

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
QUINTA SALA ESPECIALIZADA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
CON SUBESPECIALIDAD EN TEMAS DE MERCADO

SENTENCIA DE VISTA

EXPEDIENTE: 8844-2021 EJE
DEMANDANTE: Mifarma S.A.C.
DEMANDADO: Indecopi.
MATERIA: Nulidad de resolución administrativa. Derecho del Consumidor.

Sumilla: Indecopi en aplicación del artículo 75 de la Ley 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor vela por la protección al consumidor y en particular, vigila que no existan en el mercado métodos o prácticas abusivas.

En el caso, las farmacias, al negarse a expender medicamentos, a pesar de que se comprobó que los tenía en stock (en almacén) y a pesar de que estaban consignados en su lista de precios, incurrió en infracción al deber de información. Por otro lado, también incurrió en infracción al negarse a vender medicamentos genéricos por unidad, en la medida que el artículo 75 de la Ley 29571 establece que es abusivo aprovecharse de una situación de desventaja del consumidor para imponer condiciones excesivamente onerosas. Al negar el acceso de los productos farmacéuticos genéricos de forma injustificada, los consumidores se direccionan a adquirir otros productos farmacéuticos con marca que tienen precios mayores a los genéricos. La protección a los consumidores en este sector del mercado y la sanción de conductas infractoras resulta relevante, tanto más en casos donde existe una necesidad especial, al tratarse de productos vinculados a la salud de las personas.

RESOLUCIÓN NÚMERO QUINCE

Lima, 28 de octubre de 2023. -

Con el expediente administrativo electrónico acompañado, con la prórroga concedida, el expediente judicial electrónico correspondiente a la vista de la causa del 27 de

octubre de 2023, interviniendo como magistrado ponente el señor Juez Superior Vinatea Medina, se emite la presente sentencia.

I. EXPOSICIÓN DE LOS AGRAVIOS

PRIMERO: Resolución apelada: Es materia de grado la apelación interpuesta Mifarma S.A.C. (en adelante Mifarma) contra la **sentencia** contenida en la resolución nueve de fecha 27 de marzo de 2023, que declaró **infundada la demanda**.

SEGUNDO: Fundamentos del recurso de apelación: La apelante solicitó como pretensión impugnatoria solicitó la revocación o anulación de la sentencia de grado, considerando como como principales argumentos:

Vulneración del derecho a la debida motivación, existencia de errores de razonamiento e interpretación de los argumentos de hecho y de derecho de la demanda

1. Mifarma solicitó la nulidad de la sentencia argumentando:
 - a. Se vulneró la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, en la sentencia se afirmó que no se vulneró el principio de legalidad sin ningún respaldo, sólo se realizó vaga remisión al artículo 57 del Código del Consumidor. A pesar de que en la demanda se planteó no existe norma que obligue a Mifarma a vender medicamentos genéricos por unidad. El juzgado consideró que el principio de legalidad no se vulneró, pero no señaló que norma impuso la obligación que no cumplió, por tanto, existe motivación aparente.
 - b. Al ocuparse en la sentencia de la vulneración del principio de tipicidad, no se explicó cómo de la lectura del artículo 57 del Código del Consumidor se determina que no vender medicamentos por unidad es sancionable, ni tampoco cómo se puede conocer la sanción.
 - c. El juzgado no explicó cómo es que Mifarma podía conocer que no vender medicamentos genéricos por unidad estaba prohibido. En ese sentido, no podía conocer qué sanción le correspondía por dicha supuesta infracción. En la sentencia no se motivó como era predecible

que vender medicamentos por unidad era obligación para Mifarma y que, al no hacerlo, incurriría en infracción. Además en la sentencia mediante motivación aparente se desestimó lo alegado en la demanda respecto del principio de culpabilidad. Un adecuado análisis debía contemplar las normas vigentes para concluir que la responsabilidad era subjetiva y no objetiva.

- d. Se omitió respecto a la reforma en peor considerar que la Sala del Indecopi impuso una medida correctiva, produciéndose una reforma en peor, pese a que Mifarma era apelante. Además, la medida correctiva de colocar carteles, vulneró el principio de interdicción de la arbitrariedad porque no tenía un lapso determinado.
2. Mifarma solicitó la revocatoria de la sentencia en base a:
- a. Indecopi vulneró el principio de legalidad porque actuó sin base legal para sancionarla por no vender medicamentos en forma fraccionada.
 - b. Que el artículo 57 del Código del Consumidor no precisa que sea práctica abusiva, la práctica sancionada, en tal sentido se vulneró el principio de tipicidad.
 - c. Se vulneró el principio de predictibilidad, porque el artículo 57 del Código del Consumidor es amplió e impide tener predictibilidad sobre si la conducta imputada a Mifarma, consistente en no ofrecer medicamentos genéricos por unidad estaba inmersa en el artículo mencionado.
 - d. Se vulneró la debida motivación y el principio de culpabilidad porque la responsabilidad subjetiva era la regla para evaluar la comisión de una infracción. Es incorrecto afirmar que por ser una persona jurídica no se puede evaluar la responsabilidad subjetiva, cuando en la demanda se señaló que Indecopi incurrió en motivación aparente porque no fundamentó si se actuó con dolo o culpa en el supuesto negado que se considere que se cometieron las tipificaciones imputadas.
 - e. El juzgado incurrió en error respecto a determinar que no se vulneró el principio de prohibición de reforma en peor porque la Sala del Indecopi impuso una medida correctiva que no se consideró por la CC3, agravando su situación. No se niega la posibilidad de imponer medidas correctivas, sino que se hayan impuesto después de su apelación, colocando a Mifarma en indefensión.

- f. Es un error considerar que no se vulneró el principio de proscripción de arbitrariedad porque la medida correctiva no estableció un plazo para su aplicación, por tanto, son eternas de acuerdo a la apelante y dicha duración no puede permitirse cuando es un derecho de los administrados que las actuaciones que les afecten se lleven a cabo de la forma menos gravosa posible sin generar carga excesiva e irrazonable.
- g. No vulneró el deber de información de los proveedores pues que el Naproxeno se encuentre dentro de los almacenes de Mifarma no quiere decir que dicho producto se comercializaba. No existe mandato legal que obligue a venderlo, Mifarma tenía libertad para ponerlo a disposición de los consumidores o no. En consecuencia, no se infringió el deber de información.
- h. No vulneró el artículo 57 del Código del Consumidor porque Indecopi manifestó que había una situación de desventaja de parte del consumidor; sin embargo, a criterio de la apelante dicho análisis es superficial y pretende abarcar todas las transacciones de medicamentos genéricos sin desarrollar el estado de necesidad y urgencia del consumidor en relación con los productos fiscalizados. Los medicamentos fiscalizados (Amoxicilina, Naproxeno y Losartán) no cubren necesidades apremiantes de los consumidores o pacientes, sino cubren cuadros de salud comunes, de menor impacto y cuentan con medicamentos sustitutos. No existe diferencia entre un consumidor que busque un medicamento que podría resultar esencial para su vida y aquel consumidor que simplemente ha ido a comprar paracetamol. De conformidad con el artículo 65 de la Constitución Política del Perú se debe considerar que no vender medicamentos genéricos por unidad no conlleva a afectar a los consumidores. Refirió también la apelante que no existió situación de aprovechamiento de la supuesta desventaja porque considera que Mifarma tiene libertad de determinar el valor de sus productos, lo cual no quedó acreditado. De igual forma la apelante considera no haber impuesto condiciones excesivamente onerosas porque no existió situación de desventaja, ni aprovechamiento de ninguna situación de desventaja. Por consiguiente, Indecopi no acreditó el cumplimiento de los elementos que constituyen práctica abusiva, lo

cual se ha validado por la sentencia por lo que a criterio de la apelante debería revocarse.

II. ANÁLISIS

TERCERO: De acuerdo con las pretensiones impugnatorias y a lo resuelto en la sentencia de primera instancia, es materia controvertida en la presente instancia determinar si corresponde anular o revocar la sentencia de grado debido a que se habría vulnerado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales de la apelante y debido a que existirían errores de razonamiento y de interpretación, respecto a los argumentos de hecho y de derecho planteados en la demanda.

CUARTO: Antes de absolver los agravios planteados analizaremos los principales actuados en el procedimiento administrativo.

<p>En relación a la Resolución 1950-2021/SPC-INDECOPI del Expediente administrativo 0193-2019/CC3-SIA:</p> <p>1. El procedimiento inició de oficio a pedido de la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N° 3 de la Sede Lima Sur (en adelante CC3). Mediante la supervisión realizada por el personal del Indecopi se constató en 17 establecimientos de Mifarma que:</p> <ul style="list-style-type: none">• No informaban de la existencia de medicamentos genéricos. Infracción del literal b) del artículo 1.1 de la Ley 29571 – Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante Código del Consumidor).• No ponían a disposición de los consumidores la lista de precios de sus productos. Infracción del artículo 5.2 del Código del Consumidor.• No brindó información correcta porque informó que no contaba con Naproxeno 550 mg, en su versión genérica, pese a que	<p>En relación a la Resolución 1951-2021/SPC-INDECOPI del Expediente administrativo 0192-2019/CC3-SIA:</p> <p>1. El procedimiento inició de oficio a pedido de la Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor N° 3 de la Sede Lima Sur (en adelante CC3). Mediante la supervisión realizada por el personal del Indecopi se constató en 6 establecimientos de Albis S.A.C. (en adelante Albis), determinándose:</p> <ul style="list-style-type: none">• No informó sobre la existencia de otras variantes de los medicamentos genéricos adquiridos, lo cual se configuraba como posible infracción del artículo 1°1 del literal b) del Código del Consumidor.• No puso a disposición de los consumidores la lista de precios de los productos farmacéuticos que comercializaba, lo cual se configuraba como posible infracción del artículo 5.2 del Código del Consumidor.• No ofertó medicamentos
--	--

<p>tenía dicho producto en su almacén. Infracción del literal b) del artículo 1.1 y 2 del Código del Consumidor.</p> <ul style="list-style-type: none">• No informó los precios de los medicamentos solicitados antes de la adquisición. Infracción de los artículos 1.1 literal b) y artículo 2 del Código del Consumidor.• No ofertó medicamentos genéricos de menor precio. Infracción del artículo 1.1 literal d) del Código del Consumidor.• No permitió la venta de medicamentos genéricos por unidad. Infracción al artículo 1.1 literal c) del Código del Consumidor. <p>2. La CC3 mediante Resolución 0049-2021/CC3 emitió el siguiente pronunciamiento:</p> <ul style="list-style-type: none">• Halló responsable a Mifarma por infracción de los artículos 1.1 y 2 del Código del Consumidor al considerar que se acreditó no brindó información veraz sobre el medicamento “Naproxeno 550mg” en su versión genérica. Sanción: Amonestación.• Halló responsable a Mifarma por infracción del artículo 5 numeral 2 del Código del Consumidor al considerar quedó acreditado que Mifarma no puso a disposición de los consumidores lista de precios de los productos farmacéuticos que comercializaba, sancionándola con multa de 63.60 UIT.• Halló responsable a Mifarma por infracción del artículo 1.1 literal c) del Código del Consumidor al considerar acreditado que dicho	<p>genéricos de menor precio, lo cual se configuraba como una posible infracción del artículo 1°:1 literal c) del Código del Consumidor.</p> <ul style="list-style-type: none">• No permitió la venta de medicamentos genéricos por unidad, lo cual se configuraba como una posible infracción del artículo 1.1 literal c) del código mencionado. <p>2. La CC3 mediante Resolución 0068-2021/CC3 emitió el siguiente pronunciamiento:</p> <ul style="list-style-type: none">• Infracción al artículo 5 numeral 2 del Código del Consumidor al considerar acreditado que dicho proveedor no puso a disposición de los consumidores lista de precios de los productos farmacéuticos que comercializaba; sancionándola con multa de 5,10 UIT.• Infracción del artículo 57° 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 multa de 13 UIT.• Archívó el procedimiento en los demás extremos y dispuso la inscripción de la infractora en el registro de infracciones y sanciones del Indecopi. <p>3. Ante la apelación presentada por Albis la Sala Especializada en Protección al Consumidor emitió la Resolución 1951-2021/SPC-INDECOPI el 6 de setiembre de 2021, resolvió:</p> <ul style="list-style-type: none">• Confirmar la resolución de grado en el extremo que halló responsable a Albis, por
--	--

<p>proveedor no permitía la venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada (o por unidad) sancionándola con multa de 40.90 UIT.</p> <ul style="list-style-type: none">• Archivó el procedimiento en otros extremos y dispuso la inscripción de Mifarma en el registro de infracciones y sanciones de Indecopi. <p>3. Ante la apelación presentada por Mifarma la Sala Especializada en Protección al Consumidor emitió la Resolución 190-2021/SPC-INDECOPI el 6 de setiembre de 2021:</p> <ul style="list-style-type: none">• Confirmando la resolución de la CC3 en el extremo que halló responsable a Mifarma por infracción de los artículos 1.1 literal b) y 2 del Código del Consumidor al haberse acreditado que no brindó información veraz respecto del producto Naproxeno 550 mg en su versión genérica, al indicar que no contaba con dicho producto pese a que lo tenía en su almacén. Se sancionó con amonestación.• Confirmó la resolución de grado en el extremo que halló responsable a Mifarma por infracción del artículo 57 del Código del Consumidor al haberse acreditado que el proveedor no permitió la venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada (por unidad) afectando los intereses de consumidores. Se sancionó con amonestación.• Se revocó la resolución de grado en los demás extremos al considerar que Mifarma subsanó	<p>infracción del artículo 57° del Código 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 afectación a los intereses económicos de los consumidores. Estableció como sanción la imposición de amonestación.</p> <ul style="list-style-type: none">• Revocó la resolución en los demás extremos eximiendo de responsabilidad a Albis al haberse 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.
--	--

la conducta infractora antes de la notificación de la resolución de imputación de cargos. También dejó sin efecto la inscripción en el registro de infracciones y sanciones de Indecopi.	
--	--

En el presente proceso judicial, Mifarma en nombre propio y en representación de Albis S.A.C. presentó demanda contencioso administrativa para cuestionar las Resoluciones 1950-2021/SPC-INDECOPI y 1951-2021/SPC-INDECOPI y en primera instancia se declaró infundada la demanda considerando principalmente:

1. Indecopi no vulneró el principio de legalidad en el ejercicio de su potestad sancionadora porque tiene competencia para sancionar prácticas abusivas, conforme a los artículos 57 y 108 del Código de Protección y Defensa del Consumidor. En este caso, se discuten infracciones frente a tipos que hacen alusión a infracciones que, para evitar la transcripción de todos los presupuestos que los componen, utilizan fórmulas de remisión textual, cumpliendo la exigencia mayor de motivación objetiva y coherente que determine porqué la conducta mayor de motivación objetiva y coherente que determine porqué la conducta investigada configura dentro del supuesto de hecho (general) establecido por la norma (precisión de contenido y extensión). En consecuencia, la aplicación del artículo 57 del Código no transgredió la legalidad ni tipicidad.
2. No se vulneró el principio de predictibilidad ni seguridad jurídica porque el Código del Consumidor no describe en su totalidad la multiplicidad de conductas o actuaciones que significan infracción a los derechos de los consumidores. A partir de la práctica y el conocimiento de los casos que desarrolla la autoridad administrativa en el manejo de sus funciones. Esto no significa desconocer los alcances del principio de seguridad jurídica dentro del sistema de protección al consumidor, sino reconocer que la ley es fuente primaria y sus alcances se determinan a partir de la concurrencia de otras fuentes formales. La determinación de un nuevo caso no desvirtuó la condición de ilícita de la conducta.
3. No se vulneró el principio de debida motivación, del debido procedimiento ni el de culpabilidad porque el Código de Protección al consumidor estableció

naturaleza objetiva para las infracciones derivadas de su incumplimiento o inobservancia.

4. No existió vulneración del principio de separación de funciones ni de imparcialidad porque la Secretaría Técnica de la CC3 actuó en el marco de las facultades que le otorga la legislación nacional para el trámite del procedimiento. Además, no se encuentra medio probatorio en el expediente que demuestre lo alegado por la demandante al respecto.
5. La realización de la fiscalización de fecha 4 de julio de 2019 en la modalidad de consumidor encubierto o incógnito no vulneró el artículo 242 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444- Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado mediante Decreto Supremo 04-2019-JUS (en adelante Ley 27444) porque la actuación del Indecopi obedece a la necesidad de verificar mediante ese tipo de inspecciones el comportamiento real del proveedor en una situación concreta dentro del mercado y está conforme con el artículo 86 de la Ley 27444. No se colocó en indefensión al fiscalizado y por tanto existió flexibilización del artículo 242 mencionado.
6. Tampoco se vulneró el principio de prohibición de reforma en peor porque las sanciones de multa impuestas por la CC3, se **impusieron como amonestación**. Conforme al artículo 76 de la Ley 2744 la autoridad podía hacerlo.
7. En relación a la vulneración del principio de proscripción de la arbitrariedad respecto al dictado de la medida correctiva. Mifarma consideró que Indecopi no contempló un lapso de tiempo para la aplicación de la medida correctiva, disponiendo que se realice de manera permanente; sin embargo, la medida correctiva se ordenó de forma que su alcance en el tiempo causa agravio y transgrede sus derechos como administrada. **¿?????????**
8. La demandante vulneró el deber de motivación, en contrario a lo expuesto por ella porque se acreditó que no brindó información veraz respecto del producto “Naproxeno 550 mg” en su versión genérica al contar que no contaba con dicho producto, pese a tener el mismo en su almacén. La autoridad administrativa sí demostró la existencia de un aprovechamiento de la situación de desventaja del consumidor resultante de las circunstancias particulares de la relación de consumo, pues la prohibición implementada conllevaba un beneficio económico para MIFARMA, quien se veía beneficiada con la comercialización del producto en su presentación de blíster o caja, corroborándose de esta manera una ventaja económica para el proveedor. El hecho cuestionado se encuentra debidamente acreditado en el acta de fiscalización, diligencia realizada

mediante la modalidad de consumidor incógnito en mérito de la cual se concluye la existencia de una imposición que implicaba per se, un gravamen económico para el consumidor, quién se vería obligado a adquirir un producto en cantidades distintas a las que sus necesidades puedan requerir [condición onerosa para el consumidor].

QUINTO: En sus agravios, la apelante para solicitar la nulidad de la sentencia de grado manifestó que se vulneró la tutela jurisdiccional efectiva en su manifestación del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, que no se emitió pronunciamiento respecto de la vulneración del principio de tipicidad y predictibilidad que se alegó en la demanda y que se omitió pronunciarse respecto a la reforma en peor aplicada por el Indecopi para Mifarma, a pesar de que fue quien apeló dentro del procedimiento administrativo.

En relación a la vulneración del derecho a la debida motivación, la Resolución del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial N° 002-2014-CE-PJ - Circular referida a la regulación del reenvío en los Órganos Jurisdiccionales Revisores, de fecha 7 de enero del 2014, estableció como regla general si el órgano jurisdiccional competente para resolver el medio impugnatorio considera que existen errores de hecho o de derecho en la motivación de la resolución impugnada, deberá revocar y resolver el fondo del asunto jurídico reservando sólo para situaciones excepcionales su anulación. En tal sentido, los defectos meramente formales del proceso, la motivación insuficiente o la motivación indebida de la resolución impugnada, deben subsanarse o corregirse por el órgano revisor.

Como excepción, el órgano jurisdiccional competente para resolver el medio impugnatorio, sólo podrá anular la resolución impugnada cuando se trate de vicios insubsanables que impidan un pronunciamiento válido sobre el fondo del asunto jurídico, que signifiquen un agravio real y concreto, lo cual corresponde ser invocado por la parte afectada y deberá estar acreditado en autos.

De la revisión de los agravios planteados por la apelante, se sustentan en que la nulidad de la sentencia de grado no está referida a la existencia de vicios insubsanables ni a defectos en la tramitación del proceso que generen un agravio real. Los mismos se dirigen a cuestionar la motivación y el razonamiento empleado por el

juzgado para resolver el caso, por tanto, corresponde desestimar la pretensión impugnatoria de nulidad de la sentencia de primera instancia y analizar sus agravios para determinar si corresponde revocar o no la sentencia apelada por los agravios planteados.

SEXTO: En sus agravios, la apelante consideró que se debe revocar la sentencia de grado porque no existe norma que conmine a sus establecimientos farmacéuticos vender medicamentos por unidad. Que Indecopi realizó una vaga remisión al artículo 57 del Código del Consumidor para sancionar a sus empresas; sin embargo, lo resuelto, a su criterio vulneró los principios de legalidad, de tipicidad, de debida motivación y de predictibilidad.

Respecto a lo detallado en el párrafo precedente, de autos se aprecia que Mifarma y Albis fueron sancionadas al haberse acreditado que no permitieron la venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada o por unidad. Indecopi consideró que la acción de las sancionadas afectó intereses económicos de los consumidores, interés que protege la entidad demandada.

En las Resoluciones 1950-2021/SPC-INDECOPI y 1951-2021/SPC-INDECOPI se justificó que la conducta de las denunciadas (consistente en no permitir la venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada (o por unidad)) constituía infracción al artículo 57 del Código del Consumidor porque:

1. Constituía acción que afectaba la economía de los consumidores.
2. El artículo 48 del Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos aprobado mediante Decreto Supremo 014-2011-SA (en adelante Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos) establece que las farmacias permiten venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada (o por unidad). Al respecto, el Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos establece en su artículo 48 que los productos que se dispensen por unidad en los establecimientos farmacéuticos deben tener envases con la consigna como mínimo del nombre del establecimiento, del producto, del laboratorio fabricante, de la concentración y principio activo, vía de administración, fecha de vencimiento y lote.
3. De la propia declaración efectuada por Mifarma y Albis en sus escritos de descargos, se estableció que los establecimientos farmacéuticos de las denunciadas estaban habilitados y expendían medicamentos por unidades.

Por otro lado, de las actas de inspección se dejó constancia que los medicamentos Amoxicilina, Naproxeno y Losartán no se vendían por unidad sino por blister o caja el día en que se realizó la inspección por personal del Indecopi, como se aprecia a continuación:

0011 ~~8~~ 318
one

PERÚ Presidencia del Consejo de Ministros INDECOPI

LO TACHADO NO VALE

Observaciones. EL VENDEDOR SEÑOR FRANCISCO POZO (TÉCNICO EN FARMACIA) AL SOLICITAR 4 AMOXICILINA, ME INDICÓ QUE NO PUEDE VENDER POR UNIDAD, SINO POR UNA TIRA DE 10 UNIDADES, POR EL MONTO DE S/2.00 SOLES, ADENAS ME INDICÓ QUE TAMBIÉN HABIA DE S/3.00 SOLES EN GENERAL, PERO QUE EL DE OTRA LABORATORIO SIENDO QUE SOLICITE LA VENTA DE S/2.00 SOLES. COPIARME A LA BOLETA QUE EN FOTO SE ADJUNTA Y AUDIO.

Observaciones. EL VENDEDOR SEÑOR FRANCISCO POZO (TÉCNICO EN FARMACIA) AL SOLICITAR 4 CONDITAN INDICÓ QUE NO SALE POR UNIDADES PORQUE ES DIFÍCIL DE CORTAR LA TIRA, POR LO QUE PROCEDIÓ A LA VENTA DE 30 UNIDADES EN CAJA POR EL MONTO DE S/8.00 SOLES, COPIARME A LA BOLETA DE VENTA QUE EN FOTO SE ADJUNTA Y AUDIO.

Observaciones. EL VENDEDOR SEÑOR FRANCISCO POZO (TÉCNICO EN FARMACIA) AL SOLICITAR 4 NAPROXENO, ME INDICÓ QUE NO SALE POR UNIDAD, SINO POR UNA TIRA DE 10 UNIDADES, POR EL MONTO DE S/2.00 SOLES. COPIARME A LA BOLETA QUE EN FOTO SE ADJUNTA Y AUDIO.

e. Precio cobrado: 9 soles

Observaciones. Se deja constancia que el precio cobrado según la boleta corresponde a 30 unidades de pastillas, sin embargo solicitamos una tira que consta de 10 unidades, porque se informó que no venden por unidad.

Observaciones. Se deja constancia que se informó que solo se venden por caja de 30 unidades.

Observaciones. Se deja constancia que el precio cobrado según la boleta corresponde a 20 unidades de pastillas, sin embargo solicitamos una tira que consta de 10 unidades, porque se informó que no venden por unidad.

Observaciones. La vendedora del establecimiento supervisado, señaló que el medicamento LOSARTAN en genérico se vendía por caja. Cabe precisar que el precio informado corresponde a la caja del medicamento solicitado, de conformidad a la grabación que se adjunta a le presente acta.

Observaciones. La vendedora del establecimiento supervisado, señaló que el medicamento NAPROXENO en 550 mg. en genérico se vendía por tiras, la misma que contiene 10 unidades. Cabe señalar que el precio informado por la vendedora correspondía a la suma de la tira del medicamento AMOXICILINA y la tira del medicamento NAPROXENO, los mismos que sumaron un total de cuatro soles (S/ 4.00), conforme al audio en grabación que se adjunta a le presente acta.

Observaciones. LA VENDEDORA SEÑALÓ QUE ÚNICAMENTE PROCEDE LA COMPRA POR BUSTIER (10 UNIDADES).

Observaciones. En calidad de consumidoras indignitas, solicitamos a la Señorita que nos atendió, Edith Arango Álvarez, nos pedia vender el producto Amoxicilina de 500mg en genérico, al cual nos indicó que la tira, el cual contiene 10 (diez) unidades, cuesta S/ 3.00 Soles. Asimismo indicó que el producto no se vendía por unidad, ya que los usuarios reclaman la compra por tira.

Por el principio de legalidad se entiende que la Administración debe actuar en el marco de las facultades que expresamente le brindan las normas. En este caso, resulta aplicable el Reglamento de Establecimientos Farmacéuticos que establece la posibilidad de venta de medicamentos por unidad.

El artículo 57 del Código del Consumidor, contempla como conductas que constituyen métodos comerciales abusivos a las prácticas abusivas. Las prácticas abusivas las define el código como métodos en:

1. Los que el proveedor, aprovechándose de la situación de desventaja del consumidor, resultante de las circunstancias particulares de la relación e consumo.
2. Impone condiciones excesivamente onerosas o que no resultan previsibles al momento de contratar.

En el presente caso, se constató que las denunciadas no vendían medicamentos genéricos de forma fraccionada (por unidad) y que se vendían por blíster o caja.

La Sala del Indecopi consideró que la conducta realizada por la empresa farmacéutica conllevó a una desventaja de los consumidores porque la prohibición de vender medicamentos genéricos de forma fraccionada o por unidad era una condición excesivamente onerosa. En el caso de productos farmacéuticos genéricos, el consumidor tiene especial interés y en algunas ocasiones, por el estado de necesidad y urgencia debido a temas de salud el interés es mayor. Por tanto, existe una situación preliminar de desventaja que se acentúa en el caso de necesidad por temas de salud. En su análisis la Sala del Indecopi consideró:

El tipo de condicionamiento verificado en la estrategia de ventas de algunos medicamentos genéricos.	El tipo de producto ofrecido y su vinculación con el bien jurídico del derecho a la salud.
<p>El consumidor según sus necesidades y circunstancias en ocasiones podrá requerir unidades de un determinado producto farmacéutico. Limitarle su elección mediante la exigencia de que adquiriera el medicamento en blíster o en caja, afecta la economía del consumidor, siendo el nivel de afectación directamente proporcional al valor del medicamento.</p> <p>En el caso en concreto, si bien la farmacia tenía en el marco de su libertad de empresa la posibilidad de establecer estrategias comerciales, su actuación tiene límites que evitan prácticas en el mercado que afecten los intereses</p>	<p>El consumidor ante una situación de salud está condicionado a adquirir medicamentos. Si bien el consumidor tiene la elección de acudir a diferentes establecimientos farmacéuticos para encontrar otras opciones, Indecopi no puede ser ajena a ciertos aspectos como el sentido de la urgencia que puede presentarse por la naturaleza del producto, así como la dimensión que representa la cadena de farmacias del proveedor investigado en el nivel de ventas del mercado privado.</p> <p>El producto farmacéutico está calificado dentro de los bienes meritorios (que</p>

<p>económicos de consumidores. Además, las farmacias, no brindaron mayor información de las razones que justificaron su estrategia comercial diseñada.</p>	<p>satisfacen necesidades preferentes y su satisfacción se impulsa y se protege por la economía pública.</p> <p>En el caso de los productos mencionados, la distorsión en la decisión de los consumidores se puede configurar por el estado de urgencia y necesidad que engloba el bien jurídico de salud, siendo ésta una cuestión que no puede ser omitida y soslayada por la autoridad al analizar el hecho controvertido.</p>
--	---

Lo analizado por el Indecopi detallado previamente, se condice con lo regulado por el artículo 57 del Código del Consumidor, el cual tiene por finalidad evitar el abuso de parte de los proveedores que tienen una mejor condición en una operación. Por tanto, en el caso, la prohibición de las prácticas que resulten un abuso, respecto a productos de salud que muchas veces resultan necesarios para los consumidores que los condicionen a la adquisición de medicamentos en conjunto, negándose a expenderlos por unidad, considerando que, las farmacias no probaron la existencia de una causal que justifique o que las haya impedido a realizar la venta por unidad de los medicamentos era una conducta que constituía una práctica abusiva.

El principio de tipicidad se refiere a que las infracciones o conductas ilícitas deben estar prohibidas mediante una norma, si bien no existe norma que sancione a las farmacéuticas por realizar la conducta que se le imputó a la demandante como infracción, el artículo 57 del Código del Consumidor prohíbe la realización de prácticas abusivas como la que se acreditó. Por consiguiente, corresponde desestimar sus agravios sobre dicho extremo.

En cuanto a la supuesta vulneración de la predictibilidad, este principio está referido a que la Administración mediante actuaciones repetitivas y constantes crea la expectativa en el administrado de que la norma se aplicará de igual forma en casos similares que puedan resolverse. En autos, la demandante no ha acreditado la existencia de un pronunciamiento constante y repetitivo de parte del Indecopi que sea contrario a lo resuelto en las resoluciones cuya validez se cuestiona, por tanto, corresponde desestimar sus agravios en relación al mencionado principio.

En cuanto a la vulneración a su derecho a la debida motivación de las resoluciones, se entiende que las decisiones de la Administración deben basarse en argumentos de hecho y de derecho, que permitan conocer el razonamiento para resolver un caso de parte de la Administración a fin de que se evite arbitrariedades o situaciones de abuso. Lo cual en el presente caso se ha determinado en tanto la existencia de la conducta se ha enmarcado en la conducta ilícita prohibida por el artículo 57 del Código del Consumidor, existen medios probatorios que sustentan la existencia de infracción y las resoluciones administrativas contienen las razones fácticas y jurídicas desarrolladas por Indecopi que sustentan la existencia de la infracción. Por consiguiente, no se aprecia vulneración al derecho a la debida motivación de la apelante.

SETIMO: En otro extremo de sus agravios la apelante manifestó que correspondía declarar la nulidad de la sentencia porque en primera instancia no se explicó cómo es que Mifarma podía conocer que no vender medicamentos genéricos por unidad estaba prohibido. En ese sentido, no podía conocer qué sanción le correspondía por dicha supuesta infracción. En la sentencia no se motivó como era predecible que vender medicamentos por unidad era obligación para Mifarma y que, al no hacerlo, incurriría en infracción. Además, en la sentencia mediante motivación aparente se desestimó lo alegado en la demanda respecto del principio de culpabilidad. Un adecuado análisis debía contemplar las normas vigentes para concluir que la responsabilidad era subjetiva y no objetiva. Por otro lado, Mifarma refirió que el juzgado omitió pronunciarse respecto a la reforma en peor porque la Sala del Indecopi impuso una medida correctiva, produciéndose una reforma en peor, pese a que Mifarma fue la apelante en sede administrativa. Además, la medida correctiva de colocar carteles, vulneró el principio de interdicción de la arbitrariedad porque no tenía un lapso determinado.

Respecto a lo detallado en el párrafo anterior corresponde mencionar que en la sentencia de grado se consideró a partir del numeral 9.7 que el artículo 57 del Código del Consumidor si bien no contempla expresamente una obligación para las empresas farmacéuticas de vender medicamentos genéricos por unidad, el principio de tipicidad en materia administrativa es flexible lo que implica que en el procedimiento de protección al consumidor, el legislador estableció menor precisión de la descripción de las conductas y sanciones a imponer, dando lugar para que se interpreten las normas sin que se realice interpretación extensiva o análoga. Por tanto, si bien en la norma de

protección al consumidor (Código del Consumidor) no se han transcrito todos los supuestos que componen la infracción, se utilizó fórmulas de remisión textual para determinar las razones por las que la conducta investigada configuraba dentro del supuesto de hecho establecido por la norma.

En razón a lo expuesto, no resulta cierto, que la sentencia de primera instancia no haya analizado lo argumentado por la apelante en su demanda y que se haya generado omisión, en tal sentido, corresponde desestimarlos.

En otro extremo de sus agravios, la apelante señaló que en primera instancia se omitió pronunciamiento respecto a la existencia de violación a la reforma en peor por la medida correctiva ordenada por la Sala del Indecopi. Al revisar la apelada, se aprecia que a partir del numeral 14.1 se emitió pronunciamiento sobre la presunta vulneración del referido principio y el juzgado consideró que no se vulneró la reforma en peor porque en segunda instancia, la sanción de multa de 40.90 UIT impuesta por la CC3 se revocó por amonestación. Además, en la sentencia se aprecia que se tomó en cuenta, conforme se desarrolló en el numeral 14.4, que la prohibición de reforma en peor se vincula a la interdicción de la arbitrariedad y que no se transgredió dicho principio porque Indecopi actuó dentro de sus competencias, tanto más cuando se tratan de medidas destinadas al restablecimiento de los derechos tutelados por los consumidores.

La justificación del juzgado para desestimar el argumento respecto a la vulneración de la prohibición de reforma en peor es correcto, porque la Sala del Indecopi además de reducir las multas a amonestaciones, también estableció medidas correctivas, sobre las cuales Mifarma no ha acreditado que le hayan generado una situación gravosa o que constituyan abuso. El Código del Consumidor establece en el artículo 105 que el Indecopi (se entiende mediante sus órganos resolutivos, entre los cuales se encuentra la Sala Especializada en Protección al Consumidor) es la autoridad con competencia para imponer sanciones y medidas correctivas complementarias, las cuales, conforme al segundo párrafo del artículo 114 del Código del Consumidor se pueden dictar de oficio.

El artículo 116 del referido código también establece que las medidas complementarias, consistentes en avisos rectificatorios o informativos que determine

Indecopi se dictan en la forma que se determine por la Administración, con la finalidad de que sean idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ocasionó.

En virtud a lo expuesto, no se aprecia fundamentos fácticos ni jurídicos para amparar los agravios de la apelante sobre los puntos mencionados y corresponde desestimar los agravios planteados para solicitar la nulidad de la sentencia de grado.

OCTAVO: Como pretensión impugnatoria subordinada, al haber sido desestimada la pretensión impugnatoria principal, corresponde pronunciarnos respecto al pedido de revocación de la sentencia.

En sus agravios Mifarma reiteró para solicitar la revocatoria que Indecopi vulneró el principio de legalidad (debido a que había actuado sin base legal para sancionarla), que se vulneró el principio de tipicidad, el principio de predictibilidad y la prohibición de reforma en peor. Estos argumentos han sido desestimados previamente en los considerandos anteriores de esta resolución, por tanto, corresponde ocuparnos de los demás agravios.

De acuerdo a Mifarma se vulneró el derecho a la debida motivación debido a que correspondía que el juzgado evalúe la existencia de responsabilidad subjetiva. Así refirió que, desde su punto de vista, Indecopi no fundamentó si actuó con dolo o culpa al cometer las tipificaciones imputadas. Al respecto, corresponde indicar que, dentro del procedimiento de protección al consumidor, no se ha previsto que la Administración evalúe la existencia de dolo o culpa (principio de culpabilidad) al imponer la sanción. En el artículo 104 se establece respecto a la responsabilidad administrativa que, el proveedor es responsable por cualquier infracción establecida en el código y demás normas complementarias de protección al consumidor respecto de productos o servicios determinados. Para ser exonerado de responsabilidad corresponde que acredite una causa objetiva, justificada y no previsible que configure la ruptura del nexo causal por caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o del propio consumidor. El Código del Consumidor entre sus disposiciones no establece que corresponda evaluarse el dolo o culpa en la conducta del proveedor, por consiguiente, no corresponde amparar los agravios de la apelante que pretenden que se efectúe dicho análisis.

Al extremo de los agravios de la apelante referidos a que la medida correctiva impuesta vulneró la proscripción de arbitrariedad porque la orden del Indecopi no estableció plazo para su aplicación, el Tribunal Constitucional ha establecido que el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones judiciales no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se deriven del caso¹.

Se aprecia de las Resoluciones 1950-2021/SPC-INDECOPI y 1951-2021/SPC-INDECOPI la Sala del Indecopi dictó medidas correctivas consistentes en:

1. Que se adecúe en 15 días hábiles de notificadas las resoluciones las estrategias comerciales para facilitar la adquisición de productos farmacéuticos genéricos por unidad en sus establecimientos, cumpliendo con las exigencias sectoriales correspondientes.
2. Que en el plazo de 2 meses desde notificadas las resoluciones capacite sobre prevención de prácticas abusivas en el sector farmacéutico a su personal, principalmente a los involucrados con la implementación y ejecución de estrategias comerciales de sus productos. Debiendo la capacitación reflejar el involucramiento de los directivos de la empresa y contar con mecanismos de registro de asistentes y evaluación de los contenidos impartidos.
3. Que en el plazo de 15 días hábiles de notificadas las resoluciones de la Sala se coloque de forma permanente el cartel con el mensaje de que en el establecimiento farmacéutico se expende productos farmacéuticos genéricos de forma fraccionada o por unidades.

Las medidas correctivas complementarias detalladas tienen por finalidad prevenir que la infracción se produzca nuevamente y se enmarcan dentro de lo establecido en el artículo 116 del Código del Consumidor. La apelante ha señalado que el cumplimiento de las medidas correctivas en cuestión, por ser permanentes, le generarían carga excesiva e irrazonable, pero dicha afirmación no ha sido acompañada de sustento a fin de corroborar lo afirmado. Por consiguiente, corresponde desestimar sus agravios al respecto.

NOVENO: La apelante también cuestionó en sus agravios contra la sentencia de grado que considera no haber vulnerado el deber de información establecido en los

¹ Véase numeral 10 de la sentencia del expediente 1363-2013-AA disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/01363-2013-AA.html>

artículos 1.1 literal b y artículo 2 del Código del Consumidor, porque el hecho de que el medicamento Naproxeno se encuentre dentro de los almacenes de Mifarma no quiere decir que dicho producto se comercializaba. No existe mandato legal que obligue a venderlo, Mifarma tenía libertad para ponerlo a disposición de los consumidores o no. En consecuencia, no se infringió el deber de información.

Respecto a lo detallado en el párrafo precedente, en la Resolución 1950-2021/SPC-INDECOPI se determinó que Mifarma vulneró el deber de información porque:

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.

Adicionalmente porque no obstante haber informado durante la supervisión realizada en su establecimiento de Mifarma ubicado en la avenida Francisco De Zela 1401, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima que no tenían el producto farmacéutico mencionado, de la revisión de la lista de precios para el consumidor que el personal del Indecopi visualizó el día de la inspección, encontró que el medicamento denominado Naproxeno 550mg sí lo tenía en stock para la venta. En consecuencia, se acreditó que no existió información veraz de parte del personal de la farmacia.

La importancia de sancionar la falta de veracidad de la información en lo detallado se basa en que al negar que tenían Naproxeno 550mg, el cual es el producto genérico, los consumidores tendrían que adquirir el mismo medicamento, pero que tenga marca.

El hecho de que tenga libertad empresarial o que no exista una ley que obligue directamente a las farmacias a vender el mencionado medicamento, no es un argumento que permita considerar que no existió infracción al deber de información establecido en los artículos 1 y 2 del Código del Consumidor. Por tanto, debemos desestimar los agravios presentados al respecto.

DÉCIMO: En sus agravios para sustentar la revocatoria de la sentencia, Mifarma reiteró que considera no haber vulnerado el artículo 57 del Código del Consumidor porque la situación de desventaja de parte del consumidor; analizada por el Indecopi

era superficial y pretendía abarcar todas las transacciones de medicamentos genéricos sin desarrollar el estado de necesidad y urgencia del consumidor en relación con los productos fiscalizados. De acuerdo a la apelante, los medicamentos fiscalizados (Amoxicilina, Naproxeno y Losartán) no cubren necesidades apremiantes de los consumidores o pacientes, sino cubren cuadros de salud comunes, de menor impacto y cuentan con medicamentos sustitutos. Se debió diferenciar entre consumidores que busque medicamentos que podrían resultar esencial para su vida y aquellos que compren paracetamol. Refirió también la apelante que no existió una situación de aprovechamiento de la supuesta desventaja porque considera que Mifarma tiene libertad de determinar el valor de sus productos, lo cual no quedó acreditado. De igual forma la apelante considera no haber impuesto condiciones excesivamente onerosas porque no existió una situación de desventaja, ni aprovechamiento de ninguna situación de desventaja. Por consiguiente, Indecopi no acreditó el cumplimiento de los elementos que constituyen una práctica abusiva, lo cual se ha validado por la sentencia por lo que a criterio de la apelante debería revocarse.

El cuestionamiento realizado por Mifarma en esta instancia respecto a que se debió analizar la características de los medicamentos objeto de la supervisión, porque no eran medicamentos esenciales, dicho argumento no se planteó en la vía administrativa y en aplicación del principio de congruencia, no puede ser analizado.

En cuanto a que Mifarma tenía la libertad de establecer el valor de sus productos, dicho argumento deviene en irrelevante porque lo discutido en el presente caso, no es el valor que le ponía dicho proveedor a los medicamentos, sino, si el hecho de no permitir la venta de medicamentos genéricos de forma fraccionada o por unidad generó afectación a los derechos de los consumidores porque dicha negativa constituía práctica abusiva y si el haberse negado a vender Naproxeno 550 mg, a pesar de que lo tenía en su almacén y en su lista de precios vulneró el derecho a la información.

En consecuencia, al no haber presentado argumentos fácticos ni jurídicos que persuadan a este Colegiado para optar por la revocatoria de la sentencia de grado, corresponde desestimar sus agravios en su integridad y confirmar la resolución apelada que declaró infundada la demanda en todos sus extremos.

III.- DECISIÓN:

Por lo expresado:

CONFIRMARON la sentencia contenida en la resolución nueve, emitida el 27 de marzo de 2023, que declaró infundada la demanda. En los seguidos por Mifama S.A.C. contra Indecopi, sobre nulidad de resolución administrativa. **Notifíquese y devuélvase. -**

VINATEA MEDINA

ROSSELL MERCADO

REYES RAMOS