



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

SUMILLA: De la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1044, se aprecia que para el legislador los agentes económicos y el proceso competitivo como bien jurídico tutelable, se encuentran constituidos por los proveedores de bienes o servicios, los consumidores y el orden público económico (principios y valores que orientan la vida económica de un país), lo cual descarta la hipótesis que los entes reguladores formen parte de ese ámbito de protección.

Lima, once de mayo

de dos mil diecisiete.-

LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:-----

VISTA la causa; con el acompañado en IV tomos; en audiencia pública señalada en la fecha, integrada por los señores Jueces Supremos: Walde Jáurequi - Presidente, Vinatea Medina, Rueda Fernández, Toledo Toribio y Bustamente Zegarra; de conformidad con el Dictamen Fiscal Supremo Especializado en lo Contencioso Administrativo; y, producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DE LOS RECURSOS DE CASACIÓN:

Se trata de los recursos de casación interpuesto por el demandado **Tecnofarma Sociedad Anónima**, de fecha seis de agosto de dos mil quince, obrante a fojas setecientos ochenta y tres; y por el **Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi**, de fecha cinco de agosto de dos mil quince, obrante a fojas setecientos sesenta, ambos contra la sentencia de vista de fecha ocho de mayo de dos mil quince, obrante a fojas seiscientos noventa y cuatro, que revocó en parte la sentencia de primera instancia de fecha catorce de julio de dos mil catorce, obrante a fojas quinientos veintidós, que declara infundada la



**SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA**

demanda, y reformándola la declaró fundada en parte; en los seguidos por Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-Indecopi y otro, sobre Impugnación de Resolución Administrativa.

II. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HAN DECLARADO PROCEDENTES LOS RECURSOS:

Mediante resolución de fecha veintidós de abril de dos mil dieciséis, obrante a folios doscientos treinta, del cuadernillo de casación formado ante esta Sala Suprema, se declaró procedente el recurso de casación presentado por **Tecnofarma Sociedad Anónima**, por las causales de infracción normativa:

a) **Inaplicación del artículo 212 de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444**; alega que en virtud de este artículo un acto administrativo o extremo de este, queda firme cuando no ha sido impugnado por la parte perjudicada. En tal sentido, en el presente caso, el nueve de diciembre del dos mil once, Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima se adhiere a la apelación interpuesta por Tecnofarma la cual fue declarada procedente. Precisándose que Tecnofarma apeló la resolución administrativa solo en el extremo que le fue desfavorable, esto es, en cuanto se declaró fundada en parte la denuncia contra Tecnofarma por comisión de actos de competencia desleal. En tal sentido, Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima al adherirse a su apelación solo estaba facultado para asumir como suya la pretensión impugnatoria de Tecnofarma, la misma que solo cuestionó un extremo de la resolución emitida por la Comisión. Por consiguiente, los extremos no impugnados han quedado firmes al no haberse cuestionado.

b) **Interpretación errónea de los artículos 1, 2 y 6.2 del Decreto Legislativo N° 1044 (efecto concurrencial o daño concurrencial)**; señala que si bien en la sentencia no se hace mención alguna del artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1044, al ser dicha norma una cláusula general que establece la necesidad



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

de un efecto concurrencial para determinar la licitud de una conducta anticompetitiva, considera que al hacerse mención de los demás artículos donde se señala la exigencia del efecto concurrencial, también se tomó en cuenta el referido artículo para resolver la cuestión controvertida. Indica que la interpretación realizada sobre las normas que regulan el efecto concurrencial es incorrecta, toda vez que una debida interpretación en relación a los alcances del efecto concurrencial implica en analizar o investigar si las conductas investigadas, de acuerdo a la naturaleza de las mismas, podían tener la vocación o no de generar una consecuencia en el mercado. En el presente caso, el *Ad quem* ha omitido dicho análisis, ha calificado las conductas (entrega de cartas a Digemid e Indecopi) por el simple hecho de existir, mas no ha efectuado un análisis posterior respecto a si la entrega de dicha carta podría o no originar los procedimientos de investigación correspondientes y si estos se exteriorizarían en el mercado.

c) Interpretación errónea del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1044; manifiesta que una correcta interpretación de los alcances de dicha norma, implica que a efectos de poder determinarse si una conducta constituye un acto de denigración, deberá establecerse si la conducta denunciada fue efectivamente difundida en el mercado, ya sea a través de medios públicos o de medios privados o que exista una amenaza cierta e inminente de que las mismas sean difundidas. Debe determinarse si el acto tiene la idoneidad de producir una modificación en la decisión de compra de los consumidores. En el presente caso, existe un claro error en la interpretación de los alcances del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1044, toda vez, que las conductas investigadas no tenían la potencialidad de ser difundidas en el mercado por lo siguiente: a) La presentación de dichas cartas no originó respuesta alguna por parte de los órganos fiscalizadores; b) En el presente caso materia de *litis*, Digemid e Indecopi no son receptores de la oferta en relación al producto; c) Indecopi y Digemid tienen participación en el mercado como autoridades de fiscalización no teniendo el grado de consumidores.



**SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA**

d) **Inexistencia de motivación o motivación aparente – infracción del artículo 121 del Código Procesal Civil**; refiere que existe una motivación aparente, pues al determinar que existió una campaña mediática realizada por Tecnofarma contra Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima, para lo cual se pretende darle una supuesta relación entre la Carta N° 063-UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD-2010 y un reportaje periodístico, basándose en una serie de indicios; sin embargo, no analiza siquiera cuáles son los elementos o premisas que pudieran llegar a la conclusión arribada. No existe descripción alguna de elementos que permitieran determinar la existencia de una conexión entre Tecnofarma y los periodistas del diario Correo, a fin de justificar dicha conexión se está utilizando a la figura del indicio de una proximidad de las fechas.

Por resolución de fecha veintidós de abril de dos mil dieciséis, obrante a fojas doscientos treinta y siete, del cuadernillo de casación formado ante esta Sala Suprema, se declaró procedente el recurso de casación interpuesto por el **Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi**, por la siguiente causal:

- **Infracción normativa por interpretación incorrecta de los artículos 2 y 11 del Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal**; alega que la configuración del acto de denigración requiere necesariamente la transcendencia externa, es decir, de que sea susceptible de afectar su capacidad de decisión, afectando de este modo al agente aludido en las afirmaciones de carácter denigratorio. Aplicando en el caso de autos, la remisión a la Digemid y al Indecopi de la Carta N° 063-UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD-2010 no tiene la finalidad concurrencial en el mercado y por lo tanto se trata de una conducta que no está comprendida dentro del ámbito de aplicación contenido en el artículo 2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, no constituyendo un acto de competencia desleal en la modalidad de denigración en los términos descritos. Siendo que contrariamente a lo afirmado por la Sala de mérito, ninguna de las instituciones participa en el mercado



**SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA**

desde el lado de la demanda, ya que no son compradores ni distribuidores de los productos ofrecidos por Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima o Tecnofarma. Así, la información proporcionada a dichas instituciones no tiene transcendencia externa de tipo concurrencial en la medida que no están ante agentes económicos que participan en el mercado.

Admitida a trámite la demanda mediante resolución número uno, de fecha veinticuatro de enero de dos mil trece y notificada conforme a ley, mediante resolución número dos, de fecha catorce de junio de dos mil trece, se tiene por absuelto el traslado de la demanda por parte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi y Tecnofarma Sociedad Anónima, y se tiene por ofrecidos los medios probatorios. Por resolución número tres, obrante a fojas cuatrocientos cincuenta y seis se declara saneado el proceso, se fijan puntos controvertidos, se admiten los medios probatorios, y se dispone vista fiscal con la opinión que se declare infundada la demanda.

III. ANTECEDENTES DEL PROCESO:

DE LA DEMANDA: La empresa demandante Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima pretende: **Primer Petitorio Principal:** Se declare la nulidad de la Resolución N° 1533-2012/SC1-INDECOPI, de fecha dieciséis de julio de dos mil doce, que en mayoría declaró: **a)** La nulidad de la resolución de fecha quince de diciembre de dos mil diez, que admitió a trámite la denuncia formulada por Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima contra Tecnofarma por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de denigración; **b)** confirmó la Resolución N° 132-2011/CCD de fecha diecisiete de agosto de dos mil once, que declaró improcedente la denuncia por actos de denigración formulada contra Juan Andres Ricketts Rodrigo; **c)** confirmó la Resolución N° 132-2011/CCD en el extremo que declaró infundada la imputación contra Tecnofarma, por actos de denigración derivados del desarrollo de una campaña publicitaria mediática lesiva de la reputación



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

comercial de Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima; **d)** declaró la nulidad de la Resolución N° 132-2011/CCD, en el extremo que omitió pronunciarse respecto de la presunta difusión de la Carta falsa N° 063-UOPA-SOM-HERM, de contenido denigratorio ante el Seguro Social de Salud e integrando el pronunciamiento se declaró infundado este extremo. **Segundo Petitorio Principal:** La defensa del derecho a la libre competencia leal mediante la adopción de las siguientes medidas: **a)** La determinación de los actos de competencia desleal en la modalidad de actos denigratorios que Tecnofarma realizó en perjuicio de Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima; y, **b)** la imposición de una multa equivalente a setecientas Unidades Impositivas Tributarias (dos millones quinientos cincuenta y cinco mil con 00/100 soles). Señala como fundamentos básicamente que, la resolución impugnada viola el derecho a la libre y leal competencia de Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima por no reconocer su condición de víctima de actos de competencia desleal, en la modalidad de actos denigratorios. Durante la tramitación del procedimiento administrativo se logró acreditar que Tecnofarma Sociedad Anónima fue la autora de la campaña publicitaria denigratoria contra Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima a través de las siguientes pruebas: **(i)** indicio de la utilización por Tecnofarma Sociedad Anónima de documento con contenido denigratorio en el proceso de licitación seguido contra Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima ante EsSalud; **(ii)** indicio de la coetaneidad de la difusión de las informaciones denigratorias; **(iii)** indicio de la no autenticidad de la fuente de prueba de la información periodística; **(iv)** indicio de la similitud del dato falso entregado a través de la Carta N° 063-UOPA-SOM-HERM y el dato falso entregado al diario Correo; **(v)** indicio del beneficiario con la difusión de la información denigratoria; y, **(vi)** la declaración del Gerente General de Tecnofarma Sociedad Anónima Francisco Javier Siredey Olivares. La valoración de la prueba indiciaria que realizó el Tribunal del Indecopi fue arbitraria. La empresa Tecnofarma Sociedad Anónima tiene la condición de competidora del Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima en el mercado de la producción y comercialización de productos médicos utilizados



**SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA**

en pacientes de oncología pediátrica, por lo que tiene la cualidad exigida en el tipo legal de competencia desleal. La presentación ante Indecopi y Digemid, por Tecnofarma Sociedad Anónima, única competidora de Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima en el especializado mercado de las medicinas de pediatría oncológica, de un documento falso atribuyendo que la Unidad de Oncología Pediátrica y Adolescente del Hospital Rebagliati había decidido no usar el “Dexrazoxano” ni ningún medicamento de Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima, fue un acto de competencia realizado en el mercado. El sostener que los actos de denigración solamente se dirigen contra los consumidores; es interpretar el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal de forma contraria a la razón de ser del Indecopi, que es la protección de la libre competencia reprimiendo la competencia desleal; los consumidores no se perjudican solamente con conocer informaciones falsas que les impide elegir adecuadamente un producto o servicio, se les perjudica igualmente cuando un competidor desaparece o pierde su posición en el mercado. La presentación de la carta denigratoria ante Digemid y Indecopi es un acto que se encuentra dentro del proceso competitivo, un medio para afectar la posición en el mercado de Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima en beneficio de Tecnofarma Sociedad Anónima, frente al hecho admitido de la presentación de la carta por Tecnofarma Sociedad Anónima, esto es, demostrado el acto denigratorio mediante propalación de información que genera daño potencial o peligro abstracto sobre la reputación de Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima, el artículo 11 de dicha Ley, solamente le permitía invocar la causa de justificación prevista en el apartado 11.2 referido al ejercicio regular de la libertad de información.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: Mediante sentencia de primera instancia de fecha catorce de julio de dos mil catorce, que corre a fojas quinientos veintidós, se declara infundada la demanda de impugnación de resolución administrativa; basando su decisión en los siguientes fundamentos:
I) Conforme a lo señalado por el Tribunal del Indecopi en la resolución



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

impugnada, este Juzgado considera que la supuesta conducta desarrollada por Tecnofarma Sociedad Anónima, consistente en la presentación de una versión falsificada de la Carta N° 63-UOPA-SOM-HNERM-ESSALU D-2010 ante Indecopi y Digemid, no reúne la condición objetiva de ser un acto concurrencial de denigración, al no ser una comunicación dirigida al mercado con el fin de distorsionar la preferencia de los consumidores. **II)** En efecto, el acto denunciado por la demandante no tiene la idoneidad para producir una modificación en la preferencia de los consumidores, desviando sus decisiones de compra, pues dicho acto no se ha dirigido al mercado donde interactúa la oferta y la demanda, sino, por el contrario, a entidades estatales (Indecopi y Digemid) quienes no son agentes que participan en el mercado como compradores o consumidores de los productos farmacéuticos que ofrece la demandante. **III)** Si bien, como señala la demandante, dichas entidades intervienen en el mercado, pero no lo hacen como agentes económicos, sino como autoridades que supervisan y vigilan el normal desenvolvimiento de las actividades económicas de los particulares en sus respectivos ámbitos de competencia; razón por la cual, la puesta en su conocimiento no configura una acción típica relevante consistente en alterar la capacidad de decisión de los consumidores, afectando la imagen y reputación del empresario frente a ellos. **IV)** Por ello, resulta equivocado que la accionante sostenga que *“la presentación de la carta denigratoria ante el Digemid y el Indecopi es un acto que se encuentra dentro del proceso competitivo”*; pues el proceso competitivo implica la participación de las empresas competidoras en el mercado para ganarse la preferencia de los consumidores, situación que no ocurre en el caso de las entidades indicadas. **V)** Cosa distinta sería el caso en que estas entidades intervengan en el mercado, no como autoridades supervisoras y reguladoras, sino como agentes económicos que compran o consumen los productos farmacéuticos -como ocurre en el caso de Essalud- en el marco de las compras públicas, caso en el que sí podría considerar que hay acto concurrencial de la denunciada capaz de alterar el orden de mercado desviando la preferencia de compra y adquisición de los medicamentos que



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

ofrece la demandante, situación que como se ha dicho no ocurre en el presente caso. No resulta correcto señalar que para determinar los actos de denigración solamente se debe probar que dichos actos violan la buena fe comercial; por el contrario, se debe realizar un análisis previo sobre si los actos de denigración denunciados se encuentra comprendidos dentro del ámbito de aplicación objetivo de la ley, siendo que, en el presente caso, se ha advertido que la comunicación de la Carta N° 063-UOPA-SOM-HNE RM-ESSALUD-2010 cursada a Digemid e Indecopi no califica como un efecto concurrencial de tipo denigratorio. En el presente caso, no se dan, por tanto, los requisitos que exige el artículo 2 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal para que el acto denunciado pueda ser calificado de desleal, al no quedar la conducta atribuida a la demandada, incluida en el ámbito objetivo de aplicación de ese texto legal; en consecuencia, se advierte que el Tribunal del Indecopi, al emitir la resolución impugnada, ha actuado dentro del marco legal sobre la materia.

SENTENCIA DE VISTA: La Sala Superior mediante sentencia de vista de fecha ocho de mayo de dos mil quince, obrante a fojas seiscientos noventa y cuatro, revocó en parte la sentencia de primera instancia de fecha catorce de julio de dos mil catorce, obrante a fojas quinientos veintidós, que declaró infundada la demanda, y reformándola la declaró fundada en parte; considerando lo siguiente: **I)** En el caso de los actos denigratorios, deberemos determinar si los actos imputados (entrega de la Carta N° 063-UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD-2010 a Indecopi y Digemid) tuvieron el efecto real o potencial de causar un menoscabo en la imagen empresarial de Laboratorios AC Farma. **II)** Por otro lado, de autos consta que la Carta N° 063 UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD-2010, fue redactada el cinco de mayo de dos mil diez, y con fecha seis de mayo del mismo año, es decir, al día siguiente de la elaboración de la Carta, el señor Ricketts Rodrigo, gerente de Tecnofarma, entregó dicho documento a las mesas de parte de Indecopi y Digemid; no existiendo controversia respecto al hecho que un funcionario de Tecnofarma hizo entrega de las cartas a las referidas entidades públicas, cabría analizar si



**SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA**

existe una causa que justifique el hecho que un gerente de un laboratorio farmacéutico (que es competidor directo de la accionante) haya hecho entrega de un documento que habría sido elaborado por Essalud a las mesas de parte de Indecopi y Digemid, en vista a que al ser un documento de carácter interno, lo lógico es que dicho nosocomio hubiera remitido la Carta por conducto regular, por medio de personal de courier o su equivalente, y no por un particular externo al hospital. **III)** En consecuencia, no existe una justificación plausible que avale el hecho que el señor Ricketts haya diligenciado las cartas, puesto que el hecho que el laboratorio denunciado alegue que las cartas fueron diligenciadas como un favor a la Jefa de Oncología del Hospital Rebagliati (conforme manifiesta Tecnofarma, en su escrito de absolución de la denuncia administrativa obrante a fojas doscientos cuarenta y nueve a doscientos cincuenta del expediente administrativo) no resulta un argumento sustentable, más aún, cuando la Jefa de Oncología niega haber redactado dicho documento; **IV)** Lo concreto es, que la denunciada tuvo acceso en forma casi inmediata a la expedición de dicha carta, y sin realizar indagaciones respecto a la veracidad de dicho documento, en forma unilateral procedió a remitirla a entidades reguladoras (Digemid e Indecopi). **V)** Ahora, es importante señalar que ante un suceso tan trágico como el fallecimiento de menores de edad luego de recibir un tratamiento de quimioterapia, resulta imperativo que se realicen las investigaciones necesarias de forma rigurosa con la finalidad de determinar cuáles fueron las causas de los decesos, y de ser el caso, sobre quién o quienes recaería la responsabilidad. Por ello, no se cuestiona que una información de este tipo haya sido puesta en conocimiento de Digemid, sino el hecho que el documento remitido haya contenido información imputando de forma directa a Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima, sin que existiera información cierta, veraz y pertinente que pudiera acreditar que este laboratorio tuvo responsabilidad en los trágicos eventos. Independientemente de quien emitió la Carta N° 063 UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD-2010, esta fue entregada fuera de los canales regulares por un gerente de Tecnofarma, por lo que es objetivamente imputable a esta empresa el haber realizado un acto



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

dirigido a divulgar una información que afectaba la imagen de Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima sin contar con el sustento necesario que avalara la versión contenida en el documento remitido. **VI)** Por lo expuesto, no compartimos el criterio del *A quo* en el sentido que una investigación derivada como consecuencia de la entrega de la Carta N° 063 UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD-2010 a Digemid e Indecopi no afectaría la imagen comercial de la demandante, puesto que entregar a una entidad reguladora un documento que vincule a una empresa con la muerte de menores de edad, vincula a la accionante con un hecho tan trágico que es virtualmente imposible que dichas investigaciones no trasciendan a otras esferas y afecten las actividades concurrenciales del mercado, independientemente de si en dicha investigación se determina la responsabilidad o no de la empresa. Así, aún si se determinara que no existió responsabilidad, la información que vincula a la empresa con los decesos de los pacientes perdura en la mente de los agentes del mercado, perjudicando la imagen comercial de la empresa afectada. **VII)** El potencial efecto de la documentación remitida es similar al analizado en el caso de Digemid, ya que toda investigación que pudiera derivarse del contenido de la Carta N° 063 UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD-2010, vincula al laboratorio demandante con el deceso de los pacientes, sin que exista información pertinente, veraz y certera respecto del origen de los medicamentos nocivos, por lo que en el caso concreto no es amparado con la *exceptio veritatis*; ergo, la conducta incurrida por Tecnofarma es ilícita y pasible de ser sancionada.

IV. FUNDAMENTOS DE ESTA SALA SUPREMA:

PRIMERO: Que, según lo establecido en el artículo 384 del Código Procesal Civil, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 29364, el recurso de casación tiene por fines esenciales la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema de Justicia (finalidad nomofiláctica y uniformizadora, respectivamente);



**SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA**

precisado en la Casación N° 4197-2007/La Libertad¹ y Casación N° 615-2008/Arequipa²; por tanto, este Tribunal Supremo, sin constituirse en una tercera instancia procesal, debe cumplir su deber de pronunciarse acerca de los fundamentos del recurso, por las causales declaradas procedentes.

SEGUNDO: Se han declarado procedentes los recursos de casación por las causales de infracción normativa procesal y material. Teniendo en cuenta ello, es de advertirse que conforme lo dispone el artículo 396 del Código Procesal Civil, cuando se declara fundado el recurso de casación por vulneración a las normas que garantizan el debido proceso o las infracciones de las formas esenciales para la eficacia y validez de los actos procesales en todos los supuestos se debe devolver el proceso a la instancia inferior para que emita nuevo fallo. Es por ello, que en la revisión de la causal por la que ha sido declarado procedente el recurso de casación se analizará la alegación de vulneración a las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, toda vez, que de resultar fundada la denuncia en dicho extremo, dada su incidencia en la tramitación del proceso y su efecto nulificante, carecería de objeto emitir pronunciamiento respecto a la infracción normativa material, referido al derecho controvertido en la presente causa.

TERCERO: El artículo 148 de la Constitución Política del Perú, dispone que las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso administrativa. El artículo 540 del Código Procesal Civil, aplicable al caso de autos por ámbito de temporalidad, señalaba que: "La demanda contencioso administrativa se interpone contra acto o resolución de la administración a fin que se declare su invalidez o ineficacia". Señalando como requisitos de admisibilidad el artículo 541 del Código antes mencionado, que: "3) Se interponga dentro de los tres meses de notificada o publicada la resolución impugnada, lo que ocurra primero. En los casos que se produzca silencio administrativo de conformidad con las normas pertinentes, la demanda podrá ser interpuesta en cualquier momento." (*).

¹ DIARIO OFICIAL "EL PERUANO": Sentencias en Casación, 31 de marzo de 2008, pp. 21689 a 21690.

² DIARIO OFICIAL "EL PERUANO": Sentencias en Casación, 31 de marzo de 2008, pp. 23300 a 23301.



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

Asimismo, no se debe perder de vista que con el actual Texto Único Ordenado de la Ley N° 27584, no ha modificado la disposición contenida en la normatividad anterior, toda vez, que dispone que puede plantearse la declaración de nulidad total o ineficacia de los actos administrativos, encontrándose en los artículos 10.1 y 10.2 de la Ley N° 27444, cuáles son los vicios del acto administrativo que causan nulidad de pleno derecho, siendo - entre otros- la contravención a la Constitución, a la ley o a las normas reglamentarias; y el defecto u omisión de alguno de los requisitos de validez; salvo la excepción contenida en el artículo 14 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

CUARTO: En ese orden de ideas, y correspondiendo al Poder Judicial el control jurídico de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y tutela de los derechos e intereses de los administrados, se debe verificar si en efecto las resoluciones materia de impugnación en este proceso han incurrido en nulidad establecida por el ordenamiento jurídico vigente; porque *“Son los jueces y Tribunales del orden contencioso administrativo los que verificarán si la disposición con rango inferior a la ley, cualquiera que sea la materia objeto de regulación, infringe el ordenamiento jurídico. Lo que marca el límite en este aspecto entre el ámbito del orden jurisdiccional contencioso-administrativo y el de la jurisdicción del Tribunal Constitucional es el rango de ley de la disposición objeto de control. (...)”*³.

QUINTO: Es decir, la pretensión contencioso administrativa prevista en el artículo 148 de la Constitución Política del Estado, tiene por finalidad el control jurídico por parte del Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados; en consecuencia, *“(...) el proceso contencioso administrativo, no solamente tiene un aspecto de control jurídico de legalidad de la actuación administrativa, elemento que solamente define su faz o aspecto*

³ GONZALES PEREZ, Jesús. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Madrid-España, 2001, 3era., Civitas, p. 104.



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

*objetivo, sino que también debe considerarse su aspecto subjetivo, o el de su caracterización como un proceso destinado a tutelar los derechos subjetivos e intereses legítimos de los ciudadanos en sus relaciones jurídicas con la Administración (...)*⁴. Previamente conviene precisar que en un proceso contencioso administrativo se pueden plantear dos tipos de pretensiones: (i) **pretensión de anulación o de nulidad**, cuya esencia radica en el control de legalidad de una actuación administrativa, por lo que el órgano jurisdiccional se limita solo a declarar la nulidad de la actuación administrativa cuestionada; y, (ii) **pretensión de plena jurisdicción**, en la que “(...) una persona afirma tener derecho a tutela jurídica⁵, respecto de una entidad de derecho público, para que le reconozca, restituya o indemnice un derecho civil o administrativo, conculcado o desconocido por acto, hecho, omisión, operación administrativa y aún la llamada vía de hecho. En ese sentido, a través de dicha pretensión, “se solicita al órgano jurisdiccional no sólo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas, la indemnización de daños y perjuicios, cuando proceda”⁶. Como podemos advertir, la pretensión demandada **es una de plena jurisdicción**, porque la empresa actora no solo pretende se declare la nulidad de la **Resolución N° 1533-2012/SC1-INDECOPI** de fecha dieciséis de julio de dos mil doce, que en mayoría declaró: **a)** La nulidad de la Resolución s/n de fecha quince de diciembre de dos mil diez, que admitió a trámite la denuncia formulada por Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima contra Tecnofarma, por la comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de actos de denigración; **b)** confirmó la Resolución N° 132-2011/CCD de fecha diecisiete de agosto de dos mil once, que declaró improcedente la denuncia por actos de denigración formulada contra Juan Andrés Ricketts Rodrigo; **c)** confirmó la Resolución N°

⁴ HUAPAYA TAPIA, Ramón A. *Tratado del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima, Jurista Editores, 2006, p. 53.

⁵ GONZALES PEREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Madrid-España, 3era., 2001, Civitas, p. 33. Este autor sostiene que es “(...) el derecho de toda persona a que se le haga justicia; a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas”

⁶ PRIORI POSADA, Giovanni F. *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*. Lima, 2da., junio 2002, Ara Editores, p. 150-151.



**SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA**

132-2011/CCD en el extremo que declaró infundada la imputación contra Tecnofarma por actos de denigración derivados del desarrollo de una campaña publicitaria mediática lesiva de la reputación comercial de Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima; **d)** declaró la Nulidad de la Resolución N° 132-2011/CCD, en el extremo que omitió pronunciarse respecto de la presunta difusión de la Carta falsa N° 063-UOPA-SOM-HERM, de contenido denigratorio ante el Seguro Social de Salud e integrando el pronunciamiento se declaró infundado este extremo; sino a su vez, pretende la defensa del derecho a la libre competencia leal mediante la adopción de las siguientes medidas: a) La determinación de los actos de competencia desleal en la modalidad de actos denigratorios que Tecnofarma realizó en perjuicio de Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima; y, b) la imposición de una multa equivalente a setecientos Unidades Impositivas Tributarias (dos millones doscientos cincuenta y cinco mil soles).

SEXTO: Que, absolviendo los agravios de **Tecnofarma Sociedad Anónima** se aprecia, que respecto a la **infracción normativa del artículo 121 del Código Procesal Civil**, se debe señalar que el principio del debido proceso contiene el derecho a la motivación escrita de las resoluciones judiciales. Este derecho, consagrado como principio jurisdiccional en el inciso 5 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, tiene como finalidad principal, el de permitir el acceso de los justiciables al razonamiento lógico jurídico empleado por las instancias de mérito para justificar sus decisiones jurisdiccionales y así puedan ejercer adecuadamente su derecho de defensa, cuestionando de ser el caso, el contenido de la decisión asumida. Ello se traduce en la explicación detallada que debe realizar el Juez de los motivos que han conllevado a la decisión final. En esta fundamentación debe existir conexión lógica entre -los hechos narrados por las partes (demandante y demandada), y las pruebas aportadas por ellos; coherencia y consistencia en sus razonamientos. Para que una motivación sea el fiel reflejo de una aplicación racional del ordenamiento jurídico debe necesariamente fundarse en derecho, lo que significa que la



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

norma seleccionada debe estar en estricta correspondencia con el petitorio y los fundamentos, dispositivo legal que debe ser válido, vigente, y en caso de no ser vigente, si corresponde su aplicación o no al caso concreto.

SÉPTIMO: Del contenido de la sentencia de mérito, se aprecia que la decisión adoptada por el Colegiado Superior se ha ceñido a lo aportado, mostrado y debatido en el proceso, de manera que dicho fallo no puede ser cuestionado por ausencia o defecto en la motivación, en tanto se ha cumplido con analizar las pruebas ofrecidas por las partes y con precisar la norma que le permite asumir un criterio interpretativo en el que sustenta su *ratio decidendi*, en consecuencia, un parecer o criterio distinto al que ha quedado establecido, no puede ser causal para cuestionar la motivación; asimismo, no se advierte la existencia de vicio alguno durante el trámite del proceso que atente contra las garantías procesales constitucionales.

OCTAVO: Que, por otro lado, respecto a las infracciones normativas denunciadas en los literales **b) y c)**, por **interpretación errónea de los artículos 1, 2, y 6.2 del Decreto Legislativo N° 10 44 (Efecto Concurrencial o Daño Concurrencial), e interpretación errónea del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1044**, este Supremo Tribunal, advierte que la decisión en este extremo se encuentra conforme a ley y a derecho, teniendo en cuenta, del contenido de la sentencia de mérito y los recursos de casación interpuestos por los recurrentes, se desprende que corresponde en primer término, determinar el ámbito de aplicación objetivo del Decreto Legislativo N° 1044 para efectos de efectuar el juicio de imputación del ilícito administrativo previsto en el inciso 11.1 del artículo 11 (acto concurrencial desleal en la modalidad de denigración), pues la Sala Superior sostiene que entidades reguladoras como Digemid e Indecopi, son agentes económicos en el mercado cuya actuación (en el *marco* de un acto presuntamente denigratorio efectuado por un proveedor) puede, potencialmente, generar consecuencias concurrenciales en el mercado; en tanto que, Indecopi y Tecnofarma Sociedad Anónima señalan que por "efecto concurrencial" debe entenderse como actos



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

ilícitos o contrarios a la buena fe que tengan como objetivo, real o potencial, modificar las conductas de elección de los consumidores desviando sus decisiones de compra, es decir, se trata de una conducta que se exterioriza en el mercado, por lo que una presunta conducta denigratoria dirigida contra entidades reguladores como Digemid e Indecopi no tienen una finalidad concurrencial en el mercado y, por tanto, no generan responsabilidad administrativa alguna; de lo cual fluye que el problema planteado es un problema de interpretación relativo a la premisa normativa⁷, el cual se presenta en los casos difíciles cuando la lectura de la norma contiene más de una interpretación.

NOVENO: Que, en segundo término, corresponde determinar si las imputaciones efectuadas a Tecnofarma Sociedad Anónima (actos de denigración y la presunta campaña mediática realizada por Tecnofarma Sociedad Anónima contra Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima) se subsumen en el tipo infractor previsto en el inciso 11.1 del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1044, sobre la base de los medios de prueba obrantes en los presentes autos; de lo cual fluye que el problema planteado es un problema de calificación⁸ y un problema de prueba de los hechos⁹, el cual se presenta con relación a la premisa fáctica.

⁷ La categoría «problemas de interpretación» es recogida en la doctrina por Manuel Atienza al comentar la obra de Neil MacCormick en el libro "El sentido del Derecho" (Editorial Ariel S.A., Barcelona, 2009, 5ta. Reimpresión, p. 265). Señala Atienza que los problemas de interpretación se presentan cuando existen dudas sobre cómo ha de entenderse alguno de los términos que figuran en la norma aplicable. Asimismo, Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García Figueroa, recogen esta categoría en el libro "La argumentación en el Derecho" (Palestra Editores S.A.C., Lima, 2005, p. 178), aludiendo con ella a los problemas que surgen cuando nos preguntamos cómo debo interpretar las palabras de la norma. Por su parte José Juan Moreso y Josep María Vilajosana citan la categoría «Problemas de interpretación en sentido estricto» para referirse a los problemas que se presentan para establecer el significado del texto o textos normativos que haya que tomar en consideración para resolver el caso en cuestión. (Véase de estos autores en "Introducción a la Teoría del Derecho". Marcial Pons Ediciones Jurídicas Sociales S.A., Madrid, 2004, p. 184).

⁸ La categoría «problemas de calificación» es recogida por Manuel Atienza al comentar la obra de Neil MacCormick en el libro "El sentido del Derecho" (Editorial Ariel S.A., Barcelona, 2009, 5ta. Reimpresión, p. 266). Señala Atienza que los problemas de calificación se presentan cuando un determinado hecho que no se discute cae o no dentro del campo de aplicación de un determinado concepto que se contiene en el supuesto de hecho o en la consecuencia jurídica de una norma. Asimismo, Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García Figueroa, recogen esta categoría en el libro "La argumentación en el Derecho" (Palestra Editores S.A.C., Lima, 2005, p. 180), denominándolos «problemas de hechos secundarios o problemas de calificación», señalando que este problema no es propiamente sobre los hechos, sino sobre la calificación jurídica de los hechos. De otro lado, José Juan Moreso y Josep María Vilajosana citan esta categoría en su libro "Introducción a la Teoría del Derecho" (Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2004, p. 184).

⁹ La categoría «problemas de prueba» es recogida por Manuel Atienza al comentar la obra de Neil MacCormick en el libro "El sentido del Derecho" (Editorial Ariel S.A., Barcelona, 2009, 5ta. Reimpresión, p. 266). Señala Atienza que los problemas



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

DÉCIMO: Que, debemos anotar, es materia de controversia determinar la presunta comisión de actos de competencia desleal por parte de Tecnofarma Sociedad Anónima en la modalidad de denigración, previsto en el artículo 11 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044, por los siguientes hechos: **i)** El presunto desarrollo de una campaña que buscaría vincular a la denunciante con la muerte de pacientes en el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas – INEN, el veinticuatro de marzo de dos mil diez y en el Hospital "Edgardo Rebagliati" el cinco de mayo de dos mil diez; **ii)** La supuesta presentación de una presunta versión apócrifa de la Carta N° 063-UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD-2010 de fecha cinco de mayo de dos mil diez, suscrita por la Jefa de la Unidad de Oncología Pediátrica y Adolescente de la Red Asistencial Rebagliati ante Essalud, Digemid e Indecopi, la misma que cuestionaría la calidad del producto "Dexrazoxano" y promovería su rechazo, así como los demás productos farmacéuticos elaborados por Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima (demandante); y, **iii)** Por otro lado, no es materia de controversia los siguientes hechos: **a)** La presunta carta apócrifa fue presentada ante Digemid e Indecopi por la persona de Juan Andrés Ricketts Rodrigo, quien es Gerente de Distrito de Tecnofarma Sociedad Anónima (codemandada)¹⁰, por encargo de su empleadora¹¹; **b)** la presunta falsedad de la carta en cuestión, pues la doctora Jenny Gerónimo Meza -Jefa de la Unidad de Oncología Pediátrica y Adolescente de la Red Asistencial Rebagliati, niega que su persona haya elaborado dicha carta¹² y; **c)** Tecnofarma Sociedad Anónima es un competidor directo de la empresa

de prueba se plantean cuando existen dudas sobre si ha tenido o no lugar un determinado hecho. Asimismo, Marina Gascón Abellán y Alfonso J. García Figueroa, recogen esta categoría en el libro "La argumentación en el Derecho" (Palestra Editores S.A.C., Lima, 2005, p. 180). De otro lado, José Juan Moreso y Josep María Vilajosana también citan esta categoría en su libro "Introducción a la Teoría del Derecho" (Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 2004, p. 179).

¹⁰ Según consta del escrito de descargo presentado por Juan Andrés Ricketts Rodrigo en sede administrativa, obrante a fojas 241/246 del tomo II del expediente administrativo y la declaración prestada por la citada persona en sede fiscal (el hecho devino en una investigación penal por el presunto delito contra la fe pública en la modalidad de uso de documento falso), obrante a fojas 225/230 del tomo II del expediente administrativo.

¹¹ Según consta de la declaración indagatoria del Señor Roberto Augusto Kojakovic Cavalie (fs. 370/377 del tomo II del expediente administrativo), Gerente de Unidad de Negocio de Tecnofarma S.A, quien reconoce que, bajo su conocimiento e instrucciones, encargó al Sr. Ricketts la presentación de las comunicaciones en cuestión.

¹² Según consta de la Carta dirigida a Laboratorios AC Farma S.A. de fecha 22 de mayo de 2010 (fs. 56 del tomo I del expediente administrativo) y la declaración en sede fiscal obrante a fojas 347/354 del tomo II del expediente administrativo.



**SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA**

demandante en el segmento de medicamentos oncológicos para pacientes pediátricos, conforme lo han señalado las partes en el presente proceso.

UNDÉCIMO: Que, ahora, respecto al ámbito de aplicación de la norma, debemos enfatizar que resulta ser un parámetro objetivo a partir de la cual se determina que tipos de actos se encuentran sujetos a la norma de represión de la competencia desleal, delimitando los tipos infractores previstos en el Decreto Legislativo N° 1044. En el plano legal antes anotado, en su artículo 1, precisa que dicha ley reprime todo acto o conducta de competencia desleal que tenga por efecto, real o potencial, afectar o impedir el adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

DUODÉCIMO: Que, el artículo 2 del citado cuerpo legal, establece el ámbito de aplicación objetiva de la norma precisando que se aplica a actos cuyo efecto o finalidad, de modo directo o indirecto, sea concurrir en el mercado. Se incluyen bajo la aplicación de esta ley los actos realizados a través de publicidad. En ningún caso es necesario determinar habitualidad en quien desarrolla dichos actos. El inciso 6.2 del artículo 6 de la citada norma señala que un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

DÉCIMO TERCERO: Que, sobre el particular, debemos anotar que en la Exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1044¹³, se precisa que la norma, en cuanto a su finalidad, tiene como bien jurídico tutelable la protección del proceso competitivo, lo cual implica la tutela de todos los agentes económicos que intervienen en el mercado: **los proveedores de bienes o servicios, los consumidores y el orden público económico**, este último, a juicio del Tribunal Constitucional, entendido como: "principios organizadores de la actividad económica de un país a los que su ordenamiento jurídico atribuye eficacia normativa." [...] designa el conjunto de reglas mínimas que se estiman esenciales para el desarrollo de la vida económica del país en un momento

¹³ http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1044.pdf



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

dado. De ahí que este concepto sea, igual que lo es el de "orden público", un concepto valorativo en el sentido que implica una selección de aquello que se estima esencial para la vida económica con independencia de que figure expresamente mencionado o no en normas jurídicas¹⁴."

DÉCIMO CUARTO: Que, respecto al ámbito de aplicación de la citada norma, en su Exposición de motivos se establece que los actos que se encuentran regulados en la ley son los que tienen una naturaleza meramente concurrencial, no siendo aplicables a conductas que, aunque tengan repercusiones sobre los agentes económicos que concurren en el mercado, posean otro tipo de naturaleza. Finalmente, respecto a la aplicación del artículo 6 del citado cuerpo legal, en la citada Exposición se precisa que: "(...) la cláusula general establecida en el artículo 6 del Decreto Legislativo, es el tipo legal que identifica las conductas desleales susceptibles de ser sancionadas por la autoridad. Queda así absolutamente claro que el elemento determinante de un acto de competencia desleal es la contravención a la buena fe comercial objetiva, es decir, la realización de conductas contrarias a la buena fe que normalmente debe regir las actividades económicas en el proceso competitivo que se verifica en el mercado. La lista enunciativa de actos de competencia desleal permitirá, en complemento, una mayor claridad sobre las conductas más frecuentes y de mayor incidencia que configuran actos de competencia desleal" (**subrayado nuestro**).

DÉCIMO QUINTO: Que, en este orden de ideas, se infiere *per se*, que la definición de concurrencial, en el contexto del objeto de protección al que hemos hecho referencia precedentemente, exige que la conducta infractora tenga la idoneidad para producir una modificación en las decisiones de consumo de los usuarios, lo cual importa que el acto se exteriorice en el mercado donde justamente interactúa la oferta y la demanda a fin de generar, real o potencialmente, una afectación que es aprovechada por el agente infractor, quien mejora su posición en el mercado respecto de los perjudicados

¹⁴ STC N.° 00014-2009-PI/TC (fundamento 8)



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

por la conducta infractora. Precisado lo anterior, debemos anotar que un acto concurrencial en la modalidad de denigración prevista en el inciso 11.1 del artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1044, se produce cuando se realiza una conducta que tiene como efecto, real o potencial, directamente o por implicación, menoscabar la imagen, el crédito, la fama, el prestigio o la reputación empresarial o profesional de otro u otros agentes económicos.

DÉCIMO SEXTO: Que, ahora, se discute en el presente proceso si la conducta infractora, para su configuración típica, debe dirigirse, en estricto, a los consumidores o puede ser dirigido también a entes reguladores cuya actividad, en esencia, es evitar y fiscalizar las fallas del mercado. En este punto, la Sala Superior sostiene la tesis que un acto de naturaleza denigrante dirigido a entidades reguladores (como es el caso de Digemid e Indecopi) posee la capacidad suficiente para generar un efecto negativo sobre la posición en el mercado de Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima, sustentando su dicho en la premisa que tales entidades son agentes económicos; sin embargo, conforme se dejó sentado al comentar el ámbito de aplicación de la norma sobre la base de la Exposición de motivos, para el legislador los agentes económicos y el proceso competitivo, como bien jurídico tutelable, se encuentran constituidos por los proveedores de bienes o servicios, los consumidores y el orden público económico (principios y valores que orientan la vida económica de un país), lo cual descarta la hipótesis que los entes reguladores formen parte de ese ámbito de protección, toda vez, que en un sentido amplio, conforme lo precisa Bianchi, Alberto B (2003), *se tratan de órganos especializados con facultades legislativas (en los cuales se autorice facultades reglamentarias), administrativas (como las de fiscalización) y jurisdiccionales (en los casos donde se verifique la existencia de Tribunales Administrativos como Indecopi), mediante los cuales el Estado controla que la actividad (económica) sea prestada dentro de los límites de la regulación*



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

*impuesta y que se cumplan las metas comprometidas*¹⁵, es decir, se trata de sujetos de derecho público garantes del orden público económico.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, con base a lo expuesto, y respecto a la imputación referida a la presentación de una presunta versión apócrifa de la Carta N° 063-UOPA-SOM-HNERM-. ESSALUD-2010 de fecha cinco de mayo de dos mil diez, suscrita por la Jefa de la Unidad de Oncología Pediátrica y Adolescente de la Red Asistencial Rebagliati ante Essalud, Digemid e Indecopi, la misma que cuestionaría la calidad del producto "Dexrazoxano" y promovería su rechazo, así como los demás productos farmacéuticos elaborados por Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima (demandante), concluimos que dicha conducta no puede ser calificada *como* un acto de denigración, fundamentalmente, por el hecho que la conducta desplegada por Tecnofarma Sociedad Anónima no posee, real o potencialmente, virtualidad jurídica alguna para direccionar las decisiones de consumo de los usuarios del sector farmacéutico al haber sido dirigida a terceros (entes reguladores) y no al universo de consumidores cuyas decisiones de consumo se basan en la información que se encuentra en el mercado (por efecto de la publicidad), aspecto que justamente la norma busca proteger proscribiendo todo tipo de conductas que busquen perjudicar indebidamente (lo cual excluye los casos de información veraz) la imagen o reputación empresarial de los agentes económicos en el mercado.

DÉCIMO OCTAVO: Que, según lo expuesto, si se consideraría un acto de competencia desleal en la modalidad de acto denigratorio si la información agravante sea desarrollada a través de medios de comunicación social, pues es evidente que, en este caso, existe una posibilidad real e inmediata que los consumidores conozcan de la información difundida en el mercado y, eventualmente, varíen su decisión de consumo a favor de determinado proveedor. Siendo ello así, considerando que la conducta desplegada por Tecnofarma Sociedad Anónima no resulta acorde con el marco de protección

¹⁵ BIANCHI, Alberto B (2003). *Los entes reguladores*. Buenos Aires, Argentina: Editorial RAP. En: Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho los días 7, 8, y 9 de mayo de 2003. pp. 149-207.



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

del Decreto Legislativo N° 1044, carece de objeto todo análisis respecto a si la presentación de una presunta versión apócrifa de la Carta N° 063-UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD-2010 de fecha cinco de mayo de dos mil diez, suscrita por la Jefa de la Unidad de Oncología Pediátrica y Adolescente de la Red Asistencial Rebagliati ante Essalud, Digemid e Indecopi, constituye un acto denigratorio en los términos del inciso 11.1 del artículo 11 del citado cuerpo legal.

DÉCIMO NOVENO: Que, respecto a la **infracción normativa del artículo 212 de la Ley N° 27444**, se debe señalar que dicha disposición establece que una vez vencidos los plazos para interponer los recursos administrativos se perderá el derecho a articularlos quedando firme el acto. De un estudio exhaustivo del expediente administrativo, se desprende que Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima formuló adhesión (fojas seiscientos veintiséis a seiscientos cincuenta y seis del tomo IV del expediente administrativo) al recurso de apelación presentado por Tecnofarma Sociedad Anónima contra la decisión de la Comisión, impugnando, entre otros extremos, la desestimación del extremo de la denuncia referida a la realización de una presunta campaña mediática en su contra por parte de Tecnofarma Sociedad Anónima y respecto a la improcedencia de la denuncia contra el señor Juan Andrés Ricketts Rodrigo, habiéndose declarado procedente el recurso de adhesión presentado mediante resolución de fecha cuatro de junio de dos mil doce (fojas seiscientos cincuenta y siete a seiscientos sesenta y dos, del tomo IV del expediente administrativo), el cual fue objeto de un recurso de nulidad por parte de Tecnofarma Sociedad Anónima (fojas seiscientos setenta y dos a seiscientos setenta y cuatro, del tomo IV del expediente administrativo), que fue desestimado por la Resolución N° 1533-2012/SC1-INDE COPI (fojas setecientos sesenta y cinco a ochocientos catorce, del tomo IV del expediente administrativo), materia de impugnación en el presente proceso.

VIGÉSIMO: Que, según lo expuesto, podemos afirmar que, contrariamente a lo señalado por Tecnofarma Sociedad Anónima, se verifica que Laboratorios AC



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

Farma Sociedad Anónima si impugnó los extremos en cuestión en sede administrativa, vía recurso de adhesión a la apelación presentada por Tecnofarma Sociedad Anónima, cuya procedencia fue declarada por la Comisión y luego ratificada por el Tribunal del Indecopi en la resolución administrativa que motiva el presente proceso, siendo que, en el caso de autos, Tecnofarma Sociedad Anónima no ha cuestionado la legalidad de la procedencia de la adhesión a su recurso de apelación presentado en sede administrativa, pues al contestar la demanda fundamenta su posición únicamente respecto a la improcedencia de la sanción administrativa en su contra por presuntos actos de competencia desleal en la modalidad de actos denigratorios, y el presunto desarrollo de una campaña que buscaría vincular a Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima Cerrada con la muerte de pacientes en el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas –INEN, el veinticuatro de marzo de dos mil diez, y en el Hospital “Edgardo Rebagliati” el cinco de mayo de dos mil diez, *litis* que justamente ha sido fijado como punto controvertido en la resolución de fecha quince de julio de dos mil trece (fojas cuatrocientos cincuenta y seis del expediente principal) y sobre la cual ha girado el pronunciamiento de las instancias de mérito, por lo que mal puede Tecnofarma Sociedad Anónima cuestionar en sede casatoria un aspecto que no ha formado parte del objeto de discusión a lo largo del trámite del proceso, concluyéndose que la sentencia de mérito no ha incurrido en infracción de la norma bajo análisis.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, por último no debemos perder de vista la imputación de una campaña que buscaría vincular a Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima con la muerte de pacientes en el Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas –INEN, el veinticuatro de marzo de dos mil diez, y en el Hospital "Edgardo Rebagliati" el cinco de mayo de dos mil diez, al respecto es importante precisar que la Sala de mérito sustenta su decisión en lo siguiente: **i)** "Cabría señalar que el artículo periodístico vincula en forma directa a la empresa Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima, como la



**SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA**

responsable del fallecimiento de los pacientes pediátricos por la administración del medicamento "Dexrazoxano", y de su lectura se advierte que la información vertida habría sido brindada por la Jefa de Oncología del Hospital Edgardo Rebagliati (señora Jeny Gerónimo). En este sentido, si bien la referida profesional refirió al momento de brindar su manifestación policial dentro de la investigación por presunta falsificación de documento incoada contra el señor Ricketts en agravio de Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima (...) que no había concedido entrevista alguna al diario "Correo", lo cierto es, que existe una coincidencia entre la información contenida en la Carta N° 063-UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD-2010 (la cual consigna como firmante a la señora Gerónimo, y la nota periodística emitida con fecha ocho de mayo de dos mil diez por el diario "Correo"; **ii**) en el caso concreto, existen indicios que relacionan a la Carta N° 063-UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD -2010 con la nota periodística del diario "Correo", siendo el más importante el hecho que la empresa Tecnofarma, competidora directa de la empresa denunciante, como empresa tomó la decisión corporativa de enviar a uno de sus gerentes a difundir un documento (Carta N° 063-UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD-2010) a los entes reguladores (Digemid e Indecopi), en el cual se vinculaba en forma expresa a Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima con la muerte de pacientes que recibían tratamiento de quimioterapia, señalando expresamente que el medicamento "Metrotrexato" comercializado por Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima había sido el causante de los decesos. La difusión de la Carta N° 063-UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD-2010 fue el seis de mayo de dos mil diez, y la publicación del artículo del diario "Correo" fue el ocho de mayo de dos mil diez. Además, existe coincidencia entre el contenido de la Carta N° 063-UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD-2010 con el contenido de la nota periodística; y, **iii**) dichos elementos permiten deducir que la nota periodística publicada el ocho de mayo de dos mil diez, fue consecuencia de la difusión de la Carta N° 063-UOPA-SOM-HNERM-ESSALUD- 2010, puesto que dicho documento habría trascendido a los medios de comunicación, consiguiendo que los decesos fueran directamente vinculados a Laboratorios



**SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA**

AC Farma Sociedad Anónima, ocasionándose un desprestigio a la imagen comercial de esta empresa." (fundamento décimo quinto).

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, en este punto, nótese que la imputación de la conducta infractora se sustenta en tres indicios: a) La remisión de un documento presuntamente apócrifo a Digemid e Indecopi por un empleado de Tecnofarma Sociedad Anónima; b) la coetaneidad de las fechas, entre la fecha de la carta en cuestión (seis de mayo de dos mil diez) y la publicación de la nota periodística en el diario "El Correo" (ocho de mayo de dos mil diez) y; c) coincidencia de los contenidos entre la carta y la nota periodística.

VIGÉSIMO TERCERO: Sin embargo, la Sala Superior no ha tenido en consideración que en autos existen otros hechos que refutan la conclusión arribada, pues, según consta de la manifestación brindada en sede fiscal por parte de Jenny Hermelinda Gerónimo Meza (fojas trescientos cuarenta y siete a trescientos cincuenta y cuatro, del tomo II del expediente administrativo) - Jefa de la Unidad de Oncología Pediátrica y Adolescente de la Red Asistencial Rebagliati- quien, presuntamente suscribió la carta apócrifa, manifestó, ante la pregunta si su persona concedió entrevista al diario "Correo" y que devino en la publicación del día ocho de mayo de dos mil diez con el titular "Muere otra niña por el Metotrexato" (fojas cuarenta y cinco del tomo I del expediente administrativo), donde se vinculaba a la empresa demandante, lo siguiente: "recuerdo que dos días antes de la celebración con ocasión del Día de la Madre, que todos los años organiza el Cuerpo Médico de nuestro Hospital, me llamó al celular la señora Eva María Ruiz de la ONG ESPERANTRA, institución dedicada a la ayuda de pacientes con cáncer, que ésta persona me comentó que estaban ayudando a los pacientes pediátricos que habían tenido reacciones adversas al medicamento "metotrexato", que en televisión había salido acerca de 5 niños del Inen y que me iba a mandar una persona de la ONG ESPERANTRA, **como estaba tocando la orquesta, la bulla impedía que lo escuchara bien, pero de todas maneras alcance a comentarle que el "metotrexato" había sido el único medicamento que había recibido la**



**SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA**

niña y que le había producido eventos adversos; que también le dijo que no estaba conforme con la evaluación de la Digemid en cuanto a este medicamento y que el retiro o no de las fármacos dependía de las autoridades de gestión; que no sabía que estos comentarios iban a ser publicados en un medio de comunicación escrita, que pensó que el que la había llamado era la persona de confianza de la que le había hablado la señora Eva María Ruiz, la que era representante legal de ESPERANTRA (...)".

VIGÉSIMO CUARTO: Que, por otro lado, respecto al contenido de la carta en cuestión, no se ha tenido en consideración que la doctora Jenny Hermelinda Gerónimo Meza, en concurso con otros galenos, suscribieron la Carta N° 059-SOM-HNERM-ESSALUD-2010 de fecha veintiséis de abril de dos mil diez (fojas trescientos treinta y cinco del tomo II del expediente administrativo), donde se dejó constancia que no usarían el Dexrazoxano ni ningún medicamento oncológico de Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima, señalando que dichos productos han tenido muchas reacciones adversas severas con los niños, documento cuya veracidad ha sido ratificada por la citada profesional, según consta de su manifestación en sede fiscal (fojas trescientos cincuenta y tres del tomo II del expediente administrativo) precisando que dicho documento: "(...) es un documento que contiene opiniones basadas en la experiencia y en la ciencia, la misma que ha sido puesta en conocimiento de diversas Áreas de la Institución: Oficina de Logística, Oficina Administrativa, Gerencia Clínica, Cuerpo Médico del Hospital y Jefatura de Departamento Onco Radioterapia; pienso que se ha filtrado la información referida a la reunión administrativa y demás documentos, lo que ha sido aprovechado por terceros para redactar la carta falsa y poner parte del contenido de la aludida reunión médica".

VIGÉSIMO QUINTO: Que, según lo expuesto, podemos señalar que la conclusión arribada por la Sala Superior admite discrepancia, pues su tesis se ve refutada por otros elementos de prueba que plantean otra hipótesis inferencial, esto es, que la noticia supuestamente denigratoria no respondió a



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

la acción de Tecnofarma Sociedad Anónima, sino que se originó por la propia acción de la doctora Jenny Hermelinda Gerónimo Meza, aunado al hecho que el contenido que se propagó en la noticia periodística (ver: fojas cuarenta y cinco del tomo I del expediente administrativo), se debió a la información brindada por la citada médico que coincide, en sustancia, no solo con la información contenida en la presunta carta apócrifa remitida por personal de Tecnofarma Sociedad Anónima a Digemid e Indecopi, sino también, con la Carta N° 059-SOM-HNERM-ESSALUD-2010 de fecha veintiséis de abril de dos mil diez (cuya veracidad ha sido admitida por la citada profesional).

VEGÉSIMO SEXTO: Que, consecuentemente, se observa que las conclusiones arribadas por la Sala Superior sobre la base de la prueba indiciaria no satisfacen las exigencias del principio de causalidad previsto en el inciso 8 del artículo 230 de la Ley N° 27444¹⁶, puesto que no existe unidad y coherencia entre los hechos indiciarios que permitan sustentar, razonablemente, la responsabilidad administrativa de Tecnofarma Sociedad Anónima sobre los hechos materia de análisis, teniéndose en consideración que, como bien apunta Ledesma Narváez, Marianella (2011), *el hecho indicador debe aparecer completo y convincente en el proceso. Si no hay plena seguridad sobre la existencia de los hechos indicadores o indiciado, resulta ilógico inferir de estos la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga. De una base insegura no puede resultar una conclusión segura*¹⁷; por lo que corresponde la aplicación del Principio de Licitud contemplado en el inciso 9 del artículo 230 de la Ley N° 27444¹⁸.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Siendo ello así, se verifica que la sentencia de mérito, al declarar la responsabilidad administrativa de Tecnofarma Sociedad Anónima por los hechos antes mencionados, ha incurrido en infracción de las normas

¹⁶ Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

¹⁷ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella (2011). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I (3ª ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica. p. 603.

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



SENTENCIA
CASACIÓN N° 12987-2015
LIMA

bajo análisis, causando vicios en la sentencia de vista; en consecuencia, como lo manifiesta el profesor **Renzo Cavani**¹⁹, existe un procedimiento lógico para decretar la nulidad; esto es, como el mismo autor menciona, son las fases de la cognición del Juez. Aquí una **primera fase es la *detección del vicio***; la cual postula que sin vicio no puede hablarse de haber nulidad, es primordial en primer lugar que el Juez verifique la ocurrencia del vicio; **una segunda fase; es los filtros de la declaración de nulidad** aquí el Juez debe hacer uso de todas las técnicas que la ley otorga para evitar la declaración de la nulidad, preservar el acto final y, de esta manera promover el derecho fundamental a la tutela efectiva y tempestiva en el proceso; y, **como última y tercera fase la eficacia de la declaración de la nulidad**; esto es, cuando los filtros no pueden contener el tránsito del acto viciado a la nulidad se habrá ingresado indefectiblemente a la declaración de la nulidad; ergo; frente al vicio insubsanable en la dación de la sentencia de vista, corresponde casar -anular- enmendando esta Sala Suprema los problemas de motivación y, actuando en sede instancia, resolver el fondo de la cuestión controvertida, teniendo en cuenta que el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, a nivel jurisprudencial esta Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 6153-2013 – LAMBA YEQUE, ha señalado que “(...) este derecho implica normalmente el respeto de los siguientes derechos: **a) Derecho al acceso de la jurisdicción**, referido a la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales para que estos se pronuncien sobre la pretensión formulada; **b) derecho a la resolución de fondo, referido en buena cuenta a la necesidad que el órgano jurisdiccional dicte una resolución fundada en derecho, que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a la pretensión formulada**; **c) derecho a la motivación de la resolución**, que exige que la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional contenga una motivación que sea suficiente y racional para justificar lo decidido; **d) derecho a los recursos legales**, que garantiza que en caso de haberse regulado un recurso contra la decisión adoptada por el órgano jurisdiccional se permita a las partes acceder

¹⁹ RENZO CAVANI, *La nulidad en el Proceso Civil*, Editorial Palestra 2014, pp. 501-505.



SENTENCIA
CASACIÓN N°12987-2015
LIMA

a el; **e)** derecho de acceso a la jurisdicción y justicia gratuita, el cual presupone que no se impida el acceso al proceso a quienes carezcan de recursos para litigar; **f)** derecho a la inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes; y, **g)** derecho a la ejecución de lo juzgado, sustentado bajo el entendido de que la tutela judicial no puede obtenerse de manera efectiva si no se alcanza la ejecución de lo resuelto por el órgano jurisdiccional. (subrayado es nuestro).

VIGÉSIMO OCTAVO: Lo expuesto, constituye razón suficiente para que la Sala de casación revise la actividad procesal del Juez cuando se ignoren hechos relevantes de la controversia, como ha sucedido en el presente caso, en el que se ha ingresado a un estadio de ilegitimidad por inobservancia del material probatorio de la *litis*, que conecta uno de los parámetros insoslayables en materia casatoria, correspondiendo declarar fundado el recurso de casación al verificarse la contravención de normas que garantizan el derecho a un debido proceso, debe ampararse el recurso de casación y proceder conforme a lo dispuesto en el inciso 1 del artículo 396 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N°29364.

V. DECISIÓN:

Por estos fundamentos, y en aplicación del artículo 396 del Código Procesal Civil, declararon **FUNDADO** los recursos de casación interpuestos por los demandados **Tecnofarma Sociedad Anónima y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi**, de fechas seis y cinco de agosto del dos mil quince, obrantes a fojas setecientos ochenta y tres y setecientos sesenta; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista de fecha ocho de mayo de dos mil quince, obrante a fojas seiscientos noventa y cuatro, y **actuando en sede de instancia CONFIRMARON** la sentencia apelada de fecha catorce de julio de dos mil quince, obrante a fojas quinientos veintidós, que declaró **INFUNDADA** la demanda; en los seguidos por Laboratorios AC Farma Sociedad Anónima contra el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección



**SENTENCIA
CASACIÓN N°12987-2015
LIMA**

de la Propiedad Intelectual - Indecopi y otro, sobre Impugnación de Resolución Administrativa; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley; y los devolvieron. **Juez Supremo Ponente: Walde Jáuregui.-**

S.S.

WALDE JÁUREGUI

VINATEA MEDINA

RUEDA FERNÁNDEZ

TOLEDO TORIBIO

BUSTAMANTE ZEGARRA

Jcc/Pvs

Lpderecho.pe