



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO EN LO CONSTITUCIONAL

EXPEDIENTE : 01694-2018-0-1801-JR-CI-01
ESPECIALISTA : FIORELLA ORIANA MENDOZA CAMPOS
MATERIA : PROCESO DE AMPARO
DEMANDANTE : JUSTINIANO RÓMULO APAZA ORDOÑEZ
DEMANDADO : INRETAIL PERÚ CORP

AUTO DE IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA

RESOLUCION: 01

Lima, 12 de febrero de 2018.-

AUTO Y VISTOS: Con el escrito de demanda presentado con fecha 01 de febrero último; **CONSIDERANDO:**

Asunto:

➤ Calificación de demanda por amenaza de afectación al derecho de salud.

Fundamentos de la decisión:

Primero: *Justiniano Rómulo Apaza Ordoñez* interpone demanda de amparo contra Inretail Perú Corp solicitando que se deje sin efecto la adquisición de Quicorp S.A. referida a operaciones en la industria farmacéutica, así como los actos jurídicos celebrados de forma posterior a dicha transferencia. Alega que tal adquisición constituye una amenaza de afectación a su derecho a la salud, al derecho de los consumidores y usuarios; así como vulneración al principio constitucional de proscripción de abuso del derecho.

Fundamenta su demanda, en síntesis, en lo siguiente:

1. Manifiesta que ante la adquisición de Quicorp S.A. (integrada por Mifarma, Boticas Arcangel, Boticas BTL y Mifasa), por parte de Inretail Perú Corp. (empresa de holding Intercorp y propietaria de Inkafarma), diversos medios de prestigio han señalado que este grupo empresarial sería dueño de cerca del 95% de la participación del mercado de las cadenas de farmacias, lo que ha causado preocupación por el aviso de fusión de dicha empresa, por una posible concertación de precios de los medicamentos tanto del Ministro de Salud como del Defensor del Pueblo.
2. Sostiene que por el porcentaje que ahora representa el grupo demandado como único titular de las farmacias adquiridas, hace que la concentración del mercado farmacéutico se instituya en un monopolio. Lo que constituye una amenaza a su derecho a la salud, como usuario o consumidor de productos farmacéuticos, pues de concretizarse el abuso de la posición de dominio con el incremento de precios o la restricción en la venta de medicamentos genéricos, la afectación no sólo será el derecho de los consumidores, sino que podría generar una afectación irreversible a los derechos a la salud, a la integridad y a la vida misma; ello teniendo en cuenta que nada garantiza que se incurra en concertación de precios, como ocurrió en el año 2016, en dónde INDECOPI sancionó a cinco cadenas de

farmacias (entre ellas, Arcángel, Fasa, Inkafarma, Mifarma y Felicidad), por concertar precios de medicamentos y complementos nutricionales.

3. Asevera que lejos de enmendar la conducta sancionada por INDECOPI, las sancionadas promovieron un proceso de fusión y adquisición que se efectivizó con el dominio de Inkafarma, con lo cual se ha consumado un claro abuso de derecho con la única finalidad de evitar posteriores sanciones por concertación indebida, por lo que recurre al proceso de amparo como mecanismo de defensa de su derecho a la salud.

Segundo: Al respecto, cabe señalar que la Constitución reconoce en su artículo 7 que todos los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud; así como el deber estatal de contribuir a la promoción y defensa de esta.

El Tribunal Constitucional ha sostenido en la Sentencia recaída en el Expediente N° 07231-2005-PA/TC, que el contenido o ámbito de protección de este derecho constitucional a la salud, consiste en la "facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo". (STC 1429-2002-HC/TC, FJ 12, segundo párrafo). El derecho a la salud, entonces, "se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado" (STC 1429-2002-HC/TC, FJ 13). Este doble aspecto del derecho a la salud se orienta ciertamente a posibilitar un *estado pleno de salud*.

Tercero: De la revisión de la demanda y anexos, se aprecia que la pretensión del recurrente se sustentaría *en la amenaza* de afectación a su derecho a la salud y de la población, pues a su juicio, nada garantiza que las empresas farmacéuticas ahora fusionadas no vuelvan a incurrir en la misma conducta anteriormente sancionada (concertación de precios de medicamentos y complementos nutricionales), además, considera que tal adquisición "monopólica" tiene como única finalidad incumplir las medidas impuestas por INDECOPI, por lo que solicita que se deje sin efecto el contrato de fusión celebrado entre dichas empresas, y los demás actos jurídicos que se deriven.

Cuarto: El TC- en reiterada jurisprudencia- se ha pronunciado indicando que la procedencia del amparo para casos de amenaza de vulneración de derechos constitucionales está supeditada a que tal amenaza sea cierta e inminente.

Así, en la STC N.º 0091-2004-PA/TC, específicamente en el fundamento 8, afirmó que para ser objeto de protección frente a una amenaza a través de los procesos constitucionales, esta "*debe ser cierta y de inminente realización; es decir, el perjuicio debe ser real, efectivo, tangible, concreto e ineludible, excluyendo del amparo los perjuicios imaginarios o aquellos que escapan a una captación objetiva. En consecuencia, para que sea considerada cierta, la amenaza debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, y ser de inminente realización, esto es, que el perjuicio ocurra en un futuro inmediato, y no en uno remoto. A su vez el perjuicio que se ocasione en el futuro debe ser real, pues tiene que estar basado en hechos verdaderos, efectivo, lo cual implica que inequívocamente menoscabará alguno de los derechos tutelados; tangible, esto es, que debe percibirse de manera precisa; e ineludible, entendiéndose que implicará irremediablemente una vulneración concreta"* (subrayado agregado).

Quinto: En el caso particular, de los hechos expuestos en la demanda, se desprende que la "amenaza" de afectación al derecho a la salud que sustentaría la pretensión del recurrente no es cierta ni inminente.

No es **cierta**, por cuanto la fusión de cadenas farmacéuticas no genera por sí misma la imposibilidad que el recurrente adquiera sus medicamentos para restablecer su estado de salud (en caso se encuentre deteriorado), o prevenir alguna enfermedad, siendo que las copias simples de las notas periodísticas del Diario El Comercio, y del Diario Gestión únicamente informan sobre la adquisición de cadenas farmacéuticas. Tampoco se señala como tal fusión afectaría de manera directa a la población del país ; por lo menos, de la forma como se encuentra planteada la demanda no se advierte amenaza cierta, sólo sería una posibilidad incierta.

Y si bien el Ministro de Salud habría declarado que tal fusión **podría** significar un probable riesgo para el usuario, dicho funcionario no hace referencia a algún documento técnico que sustente tal probabilidad. Lo mismo ocurre, con la declaración del Defensor del Pueblo en la calificación realizada. Por el contrario, en el mismo recorte, se destaca que el MINSA viene supervisando desde DIGEMID la disponibilidad de fármacos; además de evaluarse el desarrollo de una mejor oficina de compras de medicamentos para transacciones corporativas de fármacos e insumos. Tampoco el recurrente ha acompañado a su demanda documento alguno que acredite que debido a la adquisición efectuada por parte del grupo Inretail Perú Corp, el(os) precio(s) de(l) medicamento(s) se haya incrementado de forma injustificada. ⁴

No es **inminente** la lesión alegada pues la celebración de un contrato de fusión no acarrea, por sí, que las medicinas puedan elevar su precio, que impida ser adquirida por la población; por lo menos, tal situación no podría afirmarse con la simple presentación de notas periodísticas. Además, el incumplimiento de las medidas correctivas impuestas por concertación de precios mediante Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI del 12 de octubre de 2016, es un hecho anterior a la adquisición cuestionada, que corresponde se ejecutado por INDECOPI y que no sirve para alegar una inminente agresión al derecho a la salud del actor y/o la ciudadanía.

En ese sentido, la lesión alegada no es de inminente realización, esto es, no existe en el caso de autos, algún perjuicio en el derecho invocado.

Sexto: En ese sentido, de la forma como se ha planteado la demanda, no existen elementos que vislumbren la existencia de amenaza cierta e inminente al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la salud del recurrente y de la población, pues la amenaza al contenido constitucional debe estar fundada en hechos reales, y no imaginarios, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia recaída en el Expediente N° 0091-2004-PA/TC, por lo que corresponde declarar la improcedencia de la demanda.

Sétimo: De otro lado, en cuanto a la vulneración al principio constitucional de proscripción de abuso del derecho debe tenerse en cuenta que el monopolio no está prohibido en el Perú. Lo que prohíbe explícitamente el artículo 61° de la Constitución es el **abuso de posiciones dominantes o monopólicas**.

Para determinar el abuso de una posición dominante o monopólica del mercado farmacéutico, tendría que verificarse por ejemplo, si se incurrió o no en las conductas de efecto exclusorio previstas en el numeral 10.2 del artículo 10° de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1034, como por ejemplo, "[n]egarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios".

Octavo: El recurrente, en el caso de autos, no señala cuál es la práctica monopólica incurrida por la empresa demandada que haga necesaria la intervención de la justicia constitucional, pues la sola fusión de las cadenas farmacéuticas no implica un abuso de la posición de dominio que tendría ahora el grupo Inretail Perú Corp. En todo caso, corresponde al INDECOPI como entidad especializada, verificar si el grupo Inretail Perú Corp ha incurrido o no, en algún supuesto de abuso de la posición de dominio en el mercado farmacéutico; pues para determinar el incremento de precios de medicamentos y complementos nutricionales que preocupa al recurrente, es necesario actuar pruebas técnicas para determinar precios y usos de los medicamentos y complementos nutricionales, etapa de la cual carecen los procesos constitucionales de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9° del Código Procesal Constitucional.

Cabe resaltar que el recurrente no ha presentado informe técnico alguno. Únicamente ha anexado a su demanda copia de su DNI, copia simple de comunicación de compra dirigido a la SMV, un recorte e impresión periodística, con lo cual no se puede cuestionar un contrato en la vía judicial, menos en la vía constitucional.

Noveno: En consecuencia, estando a que lo pretendido por el accionante, generado sólo por la publicación de reportes periodísticos, no tiene sustento constitucional, por lo que corresponde declarar su improcedencia de acuerdo a lo establecido en el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

Decisión:

Por las consideraciones antes expuestas, **se RESUELVE:**

1. Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.
2. Consentida la presente resolución, devuélvase los anexos y **ARCHÍVESE DEFINITIVAMENTE** los autos.
3. **Interviniendo** el Magistrado y la Especialista Legal que suscribe de acuerdo a la Resolución Administrativa N° 029-2018-P-CSJLI/PJ.
4. **Notifíquese.-**