

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
DENUNCIANTE : TEVA PERÚ S.A.
DENUNCIADOS : NEFRO PERÚ ASOCIACIÓN DE DEFENSA POR LA SALUD RENAL
QUÍMICA SUIZA S.A.
MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO
ABUSO DE PROCESOS LEGALES
PROCEDENCIA
ACTIVIDAD : VENTA MAYORISTA DE PRODUCTOS

SUMILLA: *se CONFIRMA la Resolución 005-2013/ST-CLC-INDECOPI del 3 de junio de 2013 expedida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, que declaró 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 comercialización de medicamentos inmunosupresores para el tratamiento post operatorio de pacientes renales, al no haberse presentado indicios razonables que permitan acreditar la existencia de la conducta denunciada, en particular, que acrediten el supuesto vínculo entre Nefro Perú Asociación de Defensa por la Salud Renal y Química Suiza S.A.*

Lima, 8 de julio de 2014

I. ANTECEDENTES

1. El 28 de septiembre de 2012, Teva Perú S.A. (en adelante, Teva o la denunciante) denunció ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) a Nefro Perú Asociación de Defensa por la Salud Renal (en adelante, Nefro Perú) y a Química Suiza S.A. (en adelante, Química Suiza), por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, supuesto de infracción previsto en los artículos 10.1 y 10.2 literal f) del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, Decreto Legislativo 1034 o Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas).
2. Teva sustentó su denuncia señalando lo siguiente:
 - (i) Nefro Perú presentó demandas ante el Poder Judicial, correspondientes a los Expedientes 10494-2008 y 10038-2011-92-1801-JR-CI-07, con la

finalidad de que se ordene al Seguro Social de Salud del Perú (en adelante, EsSalud) suministrar a los pacientes que hayan sido trasplantados de riñón los medicamentos Neoral y Cellcept, distribuidos exclusivamente por Química Suiza.

- (ii) En virtud de dichas demandas, así como de otras acciones presentadas por otros individuos, el Primer Juzgado Constitucional de Lima (Expediente 15181-2008-2006-0-1081-JR-CI-21), la Octava Sala Superior de Lima (Expediente 1492-2007), el Cuadragésimo Primer Juzgado Civil de Lima (Expediente 10494-2008) y el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima (Expediente 10038-2011-92-1801-JR-CI-07) ordenaron a EsSalud que cumpla con abastecerse de los productos Neoral y Cellcept, y determinaron que dichos medicamentos no admiten productos sustitutos.
- (iii) A fin de dar cumplimiento de las mencionadas resoluciones, mediante Resolución de Presidencia Ejecutiva 366-PE-ESSALUD-2009 del 12 de agosto de 2009 y Resolución de Presidencia Ejecutiva 078-PE-ESSALUD-2010 del 16 de febrero de 2010, EsSalud aprobó exoneraciones para la realización de una Adjudicación de Menor Cuantía y de una Licitación Pública, respectivamente, para la adquisición de los medicamentos Neoral y Cellcept. Así, dicha entidad dispuso que estos productos se deberían adquirir a través de una compra directa, en virtud de lo dispuesto en el artículo 135 del Decreto Supremo 184-2008-EF-Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- (iv) Sin embargo, contrariamente a lo resuelto por el Poder Judicial, el producto Supramunn, que comercializa Teva, es bioequivalente al medicamento Neoral comercializado por Química Suiza debido a que tienen el mismo principio activo, la Ciclosporina. Inclusive, durante el 2012, EsSalud ha realizado diversas compras del producto Supramunn.
- (v) En su demanda, Nefro Perú utilizó el argumento de que el medicamento Neoral no admite productos sustitutos con la finalidad de obtener mandatos judiciales que afecten el mercado. Así, las resoluciones judiciales en cuestión le otorgaron un monopolio a Química Suiza, distribuidor exclusivo del producto Neoral, quien se convirtió en la única empresa proveedora de medicamentos utilizados para el tratamiento de pacientes renales, excluyendo con ello a otros competidores.
- (vi) Existen indicios razonables de que Nefro Perú tiene vínculos con Química

Suiza, siendo que las acciones legales interpuestas por la primera están orientadas a favorecer la posición de mercado de la segunda.

- (vii) Los mandatos judiciales que declararon fundadas las acciones de amparo son inconstitucionales por cuanto afectan la libre competencia y vulneran lo dispuesto en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú.
3. Mediante Carta 324-2012/ST-CLC-INDECOPI del 15 de noviembre de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión le requirió a Teva que presente información respecto de todos los indicios razonables que sustentan su denuncia y que identifique a los presuntos responsables.
 4. El 3 de diciembre de 2012¹, Teva cumplió con responder el requerimiento de información formulado mediante Carta 324-2012/ST-CLC-INDECOPI, reiterando los argumentos expuestos en su escrito de denuncia.
 5. Mediante Carta 336-2012/ST-CLC-INDECOPI del 21 de diciembre de 2012, la Secretaría Técnica de la Comisión requirió a Nefro Perú determinada información relacionada con el mercado de medicamentos inmunosupresores para el tratamiento post operatorio de pacientes renales.
 6. El 7 de enero de 2013, Nefro Perú cumplió con responder el requerimiento de información formulado mediante Carta 336-2012/ST-CLC-INDECOPI, adjuntando copias de las resoluciones judiciales que ordenaron a EsSalud la adquisición de los medicamentos Neoral y Cellcept, así como copia de ciertos informes médicos que analizan la idoneidad de los referidos medicamentos. Asimismo, adjuntó copias de determinados documentos que describen las reacciones adversas de otros medicamentos suministrados por EsSalud.
 7. Mediante Resolución 005-2013/ST-CLC-INDECOPI del 3 de junio de 2013, la Secretaría Técnica de la Comisión declaró improcedente la denuncia interpuesta contra Nefro Perú y Química Suiza por 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, a su criterio, no existen indicios razonables suficientes de la infracción denunciada.
 8. Al respecto, la Secretaría Técnica de la Comisión señaló lo siguiente:

¹ Complementado con escrito del 18 de diciembre de 2012.

- (i) La denunciante no ha cumplido con aportar elementos de prueba que, de manera indiciaria, acrediten el vínculo alegado entre Nefro Perú y Química Suiza.
 - (ii) De acuerdo a la Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI del 27 de julio de 2011, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (antes Sala de Defensa de la Competencia 1 y en adelante, 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.
 - (iii) Teva señaló que existen dos procesos judiciales en los que habría participado Nefro Perú y en los cuales se discutió la entrega directa de los productos Neoral y Cellcept. Al respecto, en el proceso judicial correspondiente al Expediente 10494-2008, el Trigésimo Octavo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró fundada la demanda y la Tercera Sala Civil de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima la confirmó. Asimismo, en el proceso judicial correspondiente al Expediente 10038-2011-92-1801-JR-CI-07, el Séptimo Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió una medida cautelar en el mismo sentido.
 - (iv) Por ello, toda vez que en los procesos judiciales denunciados se logró que el Poder Judicial ordenara a EsSalud la entrega de medicamentos específicos para el tratamiento post operatorio de pacientes renales, se considera que existían probabilidades de éxito de estos casos al momento de la interposición de las acciones legales.
9. El 4 de julio de 2013, Teva interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 005-2013/ST-CLC-INDECOPI, reiterando lo expuesto en su escrito de denuncia, y adicionalmente, manifestó que la Secretaría Técnica de la Comisión no ha cumplido con analizar que el medicamento que comercializa, Supramunn, es un producto sustituto y bioequivalente del medicamento que comercializa Química Suiza, Neoral.
10. El 16 de diciembre de 2013, Teva solicitó se le conceda el uso de la palabra.
11. El 21 de enero de 2014, se llevó a cabo la audiencia de informe oral con la asistencia del representante de Teva.

12. Por Requerimiento 023-2014/SDC del 18 de febrero de 2014, la Secretaría Técnica de esta Sala solicitó a Nefro Perú determinada información acerca de su asociación, sus asociados, entre otros.
13. Mediante Requerimiento 024-2014/SDC del 18 de febrero de 2014, la Secretaría Técnica de esta Sala solicitó a Teva que presente toda aquella información que obre en su poder que dé cuenta de la vinculación alegada entre Química Suiza y Nefro Perú.
14. Por Requerimiento 025-2014/SDC del 18 de febrero de 2014, complementado mediante el Requerimiento 036-2014/SDC del 10 de marzo de 2014, la Secretaría Técnica de la Sala solicitó a Química Suiza que presenten información acerca de todas las asociaciones de pacientes a las cuales brinda o brindó auspicios, capacitaciones, apoyo financiero, y otros.
15. El 27 de febrero, 3 y 12 de marzo de 2014, Teva, Nefro Perú y Química Suiza, respectivamente, absolvieron los requerimientos de información formulados por la Secretaría Técnica de la Sala.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

16. Corresponde a la Sala determinar si existen indicios razonables en el expediente para admitir a trámite la denuncia interpuesta por Teva por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

- III.1. La presentación de indicios razonables de la infracción como requisito para admitir a trámite una denuncia en el marco del Decreto Legislativo 1034
17. El artículo 19 del Decreto Legislativo 1034² establece que las denuncias de

²

DECRETO LEGISLATIVO 1034-LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

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.

parte por la presunta comisión de conductas anticompetitivas deberán contener los siguientes elementos:

- 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.
18. Antes de la admisión a trámite de una denuncia de parte, el artículo 21 del Decreto Legislativo 1034³ dispone que la Secretaría Técnica de la Comisión deberá verificar la existencia de indicios razonables de infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, además de corroborar la competencia de la Comisión y el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA de Indecopi.
19. Al respecto, el artículo 128 del Código Procesal Civil⁴ –norma de aplicación supletoria en cuanto resulte compatible al régimen administrativo⁵– establece

³ **DECRETO LEGISLATIVO 1034-LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

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.
(...)

⁴ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

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-LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

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

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir

que ante la omisión o el incumplimiento de requisitos de fondo corresponde declarar la improcedencia de la demanda. Ello a diferencia de los requisitos de forma, cuyo incumplimiento genera la inadmisibilidad de la demanda o del acto procesal.

20. De otro lado, el artículo 426 del Código Procesal Civil⁶ reconoce la posibilidad de subsanar los requisitos de admisibilidad de la demanda tales como el pago de una tasa, la presentación de anexos exigidos por ley, entre otros. Sin embargo, el artículo 427 del Código Procesal Civil⁷ que recoge los requisitos de procedencia, tales como la competencia del órgano, la legitimidad para obrar del demandante, entre otros, no establece la posibilidad que estos sean subsanados con posterioridad a la interposición de la demanda.

21. Tal como ha sido señalado por la Sala en anteriores pronunciamientos⁸, la

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.

(...)

(Subrayado agregado)

6

CÓDIGO PROCESAL CIVIL

Artículo 426.- El Juez declarará inadmisibile 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

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.

8

Al respecto, ver Resolución 0611-2013/SDC-INDECOPI del 3 de abril de 2013.

verificación de la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de una conducta anticompetitiva califican como requisitos de fondo antes de admitir a trámite una denuncia en el marco de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En efecto, la primera actuación implica la evaluación de que los hechos denunciados están en el ámbito de competencia de la autoridad. Por su parte, la verificación preliminar de que al momento de presentar la denuncia existan indicios razonables de la infracción, implica determinar si a partir de los medios de prueba presentados por el denunciante, se configura una tesis creíble de que puede haberse configurado la práctica anticompetitiva denunciada. En ambos casos, se efectúa una primera evaluación de carácter preliminar vinculada al fondo de la materia controvertida en la denuncia.

22. Cabe indicar que la existencia de indicios razonables de la infracción se acredita con la denuncia, a través de los medios probatorios presentados, o también puede evidenciarse en el marco de actuaciones preliminares realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto Legislativo 1034⁹.
23. En tal sentido, a partir de las normas antes señaladas, se puede concluir que a diferencia de los requisitos formales, tales como presentar los poderes que acrediten la representación del denunciante o el comprobante de pago de la tasa por derecho de trámite, cuya omisión dará lugar a la inadmisibilidad de la denuncia, la ausencia de indicios razonables de la práctica anticompetitiva denunciada, al vincularse con el fondo de la cuestión controvertida, tiene como consecuencia que aquella se declare improcedente.
24. La necesidad de presentar indicios razonables sobre la comisión de una infracción al Decreto Legislativo 1034 se encuentra orientada a garantizar el derecho de los denunciados a no ver afectada su situación jurídica frente al desarrollo de un procedimiento sancionador en su contra sin contar con los elementos de prueba necesarios que ameriten el inicio de una investigación. Por ello, la autoridad de competencia debe ser sumamente cautelosa y contar con elementos probatorios suficientes antes de impulsar el inicio de un

⁹

DECRETO LEGISLATIVO 1034-LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

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.

procedimiento sancionador por la comisión de prácticas anticompetitivas.

III.2. Marco general aplicable al abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales

25. El artículo 7 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que un agente económico posee una posición dominante en un mercado relevante¹⁰ cuando tiene la capacidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del mercado en cuestión, sin que, en ese momento o en un futuro inmediato, los competidores, proveedores o clientes puedan contrarrestar dicha capacidad¹¹.
26. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹², se considera que existe abuso cuando un agente

¹⁰

DECRETO LEGISLATIVO 1034-LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Artículo 6.- El mercado relevante

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

¹¹

DECRETO LEGISLATIVO 1034-LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado

7.1 Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológicos o servicios involucrados
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

7.2 La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

¹²

DECRETO LEGISLATIVO 1034-LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

(...)

económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, lo que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

27. Al respecto, cabe resaltar que, a diferencia de la anterior Ley que regulaba la represión de conductas anticompetitivas¹³, la actual norma indica expresamente que las conductas de abuso de posición de dominio se encuentran referidas a la actuación individual de un solo agente económico.
28. Entre las formas más efectivas de distorsionar el correcto funcionamiento del proceso competitivo se puede identificar como una modalidad abusiva la manipulación del poder estatal que se produce mediante la utilización indebida de procesos judiciales y procedimientos administrativos y regulatorios a cargo de las autoridades públicas.
29. Esta conducta, conocida en el derecho de la competencia como “abuso de procesos legales”, “predación legal” o “litigación predatoria”, 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.

¹³ **DECRETO LEGISLATIVO 701** (Norma derogada)

Artículo 4.- Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.
(Subrayado agregado)

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 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

30. La constatación que el recurso al Estado se convierte en una de las armas más perniciosas para mantener o ganar indebidamente una posición monopólica, ha llevado a que la actual ley de libre competencia recoja expresamente en su catálogo enunciativo de supuestos de abuso de posición de dominio, sujetos a una prohibición relativa¹⁵, a la figura de la litigación predatoria¹⁶. Así, el artículo 10.2 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece lo siguiente:

“Artículo 10.- El abuso de posición de dominio.-

(...)

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

(...)

f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia.”

31. Como se aprecia, el mencionado artículo constituye un reconocimiento legal explícito de que el ejercicio de los derechos constitucionales de acción¹⁷ y

York: The Free Press, 1993, p. 348.

¹⁵

DECRETO LEGISLATIVO 1034-LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Artículo 9.- Prohibición relativa.

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio

(...)

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

(...)

¹⁶

Cabe señalar que bajo la vigencia del derogado Decreto Legislativo 701, la autoridad de competencia ha analizado como una conducta anticompetitiva la utilización del aparato estatal como mecanismo de predación en el marco de cláusula general de abuso de posición de dominio prevista en el artículo 5 inciso f) de dicho cuerpo normativo. (Al respecto ver: Resolución 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1996. Denuncia planteada por Lebar S.A. contra Asesoría Comercial – ACOSA y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú – AGESP; y, 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, en el procedimiento seguido por Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. y otros.)

¹⁷

El Tribunal Constitucional, en la sentencia expedida en el Expediente 2293-2003-AA/TC el 5 de julio de 2004, ha efectuado la siguiente definición: “Se conoce como derecho de acción a la facultad o poder jurídico del justiciable de acudir al órgano jurisdiccional en busca de tutela efectiva, independientemente de que cumpla con los requisitos formales o de que su derecho sea fundado. En ese sentido, toda persona natural o jurídica puede recurrir al órgano jurisdiccional para ejercitar su derecho de acción –plasmado físicamente en la demanda– en forma directa o mediante representante, con la finalidad de que éste dé solución a un conflicto de intereses intersubjetivos o a una incertidumbre jurídica, a través de una decisión fundada en derecho.” Este derecho fundamental forma parte del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva reconocido en el artículo 139.3 de la Constitución Política del Perú.

petición¹⁸, que se manifiesta a través de la iniciación de procesos ante las autoridades judiciales y el planteamiento de solicitudes ante las autoridades administrativas, respectivamente, puede ser limitado en aquellos casos en que estos derechos sean activados bajo un patrón sistemático y abusivo que vulnere otro bien jurídico constitucional, como lo es el principio de protección de la libre competencia^{19 20}.

32. Pues bien, mediante Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI²¹, la Sala ha desarrollado pautas de interpretación para analizar los supuestos de litigación predatoria. En la referida decisión, se determinó que debe existir una pluralidad de acciones que puedan llevar a restringir la competencia y que respecto de estas se debe analizar si existe un fundamento objetivo, esto es, una expectativa razonable de triunfo que sustente la pretensión o las pretensiones del solicitante; a efectos de verificar si se configura o no un ejercicio legítimo de

¹⁸ El artículo 2.20 de la Constitución Política del Perú consagra el derecho de petición en los siguientes términos:

*“Artículo 2.- Toda persona tiene derecho a:
(...)*

20. A formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional sólo pueden ejercer individualmente el derecho de petición.”

Cabe precisar que en su sentencia emitida en el Expediente 1042-2002-AA/TC 6 de diciembre de 2002, el supremo intérprete de la Constitución ha señalado que el contenido esencial del derecho de petición está conformado por dos aspectos. El primero de ellos, relacionado con la libertad reconocida a cualquier sujeto de formular pedidos escritos a la autoridad competente y, el segundo aspecto, referido a la obligación de la autoridad de otorgar una respuesta al peticionante.

¹⁹ La Constitución Política del Perú reconoce en su artículo 61 el bien jurídico libre competencia, en los siguientes términos:

“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.”

²⁰ Esta posibilidad de limitar el ejercicio ilegítimo del derecho de petición o acción es consistente con otras limitaciones a derechos constitucionales como la libertad de contratación y el derecho fundamental de propiedad, que surgen desde la legislación de libre competencia y que han sido reconocidas por el propio Tribunal Constitucional en su sentencia emitida en el Expediente 1963-2006-PA/TC el 5 de diciembre de 2006.

²¹ Emitida el 27 de julio de 2011, en el procedimiento iniciado por la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú contra Ferrocarril Trasandino S.A., Perurail S.A., Peruval Corp S.A., y Peruvian Trains & Railways S.A.

los derechos de acción y petición²².

33. De ello, se desprende que, si los procesos o procedimientos que se denuncian como presuntamente predatorios tienen una expectativa objetiva de triunfo, o, más aún, si estos han sido amparados y declarados fundados por las autoridades judiciales y/o administrativas, no podrían ser susceptibles de calificar como parte de una conducta de abuso de procesos legales.
34. De otro lado, la exigencia de que una conducta de abuso de posición de dominio tenga el efecto de restringir la competencia ha sido resaltada por la Sala en un anterior pronunciamiento²³, en el cual se señaló sobre las prácticas abusivas que: *“Conforme se advierte de las disposiciones del Decreto Legislativo 1034 (...) es necesario que la conducta cuestionada genere o sea susceptible de generar un efecto exclusorio, es decir, que excluya a competidores del mercado o que impida el ingreso a este último de potenciales rivales del presunto agente dominante.”*
35. Así, conforme a la descripción contenida en el tipo sancionador y los criterios de análisis establecidos por la Sala, para que una conducta sea susceptible de configurar un supuesto de litigación predatoria de acuerdo a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se requiere:
 - (i) un agente económico con posición de dominio que realice una pluralidad de acciones que den cuenta de una conducta reiterada de recurrir a la utilización de procedimientos administrativos y procesos judiciales;
 - (ii) ausencia razonable de fundamento objetivo o de méritos que evidencien una nula probabilidad de éxito de las acciones presentadas; y,
 - (iii) que dichas acciones legales puedan tener como efecto actual o potencial restringir la competencia, de manera que aquellas sean idóneas para generar el efecto exclusorio proscrito por la ley.

²² La importancia de realizar este análisis ha sido recogida en la jurisprudencia comparada a partir del precedente *Professional Real Estate Investors Inc v. Columbia Pictures Industries Inc.* expedido por la Corte Suprema de Estados Unidos de América y el caso *ITT Promedia NV v. Belgacom S.A.* expedido por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.

²³ Resolución 930-2011/SC1-INDECOPI del 27 de abril de 2011 expedida como consecuencia de la denuncia interpuesta por Super Star S.R.L. contra Deprodeca S.A.C.

III.3. Aplicación al presente caso

36. Mediante la Resolución 005-2013/ST-CLC-INDECOPI del 3 de junio de 2013, la Secretaría Técnica de la Comisión declaró improcedente la denuncia interpuesta por Teva respecto de un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales en el mercado de comercialización de medicamentos inmunosupresores para el tratamiento post operatorio de pacientes renales. En particular, la primera instancia verificó que no existían indicios razonables que vinculen a Química Suiza con la realización de las conductas denunciadas.
37. De acuerdo a la apelante, la Secretaría Técnica de la Comisión realizó un análisis superficial de la denuncia toda vez que no evaluó la bioequivalencia y sustituibilidad del medicamento Supramunn en relación con el medicamento Neoral.
38. A efectos de analizar una supuesta estrategia de abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, esta Sala considera pertinente, en primer lugar, evaluar si, el sujeto denunciando quien ostenta la presunta posición de dominio en el mercado, tiene vinculación con la conducta denunciada. Así, se debe determinar si en el expediente existen suficientes indicios razonables que sustenten la teoría de que Química Suiza, de manera directa o actuando a través de terceros, ha interpuesto una serie de acciones judiciales o administrativas con la finalidad de excluir a Teva del mercado.
39. Para ello, es necesario conocer en detalle las medidas legales cuestionadas que obran en el expediente. Sobre el particular, los siguientes expedientes corresponden a los procesos judiciales que configurarían la presunta actuación predatoria:

(i) Expediente 10494-2008

Demanda de amparo interpuesta por la señora Yanilde Antonieta Flores Rojas y otros por violación de los derechos fundamentales a la vida y a la dignidad humana contra EsSalud, mediante la cual se solicitó que esta entidad entregue los medicamentos inmunosupresores Cellcept y Neoral a los pacientes continuadores²⁴ al haber iniciado su tratamiento con estos medicamentos.

²⁴

Los pacientes continuadores son aquellos pacientes que han empezado el tratamiento con un determinado medicamento y que, por indicación médica, deben seguir el tratamiento con el mismo medicamento.

Asimismo, se solicitó que se garantice la entrega permanente, continua y oportuna de dichos medicamentos.

Mediante Resolución 9 del 22 de mayo de 2009, el Trigésimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima falló de la siguiente manera²⁵:

“(...) Fallo declarando:

1. FUNDADA en parte la demanda de fojas 130 a 152, interpuesta por Yanilde Antonieta Flores Rojas, (...)

2. En consecuencia ORDENO que en lo sucesivo no se genere la desinformación y apariencia de amenaza que se generó contra los demandantes, según las conclusiones expuestas en los considerandos de la presente; y también ORDENO, que se continúe 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 cantidad que ordene el médico tratante: así como la continuidad de su tratamiento inmuno supresor.(...)”²⁶[SIC]

(Subrayado agregado)

(ii) Expediente 10038-2011-92-1801-JR-CI-07

Medida cautelar solicitada por Nefro Perú a fin de que se ordene a EsSalud que cumpla con entregar sin ningún tipo de discriminación a todos los pacientes trasplantados de riñón que se les haya iniciado tratamiento con los inmunosupresores micofenolato mofetil y ciclosporina, los productos originales de Cellcept y Neoral. Asimismo, se solicita que se garantice la entrega permanente, continua y oportuna de dichos medicamentos.

Mediante Resolución 2 del 18 de noviembre de 2011, el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima falló de la siguiente manera²⁷:

“(...) CONCÉDASE la medida cautelar solicitada, en consecuencia, NOTIFÍQUESE a ESSALUD a fin de que en el plazo de cuarentiocho horas cumpla con entregar sin ningún tipo de discriminación o restricción a todos los pacientes trasplantados de riñón que se les haya indicado tratamiento con los inmuno supresores MICOFENOLATO MOFETIL Y CICLOSPORINA, LOS PRODUCTOS ORIGINALES CELL CEPT Y NEORAL, debiendo ser la entrega permanente y oportuna a los pacientes trasplantados de riñón, asimismo debe ESSALUD garantizar la continuidad del tratamiento inmuno supresor con los medicamentos CELL CEPT Y NEORAL a todos los pacientes trasplantados de riñón que

²⁵ Ver folio 153 del Expediente.

²⁶ Cabe precisar que dicha sentencia fue confirmada mediante Resolución 6 del 16 de junio de 2010 emitida por la Tercera Sala Civil de Lima de la Corte Superior de Justicia de Lima, en lo seguido en el Expediente 1644-2009.

²⁷ Ver folio 146 del Expediente.

así lo requieran, hasta que los medicamentos genéricos de éstos no cuenten con las pruebas de biodisponibilidad y efectividad clínica debidamente comprobada (...). [SIC]
(Subrayado agregado)

(iii) Expediente 15181-2006-0-1081-JR-CI-21

Demanda de amparo interpuesta por la Asociación de Pacientes Nefrológicos del Hospital Almenara – APANEHA y la Asociación Apoyamos a los Pacientes Renales del Perú – ASPER PERÚ contra EsSalud, mediante la cual se solicitó que esta entidad se abstenga de adquirir y suministrar a pacientes trasplantados de riñón el medicamento genérico Ácido Micofenólico. Asimismo, se solicitó que se abastezca de forma permanente y continua con el medicamento Cellcept a los pacientes renales que requieren dicho producto para su tratamiento.

Mediante Resolución 31 del 28 de agosto de 2008, el Vigésimo Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima falló de la siguiente manera²⁸:

*“(...) FALLO:
DECLARANDO FUNDADA EN PARTE la demanda de fojas 19 a 31, y subsanación de fojas 68 a 72; en consecuencia ORDENO que la demandada SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD, cumpla con abastecerse en forma permanente con el medicamento denominado Cellcept, teniendo en cuenta lo señalado en la parte considerativa, (...).”*
[SIC]
(Subrayado agregado)

(iv) Expediente 1492-2007

Demanda de amparo interpuesta en nombre de los menores Luz Melanie Jashimoto Dianderas y Piere Gerald Chumpitaz Jara contra EsSalud a fin de que se ordene que esta entidad cumpla con suministrarles el medicamento Cellcept, el cual fue recetado desde el inicio de sus tratamientos.

Mediante Resolución 21 del 8 de septiembre de 2008, la Octava Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en vía de apelación, falló de la siguiente manera²⁹:

“(...) Por tales fundamentos REVOCARON la sentencia de fecha trece de noviembre del

²⁸ Ver folio 136 del Expediente.

²⁹ Ver folio 168 del Expediente.

dos mil seis obrante a fojas quinientos cuarenta y cuatro al quinientos cincuenta y dos, en el extremo que declara improcedente la demanda de amparo, REFORMÁNDOLA declarar FUNDADA la demanda en consecuencia se ORDENA que los menores Luz Melanie Jashimoto Dianderas y Piere Gerald Chumpitaz Jara cuenten para su tratamiento con el medicamento CELLCEPT en tabletas de 250 mg. en tanto se acredite fehacientemente que su versión genérica (ácido micofenólico o micofenolato mofetil genérico) estén respaldados en estudios de bioequivalencia que garanticen su seguridad y efectividad en los menores demandantes, (...).”[SIC]
(Subrayado agregado)

(v) Expediente 2209-2008

Demanda de amparo interpuesta por la Asociación Apoyamos a los Pacientes Renales del Perú – ASPER PERÚ y otro contra EsSalud a fin de que esta entidad cumpla con abastecerse de forma permanente con el medicamento denominado Cellcept.

Mediante Resolución del 18 de marzo de 2009, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, en vía de apelación, falló de la siguiente manera³⁰:

“(...) Por estos fundamentos: CONFIRMARON la resolución número treinta y uno (sentencia) de fecha veintiocho de agosto del dos mil ocho obrante a fojas trescientos sesenta y siete al trescientos setenta y seis que resuelve declarar fundada en parte la demanda de fojas diecinueve a treinta y uno y subsanación de fojas sesenta y nueve a setenta y dos; en consecuencia ordena que la demandada Seguro Social de Salud –ESSALUD, cumpla con abastecerse en forma permanente con el medicamento denominado CELLCEPT, teniendo en cuenta lo señalado en la parte considerativa (...).”
[SIC]
(Subrayado agregado)

40. De lo anterior, se puede observar que los cinco (5) procesos judiciales que configurarían la presunta conducta anticompetitiva, han sido accionados por diferentes sujetos. Asimismo, en todos estos procesos, el Poder Judicial ha amparado las pretensiones planteadas en los procesos de amparo, y las ha declarado fundadas o, cuanto menos, ha dictado una medida cautelar.
41. Pues bien, la denunciante señaló que existen procesos judiciales interpuestos por Nefro Perú, mediante los cuales esta asociación habría actuado en nombre de Química Suiza, con la finalidad de lograr que el Poder Judicial ordene a EsSalud realizar compras directas de medicamentos comercializados exclusivamente por esta empresa.

³⁰ Ver folio 158 del Expediente.

42. Al respecto, la hipótesis presentada por la denunciante es que la empresa Química Suiza (presunta empresa con posición de dominio en el mercado denunciado) estaría incoando el inicio de procesos judiciales con la finalidad de excluir del mercado a la denunciante. Incluso, alega que dicha empresa estaría actuando indirectamente a través de la asociación Nefro Perú para llevar a cabo la estrategia denunciada.
43. En ese sentido, tal como ha sido indicado previamente, corresponde a esta Sala determinar, en primer lugar, si el presunto sujeto dominante, es decir, Química Suiza, habría realizado directa o indirectamente la conducta imputada. Así, se debe analizar si, a lo largo del expediente, se han presentado indicios razonables que sustenten que:
- i) Química Suiza ha interpuesto alguna acción judicial o administrativa en virtud de la cual pretenda excluir del mercado a Teva, o
 - ii) Química Suiza, a través de Nefro Perú u otras terceras personas, ha interpuesto alguna acción judicial o administrativa en nombre de esta empresa, en virtud de la cual pretenda excluir del mercado a Teva.
44. Sobre el particular, de la revisión de los procesos legales que obran en el expediente, la Sala observa que es claro que Química Suiza no ha interpuesto directamente alguna acción judicial o administrativa.
45. De otro lado, se ha podido verificar que Teva no ha presentado información alguna respecto de indicios razonables que acrediten el supuesto vínculo entre Química Suiza y Nefro Perú, debido al cual esta última estaría accionando judicialmente en perjuicio de la denunciante.
46. Sobre este punto, es pertinente señalar que las Secretarías Técnicas de la Comisión y de la Sala, en virtud del principio de verdad material que rige para los procedimientos administrativos³¹, solicitaron a Teva que presente todos los

³¹

LEY 27444-LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL
TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho 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 medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o

indicios razonables que acrediten la denuncia presentada. Incluso, en segunda instancia, se requirió de manera expresa a Teva que presente toda aquella información o documentación que obre en su poder y que dé cuenta de la vinculación alegada entre Química Suiza y Nefro Perú.

47. Sin embargo, en el presente caso se ha podido observar que la denunciante no ha cumplido con demostrar que la supuesta empresa con posición de dominio estaría proponiendo - de manera indirecta a través de Nefro Perú, en virtud de alguna vinculación- el inicio de procesos judiciales o administrativos que podrían considerarse parte de una estrategia de litigación predatoria.
48. A mayor abundamiento, es pertinente indicar que la Secretaría Técnica de esta Sala ha realizado diversos requerimientos de información a Química Suiza y Nefro Perú con la finalidad de verificar el presunto vínculo entre estos sujetos³². Sin embargo, del análisis de la información brindada, no se ha podido corroborar dicha relación.
49. Por ello, la Sala considera que de lo actuado en el presente expediente, en

hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a éstas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.
(...)

³² Mediante Requerimiento 023-2014/SDC del 18 de febrero de 2014, la Secretaría Técnica de la Sala solicitó a Nefro Perú que presente la siguiente información:

- a. Fecha de fundación y objeto social de su asociación.
- b. Lista de todas las personas que son o han sido asociados desde la fecha de fundación de su asociación al 31 de diciembre de 2012. Además, precisen la fecha desde la cual cada uno de ellos es (o dejó de ser) asociado.
- c. Copia del Libro Diario de ingresos y egresos de su asociación desde la fecha de fundación al 31 de diciembre de 2012.
- d. Copia de las demandas presentadas ante el Poder Judicial correspondientes a los siguientes expedientes:
 - Expediente 15181-2006-0-1081-JR-CI-21, tramitado ante el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima,
 - Expediente 1492-2007, tramitado ante la Octava Sala Civil de la Corte Superior de Lima,
 - Expediente 2209-2008, tramitado ante la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima,
 - Expediente 10494-2008, tramitado ante el Trigésimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, y
 - Expediente 10038-2011-92-1801-JR-CI-07, tramitado ante el Séptimo Juzgado Constitucional de Lima.
- e. Del mismo modo, precisar cómo accedieron a las sentencias presentadas a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia así como a lo actuado en los expedientes judiciales señalados, de ser el caso.

Asimismo, mediante Requerimientos 025 y 036-2014/SDC del 18 de febrero y 10 de marzo de 2014, la Secretaría Técnica de la Sala solicitó a Química Suiza que presente información acerca de todas las asociaciones de pacientes a las cuales brindan auspicios o apoyo, ya sea a través de capacitaciones, apoyo financiero, donaciones de medicina, entre otros.

atención a la información presentada por la denunciante y a los requerimientos realizados por las Secretarías Técnicas de la Comisión y de la Sala³³, no se ha podido evidenciar la existencia de indicios razonables que acrediten que, Química Suiza por cuenta propia o a través de terceros, haya interpuesto procesos judiciales mediante los cuales pretenda la exclusión del mercado de Teva.

50. En conclusión, tal como ha sido indicado en el numeral 23 de la presente resolución, toda vez que no se han presentado indicios razonables que acrediten, a nivel indiciario, que los sujetos denunciados han cometido la conducta infractora, esta Sala considera que la denuncia no cumple con uno de los requisitos de procedencia establecidos en el artículo 19 del Decreto Legislativo 1034.
51. Sin perjuicio de ello, es relevante señalar que, con la finalidad de analizar la existencia de una conducta de abuso de procesos legales, debe verificarse si, los procesos judiciales señalados como presuntamente predatorios, tienen algún fundamento objetivo razonable o expectativa de triunfo respecto de sus pretensiones. Siendo dicho análisis afirmativo, debería descartarse cualquier ejercicio ilegítimo del derecho de acción o petición.
52. En el caso en particular, de los procesos judiciales que obran en el presente expediente, se observa que estos han sido amparados por el Poder Judicial³⁴. En efecto, esta Sala verifica que no solo los accionantes tenían una legítima expectativa de que sus demandas iban a ser declaradas fundadas, sino que, en todos los procesos, el Poder Judicial ha resuelto de manera favorable las solicitudes planteadas.
53. Por lo anterior, siendo que la denunciante no ha cumplido con presentar información que sustente, preliminarmente y manera indiciaria, la existencia de una vinculación entre Química Suiza y Nefro Perú, corresponde confirmar la Resolución 005-2013/ST-CLC-INDECOPI del 3 de junio de 2013 que declaró improcedente la denuncia.

³³ Al respecto, ver Carta 324-2012/ST-CLC-INDECOPI del 15 de noviembre de 2012, así como Requerimientos 023, 024 y 025-2014/SDC del 18 de febrero de 2014 y 036-2014/SDC-INDECOPI del 10 de marzo de 2014.

³⁴ Al respecto, en los procesos correspondientes a los Expedientes 15181-2006-0-1081-JR-Cl-21, 10494-2008, 1492-2007 y 2209-2008, el Poder Judicial ha amparado las demandas presentadas y se ha pronunciado ordenando que EsSalud cumpla con abastecerse y proveer los medicamentos Neoral y Cellcept a los pacientes renales en su tratamiento post operatorio. Asimismo, en el proceso correspondiente al Expediente 10038-2011-92-1801-JR-Cl-07, el Poder Judicial ha concedido la medida cautelar solicitada.

Otros argumentos presentados en la apelación

54. En su escrito de apelación, Teva ha señalado que la Secretaría Técnica de la Comisión debió haber evaluado si, contrariamente a lo señalado en las sentencias emitidas por el Poder Judicial, el medicamento Supramunn, comercializado por la denunciante, tiene efectos bioequivalentes a nivel de sustituibilidad del producto Neoral, comercializado por Química Suiza.
55. Es decir, de lo anterior se aprecia que, para la denunciante, la Comisión y esta Sala deberían realizar un análisis respecto de los argumentos de fondo emitidos por el Poder Judicial, en virtud de los cuales se ordenó que EsSalud adquiriera los medicamentos comercializados por Química Suiza.
56. Al respecto, es pertinente tener en cuenta que la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional se encuentra recogida en el numeral 2 del artículo 139 de la Constitución Política. En efecto, dicha norma constitucional señala que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han adquirido la calidad de cosa juzgada, cortar procedimientos en trámite, modificar sentencias o retardar su ejecución³⁵.
57. En concordancia con este principio de la función jurisdiccional, el artículo 4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial³⁶, aprobado por el

35

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional

(...)

2. La independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional. Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. Estas disposiciones no afectan el derecho de gracia ni la facultad de investigación del Congreso, cuyo ejercicio no debe, sin embargo, interferir en el procedimiento jurisdiccional ni surte efecto jurisdiccional alguno.

(Subrayado agregado)

36

TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL

Artículo 4.- Carácter vinculante de las decisiones judiciales. Principios de la administración de justicia

Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.

Ninguna autoridad, cualquiera sea su rango o denominación, fuera de la organización jerárquica del Poder Judicial, puede avocarse al conocimiento de causas pendientes ante el órgano jurisdiccional. No se puede dejar sin efecto resoluciones judiciales con autoridad de cosa juzgada, ni modificar su contenido, ni retardar su ejecución, ni cortar procedimientos en trámite, bajo la responsabilidad política, administrativa, civil y penal que la ley determine en cada caso.

Esta disposición no afecta el derecho de gracia.

Decreto Supremo 017-93-JUS, ha establecido el carácter vinculante de las decisiones judiciales, señalando que toda persona o autoridad se encuentra obligada a cumplir con lo dispuesto por la autoridad jurisdiccional, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, dado que podría significar un desacato a dicho mandato.

58. En consecuencia, de acuerdo con las normas citadas precedentemente, ante las decisiones emanadas del órgano jurisdiccional, la autoridad administrativa (como es el caso de la Comisión o la Sala) se encuentra impedida de calificar el contenido y fundamentos de dichos pronunciamientos, así como restringir sus efectos o interpretar los alcances, debiendo limitarse a acatar la decisión judicial.
59. Por tanto, no es competencia de la Comisión ni de la Sala evaluar el fondo de las decisiones emanadas en los procesos judiciales descritos precedentemente, debido a que el Poder Judicial ya ha determinado que los productos Neoral y Cellcept son los medicamentos que corresponden ser abastecidos por EsSalud a estos casos en concreto.
60. En consecuencia, la Sala concluye que corresponde confirmar la Resolución 005-2013/ST-CLC-INDECOPI, que declaró improcedente la denuncia interpuesta por Teva contra Nefro Perú y Química Suiza por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.

RESUELVE: confirmar la Resolución 005-2013/ST-CLC-INDECOPI del 3 de junio de 2013, que declaró 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.

Con la intervención de los señores vocales Silvia Lorena Hooker Ortega, Julio Carlos Lozano Hernández, José Luis Bonifaz Fernández y Sergio Alejandro León Martínez.

SILVIA LORENA HOOKER ORTEGA
Presidenta