

# ¿Un remedio peor que la enfermedad? Sobre concentraciones, monopolios y acceso a los medicamentos

**Enrico Huarag Guerrero**

Universidad Ricardo Palma

enrico.huaragg@urp.pe

## RESUMEN

El reciente caso de la compra de Quicorp S.A. (propietarios de la cadena de farmacias Mifarma) por parte de InRetail (propietarios de la cadena de farmacias Inkafarma) ha llevado a plantear la necesidad de una ley de control de fusiones y adquisiciones, a fin de evitar la consolidación de monopolios o de posiciones de dominio en el mercado farmacéutico. No obstante, nuestro ordenamiento no prohíbe los monopolios ni las posiciones de dominio de mercado, y la fusión en mención no representa una posición de dominio de mercado. Por otro lado, si hay motivo de preocupación por la existencia de otro tipo de monopolio, es el representado por las patentes. El presente artículo plantea algunas alternativas de solución a los problemas presentados en el mercado farmacéutico peruano.

**PALABRAS CLAVE:** Monopolio, concentración, competencia, farmacias, patentes.

## Is the remedy worse than the disease? On concentrations, monopolies and access to medicines

## ABSTRACT

The recent case of the purchase of Quicorp S.A. (owners of the chain of pharmacies Mifarma) by InRetail (owners of the chain of pharmacies Inkafarma) has led to raise the need for a law to control mergers and acquisitions, in order to avoid the consolidation of monopolies or positions of domain in the pharmaceutical market. However, our legal system does not prohibit monopolies or market dominance positions, and the aforementioned merger does not represent a position of market dominance. On the other hand, if there is cause for concern about the existence of another type of monopoly, the one represented by the patents. This article points out some alternative solutions to the problems that have arisen in the Peruvian pharmaceutical market.

**KEYWORDS:** Monopoly, concentration, competition, pharmacies, patents.

La reciente compra de la empresa Quicorp S.A. (propietaria de las cadenas MiFarma, Boticas Arcángel, Boticas BTL y FASA) por parte de su principal competidor InRetail (propietaria de la cadena de farmacias Inkafarma) han puesto sobre el tapete la creciente concentración en el mercado de los medicamentos. Varios legisladores han propuesto la implementación de una necesaria norma que regule la fusión de empresas en el Perú, a fin de evitar un monopolio que pueda encarecer los precios de los medicamentos y, de esta manera, restringir el acceso a los mismos por parte de una gran parte de la población. No obstante, un análisis desapasionado de este tema nos lleva a prever que el remedio propuesto no solo no resolverá el problema del acceso a los medicamentos, sino que incluso será perjudicial para los consumidores.

Esto sucede porque no se entiende la naturaleza del mercado competitivo, ni el efecto de las diversas formas de intervención del Estado (a través de normas legales, autorizaciones, decisiones judiciales) en los mercados. En este caso, debemos evaluar antes los efectos de estas intervenciones antes de aventurarnos a realizarlas por impulso.

En ese sentido, resulta evidente que, para beneficio de proveedores y consumidores, un mercado de libre competencia es el ideal, en tanto que permite la satisfacción de ambos intereses. Los monopolios son, en principio, la negación de la competencia pues, en un mercado en el que solo hay un proveedor, no existen los incentivos creados por los competidores para mejorar el precio y la calidad de los productos a fin de ganar la preferencia de los consumidores.

Pero los monopolios, en tanto un único proveedor en el mercado, suelen ser muy raros. Salvo en el caso de los denominados monopolios naturales (en los que la eficiencia económica hace que la existencia de un único proveedor sea lo más eficiente, como en el caso de las economías de red) y monopolios legales (donde la norma legal establece un monopolio en favor de una empresa o un particular, estableciendo así una barrera infranqueable de acceso al mercado), los monopolios no suelen mantenerse por demasiado tiempo en el mercado.

En cambio, sí son mucho más frecuentes las empresas que, sin llegar a ser los únicos proveedores de bienes o servicios en un mercado, concentran un porcentaje importante del mismo, lo que les otorga la capacidad de imponer precios y condiciones de mercado. Se dice que estas empresas ostentan una posición de dominio de mercado. Y, en gran medida, en la práctica este tipo de empresas se comporta en el mercado como si fueran monopolios. Por esta razón, nuestro análisis respecto a los monopolios se extiende a las empresas con posición dominante en el mercado.

Uno de los temores más extendidos en relación con los monopolios y las empresas que exhiben una posición de dominio de mercado es que tengan la tendencia a subir los precios de los productos o servicios que ofrecen. Y este temor se vuelve mayor cuando hablamos de productos esenciales como los medicamentos.

No obstante, debemos preguntarnos: ¿tienen los monopolios los incentivos necesarios para incrementar los precios de los productos o servicios que ofrecen sin poner en riesgo su posición monopólica? La respuesta es negativa. Ello se debe a que, en los mercados potencialmente competitivos, el precio funciona no solo como asignador de bienes y recursos en el mercado, sino también como el principal señalizador de la escasez de productos o servicios en el mercado (Ruiz D., 2011).

En efecto, un precio alto señala que en un mercado hacen falta oferentes de bienes o servicios. El precio alto hace que los oferentes se dirijan a brindar bienes o servicios en ese mercado bajo el señuelo de las ganancias. Cuando hay suficientes oferentes, el precio de los productos o servicios vuelve a su nivel de equilibrio. Cuando hay exceso de oferentes, el precio baja y se convierte en incentivo para que los oferentes menos eficientes abandonen el mercado, sea a través de una quiebra o dedicándose a otra actividad económica que les resulte más rentable. Nuevamente, una vez eliminado el exceso de oferentes, el precio vuelve a su nivel de equilibrio.

De esta manera, en un mercado potencialmente competitivo, el precio regula la oferta en el mercado. En el caso de los monopolios, al no tener competidores, pueden verse tentados a subir los precios. Pero, salvo que estemos ante monopolios legales o naturales, el precio alto se vuelve incentivo para que ingresen al mercado nuevos proveedores, que competirán en calidad o precio con el antiguo monopolista, quitándole cuotas de mercado y haciéndole perder su posición monopólica o poniendo en riesgo su posición de dominio de mercado. De esta manera, cuando un monopolio eleva los precios de los productos o servicios que ofrece en el mercado, siembra las semillas de su propia destrucción. Y esa resulta una muy mala estrategia.

De hecho, el objetivo de los monopolios es evitar la presencia de competidores y, de este modo, consolidar su poder de mercado. Y la estrategia más usual en estos casos no es la subida de precio, sino por el contrario mantener los precios bajos, así sea de manera artificial, a fin de eliminar los incentivos a los posibles competidores para ingresar a ese mercado: los llamados precios predatorios. Pero la utilización de precios predatorios no es la única estrategia para lograr evitar el acceso de potenciales competidores al mercado. Existen otras conductas que tienen la misma finalidad, como son: la negativa injustificada a contratar, la negativa de acceso a facilidades esenciales para operar en un mercado, etc.

Estos dos tipos de prácticas pueden clasificarse, respectivamente, como *prácticas explotativas* y *prácticas exclusorias*. En las prácticas explotativas, el monopolista o la empresa que muestre una posición de dominio ejerce su poder de mercado para extraer el excedente de los consumidores, sea elevando los precios por encima del equilibrio de mercado o disminuyendo los niveles de producción. Por su parte, con las prácticas exclusorias, el monopolista o la empresa que exhiba una posición de dominio busca afectar

a sus competidores, sean estos actuales o potenciales, dificultando su permanencia o ingreso al mercado (Gagliuffi Piercechi, 2011).

Si nos atenemos a la lógica de mercado del monopolista enunciada en los párrafos anteriores, entenderemos por qué la mayoría de las legislaciones de libre competencia (entre ellas, la nuestra) prohíben las prácticas exclusorias mas no las explotativas. Las prácticas explotativas llevan al ingreso de nuevos competidores y, por tanto, al fin del monopolio y a la generación de un mercado competitivo. Por el contrario, las prácticas exclusorias consolidan el monopolio y alejan toda posibilidad de un mercado competitivo.

Por esta razón, aun cuando en el mercado farmacéutico se consolidase un monopolio o, en su defecto, una empresa que ostente una posición de dominio de mercado, nuestra preocupación no debería ser un aumento en los precios ni una disminución de los niveles de producción de los medicamentos, sino la aplicación de conductas exclusorias.

### **¿Por qué la Constitución no prohíbe los monopolios?**

Una de las falacias más comunes es afirmar que la Constitución Política del Perú prohíbe los monopolios. Esta proviene de una mala lectura e interpretación del texto constitucional.

En efecto, el artículo 63 de la Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

Artículo 61.- Libre competencia

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

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Nótese claramente que lo que la Constitución le prohíbe a una empresa mostrar una posición monopólica o de dominio. Lo que se prohíbe es el abuso de dicha posición. El desarrollo legislativo, a través del Decreto Legislativo N.º 1034 (Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas), define los supuestos en los cuales se produce dicho abuso.

Hay, no obstante, tres situaciones excepcionales en las cuales la Constitución prohíbe los monopolios, a saber:

- a) los monopolios legales;
- b) los monopolios establecidos por la concertación o colusión entre dos o más competidores; y
- c) los monopolios sobre los medios de expresión y comunicación social.

En el primer caso, si la ley no puede establecer un monopolio, mucho menos podrá hacerlo un reglamento, acto o contrato administrativo, lo que obliga a observar un deber de cuidado a las autoridades legislativas y administrativas al momento de ejercer sus competencias. Sin embargo, no estarían prohibidos por la Constitución aquellos monopolios legales que cumplen dos presupuestos: (i) que en el mercado no sea posible la competencia (lo que ocurre cuando hay un monopolio natural); y (ii) que exista competencia por el mercado (a través de una licitación o concurso público) al momento de asignar la exclusividad (Gómez Apac, 2008).

En el segundo caso, lo que busca la ley es que los agentes económicos que actúan como proveedores en un mercado competitivo compitan efectivamente entre sí y no se coludan para afectar, falsear o restringir el proceso competitivo, de manera que se proteja la libre competencia y sus beneficios. Por ello, se consideran conductas anti-competitivas sancionables los acuerdos colusorios, tanto verticales como horizontales. Como bien señala Ivo Gagliuffi:

(...) la libre competencia comprende dos premisas elementales: la primera consiste en que todas las personas tienen el derecho de competir, concurriendo en el mercado para ofertar sus productos o servicios, en base a la libertad de empresa consagrada constitucionalmente; la segunda consiste en que todos los agentes económicos que concurren en el mercado tienen el deber de competir, esto es, desarrollar sus actividades económicas de manera independiente y sin restringir, limitar o distorsionar el mercado, mediante actos o conductas anticompetitivas. (Gagliuffi Piercechi, 2011)

En el tercer caso, la Constitución no solo prohíbe el monopolio, sino también la exclusividad y el acaparamiento sobre los medios de expresión y comunicación social (prensa, radio, televisión, etc.), sea por parte de particulares o del Estado. Esto se hace para garantizar los derechos fundamentales de libertad de expresión y comunicación.

Salvo las situaciones excepcionales señaladas en párrafos anteriores, la ley tampoco prohíbe los monopolios ni las posiciones de dominio de mercado. Como bien señala el numeral 7.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que señala expresamente que “*la sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.*”

Cabe preguntarse por qué, si lo que se busca es un proceso competitivo, la Constitución ni la ley prohíben los monopolios. Lo que sucede es que, en un mercado competitivo, los monopolios pueden surgir como resultado de dicho proceso cuando uno de los competido-

res ha derrotado a sus rivales al alcanzar una mayor eficiencia competitiva. Así pues, carecería de sentido sancionar a una empresa que ha logrado obtener una posición monopólica o una posición de dominio de mercado. El sistema de libre competencia busca incentivar que los agentes económicos compitan entre sí por las preferencias de los consumidores. Resultaría, entonces, por lo menos contradictorio que se sancione a aquellos agentes económicos que, en un proceso competitivo, triunfen sobre sus competidores al desarrollar de manera más eficiente sus procesos competitivos. En ese sentido, incluso autores como Juan Francisco Rojas tienen que admitir que:

Nuestro marco constitucional no prohíbe ni sanciona obtener la posición de dominio, hacerlo sería una contradicción con el sistema de libre competencia, en tanto, precisamente, en un sistema competitivo, la eficiencia económica determina que triunfen los agentes que desarrollen mejor sus procesos productivos. La sanción es únicamente al ejercicio abusivo de una condición de mercado obtenida válidamente. La figura se asemeja directamente al abuso del derecho, es decir, a aquella situación por la que del ejercicio regular de un derecho se genera una conducta que daña a otro y da lugar a una indemnización. (Rojas Leo, 2005)

De hecho, la idea de que un proveedor pueda derrotar a sus competidores y así adquirir una posición monopólica o dominante en el mercado es lo que crea incentivos para innovar en sus productos, o bien invertir para generar procesos más eficientes que le permitan reducir sus precios o aumentar la calidad de sus productos. Todas estas acciones están destinadas a captar las preferencias de los consumidores y así quitar a los rivales participación en el mercado, obligándolos a salir de este. Y ello redundaría en favor de los consumidores, que se ven beneficiados con mejores productos, mejor calidad o menores precios. Proscribir los monopolios eliminarían en gran medida esos incentivos, como bien señala Bullard:

Si alguna vez se preguntan qué ha soñado un empresario el día que amanece con una sonrisa en los labios, les dirá que soñó que tenía un monopolio. Ese sueño impulsa toda la actividad económica porque crea los incentivos para reducir costos, innovar e invertir. Todas las acciones de una empresa están orientadas por quitarles participación a sus competidores, aumentar sus ventas y eventualmente quedarse solos en el mercado o con pocos acompañantes. Pero si a ese empresario las políticas de competencia le dicen que será perseguido por el solo hecho de ser un monopolio, entonces el resultado será que sus incentivos para ser más eficiente, para captar las preferencias de los consumidores disminuyen. (Bullard González, 2006)

Por tanto, al ser producto de los mercados competitivos e incentivos para una mayor competitividad entre sus participantes, debemos desterrar la idea de que los monopolios

o las posiciones de dominio de mercado son fenómenos malos en sí mismos. Muchas veces suelen ser producto de la eficiencia en los procesos productivos o comerciales logrados por las empresas que los muestran. Las economías de escala asociadas a estas empresas les permiten una reducción en sus procesos productivos o un mayor poder de negociación con sus proveedores, lo que revierte en beneficio de los consumidores.

Como se ha señalado, no se sanciona que una empresa exhiba una posición monopólica o de dominio de mercado, sino que abuse de ella en desmedro del proceso competitivo.

## El mercado de los productos farmacéuticos

En el caso del mercado farmacéutico, empresas de mayor tamaño pueden aplicar las ventajas de economías de escala para poder generar una mayor eficiencia en la producción de fármacos, en el caso de la producción de medicamentos. En el de la comercialización de estos, un mayor tamaño implica un mayor poder de negociación con los laboratorios y empresas que producen las medicinas a nivel internacional o al ahorro a través de compra por volúmenes considerables, lo que lleva a brindar productos farmacéuticos en mejores condiciones a los consumidores.

Pero, además, en la industria farmacéutica nacional, la participación de las microempresas adquiere un papel protagónico en el sector manufacturero de medicamentos, constituyendo el 77% del número de empresas en el año 2014, de acuerdo con los datos publicados por el Ministerio de la Producción (Ministerio de la Producción, 2015):

TABLA 1

### **Número de empresas de la industria farmacéutica** Según estrato empresarial, 2014

Tamaño	2007		2014	
	N° de empresas	Participación (%)	N° de empresas	Participación (%)
Microempresa	284	79.3	282	77.0
Pequeña empresa	44	12.3	50	13.7
Mediana empresa	3	0.8	3	0.8
Gran empresa	27	7.5	31	8.5
<b>Total</b>	<b>358</b>	<b>100.0</b>	<b>366</b>	<b>100.0</b>

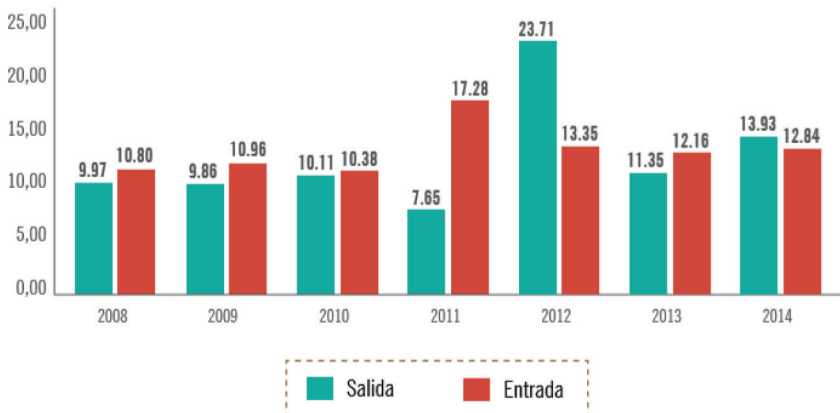
Fuente: SUNAT.  
Elaboración: DEMI - PRODUCE

Otro de los datos que nos proporciona el Ministerio de la Producción nos permite concluir que el mercado farmacéutico en el Perú mantiene unos niveles bastante constantes de entrada y salida de competidores, lo que permite apreciar que no hay realmente demasiadas barreras de entrada a este mercado. En consecuencia, los proveedores pueden fácilmente ingresar al mercado farmacéutico si se produjese un incremento de precios que vuelvan atractivo este mercado.

La salida de mercado de estas empresas es más alta que en la industria en general. Ello se explicaría por encontrarnos en un sector con productos muy especializados que requieren una inversión importante en innovación, investigación y constante inversión para competir con los productos importados (Ministerio de la Producción, 2015):

GRÁFICO 1

### Tasa de entrada y salida de la industria farmacéutica, 2008 - 2014



Fuente: SUNAT 2007-2014.  
Elaboración: DEMI - PRODUCE

Si nos enfocamos en la comercialización de medicamentos, nos encontramos con que el papel de las microempresas es aún mayor, representando el 96.9% del total de empresas a nivel nacional. Se trata de empresas que compran medicamentos a grandes distribuidoras y venden posteriormente en boticas de su propiedad. Las empresas grandes (cadenas de boticas y farmacias) representan, a pesar de contar con establecimientos con presencia a nivel nacional y tienen una participación residual en cuanto al número de empresas (Ministerio de la Producción, 2015):



TABLA 2

 **Comercio de productos farmacéuticos**  
Según tamaño de empresas, 2008 - 2014

Tamaño	2008		2014	
	N° de empresas	Participación (%)	N° de empresas	Participación (%)
Microempresa	13,262	96.7	17,880	96.9
Pequeña empresa	408	3.0	521	2.8
Mediana empresa	14	0.1	15	0.1
Gran empresa	33	0.2	44	0.2
<b>Total</b>	<b>13,717</b>	<b>100.0</b>	<b>18,460</b>	<b>100.0</b>

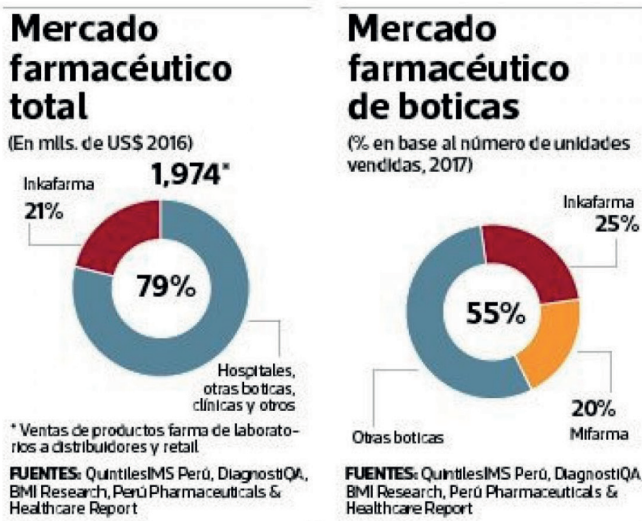
Fuente: Sunat 2014  
Elaboración: DEMI - PRODUCE

Esto nos permite concluir que, a pesar de la presencia en el mercado de las cadenas de boticas y farmacias, hay todavía un considerable número de boticas y farmacias independientes que pueden competir en el mismo mercado.

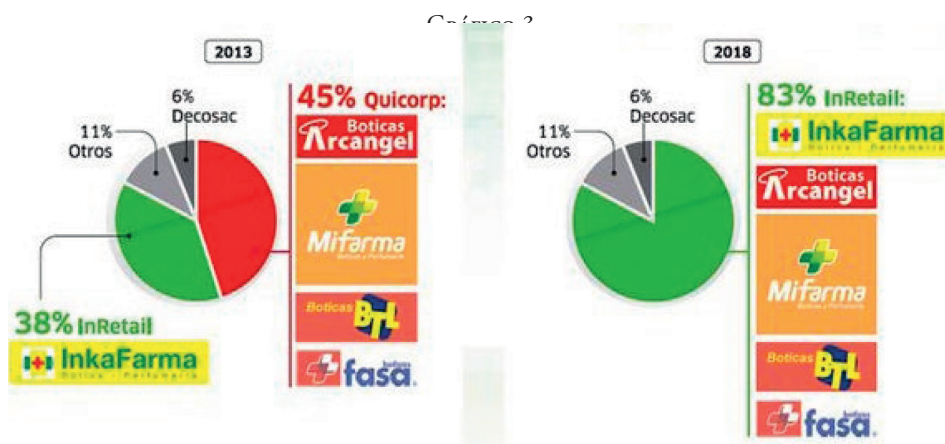
Pero resulta evidente que el número de empresas no nos da una visión completa del mercado de los productos farmacéuticos. Para ello debemos recurrir a los datos relacionados a las ventas totales de medicamentos, tanto en cantidad de dinero como en unidades de medicamentos vendidas.

De acuerdo con los datos publicados por el diario *Gestión* sobre las ventas de productos farmacéuticos a distribuidores y al sector retail, vemos que la principal cadena de farmacias, Inkafarma, se hacía del 21%, mientras que el otro 79% era adquirido por hospitales, clínicas y otras farmacias y boticas. Por otro lado, teniendo en consideración el número de unidades vendidas, las dos principales cadenas (Inkafarma y Mifarma, protagonistas de la fusión) solo alcanzan el 45% del mercado de las boticas (retail) (Redacción Gestión, 2018):

GRÁFICO 2



Sin embargo, estas cifras las debemos contrastar con otras que nos indican que la participación de InRetail en el denominado canal moderno (cadenas de farmacias) tras la adquisición de Quicorp, como la que nos presenta el diario La República. De acuerdo con esto, InRetail alcanzaría una participación del 83% de las cadenas de farmacias (La República, 2018):



Si consolidamos todos los datos brindados, podemos extraer algunas conclusiones interesantes. La primera es que el sector retail no es el único que abastece de medicamentos a los peruanos, sino que hay una participación importante del sector estatal

(ESSALUD, Ministerio de Salud) de medicinas para hospitales, postas de salud. Otros actores del sector privado, distinto al retail, también participan, como las clínicas privadas y los seguros. De hecho, de acuerdo con información brindada por DIGEMID, al 2014, el mercado de medicamentos en el Perú se estructuraba en dólares de esta manera: retail (57,7%), marcas propias (5,3%), hospitales públicos (26,9%) y clínicas privadas (8,3%) (Guzmán Coral, 2014).

Pero, además, no podemos asumir que todo el sector retail se encuentre conformado solamente por cadenas de farmacias (canal moderno), sino que además incluye al resto de boticas y farmacias (canal tradicional). Ambos forman parte del canal retail, y de acuerdo a los datos brindados por Semana Económica, aun poseyendo el 85 – 95% de las cadenas de farmacias, InRetail tendría entre el 50 – 60% del volumen de ventas minoristas en el sector retail (Ysla & Altamirano, 2018). De esta manera, aunque InRetail concentrara el 60% del mercado y asumiendo que el sector retail concentra el 60% de las ventas de medicamentos en el Perú, solo concentraría el 36% del mercado de los medicamentos.

Una participación del 36% de un mercado relevante -en este caso, del abastecimiento de medicamentos en el mercado nacional- no constituye, ni de lejos, una posición de dominio del mercado, ni menos aún una posición monopólica. Aun cuando hubiese existido una ley de control de fusiones, esta no hubiese sido aplicable a este caso. Si InRetail no tiene una posición de dominio de mercado, entonces carece de sentido y de contemplar la posibilidad de realizar conductas de abuso de posición dominante.

### **¿Prevenir mejor que lamentar?**

La compra de Quicorp por parte de InRetail llevó a que varios legisladores propusieran distintas propuestas, algunas más absurdas que otras, que van desde un proyecto de ley que nos devuelve al control de precios de la década de 1980 (RPP, 2018) -en abierta contravención con los artículos 58, 61 y 62 de la Constitución- hasta un proyecto de ley de control previo de fusiones para evitar las concentraciones (Romainville Izaguirre, 2018).

Podemos preguntarnos si resultaría eficiente para la economía peruana implementar una ley de control previo de fusiones. En realidad, existen distintas razones para evitar, en una economía como la peruana, un control de fusiones.

La primera de ella tiene relación con el tamaño de nuestra economía. Vivimos en un mundo cada vez más integrado económicamente, en donde los mercados locales pierden cada vez más importancia en favor de mercados internacionales. Las empresas peruanas siguen siendo demasiado pequeñas para competir no solo a nivel internacional, sino también comparadas con otras de la región (como las empresas chilenas,

brasileñas, argentinas o colombianas). El control previo de fusiones, en función de un análisis de la competencia en el mercado interno, no permitiría las acciones necesarias para el desarrollo de economías de escala de las empresas, de manera que pudiesen competir en el mercado regional y global.

La segunda razón tiene que ver con el costo que implica tener una agencia que realice todos los estudios necesarios para determinar (de manera estimada y sin certeza alguna, por cierto) si una fusión afectará o no la competencia en el mercado. Ello implica que, para los pocos casos de fusiones que se presentan anualmente, se debería gastar recursos que contribuirían a potenciar otras actividades para fomentar la competencia. Aunque le asignemos esa función a una agencia ya existente, como el Indecopi, se necesitaría un presupuesto adicional de por lo menos 5 millones de soles. Además, habría que establecer umbrales cuantitativos altos de las fusiones a ser analizadas, lo que de por sí no garantizaría el estudio del efecto real en el mercado (*El Comercio*, 2018).

Finalmente, hay que tener en consideración que la información con que se cuenta para poder determinar el posible efecto de una fusión en el proceso competitivo es muy poca para poder realizar un cálculo certero. A diferencia de los controles ex post realizados por el Indecopi sancionando las conductas colusorias y de abuso de posición de dominio, en los que se tiene certeza de la infracción y existe información real para determinar los efectos sobre el mercado, en el caso de los controles ex ante como en el control previo de fusiones se trabaja sobre aproximaciones, estimaciones. El resultado es un albur, que es más proclive al error que el control ex post. Y el error cuesta eficiencia y puede ser irreparable, como bien señala Bullard:

Adicionalmente, debemos considerar que, en el campo de la regulación antimonopólica, debe aplicarse un principio según el cual, en caso de duda sobre el carácter perjudicial de una práctica, debe preferirse la no intervención. Ello porque si se comete un error, probablemente se estará destruyendo eficiencia, y la pérdida producida por la intervención será irreparable. Por el contrario, si no se sanciona una conducta por tenerse dudas sobre su carácter anticompetitivo, el error puede ser corregido por las fuerzas de mercado y los incentivos que las mueven. (Bullard González, 2006)

Así pues, dados sus efectos irreparables y poco precisos, el control previo de fusiones no resulta eficiente en nuestro sistema de defensa de la competencia.

## ¿Y los monopolios legales?

Quizás el principal problema para el abastecimiento de medicamentos en el Perú no se deba a la amenaza de un inexistente monopolio resultado de las acciones de las empresas locales. Aun cuando estas empresas lograsen en algún momento consolidar una posición monopolística o de dominio de mercado, no podrían subir sus precios de manera excesiva sin que pudiesen ingresar al mercado más competidores que pusiesen en riesgo dicha posición.

No obstante, en el campo farmacéutico sí existen monopolios que pueden modificar arbitrariamente el precio de los productos y no existe la posibilidad de competir con ellos, a saber, los monopolios legales temporales denominados patentes. En efecto, las patentes son derechos de exclusividad que se otorgan a un inventor por un periodo de veinte años, de manera tal que, durante ese periodo de tiempo, el titular de la patente mantiene un monopolio sobre todos los actos de explotación de los inventos como compensación por los esfuerzos y recursos invertidos en la invención y como incentivo para seguir innovando. En el campo de los fármacos, permiten incentivar inversiones muy grandes por parte de los laboratorios, desarrollando así nuevos fármacos y, mediante la explotación comercial de estos, recuperar su inversión.

El problema de las patentes sobre medicamentos es el mismo que plantea cualquier monopolio legal. No por nada el monopolio legal ha sido descrito como el más tirano y el más impune de los monopolios (Gómez Apac, 2008).

Y es que, a diferencia de los monopolios que se desarrollan en un mercado de competencia, no hay posibilidad alguna de competir. La ley que otorga un monopolio legal persigue y sanciona a quien ose competir con este (mediante la tipificación de infracciones al derecho de patentes, por ejemplo). De esta manera, el titular de una patente sobre un fármaco tiene todos los incentivos para subir el precio de sus productos sin que ello ponga en riesgo su monopolio.

Un caso emblemático es el del medicamento conocido como *Duraprim*, un medicamento para la toxoplasmosis. La empresa Turing Pharmaceuticals adquirió los derechos de patente sobre este medicamento y decidió subir el precio de cada pastilla de este en un 5000%, subiendo de US\$ 13,50 a US\$ 750,00. El costo de producción de cada pastilla es de solamente US\$ 1,00 (BBC Mundo, 2015), pero ninguna empresa puede ingresar a producir medicamentos genéricos que compitan con el patentado hasta que expire la patente.

Vemos entonces que las conductas explotativas no solo no ponen riesgo a los titulares de las patentes, sino que se encuentran protegidos por el marco jurídico de la propiedad intelectual. Frente a esto, medicamentos de primera necesidad, utilizados para atender problemas de salud pública, dependen del precio que quieran establecer los laboratorios que producen estos medicamentos, sin tener competencia en el mercado. Esto ha planteado problemas para el abastecimiento de medicamentos que apunten al tratamiento del cáncer, del sida o de la tuberculosis resistente.

## ¿Cómo facilitar el acceso a los medicamentos en Perú? Apuntes para una agenda pendiente

El problema planteado por las conductas explotativas de los laboratorios titularidades de las patentes para atender situaciones de interés público de los estados ante problemas de salud pública ha sido ya contemplado por organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización Mundial del Comercio (OMC). Estas organizaciones han considerado excepciones al derecho de los titulares de patentes para atender los problemas de salud pública.

Uno de los casos más interesantes de excepciones al sistema de patentes está dado por las licencias obligatorias (*compulsory licences*). Consisten en el permiso que da un gobierno para producir un producto patentado o utilizar un procedimiento patentado sin el consentimiento del titular de la patente. El producto genérico se produce para el mercado interno, no para exportación, y el titular de la patente recibe una remuneración adecuada según las circunstancias propias de cada caso.

Las licencias obligatorias fueron desarrolladas desde 1995, en el Acuerdo sobre los ADPIC (Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio) de la Organización Mundial del Comercio (OMC). En 2001, la Conferencia Ministerial de Doha permitió que los países que no lograron fabricar los productos farmacéuticos pudiesen obtener copias más baratas en otro lugar, si fuese necesario.

Uno de los casos más importantes respecto a estas excepciones viene dada por el precio del antirretroviral *Atazanavir*, fabricado por la farmacéutica BMS, cuya patente expira recién en 2019. Es un medicamento indispensable para el tratamiento del SIDA, que tiene en el Perú uno de los precios más altos de la región, tanto en el sector público como retail. Hasta 2014, el Ministerio de Salud pagaba S/ 39,24 por pastilla. En 2015, el Ministerio de Salud presentó una solicitud para declarar de interés público la compra de dicho medicamento y así usar la licencia obligatoria. El pedido tuvo la oposición del Ministerio de Economía, el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo. A través de una negociación directa, el Ministerio de Salud logró que BMS rebajara el precio a S/ 18,96. No obstante, el precio sigue siendo muy alto si lo comparamos con países como Bolivia, que ha otorgado una licencia obligatoria sobre este medicamento, cuyo genérico se comercializa a un equivalente de S/ 1,40 (Defensoría del Pueblo, 2017).

Otras excepciones están ligadas a las importaciones paralelas y las excepciones por prácticas anticompetitivas. En el primer caso, implica la importación y reventa en un país, sin el consentimiento del titular de la patente, de un producto patentado que ha sido puesto en el mercado del país exportador por el titular de la patente o de otra manera legítima. En el segundo caso, las políticas y normas sobre competencia permi-

ten reglamentar los abusos potenciales de los derechos de patente y complementar las limitaciones propias de las patentes.

Este tipo de flexibilidades atenúan los perjuicios que puede generar las conductas explotativas de patentes por parte de sus titulares, aunque requieren de una decisiva colaboración entre el Estado, la Academia y la Industria en los países que puedan hacer uso de ellas, cosas de las que suelen carecer los países menos adelantados.

Finalmente, también se debe potenciar el uso de medicamentos genéricos y equivalentes por parte de la población. En estos, al no existir una patente vigente que genere un monopolio legal, el precio se rige por la competencia entre las empresas proveedoras, desde las que ofrecen los genéricos fabricados como tales hasta los medicamentos de marca. Por ejemplo, de acuerdo a los datos obtenidos del Observatorio de Precio de la Dirección General de Medicamentos Insumos y Drogas (DIGEMID) del Ministerio de Salud (<http://observatorio.digemid.minsa.gob.pe>), el antiinflamatorio *Naproxeno*, que puede encontrarse en las farmacias peruanas como *Naproxeno 550 mg* desde S/ 11,20 (caja de 100 unidades) o llegar a encontrarlo bajo la marca *Aflamax 550 mg* al precio de S/ 170,00 (caja de 90 unidades). Hay una diferencia de más de 1500% para medicamentos que tienen el mismo principio activo y además son bioequivalentes.

Fomentar el uso de medicamentos genéricos es una buena alternativa para facilitar el acceso de los medicamentos a la población. Pero para ello debe brindarse información a los consumidores sobre el principio activo, los medicamentos genéricos disponibles, los establecimientos donde adquirirlos y los precios de estos. En ese sentido, la implementación del Observatorio de Precios del DIGEMID ha sido una buena iniciativa, pero no ha sido promocionada de manera suficiente.

## Referencias

- BBC MUNDO (23 de setiembre de 2015). La ira por el medicamento de US\$13,50 que pasó a costar US\$750. *BBC.com*. Obtenido de BBC Mundo.com: [http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/09/150922\\_salud\\_subida\\_precio\\_droga\\_daraprim\\_ig](http://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/09/150922_salud_subida_precio_droga_daraprim_ig)
- BULLARD GONZÁLEZ, A. (2006). *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. (Segunda ed.). Lima: Palestra Editores.
- DEFENSORÍA DEL PUEBLO (8 de Mayo de 2017). *Informe de Adjuntía N° 14-2017-DP/AAE*. Obtenido de Defensoría del Pueblo: <http://www.defensoria.gob.pe/modules/Downloads/informes/varios/2017/Informe-de-Adjuntia-014-2017-DP-AAE.pdf>
- EL COMERCIO (30 de Enero de 2018). Indecopi necesitaría S/5 mlls. más para control de fusiones. *ElComercio.pe*. Obtenido de <https://elcomercio.pe/economia/peru/indecopi-requerira-s-5-millones-controlar-fusiones-noticia-493252>

- FALLA JARA, A., & Drago Alfaro, M. (2012). Unas de cal y otras de arena. Aplicación de la Ley de Competencia durante 2011. *Ius et Veritas*(44), 158-182.
- GAGLIUFFI PIERCECHI, I. (2011). La evaluación de las conductas anticompetitivas bajo la regla per se y la regla de la razón. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, 7(12), 139-162.
- GÓMEZ APAC, H. (2008). Nuevos desafíos para la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi: los monopolios legales sustentados en contratos de concesión. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, 5(8), 37-57.
- GUZMÁN CORAL, F. (2014). «Gestión Farmacéutica (presentación)». Obtenido de Digemid: [http://www.digemid.minsa.gob.pe/Upload/UpLoaded/PPT/URM/Reunion\\_Tecnica/V\\_Reunion/Dia1/Gestion\\_Farmacaceutica.pdf](http://www.digemid.minsa.gob.pe/Upload/UpLoaded/PPT/URM/Reunion_Tecnica/V_Reunion/Dia1/Gestion_Farmacaceutica.pdf)
- LA REPÚBLICA (27 de enero de 2018). *La República.pe*. Obtenido de <https://larepublica.pe/economia/1176287-nuevo-monopolio-en-el-sector-farmacutico-en-un-peru-que-no-tiene-ley>
- MINISTERIO DE LA PRODUCCIÓN (2015). *Industria Farmacéutica. Estudio de investigación sectorial*. Lima: Ministerio de la Producción.
- REDACCIÓN GESTIÓN (29 de enero de 2018). Inkafarma: “Con Mifarma tendríamos 2,245 farmacias y el 18% de las boticas en Perú”. *Gestión*. Obtenido de <https://gestion.pe/economia/empresas/inkafarma-mifarma-tendriamos-2-245-farmacias-18-boticas-peru-225983>
- ROJAS LEO, J. (2005). El abuso de la posición de dominio en el mercado de la legislación nacional. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, 1(1), 83-110.
- ROMAINVILLE IZAGUIRRE, M. (2018). Control previo de fusiones y adquisiciones cobra relevancia: ley se discutirá en febrero. *Semana Económica*. Obtenido de <http://semanaeconomica.com/article/legal-y-politica/marco-legal/264841-control-previo-de-fusiones-y-adquisiciones-cobra-relevancia-ley-se-discutira-en-febrero/>
- RPP (5 de febrero de 2018). *Velásquez*: «Falta un regulador que establezca el precio máximo de las medicinas básicas». Obtenido de RPP.pe: <http://rpp.pe/economia/economia/velasquez-falta-un-regulador-que-establezca-el-precio-maximo-de-las-medicinas-basicas-noticia-1103367>
- RUIZ D., G. (2011). La nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas: acotando la discrecionalidad de la autoridad de competencia. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*, 7(12), 163-182.
- YSLA, B., & ALTAMIRANO, L. (2018). Inkafarma y Química Suiza: más eficiencia, poder de mercado y riesgo reputacional. *Semana Económica*. Obtenido de <http://semanaeconomica.com/article/sectores-y-empresas/comercio/265219-inkafarma-y-quimica-suiza-mas-eficiencia-poder-de-mercado-y-riesgo-reputacional/>