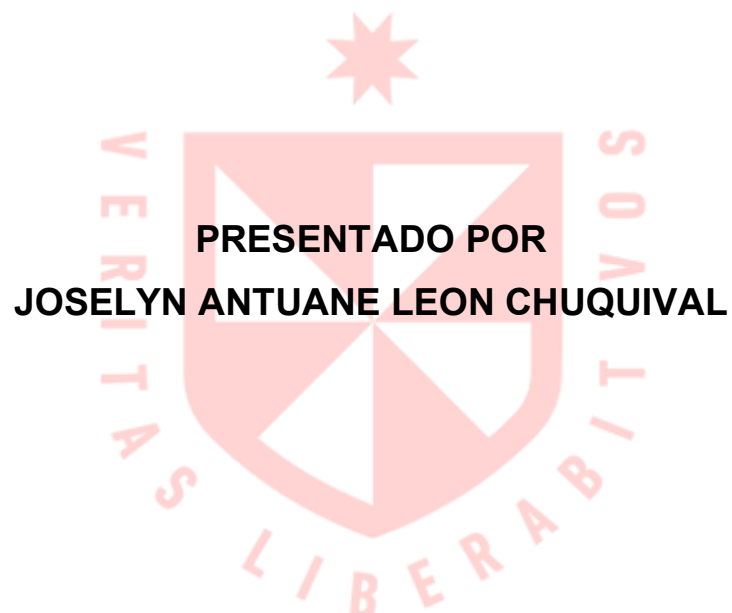




FACULTAD DE DERECHO

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE
ADMINISTRATIVO N° 193-2019/CC3**



**PRESENTADO POR
JOSELYN ANTUANE LEON CHUQUIVAL**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA**

**LIMA – PERÚ
2023**

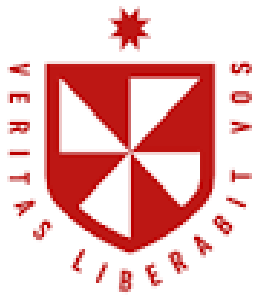


CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad
de Derecho

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada

Informe Jurídico sobre Expediente N.º 193-2019/CC3

Materia : PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

Entidad : INDECOPI

Bachiller : JOSELYN ANTUANE LEON CHUQUIVAL

Código : 2014112321

LIMA – PERÚ

2023

El presente informe tiene como objetivo analizar los problemas jurídicos principales identificados en el expediente n.º 193-2019/CC3 bajo el cual se tramitó un procedimiento administrativo sancionador en contra de Mifarma S.A.C. producto de una fiscalización llevada a cabo bajo la modalidad de consumidor incógnito en los establecimientos comerciales de la administrada. En la fase instructora del procedimiento, a cargo de la Secretaría Técnica, se emitieron dos Informes Finales de instrucción, siendo el segundo Informe final de instrucción emitido por una ampliación de cargos por parte de la Secretaría Técnica. En base a ello, en primera instancia, la Comisión resuelve sancionar a Mifarma por las siguientes conductas:

- i) haber brindado información no veraz al indicar que no contaba con el medicamento Naproxeno genérico de 550mg pese a tener dicho producto en almacén; ii) no haber puesto a disposición de los consumidores la lista de precios y iii) haber cometido prácticas abusivas al no permitir la venta de medicamentos genéricos por unidad.

Ante la apelación de la administrada, en segunda instancia, la Sala revoca la resolución de la Comisión en el extremo de sancionar a Mifarma por no poner a disposición de los consumidores la lista de precios al configurarse una causal eximente de responsabilidad y, a su vez, confirma la resolución de la Comisión en los extremos que halló responsable a Mifarma por brindar información no veraz y cometer prácticas abusivas, sancionando ambas conductas con una amonestación y ordenando medidas correctivas complementarias.

De este modo, se han identificado cuatro (4) problemas jurídicos principales en el procedimiento: 1) ¿La fiscalización realizada a Mifarma bajo la modalidad de consumidor incógnito fue válida en los términos del TUO de la LPAG?; 2) ¿Las resoluciones de la Comisión y Sala vulneraron el principio de legalidad?; 3) ¿Las resoluciones de la Comisión y Sala vulneraron el principio de tipicidad?; y 4) ¿Las resoluciones de la Comisión y Sala vulneraron el principio del debido procedimiento?

Finalmente, el informe concluye plasmando el resultado del análisis realizado sobre los problemas jurídicos contenidos en el presente procedimiento.

NOMBRE DEL TRABAJO

LEON CHUQUIVAL.docx

RECUENTO DE PALABRAS

8206 Words

RECUENTO DE PÁGINAS

33 Pages

FECHA DE ENTREGA

Sep 28, 2023 11:36 AM GMT-5

RECUENTO DE CARACTERES

44239 Characters

TAMAÑO DEL ARCHIVO

2.7MB

FECHA DEL INFORME

Sep 28, 2023 11:37 AM GMT-5**● 19% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

- 17% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 8% Base de datos de trabajos entregados
- 4% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 10 palabras)



USMP FACULTAD DE DERECHO
Dr. GINO RIOS PATIO
Director del Instituto de Investigación Jurídica

GRP/
REB

ÍNDICE

RELACIÓN DE LOS PRINCIPALES HECHOS EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO.....	3
IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE.....	13
POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS.....	20
POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS...	28
CONCLUSIONES.....	30
BIBLIOGRAFÍA.....	30

1. RELACIÓN DE LOS PRINCIPALES HECHOS EXPUESTOS POR LAS PARTES INTERVINIENTES EN EL PROCEDIMIENTO

1.1. FISCALIZACIÓN REALIZADA POR LA GERENCIA DE SUPERVISIÓN Y FISCALIZACIÓN BAJO LA MODALIDAD DE CONSUMIDOR INCÓGNITO

1.1.1. El 2 de julio de 2019, mediante correo electrónico, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor n.º 3 (en adelante, “La Secretaría Técnica”) encargó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (en adelante, “GSF”) realizar la supervisión orientativa y/o de cumplimiento normativo de la Ley n.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el “Código”) a los proveedores de productos farmacéuticos y/o medicamentos.

1.1.2. El 3 de julio de 2019, mediante Informe n.º 351-2019/GSF, la GSF determinó que se fiscalizarían a las empresas del Grupo In Retail Pharma, encontrándose entre estas Mifarma S.A.C. (en adelante, “Mifarma” o “la administrada”), respecto de la cual se recomendó la fiscalización de diecisiete (17) de sus establecimientos comerciales a nivel nacional.

1.1.3. El 4 de julio de 2019, se llevó a cabo la fiscalización en los establecimientos comerciales de Mifarma bajo la modalidad de consumidor incógnito en torno a la venta de tres (3) medicamentos genéricos específicos: Amoxicilina de 500mg, Losartán de 50mg y Naproxeno de 550 mg, evaluando los siguientes aspectos:

- **Deber de información e idoneidad:** en base a cuatro (4) escenarios: (i) no contaba con el medicamento genérico y tampoco otra opción de este; (ii) sí contaba con el medicamento genérico; (iii) no contaba con el medicamento genérico y en su lugar se ofreció un medicamento de marca con el mismo principio activo y (iv) sí contaba con el

medicamento genérico, pero también se ofreció un medicamento de marca con el mismo principio activo. Considerando además si el medicamento ofertado y aceptado fue el mismo medicamento cobrado, así como el mismo medicamento entregado y si el precio informado fue el precio cobrado.

- **Lista de precios:** ¿el establecimiento cuenta con una lista de precios?, ¿esta se pone a disposición de los consumidores?, ¿el establecimiento cuenta con un sistema de registro y control de la venta de sus productos, ¿el establecimiento cuenta con un área de almacén? Y dentro del almacén, ¿el establecimiento cuenta con unidades del medicamento genérico?, ¿cuenta con alternativas de medicamentos de marca con el mismo principio activo que no haya mencionado en la etapa de consumidor incógnito?
- **Libro de reclamaciones:** ¿el establecimiento cuenta con libro de reclamaciones físico o virtual?, ¿en caso ser virtual, se brindan mecanismos de apoyo para que el consumidor pueda registrar su queja o reclamo?, ¿cuenta con aviso del libro de reclamaciones?, ¿este aviso se encuentra en un lugar visible y accesible al público?

1.1.4. Así, el 30 de setiembre de 2019, mediante Informe n.º 637-2019/GSF (en adelante, “el informe final de la GSF”), la GSF llevó a cabo el análisis de las conductas verificadas en cada uno de los diecisiete (17) establecimientos de Mifarma de acuerdo con lo plasmado en las actas de fiscalización. De ello, concluyó recomendando el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Mifarma al existir indicios de incumplimiento de la normativa del Código en base a lo siguiente:

No habría informado previamente sobre la existencia de otras variantes de los medicamentos adquiridos y no brindó información sobre el precio de los productos, lo cual incumple con el literal b) del numeral 1 del artículo 1 y 2 del Código.

No permitió la venta de los medicamentos genéricos por unidad, lo cual incumple con el literal c) del numeral 1 del artículo 1 del Código.

No ofertó los medicamentos genéricos de menor precio y, en la medida que ello hubiera sido beneficioso para el consumidor afectó sus

intereses económicos al adquirir un producto de mayor precio, lo cual incumple con el literal c) del numeral 1 del artículo 1 del Código.

No cumplió con poner a disposición de los consumidores la lista de precios de los productos farmacéuticos que comercializa, lo cual incumple con el numeral 2 del artículo 5 del Código.

1.1.5. Cabe resaltar que, respecto de las conductas fiscalizadas en torno al deber de idoneidad y libro de reclamaciones, la GSF dispuso el archivo de la supervisión al no existir indicios de incumplimiento.

1.1.6. Posteriormente, mediante Resolución n.º 1 del 8 de julio de 2020, luego de la revisión del expediente de fiscalización y el Informe final de la GSF, la Secretaría Técnica decidió dar inicio al procedimiento administrativo sancionador imputando a Mifarma las siguientes presuntas infracciones:

(i) No habría informado previamente sobre la existencia de otras variantes de los medicamentos genéricos adquiridos, lo cual contravendría el artículo 108, en relación con los artículos 1.1 literal b) y 2 del Código (en adelante, "**la primera imputación**").

(ii) Habría brindado información incorrecta, al indicar que no contaba con el medicamento genérico Naproxeno de 550mg, pese a tener dicho producto en almacén, lo cual contravendría el artículo 108, en relación con los artículos 1.1 literal b) y 2 del Código (en adelante, "**la segunda imputación**").

(iii) No habría informado los precios de los medicamentos solicitados antes de su adquisición, lo cual contravendría el artículo 108, en relación con los artículos 1.1 literal b) y 2 del Código (en adelante, "**la tercera imputación**").

(iv) No habría permitido la venta de medicamentos genéricos por unidad, lo cual contravendría el artículo 108, en relación con los artículos 1.1 literal c) del Código (en adelante, "**la cuarta imputación**").

(v) No habría ofertado el medicamento genérico de menor precio, lo cual contravendría el artículo 108, en relación con el artículo 1.1 literal c) del Código (en adelante, "**la quinta imputación**").

(vi) No habría puesto a disposición de los consumidores la lista de precios de los productos farmacéuticos que comercializa, lo cual contravendría el artículo 108, en relación con el artículo 5.2 del Código (en adelante, "**la sexta imputación**").

1.1.7. Ante ello, el 26 de agosto de 2020, Mifarma presenta sus descargos rechazando las imputaciones formuladas por la Secretaría Técnica, en tanto alude que no ha incurrido en ninguna responsabilidad administrativa por las siguientes razones:

- **La primera imputación** no existe como infracción al Código y es irrazonable ya que: i) no se deduce como obligación de los artículos que sirven de sustento; ii) resulta contraria al artículo 2.4 del Código referido a no brindar información excesiva al existir hasta 26 variantes de un medicamento genérico; iii) si ninguna norma la obligaba a ofrecer genéricos al consumidor, menos lo estaría a informar sobre todas sus variantes y iv) el artículo 5 (puesta a disposición de lista de precios) es el tipo infractor del derecho a la información de los consumidores a conocer los productos que ofrece el proveedor, carece de sentido que exista otra supuesta obligación de brindar información sobre todas las variantes de un medicamento genérico.
- **La segunda imputación** es un caso único y aislado por error del personal que atendía, pero no constituye un incumplimiento de una norma, ya que: i) no se deduce como obligación de los artículos que sirven de sustento y ii) Mifarma no estaba obligada a vender genéricos por lo que no puede ser responsable por no informar sobre los productos que tiene en almacén.
- **La tercera imputación** no existe como infracción al Código el deber de informar sobre los precios sin que esto sea consultado; la consumidora incógnita ya tenía adoptada su decisión de consumo siendo que en un solo requerimiento pidió todos los medicamentos sin preguntar por el precio de cada uno y no resulta razonable por subsumirse dentro de la obligación del artículo 5 (puesta a disposición de lista de precios).
- **La cuarta imputación** no existe como infracción al Código ni

ninguna otra norma, tampoco se deduce como obligación de los artículos que sirven de sustento, asimismo, tiene plena libertad para decidir el modo de dispensación de sus productos.

- **La quinta imputación** guarda similitud con **la primera imputación** en tanto que se superponen una con la otra vulnerando el principio de *Non Bis in Idem*, además no existe como infracción en los artículos que sirven de sustento y no resulta razonable por subsumirse dentro de la obligación del artículo 5 (puesta a disposición de lista de precios).
- **La sexta imputación** ha sido subsanada voluntariamente por Mifarma antes de la resolución de imputación de cargos, por lo que se debe eximir de responsabilidad.
- La notificación de cargo de la Secretaría Técnica transgrede el principio de tipicidad pues, se han derechos genéricos y se los ha dotado unilateralmente de contenido para crear obligaciones inexistentes en el ordenamiento jurídico, debiendo archivarse **la primera, segunda, tercera, cuarta y quinta imputación,**
- Mifarma actuó amparada bajo el principio de confianza legítima de que su conducta no era una infracción pasible de sanción, por no existir una norma con rango de ley que prohíba las conductas cuestionadas contenidas en **la primera, segunda, tercera, cuarta y quinta imputación,** por lo que deben ser archivadas.
- La fiscalización llevada a cabo el 4 de julio de 2019 por la GSF es nula ya que la modalidad de consumidor incógnito no se encuentra prevista en la norma.

1.1.8. Por resolución n.º 4 del 3 de diciembre de 2020:

La Secretaría Técnica puso en conocimiento de Mifarma el Informe final de instrucción n.º 138-2020/CC3/ST (en adelante, “el primer Informe final de instrucción”) mediante el cual recomendó a la Comisión de Protección al Consumidor n.º 3 (en adelante “la Comisión”) sancionar a Mifarma por la **primera, segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta imputación.** Asimismo, declaró sobre los descargos de Mifarma lo siguiente:

- No se ha vulnerado el principio de tipicidad con **la primera, segunda, tercera, cuarta y quinta imputación**, por las siguientes razones:
 - i) Las imputaciones tienen como base el artículo 108 del Código, que califica como infracción cualquier contravención a las disposiciones del Código, y que los derechos de información y protección de intereses económicos del consumidor brindan parámetros claros que determinan su contravención.
 - ii) La existencia de tipos infractores específicos no impide que se puedan imputar otras conductas distintas a las reguladas siempre que se correspondan a los artículos imputados ya que no constituyen una lista cerrada.
- No se ha vulnerado el principio de confianza legítima ya que el proveedor debe conocer los derechos de los consumidores, más aun considerando la relación directa que tiene la actividad de Mifarma con la salud.
- No se han vulnerado los derechos constitucionales a la libertad de empresa y comercio, porque estos deben ejercerse en armonía con los derechos de los consumidores regulados en el Código y en el marco de la economía social de mercado la protección se interpreta en el sentido más favorable al consumidor.
- La fiscalización llevada a cabo por la GSF bajo la modalidad de consumidor incógnito no está prohibida por la norma siempre que se tenga por finalidad verificar el verdadero actuar de los proveedores. Sobre esto, se ratifica en la discrecionalidad reconocida por la Sala mediante resolución n.º 3672-219/SPC-INDECOPI.
- Sobre las conductas imputadas desarrolla las siguientes razones:
 - i) Precisa que **la primera imputación** es la de brindar todas las variantes disponibles en *stock* lo cual puede realizarse de una simple lectura y que no se la exigido que deban ser de medicamentos genéricos.
 - ii) **La segunda imputación** evidencia que habría brindado

información no veraz.

- iii) **La tercera imputación** no se subsume en el artículo 5 ya que este tipo infractor se aplica cuando el consumidor de manera general quiere hacer una consulta pero no cuando quiere realizar una compra específica.
- iv) **La cuarta imputación** se sustenta en que sin justificación alguna Mifarma vende medicamentos genéricos únicamente por caja o blíster, lo cual afecta los intereses de los consumidores por verse obligados a adquirir una cantidad mayor a la que necesitan.
- v) **La quinta imputación** no contraviene el principio de *Non Bis in Idem* y se sustenta en que al vender medicamentos genéricos ofrecía el de mayor precio a los consumidores.
- vi) **La sexta imputación** recae sobre la totalidad de establecimientos de Mifarma y no únicamente sobre los establecimientos fiscalizados por lo que no operaría la causal de eximente.

1.1.9. Luego, el 11 de diciembre de 2020, Mifarma presentó sus descargos al primer Informe final de instrucción, reiterando los argumentos expuestos en su escrito de descargos.

1.1.10. El 17 de diciembre de 2020 se realizó la primera audiencia de informe oral en la que Mifarma replicó los descargos presentados.

1.1.11. Seguidamente, por resolución n.º 8 del 12 de enero de 2021 (en adelante, “la resolución de ampliación de cargos”) la Secretaría Técnica dispone ampliar los cargos contra Mifarma imputando que la conducta referida a no permitir la venta de medicamentos genéricos por unidad calificaría como una infracción al artículo 57 del Código (en adelante, “**la séptima imputación**”).

1.1.12. El 28 de enero de 2021, Mifarma presentó sus descargos a la resolución de ampliación de cargos alegando que: i) la ampliación de cargos vulnera el debido procedimiento puesto que la fase instructora

ya culminó; ii) no se han configurado los elementos del artículo 57 del Código y iii) reitera que no estaba obligada por ninguna norma a vender genéricos por unidad.

1.1.13. Mediante resolución n.º 10 del 25 de febrero de 2021, la Secretaría Técnica puso en conocimiento de Mifarma el Informe final de instrucción n.º 17-2021/CC3/ST (en adelante, “el segundo Informe final de instrucción”) mediante el cual recomendó a la Comisión sancionar a Mifarma por la **séptima imputación.** Asimismo, declaró sobre los descargos de Mifarma a la resolución de ampliación de cargos, lo siguiente: i) el primer Informe final de instrucción no concluyó la etapa instructora, ya que la Comisión puede disponer actuaciones complementarias, ii) la resolución de ampliación de cargos se sustenta en el principio de impulso de oficio y iii) Sí se ha configurado la práctica abusiva.

1.1.14. El 4 de marzo de 2021, Mifarma presentó sus descargos al segundo Informe final de instrucción, reiterando los argumentos expuestos en su escrito de descargos a la resolución de ampliación de cargos.

1.1.15. El 11 de marzo de 2021, se realizó la segunda audiencia de forma oral, mediante la que Mifarma reiteró sus descargos.

1.1.16. Con posterioridad, mediante resolución n.º 49-2021/CC3 (en adelante, la resolución de la Comisión) del 6 de abril de 2021 la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:

- (i) Cuestiones previas: a) No se ha configurado vulneración a la libertad de empresa y comercio de Mifarma ya que la intervención de Indecopi es necesaria al ser la entidad encargada de proteger los derechos e intereses de los consumidores y que no tenga la prohibición expresa de una conducta particular no significa que pueda realizar su actividad económica sin restricción alguna; b) La fiscalización efectuada por la GSF bajo la modalidad de consumidor incógnito no es nula pues está habilitada a realizar inspecciones con o sin

previa notificación, teniendo Indecopi plena libertad para determinar el modo en que será ejercida; c) **La imputación séptima** califica como una condición excesivamente onerosa, por lo que corresponde analizarla únicamente como una infracción al artículo 57 del Código, desestimando **la cuarta imputación**; d) La resolución de ampliación de cargos no es nula ya que se sustenta en el principio de impulso de oficio como un acto complementario, no se encuentra sujeta a plazo y puede emitirse hasta que no exista un pronunciamiento final; considerando además que el primer Informe final de instrucción no concluyó la etapa instructiva.

- (ii) Archivó el procedimiento administrativo sancionador contra Mifarma por **la primera, tercera y quinta imputación** al considerar que formaban parte de la obligación de contar con una lista de precios a disposición del consumidor.
- (iii) Halló responsable a Mifarma por **la segunda imputación** en base a las siguientes razones: a) el tipo infractor de la conducta no es solo por derechos genéricos sino por el artículo 108 del Código, del cual no se puede exigir el máximo detallismo y se puedan incluir varias conductas; b) el Código no contiene una lista cerrada de infracciones; y c) el medicamento se encontraba en su lista de precios; sancionándola con una amonestación.
- (iv) Halló responsable a Mifarma por **la sexta imputación** en base a las siguientes razones: a) La lista de precios insertada en los monitores de su personal no cumple con el requisito de la norma referido a que sea de fácil acceso; b) A su criterio, la causal de eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria debe implicar también, la reversión de los efectos negativos que la conducta tuvo sobre los consumidores y por ello, en el presente caso, no podrá ser posible eximir de responsabilidad a Mifarma; sancionándola con una multa de 63.5 UIT.
- (v) Halló responsable a Mifarma por **la séptima imputación** en base a las siguientes razones¹: a) La situación de desventaja

¹ La Comisión hizo suyo el razonamiento desarrollado por la Sala Especializada en Protección al consumidor mediante resolución n.º 2418-2020/SPC-INDECOPI en la que se determinó responsabilidad administrativa de la empresa Eckerd Amazonía S.A.C. (empresa también perteneciente al grupo In Retail Pharma y fiscalizada en la misma fecha que

de los consumidores en la relación de consumo con proveedores farmacéuticos es clara; b) tipo de producto que comercializa Mifarma (medicamentos) está relacionado con el derecho a la salud por lo que acentúa la situación de desventaja del consumidor; c) el aprovechamiento de Mifarma se verifica en la imposición a los consumidores de adquirir medicamentos genéricos por blíster o caja y no permitir su venta por unidad; sancionándola con una multa de 40.9 UIT.

1.1.17. El 27 de abril de 2021, Mifarma apeló la resolución de la Comisión sustentándose en los siguientes argumentos de derecho:

La resolución carecía de requisitos de validez pues no se encontraba debidamente motivada, en tanto no se analizó si Mifarma actuó con dolo o culpa, lo cual contravendría el principio de culpabilidad administrativa.

La segunda imputación debía ser archivada en tanto actuó en aplicación de sus derechos de libertad de empresa y comercio sobre un producto que no se encuentra obligado a vender; además no se evidencia una afectación de intereses difusos y/o colectivos por lo que no se puede determinar su responsabilidad administrativa dentro del procedimiento administrativo sancionador y debió tenerse en cuenta su intencionalidad.

La sexta imputación debía ser archivada pues subsanó debidamente la conducta imputada, siendo que los argumentos de la Comisión en ese extremo carecen de sustento legal.

La séptima imputación debía ser archivada debido a que no existe una norma que la obligue a ello; se han vulnerado los principios de legalidad y tipicidad de la potestad sancionadora; el artículo 57 del Código no brinda parámetros objetivos por lo que no puede determinarse que la conducta infractora se encontraba determinada dentro del mismo, resultando necesario hacer la remisión al paralelo civil (lesión).

1.1.18. Finalmente, mediante resolución n.º 1950-2021/SPC-INDECOPI del 6 de setiembre de 2021, la Sala Especializada en Protección del Consumidor (en adelante, “la Sala”) emitió el siguiente

Mifarma S.A.C.) por infracción al artículo 57 del Código. Siendo esta la primera vez que la Sala declara que la conducta de un proveedor farmacéutico de no permitir la venta de medicamentos genéricos por unidad constituye una práctica abusiva.

pronunciamiento:

- (i) Cuestiones previas: a) Se desestimó el pedido de nulidad de Mifarma por supuesto defecto de motivación en la Resolución de la Comisión, decidiéndose que alegar un principio de culpabilidad no resultaba un argumento pertinente para sustentar una nulidad; b) No se han vulnerado los principios de tipicidad y legalidad con **la séptima imputación** ya el artículo 57 del Código otorga información suficiente a la administrada sobre la conducta controvertida, más aún si mediante la defensa de Mifarma se ha evidenciado que no se encuentra en la imposibilidad de realizar la conducta sino que obedece a su propia decisión.
- (ii) Revocar la resolución de la Comisión en el extremo de **la sexta imputación** y, en consecuencia, eximir de responsabilidad a dicha administrada toda vez que quedó acreditado que subsanó la conducta infractora antes de la notificación de imputación de cargos; dejándose sin efecto la sanción impuesta.
- (iii) Confirmar la resolución de la Comisión en el extremo de **la segunda imputación** al haber quedado acreditado que brindó información no veraz respecto del producto y en el extremo que la sancionó con una amonestación.
- (iv) Confirmar la resolución de la Comisión en el extremo de **la séptima imputación** al haber quedado acreditado que la administrada incurrió en una práctica abusiva al no permitir la venta de medicamentos genéricos por unidad, lo cual afectaría los intereses económicos de los consumidores; revocando la sanción impuesta por la Comisión y sancionándola con una amonestación.
- (v) Ordenar a Mifarma como medidas correctivas complementarias que: a) cumpla con adecuar las estrategias comerciales para facilitar la venta de medicamentos genéricos por unidad en sus establecimientos; b) brinde una capacitación sobre prevención de prácticas abusivas; y c) coloque de forma permanente un cartel en sus establecimientos que exprese que Mifarma está obligada a la venta de medicamentos genéricos por unidad.
- (vi) Confirmar la resolución de la Comisión en el extremo que

dispuso la inscripción de Mifarma en el Registro de Infracciones y Sanciones por las conductas verificadas en la resolución.

2. IDENTIFICACIÓN Y ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS DEL EXPEDIENTE

2.1. ¿LA FISCALIZACIÓN REALIZADA A MIFARMA BAJO LA MODALIDAD DE CONSUMIDOR INCÓGNITO ES VÁLIDA EN LOS TÉRMINOS DE LA LPAG?

2.1.1. La fiscalización realizada por la GSF el 4 de julio de 2019 en los establecimientos de Mifarma se realizó bajo la modalidad de consumidor incógnito. Sobre esto, Mifarma refirió a lo largo del procedimiento que las inspecciones realizadas serían nulas pues la modalidad de consumidor incógnito no se encuentra permitida por el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo n.º 004-2019-JUS (en adelante, “LPAG” o “el TUO de la LPAG”) y además se vulneraron sus derechos como administrada fiscalizada pues no pudo realizar grabaciones en audio o video de la diligencia, solicitar al supervisor su identificación al inicio de la diligencia o contar con asesoría profesional en las diligencias conforme dispone el artículo 242 de la LPAG. Es más, el numeral 4 del inciso 2 del artículo 240 de la LPAG dispone que la entidad fiscalizadora puede tomar fotografías o grabaciones de audio con conocimiento previo del administrado, nada de lo cual se respetó en la referida fiscalización.

- 2.1.2.** Sobre ello, la Comisión declara que los artículos 239 y 240 de la LPAG habilitan a la administración a realizar inspecciones, con o sin previa notificación y que tiene *“libertad para determinar la forma en que realizará ello”*², debiendo tenerse en cuenta que la intervención como consumidor incógnito en los establecimientos de Mifarma solo fue durante la compra.
- 2.1.3.** Asimismo, la Comisión se ratifica en lo dispuesto por la Sala en otro caso mediante resolución n.º 3672-2019/SPC-INDECOPI que determina la discrecionalidad al momento de realizar inspecciones de supervisión pues la modalidad de consumidor incógnito es la única forma que tiene la administración para acceder al escenario regular y real en la que opera el proveedor fiscalizado.
- 2.1.4.** Por su parte, la Sala no se manifestó respecto de este aspecto pese a que Mifarma reiteró en su apelación su pedido de nulidad de las inspecciones realizadas.
- 2.1.5.** Por lo que corresponde desarrollar la siguiente interrogante: ¿la fiscalización sin previa notificación debe entenderse como la facultad de la administración para realizar fiscalizaciones bajo la modalidad de consumidor incógnito? La Comisión responde de manera afirmativa.
- 2.1.6.** A todas luces el cuestionamiento respecto a si la fiscalización bajo la modalidad de consumidor incógnito es válida de acuerdo con el TUO de LPAG es necesario ya que la Comisión no ha demostrado cuál es la norma expresa que la habilita a fiscalizar de ese modo, limitándose únicamente a invocar los artículos 239 y 240 de la LPAG; sin embargo, ninguno de ellos regula la modalidad de consumidor incógnito.

² Extraído del fundamento 39 de la resolución de la Comisión.

2.1.7. Más aún si, los derechos de los administrados fiscalizados, como Mifarma, se verían vulnerados pues ese tipo de modalidad de fiscalización no les permitiría realizar las distintas acciones que les permite la norma durante la fiscalización, es decir, desde inicio a fin.

2.1.8. Finalmente, en la resolución n.º 3672-2019/SPC-INDECOPI invocada por la Comisión, no se advierte la fundamentación legal de la Sala que supuestamente habilite la facultad de Indecopi para realizar fiscalizaciones bajo la modalidad de consumidor incógnito, sino, todo lo contrario, la Sala abiertamente determina que Indecopi cuenta con discrecionalidad para ello. Véase:

11. Es importante precisar que la Administración cuenta con discrecionalidad al momento de realizar las acciones de supervisión, así, por ejemplo, a través de la modalidad de consumidor encubierto, busca que el supervisor pueda acceder al escenario regular y real, sin modificaciones motivadas por la presencia de la autoridad, simulando ya sea una relación de consumo o una etapa previa a la misma, en la que se desenvuelve la persona natural o jurídica supervisada respecto al consumidor.

Ilustración 1: fundamento 11 de la resolución n.º 3672-2019/SPC-INDECOPI

2.2. ¿LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN Y SALA VULNERARON EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD?

2.2.1. La Comisión efectúa el análisis sobre la legalidad de las imputaciones realizadas a Mifarma, declarando lo siguiente:

*“(...) cuando un proveedor, en principio, **no tenga la prohibición expresa de una conducta particular**, ello no implica de modo alguno que, bajo el amparo de este supuesto, dicho sujeto pueda **desarrollar sin restricción alguna el ejercicio de su actividad**.”*³ [Resaltado agregado]

2.2.2. Seguidamente, la Comisión también dispuso:

³ Fundamento 28 de la resolución de la Comisión.

“(…) ante la ausencia de una norma particular, el ordenamiento en materia de protección al consumidor concibe deberes y reglas generales que buscan amparar los intereses de los consumidores. Por tanto, siempre que resulte viable, la autoridad podrá evaluar la posibilidad de aplicar este tipo de condiciones a la conducta de los agentes económicos, quienes deberán, además, tener la justificación suficiente para afirmar que determinada acción se encuentra sujeta a Derecho.”⁴ [Resaltado agregado]

2.2.3. Sobre ello, Mifarma sostiene que las imputaciones realizadas (habría brindado información no veraz sobre el producto Naproxeno de 550 mg, al indicar que no tenía el medicamento pese a tenerlo en su almacén y no habría permitido la venta de medicamentos genéricos por unidad) no calzan con los supuestos pre-tipos infractores (derechos de información y protección de intereses económicos) por lo que es clara la vulneración al principio de legalidad.

2.2.4. Por su parte la Sala, hace suyo los argumentos desarrollados por la Comisión en esos extremos. Adviértase:

63. Sin perjuicio que ciertas disposiciones legales contempladas en el Código puedan ser de carácter general, en el plano de la licitud de la conducta de un agente económico, será éste quien deberá ser consciente de la justificación y efectos que tengan sus estrategias comerciales con base a los distintos factores que envuelven su actividad económica. A mayor abundamiento, aun cuando un proveedor, en principio, no tenga la prohibición expresa de una conducta particular, ello no implica de modo alguno que, bajo el amparo de este supuesto, dicho sujeto pueda desarrollar sin restricción alguna el ejercicio de su actividad.

Ilustración 2: fundamento 63 de la Sala

64. En efecto, ante la ausencia de una norma particular, el ordenamiento en materia de protección al consumidor concibe deberes y reglas generales que buscan amparar los intereses de los consumidores. Como bien se explicó con anterioridad, siempre que resulte viable, la autoridad podrá evaluar la posibilidad de aplicar este tipo de condiciones a la conducta de los agentes económicos, quienes deberán, además, tener la justificación suficiente para poder afirmar que determinada acción se encuentra sujeta a Derecho.

65. En ese sentido, la limitación de las garantías constitucionales de los proveedores no se agotan en la existencia de normas que circunscriban de forma particular una prohibición o deber impuesto, sino, también en aquellas disposiciones generales que forman parte de una regulación que también goza de protección constitucional, tal como es la defensa de los derechos de los consumidores.

⁴ Fundamento 29 de la resolución de la comisión

Ilustración 3: fundamentos 64 y 65 de la Sala

2.3. ¿LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN Y SALA VULNERARON EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD?

2.3.1. La Comisión emitió los siguientes pronunciamientos:

*“en el derecho administrativo sancionador el principio de tipicidad tiene características especiales, teniendo en cuenta que la descripción rigurosa y perfecta de la infracción es (...) imposible, **en virtud de ello resulta admisible** que en el **tipo infractor imputado** en el presente caso se puedan **incluir una variedad de conductas**, siempre que estas respondan a **parámetros** establecidos en la propia norma (...)”⁵ [Énfasis agregado]*

2.3.2. Así también, refiere:

*“(...) de existir una conducta que podría calificar como presunta infracción (...) **podría imputarse por ambos artículos o ver en cuál de ellos encaja mejor la conducta ilegal**, (...) lo importante será que las conductas imputadas **se correspondan** con los **artículos imputados** y las **obligaciones allí recogidas**”⁶. [Énfasis agregado]*

2.3.3. Mifarma alegó, entre otros, que el principio de tipicidad como base del derecho administrativo sancionador permite mantener la vigencia del orden constitucional y legal, en razón de lo siguiente: i) Las tipificaciones no pueden contener expresiones abiertas sin contenido específico y sin el grado necesario de especificidad; ii) se exige que

⁵ Fundamento 102 de la resolución de la Comisión.

⁶ Fundamento 103 de la resolución de la Comisión.

exista una coincidencia entre la conducta descrita por la norma tipificadora y el hecho sujeto a calificación y iii) los dispositivos legales usados como tipos infractores no lo son en realidad ya que solo enuncian derechos.

2.3.4. Por su parte, la Sala, se pronuncia expresando lo siguiente:

*“(...) el principio de tipicidad no puede exigir que las conductas infractoras sean **absolutamente precisas**; (...) un cierto margen de indeterminación es admisible”⁷; “(...) existen disposiciones legales que (...) para los administrados, (...) pueda ser identificada con una redacción, a simple vista, genérica. Pese a esta característica se prioriza el entendimiento de la norma, **siempre que para su ejecución no sea necesario efectuar una interpretación alambicada y/o análoga (...)**”⁸.*

2.3.5. Es así que la Sala propone:

*(...) un **punto de equilibrio** puede recaer en **evaluar de forma particular la cuestión controvertida** (...) si estamos frente al análisis de responsabilidad administrativa de una conducta que **embarga y justifica una regulación específica, mediante una norma de carácter amplio no podría pretenderse sancionar a un administrado**, puesto que será necesario que una norma oriente su conducta, esto es, que exista un **nivel de certidumbre suficiente** sobre el cumplimiento de una obligación (...).”*

2.3.6. La LPAG expresa sobre el principio de tipicidad que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones calificadas como tal en normas con rango de ley, en el presente procedimiento las conductas imputadas tendrían que cumplir con ese requisito.

⁷ Fundamento 28 de la resolución de la Sala.

⁸ Fundamento 29 de la resolución de la Sala.

2.4. ¿LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN Y SALA VULNERARON EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO?

- 2.4.1.** La Comisión ratificó la resolución de ampliación de cargos realizada por la Secretaría Técnica mediante la cual se imputó a Mifarma cometer prácticas abusivas por no permitir la venta de medicamentos genéricos por unidad.
- 2.4.2.** Mifarma manifestó que la resolución de ampliación de cargos realizada sería nula toda vez que con el primer informe final de instrucción ya se había concluido la fase instructora del procedimiento.
- 2.4.3.** Sobre ello la Comisión manifestó que dicha ampliación constituía una actuación complementaria y que no se encontraría sujeta a plazo por lo que no se ha contravenido el principio del procedimiento ya que las fases instructora y sancionadora se han separado debidamente durante el procedimiento.
- 2.4.4.** Por su parte la Sala no se manifestó respecto de la resolución de la ampliación de cargos, tampoco la tomó en consideración en su resumen de los antecedentes del caso, pese a que Mifarma había reiterado su solicitud de nulidad en su recurso de apelación. Sin embargo, si llevó a cabo la imputación realizada en la ampliación de cargos por supuesta infracción del artículo 57 del Código.
- 2.4.5.** Lo anterior evidencia el actuar contradictorio de la Sala ya que, primero, no consideró la resolución de ampliación de cargos como un hecho dentro del procedimiento, y, luego, procede a analizar el artículo 57 del Código sin expresar su origen, pese a que mediaba un pedido de nulidad sobre esta imputación por parte de Mifarma.
- 2.4.6.** Al respecto, el numeral 5 del artículo 255 de la LPAG referido al procedimiento sancionador, establece que luego de la recolección de

pruebas la Secretaría Técnica emite un Informe final.

- 2.4.7.** La norma no hace referencia a la posibilidad de que la Secretaría Técnica pueda realizar una ampliación de cargos respecto de lo que ya haya formulado en su informe, ni faculta la posibilidad de emitir más de uno.

3. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS IDENTIFICADOS

3.1. ¿LA FISCALIZACIÓN REALIZADA A MIFARMA BAJO LA MODALIDAD DE CONSUMIDOR INCÓGNITO FUE VÁLIDA?

- 3.1.1.** El numeral 1 del artículo 239 de la LPAG define qué se entiende por la actividad de fiscalización:

“Artículo 239.- Definición de la actividad de fiscalización

239.1 La actividad de fiscalización constituye el conjunto de actos y diligencias de investigación, supervisión, control o inspección sobre el cumplimiento de las obligaciones, prohibiciones y otras limitaciones exigibles a los administrados (...)

Solamente por Ley o Decreto Legislativo puede atribuirse la actividad de fiscalización a las entidades (...) [Resaltado agregado].

- 3.1.2.** Según García Marcos:

Cuando la administración procede a desplegar esta actividad sobre la esfera privada de los particulares lo ha de hacer necesariamente al amparo de un poder previsto y definido en la norma jurídica que le dice cómo, dónde y en qué condiciones debe ser ejercitado, encontrando esta afirmación, la causa o razón por la cual se atribuye a la actividad inspectora la naturaleza de potestad administrativa⁹.

- 3.1.3.** Ahora, si nos remitimos al numeral 3 del inciso 2 del artículo 240 de la LPAG encontraremos que la referida norma habilita a la administración a realizar inspecciones con o sin previa notificación en los locales de las personas naturales y/o jurídicas objeto de fiscalización.
- 3.1.4.** En el procedimiento, la Comisión alegó que sí tendría facultades para llevar a cabo una fiscalización bajo la modalidad de consumidor incógnito sustentando ello en que sería una forma de fiscalización sin notificación. Sin embargo, dicho criterio es errado ya que por fiscalización sin previo aviso se entiende, del sentido literal de la norma, que es una fiscalización en la que no se notifica al administrado de que será fiscalizado, y nada más allá o contrario a ello.
- 3.1.5.** Contrario a lo que alega la Comisión, la norma precitada no reconoce en ningún extremo tampoco que la administración *“tiene libertad para determinar la forma en que realizará las inspecciones”* pues solo se establece como facultad de la Administración, en cuanto a formas de fiscalizar, la de poder realizar inspecciones con o sin previa notificación.
- 3.1.6.** Así es evidente que la potestad de fiscalización debe respetar el principio de legalidad dispuesto en el artículo IV del Título Preliminar

⁹ García Marcos, J. (Ed.). (13 de diciembre de 2005). Algunas consideraciones sobre la inspección ambiental (Vol. 12). Medio Ambiente & Derecho. Disponible en: <https://libros-revistasderecho.vlex.es/vid/consideraciones-inspeccion-ambiental-285909>.

de la LPAG, a efectos de ser válida, lo cual se traduce en que, para fiscalizar, la autoridad administrativa debe tener potestad para ello mediante ley o decreto legislativo de conformidad con el artículo 239 de la LPAG, la cual determinará el cómo, dónde y en qué condiciones se llevará a cabo su actividad fiscalizadora. Adviértase el errado razonamiento de la Secretaría Técnica, ratificado por la Comisión:

56. Así, los artículos 239 y 240 del TUO de la LPAG²⁴ no prohíben que la autoridad administrativa pueda realizar investigaciones encubiertas o incógnitas, siempre que estas tengan por finalidad verificar el verdadero actuar de los proveedores en el mercado y si éstos se ajustan a lo dispuesto en el Código. Sin perjuicio de ello, se debe tener en cuenta que la intervención como consumidor incógnito del personal del Indecopi fue únicamente durante la compra, habiéndose identificado correctamente después de ello y habiendo explicado debidamente los alcances de la diligencia, por lo que el administrado se encontró en la posibilidad de ejercer los derechos antes alegados.

Ilustración 3: fundamentos 64 y 65 de la Sala

- 3.1.7.** De lo cual se evidencia que no existe una norma que habilite a Indecopi a realizar fiscalizaciones bajo la modalidad de consumidor incógnito, en tanto la LPAG no faculta a la administración a realizar ello y, concretamente, tampoco se verifica dicha facultad en el Código, ni en el Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi (en adelante, “el DL 807”) ni tampoco en el Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi (en adelante, “el DL 1033).
- 3.1.8.** Lo que resulta sorprendente, en el presente caso concreto, es que la Sala no se pronunció sobre ello, omitiendo por completo esta cuestión contenida en la apelación de Mifarma.
- 3.1.9.** Por tanto, se concluye que la fiscalización bajo la modalidad de consumidor incógnito no resulta válida en los términos previstos en el TUO de la LPAG.

3.2. ¿LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN Y SALA VULNERARON EL

PRINCIPIO DE LEGALIDAD?

3.2.1. Al respecto, el principio de legalidad:

Se encuentra previsto en la Constitución Política del Perú (en adelante, “Constitución”) como derecho fundamental de la persona, la misma que dispone que **nadie puede ser procesado ni condenado** por acto u omisión **que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca**, como infracción punible; ni sancionado con pena no **prevista** en la ley¹⁰. [Énfasis agregado]

3.2.2. Por su parte, el numeral 1 del artículo 248 del TUO de la LPAG regula:

El principio de legalidad de la potestad sancionadora, estableciendo que solo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades administrativas la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado.

3.2.3. En el presente procedimiento administrativo bajo análisis, tanto la Comisión y Sala establecieron que los proveedores **no podrán hacer lo que la norma no prohíbe y tendrán que hacer lo que la norma no obliga**, siempre que, de acuerdo con su criterio, dichas conductas vulneren los derechos generales de los consumidores. Por lo que las infracciones se encontrarían correctamente imputadas.

3.2.4. Así, establecen que ello podrá realizarse incluso si no existe una

¹⁰ Constitución Política del Perú [Const.]. Art. 2, inc.24, lit.d). 29 de diciembre de 1993 (Perú).

norma particular que obligue a los administrados a su cumplimiento. En ese sentido, bastarían nada más dos elementos para poder sancionar a un proveedor: i) criterio de la autoridad e ii) invocación de derechos de los consumidores; los cuales no son criterios legales y tampoco son suficientes para imponer una sanción ya que esto solo será posible si existe una norma que así la establezca. Una norma, no el criterio de la autoridad.

3.2.5. Lo que es más alarmante, se exige a Mifarma que deberá tener la “justificación suficiente”, así como demostrar ante la autoridad que su actuación se encuentra conforme a derecho para evitar ser sancionada. Dicha exigencia carece de razonabilidad y lógica, pues en el marco de este procedimiento administrativo sancionador es la autoridad la que debe demostrar que la administrada ha cometido una infracción.

3.2.6. Por otro lado, se advierte tanto que la Comisión como la Sala atentaron contra la libertad negativa que ampara a los administrados, referida a que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda **ni impedido de hacer lo que esta no prohíbe** al declarar expresamente que el hecho que no exista una prohibición sobre alguna conducta en particular no significa que los administrados podrán actuar con libertad, es decir, anulan la libertad de Mifarma para hacer aquello que la ley no le prohíbe. En concreto: poder vender medicamentos genéricos por unidad y no tener que informar sobre medicamentos genéricos que se encuentran en su almacén.

3.2.7. En relación con lo anterior, la Comisión y la Sala también consideran que la autoridad administrativa tiene libertad negativa, la cual la habilitaría a condicionar las libertades de empresa y comercio de Mifarma no en base a normas sino a su criterio, sin embargo, eso es errado ya que la administración pública solo puede hacer aquello que la ley le faculte, aspecto del principio de legalidad que también

ha sido contravenido.

- 3.2.8.** En otras palabras, bajo la lógica de la Comisión y la Sala, los administrados no pueden hacer aquello que la ley no les prohíba y la administración puede hacer aquello que la ley no le faculte.
- 3.2.9.** Evidenciado el peligroso criterio desarrollado por la Comisión y la Sala, se concluye que se vulneró el principio de legalidad en el presente procedimiento al imponer infracciones a Mifarma que no se encontraban previstas.

3.3. ¿LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN Y SALA VULNERARON EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD?

- 3.3.1.** En el procedimiento concreto, tanto la Comisión como la Sala, se amparan en el artículo 108 del Código que dispone que constituye infracción la conducta del proveedor que trasgrede las disposiciones del presente Código, tanto si -esa conducta- implica violar un derecho o incumplir las obligaciones del proveedor para sancionar a Mifarma.
- 3.3.2.** Al respecto, en aplicación del principio de tipicidad de la LPAG, es evidente que el Código referirá a su vez cuáles son esas conductas que constituirán como infracciones, sea que violen los derechos reconocidos o incumplan obligaciones. A modo de ejemplificación, el literal b) del artículo 1 del Código reconoce el derecho de los consumidores a acceder a información oportuna, suficiente, veraz, y fácilmente accesible¹¹, pero de este no se verifica conducta alguna pasible de sanción ya que es meramente una enunciación de un derecho. Será entonces a través de otras normas del código que se imputará la debida responsabilidad a los proveedores en caso de su

¹¹ La protección de los derechos de los consumidores se enmarca como principio dentro de la política social y económica del Estado, reconocido por la Constitución Política del Perú en su artículo 65.

incumplimiento.

3.3.3. Resulta contradictorio entonces que la Comisión exprese que es posible agregar una “*variedad de conductas*” al tipo infractor imputado, y que refiera que deberá “*ver en qué artículos encaja mejor la conducta ilegal*” en base a los “parámetros objetivos en la misma norma” pues, ¿si ya existen parámetros objetivos en la norma, por qué tendría que “*ver en qué artículo encaja mejor la conducta*”? Ello no hace sino evidenciar que, en el presente caso, al tenerse como tipos infractores artículos que solo reconocen derechos (véase los literales b) y c) del artículo 1 del Código) no existe realmente certeza respecto de su subsunción, y es justamente lo que ha tenido que hacer la Comisión, forzar la supuesta subsunción de las conductas imputadas a tipos infractores que serían inexistentes.

3.3.4. Por todo ello, la Comisión y la Sala vulneraron el principio de tipicidad toda vez que formularon imputaciones contra Mifarma respecto de conductas que no calificaban como infracciones al Código de consumo pues en ningún extremo de la norma referida se establece que es obligatorio que los proveedores de productos farmacéuticos deban vender los medicamentos que se encuentren en su almacén o deban permitir la venta de medicamentos genéricos por unidad; lo que evidencia que la autoridad administrativa dotó de contenido los derechos a la información y protección de los intereses económicos de los consumidores.

3.4. ¿LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN Y SALA VULNERARON EL PRINCIPIO DEL DEBIDO PROCEDIMIENTO?

3.4.1.1. Tanto la Comisión como la Sala (esta última ratificó la ampliación de cargos)¹² han vulnerado el principio del debido procedimiento ya que

¹² La referida ratificación se realizó de manera tácita puesto que la Sala no incluyó como un

no se ha respetado la debida separación entre la fase instructora y sancionadora.

- 3.4.1.2.** La separación de las fases antes mencionadas de un procedimiento administrativo sancionador no implica solo que cada una de ellas esté a cargo de autoridades distintas sino también es una garantía de que cada una de las autoridades de la fase respete el inicio y fin que le corresponde.
- 3.4.1.3.** En concreto, el numeral 5 del artículo 255 de la LPAG establece que, en el procedimiento administrativo sancionador, la autoridad instructora formula un informe final de instrucción una vez concluida la recolección de pruebas, el mismo que será remitido al órgano sancionador. La norma no establece que la autoridad instructora pueda emitir un segundo informe, luego un tercer informe, etc.
- 3.4.1.4.** En efecto, teniendo en cuenta que las fases dentro de un procedimiento administrativo sancionador son las siguientes: (i) iniciación; (ii) notificación del cargo; (iii) instrucción del procedimiento; (iv) propuestas de sanción y (v) decisión administrativa ¹³ y siendo que las cuatro primeras fases están a cargo de la autoridad instructora y la última a cargo del órgano resolutor, con el informe final de instrucción concluye la fase de propuestas de sanción a cargo de la secretaría técnica.
- 3.4.1.5.** Finalmente, contrario a lo expresado dentro del procedimiento por la Comisión, la ampliación de cargos no se puede dar hasta antes *“de la emisión de un pronunciamiento final que da fin a la presente*

hecho del procedimiento a la resolución de ampliación de la Secretaría Técnica, ni al segundo Informe final de instrucción que contenía la recomendación de sancionar a Mifarma por infracción al artículo 57 (prácticas abusivas); sin embargo, sí desarrolló el análisis de dicha imputación a Mifarma por ese artículo. Cabe resaltar que Mifarma solicitó en su recurso de apelación la nulidad de la resolución de ampliación pero este extremo del recurso no fue atendido por la Sala.

¹³ Exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1272, p.54

*controversia*¹⁴ (¿?) pues si fuera así, **la fase instructora nunca acabaría** o, en otras palabras, acabaría con la emisión de la decisión administrativa lo cual es contrario a lo dispuesto en la LPAG que establece su conclusión con el Informe final de instrucción.

3.4.1.6. Así mismo, tampoco es cierto que el informe final de instrucción “*es una actuación complementaria porque “complementa” el análisis ya realizado dándole una calificación jurídica distinta adicional*” (¿?)¹⁵.” ya que la autoridad instructora no tiene facultades para ello¹⁶ y la actuación complementaria de ninguna manera puede tratarse de una calificación jurídica distinta. Morón Urbina (2019) bien refiere que, una vez activada la potestad sancionadora con la resolución de imputación de cargos, cualquier ampliación posterior, de administrados, de hechos o **de calificación jurídica**, debe ser materia de un nuevo procedimiento.

4. POSICIÓN FUNDAMENTADA SOBRE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS

4.1. RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN

4.1.1. Como se ha señalado en el acápite **1.1.14**, la Comisión resolvió sancionar a Mifarma por las siguientes infracciones: A) Brindó información incorrecta, al indicar que no contaba con el medicamento genérico Naproxeno de 550mg, pese a tener dicho producto en almacén, lo cual transgredió el artículo 108, en relación con los artículos 1.1 literal b) y 2 del Código; B) No puso a disposición de los consumidores la lista de precios de los productos farmacéuticos que comercializa, lo cual transgredió el artículo 108, en relación con el artículo 5.2 del Código; C) No permitió la venta de

¹⁴ Fundamento 68 de la resolución de la Comisión.

¹⁵ Fundamentos 70 y 71 de la resolución de la Comisión.

¹⁶ El numeral 5 del artículo 255 de la LPAG claramente señala que es el órgano sancionador el que puede disponer la realización de actuaciones complementarias y no otorga dichas facultades a la autoridad instructora.

medicamentos genéricos por unidad lo cual califica como una infracción al artículo 57 del Código (prácticas abusivas).

4.1.2. Sobre lo cual, **NO ME ENCUENTRO DE ACUERDO EN NINGUNO DE SUS EXTREMOS**, ya que la resolución de la comisión contraviene el contenido esencial de los principios de legalidad, tipicidad y debido procedimiento por las siguientes razones: (i) Dispuso que es posible condicionar la libertad de empresa y comercio de los proveedores sin la necesidad de la existencia de una norma particular sino bastaría con la aplicación de deberes y reglas generales que protegen los derechos del consumidor y el criterio de la autoridad; (ii) No consideró la causal de eximente de responsabilidad aludiendo a una condición respecto de la subsanación voluntaria inexistente en el TUO de la LPAG; (iii) Las conductas imputadas no se encuentran calificadas como infracción dentro del código, ni a un deber o derecho de los consumidores y (iv) determinó que el segundo informe final de instrucción (ampliación de cargos) fue una actuación complementaria a cargo de la autoridad instructora.

4.2. RESOLUCIÓN DE LA SALA

4.2.1. Igualmente, como se ha señalado en el acápite **1.1.16.** la Sala resolvió sancionar a Mifarma por las siguientes infracciones: A) Brindó información incorrecta, al indicar que no contaba con el medicamento genérico Naproxeno de 550mg, pese a tener dicho producto en almacén, lo cual transgredió el artículo 108, en relación con los artículos 1.1 literal b) y 2 del Código; y B) No permitió la venta de medicamentos genéricos por unidad lo cual califica como una infracción al artículo 57 del Código (prácticas abusivas).

4.2.2. A su vez, dispuso, entre otros, revocar la resolución de la Comisión en el extremo que sancionó a Mifarma por infracción al artículo 5.2 del Código (disposición de lista de precios) toda vez que se

configuró la causal de eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria.

4.2.3. Sobre lo cual, **NO ME ENCUENTRO DE ACUERDO EN LOS EXTREMOS DE LA IMPUTACIÓN** ya que contraviene el contenido esencial de los principios de legalidad, tipicidad y debido procedimiento por las siguientes razones: (i) hizo suyos los argumentos de la Comisión sobre la legalidad de las imputaciones; (ii) confirmó imputaciones contra Mifarma de conductas que no calificaban como infracciones al Código de consumo; y (iii) ratificó la resolución de ampliación de cargos realizada por la Secretaría Técnica.

4.2.4. Finalmente, **SOLO ME ENCUENTRO DE ACUERDO EN EL EXTREMO DE LA REVOCACIÓN** al determinar que sí se habría configurado la causal de eximente de responsabilidad por subsanación voluntaria de la infracción al artículo 5.2 del Código.

5. **CONCLUSIONES**

5.1. La fiscalización realizada por la Gerencia de Supervisión y Fiscalización bajo la modalidad de consumidor incógnito no es válida, ya que el TUO de la LPAG no ha otorgado facultades a la autoridad para que realice esa forma de fiscalización, la cual además anuló la posibilidad de que Mifarma como administrada fiscalizada ejerza todos sus derechos desde el inicio hasta el final de la fiscalización.

5.2. Las resoluciones de la Comisión y Sala vulneraron el contenido esencial del principio de legalidad de la potestad sancionadora al determinar que pueden limitar los derechos a la libertad y comercio de Mifarma aun cuando Mifarma no haya incumplido ninguna norma.

5.3. Las resoluciones de la Comisión y Sala vulneraron el contenido esencial del principio de tipicidad de la potestad sancionadora debido a que

realizaron imputaciones contra Mifarma de conductas que no calificaban como infracciones en el Código.

- 5.4.** Las resoluciones de la Comisión y Sala vulneraron el contenido esencial del principio del debido procedimiento de la potestad sancionadora puesto que permitieron que la Secretaría Técnica emita un segundo informe final de instrucción con una nueva imputación (prácticas abusivas) cuando la fase instructiva ya había culminado.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política del Perú [Const.]. (29 de diciembre de 1993).
- García Marcos, J. (Ed.). (13 de diciembre de 2005). Algunas consideraciones sobre la inspección ambiental (Vol. 12). Medio Ambiente & Derecho. Disponible en: <https://libros-revistasderecho.vlex.es/vid/consideraciones-inspeccion-ambiental-285909>.
- MORON URBINA, J. (2019). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General. Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444. Tomo II. Gaceta Jurídica.
- Exposición de motivos del Decreto Legislativo n.º 1272.
- Ley n.º 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. (2 de diciembre de 2010).
- TUO de la Ley n.º 27444, aprobador por DS n.º 4-2019-JUS. (25 de enero de 2019).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



Firmado digitalmente por VILMA
GARCIA VARGAS Javier Enrique
Raymundo PAU 20133844433001
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 07.06.2021 20:37:19 -05:00

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

000995
no devuelto
por el
receptor

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – SEDE LIMA SUR N° 3

PROCEDIMIENTO : DE OFICIO

DENUNCIADA : MIFARMA S.A.C.

MATERIAS : DEBER DE INFORMACIÓN
LISTA DE PRECIOS
PRÁCTICAS ABUSIVAS
MEDIDA CORRECTIVA

ACTIVIDAD : VENTA AL POR MENOR DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y MÉDICOS, COSMÉTICOS Y ARTÍCULOS DE TOCADOR EN COMERCIOS ESPECIALIZADOS

SUMILLA: *Se revoca la resolución venida en grado, en el extremo que halló responsable a Mifarma S.A.C., por infracción del artículo 5°.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, tras considerar que dicho proveedor no cumplió con implementar una lista de precios de los productos farmacéuticos que comercializaba; y, en consecuencia, se exime de responsabilidad a dicha administrada. Ello, al haber quedado acreditado que subsanó la conducta infractora antes de la notificación de la imputación de cargos. Así, se deja sin efecto la sanción impuesta a la administrada como consecuencia de la infracción revocada, así como su inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.*

De otro lado, se confirma la resolución venida en grado, en el extremo que halló responsable a Mifarma S.A.C., por infracción de los artículos 1°.1 literal b) y 2° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haber quedado acreditado que dicho proveedor brindó información no veraz respecto del producto denominado "Naproxeno 550 mg" en su versión genérica, al indicar que no contaba con dicho producto, pese a tener el mismo en su almacén.

Finalmente, se confirma la resolución venida en grado, en el extremo que halló responsable a Mifarma S.A.C., por infracción del artículo 57° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haber quedado acreditado que el proveedor no había permitido la venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada (o por unidad), lo cual generó una afectación a los intereses económicos de los consumidores.

SANCIONES:

Amonestación: *por brindar información no veraz respecto del producto denominado "Naproxeno 550mg".*



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

Amonestación: por no permitir la venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada (o por unidad).

Lima, 6 de setiembre de 2021

ANTECEDENTES

1. Mediante correo electrónico del 4 de julio de 2019, la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3 (en adelante, la Secretaría Técnica de la Comisión) delegó a la Gerencia de Supervisión y Fiscalización (GSF) la realización de acciones de supervisión a Mifarma S.A.C.¹ (en adelante, Mifarma), empresa que expende productos farmacéuticos y/o medicamentos.
2. En mérito a dicha delegación, el 4 de julio de 2019, personal del Indecopi realizó una acción de supervisión presencial en diecisiete (17) establecimientos de Mifarma, con la finalidad de fiscalizar el cumplimiento del deber de información e idoneidad con relación a la oferta de medicamentos, conforme a lo establecido en la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código) conforme al siguiente detalle:

N°	Razón Social	Departamento	Provincia	Distrito	Dirección
Mifarma 1	Mifarma S.A.C.	LIMA	LIMA	EL AGUSTINO	AV. CÉSAR VALLEJO 1387
Mifarma 2	Mifarma S.A.C.	LIMA	LIMA	JESÚS MARÍA	FRANCISCO DE ZELA 1401
Mifarma 3	Mifarma S.A.C.	LIMA	LIMA	LINCE	JR. RISSO 173
Mifarma 4	Mifarma S.A.C.	LIMA	LIMA	MAGDALENA DEL MAR	JR. CASTILLA 795
Mifarma 5	Mifarma S.A.C.	LIMA	LIMA	MIRAFLORES	AV. LARCO 401-403
Mifarma 6	Mifarma S.A.C.	LIMA	LIMA	PUENTE PIEDRA	AV. PUENTE PIEDRA MZ. C, LOTE 2
Mifarma 7	Mifarma S.A.C.	LIMA	LIMA	SAN ISIDRO	AV. CARNAVAL Y MOREYRA 295
Mifarma 8	Mifarma S.A.C.	LIMA	LIMA	SANTA ANITA	AV. LOS EUCALIPTOS 988
Mifarma 9	Mifarma S.A.C.	LIMA	LIMA	BELLAVISTA	AV. OSCAR R. BENAVIDES 3666, INT. 1010
Mifarma 10	Mifarma S.A.C.	LIMA	LIMA	BREÑA	AV. ALFONSO UGARTE 1238
Mifarma 11	Mifarma S.A.C.	LAMBAYEQUE	CHICLAYO	CHICLAYO	AV. ELIAS AGUIRRE 400
Mifarma 12	Mifarma S.A.C.	ANCASH	CHIMBOTE	CHIMBOTE	JR. MANUEL RUIZ 405 (OTRO 408)
Mifarma 13	Mifarma S.A.C.	TACNA	TACNA	TACNA	AV. DOS DE MAYO 801
Mifarma 14	Mifarma S.A.C.	CUSCO	CUSCO	CUSCO	AV. SOL 130
Mifarma 15	Mifarma S.A.C.	JUNÍN	HUANCAYO	HUANCAYO	CALLE REAL 703-711
Mifarma 16	Mifarma S.A.C.	CAJAMARCA	CAJAMARCA	CAJAMARCA	JR. DOS DE MAYO 578
Mifarma 17	Mifarma S.A.C.	AREQUIPA	AREQUIPA	AREQUIPA	AV. ALCIDES CARRIÓN 1A, 1B Y CALLE JOSÉ GÓMEZ 1

3. Mediante Resolución 1 del 8 de julio de 2020, la Secretaría Técnica de la Comisión inició un procedimiento administrativo sancionador contra Mifarma, toda vez que:

¹ RUC 20512002090 con domicilio fiscal en calle Víctor Alzamora Nro. 147, Urb. Santa Catalina, Lima - Lima - La Victoria.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000996

LO TARJADO
000946

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

*no se
15/08/21*

- (i) No habría informado sobre la existencia de otras variantes de los medicamentos genéricos adquiridos, lo cual se configuraba como una posible infracción del literal b) del artículo 1°.1 del Código;
 - (ii) no pondría a disposición de los consumidores la lista de precios de los productos farmacéuticos que comercializaba, lo cual se configuraba como una posible infracción del artículo 5°.2 del Código;
 - (iii) habría brindado información incorrecta, al indicar que no contaba con el medicamento "Naproxeno 550mg" en su versión genérica, pese a tener dicho producto en el almacén, lo cual se configuraba como una posible infracción del literal b) del artículo 1°.1 y el artículo 2° del Código;
 - (iv) no habría informado los precios de los medicamentos solicitados antes de su adquisición, lo cual se configuraba como una posible infracción de los artículos 1°.1 literal b) y 2° del Código;
 - (v) no habría ofertado medicamentos genéricos de menor precio, lo cual se configuraba como una posible infracción del artículo 1°.1 literal c) del Código; y,
 - (vi) no permitiría la venta de medicamentos genéricos por unidad, lo cual se configuraba como una posible infracción del artículo 1°.1 literal c) del Código.
4. El 26 de agosto de 2020, Mifarma formuló sus descargos señalando, entre otras cosas, lo siguiente:
- (i) Se vulneró el Principio de Tipicidad, en tanto las conductas imputadas en su contra no se encontraban establecidas en los artículos 1° y 2° del Código;
 - (ii) la primera instancia desconocía las implicancias de sus derechos constitucionales a la libertad de empresa y comercio, así como la regulación aplicable;
 - (iii) si bien era cierto que su representada ofrecía una parte de su portafolio de productos farmacéuticos en su presentación de blíster, y no por unidad; por otro lado, resultaba importante indicar que dicha acción no se constituía como una infracción, puesto que la misma era informada al consumidor antes de ejercer su decisión de adquirir un producto;
 - (iv) era relevante destacar que un consumidor, al momento de adquirir un producto o contratar un servicio, ejercía su derecho a la libre elección en el mercado, y, en virtud de dicha autonomía privada decidía qué bienes o servicios contratar, así como sus respectivos términos y condiciones. Todo ello generaba que se adopten decisiones de consumo eficientes en el mercado, y, por ende, los consumidores al momento de ejercer adecuadamente su derecho requerirían de una información adecuada e idónea sobre los productos y servicios que se encontraban en el mercado;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

- (v) su representada era una empresa dedicada a la dispensación y expendio de productos farmacéuticos, dispositivos médicos, entre otros, lo cual implicaba un nivel de inversión de dinero, así como también destinaba recursos en la capacitación de todos sus colaboradores a fin de poder ofrecer productos y servicios de calidad a sus consumidores;
- (vi) tanto los precios fijados como la forma de venta, sea total o parcial (fraccionada) de los productos que se ofrecían en todos sus establecimientos y distintos canales de comercialización, respondían a la estrategia establecida por su representada para sus canales de negocio; todo lo cual era una manifestación del ejercicio de sus derechos de libre iniciativa privada y libertad de empresa;
- (vii) debía resaltarse que el contenido esencial de la libertad de empresa radicaba en la autonomía de la voluntad para crear libremente una empresa, poder acceder a cualquier sector económico de producción o servicios, elegir libremente el modelo empresarial con el cual actuar, y, entre otros, el ostentar la autoorganización empresarial;
- (viii) dentro de una economía social de mercado no era posible la protección a los consumidores mediante el control previo, toda vez que este era un mecanismo de intervención estatal que tenía como efecto distorsionar los precios del mercado;
- (ix) el Estado debía evitar que la Administración Pública o cualquier entidad intervenga en la asignación de bienes y servicios en el mercado, directa o indirectamente, salvo mediara una autorización directa para tales efectos mediante una ley, como ocurría, por ejemplo, en el caso de los organismos reguladores que tenían una habilitación legal para fijar las tarifas de servicios públicos;
- (x) la estrategia de venta fijada para los productos que ofrecían en sus establecimientos a nivel nacional respondía a una estrategia comercial específica, la misma que era válida y se encontraba respaldada por el ordenamiento legal vigente;
- (xi) el hecho de vender los productos por blíster y no por unidad (o de modo fraccionado) respondía a una estrategia y formato de negocio basado en el principio de libertad de empresa y libre iniciativa privada, no habiendo ningún tipo de perjuicio a los consumidores ni infracción legal de ningún tipo. Indicar lo contrario por parte del Indecopi implicaba que se empiece a realizar una evaluación de políticas de precios, aspecto para el cual carecería de competencia; y,
- (xii) la autoridad no podía regular, establecer políticas y/o condiciones de los productos o servicios que los proveedores ofrecían en el mercado, especialmente teniendo en cuenta que dicha conducta no significaba un aprovechamiento de alguna situación de desventaja del consumidor proveniente de las circunstancias particulares de la relación de consumo, dado que el consumidor tomaba conocimiento de la forma de venta de



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000997

LO 0069470
NO VALE

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

*no va a ser
no va a ser
no va a ser*

- los productos antes de adquirirlos y decidía libremente si concretaba o no su adquisición;
- (xiii) las acciones de supervisión realizadas por la autoridad administrativa carecían de validez, en tanto las mismas fueron llevadas a cabo a través de consumidores incógnitos o encubiertos, circunstancia que no se encontraba estipulada en la normativa vigente;
 - (xiv) no se encontraba obligada de informar sobre los productos genéricos que se encontraban en su almacén, pues en virtud de la libertad de empresa, contaba con autonomía para determinar que productos ponía a disposición de los consumidores;
 - (xv) no existía alguna disposición normativa que obligara a su representada a vender medicamentos genéricos de manera fraccionada y/o unidad;
 - (xvi) la lista de precios no debía ser implementada de manera física; siendo que, sus establecimientos contaban con una lista de precios virtual, la cual era de fácil acceso de los consumidores; y,
 - (xvii) cumplió con implementar una lista de precios física en todos sus establecimientos, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos del presente procedimiento, conforme lo acreditaban los documentos que anexaba en calidad de medios probatorios.
5. Por Resolución 4 del 3 de diciembre de 2020, se puso en conocimiento de Mifarma el Informe Final de Instrucción 0138-2020/CC3/ST, mediante el cual la Secretaría Técnica de la Comisión recomendaba a la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3 (en adelante, la Comisión) sancionar a dicha administrada, por: (i) brindar información no veraz sobre el medicamento denominado “Naproxeno 550mg”; (ii) no contar con una lista de precios sobre los productos farmacéuticos que comercializaba; y, (iii) no vender medicamentos genéricos por unidad. Asimismo, se le otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus descargos.
6. El 11 de diciembre de 2020, Mifarma presentó sus descargos al Informe Final de Instrucción 0138-2020/CC3/ST, reiterando los argumentos expuestos en su escrito de descargos; y, agregó que no incurrió en las conductas imputadas en su contra.
7. Mediante Resolución 0049-2021/CC3 del 6 de abril de 2021, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:
- (i) Archivó el procedimiento sancionador iniciado contra Mifarma, por presunta infracción del artículo 1°.¹ literal b) del Código, al considerar que el hecho de informar sobre la existencia de otras variantes de medicamentos genéricos y sus precios formaba parte de la obligación de contar con una lista de precios a disposición de los consumidores;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1850-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

- (ii) archivó el procedimiento sancionador iniciado contra Mifarma, por presunta infracción del artículo 1°.1 literal c) del Código, al considerar que el hecho de ofertar medicamentos genéricos de menor precio formaba parte de la obligación de contar con una lista de precios a disposición de los consumidores;
 - (iii) halló responsable a Mifarma, por infracción de los artículos 1°.1 del literal b) y 2° del Código, al considerar que quedó acreditado que dicho proveedor brindó información no veraz sobre el medicamento denominado "Naproxeno 550mg" en su versión genérica; sancionándola con una amonestación;
 - (iv) halló responsable a Mifarma, por infracción del artículo 5° numeral 2 del Código, al considerar que quedó acreditado que dicho proveedor no puso a disposición de los consumidores una lista de precios de los productos farmacéuticos que comercializaba; sancionándola con una multa de 63,60 UIT;
 - (v) halló responsable a Mifarma, por infracción del artículo 1°.1 literal c) del Código, al considerar que quedó acreditado que dicho proveedor no permitía la venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada (o por unidad); sancionándola con una multa de 40,90 UIT; y,
 - (vi) dispuso la inscripción de Mifarma en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi (en adelante, el RIS).
8. El 27 de abril de 2021, Mifarma apeló la Resolución 0049-2021/CC3 ante la Sala Especializada en Protección al Consumidor (en adelante, la Sala) manifestando lo siguiente:

- (i) Solicitaba el uso de la palabra; y,
- (ii) la resolución apelada carecía de requisitos de validez, pues no se encontraba debidamente motivada, en tanto la primera instancia no efectuó un análisis adecuado sobre si su representada actuó con dolo o culpa, contraviniendo el Principio de Culpabilidad.

Sobre la lista de precios:

- (i) Contrariamente a lo señalado por la primera instancia, sus establecimientos contaban con una lista de precios de manera virtual, la cual fue implementada a través de dos (2) mecanismos: (a) consulta de precios en el sistema de ventanilla trasladada por su personal; y, (b) visualización de los precios en el sistema, a través de una pantalla giratoria en los terminales de cómputo de su personal;
- (ii) su representada subsanó adecuada y oportunamente la presunta conducta infractora, implementado en todos sus establecimientos a nivel nacional una lista de precios física; y,



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

 TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

 000998
NO VALE
noticiado
19/05/21
ecdo

- (iii) contrariamente a lo sostenido por la Comisión en el pronunciamiento apelado, la subsanación sí podía tener lugar respecto a la presunta conducta infractora, tal como ocurrió, por ejemplo, en el procedimiento tramitado bajo el Expediente 0055-2019/SPC-INDECOPI-CHT, en el cual la Sala eximió de responsabilidad al proveedor denunciado, al considerar que cumplió con subsanar la conducta infractora en la que incurrió, con anterioridad a la notificación de imputación de cargos.

Sobre la falta de información:

- (i) Actuó en aplicación de sus derechos de libertad de empresa y comercio; siendo que, no se encontraba obligada a informar sobre un producto que no se encontraba obligado de vender (Naproxeno 550mg);
- (ii) la conducta verificada se llevó a cabo sobre un único producto en un único establecimiento, lo cual evidenciaba que no existió una afectación de intereses difusos y/o colectivos; por lo que, no podría determinarse su responsabilidad administrativa en el presente procedimiento; y,
- (iii) en caso la autoridad administrativa considerara que incurrió en la conducta infractora, debía tenerse en cuenta su falta de intencionalidad.

Sobre la venta de medicamentos:

- (i) La principal discusión del presente caso radicaba en determinar si la Comisión podía sancionar a su representada por no ofrecer medicamentos genéricos por unidad cuando; de un lado, no existía ninguna norma que la obligue a realizar la venta unitaria de medicamentos; y, de otro lado, no existía ninguna norma que expresamente recoja dicha conducta como un tipo infractor;
- (ii) para el ejercicio de la potestad sancionadora, toda autoridad pública, incluso, aquella que llevaba a cabo políticas públicas prioritarias para el Estado, se encontraba sujeta: (a) al estricto cumplimiento del Principio de Legalidad; y, (b) al deber primordial de respetar los derechos y garantías fundamentales que le asistían a los administrados;
- (iii) el Principio de Legalidad se encontraba expresamente normado en la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, concordado con el artículo 45° de la Constitución, constituyendo una de las primeras garantías del proceso al exigir que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por ley. En ese mismo contexto, el referido principio fue recogido en el artículo 248° de la norma administrativa, habiéndose convertido junto con el Principio de Tipicidad, en garantías fundamentales del administrado;
- (iv) el Principio de Tipicidad tenía por objeto circunscribir de manera detallada el contenido de las infracciones que definían sanciones, toda vez que estas debían estar correctamente delimitadas por ley, pues, de lo



contrario, se colocaría al administrado en un estado de incertidumbre e indefensión. Este principio exigía que exista una coincidencia entre la conducta descrita por la norma tipificadora y el hecho sujeto a calificación, dado que en el procedimiento administrativo sancionador estaba proscrita la interpretación extensiva o analógica de los tipos sancionadores;

- (v) el legislador había regulado en el Código aquellas conductas que atentaban contra los intereses económicos de los consumidores con una tipificación expresa y una sanción determinada; sin embargo, la conducta por la que se le había sancionado en este procedimiento no había sido incluida dentro de este grupo de normas o algún otro ordenamiento con rango de ley, razón por la que resultaba evidente la vulneración al Principio de Tipicidad por parte de la primera instancia;
- (vi) el artículo 57° del Código, no brindaba algún alcance o parámetro medible y concreto, sino aspectos generales no desarrollados; por lo que, no podría determinarse que la conducta infractora imputada se encontraba contemplada de manera clara en dicha disposición normativa;
- (vii) su representada sí vendía productos genéricos por unidad; siendo que, en virtud de sus derechos de la libertad de empresa y comercio, contaba con dos mil novecientos veinte (2 920) medicamentos que se encontraban a disposición de los consumidores para ser adquiridos de forma fraccionada y/o por unidad; y,
- (viii) no incurrió en una práctica abusiva, en tanto: (a) la desventaja del consumidor era superficial, pues no se concluyó cuál era el estado de necesidad y urgencia de los consumidores de adquirir medicamentos genéricos; (b) la sola imposición de una condición onerosa de ningún modo probaba el aprovechamiento de la situación de desventaja, más aun cuando su representada no analizaba la situación de cada consumidor; y, (c) la venta de medicamentos en blíster o en caja se encontraba conforme al valor en el mercado, lo cual no evidenciaba una condición excesivamente onerosa.

Sobre la graduación de las sanciones impuestas:

(i) Sobre la lista de precios:

- a. El beneficio ilícito considerado para graduar la sanción impuesta por no contar con una lista de precios era excesivo y no se ajustaba al precio efectivamente otorgado en el mercado; es decir, el costo de impresión de lista de precios física era menor al considerado por la primera instancia, conforme a las cotizaciones presentadas en el procedimiento;
- b. la Comisión consideró que la probabilidad de detección de la conducta infractora era media (50%), aun cuando el Indecopi en las prácticas



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

LO TARJADO
Nº 000999
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

*Motivado
por falta de
evidencia*

- colusorias de las empresas, en casos de libre competencia, consideró como probabilidad de detección en aquellos casos un 60%, lo cual evidenciaba una vulneración de los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad; y,
- c. la primera instancia consideró otorgar un atenuante de 10%, pese a que, conforme a lo dispuesto en el Decreto Supremo 032-2021-PCM que aprueba la graduación, metodología y factores para determinación de las multas que impongan los órganos resolutores del Indecopi, se establece que cuando se concluye con la conducta ilegal se debe otorgar el 30% de reducción como factor atenuante.
- (ii) Sobre la venta de medicamentos:
- a. En el beneficio ilícito considerado para graduar la sanción impuesta, no se consideró que el margen de ganancia bruta podría ser distinto en cada producto; y,
- b. la Comisión consideró que la probabilidad de detección de la conducta infractora era media (50%), aun cuando el Indecopi en las prácticas colusorias de las empresas, en casos de libre competencia, consideró como probabilidad de detección en aquellos casos un 60%, lo cual evidenciaba una vulneración de los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad.

ANÁLISIS

I. Cuestiones previas:

(i) Sobre la solicitud de informe oral planteada por Mifarma

9. Tal y como se mencionó en los antecedentes de la presente resolución, Mifarma solicitó a la Sala que se le conceda una audiencia de informe oral.
10. Sobre el particular, es necesario precisar que el artículo IV numeral 1°.2 del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por el Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, el TUO de la LPAG), desarrolla el Principio del Debido Procedimiento, el mismo que, entre otros, garantiza el derecho de los administrados a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión motivada y fundada en derecho y a solicitar el uso de la palabra².

² TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1930-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-S/A

11. Como se observa, la solicitud del uso de la palabra es una de las expresiones del Principio del Debido Procedimiento; no obstante, la evaluación de dicho pedido deberá realizarse a la luz de lo señalado sobre la normativa especial existente, siendo que, en el caso de los procedimientos seguidos ante el Indecopi, el artículo 16° del Decreto Legislativo 1033 dispone que las Salas podrán convocar o denegar la solicitud de audiencia de informe oral mediante resolución debidamente motivada³.
12. En ese sentido, es facultad discrecional de esta Sala citar a las partes de un procedimiento a informe oral, ya sea a pedido de parte o de oficio, siendo que dicha actuación, al ser de carácter facultativo, no obliga a la autoridad administrativa a convocar a estas a informe oral en todos los procedimientos de su conocimiento, pudiendo inclusive denegar las audiencias solicitadas por los administrados.
13. Por tanto, resulta claro que la denegatoria de un informe oral no involucra una contravención al Principio del Debido Procedimiento ni al derecho de defensa del administrado, en la medida que las disposiciones legales sobre la materia otorgan dicha facultad a la autoridad administrativa. Además, las partes del procedimiento pueden desplegar su actividad probatoria, a través de la presentación de alegatos y documentos, los mismos que serán evaluados al momento de resolver el caso en concreto.
14. En la misma línea, mediante Resolución 16 del 2 de diciembre de 2016, recaída en el Expediente 7017-2013 (el mismo que fue archivado definitivamente, según lo dispuesto en la Resolución 17 del 16 de marzo de 2017), la Quinta Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo con Subespecialidad en Temas de Mercado de la Corte Superior de Justicia de Lima, indicó que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 35° del Decreto Legislativo 807, Ley que aprueba las Facultades, Normas y Organización del Indecopi, una vez puesto en conocimiento de la Administración lo actuado para la resolución final, las partes podían solicitar la realización de un informe oral ante el Indecopi, siendo que la actuación o la denegación del mismo quedará

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

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento. Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

³ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI. Artículo 16°.- Audiencia de informe oral ante las Salas del Tribunal.** 16.1. Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000950
001000
MIL
TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

a criterio de la autoridad administrativa, según la importancia y la trascendencia del caso.

15. Así las cosas, el órgano jurisdiccional bajo mención determinó que, bajo lo dispuesto en la referida norma legal, la convocatoria a una audiencia de informe oral, por parte del Indecopi, era una potestad de la autoridad administrativa, mas no una obligación, considerando además que no había necesidad de actuar dicha audiencia, cuando se estimara que los argumentos expuestos por las partes y las pruebas ofrecidas fueran suficientes para resolver la cuestión controvertida.
16. En virtud de lo anterior, considerando que obran en autos los elementos de juicio suficientes a efectos de emitir un pronunciamiento, así como que Mifarma ha podido exponer y sustentar su posición a lo largo del procedimiento, corresponde denegar el pedido de uso de la palabra planteado por dicha administrada.
 - (ii) Sobre el defecto de motivación alegado por Mifarma
17. En su recurso de apelación, Mifarma cuestionó la validez de la resolución apelada, señalando que no se encontraba debidamente motivada, en tanto la primera instancia no efectuó un análisis adecuado sobre si su representada actuó con dolo o culpa, contraviniendo el Principio de Culpabilidad.
18. Al respecto, lo que se aprecia de la cuestión alegada por Mifarma como causal de nulidad de la Resolución 0049-2021/CC3, constituye más bien objeciones a los argumentos considerados por la Comisión para emitir su pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, a través del cual halló responsable a dicho proveedor, por infracción del artículo 57° del Código, por no permitir la venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada (o por unidad); en tanto se cuestiona, esencialmente, la valoración que efectuó dicha instancia sobre su responsabilidad administrativa. En ese sentido, dicho argumento no es pertinente para sustentar una declaración de nulidad por deficiente motivación; razón por la cual este pedido queda desestimado.
19. Sin perjuicio de lo señalado, los alegatos de la denunciada serán evaluados al examinar su responsabilidad respecto de la atribuida infracción del artículo 57° del Código.
 - (ii) Sobre el tipo jurídico aplicable por no permitir la venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada (o por unidad)
20. El numeral 4 del artículo 248° del TUO de la LPAG contempla al Principio de Tipicidad como uno de los principales pilares del procedimiento sancionador,



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

señalando que solo se constituyen como conductas sancionables aquellas infracciones previstas en normas con rango de ley mediante su tipificación, sin admitir interpretación extensiva o análoga. A su vez, indica que las disposiciones reglamentarias pueden especificar o graduar determinadas conductas o sanciones, sin constituir con ello nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo disposición contraria⁴.

21. El Principio de Tipicidad tiene su justificación en una doble necesidad, ya que, en primer lugar, guarda su fundamento en aquella disposición constitucional consistente en señalar que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ésta no prohíbe; y, en segundo lugar, tiene un correlato evidente en la seguridad jurídica, en tanto permite que los administrados tengan un conocimiento certero de las consecuencias respecto de los actos que ejecutan⁵.
22. En palabras de Morón⁶, el cumplimiento de este principio exige la concurrencia de tres (3) aspectos: (i) la reserva de ley para la descripción de aquellas conductas pasibles de sanción por la Administración; (ii) la exigencia de certeza y exhaustividad suficiente en la descripción de las conductas sancionables constitutivas de las infracciones administrativas; y, (iii) la interdicción de la analogía y la interpretación extensiva en la aplicación de los supuestos descritos como ilícitos.
23. Para efectos del presente caso, conviene detenernos en el primer y segundo aspecto mencionado, puesto que los mismos hacen énfasis en aquella exigencia relacionada con la inclusión y exhaustividad de la formulación del supuesto infractor contenido en una determinada norma. Ello implica que la redacción de esta disposición debe describir específica y taxativamente todos los elementos de la conducta, en tanto dichas características se configurarían

⁴ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 248°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: (...)

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

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

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

⁵ **GUZMÁN NAPURÍ, Christian.** *Tratado de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo.* Ediciones Caballero Bustamante. P. 814. Año: 2011.

⁶ **MORÓN URBINA, Juan Carlos.** *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General.* Gaceta Jurídica. Tomo II. P. 419. Año: 2019.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

Fol
Uno

en una garantía plena del administrado, quien actuará en conformidad con lo contemplado en una disposición legal.

24. Conviene subrayar que este desarrollo teórico guarda plena congruencia con aquella perspectiva expuesta por el Tribunal Constitucional, entidad que subrayó que "(...) el subprincipio de tipicidad o taxatividad constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal". (Subrayado agregado)
25. A su vez, el supremo intérprete de la Constitución señaló que se vulnera el subprincipio de tipicidad o taxatividad cuando, pese a que la infracción o delito está previsto en una norma con rango de ley, la descripción de la conducta punible no cumple con los estándares mínimos de precisión. Dicho esto, queda claro que, al momento de evaluar la responsabilidad administrativa, la autoridad deberá valorar, de modo previo, que la conducta controvertida cumpla con aquella disposición de claridad y exhaustividad requerida para exigir su cumplimiento.
26. No obstante lo desarrollado, hay que manifestar que, a criterio de este Colegiado, el cumplimiento de dicho requisito se hace más evidente respecto de aquellas disposiciones legales que guardan un matiz técnico particular. En efecto, aun cuando el Principio de Tipicidad resulte de aplicación general para todo tipo de conductas; lo cierto es que su eficacia es más apremiante en aquellos supuestos en los cuales el supuesto fáctico regulado posea una mayor complejidad en su desarrollo.
27. Ahora bien, cabe recordar que, en el derecho administrativo sancionador, el Principio de Tipicidad tiene características especiales, teniendo en cuenta que "la descripción rigurosa y perfecta de la infracción es, salvo excepciones, prácticamente imposible. El detallismo del tipo tiene su límite. Las exigencias maximalistas sólo conducen, por tanto, a la parálisis normativa o a las nulidades de buena parte de las disposiciones sancionadoras existentes o por dictar"⁶.

⁷ Expediente 0020-2015-PITC correspondiente a la demanda de inconstitucionalidad iniciado por el Colegio de Abogados de Arequipa contra diversas disposiciones de la Ley 29622, que modifica la Ley 27758, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República.

⁸ NIETO GARCÍA, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, Cuarta edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2005, p. 312; REBOLLO PUIG, Manuel y otros, *Derecho Administrativo Sancionador*, Primera edición, Lex Nova, Valladolid, 2010, Op. Cit., p. 305



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

28. En efecto, en un contexto regular, no es posible establecer un catálogo de conductas infractoras riguroso, por lo que la tipificación resulta suficiente *"cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra"*⁹. Por ello, el Principio de Tipicidad no puede exigir que las conductas infractoras sean absolutamente precisas; pues, por el contrario, un cierto margen de indeterminación es admisible¹⁰.
29. Del mismo modo, debe considerarse que existen disposiciones legales que contemplan una determinada base fáctica que resulta de fácil comprensión para los administrados, aun cuando ésta pueda ser identificada con una redacción, a simple vista, genérica. Pese a esta característica, se prioriza el entendimiento de la norma, siempre que para su ejecución no sea necesario efectuar una interpretación alambicada y/o análoga ante el eventual escenario de un vacío legal, puesto que, con ello, no se atentaría contra la finalidad que persigue el Principio de Tipicidad.
30. Incluso, una interpretación exacerbada del Principio de Tipicidad en materia de protección al consumidor puede vaciar de contenido la propia definición de las garantías implícitas reconocidas en el artículo 20° del Código, puesto que las mismas se aplican, justamente, ante la ausencia de disposición legal y expresa en las obligaciones del proveedor sobre una materia determinada. Evidentemente, aun cuando el Principio de Tipicidad provenga del respeto al Principio de Legalidad; ello, de modo alguno, contempla una aplicación ilimitada del mismo, pues, su utilización deberá ser congruente con la propia naturaleza jurídica de aquel ordenamiento especial que se interprete.
31. Ante dicha situación, la Sala considera que un punto de equilibrio puede recaer en evaluar de forma particular la cuestión controvertida en los procedimientos, debiendo, por ejemplo, atender la complejidad o tecnicismo de la regulación de la conducta evaluada. A mayor abundamiento, si estamos ante el análisis de responsabilidad administrativa de una conducta que embarga y justifica una regulación específica, mediante una norma de carácter amplio no podría

⁹ *Ididem*. Sin embargo, dicho autor agrega que *"En resumidas cuentas –y entrante de facilitar una simplificada regla de oro– la tipificación puede ser lo bastante flexible como para permitir al operador jurídico un margen de actuación a la hora de determinar la infracción y la sanción concretas, pero no tanto como para permitirle que "cree" figuras de infracción supliendo las imprecisiones de la norma"* (Op. Cit. P. 305).

¹⁰ El criterio expuesto fue aplicado anteriormente por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual en la Resolución 455-2004/TDC-INDECOPI del 10 de septiembre de 2004, cuando se cuestionó que la conducta cometida por el sujeto denunciado –actos de copia no autorizada de bienes protegidos por la legislación de derechos de autor– se encontraba expresamente tipificada en la cláusula general contenida en la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal que literalmente establecía que *"es un acto de competencia desleal y, en consecuencia, ilícito y prohibido, toda conducta que resulte contraria a la buena fe comercial, al normal desenvolvimiento de actividades económicas y, en general, a las normas de corrección que deben regir en las actividades económicas"*. En este caso, el Tribunal estableció que *"la cláusula general contenida en el artículo 6° de la Ley sobre Represión de la Competencia Desleal abarca en su definición todas las conductas desleales y constituye la tipificación expresa exigida por el artículo 230.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General"*.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001002

000952
NO VALE

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

Mif
el 5

pretenderse sancionar a un administrado, puesto que será necesario que una norma oriente su conducta, esto es, que exista un nivel de certidumbre suficiente sobre el cumplimiento de una obligación.

32. Distinto es aquel escenario en el cual el supuesto de hecho y de derecho de la imputación elaborada por la autoridad: (i) otorgue al administrado suficiente información sobre la conducta evaluada o controvertida, ello con la finalidad de no vulnerar su derecho de defensa; y, (ii) esté referido a una conducta respecto de la cual el administrado haya podido conocer y ejecutar su cumplimiento, ya sea por la claridad de la misma o por la existencia de una regulación concreta. La concurrencia de ambos requisitos permitirá a la autoridad poder evaluar, bajo el respeto al Principio de Legalidad, la responsabilidad de un administrado, pese a que el tipo jurídico utilizado en la imputación pueda tener rasgos genéricos o amplios.
33. De modo alguno ello debe ser interpretado como una herramienta de arbitrariedad para el operador jurídico, puesto que, será la motivación que utilice en sus pronunciamientos aquella que fundamente la legalidad de la decisión adoptada, debiendo la autoridad realizar una labor orientada a justificar la aplicación de una norma que, si bien puede tener una connotación de obligaciones generales, resulta suficiente para atribuir responsabilidad a un administrado.
34. En su recurso de apelación, Mifarma hizo referencia a la contravención de los Principios de Legalidad y Tipicidad; ello, en la medida que el artículo 57° del Código, no brindaba algún alcance o parámetro medible y concreto, sino aspectos generales no desarrollados; por lo que, no podría determinarse que la conducta infractora imputada se encontraba contemplada de manera clara en dicha disposición normativa.
35. Sobre el particular, cabe mencionar que el artículo 57° del Código contempla una obligación que aun cuando puede tener un mayor nivel de desarrollo en su redacción; lo cierto es que aun denota cierto rasgo general y amplio al momento de delimitar concretamente los escenarios en los que un proveedor comete una práctica que atenta contra los derechos económicos de los consumidores. Así, en atención al criterio adoptado en los párrafos 31 y 32 de este pronunciamiento, este Colegiado evaluará la concurrencia de aquellos requisitos que permitan establecer si el tipo jurídico bajo el cual se determinó la responsabilidad administrativa de la recurrente cumple con las exigencias propias del Principio de Tipicidad.
36. Al respecto, con relación a la información que tenía Mifarma sobre la conducta controvertida, corresponde señalar que, de una lectura de la imputación efectuada, se advierte que la descripción de la presunta conducta infractora ha



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOP

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

sido clara y expresa al señalar que el proveedor no permitiría la venta de medicamentos genéricos por unidad, lo cual afectaría la economía de los consumidores. A criterio de la Sala, dicha claridad en la descripción de la mencionada imputación, se refleja también en la propia defensa de la investigada, pues sus fundamentos estuvieron orientados a sustentar el respeto a la libertad de empresa y comercio.

37. Por otro lado, con referencia a la regulación técnica que pueda ser necesaria para el cumplimiento de la obligación, es pertinente hacer referencia a dos (2) fuentes: (i) el artículo 48° del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos¹¹; y, (ii) la propia declaración efectuada por Mifarma en su escrito de descargos. De una lectura conjunta de ambas fuentes se verifica que, tanto desde un plano normativo como fáctico, los establecimientos farmacéuticos como la denunciada estaban habilitados y expendían algunos medicamentos por unidades.
38. Ello resulta de suma importancia, pues permite observar a la autoridad que Mifarma tenía la posibilidad y expendía medicamentos de forma fraccionada o por unidades, lo cual denotaba que dicha administrada no podía desconocer la viabilidad de su ejecución, razón por la que, en caso la autoridad reconociera que dicha actividad fuera parte de una conducta obligatoria, no podría cuestionar que ésta no sea de posible cumplimiento ante la presunta falta de certidumbre normativa en su ejecución.
39. Distinto sería el caso en el que se evidencie que, ante la inexistencia de obligación legal, los establecimientos farmacéuticos no vendan medicamentos fraccionados, toda vez que estarían imposibilitados de poder llevar a cabo dicha actividad ante la falta de regulación que fije parámetros necesarios en su conducta. No obstante, lo que esta Sala ha podido observar es que la defensa planteada por Mifarma a lo largo del procedimiento, se basó en defender una estrategia comercial, la cual obedecía a su propia decisión, mas

¹¹ **DÉCRETO SUPREMO 014-2011-SA. REGLAMENTO DE ESTABLECIMIENTOS FARMACÉUTICOS. Artículo 48°.- Envases de los productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios.**

Los productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios que se dispensen o expendan, deben permanecer y ser conservados por las farmacias o boticas en sus envases autorizados.

Los productos o dispositivos que se dispensan o expendan por unidad, deben expendirse en envases en los cuales se consigna, por lo menos, la siguiente información:

- a) Nombre y dirección del establecimiento
- b) Nombre del producto;
- c) Nombre del laboratorio fabricante;
- d) Concentración del principio activo y vía de administración, cuando corresponda;
- e) Fecha de vencimiento; y
- f) Número de lote.

Solamente se pueden manejar envases hospitalarios en aquellas farmacias o boticas que cuenten con área de fraccionamiento.

Adicionalmente cuando se expendan por unidad productos farmacéuticos envasados en blister o folios, se debe conservar hasta el expendio final, la sección en la que se encuentran consignados la fecha de vencimiento y el número de lote.

El usuario puede solicitar se le muestre el envase original del producto o dispositivo dispensado o expendido por unidad para verificar la fecha de vencimiento y el número de lote.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SJA

*mié
7/10/21*

no a un criterio regulatorio propio de una omisión o falta de desarrollo normativo.

40. Al estar ante un supuesto en el cual el proveedor guarda conocimiento sobre el comportamiento que está siendo materia de evaluación, este Colegiado considera que la conducta cuyo cumplimiento resultaría exigible posee la regulación necesaria para que su eventual ejecución sea viable, más aún cuando este aspecto no ha sido alegado por Mifarma durante la tramitación del presente procedimiento.
41. Así las cosas, en la medida que Mifarma tuvo conocimiento y comprendió la conducta imputada en este procedimiento, así como se verifica que han concurrido aquellos requisitos que habilitan que no se efectúe una aplicación restrictiva del Principio de Tipicidad; esta Sala manifiesta que no se evidencia transgresión alguna al referido principio procedimental, razón por la que corresponde desestimar el cuestionamiento planteado en este extremo.

II. Sobre la responsabilidad de Mifarma por infracción del artículo 57° del Código

42. Con la finalidad de poder abordar integralmente la compleja materia controvertida de este procedimiento resulta necesario tener, de modo preliminar, una clara noción de aquellos aspectos que están involucrados, toda vez que una adecuada comprensión de los mismos permitirá al administrado entender, en su real dimensión, el fundamento de la posición adoptada por el Colegiado en el presente pronunciamiento.
43. Para este objetivo, corresponde recoger aquellos conceptos generales que se encuentran vinculados al caso, los cuales, a su vez, guardan una base constitucional que, no solo refuerzan y justifican su presencia, sino que también inciden en la perspectiva que debe ser adoptada en este expediente, esto es, específicamente en el marco de protección de los derechos de los consumidores.
44. Por la propia naturaleza de la actividad económica principal que realiza Mifarma (venta al por menor de productos farmacéuticos), y el tipo de productos que ofrece en el mercado, a consideración de esta Sala, resulta ineludible poder atender aquel bien jurídico sobre el cual vincula o influencia este aspecto en la esfera de los consumidores: el derecho a la salud. Ello, como consecuencia de la propia conducta investigada, la cual está relacionada con la comercialización de medicamentos genéricos y la posibilidad que tienen los consumidores de obtenerlos de forma fraccionada o por unidad.
45. Evidentemente, el enfoque del presente caso, de forma preponderante, tiene



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

un perspectiva fijada en la identificación de una presunta afectación de los intereses económicos; sin embargo, en la medida que estamos ante la discusión de una eventual limitación de garantías constitucionales (limitación a la libertad de empresa y comercio), es necesario y pertinente poder tomar en cuenta el contexto en el que se desarrollan los hechos, ya que, en caso contrario se podría adoptar una decisión que pueda generar un efecto arbitrario en el plano fáctico.

46. Pese a que Mifarma planteó desde un inicio que la cuestión controvertida en este procedimiento era ajena a discutir sobre tópicos como la trascendencia de la acción del Estado en la protección de los intereses de los consumidores, en materias como la salud; lo cierto es que la omisión de merituar este tipo de factores conllevaría que la autoridad elabore una evaluación incompleta del hecho controvertido, más aun cuando estamos ante un caso que involucra la presunta afectación de intereses colectivos y/o difusos.
47. Dicho esto, corresponde a este Colegiado elaborar un análisis de los siguientes puntos: (i) la venta de medicamentos y su relación con el derecho a la salud de los consumidores; (ii) las garantías constitucionales de Mifarma en el mercado, y la identificación de sus posibles límites; y, (iii) la evaluación de responsabilidad administrativa de Mifarma por las conductas imputadas en su contra.
- a) La venta de medicamentos y su relación con el derecho a la salud de los consumidores
48. El derecho a la salud se configura como uno de carácter social por su naturaleza intrínseca a la dignidad de la persona, siendo esta razón suficiente para que tenga un reconocimiento a nivel constitucional¹². El contenido de este derecho está vinculado al cuidado de la persona y al otorgamiento de condiciones mínimas de salubridad para el desarrollo de una vida digna¹³.
49. En términos más amplios, el derecho a la salud es la situación jurídica en la que se tutela el estado de bienestar (físico y psíquico) del ser humano. Viene a ser uno de los derechos que protege, desde una perspectiva dinámica, una misma realidad, esto es, al ser humano en su plenaria dimensión existencial¹⁴.

¹² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. CAPÍTULO II. De los derechos sociales y económicos. Artículo 7°.- **Derecho a la salud. Protección al discapacitado.** Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad.

¹³ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 2064-2004-AA/TC del 4 de julio de 2005.

¹⁴ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de las Personas. Concebido y Personas Naturales*. Editorial Rodhas. 7ma Edición. 2014. Pp. 258.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001004 LO TARJADO
000954

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

med
cuatro

50. Tal como lo sostiene el Tribunal Constitucional: "(...) Su configuración como derecho social también implica una acción de conservación y otra de restablecimiento, cuyo cumplimiento corresponde al Estado, con pleno apoyo de la comunidad, a fin de garantizar una progresiva y cada vez más consolidada calidad de vida, invirtiendo en la modernización y fortalecimiento de todas las instituciones encargadas de la prestación del servicio de salud, debiendo, para tal efecto, adoptar políticas, planes y programas en ese sentido"¹⁵.
51. Hay que mencionar que, al haberse reconocido la autonomía y naturaleza fundamental de este derecho, la persona tiene la facultad de exigir directamente su cumplimiento en sus distintas dimensiones. Por ende, y, conforme lo antedicho, la efectiva ejecución de este derecho está sujeta a la actuación concreta, directa y activa del Estado.
52. Partiendo de esta premisa, cabe sostener a su vez que, de acuerdo a la doctrina, "(...) el derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo (...), a la vida privada, al acceso a la información (...). Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud"¹⁶.
53. Todo ello nos permite inferir que el derecho a la salud no sólo está vinculado a protección de la integridad física de la persona, sino también a una situación de bienestar general, tanto desde un plano objetivo como subjetivo. Como consecuencia de esta premisa, se puede afirmar que, en caso se prevea el eventual riesgo de la transgresión a este derecho, será necesaria la actuación del Estado, no solo desde su labor fiscalizadora y supervisora, sino también desde su participación preventiva, evaluando la adopción de distintas medidas que eviten o procuren evitar la afectación de las personas.
54. La intrínseca relación del derecho a la salud con otros derechos fundamentales permitirá comprender y tener una lectura más integral de la inclusión de este concepto con aquellos bienes jurídicos contemplados en el ámbito objetivo de la normativa de protección al consumidor; ello, con base a la conexión que guarda este precepto constitucional con el rubro del servicio o tipo de producto que es desarrollado en una determinada actividad económica.
55. Según la Ley 29459, Ley de los Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios (en adelante, Ley 29459), el producto farmacéutico está definido como aquel preparado de composición conocida,

¹⁵ Ver Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente 5842-2006-PHC/TC del 7 de noviembre de 2008.

¹⁶ LEÓN FLORIÁN, Felipe. *El derecho a la salud en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*. Revista: Pensamiento Constitucional. Edición 19. P. 401. 2014.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOP

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

rotulado y envasado uniformemente, destinado a ser usado en la prevención, diagnóstico, tratamiento y curación de una enfermedad; conservación, mantenimiento, recuperación y rehabilitación de la salud.

56. Por otro lado, el numeral 30 del artículo 2° del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos define al establecimiento farmacéutico como aquel lugar en el que, entre otras cosas, se realizará el almacenamiento, comercialización y expendio de productos farmacéuticos, debiendo para ello contar con una autorización sanitaria de funcionamiento¹⁷.
57. Sobre lo expuesto, queda clara la relación existente entre la actividad económica desarrollada por Mifarma con la protección a la integridad de los consumidores, puesto que la comercialización y expendio de productos farmacéuticos son necesarios, principalmente, para el mantenimiento, recuperación y rehabilitación de la salud, lo cual, además, se constituye como un valor supremo de la persona.
- b) Las garantías constitucionales de Mifarma en el mercado y la identificación de sus posibles límites
58. Tal como lo manifestó Mifarma en su recurso de apelación, su participación e involucramiento en el mercado que concurre está basada en el ejercicio de la libertad de empresa y comercio. El primero se constituía como el derecho a crear empresas y acceder al mercado para el desarrollo de cualquier actividad económica lícita, estableciéndose su organización conforme a la voluntad e intereses del empresario; y, el segundo, consistía en la posibilidad de hacer circular libremente bienes y servicios, de comprar y vender libremente en el mercado, sin obstáculos ni limitaciones estatales.
59. El artículo 59° de la Constitución define a la libertad de empresa como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. No obstante, a criterio del Tribunal Constitucional, conviene precisar que: "(...) *La libertad de empresa tiene como marco una actuación autodeterminativa, lo cual implica que el modelo*

¹⁷ DECRETO SUPREMO 014-2011-SA. REGLAMENTO DE ESTABLECIMIENTOS FARMACÉUTICOS. Artículo 2°. Definiciones.

A efecto del presente Reglamento se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

30. Establecimiento farmacéutico.- Establecimiento dedicado a la fabricación, control de calidad, reacondicionamiento, comercialización, importación, exportación, almacenamiento, distribución, atención farmacéutica, preparados farmacéuticos, expendio de productos farmacéuticos, dispositivos médicos o productos sanitarios entre otras actividades según su clasificación y que debe contar con autorización sanitaria de funcionamiento.



001005

LO TARIADO 000955

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

*mit
Luis*

económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar¹⁸.

60. Justamente, tomando en cuenta la mención al modelo de economía social de mercado, nuestro máximo interprete constitucional señaló lo siguiente: "(...) Y es que en una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas libertades económicas con responsabilidad social, mientras que en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y protector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares"¹⁹.
61. Claro está que lo dicho hasta estas líneas no ha sido negado o desconocido por Mifarma. De hecho, parte de su alegato expuesto en su recurso de apelación se basa en indicar que las garantías constitucionales que amparan el desarrollo de su actividad comercial no son de carácter absoluto; sin embargo, lo que sostiene en este punto es que cualquier tipo de limitación a su actuación debía estar justificada y plasmada en una medida gubernamental del Estado.
62. Es sobre este último punto en el que corresponde señalar que, conforme lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, serán entidades como el Indecopi las que, a través de su marco normativo, podrán ejercer una labor de vigilancia y sanción de las conductas contrarias a los derechos de los consumidores. Al momento de interpretar esta afirmación deberá asumirse su aplicación a la luz de las disposiciones del Código, las cuales, tal como se ha apreciado en el acápite relacionado al Principio de Tipicidad, comprenden una serie de obligaciones y/o deberes de carácter general y específico para los proveedores.
63. Sin perjuicio que ciertas disposiciones legales contempladas en el Código puedan ser de carácter general, en el plano de la licitud de la conducta de un agente económico, será éste quien deberá ser consciente de la justificación y efectos que tengan sus estrategias comerciales con base a los distintos factores que envuelven su actividad económica. A mayor abundamiento, aun cuando un proveedor, en principio, no tenga la prohibición expresa de una conducta particular, ello no implica de modo alguno que, bajo el amparo de este supuesto, dicho sujeto pueda desarrollar sin restricción alguna el ejercicio de su actividad.
64. En efecto, ante la ausencia de una norma particular, el ordenamiento en materia de protección al consumidor concibe deberes y reglas generales que

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional del 13 de abril del 2007, en el marco del Expediente 7339-2006-PA/TC.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 5 de diciembre del 2006, en el marco del Expediente 1963-2006-PA/TC. M-SPC-13/1B 21/40



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-S/A

buscan amparar los intereses de los consumidores. Como bien se explicó con anterioridad, siempre que resulte viable, la autoridad podrá evaluar la posibilidad de aplicar este tipo de condiciones a la conducta de los agentes económicos, quienes deberán, además, tener la justificación suficiente para poder afirmar que determinada acción se encuentra sujeta a Derecho.

65. En ese sentido, la limitación de las garantías constitucionales de los proveedores no se agotan en la existencia de normas que circunscriban de forma particular una prohibición o deber impuesto, sino, también en aquellas disposiciones generales que forman parte de una regulación que también goza de protección constitucional, tal como es la defensa de los derechos de los consumidores.
- c) Aplicación al caso concreto
66. El artículo 57° del Código²⁰ establece que los métodos comerciales o prácticas abusivas son aquellas que, aprovechándose de la situación de desventaja del consumidor resultante de las circunstancias particulares de la relación de consumo, le impongan condiciones excesivamente onerosas o que no resulten previsibles al momento de contratar.
67. En el presente caso, la Comisión determinó la responsabilidad de Mifarma, por infracción del artículo 57° del Código, al considerar que quedó acreditado que dicho proveedor no permitió la venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada (o por unidad).
68. Ante la presente instancia, Mifarma alegó que su representada sí vendía productos genéricos por unidad; siendo que, en virtud de sus derechos a la libertad de empresa y comercio, contaba con dos mil novecientos veinte (2 920) medicamentos que se encontraban a disposición de los consumidores para ser adquiridos por unidad o de forma fraccionada.
69. Sobre el particular, corresponde indicar que, de una revisión de los actuados, obran en el expediente los documentos denominados "Acta de Inspección", los cuales fueron emitidos en atención a las diligencias de inspección que se llevaron a cabo en los establecimientos de la denunciada. De ellos, se aprecia que en un total de catorce (14) establecimientos, el personal de la recurrente manifestó que los medicamentos genéricos, "Amoxicilina", "Naproxeno" y "Losartán" no se vendían por unidad sino solo por blíster o caja.

²⁰ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 57°.- Prácticas abusivas. También son métodos abusivos todas aquellas otras prácticas que, aprovechándose de la situación de desventaja del consumidor resultante de las circunstancias particulares de la relación de consumo, le impongan condiciones excesivamente onerosas o que no resulten previsibles al momento de contratar.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

70. Es importante señalar que la denunciada no presentó algún medio probatorio a fin de evidenciar que su representada sí vendía medicamentos genéricos de forma fraccionada o por unidad, siendo que lo alegado únicamente constituye una declaración de parte, sin sustento probatorio; además, resulta contradictorio con su defensa referida a que su accionar (no venta por unidad) se justificaba en la libertad de empresa y comercio.
71. Ahora bien, Mifarma indicó que no incurrió en una práctica abusiva, en tanto: (a) la desventaja del consumidor era superficial, pues no se concluyó cuál era el estado de necesidad y urgencia de los consumidores de adquirir medicamentos genéricos; (b) la sola imposición de una condición onerosa de ningún modo probaba el aprovechamiento de la situación de desventaja, más aun cuando su representada no analizaba la situación de cada consumidor; y, (c) la venta de medicamentos en blíster o en caja se encontraba conforme al valor en el mercado, lo cual no evidenciaba una condición excesivamente onerosa.
72. Sobre el particular, este Colegiado considera que, contrariamente a lo alegado por Mifarma, la conducta infractora verificada sí conllevó a una desventaja de los consumidores, en tanto la prohibición de la venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada o por unidad resultaba una condición excesivamente onerosa.
73. En efecto, con relación a la desventaja de los consumidores, deberá valorarse nuevamente el tipo de bien o producto materia de cuestionamiento, siendo que, en el caso de productos farmacéuticos genéricos, el consumidor tiene un especial interés y, en ciertas ocasiones, estado de necesidad y urgencia (por temas de salud), que acentúan aquella situación preliminar de desventaja que puede tener en un contexto regular. Asimismo, otro punto que puede tomarse como un factor referencial consiste en el hecho de no omitir que el proveedor investigado en este caso forma parte de una cadena de farmacias, modelo de negocios que en el mercado peruano tiene un nivel de participación representativo a nivel de ventas de medicamentos²¹.
74. Por otro lado, con referencia a los efectos de la práctica comercial cuestionada, esta Sala considera necesario precisar que, en términos jurídicos, la excesiva onerosidad –sin equiparar la figura a los supuestos y efectos contemplados en el Código Civil– está definida cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental, como, por ejemplo, cuando el costo de la contraprestación a cargo de una de las partes se ha incrementado²². Resulta evidente la relación

²¹ Dentro del sector privado de boticas y farmacias, las grandes cadenas (lideradas por Inretail) concentran el 63% de las ventas en dicho mercado. Fuente: "La Concentración en el Sector Farmacéutico Peruano y su Impacto Económico". Balbin y otros. P. 47.

²² OVIEDO ALBÁN, Jorge y Magda CAMARGO en "Código Civil Comentado". 4ta Edición. Gaceta Jurídica. Lima. Tomo VII. Pg. 542.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

de este concepto con el detrimento económico que puede ser causado al consumidor en el marco de una transacción para contratar un producto o servicio, siendo la norma clara al precisar que esta afectación no será solo aquella que, en menor medida pueda ser generada, sino aquella que pueda ser notoria o evidente por su dimensión según el caso particular.

75. Bajo esta concepción, y, tomando como referencia la conducta investigada en el procedimiento, esta Sala considera oportuno valorar dos (2) factores en este nivel de análisis:

- a. **El tipo de condicionamiento verificado en la estrategia de ventas de algunos medicamentos genéricos por parte de Mifarma**, puesto que, en el plano de los hechos, un consumidor –según sean sus necesidades y circunstancias– en ocasiones podrá requerir cierta cantidad de unidades de un determinado producto farmacéutico; sin embargo, la limitación injustificada de dicha elección (exigiendo que adquiriera el producto en su presentación en blíster o en caja) mermará la economía del consumidor²³, siendo su nivel de afectación directamente proporcional al valor del producto.

Se concluye la existencia de una limitación injustificada por parte de Mifarma, en tanto: (a) conforme se desarrolló previamente, pese a que un agente económico, en pleno desarrollo de su libertad de empresa, tiene la posibilidad de establecer sus estrategias comerciales; lo cierto es que dicha actuación deberá encontrarse limitada por la observancia de condiciones que conlleven prácticas en el mercado que eviten evidentes afectaciones en los intereses económicos de los consumidores; y, (b) el propio proveedor no brindó mayor información sobre las razones que habrían justificado la estrategia comercial diseñada, lo cual no permite adoptar una distinta perspectiva que faculte a comprender a la autoridad la lógica del agente económico en el presente caso.

- b. **El tipo de producto ofrecido y su vinculación con el bien jurídico del derecho a la salud**, toda vez que un consumidor, ante una situación que involucre la atención de una enfermedad podrá verse razonablemente condicionado a la adquisición de un producto, sin importar la condición de su presentación. Si bien es cierto que el consumidor podría tener la elección de acudir a un distinto establecimiento farmacéutico para obtener otras opciones, la autoridad no puede ser ajena a ciertos aspectos fácticos como el sentido de urgencia que en ocasiones puede presentarse por la naturaleza del

²³ Según el documento denominado "Evolución de la Pobreza Monetaria" emitido por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en el año 2018, el gasto per cápita de la canasta básica destinado a temas de salud fue del 8,4%.
M-SPC-13/1B 24/40



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001007

LO TARJAL
000957E

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

M. J. S. S.

producto, así como la dimensión que representa la cadena de farmacias del proveedor investigado en el nivel de ventas del mercado privado.

En términos económicos, el producto involucrado en esta actividad (producto farmacéutico) se encuentra calificado dentro de los denominados bienes meritorios, definidos como aquellos que satisfacen necesidades que son tan preferentes, que su satisfacción se impulsa y protege por la economía pública²⁴. De hecho, una característica principal de este tipo de bienes radica en la existencia de una distorsión en las preferencias de las personas, esto es, la adopción de ciertas decisiones que, vistas por cualquier observador, podrían ser contrarias a sus intereses reales; pero que, por la propia peculiaridad que rodea su contexto, pueda identificarse una situación que justifique, en esta materia, la intervención pública en defensa de los intereses de los consumidores.

En ese sentido, en el caso de los productos farmacéuticos, esta Sala considera que la distorsión en la decisión de los consumidores puede verse configurada, eventualmente, por el mencionado estado de necesidad y urgencia que engloba el bien jurídico de salud, siendo ésta una cuestión que no puede ser omitida y soslayada por la autoridad al momento de analizar aquel hecho controvertido objeto de estudio en la presente instancia.

76. Al evidenciarse la configuración de los dos (2) aspectos mencionados en el párrafo 72 de este pronunciamiento (desventaja de los consumidores y una condición excesivamente onerosa), el Colegiado sostiene que se ha demostrado que la conducta evaluada en este caso genera una notoria afectación en los intereses económicos de los consumidores, por lo que corresponde desestimar lo alegado por la recurrente, toda vez que se evidencia el ejercicio de una práctica abusiva por parte de esta.
77. Finalmente, respecto al argumento expuesto por Mifarma, consistente en que se debía determinar si su representada actuó con dolo o culpa a efectos de determinar su responsabilidad administrativa.
78. Al respecto, corresponde señalar que las disposiciones contempladas en el Código presumen que la evaluación de responsabilidad administrativa de los proveedores, en prestaciones por resultado, no incluye como un componente relevante al nivel de culpabilidad o algún elemento volitivo de los agentes investigados. Para fundamentar dicha afirmación, basta con poder apreciar lo siguiente: (i) del artículo 104º del Código, se desprende que, para el caso

²⁴ CALLE SAIZ, Ricardo. *Los Bienes Públicos, los Bienes de Mérito y los Bienes de Demérito*. Revista de Economía Polítca. Madrid. Pp. 66-67.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

de las prestaciones por resultado (venta de un producto) no resulta trascendental atender un componente de voluntad y diligencia adoptada por el proveedor, de allí que solo podrá ser exonerado de responsabilidad si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado²⁵; y, (ii) el artículo 112° del Código contempla que, aun en el supuesto que el administrado haya realizado cierto tipo de conductas orientadas a prevenir o mitigar una infracción, ello será valorado como una circunstancia atenuante, mas no como un elemento que incida en la determinación de responsabilidad administrativa²⁶.

79. Por las razones expuestas, corresponde confirmar la resolución venida en grado, en el extremo que halló responsable a Mifarma, por infracción del artículo 57° del Código, al haberse verificado que dicho proveedor no permitía

²⁵ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 104°.- Responsabilidad administrativa del proveedor.** El proveedor es administrativamente responsable por la falta de idoneidad o calidad, el riesgo injustificado o la omisión o defecto de información, o cualquier otra infracción a lo establecido en el presente Código y demás normas complementarias de protección al consumidor, sobre un producto o servicio determinado. El proveedor es exonerado de responsabilidad administrativa si logra acreditar la existencia de una causa objetiva, justificada y no previsible que configure ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de un tercero o de la imprudencia del propio consumidor afectado. En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado, conforme al artículo 18.

²⁶ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.**
(...)

Se consideran circunstancias atenuantes especiales, las siguientes:

1. La presentación por el proveedor de una propuesta conciliatoria dentro del procedimiento administrativo que coincida con la medida correctiva ordenada por el órgano resolutorio.
2. Cuando el proveedor acredite haber concluido con la conducta ilegal tan pronto tuvo conocimiento de la misma y haber iniciado las acciones necesarias para remediar los efectos
3. En los procedimientos de oficio promovidos por denuncia de parte, cuando el proveedor reconoce las imputaciones o se allana a las pretensiones del consumidor al ser notificado con la resolución que inicia el procedimiento, se da por concluido el procedimiento con la resolución de determinación de responsabilidad del proveedor y la imposición de la medida correctiva correspondiente. Podrá imponerse como sanción una amonestación si el proveedor realiza el allanamiento o reconocimiento con la presentación de los descargos; caso contrario, la sanción a imponer será pecuniaria. En aquellos casos en que el allanamiento o reconocimiento verse sobre controversias referidas a actos de discriminación, actos contrarios a la vida y a la salud y sustancias peligrosas, se considera como un atenuante pero la sanción a imponer será pecuniaria. En todos los supuestos de allanamiento y reconocimiento formulados con la presentación de los descargos, se exonera al denunciado del pago de los costos del procedimiento, pero no de las costas.
4. Cuando el proveedor acredite que cuenta con un programa efectivo para el cumplimiento de la regulación contenida en el presente Código, para lo cual se toma en cuenta lo siguiente:
 - a. El involucramiento y respaldo de parte de los principales directivos de la empresa a dicho programa.
 - b. Que el programa cuenta con una política y procedimientos destinados al cumplimiento de las estipulaciones contenidas en el Código.
 - c. Que existan mecanismos internos para el entrenamiento y educación de su personal en el cumplimiento del Código.
 - d. Que el programa cuenta con mecanismos para su monitoreo, auditoría y para el reporte de eventuales incumplimientos.
 - e. Que cuenta con mecanismos para disciplinar internamente los eventuales incumplimientos al Código.
 - f. Que los eventuales incumplimientos son aislados y no obedecen a una conducta reiterada.
5. Otras circunstancias de características o efectos equivalentes a las anteriormente mencionadas dependiendo de cada caso particular.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

del
otro

la venta de medicamentos genéricos por unidad, lo cual generaba una afectación a los intereses económicos de los consumidores.

III. Sobre el deber de contar con una lista de precios de los productos farmacéuticos que comercializaba

80. El artículo 5°.2 del Código establece que, para el caso de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, los establecimientos farmacéuticos deben poner a disposición del consumidor el listado de precios de estos productos²⁷.
81. En el presente caso, la Comisión halló responsable a Mifarma, por infracción del artículo 5°.2 del Código, en tanto quedó acreditado que no contaba con una lista de precios de los productos farmacéuticos que comercializaba a disposición de los consumidores.
82. En su escrito de apelación, Mifarma reiteró -principalmente- lo sostenido como defensa, en el sentido de que había subsanado la infracción atribuida en su contra, con anterioridad a la notificación de la resolución de imputación de cargos, toda vez que implementó listas de precios físicas en todos sus establecimientos a nivel nacional.
83. Por tanto, este Colegiado considera que corresponde analizar si Mifarma incurrió en uno de los eximentes de responsabilidad establecidos en el artículo 257° del TUO de la LPAG, el mismo que contempla la subsanación de la conducta infractora antes de la notificación de imputación de cargos.
84. A efectos de demostrar lo alegado, Mifarma cumplió con presentar treinta y cinco (35) cargos de recepción firmados por su personal, donde se dejaba constancia de la recepción de las listas de precios físicas y comunicaciones electrónicas remitidas a sus gerentes regionales, en las cuales se detallaban la totalidad de establecimientos a nivel nacional, medios probatorios que obran a fojas 717 a 744 del presente expediente (información confidencial).
85. Sobre el particular, en aplicación del Principio de Presunción de Veracidad, y dado que no existe observación o elementos que generen una duda razonable sobre la validez de los documentos aportados por Mifarma²⁸, esta Sala

²⁷ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 5°.- Exhibición de precios o de listas de precios.

5.2. Para el caso de productos farmacéuticos, dispositivos médicos y productos sanitarios, los establecimientos farmacéuticos deben poner a disposición del consumidor el listado de precios de estos productos. La relación de precios de los productos farmacéuticos está ordenada alfabéticamente, de acuerdo a su Denominación Común Internacional (DCI).

²⁸ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOP

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

considera tener por válidos estos medios probatorios para poder evaluar la subsanación de la conducta imputada en este procedimiento.

86. Al respecto, el artículo 257° del TUO de la LPAG²⁹ regula una lista de supuestos que constituyen condiciones eximentes de responsabilidad por infracciones administrativas. Así, el literal f) del mencionado artículo estableció como una causal eximente de responsabilidad la subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255° del TUO de la LPAG³⁰.
87. Asimismo, cabe tener presente que, de conformidad con el artículo 107° del Código³¹, los procedimientos de oficio en materia de protección al consumidor se inician con la notificación de la imputación de cargos al posible infractor.
88. En tal sentido, en caso el administrado acredite fehacientemente ante la autoridad competente haber subsanado la conducta infractora antes de la

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

(...)

1.7 Principio de presunción de veracidad.- En la tramitación del procedimiento administrativo, se presume que los documentos y declaraciones formulados por los administrados en la forma prescrita por esta Ley, responden a la verdad de los hechos que ellos afirman. Esta presunción admite prueba en contrario.

²⁹ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 257°. Eximentes y atenuantes de responsabilidad por infracciones.**

1.- Constituyen condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones las siguientes: a) El caso fortuito o la fuerza mayor debidamente comprobada. b) Obrar en cumplimiento de un deber legal o el ejercicio legítimo del derecho de defensa. c) La incapacidad mental debidamente comprobada por la autoridad competente, siempre que esta afecte la aptitud para entender la infracción. d) La orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones. e) El error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal. f) La subsanación voluntaria por parte del posible sancionado del acto u omisión imputado como constitutivo de infracción administrativa, con anterioridad a la notificación de la imputación de cargos a que se refiere el inciso 3) del artículo 255.

³⁰ **TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 255°.- Procedimiento sancionador. Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:**

(...)

3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3) del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

(...)

³¹ **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR. Artículo 107°.- Postulación del procedimiento.**

Los procedimientos administrativos para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en el presente Código se inician de oficio, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del que potencialmente pudiera verse afectado, o por una asociación de consumidores en representación de sus asociados o poderdantes o en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores. En este último caso, la asociación de consumidores actúa como tercero legitimado sin gozar de las facultades para disponer derechos de los consumidores afectados, salvo de sus asociados o de las personas que le hayan otorgado poder para tal efecto. Tanto el consumidor constituido como parte como el tercero legitimado pueden participar en el procedimiento e interponer los recursos contra la resolución que deniegue el inicio del procedimiento y contra cualquier otra resolución impugnabile que les produzca agravio. El procedimiento administrativo en materia de protección al consumidor se inicia con la notificación de la imputación de cargos al posible infractor.



PERÚ

Presidencia del Consejo de Ministros

INDECOPI

001009

COLEGIADO 000953

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

Handwritten signature

notificación de imputación de cargos, ello será valorado como una causal eximente de responsabilidad administrativa.

- 89. Obra en el expediente el cargo de notificación de la imputación de cargos del presente procedimiento dirigido a la proveedora, en el cual se observa que dicho documento fue entregado a dicha administrada el 13 de julio de 2020³².
- 90. Asimismo, obra en el expediente los documentos detallados en el numeral 84 de la presente resolución, de los cuales se aprecia que la denunciada subsanó la conducta infractora, toda vez que implementó listas de precios físicas sobre los productos farmacéuticos que comercializaba, durante el mes de octubre de 2019, en todos sus establecimientos a nivel nacional a fin de que los consumidores accedan a las mismas.
- 91. Teniendo en cuenta el análisis efectuado y el criterio expuesto por la Sala en anteriores pronunciamientos³³, este Colegiado considera que Mifarma cumplió con subsanar (en el mes de octubre de 2019); esto es, con anterioridad a la notificación de imputación de cargos (del 13 de julio de 2020), la conducta imputada en su contra, consistente en que no contaba con una lista de precios de los productos farmacéuticos que comercializaba; por lo que, en aplicación del literal f) del artículo 257° del TUO de la LPAG, corresponder eximir de responsabilidad a la denunciada.
- 92. En virtud de lo expuesto, esta Sala considera que corresponde revocar la resolución venida en grado en el extremo que halló responsable a Mifarma, por infracción del artículo 5°.2 del Código, tras considerar que dicho proveedor no cumplió con implementar una lista de precios de los productos farmacéuticos que comercializaba; y, en consecuencia, se exime de responsabilidad a dicha administrada. Ello, al haber quedado acreditado que subsanó la conducta infractora antes de la notificación de la imputación de cargos.

³² Ver foja 845 del presente Expediente.

³³ Ver las siguientes Resoluciones:

Resoluciones	Denunciante	Denunciada
2191-2020/SPC-INDECOPI	Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N°3	Empresa de Transportes Apocalipsis S.A.
0031-2021/SPC-INDECOPI	Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N°3	Transporte Vía Segura S.A.C.
0275-2021/SPC-INDECOPI	Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N°3	Alcimar Tours S.R.L.
0501-2021/SPC-INDECOPI	Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N°3	Empresa de Transportes Turismo Las Brizas S.A.C.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

93. En atención a lo anterior, corresponde dejar sin efecto la sanción impuesta a la administrada como consecuencia de la infracción revocada, así como su inscripción en el RIS.

IV. Sobre el deber de información

94. El artículo 1°.1 literal b) del Código establece que los consumidores tienen el derecho de acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios³⁴.
95. En esa misma línea, el numeral 1 del artículo 2° del Código³⁵ establece el deber que tienen los proveedores de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios. Asimismo, el numeral 2 del artículo 2° de la citada norma³⁶, dispone que la información brindada deberá ser veraz, suficiente, apropiada y muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, siendo que toda la información sobre los productos o servicios ofertados sirva para tomar una decisión que se ajuste a sus intereses.
96. En el presente caso, durante la acción de supervisión efectuada en el establecimiento comercial de Mifarma, ubicado en la avenida Francisco De Zela 1401, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima, se dejó constancia de que el personal de la denunciada brindó información no veraz sobre la venta del medicamento denominado "Naproxeno 550mg", en tanto, indicaron que no contaban con dicho producto, para luego verificarse que se encontraba en el almacén.
97. En virtud de lo anterior, la Comisión halló responsable a Mifarma, por

³⁴ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1°. - Derechos de los consumidores.

1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

b. Derecho a acceder a información oportuna, suficiente, veraz y fácilmente accesible, relevante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios. (...)

³⁵ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 2°. - Información relevante.

2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

(...)

³⁶ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 2°. - Información relevante.

(...)

2.2 La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.

(...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001010

LO TARJADO
NO VALIENE
000960

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

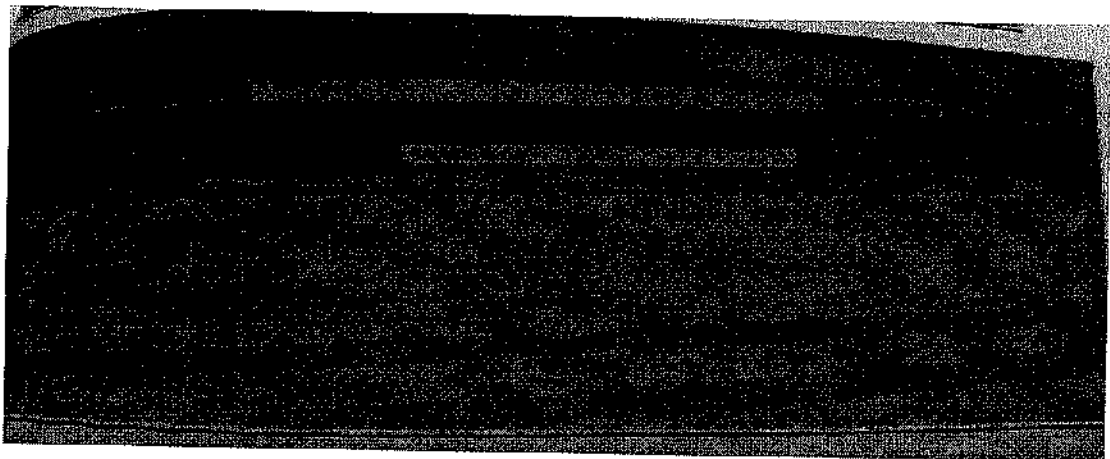
RESOLUCIÓN 1980-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

Mil
diez

infracción de los artículos 1°.1 literal b) y 2° del Código.

98. En su recurso de apelación, Mifarma alegó que actuó en aplicación de sus derechos de libertad de empresa y comercio; siendo que, no se encontraba obligada de informar sobre un producto que no ofertaba en el mercado (Naproxeno 550mg).
99. Sobre el particular, en primer lugar, corresponde indicar que, conforme a lo desarrollado previamente, los derechos a la libre empresa y libertad de comercio deben ser analizados en relación con otros bienes jurídicos de carácter social como la salud y protección a los consumidores, los cuales están vinculados al cuidado de la persona y el desarrollo de una vida digna. De esta manera, la Sala considera que el modelo de negocio implementado por Mifarma no debería constituir un impedimento para que los consumidores adquieran información y medicinales necesarias y útiles para la conservación o restablecimiento de su salud o que, en virtud del referido modelo, se le obligue a incurrir en mayores gastos económicos, obligándolo a adquirir una cantidad no deseada ni requerida o medicamentos que podrían tener un costo mayor por su naturaleza.
100. En segundo lugar, si bien Mifarma alegó que no se encontraba obligada de informar sobre el producto denominado "Naproxeno 550mg", pues el mismo no se encontraba en venta, lo cierto es que de los archivos adjuntos al documento denominado "Acta de Supervisión", se aprecia una fotografía de la pantalla de una de las computadoras del personal de la farmacia, de la cual se visualizó el documento denominado "lista de precios para el consumidor", existiendo en esta el medicamento denominado "Naproxeno 550mg", lo cual evidenciaba que dicho producto sí se encontraba listo para disposición de los consumidores; sin embargo, al consultar por este se indicó que no contaban con stock:





PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

101. Lo anterior, permite colegir que en efecto la información brindada por el personal de Mifarma no fue veraz, pues pese a que contaba con el producto denominado "Naproxeno 550mg" a fin de que los consumidores adquieran el mismo, indicaron que este no se encontraba en stock. Así, dicha negativa del personal era pasible de generar que los consumidores tuvieran que adquirir el medicamento de marca; por lo que, corresponde desestimar lo alegado por la recurrente.
102. De otro lado, Mifarma alegó que la conducta verificada se llevó a cabo sobre un único producto en un único establecimiento, lo cual evidenciaba que no existió una afectación de intereses difusos y/o colectivos; por lo que, no podría determinarse su responsabilidad administrativa en el presente procedimiento.
103. Al respecto, este Colegiado considera que, contrariamente a lo señalado por Mifarma, el hecho de que se haya verificado la conducta infractora materia de análisis respecto únicamente sobre un medicamento y en un establecimiento, no evidencia la ausencia de una afectación de los intereses colectivos y/o difusos. Ello, pues lo constatado en la diligencia de inspección dio cuenta de una práctica de la empresa a la que se exponía cualquier consumidor que se acercara a su establecimiento
104. Finalmente, sobre la falta de intencionalidad alegada por Mifarma, corresponde señalar que no resulta ser un parámetro que la autoridad administrativa deba considerar a efectos de determinar la existencia de una infracción administrativa por vulneración de lo dispuesto en el Código; por lo que, el argumento expuesto por la denunciada no resulta incidental en el análisis efectuado en el presente acápite.
105. En ese sentido, al haberse desestimado los argumentos expuestos por Mifarma, este Colegiado considera que corresponde confirmar la resolución venida en grado, en el extremo que halló responsable a dicho proveedor, por infracción de los artículos 1.1° literal b) y 2° del Código, al haberse acreditado que brindó información no veraz respecto del producto denominado "Naproxeno 550 mg", al indicar que no contaba con dicho producto, pese a tener el mismo en su almacén.

V. Sobre la medida correctiva

106. Los artículos 114° y 116° del Código³⁷, establecen que la autoridad administrativa podrá dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas

³⁷ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 114°.- Medidas correctivas. Sin perjuicio de la sanción administrativa que corresponda al proveedor por una infracción al presente Código, el Indecopi puede dictar, en calidad de mandatos, medidas correctivas reparadoras y complementarias.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPÍ

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

Muj
Orce

complementarias, la cuales tienen por finalidad revertir los efectos que la conducta infractora hubiera ocasionado o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro.

107. En el presente procedimiento, al haberse confirmado la responsabilidad administrativa de Mifarma, por infracción del artículo 57° del Código, respecto a que no había permitido la venta de medicamentos genéricos por unidad, lo cual generaba una afectación a los intereses económicos de los consumidores y considerando la dimensión y gravedad de la infracción señalada, este Colegiado considera que corresponde ordenar, como medidas correctivas complementarias de oficio, que la recurrente cumpla con lo siguiente:

- (i) En el plazo de quince (15) días hábiles contado a partir del día hábil siguiente de notificada la presente resolución, cumpla con adecuar sus estrategias comerciales para facilitar a los consumidores, ante su solicitud, la adquisición de productos farmacéuticos genéricos por unidad en sus establecimientos. Para ello deberá tomarse en cuenta que, de ser el caso que el proveedor realice el fraccionamiento de productos, éste deberá cumplir con aquellas exigencias sectoriales contempladas en la normativa competente;
- (ii) en el plazo máximo de dos (2) meses contados a partir de la recepción de la presente notificación, cumpla con brindar una capacitación sobre la prevención de prácticas abusivas en el sector farmacéutico, la cual deberá estar dirigida a todos los trabajadores del proveedor investigado, principalmente, aquellos que estén vinculados con la implementación y ejecución de estrategias comerciales de sus productos. La referida capacitación deberá reflejar el involucramiento de los principales

Las medidas correctivas reparadoras pueden dictarse a pedido de parte o de oficio, siempre y cuando sean expresamente informadas sobre esa posibilidad en la notificación de cargo al proveedor por la autoridad encargada del procedimiento.

Las medidas correctivas complementarias pueden dictarse de oficio o a pedido de parte.

Artículo 116°.- Medidas correctivas complementarias.

Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes:

- a. Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado.
- b. Declarar inexigibles las cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento.
- c. El decomiso y destrucción de la mercadería, envases, envolturas o etiquetas.
- d. En caso de infracciones muy graves y de reincidencia o reiterancia:
 - (i) Solicitar a la autoridad correspondiente la clausura temporal del establecimiento industrial, comercial o de servicios por un plazo máximo de seis (6) meses.
 - (ii) Solicitar a la autoridad competente la inhabilitación, temporal o permanente, del proveedor en función de los alcances de la infracción sancionada.
- e. Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine el Indecopi, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado.
- f. Cualquier otra medida correctiva que tenga el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro.

El Indecopi está facultado para solicitar a la autoridad municipal y policial el apoyo respectivo para la ejecución de las medidas correctivas complementarias correspondientes.



PERU

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

- directivos de la empresa (directores, gerentes, jefes o rangos similares dentro de la estructura de la entidad) y contar con mecanismos de registro de asistentes, así como de evaluación de los contenidos impartidos; y,
- (iii) en un plazo de quince (15) días hábiles contado a partir del día hábil siguiente de notificada la presente resolución, cumpla con colocar de forma permanente un cartel al interior de sus establecimientos abiertos al público, en un lugar visible y fácilmente accesible, con el siguiente mensaje: *"En atención a la Resolución 1950-2021/SPC-INDECOPI del 6 de setiembre de 2021, Mifarma S.A.C., según requerimiento del consumidor, estará obligado a expedir productos farmacéuticos genéricos de forma fraccionada (o por unidades), en atención a las disposiciones de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Debe precisarse que esta medida no limita la posibilidad de que el personal del establecimiento pueda solicitar, según sea el caso, la prescripción médica para la adquisición de aquellos medicamentos que así lo ameriten"*. Se precisa que el cartel deberá tener un tamaño mínimo de una hoja A4 y cada una de las letras del mensaje deberán tener un tamaño mínimo de 0.5 x 0.5 centímetros.

108. Asimismo, se informa a Mifarma que deberá presentar a la Comisión los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las medidas correctivas ordenadas en el término máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir de los vencimientos otorgados para cada una; bajo apercibimiento de imponer multas coercitivas conforme a lo establecido en el artículo 117° del Código³⁸.

VI. Sobre la graduación de la sanción

109. El artículo 110° del Código establece que el Indecopi puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere el artículo 108° con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) UIT, las cuales son calificadas en leves, graves y muy graves³⁹.

110. El artículo 112° del Código establece que, al momento de aplicar y graduar la

³⁸ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 117°.- **Multas coercitivas por incumplimiento de mandatos.**

Si el obligado a cumplir con un mandato del Indecopi respecto a una medida correctiva o a una medida cautelar no lo hace, se le impone una multa coercitiva no menor de una (1) Unidad Impositiva Tributaria, tratándose de una microempresa; en todos los otros supuestos se impone una multa no menor de tres (3) Unidades Impositivas Tributarias (UIT).

En caso de persistir el incumplimiento de cualquiera de los mandatos a que se refiere el primer párrafo, el órgano resolutorio puede imponer una nueva multa, duplicando sucesivamente el monto de la última multa impuesta hasta el límite de doscientas (200) Unidades Impositivas Tributarias (UIT). La multa que corresponda debe ser pagada dentro del plazo de cinco (5) días hábiles, vencido el cual se ordena su cobranza coactiva.

No cabe la impugnación de las multas coercitivas previstas en el presente artículo.

³⁹ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 110°.- **Sanciones administrativas.** El órgano resolutorio puede sancionar las infracciones administrativas a que se refiere al artículo 108 con amonestación y multas de hasta cuatrocientos cincuenta (450) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), las cuales son calificadas de la siguiente manera: (...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

CUI
CUI

sanción, la autoridad puede atender al beneficio ilícito esperado con la realización de la infracción, la probabilidad de detección de la misma, el daño resultante de la infracción, la conducta del infractor a lo largo del procedimiento, los efectos que se pudiesen ocasionar en el mercado, y otros criterios que considere adecuado adoptar⁴⁰.

111. A efectos de graduar la sanción a imponer, el TUO de la LPAG contempla el Principio de Razonabilidad⁴¹ según el cual la autoridad administrativa debe asegurar que la magnitud de las sanciones administrativas sea mayor o igual al beneficio esperado por los administrados por la comisión de las infracciones. Como parte del contenido implícito del Principio de Razonabilidad, se encuentra el Principio de Proporcionalidad, el cual supone una correspondencia entre la infracción y la sanción, con interdicción de medidas innecesarias o excesivas.
112. En el presente procedimiento, la Sala confirmó la resolución venida en grado, en los extremos que la Comisión sancionó a Mifarma con una amonestación y 40,90 UIT, por las infracciones verificadas, conforme al siguiente detalle:
- Amonestación, por brindar información no veraz sobre el medicamento denominado "Naproxeno 550mg"; y,
 - 40,90 UIT, por no permitir la venta de medicamentos genéricos por unidad.

⁴⁰ LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 112°.- Criterios de graduación de las sanciones administrativas.

Al graduar la sanción, el órgano resolutorio puede tener en consideración los siguientes criterios:

- El beneficio ilícito esperado u obtenido por la realización de la infracción.
 - La probabilidad de detección de la infracción.
 - El daño resultante de la infracción.
 - Los efectos que la conducta infractora pueda haber generado en el mercado.
 - La naturaleza del perjuicio causado o grado de afectación a la vida, salud, integridad o patrimonio de los consumidores.
 - Otros criterios que, dependiendo del caso particular, se considere adecuado adoptar.
- (...)

⁴¹ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TÍTULO IV. CAPÍTULO III. Artículo 248°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. Razonabilidad. - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

- El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- El perjuicio económico causado;
- La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

113. Respecto de la amonestación impuesta a Mifarma, por brindar información no veraz sobre el medicamento genérico "Naproxeno 550mg", corresponde señalar que, considerando que, en su recurso de apelación, Mifarma no ha expresado fundamentos adicionales para cuestionar la referida sanción y teniendo en cuenta que el íntegro de los alegatos expuestos en su recurso sobre la infracción verificada ya han sido desvirtuados precedentemente; en virtud de la facultad reconocida en el artículo 6° del TUO de la LPAG⁴² a la Administración, este Colegiado asume como propios los fundamentos de la Comisión sobre dicho extremo, por lo que corresponde confirmar la resolución impugnada al respecto.
114. Respecto de la sanción impuesta a Mifarma, por no permitir la venta de medicamentos genéricos por unidad, ascendente a 40,90 UIT, dicho proveedor manifestó lo siguiente:
- a. En el beneficio ilícito considerado para graduar la sanción impuesta, no se consideró que el margen de ganancia bruta podría ser distinto en cada producto; y,
 - b. la Comisión consideró que la probabilidad de detección de la conducta infractora era media (50%), aun cuando el Indecopi en las prácticas colusorias de las empresas, en casos de libre competencia, consideró como probabilidad de detección en aquellos casos un 60%, lo cual evidenciaba una vulneración de los Principios de Razonabilidad y Proporcionalidad.
115. Sobre el particular, corresponde indicar lo siguiente:
- (i) Si bien la recurrente cuestionó el margen de ganancia bruta aplicado por la primera instancia, al considerar que la misma podría ser distinta, no obra algún medio probatorio que acredite que, en el caso en concreto, correspondía aplicar una ganancia bruta distinta a la utilizada por la primera instancia; por lo que dicho argumento carece de sustento; y,
 - (ii) si bien la denunciada manifestó que, en prácticas colusorias, el Indecopi catalogó como probabilidad de detección un 60%, cabe señalar que, de ser ese el caso, no podría dicho criterio ser automáticamente trasladado a la materia que nos ocupa (Protección al Consumidor), dado que las calificaciones a las conductas que analizan responden a una lógica distinta y a las particularidades de la materia (Libre Competencia).

⁴² TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL, APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. Artículo 6°.- Motivación del acto administrativo (...)

6.2 Puede motivarse mediante la declaración de conformidad con los fundamentos y conclusiones de anteriores dictámenes, decisiones o informes obrantes en el expediente, a condición de que se les identifique de modo certero, y que por esta situación constituyan parte integrante del respectivo acto. Los informes, dictámenes o similares que sirvan de fundamento a la decisión, deben ser notificados al administrado conjuntamente con el acto administrativo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001013

LO 006853
NO VALE

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

Null base

116. En virtud de lo expuesto, se aprecia que la cuantía impuesta por la primera instancia se encuentra debidamente sustentada, conforme a los criterios previstos en el artículo 112° del Código.
117. Sin perjuicio de lo manifestado, esta Sala debe reconocer la configuración de una particular circunstancia en este caso consistente en que, a través del presente pronunciamiento, se ha atendido por primera vez respecto de Mifarma, una serie de cuestionamientos respecto de reconocer como práctica abusiva la negativa de vender medicamentos genéricos de forma fraccionada (o por unidades), temática que, a criterio de este Colegiado, resultaba clara –conforme se desprende de los fundamentos expuestos en anteriores párrafos–; pero, ello no conlleva a desconocer la existencia de un contexto complejo y debatible que envuelve la materia controvertida referida a la infracción del artículo 57° del Código.
118. A ello debe agregarse que, si bien a la fecha de emisión de la presente resolución existe un pronunciamiento por parte de la Sala sobre la materia controvertida (Resolución 2418-2020/SPC-INDECOPI del 17 de diciembre de 2020)⁴³, lo cierto es que el mismo fue emitido con posterioridad a la verificación de las conductas consistentes en no permitir la venta de medicamentos genéricos por unidad que motivaron el inicio del procedimiento (4 de julio de 2019); es decir, cuando se realizaron las diligencias de inspección existía el contexto complejo y debatible referido en el párrafo anterior respecto de la negativa de venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada (o por unidades).
119. Bajo esta premisa, y, en concordancia con lo realizado por esta Sala en anteriores ocasiones, corresponde atender situaciones especiales al momento de efectuar la graduación de la sanción a imponer a los administrados⁴⁴. Cabe precisar que lo desarrollado hasta estas líneas no debe interpretarse como el amparo de los argumentos esgrimidos por Mifarma, toda vez que, en ningún momento esta Sala parte de la noción de reconocer la legalidad de la conducta investigada.
120. Dicho esto, corresponde revocar la resolución venida en grado en el extremo que sancionó a Mifarma con una multa de 40,90 UIT, por infracción del artículo 57° del Código; y, en consecuencia, sancionarla con una amonestación.
121. Finalmente, corresponde advertir a Mifarma que, de volver a cometer la mencionada conducta infractora, ello calificaría como una reincidencia, siendo

⁴³ En el procedimiento iniciado de oficio por la Comisión de la Oficina Regional del Indecopi de San Martín contra Eckerd Amazonía S.A.C.

⁴⁴ A modo de ejemplo, ver la Resolución 0219-2018/SPC-INDECOPI del 2 de febrero de 2018.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1850-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

que dicha situación es pasible de una sanción necesariamente pecuniaria, puesto que tal hecho pondría de manifiesto que la amonestación impuesta no ha sido suficientemente disuasiva⁴⁵.

VII. Sobre la inscripción de Mifarma en el RIS

122. Considerando que, en su recurso de apelación, Mifarma no ha expresado fundamentos adicionales para cuestionar su registro en el RIS por las infracciones verificadas en el presente procedimiento y teniendo en cuenta que el íntegro de los alegatos expuestos en su recurso sobre las mismas ya han sido desvirtuados precedentemente; en virtud de la facultad reconocida en el artículo 6° del TUO de la LPAG a la Administración, este Colegiado asume como propios los fundamentos de la Comisión sobre dicho extremo, por lo que corresponde confirmar la resolución impugnada al respecto.

VIII. Sobre la remisión de la presente resolución a la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (Digemid)

123. Tomando en cuenta la infracción del artículo 57° del Código, este Colegiado considera necesario poner en conocimiento de la Digemid este pronunciamiento, con la finalidad de que dicha entidad pueda adoptar las acciones que considere pertinentes en el marco de su competencia.

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar la Resolución 0049-2021/CC3 del 6 de abril de 2021, emitida por la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3, en el extremo que halló responsable a Mifarma S.A.C., por infracción del artículo 5°.2 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, tras considerar que dicho proveedor no cumplió con implementar una lista de precios de los productos farmacéuticos que comercializaba; y, en consecuencia, se exime de responsabilidad a dicha administrada. Ello, al haber quedado acreditado que subsanó la conducta infractora antes de la notificación de la imputación de cargos. Así, se deja sin efecto la sanción impuesta a la administrada como consecuencia de la infracción revocada, así como su inscripción en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi.

⁴⁵ TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444 - LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL APROBADO POR DECRETO SUPREMO 004-2019-JUS. TÍTULO IV. CAPÍTULO III. Artículo 248°.- Principios de la potestad sancionadora administrativa. La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

3. **Razonabilidad.** - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

(...)

e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.

(...)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

Muj
Cartera

SEGUNDO: Confirmar la Resolución 0049-2021/CC3, en el extremo que halló responsable a Mifarma S.A.C., por infracción de los artículos 1°.1 literal b) y 2° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haber quedado acreditado que dicho proveedor brindó información no veraz respecto del producto denominado "Naproxeno 550 mg" en su versión genérica, al indicar que no contaba con dicho producto, pese a tener el mismo en su almacén.

TERCERO: Confirmar la Resolución 0049-2021/CC3, en el extremo que halló responsable a Mifarma S.A.C., por infracción del artículo 57° del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al haber quedado acreditado que el proveedor no había permitido la venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada (o por unidad), lo cual generó una afectación a los intereses económicos de los consumidores.

CUARTO: Confirmar la Resolución 0049-2021/CC3, en el extremo que sancionó a Mifarma S.A.C. con una amonestación, por infracción de los artículos 1°.1 literal b) y 2° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

QUINTO: Revocar la Resolución 0049-2021/CC3, en el extremo que sancionó a Mifarma S.A.C. con una multa de 40,90 UIT, por infracción del artículo 57° del Código de Protección y Defensa del Consumidor; y, en consecuencia, sancionarla con una amonestación.

SEXTO: Ordenar a Mifarma S.A.C., como medidas correctivas complementarias de oficio, que:

- a. En el plazo de quince (15) días hábiles contado a partir del día hábil siguiente de notificada la presente resolución, cumpla con adecuar sus estrategias comerciales para facilitar la adquisición de productos farmacéuticos genéricos por unidad en sus establecimientos. Para ello deberá tomarse en cuenta que, de ser el caso que el proveedor realice el fraccionamiento de productos, éste deberá cumplir con aquellas exigencias sectoriales contempladas en la normativa competente;
- b. en el plazo máximo de dos (2) meses contados a partir de la recepción de la presente notificación, cumpla con brindar una capacitación sobre la prevención de prácticas abusivas en el sector farmacéutico, la cual deberá estar dirigida a todos los trabajadores del proveedor investigado, principalmente, aquellos que estén vinculados con la implementación y ejecución de estrategias comerciales de sus productos. La referida capacitación deberá reflejar el involucramiento de los principales directivos de la empresa (directores, gerentes, jefes o rangos similares dentro de la estructura de la entidad) y contar con mecanismos de registro de asistentes, así como de evaluación de los contenidos impartidos; y,
- c. en un plazo de quince (15) días hábiles contado a partir del día hábil siguiente



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA
Y DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL
Sala Especializada en Protección al Consumidor

RESOLUCIÓN 1950-2021/SPC-INDECOPI

EXPEDIENTE 0193-2019/CC3-SIA

de notificada la presente resolución, cumpla con colocar de forma permanente un cartel al interior de sus establecimientos abiertos al público, en un lugar visible y fácilmente accesible, con el siguiente mensaje: *"En atención a la Resolución 1950-2021/SPC-INDECOPI del 6 de setiembre de 2021, Mifarma S.A.C., según requerimiento del consumidor, estará obligado a expedir productos farmacéuticos genéricos de forma fraccionada (o por unidades), en atención a las disposiciones de la Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor. Debe precisarse que esta medida no limita la posibilidad de que el personal del establecimiento pueda solicitar, según sea el caso, la prescripción médica para la adquisición de aquellos medicamentos que así lo ameriten"*. Se precisa que el cartel deberá tener un tamaño mínimo de una hoja A4 y cada una de las letras del mensaje deberán tener un tamaño mínimo de 0.5 x 0.5 centímetros.

Asimismo, se informa a Mifarma S.A.C. que deberá presentar a la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur N° 3 los medios probatorios que acrediten el cumplimiento de las medidas correctivas ordenadas en el término máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir de los vencimientos otorgados para cada una; bajo apercibimiento de imponer multas coercitivas conforme a lo establecido en el artículo 117° del Código de Protección y Defensa del Consumidor.

SÉPTIMO: Confirmar la Resolución 0049-2021/CC3, en el extremo que dispuso la inscripción de Mifarma S.A.C. en el Registro de Infracciones y Sanciones del Indecopi, por las conductas infractoras verificadas en la presente resolución.

OCTAVO: Ordenar a la Secretaría Técnica de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi la remisión de una copia del presente pronunciamiento a la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (Digemid), con la finalidad de que dicha entidad pueda adoptar las acciones que considere pertinentes en el marco de su competencia.

Con la intervención de los señores vocales Javier Eduardo Raymundo Villa García Vargas, Juan Alejandro Espinoza Espinoza, Roxana María Irma Barrantes Cáceres, Julio Baltazar Durand Carrión y Oswaldo Del Carmen Hundskopf Exebio.

JAVIER EDUARDO RAYMUNDO VILLA GARCÍA VARGAS
Presidente