



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000208

Expediente 007-2012/CLC

Resolución 005-2013/ST-CLC-INDECOPI

3 de junio de 2013

VISTO:

La denuncia interpuesta por TEVA Perú S.A. (en adelante, TEVA) contra Nefro Perú Asociación de Defensa por la Salud Renal (en adelante, Nefro Perú) y Química Suiza S.A. (en adelante, Química Suiza), por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, en el mercado de medicamentos inmunosupresores para el tratamiento post operatorio de pacientes renales; así como las actuaciones previas realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 28 de setiembre de 2012, TEVA denunció la existencia de presuntas conductas anticompetitivas en el mercado de medicamentos inmunosupresores para el tratamiento post operatorio de pacientes renales.
2. En dicha oportunidad, TEVA manifestó lo siguiente:
 - a) Mediante Resoluciones de Presidencia Ejecutiva 366-PE-ESSALUD-2009 y 078-PE-ESSALUD-2010, el Seguro Social de Salud - EsSalud aprobó las exoneraciones 5-2009/ESSALUD/GCL y 3-2010/ESSALUD/GCL, respectivamente, con la finalidad de adquirir de manera directa los medicamentos Neoral y Cellcept¹.
 - b) Dichas exoneraciones fueron aprobadas en cumplimiento de diversas resoluciones judiciales emitidas por el Poder Judicial, las cuales establecieron que ambos medicamentos constitúan bienes sin sustitutos en el mercado y comercializados por un solo proveedor.

¹ El NEORAL y el CELLCEPT son medicamentos denominados inmunosupresores, utilizados principalmente en el tratamiento post operatorio de pacientes con la finalidad de evitar que los órganos o tejidos que les hayan sido transplantados sean rechazados por su organismo.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- c) Sin embargo, tales aseveraciones eran falsas, ya que existen en el mercado otros medicamentos que cumplen las mismas funciones. Uno de ellos es el medicamento Supremunn, comercializado por TEVA. El Supremunn y el Neoral son bioequivalentes ya que están compuestos por el mismo principio activo (ciclosporina). Ello determina que ambos sean sustitutos entre sí y, en consecuencia, idóneos para el tratamiento post operatorio de pacientes renales.
 - d) Según la denuncia, la bioequivalencia entre el Supremunn y el Neoral quedaría demostrada mediante (i) sendos informes elaborados por la *Food and Drugs Administration (FDA)*² de Estados Unidos, en los que se reconocía tal condición a ambos medicamentos, y, (ii) en el propio accionar de EsSalud, ya que durante 2011 esta entidad había adquirido el Supremunn.
 - e) Por otro lado, las resoluciones judiciales mencionadas habían sido emitidas en procesos judiciales iniciados por la asociación Nefro Perú, la cual tendría nexos con la empresa Química Suiza, distribuidora exclusiva de los medicamentos Neoral y Cellcept.
 - f) Dicha vinculación demostraría que las acciones judiciales iniciadas por Nefro Perú tenían como verdadero propósito impedir la adquisición de Supremunn por parte de EsSalud, afectando de esta manera a TEVA.
3. Mediante Carta 324-2012/ST-CLC-INDECOPI del 21 de noviembre de 2012, esta Secretaría Técnica requirió a TEVA, entre otros aspectos, (i) presentar indicios razonables de la existencia de alguna de las conductas anticompetitivas prohibidas y sancionadas por el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; e, (ii) identificar a los presuntos responsables de las conductas denunciadas en su escrito del 28 de setiembre de 2012, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de dicha norma.
 4. El 3 de diciembre de 2012, TEVA cumplió con absolver el requerimiento de información realizado mediante Carta 324-2012/ST-CLC-INDECOPI. En dicha oportunidad, señaló que Química Suiza, a través de las acciones judiciales iniciadas por Nefro Perú, estaría intentando favorecerse mediante la distribución exclusiva de los medicamentos Neoral y Cellcept. En ese sentido, TEVA precisó que su denuncia se encontraba dirigida contra Nefro Perú y Química Suiza por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.
 5. El 18 de diciembre de 2012, TEVA complementó su denuncia y presentó información sobre la relevancia de entidades extranjeras, como la FDA, en la toma de decisiones en el sector farmacéutico.
 6. Mediante Carta 336-2012/ST-CLC-INDECOPI del 26 de diciembre de 2012, esta Secretaría Técnica requirió a Nefro Perú copia de los siguientes documentos:

² La FDA es un organismo adscrito al Departamento de Salud de Estados Unidos, cuya función consiste en regular la calidad e idoneidad de todos aquellos productos que puedan afectar la salud humana.

**PERÚ****Presidencia
del Consejo de Ministros****INDECOPI**

000210

- a) Resoluciones judiciales en las que se ordenara al Seguro Social de Salud – EsSalud la adquisición exclusiva de los medicamentos Neoral y Cellcept.
 - b) Informes médicos en los que se analizara la idoneidad de los medicamentos Neoral y Cellcept para el tratamiento post operatorio de pacientes renales frente a otros medicamentos.
 - c) Fichas de reacción adversa a medicamentos, elaboradas por médicos tratantes de pacientes renales a los que se haya administrado otros medicamentos distintos al Neoral y al Cellcept.
7. El 7 de enero de 2013, Nefro Perú cumplió con absolver el requerimiento de información formulado mediante Carta 336-2012/ST-CLC-INDECOPI³.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

8. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de que Nefro Perú y Química Suiza incurrieron en un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, en el mercado de medicamentos inmunosupresores para el tratamiento post operatorio de pacientes renales.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1 Requisitos para admitir a trámite una denuncia sobre infracción al Decreto Legislativo 1034

9. A continuación, esta Secretaría Técnica analizará los requisitos para admitir a trámite una denuncia sobre infracción al Decreto Legislativo 1034 y la consecuencia aplicable al incumplimiento de cada uno de ellos.
10. Al respecto, el artículo 128 del Código Procesal Civil⁴, cuya regulación es aplicable al presente procedimiento en cuanto resulte compatible⁵, establece que

³ Esta información, que consiste en (i) copia de las resoluciones judiciales solicitadas; (ii) informes médicos (emitidos por EsSalud, la Facultad de Farmacia y Bioquímica de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y la Facultad de Farmacia de la Universidad de Costa Rica) en los que se discute la idoneidad del Neoral y el Cellcept; y, (iii) las fichas de reacción adversa a medicamentos elaboradas por médicos tratantes de pacientes renales, se encuentra en fojas 132 a 207 del Expediente.

⁴ **Código Procesal Civil**
Admisibilidad y Procedencia.-
Artículo 128.- El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.

⁵ **Ley 27444**
Título Preliminar
Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo
1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.
[Énfasis agregado]



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

el incumplimiento de un requisito de forma provoca que se declare inadmisible la demanda y que el incumplimiento de un requisito de fondo provoca que se declare improcedente la demanda.

11. Por su parte, el artículo 426 del Código Procesal Civil establece los requisitos de admisibilidad y reconoce la posibilidad de subsanarlos⁶. En cambio, el artículo 427 del Código Procesal Civil establece los requisitos de procedencia y no reconoce la posibilidad de subsanarlos⁷.
12. De acuerdo a lo anterior, los requisitos de forma son subsanables por el demandante y su incumplimiento provoca que se declare la inadmisibilidad de la demanda. En cambio, los requisitos de fondo son insubsanables y su incumplimiento provoca que se declare la improcedencia de la demanda.
13. En lo que se refiere a los requisitos para admitir a trámite una denuncia sobre infracción al Decreto Legislativo 1034, el artículo 19 establece lo siguiente:

Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte.-

La denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas, deberá contener:

- (a) Nombre, denominación o razón social del denunciante, su domicilio y los poderes correspondientes, de ser el caso.*
- (b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.*
- (c) Identificación de los presuntos responsables, siempre que sea posible.*
- (d) El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador. Esta tasa está exceptuada del límite en cuanto al monto establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.*

⁶ Código Procesal Civil
Inadmisibilidad de la demanda.-

Artículo 426.- El Juez declarará inadmisible la demanda cuando:

1. No tenga los requisitos legales;
 2. No se acompañen los anexos exigidos por ley;
 3. El petitorio sea incompleto o impreciso; o
 4. La vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, salvo que la ley permita su adaptación.
- En estos casos el Juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el Juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente.

⁷ Código Procesal Civil
Improcedencia de la demanda.-

Artículo 427.- El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
 2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
 3. Advierta la caducidad del derecho;
 4. Carezca de competencia;
 5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
 6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o
 7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.
- Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos.
- Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

14. Por otro lado, el artículo 21.1 del Decreto Legislativo 1034 establece lo siguiente:

Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-

21.1. La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del INDECOPI, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.

15. Si bien las normas citadas no diferencian expresamente entre requisitos de admisibilidad y requisitos de procedencia, los literales (a), (c) y (d) del artículo 19 del Decreto Legislativo 1034 establecen requisitos de forma, cuyo incumplimiento puede ser subsanado por el denunciante. Así, por ejemplo, si el denunciante no presenta el comprobante de pago de la tasa, bastará que cumpla con presentarlo en el plazo correspondiente para que el requisito se entienda subsanado. Ello, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 125.1 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁸.
16. En cambio, la existencia de indicios razonables de una conducta anticompetitiva y la competencia de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión), establecidos en el literal (b) del artículo 19 y en el artículo 21 del Decreto Legislativo 1034, constituyen requisitos de fondo para admitir a trámite una denuncia sobre infracción al Decreto Legislativo 1034, cuyo incumplimiento no puede ser subsanado por el denunciante.

Así, por ejemplo, la existencia de indicios razonables depende de la ocurrencia de un hecho en el pasado y, por lo tanto, no es subsanable. En efecto, la existencia de indicios razonables no puede ser materia de subsanación (porque no es posible subsanar un hecho del pasado) sino sólo de acreditación (a través de los medios probatorios aportados por el denunciante u obtenidos por la Secretaría Técnica).

Al respecto, cabe recordar que la Secretaría Técnica puede realizar requerimientos de información u otras actuaciones previas con la finalidad de determinar si efectivamente existen indicios razonables de una conducta anticompetitiva. Ello, de conformidad con lo dispuesto por el principio de verdad material, recogido en el numeral 1.11 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444⁹, y las actuaciones previas a la admisión de trámite de una denuncia de parte, reconocidas por el artículo 20 del Decreto Legislativo 1034¹⁰.

⁸

Ley 27444

Artículo 125.- Observaciones a documentación presentada

125.1 Deben ser recibidos todos los formularios o escritos presentados, no obstante incumplir los requisitos establecidos en la presente Ley, que no estén acompañados de los recaudos correspondientes o se encuentren afectados por otro defecto u omisión formal prevista en el TUPA, que amerite corrección. En un solo acto y por única vez, la unidad de recepción al momento de su presentación realiza las observaciones por incumplimiento de requisitos que no puedan ser salvadas de oficio, invitando al administrado a subsanarlas dentro de un plazo máximo de dos días hábiles.

⁹

Ley 27444, Ley General del Procedimiento Administrativo

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las

**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI**

000213

17. De acuerdo a lo anterior, los siguientes constituyen requisitos de forma y son subsanables, por lo que su incumplimiento provoca que se declare inadmisile la denuncia: nombre, denominación o razón social, domicilio y, de ser el caso, poderes del denunciante; identificación de los presuntos infractores, siempre que sea posible; y comprobante de pago de la tasa.
18. En cambio, los siguientes constituyen requisitos de fondo y son insubsanables, por lo que su incumplimiento provoca que se declare improcedente la denuncia: competencia de la Comisión e indicios razonables de la existencia de una conducta anticompetitiva¹¹.
19. En lo que se refiere al requisito de indicios razonables, para admitir a trámite una denuncia o para iniciar de oficio un procedimiento sobre infracción al Decreto Legislativo 1034, es necesario contar con medios probatorios que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
20. La exigencia de indicios razonables se explica en la medida en que la autoridad sólo puede proceder a dar trámite a un procedimiento que se encuentre razonablemente sustentado, de forma que pueda notificarse al investigado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y la sanción que podrían generar¹².
21. Esta exigencia tiene como principal fundamento garantizar el derecho al debido procedimiento del investigado. En efecto, este derecho implica que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado¹³.

medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

¹⁰ Decreto Legislativo 1034

Artículo 20.- Actuaciones previas a la admisión a trámite por denuncia de parte.-

Presentada la denuncia de parte y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento de identificación y sanción de conductas anticompetitivas, la Secretaría Técnica podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de conductas anticompetitivas. Estas actuaciones previas se desarrollarán en un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados desde la presentación de la denuncia.

¹¹ Sin perjuicio de ello, cabe recordar que el denunciante tiene derecho a impugnar ante la Sala Especializada en Defensa de la Competencia la resolución que declare improcedente una denuncia. Ello, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 21.4 del Decreto Legislativo 1034, que establece lo siguiente:

Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-

21.4. La resolución que declare inadmisile o improcedente la denuncia es impugnabile ante el Tribunal en el plazo de quince (15) días hábiles.

¹² Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General

Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador.-

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a nivel de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia.

¹³ Ley 27444

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000214

22. Este razonamiento coincide con la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, emitida en el Expediente 8125-2005-PHC/TC, que estableció lo siguiente:

[L]a obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.

[Énfasis agregado]

23. En ese sentido, no basta afirmar de manera general que un agente económico habría abusado de su posición de dominio o realizado una práctica colusoria, sino que es necesario explicar de manera clara y precisa cuál es la conducta específica que podría constituir el abuso de posición de dominio o la práctica colusoria y aportar los medios probatorios que demuestren una teoría creíble acerca de la existencia de la presunta infracción.

3.2 Definición del abuso de procesos legales

24. Entre las formas de distorsionar el correcto funcionamiento del proceso competitivo se puede identificar la manipulación del poder estatal, mediante la utilización indebida de los procesos judiciales y los procedimientos administrativos y regulatorios a cargo de las autoridades públicas.
25. Esta conducta, conocida en el derecho de la competencia como "abuso de procesos", "predación legal" o "litigación predatoria" y contemplada en el literal f) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, puede ser definida como aquella estrategia a través de la cual un agente con posición de dominio deliberadamente decide iniciar diversos procesos o procedimientos legales cuya tramitación se encuentra estrictamente destinada a impedir, retrasar o encarecer el acceso o permanencia de sus competidores en el mercado¹⁴.

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

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

¹⁴ De acuerdo con Bork, "El predador no necesariamente procura impedir la entrada [de competidores]. Él puede tener solo el deseo de retrasarla. La litigación fraudulenta se convierte así en una táctica útil contra empresas de cualquier tamaño, con independencia relativa de sus reservas, dado que puede valer la pena asumir el precio de la litigación para retrasar un año o varios años la entrada del rival en un mercado lucrativo. En estos casos, el éxito de la predación no requiere que el predador imponga altos costos sobre la víctima, en caso el predador tenga mayores reservas que la víctima o que tenga mejor acceso a capital que esta. Ninguna otra técnica de predación es capaz de obviar estos requerimientos, y ese hecho indica tanto el peligro como la probabilidad de predación a través de uso indebido del proceso gubernamental".

Traducción libre del siguiente texto: "The predator need not expect to defeat entry altogether. He may hope only to delay it. Sham litigation then becomes a useful tactic against any size firm, regardless of relative reserves, for

26. El abuso de procesos puede materializar su efecto excluyente contra competidores, en primer lugar, a partir de la sola generación de gastos de asesoría técnica y legal que se derivan de asumir la defensa frente a complicados litigios. Desde este punto de vista, el abuso de procesos legales puede ser caracterizado bajo la figura denominada *Raising Rivals' Costs*, especie doctrinaria desarrollada por el Derecho *Antitrust* norteamericano según la cual el incremento de los costos sobre los competidores se convierte en una importante herramienta predatoria que puede impedir o retrasar su ingreso al mercado, llevar a su salida si ya se encuentran establecidos o, en todo caso, provocar que si bien permanezcan no puedan implementar una estrategia de reducción de precios que les permita competir con el incumbente, quien mantendrá su precio monopolístico¹⁵.
27. Pero el impacto anticompetitivo de los procesos o procedimientos legales no solo se deriva de los costos de asumir la defensa. En efecto, existirán procesos o procedimientos en los cuales si bien el competidor no asume los gastos del litigio en la medida que no interviene en calidad de parte, el efecto excluyente se manifestará en función del tipo de pretensión o petición planteada. Es decir, en tanto que la discusión promovida por el supuesto predador esté destinada a generar el establecimiento de barreras que limiten el acceso al mercado a otras empresas o que limiten su capacidad de operación.
28. Este será el caso cuando, por ejemplo, el predador movilice la acción gubernamental para que se adopten decisiones judiciales o regulatorias que generen restricciones a la competencia (por ejemplo, la aprobación de un marco sectorial con el mero fin de que se aumenten los requisitos de acceso a la actividad y se suba la valla que deben superar los operadores entrantes)¹⁶.
29. Cabe mencionar que tanto la Comisión como la Sala de Defensa de la Competencia 1 (en adelante, la Sala)¹⁷ se han pronunciado hasta en tres oportunidades respecto de denuncias relacionadas con esta conducta.

it may be worth the price of litigation to purchase a delay of a year or several years in a rival's entry into a lucrative market. In such case, successful predation does not require that the predator have greater reserves than the victim, or that the predator have better access to capital than the victim. No other technique of predation is able to escape all of the requirements, and that fact indicates both the danger and the probability of predation by misuse of governmental processes." BORK, Robert H. *The Antitrust paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1993, p. 348.

¹⁵ Según Salop y Scheffman, la estrategia de *raising rivals' costs* puede ser rentable incluso si el competidor no sale del mercado, pues el incremento de los costos del rival genera que este reduzca su oferta, permitiendo que el predador inmediatamente aumente también sus precios o gane mayor cuota de mercado. Al respecto, ver: SALOP, Steven C. y David SCHEFFMAN. *Raising Rivals' Costs*. En: *The American Economic Review*, Vol. 73, N° 2, Mayo de 1983, p. 267.

En el mismo sentido, Hovenkamp, a propósito de esta figura, sostiene que "La firma dominante podría tratar de excluir a su rival del mercado, pero también podría intentar tomar una acción calculada para aumentar los costos de su competidor de manera que si su precio aumenta el monopolista puede, por consiguiente, aumentar su propio precio". Traducción libre del siguiente texto: "The dominant firm might try to force the rival from the market, but it might also take some action calculated to raise the rival's costs so that its price went up and the monopolist could raise its own price accordingly". HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust*. Saint Paul, Minnesota: West Publishing Co., 1993, p. 42.

¹⁶ Cfr. BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo y Alejandro FALLA JARA. "El abogado del diablo". El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva. En: *Ius et Veritas* N° 30, p. 42.

¹⁷ Hoy, Sala Especializada en Defensa de la Competencia.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

30. El primer pronunciamiento se produjo en el año 1996, a propósito de la denuncia planteada por una empresa distribuidora de combustible denominada Lebar S.A. contra Asesoría Comercial – ACOSA y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú – AGESP por la presunta interposición de una serie de recursos legales ante la Municipalidad Distrital de La Victoria, la Municipalidad Metropolitana de Lima y la Dirección General de Hidrocarburos, que habrían tenido por única finalidad evitar la construcción de su nuevo grifo¹⁸.
31. Si bien la denuncia fue desestimada, lo importante de la decisión es que reconoció que en virtud de la cláusula general de los artículos 3 y 5 del derogado Decreto Legislativo 701 se podía calificar al abuso de procesos legales como una conducta sancionable.
32. El segundo caso de predación de este tipo corresponde al procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y otros. En este procedimiento se analizó, entre otros extremos, las medidas legales adoptadas por Pilot Station S.A. –sociedad que agrupaba a casi todos los prácticos marítimos que operaban en el Terminal Portuario del Callao– contra algunos prácticos que habían optado por dejar de laborar para ella, llegándose a la conclusión de que el conjunto de los procesos y procedimientos iniciados tuvo por única finalidad obstaculizar que otros competidores reales o potenciales puedan contratar a dichos prácticos para desarrollar su actividad¹⁹.
33. El tercer caso resuelto por la Comisión y la Sala se refiere al procedimiento iniciado con motivo de la denuncia interpuesta por Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú contra Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A., Peruval Corp. S.A. y Peruvian Trains & Railways S.A.
34. En este procedimiento, mediante Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI del 27 de julio de 2011, la Sala determinó que, ante la imputación de un abuso de procesos legales, resulta primordial analizar si existe un fundamento objetivo, esto es, una expectativa razonable de triunfo que sustente la pretensión o las pretensiones del solicitante.
35. En ese sentido, la Sala, luego de analizar la jurisprudencia comparada relevante sobre el tema, determinó lo siguiente:

[S]e puede afirmar que para determinar si se configura un supuesto de litigación predatoria, las posiciones predominantes en la jurisprudencia comparada y el fallo expedido por la Sala en el caso Pilot apuntan a exigir el análisis de un elemento objetivo relacionado con el fundamento de la pretensión del litigante y la ausencia de fraude, antes de determinar si se trata de un intento por hostigar a la parte contraria o afectar a sus competidores.

¹⁸ Ver Resolución 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1996.

¹⁹ Ver Resolución 407-2007/TDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2007, que confirmó la Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

000217

Asimismo, estableció que:

*"[S]i el inicio de procesos judiciales y procedimientos administrativos se encuentra respaldado en la existencia de un fundamento objetivo o una "causa probable", de manera tal que se verifique que el litigante acciona pues pretende atender sus derechos, este colegiado estima que debería descartarse un ejercicio ilegítimo de los derechos de acción y petición. En este contexto, cabe señalar que no es necesario que su pretensión sea efectivamente tutelada, sino que su reclamo tenga a la fecha de ser interpuesto al menos alguna probabilidad de ser acogido."*²⁰

3.3 Análisis de la conducta denunciada

36. Como ha sido mencionado, Teva denunció que Nefro Perú y Química Suiza habrían incurrido en un abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales mediante la interposición de diversas acciones judiciales que tuvieron como finalidad que EsSalud adquiriera únicamente los fármacos Neoral y Cellcept, perjudicando a aquellos competidores que comercializan medicamentos que pueden ser considerados como sustitutos, entre ellos Teva.

37. Así, el denunciante indicó lo siguiente:

[L]as acciones cautelares interpuestas por la Asociación NEFRO PERU ASOCIACIÓN DE DEFENSA POR LA SALUD RENAL vienen distorsionando el mercado, evitando la libre competencia, al no permitir el ingreso de nuevos competidores, encontrándonos ante un caso directo de SHAM LITIGATION [se refiere al abuso de procesos legales].

(...)

[A]mbos medicamentos tanto NEORAL como CELLPET (sic.) son distribuidos por la empresa QUÍMICA SUIZA S.A. empresa que estaría ocultándose a través de esta Asociación con el fin de procurar favorecerse en la venta de estos medicamentos.

(Texto entre corchetes añadido)

- 1
38. Sobre el particular, aunque el denunciante ha alegado que existen vínculos entre Nefro Perú y Química Suiza, cabe señalar que esta empresa no ha cumplido con aportar elementos de prueba que permitan identificar, de manera indiciaria, dicho vínculo.
39. Sin perjuicio de ello, en virtud a la información proporcionada por Nefro Perú, esta Secretaría Técnica ha podido constatar la existencia de dos (2) procesos judiciales en los que se discute la entrega directa de Neoral y Cellcept y en los que, según la denuncia, habría participado esta asociación:

²⁰

Ver numerales 199, 202 y 203 de la Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI del 27 de julio de 2011.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

- a) La acción de amparo interpuesta por Yanilde Antonieta Flores Rojas y otros contra EsSalud, tramitada bajo **Expediente 10494-2008-0-1801-JR-CI-33** (en adelante, el Expediente 10494-2008).

La demanda fue interpuesta por un grupo de pacientes renales quienes solicitaron que se le ordene a EsSalud la entrega de Neoral y Cellcept, medicamentos que se les había suministrado desde el inicio de su tratamiento, en vez de los medicamentos genéricos ciclosporina y micofenolato mofetil, ya que su eficacia para prevenir el rechazo del órgano transplantado sería menor a aquella que poseen los medicamentos de marca.

Mediante sentencia contenida en la Resolución 9 del 22 de mayo de 2009, el Trigésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró fundada la demanda y ordenó a EsSalud: continuar con *"la entrega de los medicamentos inmuno supresores CELLCEPT y NEORAL, que les corresponde a los demandantes, en su calidad de pacientes continuadores; asegurando su entrega oportuna, en la calidad que ordene el médico tratante; así como la continuidad de su tratamiento inmuno supresor"*. Este pronunciamiento fue confirmado mediante sentencia contenida en la Resolución 6 del 16 de junio de 2010, emitida por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima²¹.

- b) La acción de amparo interpuesta por Nefro Perú contra EsSalud, tramitada bajo **Expediente 10038-2011-92-1801-JR-CI-07** (en adelante, el Expediente 10038-2011).

Esta acción de amparo fue interpuesta a nombre de un grupo de pacientes transplantados con la finalidad de que se les suministre los medicamentos Neoral y Cellcept, como había sido desde el inicio de su tratamiento, al considerarlos más eficaces que sus versiones genéricas (ciclosporina y micofenolato mofetil) para la prevención del rechazo del órgano transplantado.

El 18 de noviembre de 2011, el Séptimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió una medida cautelar mediante la cual ordenó a EsSalud *"entregar sin ningún tipo de discriminación o restricción a todos los pacientes transplantados de riñón que se les haya indicado tratamiento con los inmuno supresores MICOFENOLATO MOFETIL y CICLOSPORINA, los productos originales CELLCEPT Y NEORAL; debiendo ser la entrega permanente y oportuna a los pacientes transplantados de riñón"*²².

40. Conforme a lo expuesto en el marco teórico, de acuerdo al criterio establecido por la Sala, ante una denuncia por abuso de procesos legales, el análisis realizado por la autoridad deberá centrarse en la existencia de un fundamento objetivo en las acciones judiciales que conforman la presunta conducta

²¹ Ver fojas 154 a 157 y 163 a 167 del expediente.

²² Ver fojas 146 a 150 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

000219

anticompetitiva. Esto es, que la pretensión solicitada tenga, al momento de ser interpuesta, al menos alguna probabilidad de ser acogida por el órgano jurisdiccional.

41. Por ello, corresponde determinar si las acciones judiciales analizadas tenían, al momento de ser interpuestas, alguna probabilidad de ser acogidas, o si por el contrario, constituían un intento de perjudicar a otras empresas comercializadoras de medicamentos inmunosupresores.
42. En relación al proceso de amparo correspondiente al Expediente 10494-2008, esta Secretaría Técnica considera innecesario realizar el análisis propuesto por la Sala ya que, como se ha señalado, este proceso fue declarado fundado tanto en primera como en segunda instancia, lo que confirma que existía la probabilidad de que esta acción tuviera éxito desde el momento de su interposición.
43. Por otro lado, en relación al proceso de amparo correspondiente al Expediente 10038-2011, esta Secretaría Técnica considera que también existe una expectativa razonable de que ésta sea acogida por el Poder Judicial. Ello, debido a (i) que ya se ha emitido en este proceso una medida cautelar que, aunque de manera preliminar, reconoce la verosimilitud de la pretensión solicitada²³ y (ii) que el proceso tramitado bajo el Expediente 10494-2008, cuyo objeto guarda relación con el del Expediente 10038-2011, tuvo un resultado favorable.
44. Por este motivo, las acciones judiciales mediante las cuales se logró que el Poder Judicial ordenara a EsSalud la entrega de medicamentos específicos para el tratamiento post operatorio de pacientes renales no constituyen indicios de un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales. En consecuencia, corresponde declarar improcedente la presente denuncia.
45. Finalmente, resulta pertinente señalar que la medida cautelar dictada en el Expediente 10038-2011 también dispuso lo siguiente:

□

*"[A]simismo debe EsSalud garantizar la continuidad del tratamiento inmuno supresor con los medicamentos CELL CEPT y NEORAL a todos los pacientes transplantados de riñón que así lo requieran, hasta que los medicamentos genéricos de éstos no cuenten con las pruebas de biodisponibilidad y efectividad clínica debidamente comprobada"*²⁴.

46. Como se observa, la medida cautelar dictada solo tendrá validez "*hasta que los medicamentos genéricos de éstos [del Neoral y del Cellcept] no cuenten con las pruebas de biodisponibilidad y efectividad clínica debidamente comprobada*", es decir, hasta que se determine mediante estudios clínicos cuáles son los sustitutos idóneos del Neoral y el Cellcept.

²³ Recordemos que, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 611 del Código Procesal Civil, el juez ante el cual se solicita la adopción de una medida cautelar se encuentra obligado a analizar la verosimilitud del derecho invocado para poder concederla.

²⁴ Ver foja 149 del expediente.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

000220

47. Ello permite afirmar que los pronunciamientos judiciales emitidos no tenían como finalidad afectar o restringir la competencia en el mercado de medicamentos inmunosupresores para el tratamiento post operatorio de pacientes renales. Por el contrario, estos tenían como finalidad salvaguardar la salud y la idoneidad del tratamiento de aquellos pacientes que habían recibido Neoral y Cellcept desde el inicio.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Decreto Legislativo 1034 y la Ley 27444, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

Declarar improcedente la denuncia interpuesta por TEVA Perú S.A. contra Nefro Perú Asociación de Defensa por la Salud Renal y Química Suiza S.A., por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, en el mercado de medicamentos inmunosupresores para el tratamiento post operatorio de pacientes renales, debido a que no existen indicios razonables de la infracción denunciada.

Hugo Figari Kahn
Secretario Técnico (e)
Comisión de Defensa de la Libre Competencia