K. (2021). Economía Social y Economía Solidaria: un análisis bibliométrico y revisión de literatura. *Revesco: revista de estudios cooperativos*, (138), 187-212.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7966526>

Eguiluz, U. & de Mendiguren, J. (2019). La economía social y solidaria como vía para el buen vivir. *Revista iberoamericana de estudios de desarrollo= Iberoamerican journal of development studies*, 8(1), 106-136.

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6933776>

Escudero, C. & Cortez, L. (2018). *Técnicas y métodos cualitativos para la investigación científica*.

Ediciones

UTMACH.

<http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/12501/1/Tecnicas-y-MetodoscualitativosParaInvestigacionCientifica.pdf>

Esteve, J. (2021). La protección de la salud, la vida y la integridad física en tiempos de pandemia en la doctrina constitucional. *Actualidad jurídica iberoamericana*, 14, 1026-1039.

<https://portalcientifico.uned.es/documentos/61d68a68b32d1a43ae9f2d7b>

Fernández, P. (2021). El derecho fundamental a la vida. *Cuadernos de Bioética*, 104, 91-99.

[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/derecho+a+la+vida/p2/vid/derecho-fundamental-vida-864999125](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/derecho+a+la+vida/p2/vid/derecho-fundamental-vida-864999125)

Fontestad, L. (2021). La reclamación extrajudicial de daños por conductas contrarias a la libre competencia: ventajas e inconvenientes de la mediación. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 3, 141-170.

[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date)

:2019-05-01..+content\_type:4/libre+competencia/vid/reclamacion-extrajudicial-danos-conductas-876660418

Gaitan, T., Zapata, M., Blanco, I., Jaramillo, G. & Ospina, D. (2020). El contrato de franquicia en Colombia y su tensión con la libre competencia. *Universitas Estudiantes*, 22, 81-111.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/libre+competencia/vid/contrato-franquicia-colombia-tension-865882110](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/libre+competencia/vid/contrato-franquicia-colombia-tension-865882110)

Gallardo, E. (2017). Metodología de la investigación: manual auto informático interactivo. Editorial de la Universidad Continental.  
[https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/4278/1/DO\\_UC\\_EG\\_MAI\\_UC0584\\_2018.pdf](https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/4278/1/DO_UC_EG_MAI_UC0584_2018.pdf)

Gómez, H. (2020). Diálogo sobre las libertades y el estado Subsidiario. *Revista Facultad de Jurisprudencia*, 7, 131-156.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/%22economia+social+de+mercado%22/vid/dialogo-libertades-subsidiario-866712632](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/%22economia+social+de+mercado%22/vid/dialogo-libertades-subsidiario-866712632)

Gonzales, J. & Yabar, S. (2020). Cuando el remedio resulta peor que la enfermedad: riesgos el control administrativo de precios. *Themis. Revista de derecho*, 78, 43-57.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-0501..+content\\_type:4/%22Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio%22/p5/vid/r-emedio-resulta-peor-enfermedad-876335866](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-0501..+content_type:4/%22Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio%22/p5/vid/r-emedio-resulta-peor-enfermedad-876335866)

Gutiérrez, A. & Pérez, A. (2023). Novedades en materia de abuso de posición de dominio en el sector farmacéutico: Merck y Leadiant. *Actualidad Jurídica (Uría Menéndez)*, 61, 93-100.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/novedades-materia-abuso-posicion-930616826](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/novedades-materia-abuso-posicion-930616826)

- Henríquez, J. (2020). La importancia de la libre competencia. *Serie Informe Legislativo*, 59, 10-12.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/libre+competencia/p4/vid/importancia-libre-competencia-850583290](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/libre+competencia/p4/vid/importancia-libre-competencia-850583290)
- Hernández, R. & Mendoza, C. (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Editorial Mc Graw Hill Education. ISBN: 978-1 4562 6096-5, 714.
- Herrera, J., Pérez, A. & Henao, C. (2023). La libre competencia y la agenda económica del actual gobierno colombiano. *Revista de Economía Institucional*, 48, 177-191.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/libre+competencia/vid/libre-competencia-agenda-economica-921088063](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/libre+competencia/vid/libre-competencia-agenda-economica-921088063)
- Huamán, R. & Antayhua, O. (2021). Análisis de las condiciones de competencia en el mercado de producción del oxígeno medicinal peruano en el contexto de la emergencia sanitaria y políticas públicas pendientes. *Themis. Revista de derecho*, 80, 31-48.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/%22Abuso+de+posic%C3%B3n+de+dominio%22/p4/vid/analisis-condiciones-competencia-mercado-911768597](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/%22Abuso+de+posic%C3%B3n+de+dominio%22/p4/vid/analisis-condiciones-competencia-mercado-911768597)
- Huapaya, R. & Sanchez, L. (2019). La responsabilidad patrimonial derivada de la inactividad de la administración pública en el ordenamiento peruano: notas para el estudio de su régimen jurídico. *Revista Eurolatinoamericana en Derecho Administrativo*, 2(6), 283-320.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/%22integridad+y+salud%22/vid/responsabilidad-patrimonial-derivada-inactividad-878707223](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/%22integridad+y+salud%22/vid/responsabilidad-patrimonial-derivada-inactividad-878707223)
- Labbé, M. (2020). Big Data: Nuevos desafíos en materia de libre competencia. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 9(1), 33-62.  
[https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0719-25842020000100033&script=sci\\_arttext](https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0719-25842020000100033&script=sci_arttext)

- Leyva, L. (2022). *El sistema económico Neoliberal Peruano y su influencia en la producción del Crimen*. Palestra Editores.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/%22economia+social+de+mercado%22/vid/regimen-economico-peruano-economia-857124068](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/%22economia+social+de+mercado%22/vid/regimen-economico-peruano-economia-857124068)
- Limonta, R. (2021). La fiscalidad participativa y la economía social y solidaria. *Revista de Derecho Fiscal*, 19, 89-108.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/economia+social+de+mercado/p3/vid/fiscalidad-articipativa-economia-social-869956903](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/economia+social+de+mercado/p3/vid/fiscalidad-articipativa-economia-social-869956903)
- Marmolejo, C. (2022). Algunas sentencias de la Corte Suprema que abordan conceptualmente el Derecho de la Libre Competencia. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 13(2), 159-181.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/libre+competencia/p2/vid/sentencias-corte-suprema-abordan-923153930](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/libre+competencia/p2/vid/sentencias-corte-suprema-abordan-923153930)
- Martin, M. (2020). El margen de apreciación en el derecho humano a la vida: Restricción de derechos y respuesta del Tribunal de Estrasburgo. *Revista de Estudios Constitucionales*, 2, 3-50.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/derecho+a+la+vida%22/vid/margen-apreciacion-derecho-861619756](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/derecho+a+la+vida%22/vid/margen-apreciacion-derecho-861619756)
- Martínez, J., Poyanco, R. (2022). El derecho a la vida en la jurisprudencia de la Corte Suprema sobre medicamentos de alto costo. *Revista de Estudios Constitucionales*, 2, 3-40.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/derecho+a+la+vida%22/vid/derecho-vida-jurisprudencia-corte-925082763](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/derecho+a+la+vida%22/vid/derecho-vida-jurisprudencia-corte-925082763)
- Miranda, A. (2021). Libre competencia. *Industria Legal*, 5, 44-45.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date)

:2019-05-

01..+content\_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/p2/vid/libre-competencia-877441036

Miranda, L. & Pagador, J. (2021). *Desafíos del regulador mercantil en materia de contratación y competencia empresarial*. Marcial Pons, 472-482.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date)

:2019-05-

01..+content\_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/cabe-hablar-abusos-posicion-910616113

Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Resolución 217 A (III), adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

Organización Mundial de la Salud (OMS). (1946). *Constitución de la OMS*.  
<https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/SPA/constitucion-sp.pdf>

Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Asamblea General de las Naciones Unidas.  
<https://www.ohchr.org/sp/instruments-mechanisms/treaties/7>

Neves, D. (2023). La protección de los derechos afectados por los delitos contra la libre competencia a través del prisma de los derechos humanos. *Ratio Juris*, 36.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date)  
:2019-05-01..+content\_type:4/LIBRE+COMPETENCIA/p2/vid/proteccion-derechos-afectados-delitos-942798249

Oliveira, C., Sandoval, F. y Weil, H. (2020). Ecología humana y cambio civilizatorio: reflexiones sobre el derecho a vida. *Veredas do Direito. Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável*, 17(39), 99-121.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date)  
:2019-05-01..+content\_type:4/derecho+a+la+vida/p2/vid/ecologia-humana-cambio-civilizatorio-853638596

Organización de los Estados Americanos [OEA]. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos* (Pacto de San José). Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>

Orozco, G. (2020). Concepto de daño moral. *Revista de Derecho*, 28, 3-36.

[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/integridad+salud/vid/concepto-dano-moral-847981322](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/integridad+salud/vid/concepto-dano-moral-847981322)

Ortiz, K. (2023). Derecho de competencia y economía digital en Ecuador: reflexiones sobre mercados relevantes y abusos de posición de dominio. *USFQ Law Review*, 1(10), 29-43.

[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/posici%C3%B3n+de+dominio/vid/derecho-competencia-economia-digital-932208657](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/posici%C3%B3n+de+dominio/vid/derecho-competencia-economia-digital-932208657)

Paredes, H., Guacheta, J., Segura, M. y Orozco, M. (2019). Derecho a la vida privada: garantía constitucional restringida para los servidores públicos en Colombia.

*Principia Iuris*, 33, 130-155.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/derecho+a+la+vida%22/vid/derecho-vida-privadagarantia-847994650](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/derecho+a+la+vida%22/vid/derecho-vida-privadagarantia-847994650)

Quintero, M. (2023). Los derechos de propiedad intelectual y la protección a la libre competencia. Una discusión sin superar: los patent thickets en el mercado farmacéutico. *Revista La Propiedad Inmaterial*, 35, 239-266.

[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/libre+competencia/vid/derechos-propiedad-intelectual-proteccion-938700933](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/libre+competencia/vid/derechos-propiedad-intelectual-proteccion-938700933)

Quispe, R. (2023). Investigación cualitativa en educación. Fondo Editorial de la UNAH. <https://doi.org/10.37073/feunah.39>

Ramon, F. (2020). El derecho a la vida y a la protección de la salud en las medidas adoptadas en España como consecuencia de la covid-19: Una reflexión sobre su oportunidad. *Revista de Estudios Constitucionales*, 2, 51-89.

[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/%22derecho+a+la+vida%22/vid/derecho-vida-proteccion-861619757](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/%22derecho+a+la+vida%22/vid/derecho-vida-proteccion-861619757)

- Resiso, M. (2019). Economía Social de Mercado versus capitalismo rentista: Reflexiones para América Latina. *Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*, 37, 2-20. [https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/economia+social+de+mercado/vid/economia-social-mercado-versus-839565074](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/economia+social+de+mercado/vid/economia-social-mercado-versus-839565074)
- Resolución 0497-2015/SDC-INDECOPI. (2015). *Resolución sobre la denuncia interpuesta por Nept Computer contra Deltron por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de insumos de soporte informático*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).
- Resolución 0974-2013/SDC-INDECOPI. (2013). *Resolución sobre la denuncia interpuesta por Cementos Otorongo SAC (COSAC) contra Gloria SA, Yura SA, Cemento Sur SA y Consorcio Cementero del Sur SA por abuso de posición de dominio*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).
- Resolución 13348-2010/SC1-INDECOPI. (2010). *Resolución sobre la denuncia interpuesta por distribuidores mayoristas contra Backus por abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).
- Resolución 551/02, Farmacéuticos Formulistas. (2002). *Apelación en contra del acuerdo del servicio sobre abuso de posición de dominio de Abbot en la negativa de venta de sibutramina*. Tribunal de Competencia.
- Resolución expediente 418/2000 Glaxo 2. (2000). *Resolución sobre la denuncia interpuesta por Aseprofar y Asecofarma contra Glaxo por abuso de posición de dominio en condiciones generales de venta de medicamentos*. Comisión de las Comunidades Europeas.
- Resolución Expediente S/DC/0601/16. (2016). *Investigación sobre abuso de posición de dominio por incremento de precios en la empresa ASPEN*. Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
- Resolución S/0026/19 Merck Sharp Dohme SA. (2019). *Resolución sobre el abuso de posición de dominio en el mercado de anticonceptivos hormonales por Merck*

*Sharp & Dohme SA. Consejo Nacional de los Mercados y Competencia.*

Resolución s/0027/19 inhaladores AstraZeneca. (2019). *Resolución sobre la denuncia interpuesta por TEVA contra ASTRAZENECA por abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios del medicamento Symbicort.* Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Resolución S/0028/20 Leadiant. (2020). *Resolución sobre la denuncia de abuso de posición de dominio por precios excesivos en el medicamento CDCA-Leadiant.* Autoridad de Competencia Italiana.

Rezkalah, E. (2021). ¿Es necesario un nuevo modelo económico? Una respuesta desde la Economía Social de Mercado y el principio de subsidiariedad. *Revista Foro Jurídico*, 19, 253-274.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/economia+social+de+mercado/vid/es-necesario-nuevo-modelo-897855304](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/economia+social+de+mercado/vid/es-necesario-nuevo-modelo-897855304)

Rincón, J. (2020). Libre competencia, acuerdos colusorios. *Boletín Colegio de Abogados Comercialistas*, 1594, 9-10.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/libre+competencia/vid/libre-competencia-acuerdos-colusorios-847012513](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/libre+competencia/vid/libre-competencia-acuerdos-colusorios-847012513)

Robles, A., Gutiérrez, C. y Lurent, J. (2020). ¿Qué tan lejos estamos de estar cerca? Alcances de la arbitrabilidad de la libre competencia y aproximaciones en el Perú. *Themis. Revista de derecho*, 78, 167-187.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/libre+competencia/p3/vid/tan-lejos-cerca-alcances-876335872](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/libre+competencia/p3/vid/tan-lejos-cerca-alcances-876335872)

Rodríguez, N., Narváez, C., Guerra, M. y Erazo. (2020). Habeas corpus preventivo como garantía del derecho a la vida, la integridad física y libertad. *Revista Iustitia Socialis*, 5(8), 608-623.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/%22derecho+a+la+vida%22/p2/vid/habeas-corpus-preventivo-garantia-934282824](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/%22derecho+a+la+vida%22/p2/vid/habeas-corpus-preventivo-garantia-934282824)

- Rodríguez, Y. (2021). El Derecho a la Libre Competencia y la ineficacia de su normativa. *Pensamiento Republicano*, (13), 57-66.  
<http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/pensamientorepublicano/article/view/754>
- Romero, A. (2019). Los acuerdos extrajudiciales en materia de libre competencia como tutela cautelar autónoma. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 27, 255-275.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/libre+competencia/p2/vid/acuerdos-extrajudiciales-materia-libre-850196282](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/libre+competencia/p2/vid/acuerdos-extrajudiciales-materia-libre-850196282)
- Salazar, L. (2020). Investigación cualitativa: una respuesta a las investigaciones sociales educativas. *Revista Interdisciplinaria de Humanidades, Educación, Ciencia y Tecnología*, 6 (11). file:///C:/Users/harold/Downloads/Dialnet-InvestigacionCualitativa-7390995.pdf
- Sanabria, S. & Sánchez, P. (2022). *Economía Social de Mercado en Colombia*. Grupo Editorial Ibáñez.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/%22econom%C3%ADa+social+de+mercado%22/vid/5-economia-social-mercado-945540077](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/%22econom%C3%ADa+social+de+mercado%22/vid/5-economia-social-mercado-945540077)
- Sánchez, M., Fernández, M. & Díaz, J. (2021). Técnicas e instrumentos de recolección de información: análisis y procesamiento realizado por el investigador cualitativo. *Revista científica UISRAEL*, 8(1), 107-121.  
[http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?pid=S2631-27862021000300107&script=sci\\_arttext](http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?pid=S2631-27862021000300107&script=sci_arttext)
- Sosa, M. (2022). El derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico en el ámbito de la salud. *El Derecho Internacional*, 8, 429-445.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/salud+y+patentes/vid/derecho-disfrutar-beneficios-progreso-939189939](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/salud+y+patentes/vid/derecho-disfrutar-beneficios-progreso-939189939)
- Stucchi, P., & Estacio, F. (2021). Abuso de poder económico, acaparamiento y

- especulación. *Giuristi: Revista de Derecho Corporativo*, 2(4), 233-247.  
<https://revistas.esan.edu.pe/index.php/giuristi/article/view/552>
- Suzañan, S. (2023). Apuntes para la determinación de dominancia y mercado relevante en la tipificación de abuso de posición dominante. *Gaceta Judicial*, 416, 1-6.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/apuntes-determinacion-dominancia-mercado-940830872](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/apuntes-determinacion-dominancia-mercado-940830872)
- Unda, D. (2019). La evolución del Derecho, como modo para regular la vida diaria, un aporte desde la perspectiva ecuatoriana. *Revista Facultad de Jurisprudencia*, 5, 137-174.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/derecho+a+la+vida/vid/evolucion-derecho-modo-regular-866680503](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/derecho+a+la+vida/vid/evolucion-derecho-modo-regular-866680503)
- Unión Europea. (1957). *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (Tratado de Roma)*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A11957E%2FTXT>
- Valladolid, M. & Chávez, L. (2020). El enfoque cualitativo en la investigación jurídica, proyecto de investigación cualitativa y seminario de tesis. *Vox juris*, 38(2), 69-90. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7628480>
- Vargas, A., Tercero, C. & Del Castillo, J. (2020). ¿Qué tan lejos estamos de estar cerca? Alcances de la arbitrabilidad de la libre competencia y aproximaciones en el Perú. *THEMIS Revista de Derecho*, (78), 167-187.  
<http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/pensamientorepublicano/article/view/754>
- Vega, F. (2021). El 'procedimiento contencioso de consulta' ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. *Revista de Derecho UCSC*, 38, 63-87.  
[https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/libre+competencia/vid/procedimiento-contencioso-consulta-tribunal-878557666](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/libre+competencia/vid/procedimiento-contencioso-consulta-tribunal-878557666)

- Vlex (2023) Examen del abuso de posición de dominio derivado de los servicios de gestión y cobro de los estacionamientos regulados municipales (STS 445/2023, 30 de Marzo de 2023). *Revista de Derecho vLex*, 228. [https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/no-abuso-posicion-dominio-932036280](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/no-abuso-posicion-dominio-932036280)
- Weekly. (2023). Tensiones entre la Salud Pública y las patentes farmacéuticas: El caso del Doloutegravir en Colombia. *Weekly Digest*, 9. [https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/salud+y+patentes/vid/tensiones-salud-publica-patentes-945678210](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/salud+y+patentes/vid/tensiones-salud-publica-patentes-945678210)
- Zuñiga, G. (2021). Una mirada al análisis de los actos de abuso de posición de dominio en mercados digitales: actualidad y desafíos. *Revista Foro Jurídico*, 19, 149-169. [https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext\\_in\\_plan:1+date:2019-05-01..+content\\_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/mirada-analisis-actos-abuso-897855227](https://ezproxy.ucsm.edu.pe:2074/#search/inPlanOnly:1+fulltext_in_plan:1+date:2019-05-01..+content_type:4/Abuso+de+posici%C3%B3n+de+dominio/vid/mirada-analisis-actos-abuso-897855227)

## ANEXO

### Proyecto de Ley N.º 0001

#### 1. Exposición de Motivos

Es innegable la inherencia de InRetail sobre el mercado farmacéutico peruano, y de igual manera es innegable el daño que esta posición de dominio ha tenido y puede tener sobre los derechos fundamentales de la población. En defensa de la economía social de mercado, que es el modelo económico que postula nuestra Constitución, se plantea el siguiente proyecto de ley que tiene como motivo, el combatir y evitar la continuación de prácticas monopólicas, cuasi monopólicas y abuso de posición de dominio en mérito de los siguientes motivos:

- a) Las prácticas monopólicas en el sector salud, conllevan un riesgo para la integridad y vida de la población, puesto que suponen una restricción económica en el acceso a los insumos médicos, ponderando en primer lugar el beneficio y rentabilidad de la empresa privada, y poniendo en segundo plano el derecho a la salud de la población.
- b) La mala redacción constitucional en los artículos 61 y 62, permite que las prácticas monopólicas perduren dado que la Constitución se pronuncia ambiguamente sobre la cuestión de los monopolios, se presume en una posición de combatir monopolios y no son prohibidos expresamente.
- c) La ineficacia del D.L. N.º 1034 que es insuficiente para combatir y frenar las prácticas monopólicas que afectan el bienestar social; se establece una sanción económica para la empresa que efectúe prácticas monopólicas y controlistas que acaban siendo referencial, dado que se asocia estas malas prácticas con un precio que la ley fija, y no con una responsabilidad directa con la afectación de los derechos fundamentales de la población.
- d) Finalmente, el artículo 234 del Código Penal, que queda limitado en su cuestión punitiva, dado que solo penaliza a las prácticas monopólicas en contextos de emergencia nacional, obviando la existencia de prácticas monopólicas que, sin necesidad de estado de emergencia, causan un daño a los bienes jurídicos tutelados de las personas, delegando la penalización de estas prácticas a una multa administrativa mediante el D.L. N.º 1034.

## 2. Reforma Constitucional

1. La redacción actual del artículo 61 de la Constitución establece:

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

2. La nueva redacción debe establecer:

“El Estado facilita y vigila la libre competencia, además de intervenir cuando la dinámica del mercado afecte el bienestar social. El Estado prohíbe cualquier forma empresarial monopólica, cuasi monopólica o de posición de dominio, y combate las prácticas monopólicas o controlistas que sean vigentes al momento de la promulgación de esta Constitución. La concertación privada que establezca monopolios, cuasi monopolios o posiciones de dominio, o la ley que autorice estos, será declarada ilegal de facto.”

3. La redacción planteada suple los vacíos que la previa redacción tenía, primeramente pronunciándose sobre uno de los principios de la economía social de mercado que se omite en el artículo 61: el bienestar social debe primar por encima de la libre competencia; también se establece la prohibición expresa de los monopolios, cuasi monopolios o posiciones de dominio, habiendo norma imperativa que lo prohíbe, no solo se facilita la jerarquía de normas posteriores a la Constitución, sino que se interpreta como una declaración política sobre la postura del Estado peruano frente a los monopolios y los abusos del mercado, ponderando al bienestar social de la población por encima de la iniciativa privada; la redacción previa no establecía el curso del Estado frente a los monopolios vigentes, es por ello que esta redacción faculta al Estado a perseguir y combatir estas prácticas que sean patentes en la vigencia de esta Constitución; finalmente estableciendo la nulidad de facto de cualquier concertación privada o ley que favorezca, acuerde o facilite la perduración de estas prácticas.

## 3. Reforma del Código Penal

1. La redacción actual del artículo 234 del Código Penal establece:

“El productor, fabricante, proveedor o comerciante que incrementa los precios de bienes y servicios habituales, que son esenciales para la vida o salud de la personas utilizando prácticas ilícitas que no se sustenten en una real estructura de costos y el correcto funcionamiento del mercado, aprovechando una situación de mayor demanda por causas de emergencia, conmoción o calamidad pública será reprimido con pena privativa de libertad de dos ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa”

2. La nueva redacción debe establecer:

“El productor, fabricante, proveedor o comerciante que incrementa los precios de bienes y servicios habituales, que son esenciales para la vida o salud de las personas utilizando prácticas ilícitas, prácticas monopólicas, abuso de posición de dominio en el mercado, independientemente de que se esté aprovechando de una situación de mayor demanda por causas de emergencia, conmoción o calamidad pública será reprimido con pena privativa de libertad de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa”

3. La redacción planteada termina con la ambigüedad sobre qué prácticas ilícitas sobre el mercado son las que penaliza nuestro código, estableciendo que son el aprovechamiento de prácticas monopólicas o abusos de posiciones de dominio las que tipifican este delito; además de conservar la redacción que establece que el bien jurídico tutelado en cuestión es la vida o la salud de las personas; finalmente se determina que no son solo el abuso de estas prácticas lo que configuraría el delito sino que además se considera los escenarios donde estas prácticas se dan en estados de emergencia, conmoción o calamidad pública.

#### **4. Análisis de Costos**

1. Esta reforma resulta más eficiente en la administración de los recursos del Estado dado que actualmente ya se destina presupuesto a las instituciones que buscan defender los derechos de las personas que son afectadas por las prácticas monopólicas, sin embargo, al no contar con los recursos legales idóneos, resulta un desperdicio de inversión estatal, dado que no se consigue el objetivo pretendido.