



UNIVERSIDAD
DE LIMA

Universidad de Lima
Facultad de Derecho
Carrera de Derecho

INFORME DE EXPEDIENTE ARBITRAL

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título Profesional de
Abogado

Materia: Arbitraje de Derecho

Demandante: Transportadora de Gas Natural Comprimido

Demandado: Ministerio de Energía y Minas (MINEM)

Nro. de Expediente: SN (AD-HOC)

Andrea Cecilia Salazar Hernández
Código 20111128

Lima – Perú
Marzo del 2019

EXPEDIENTE ARBITRAL

EXPEDIENTE	:	SN (AD-HOC)
MATERIA	:	Arbitraje de derecho
DEMANDANTE	:	Transportadora de Gas Natural Comprimido Andino S.A.C (TGNCA)
DEMANDADO	:	Ministerio de Energía y Minas (MINEM)

- A. Antecedentes**
- B. Problemas jurídicos planteados en el expediente**
- C. Marco Conceptual**
- D. Análisis doctrinario, legal y jurisprudencial**
- E. Opinión sobre el Laudo Arbitral**
- F. Opinión personal**
- G. Bibliografía**
- H. Anexos**

A. Antecedentes

- El 17 de octubre de 2013, se celebró el Contrato de Asociación Público Privada para la Masificación del uso de Gas Natural, Utilizando Gas Natural Comprimido (GNC) a las Ciudades de Abancay, Andahuaylas, Huamanga, Huanta, Huancavelica, Huancayo, Jauja, Cusco, Juliaca y Puno (en adelante, las “Ciudades”) entre el Ministerio de Energía y Minas (en adelante, MINEM) y Transportadora de Gas Natural Comprimido Andino S.A.C (en adelante, TGNCA). Conforme se estableció en el Contrato, TGNCA era responsable del diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento del Sistema de Abastecimiento de GNC y GNV a las Ciudades, debiendo TGNCA, construir la Estación de Compresión Huamanga en el terreno que sería cedido por el Gobierno Regional de Ayacucho.

- Por Oficio N° 045-2014-MEM/DGH de fecha 15 de enero de 2014 la Dirección General de Hidrocarburos (en adelante, “DGH”), quien fue designado como administrador del Contrato, comunicó a TGNCA que mediante Oficio de fecha 03 de enero de 2014, el Gobierno Regional de Ayacucho manifestó al MINEM que no contaba con un terreno idóneo para la construcción de la Estación de Compresión, ni con los recursos presupuestales necesarios, por lo que se decidió que dicho terreno sea adquirido directamente por TGNCA.
- El 28 de febrero de 2014 TGNCA solicitó al administrador del Contrato la suspensión del plazo por acuerdo entre las partes, pues hubo cambios en las condiciones del Contrato como: (i) la falta de entrega por parte del Gobierno Regional de Ayacucho del terreno para la construcción de la Estación de Compresión de Huamanga; y, (ii) la falta de entrega de terrenos saneados para las Estaciones de GNV por parte de los Gobiernos Regionales. Ante dicha solicitud, la DGH amparó parcialmente la solicitud de suspensión de plazo por un periodo de 174 días calendario y 189 días calendario respectivamente.
- Posteriormente, el 03 de julio de 2014, la DGH solicitó al Gobierno Regional de Ayacucho que comunique el estado de las construcciones que debía realizar, siendo que, mediante Oficio de fecha 31 de julio de 2014, el Gobierno Regional señaló que no podía cumplir con lo acordado, ni con la construcción de la infraestructura del City Gate.
- El 10 de setiembre de 2014, TGNCA solicitó una ampliación del plazo de suspensión del Contrato debido a la imposibilidad de inscripción registral y de la independización del nuevo terreno adquirido por TGNCA.
- Es así que, el 27 de octubre de 2014 se realizó la primera reunión entre el MINEM y TGNCA con la finalidad de analizar el desarrollo del Contrato y las propuestas planteadas por TGNCA para posteriormente plasmarlas en una Adenda de Precisión de Aspectos Operativos.
- Respecto a la ampliación de plazo solicitada, el 26 de diciembre de 2014, la DGH declaró atendible la solicitud de suspensión de plazos del Contrato, por el plazo de 224 días calendario, por imposibilidad de inscripción e independización del terreno adquirido.
- El 30 de diciembre de 2014, la DGH entregó a TGNCA un proyecto de Adenda al Contrato la cual contenía las siguientes cláusulas: i) requerimientos previos de

terrenos realizados por TGNCA, ii) observaciones a las solicitudes presentadas por ésta ante el Administrador del Contrato y, iii) declaración sobre las condiciones técnico - económicas del Contrato APP (equilibrio económico financiero).

- Posteriormente, la DGH informó a TGNCA que no procedía suscribir la adenda puesto que implicaría la utilización de mayores recursos lo cual alteraría el equilibrio del Contrato.
- En consecuencia, mediante carta de fecha 9 de diciembre de 2015 TGNCA comunicó al MINEM que existía una discrepancia entre las partes por lo que se dio inicio al procedimiento de solución de controversias a través de la etapa de trato directo.
- Es así que con fecha 14 de diciembre de 2015 se llevó a cabo la primera reunión de trato directo entre el MINEM y TGNCA, en la que se discutió lo siguiente i) si el Contrato es ejecutable o no y; ii) el plazo del Contrato se suspende durante la etapa de trato directo. Luego, en una segunda reunión de trato directo llevada a cabo el 21 de diciembre de 2015 no se llegó a ningún acuerdo, pues el MINEM alegó que el Contrato sí es ejecutable y TGNCA señaló que por el contrario, no lo es.
- Siendo que, según la cláusula 18 del Contrato, la cual se refiere a la solución de controversias, se pactó que en caso de no resolverse el conflicto suscitado por trato directo entre las partes en un plazo de 15 días, estas deberán definirlo como un conflicto o controversia de carácter técnico o no técnico, según sea el caso. Los conflictos o controversias técnicas serán sometidas a la decisión final e inapelable de un experto en la materia, quien será designado por las partes de mutuo acuerdo. En cuanto a las controversias no técnicas, estas deberán ser resueltas mediante arbitraje de derecho nacional, siendo de aplicación supletoria el Decreto Legislativo N° 1071. Asimismo, el laudo emitido por el Tribunal Arbitral será definitivo e inapelable.

I. AUDIENCIA DE INSTALACIÓN

Con fecha 11 de febrero de 2016, se reunieron los integrantes del Tribunal Arbitral conformado por el Dr. Richard Martin Tirado, en su calidad de Presidente, el Dr. Rolando

Eyzaguirre Macean y el Dr. Alvaro Silva Rudat, con el propósito de llevar a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, sienta este un arbitraje ad hoc, nacional y de derecho.

II. DEMANDA

2.1. Con fecha 25 de febrero del año 2016, TGNCA presentó su demanda arbitral, formulando las siguientes pretensiones:

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare que el Contrato ha quedado resuelto de pleno derecho el 7 de diciembre de 2015, al ser imposible su ejecución sin culpa de las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1431° del Código Civil.

Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral ordene al MINEM el reembolso a favor de TGNCA la suma de US\$. 10' 484,563.54 más IGV y S/. 3'354,918.46 más IGV por concepto de costos de inversión, de conformidad con la liquidación anexada a la demanda, y como consecuencia de ello, TGNCA transferirá al MINEM los bienes adquiridos para el Proyecto.

Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral ordene que el MINEM pague a favor de TGNCA la suma de US\$ 12'371,784.98 y S/. 3'958,803.78 por concepto de indemnización por daño emergente.

Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral ordene que el MINEM pague a favor de TGNCA la suma de US\$ 5'620,118.28 por concepto de indemnización por lucro cesante.

Cuarta Pretensión Principal:

Que, el Tribunal Arbitral ordene al MINEM el pago de los costos arbitrales a favor de TGNCA.

2.2. Fundamentos de hecho y de derecho

- Entre los fundamentos de hecho presentados en la demanda tenemos que, TGNCA, mediante el Contrato, se comprometió a la Masificación del uso de Gas Natural, Utilizando Gas Natural Comprimido (GNC) a las Ciudades. Además, de realizar el diseño, financiamiento, construcción, operación y mantenimiento del Sistema de Abastecimiento de GNC y GNV a las Ciudades, debiendo TGNCA, **construir la Estación de Compresión Huamanga en el terreno que sería cedido por el Gobierno Regional de Ayacucho.**
- Posteriormente, el Gobierno Regional de Ayacucho cursó Oficio al MINEM señalando que no contaba con un terreno idóneo para la construcción de la Estación de Compresión, de igual manera no contaba con los recursos presupuestales necesarios.
- Es así que la DGH decidió que dicho terreno sea adquirido directamente por TGNCA y que sea reconocido como costo del Proyecto asumido por el Fondo de Inclusión Social Energético (en adelante, FISE). Por lo cual solicitó la suspensión del plazo, pues hubo cambios en las condiciones del Contrato como: (i) la falta de entrega por parte del Gobierno Regional de Ayacucho del terreno para la construcción de la Estación de Compresión de Huamanga; y, (ii) la falta de entrega de terrenos saneados para las Estaciones de GNV por parte de los Gobiernos Regionales.
- Luego de varias comunicaciones entre TGNCA y el MINEM, acuerdan elaborar una Adenda de Precisión de Aspectos Operativos. Es así, que el MINEM solicitó a OSINERGMIN, en su calidad de administrador del FISE, brinde su opinión respecto a la propuesta de Adenda antes indicada. Con fecha, 7 de diciembre de 2015, la DGH informó a TGNCA que no procedía la suscripción de la Adenda solicitada, puesto que ello implicaría la utilización de mayores recursos del FISE, alterando el equilibrio económico del Contrato.
- Es así que se dio inicio al procedimiento de "Solución de Controversias" regulado en la cláusula 18 del mismo, a través de la etapa de Trato Directo. Sin embargo al no haber resuelto la controversia existente entre las partes en la etapa de Trato Directo, se dio inicio al presente Proceso Arbitral.

- Finalmente, TGNCA presentó como fundamentos de derecho lo siguiente, los artículos 1431, 1372 y 1470 del Código Civil.

III. CONTESTACIÓN DE DEMANDA

3.1. Mediante escrito N° 01, el 11 de marzo de 2016, el MINEM cumplió con contestar la demanda arbitral, señalando que rechaza la posición sostenida por TGNCA, ya que la declaración de la resolución sin culpa de las partes del Contrato de ningún modo puede conllevar una restitución y una indemnización a favor del demandante, cuando los costos del riesgo de la inejecución de las obligaciones de TGNCA fueron asumidos por éste en el Contrato. Por tanto, solicitó se declaren infundadas la Segunda Pretensión Principal, la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal, la Tercera Pretensión Principal y la Cuarta Pretensión de la Demanda.

3.2. Fundamentos de hecho y de derecho

- En la cláusula 2 y 16 del Contrato, el demandante asumió la responsabilidad vinculada a todas sus obligaciones, no siendo aplicables las reglas supletorias de los artículos 1431, 1470 y 1471 del Código Civil.
- Sobre la **Primera Pretensión**, el MINEM señaló que aceptaba que el Contrato se declare resuelto sin culpa de las partes. Sin embargo, no aceptó las consecuencias que según el demandante se derivan de dicha resolución, ya que, la frustración del Proyecto ha perjudicado a ambos contratantes y no sólo al demandante, puesto que el MINEM no es imputable por el supuesto que ha tornado en imposible el cumplimiento de las obligaciones de TGNCA.
- El MINEM realizó una interpretación de pacto en contrario del segundo párrafo del artículo 1431 del Código Civil en la que existen dos alternativas. La primera, que se pacte que el acreedor asuma la totalidad del riesgo y deba restituir lo gastado, y la segunda, que sea el deudor quien asuma de manera absoluta la totalidad de las pérdidas y por consiguiente no sea titular de un derecho de restitución, resarcitorio o indemnizatorio.
- Siendo que en el Contrato se contempló como regla que los riesgos vinculados a las obligaciones del demandante sean asumidos por éste, suscrito en la cláusula 2

y 16 del Contrato, la distribución del riesgo en el Contrato fue acordada por ambas partes y dado que no atenta contra normas imperativas, las buenas costumbres o el orden público, esta distribución debía permanecer y prevalecer. Ahora bien, dado que la resolución del Contrato es sin culpa de las partes, es el demandante quien debe responder por sus pérdidas.

- El demandante debió realizar una investigación de los riesgos del Contrato, en el que uno de ellos era la participación del Gobierno Regional de Ayacucho, lo cual se encontraba contenido en el Convenio Específico N° 001-2013/MEM-GRA, el cual era de conocimiento público. Asimismo, en el mencionado convenio existía una cláusula de libre adhesión y separación, según la cual el Gobierno Regional de Ayacucho podía declarar concluido el convenio con solo cumplir con una notificación previa.
- **Sobre la Segunda Pretensión Principal**, el MINEM señaló que lo solicitado no solo no se condice con la regla jurídica sobre la que sustenta su pretensión (Art. 1372 y 1431 del Código Civil), sino que además resulta contrario a lo pactado en el Contrato. Pues, dado que el hecho de que lo que reclamaba sea restituido, se vinculaba a la ejecución de sus obligaciones, es el demandante quien debía asumir los costos vinculados a su pérdida.
- En aplicación del artículo 1431, el MINEM únicamente debía restituir aquello que ha recibido del demandante, y que los gastos en los que incurrió el demandante con el fin de cumplir a lo que se obligó, no habrían conducido a la efectiva ejecución de ninguna prestación a favor del MINEM.
- Respecto a la **Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal y a la Tercera Pretensión Principal**, el MINEM indicó que la posición del demandante carece de méritos pues no consideró que fue él quien asumió el riesgo de que el incumplimiento por culpa del tercero afectaría la ejecución de sus obligaciones.
- De igual manera, indicaron que la indemnización contemplada en los artículos 1470 y 1471 no tiene carácter resarcitorio, por lo tanto, al no otorgar un derecho resarcitorio, no le permite ser compensado por daño emergente, lucro cesante o daño moral. Asimismo, la aplicación de los artículos 1470 y 1471 del Código Civil, contravendría una regla contractual, que como manifestación de la

autonomía privada de los contratantes, prevalece sobre la regla supletoria regulada en esos artículos.

- Finalmente, sobre la **Cuarta Pretensión Principal**, señaló que en atención a que la única pretensión del demandante es la que tiene por objeto que se declare la resolución de pleno derecho del Contrato sin culpa de las partes, era claro que a quien le corresponde asumir los costos arbitrales es a TGNCA, por lo que debe ser declarada infundada.

IV. RECONVENCIÓN

Mediante el Escrito N° 02 de fecha 11 de marzo de 2016, el MINEM formuló reconvencción a la demanda planteada por TGNCA.

4.1. Pretensiones de la Reconvencción:

Primera Pretensión Principal: Que, el Tribunal Arbitral declare que el Contrato ha quedado resuelto de pleno derecho y sin culpa de las partes.

Segunda Pretensión Principal: Que, a consecuencia de declarar fundada la Primera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral declare que el MINEM no se encuentre obligado a restituir, reembolsar, resarcir y/o indemnizar por ningún concepto a TGNCA.

Tercera Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral ordene que TGNCA que asuma la totalidad de los costos del arbitraje, que incluye los gastos del Tribunal y Secretaría así como de defensa técnica y legal del MINEM.

4.2. Sustento de las Pretensiones Reconvenccionales:

- Respecto de la **Primera Pretensión**, el MINEM señaló que se ha producido un supuesto de imposibilidad sobrevenida no imputable a las partes y que fue el incumplimiento del Gobierno Regional de Ayacucho lo que ocasionó que no pueda ejecutarse el mencionado Proyecto.
- En relación a la **Segunda Pretensión**, argumentaron que es posible que las partes pacten en modo diverso a la regla general dictada por el artículo 1431 del Código

Civil, por lo que en el numeral 2.1 de la cláusula 2 y 16 del Contrato, las partes previeron TGNCA asumiría el riesgo vinculado a sus obligaciones. Por lo tanto, quedó pactado que sea TGNCA quien asuma de manera absoluta la totalidad de las pérdidas vinculadas a la ejecución y como contrapartida, la inejecución de sus obligaciones, sea con o sin imputabilidad de culpa.

- Es necesario resaltar que, al momento de suscribir el Contrato, las partes tenían pleno conocimiento de que la ejecución del mismo dependía de que el Gobierno Regional de Ayacucho cumpliera con lo que se comprometió.
- Sobre la **Tercera Pretensión**, manifestaron que TGNCA debe asumir el integro de los costos del Arbitraje pues su reclamo carece de sustento.

V. CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN

- El 31 de marzo de 2016 TGNCA contestó la reconvencción presentada por el MINEM, señalando que si bien estaban de acuerdo con que el Contrato quedó resuelto de pleno derecho sin culpa de las partes, las posiciones eran contrarias respecto a las consecuencias jurídicas de la resolución.
- Que, al tener el MINEM la calidad de promitente de las obligaciones que debían ser cumplidas por Gobierno Regional de Ayacucho, en aplicación del artículo 1470 del Código Civil, el MINEM asume responsabilidad por los incumplimiento del tercero y estaba en obligación de indemnizar a TGNCA por los daños que dichos incumplimientos le hayan generado.

VI. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El viernes 15 de abril de 2016, se llevó a cabo la audiencia de determinación de cuestiones materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral, en la que se estableció:

- a) Determinar si corresponde o no, declarar que el Contrato ha quedado resuelto de pleno derecho el 07 de diciembre de 2015, al ser imposible su ejecución sin culpa de las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1431° del Código Civil.

- b) Determinar si corresponde o no, ordenar al MINEM el reembolso a favor de TGNCA de la suma de US\$. 10'484,563.54 más IGV y S/. 3'354,918.46 más IGV por concepto de costos de inversión, de conformidad con la liquidación que TGNCA presentó, y si, como consecuencia de ello, TGNCA debe transferir al MINEM los bienes adquiridos para el Proyecto.
 - c) Determinar si corresponde o no, ordenar que el MINEM pague a favor de TGNCA la suma de US\$. 12'371,784.98 y S/. 3'958,803.78 por concepto de indemnización por daño emergente.
 - d) Determinar si corresponde o no, ordenar al MINEM que pague a favor de TGNCA la suma de US\$ 5'620,118.28 por concepto de indemnización por lucro cesante.
 - e) Determinar si corresponde o no, ordenar al MINEM que asuma el pago de los costos arbitrales a favor de TGNCA.
 - f) Determinar si corresponde o no, declarar que el Contrato ha quedado resuelto de pleno derecho y sin culpa de las partes.
 - g) Determinar si como consecuencia del punto anterior, corresponde o no, declarar que el MINEM no se encuentra obligado a restituir, reembolsar, resarcir y/o indemnizar por ningún concepto a TGNCA.
 - h) Determinar si corresponde o no, ordenar que TGNCA asuma la totalidad de los costos del Arbitraje, que incluye los gastos del Tribunal y Secretaria así como de defensa técnica y legal del MINEM.
- **Audiencia de pruebas:** Con fecha 31 de mayo de 2016 se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas, en la cual las partes expusieron las pericias ofrecidas por cada una de ellas en calidad de medios probatorios.
- **Audiencia de Informes Orales:** El 9 de junio de 2016, se realizó la audiencia de informes orales, en la que ambas partes expresaron sus alegatos.

VII. LAUDO ARBITRAL

Mediante resolución N° 31 de fecha 02 de setiembre de 2016 el Tribunal Arbitral, dictó el siguiente laudo:

SOBRE EL PRIMER Y SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, declarar que el Contrato ha quedado resuelto de pleno derecho el 07 de diciembre de 2015, al ser imposible su ejecución sin culpa de las partes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1431° del Código Civil.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, declarar que el Contrato ha quedado resuelto de pleno derecho y sin culpa de las partes.

- El Tribunal estimó pertinente considerar que si bien los Contratos de APPs (Asociación Público - Privada) deben contener disposiciones que regulen el procedimiento y las causales de resolución, se advierte que en el Contrato no se estipula la causal de resolución por imposibilidad sin culpa de las partes, que se configura en el presente caso. Sin embargo, ambas partes acordaron que en el presente arbitraje se presentó un hecho incontrovertible que determina la imposibilidad de la ejecución del Contrato, lo que amerita la resolución del mismo al amparo del artículo 1431° del Código Civil, invocado por las propias partes.
- De igual forma, el Tribunal indicó que como consecuencia de la conducta del Gobierno Regional de Ayacucho, no sólo devino en imposible la construcción de la Estación de Compresión, sino la ejecución del Proyecto en su totalidad.
- Por tanto, el Tribunal Arbitral declaró **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Demanda y **FUNDADA** la Primera Pretensión de Principal de la Reconvención y, en consecuencia, **DECLARÓ** resuelto de pleno derecho el Contrato de Asociación Público Privada suscrito el 17 de octubre de 2013 por el MINEM y TGNCA, al ser imposible su ejecución sin que medie culpa de las partes.

SOBRE EL SEGUNDO Y SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, ordenar al MINEM el reembolso a favor de TGNCA de la suma de US\$. 10´484,563.54 más IGV y S/. 3´354,918.46 más IGV por concepto de costos de inversión, de conformidad con la liquidación que TGNCA acompaña como anexo de su demanda y si, como consecuencia de ello, TGNCA debe transferir al MINEM los bienes adquiridos para el Proyecto.

SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, declarar que el MINEM no se encuentra obligado a restituir, reembolsar, resarcir y/o indemnizar por ningún concepto a TGNCA.

- Conforme lo estipula el artículo 1431° del Código Civil, resuelto el contrato, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido, por lo que la asignación de riesgos responde a una lógica de deudor-acreedor que no resulta aplicable a los contratos de APPs pues por su naturaleza asociativa, tienen un esquema de distribución compartida de los riesgos, en función de la mayor o menor capacidad de las partes para asumir los riesgos contractuales. Siendo así, se estimó que si bien las cláusulas establecían un régimen de responsabilidad respecto de TGNCA, éste no aplica para el caso concreto, puesto que como consecuencia de la resolución sin culpa de las partes no se presenta un supuesto de responsabilidad imputable a una de las partes, sino uno de asignación de riesgo de frustración del Contrato.
- La responsabilidad a la que se refiere la cláusula 2.1 del Contrato, se circunscribe únicamente a las obligaciones asumidas por TGNCA para ejecutar el Proyecto, pero no se extiende a asumir los riesgos por la inejecución de obligaciones a cargo del MINEM ni mucho menos de compromisos asumidos por Terceros. Entonces, la distribución de los riesgos contractuales conlleva una limitación de derechos, por ende para determinar la asignación de riesgos en un contrato no se puede admitir una interpretación extensiva, sino restrictiva, debiendo aplicarse a lo expresamente contemplado en el tenor de la cláusula, por lo tanto, no puede decirse que correspondía a TGNCA asumir los riesgos del incumplimiento de las obligaciones a cargo del Gobierno Regional de Ayacucho.
- Toda vez que ni el Contrato, ni las Bases Integradas prevén expresamente el régimen de asignación de riesgo contractual de imposibilidad de ejecución del Proyecto como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a cargo del Gobierno Regional de Ayacucho, el Tribunal se remitió a lo dispuesto en el

artículo 5¹ del Decreto Legislativo N° 1012 que regula los parámetros que en materia de riesgo, son aplicables a los contratos de las Asociaciones Público Privadas;

- El Tribunal señalo que, pese a que existía un convenio de libre adhesión y separación entre el MINEM y el Gobierno Regional de Ayacucho, ello no implica que una vez suscrito las partes puedan librarse de las obligaciones que previamente hayan asumido sin que medie responsabilidad de ningún tipo, más aún cuando existen terceros directamente afectados por el incumplimiento de sus obligaciones. Por ello, pese a que el MINEM indicó que el Gobierno Regional de Ayacucho era libre de apartarse del Convenio, no se acreditó que éstos se hayan declarado concluidos, por lo que se entiende que los mismos subsisten.
- El MINEM gozaba de una mejor condición para manejar el riesgo derivado de la ejecución o inejecución a cargo del Gobierno Regional por lo que en aplicación del Principio de Asignación de Riesgos, el Tribunal Arbitral estimó que corresponde a éste mitigar los efectos que respecto de TGNCA generó la resolución del Contrato por esta causa.
- Asimismo, los gastos efectuados por TGNCA se orientaban única y exclusivamente a la implementación del Proyecto, por lo que el Tribunal Arbitral estimó que una adecuada distribución compartida de los riesgos de resolución sin culpa de las partes conlleva a que corresponda al MINEM asumir los costos directos en los que TGNCA incurrió.
- El Tribunal Arbitral determinó que los montos que el MINEM deberá restituir a favor de TGNCA corresponden a los gastos directos en los que ésta ha incurrido para efectos de la adquisición de los bienes del Proyecto en la medida que los bienes y activos del Proyecto sean transferidos al MINEM una vez que éste haya reembolsado esos costos de inversión directos ejecutados por TGNCA.

¹ Artículo 5.- Principios

(...)

Asignación adecuada de riesgos. Deberá existir una adecuada distribución de los riesgos entre los sectores público y privado. Es decir, que los riesgos deben ser asignados a aquel con mayores capacidades para administrarlos a un menor costo, teniendo en consideración el interés público y el perfil del proyecto.

(...)

- Una distribución compartida del riesgo conlleva también a que TGNCA asuma los costos indirectos de ejecución del Proyecto, de manera que no corresponde que se le reembolse los Gastos Administrativos ni los Gastos Financieros.
- El Tribunal Arbitral se remitió al contenido de los informes periciales que han presentado el MINEM y TGNCA. Por tanto, se debió reconocer como Costos Directos de Inversión los apartados correspondientes a la Estación de Compresión, Transporte de GNC, Terrenos y gastos en el rubro de obras civiles, mecánicas y eléctricas. Finalmente, costos directos de inversión en el componente de Estaciones de GNV equivalentes a la suma de US\$ 3'615,491.72 (Tres millones seiscientos quince mil cuatrocientos noventa y uno con 72/100 Dólares Americanos), así como la suma de S/. 278, 215.50 (Doscientos setenta y ocho mil doscientos quince con 50/100 Soles).
- En atención a las consideraciones expuestas, el Tribunal Arbitral estimó pertinente declarar **FUNDADA EN PARTE** la Segunda Pretensión Principal de la Demanda e **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención. Consecuentemente declaró que el MINEM asuma el pago a favor de TGNCA, de la suma de US\$ 9'942,785.00 (Nueve millones novecientos cuarenta y dos mil setecientos ochenta y cinco con 00/100 Dólares Americanos) y la suma de S/. 630, 378.72 (Seiscientos treinta mil trescientos setenta y ocho con 72/100 Soles) por concepto de reembolso correspondiente a los Gastos Directos de Inversión en los que ésta ha incurrido para efectos de la ejecución del Proyecto.

SOBRE EL TERCER Y CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, ordenar que el MINEM pague a favor de TGNCA la suma de US\$. 12'371,784.98 y S/ 3'958,803.78 por concepto de indemnización por daño emergente.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, ordenar al MINEM que pague a favor de TGNCA la suma de US\$ 5'620,118.28 por concepto de indemnización por lucro cesante.

- El Tribunal indicó que para que haya un daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación, sino que el incumplimiento debe ser imputable al deudor a título de dolo o culpa. Si bien, en este caso hay un daño ocasionado a ambas partes, dicho daño no fue generado por estas, sino por un tercero.
- En ese sentido, el Tribunal Arbitral declaró **INFUNDADA** la Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda e **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Demanda.

SOBRE EL QUINTO Y OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, ordenar al MINEM que asuma el pago de los costos arbitrales a favor de TGNCA.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no, ordenar que TGNCA asuma la totalidad de los costos del Arbitraje, que incluye los gastos del Tribunal y Secretaria, así como de defensa técnica y legal del MINEM.

El Tribunal estimó que cada parte asuma directamente los costos en que incurrió. Por tanto, declarar **INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda e **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Reconvención.

VIII. SOLICITUDES DE RECTIFICACIÓN, INTEGRACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL LAUDO

Mediante escrito N° 19 de fecha 12 de setiembre de 2016 TGNCA presentó una solicitud de rectificación e integración requiriendo se incluyan los montos por concepto de construcción de semirremolques a la suma de dinero a ser reembolsada a TGNCA y se incluyan también a los montos el IGV correspondiente. Asimismo, solicitó la rectificación del párrafo referente a costos de inversión, pues el monto ahí indicado es erróneo. De igual manera solicitaron se señale en la parte resolutive del Laudo Arbitral como fecha de resolución del Contrato el 7 de diciembre de 2015.

Con escrito N° 22 de fecha 12 de setiembre de 2016, el MINEM solicitó recurso de rectificación e interpretación del laudo pues se incurrió en error en la parte resolutive del laudo ya que debió indicarse que se declaraba fundada en parte la segunda pretensión principal, dado que lo único que se ha otorgado a favor de TGNCA es el reembolso. Asimismo, señalar en el laudo de manera expresa que el MINEM no se encuentra obligado a resarcir y/o indemnizar por ningún concepto a TGNCA. Finalmente, solicitó se detalle cuáles son los bienes que TGNCA deberá transferir al MINEM.

IX. INTERPRETACIÓN, RECTIFICACIÓN E INTEGRACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

Mediante Resolución N° 35 de fecha 10 de octubre de 2016, luego de analizar las solicitudes de rectificación e interpretación de ambas partes, el Tribunal estableció lo siguiente:

- Que, respecto a la solicitud de precisar cuáles son los conceptos excluidos del rubro Transportes de GNC, el Tribunal consideró que corresponde excluir del monto que el MINEM debe reintegrar a favor de TGNCA, la suma equivalente a concepto de tracto o camión, por lo que se precisó que es éste el monto que ha sido expresamente excluido.
- Por tanto, el Tribunal declaró **FUNDADA** la solicitud de interpretación del Laudo Arbitral presentada por TGNCA, precisando que sólo corresponde excluir de los montos a reintegrar correspondiente al rubro Transportes de GNC, el concepto de tracto o camión equivalente a la suma de US\$ 100, 373,82.
- En lo referente a la solicitud de rectificación del monto consignado en el décimo párrafo del considerando 197 del Laudo Arbitral, el Tribunal declaró **FUNDADA** la solicitud presentada por TGNCA y en consecuencia precisó que el monto a descontar por concepto de Equipos en el rubro correspondiente a la Estación de Compresión ascienda a la suma de S/. 118, 779.35 y no a la suma de S/. 120, 516.31 como erróneamente se consignó.
- Respecto a la solicitud de consignar como fecha de resolución del Contrato el 7 de diciembre de 2015, el Tribunal advirtió que la fecha de resolución del Contrato

es un dato que no ha sido indicado por lo que declaro **INFUNDADA** dicha solicitud.

- Sobre el monto a reintegrar, el Tribunal Arbitral resolvió declarar **FUNDADA EN PARTE** la solicitud siendo el monto a reintegrar a favor de TGNCA asciende a la suma de US\$ 9'608,052.94 (Nueve millones seiscientos ocho mil cincuenta y dos con 94/100 dólares americanos) y a la suma de S/. 632, 235.68 (Seiscientos treinta y dos mil doscientos treinta y cinco con 68/100 soles). En el extremo referido al IGV, el Tribunal lo declaro **INFUNDADO**.
- De la solicitud de declarar que el MINEM no se encuentra obligado a restituir, reembolsar, resarcir o indemnizar a TGNCA, el Tribunal resolvió que toda vez que se declaró infundada la pretensión reconvenzional del MINEM no genera per se ningún tipo de obligación, ni lo exime del cumplimiento de las demás obligaciones contenidas en el Laudo Arbitral. Por tanto, se declaró **FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión del MINEM y en consecuencia se declaró que éste no se encuentra obligado a resarcir y/o indemnizar por ningún concepto considerado en la demanda.
- Respecto a la solicitud de interpretación a fin de establecer de forma precisa los bienes que TGNCA debe reintegrar al MINEM, el Tribunal lo declaró **IMPROCEDENTE**, toda vez que en las pretensiones formuladas por el MINEM no se requiere una lista detallada de los bienes que TGNCA deberá transferir a su favor, por lo que el Tribunal no tiene por qué pronunciarse sobre dicho punto.
- Finalmente, el MINEM solicitó la interpretación del Laudo Arbitral argumentando que el Tribunal ha omitido valorar el Oficio N° 323-2015/MEM-DM, el cual era sustancial para determinar a quién corresponde asumir el riesgo del Proyecto. Al respecto, el Tribunal declaró que dicho documento no fue suficiente para alterar su percepción del caso. Por lo tanto, declaró **IMPROCEDENTE** dicho extremo de la solicitud por no concurrir los presupuestos esenciales para su procedencia, relativos a la existencia de algún extremo oscuro o ambiguo del Laudo Arbitral.

B. Problemas jurídicos planteados en el expediente

Considero que existen dos problemas principales por abordar:

1. Si nos encontramos en un supuesto de resolución por imposibilidad sobreviniente de las prestaciones.
2. Quién debe asumir los riesgos.

C. **Marco Conceptual**

Asociación Pública Privada: “Si bien no existe una definición única de APP, el término alude a una amplia gama de asociaciones de largo plazo contractualmente pactadas entre alguna entidad del sector público y otra del sector privado para la provisión, por esta última, de algún servicio público, que generalmente involucra la operación y/o construcción de infraestructura económica o social, a cambio de una retribución financiera que puede provenir de los usuarios y/o del Estado mismo.” (BENAVENTE, Patricia y SEGURA, Alonso, 2017,21).

Arbitraje: Mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos elegido por las partes que responde a una suerte de contrato con efectos jurisdiccionales, ya que las partes voluntariamente aceptan utilizarlo en caso de sobrevenir una controversia.

Teoría contractualista del arbitraje: “La teoría contractualista señala que el arbitraje es un contrato. El convenio arbitral nace de la voluntad de las partes, lo que permite que esta institución surja y se desarrolle. Su origen contractual reclama una visión civilista respecto de la capacidad de los sujetos contratantes y a los demás requisitos de dicho contrato” (LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, 2014, p.31).

Teoría jurisdiccional del arbitraje: “La teoría jurisdiccionalista considera que el arbitraje es una institución de naturaleza jurisdiccional por los efectos que la ley otorga al Laudo Arbitral, esto es, la cosa juzgada”. (LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, 2014, p.32).

Teoría del riesgo: “La teoría del riesgo resuelve el problema que se presenta en los contratos con prestaciones recíprocas, cuando una de ellas deviene en

imposible de ejecutarse y la contraprestación no es objeto de ninguna imposibilidad de ejecución. Establece cual es el destino del contrato y si asumen o no obligaciones cada uno de los contratantes como consecuencia de dicha imposibilidad.” (TORRES VÁSQUEZ, Anibal, 2011, p. 499).

D. Análisis doctrinario, legal y jurisprudencial

1. Si nos encontramos en un supuesto de resolución por imposibilidad sobreviniente de las prestaciones.

La imposibilidad de la prestación a que se refiere el Art. 1431 planteada por ambas partes, es la imposibilidad total *sobrevenida* a la celebración del contrato, que bien puede tener carácter *objetivo* o *subjetivo*. La imposibilidad será objetiva cuando esta depende de un impedimento inherente propio contenido de la prestación, mientras que la imposibilidad subjetiva, se desprende de un impedimento ligado a la persona del deudor. (FERNANDEZ CAMPOS, Juan Antonio, 2002, p. 39)

Para la aplicación de este artículo debe tomarse en consideración que la insuperabilidad del obstáculo para cumplir debe apreciarse no sólo en función de la prestación misma, sino también en la aptitud del sujeto para cumplir, pues todo deber de esfuerzo o sacrificio encuentra su límite natural en los atributos fundamentales de la personalidad del obligado.

Ahora bien, fuera del supuesto de hecho de dicho dispositivo normativo encontramos el incumplimiento que no proviniendo de imposibilidad, obedece a otra causa no imputable, como es la ausencia de culpa.

En sentido explica DE LA PUENTE Y LAVALLE, que distinto sentido debe darse a la expresión “sin culpa de los contratantes” utilizada en el artículo 1431 del Código civil, pues ella se refiere a que la imposibilidad de la prestación no debe imputarse a una de las partes. Muy distinto es que, el incumplimiento sea imputable a que la imposibilidad sea imputable. En el primer caso se trata de que la prestación es posible de ejecutar, pero no se ejecuta por causa imputable a una de las partes, o sea por dolo, culpa inexcusable o culpa leve; en el segundo caso, no es posible ejecutar la prestación, pero esta

imposibilidad no es ajena a la actividad de las partes, sino que obedece a dolo, culpa inexcusable o culpa leve de una de ellas. (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, 2001, p.467)

Ahora bien, como el propio artículo 1431 lo establece, la imposibilidad de la prestación a cargo de una de las partes sin culpa de los contratantes, genera que el contrato quede resuelto de pleno derecho, es decir, no sería necesaria declaración constitutiva alguna, por lo que en el presente caso, el Contrato quedó resuelto de manera automática en el momento en el que la prestación devino en imposible.

En el caso en concreto ambas partes, así como los miembros del Tribunal arbitral han considerado que es aplicable el Art. 1431, sin embargo, existió discrepancia respecto a quiénes asumían los riesgos, tal como analizaré a continuación.

2 ¿Quién debe asumir los riesgos?

El artículo 1431 del Código Civil, tratándose del contrato recíproco, adopta el principio *periculum est debitoris*² al establecer que si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho, perdiendo el deudor liberado el derecho a la contraprestación y debiendo restituir lo que ha recibido.

La posición de este artículo según DE LA PUENTE Y LAVALLE es muy clara. Admite en primer lugar, aunque sin decirlo expresamente, que en virtud del artículo 1316 del mismo Código la obligación del deudor se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable a él, al reconocer que la imposibilidad sobreviniente de la prestación libera al deudor de su ejecución. En segundo lugar, declara que el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación, lo que significa que el acreedor queda, a su vez, liberado de ejecutar ésta. Completa esto último, al agregar que el deudor debe restituir al acreedor liberado lo que ha recibido de éste a título de contraprestación. Empero, el mismo artículo

²“(…) Nuestra legislación consagra el principio conocido como *Periculum est Debitoris*, en virtud del cual es el deudor quien sufre la imposibilidad, liberando al acreedor. Tal criterio se desprende de lo dispuesto por los arts. 1138, incisos 5 y 6; 1156; 1156; 1431; 1567 del Código Civil”. (GADES RIEGNER, Eugenio, 1986, p.71).

agrega que las partes pueden convenir en que el riesgo esté a cargo del acreedor, o sea que convencionalmente se adopte como régimen sustitutorio el principio *periculum est creditoris*. (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel, 2001, p.473,474).

A partir de esto, HARO señala que “(...) es notorio, por lo demás, cómo –probablemente influido por lo establecido en el artículo 1316 del Código Civil – el profesor De la Puente parece considerar inobjetable que en todo caso de imposibilidad sobrevenida, la responsabilidad del deudor debe quedar exonerada. Como el lector podrá suponer en este estado de la discusión, tal consideración es inexacta: si el deudor ha otorgado una garantía exigible aun en caso de imposibilidad sobreviniente (como puede ocurrir respecto del servicio especial prestado por un courier o en el ejemplo del médico (...) o en cualquier otro caso de la misma especie), tal imposibilidad no puede determinar en modo alguno la liberación del deudor dado que ello supondría vaciar de contenido a la garantía. Lo que se impone más bien en tales circunstancias es la estricta asunción del riesgo y el correlativo pago de la indemnización comprometida a favor del acreedor, el que – habiendo recibido el beneficio esperado bajo el contrato– mal podría, por su parte, exigir la devolución de la contraprestación.” (HARO SEIJAS, José Juan, 2004, p. 202,203).

Entonces ¿Qué criterio se utiliza cuando la prestación se torna imposible por causas no imputables a las partes?

El legislador atribuye las consecuencias de la imposibilidad sobreviniente a quien se encuentra en mejor posición para evitar la imposibilidad. En tal sentido, por lo regular, es el deudor quien está en mejor posición para evitar la imposibilidad de la prestación.

Así, por ejemplo, en el caso de la relación obligatoria con prestación de dar, el deudor está en posesión del bien y, está en mejor posición que el acreedor para evitar la destrucción. Por ello es al deudor de la prestación imposible al que se le asigna el riesgo y pierde el derecho a la contraprestación, *periculum est debitoris*”. (BARCHI VELAUCHAGA, Luciano, 2011, p. 237)

E. Opinión sobre el Laudo Arbitral

En principio, es importante señalar que ambas partes reconocen que existe imposibilidad sobreviniente de una de las prestaciones, lo cual es recogido en la decisión contenida en el laudo, por lo que la discusión se centra sobre la distribución de los riesgos.

Así pues, dado que las cláusulas del Contrato establecían un régimen de responsabilidad respecto del segundo, éste no aplica para el caso concreto, pues en este caso no se presentó un caso de responsabilidad imputable a una de las partes, sino uno de asignación de riesgo de frustración del contrato por imposibilidad sobrevinida sin culpa de las partes.

Las obligaciones pactadas en la cláusula antes mencionada, se refiere únicamente a las asumidas por TGNCA para ejecutar el Proyecto, pero no se refiere a la inejecución de obligaciones a cargo del MINEM ni de los compromisos asumidos con terceros.

La distribución de los riesgos contractuales conlleva una afectación de los derechos, por lo que para determinar la asignación de riesgos en un contrato no se puede admitir una interpretación extensiva, sino restrictiva al caso en concreto, por lo tanto, no puede decirse que correspondía a TGNCA asumir los riesgos del incumplimiento de las obligaciones del Gobierno Regional de Ayacucho.

Ahora bien, el Art. 5 del Decreto Legislativo N° 1012 señala que los riesgos deben ser asignados a la parte con mayores capacidades para administrarlos a un menor costo.

Téngase en cuenta que, si bien en el presupuesto del Art. 1431 del Código Civil se atribuye las consecuencias de la imposibilidad sobreviniente a quien se encuentra en mejor posición para evitar la imposibilidad, asumiendo que es el deudor, en este caso no se ha definido de forma expresa quién asume el mismo.

En este sentido, estoy de acuerdo con el laudo cuando señala que el MINEM gozaba de una mejor condición para manejar el riesgo derivado de la ejecución o inejecución a cargo del Gobierno Regional por lo que en aplicación de este criterio de Asignación de Riesgos, el Tribunal Arbitral estimó que corresponde a éste mitigar los efectos que respecto de TGNCA, generó la resolución del Contrato por esta causa.

En línea con lo anterior, estoy de acuerdo con lo dispuesto en la restitución respecto a los gastos directos e indirectos, y en el extremo que no se otorga por responsabilidad civil dado que no existe ni dolo ni culpa de las partes.

F. Opinión personal

En primer lugar, con respecto al arbitraje como mecanismo de solución de controversias, me encuentro de acuerdo con la tesis de SALCEDO CASTRO, quien señala que el arbitraje “nace de un negocio jurídico, que, como tal, proviene de la libre expresión de la voluntad de las partes vinculadas por el pacto arbitral. Sin embargo, por medio del contrato de arbitraje las partes invisten de jurisdicción a personas privadas con el fin que decidan definitivamente un conflicto que los involucra”. (SALCEDO CASTRO, Myriam, 2005, p. 114).

Ahora bien, también con respecto al arbitraje, en este caso en particular se puede apreciar que, si bien las partes no establecieron que se trate de un arbitraje institucional, sino más bien se desprende del Convenio Arbitral, que se llevará a cabo un arbitraje ad hoc, las partes establecen someterse a las reglas de la Cámara de Comercio de Lima, mas no a su administración, lo cual también sería válido debido a la característica flexible del arbitraje.

Por otro lado, con respecto a lo pretendido por TGNCA con respecto a la resolución del Contrato, considero si su finalidad era el recuperar íntegramente la inversión realizada y solicitar una indemnización por daño emergente o por lucro cesante, su estrategia debió ser otra, ya que, al solicitar la resolución del Contrato sin culpa de las partes, está alejándose de lo establecido en el Código Civil en lo que respecta a la responsabilidad civil contractual, por lo que no habría lugar a indemnización alguna.

G. BIBLIOGRAFÍA

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano

2011 “Comentarios a Algunas de las Propuestas de Enmienda del Código Civil (Libro de Obligaciones)” *Themis*. Lima. P. 233-254.

BENAVENTE, Patricia y SEGURA, Alonso.

2017 Luces y sombras del modelo de APP en la experiencia peruana. En: Las Alianzas Público-Privadas (APP) en el Perú: Beneficios y Riesgos.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL

2001 “Contratos con Prestaciones Recíprocas”. En DE LA PUENTE Y LAVALLE, MANUEL. *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. Tomo II*. Lima: Palestra Editores. p. 461-483.

GADES RIEGNER, Eugenio

1986 “Imposibilidad de la Prestación y Teoría del Riesgo”. *Themis*. Lima. p. 69-72.

HARO SEIJAS, José Juan

2004 “Periculum Est Dubitabilis? Algunas precisiones sobre el papel del riesgo en la Contratación Privada”. *Revista Themis*. Lima. p. 183-204.

LEDESMA NARVÁEZ, Marianella.

2014 Jurisdicción y Arbitraje. Lima, Fondo editorial PUCP.

SALCEDO CASTRO, Myriam.

2005 El Contrato de Arbitraje. *Legis Editores S.A.* Bogotá. p.114.

TORRES VÁSQUEZ, Anibal.

2011 Código Civil. Tomo II. *IDEMSA*. Lima. p. 499.

FERNANDEZ CAMPOS, Juan Antonio.

2002 La imposibilidad de cumplimiento de la prestación debida ANALES DE DERECHO. Murcia. p. 39.

H. ANEXOS

Se adjuntan en calidad de anexos los siguientes documentos:

- I. Copia de la Circular Informativa N° 2, Absolución a Sugerencias de la Tercera versión del Contrato
- II. Copia del Contrato celebrado entre el TGNCA y el MINEM
- III. Copia del Acta de instalación del Tribunal Arbitral
- IV. Copia del escrito de demanda interpuesta por TGNCA

- V. Copia del escrito de Contestación de demanda y Reconvención interpuesta por el MINEM
- VI. Copia de la Resolución N° 31, que contiene el Laudo Arbitral
- VII. Copia de la Resolución N° 35, que contiene la Interpretación, Rectificación e Integración del Laudo Arbitral



UNIVERSIDAD
DE LIMA

Universidad de Lima
Facultad de Derecho
Carrera de Derecho

INFORME DE EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título Profesional de
Abogado

Materia: Competencia Desleal

Demandante: Novartis Biosciences Perú S.A

Demandado: Perulab S.A.

Nro. de Expediente: 179-2010/CCD

Andrea Cecilia Salazar Hernández
Código 20111128

Lima – Perú
Marzo del 2019

EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

EXPEDIENTE : 179-2010/CCD
MATERIA : Competencia Desleal
DENUNCIANTE : Novartis Biosciences Perú S.A.
DENUNCIADO : Perulab S.A.

- A. Antecedentes**
- B. Problemas jurídicos planteados en el expediente**
- C. Marco Conceptual**
- D. Análisis doctrinario, legal y jurisprudencial**
- E. Opinión sobre Resoluciones**
- F. Opinión personal**
- G. Bibliografía**
- H. Anexos**

A. ANTECEDENTES

1.1. Denuncia de Novartis

El 20 de octubre de 2010, Novartis Biosciences Perú S.A. (en adelante, Novartis) denunció a Perulab S.A. (en lo sucesivo, Perulab) ante la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la Comisión) por la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, supuesto de infracción previsto en el artículo 8 del Decreto Legislativo N°1044 -Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, LRCD), así como por la presunta infracción del Principio de Legalidad, recogido en el artículo 17 del mismo cuerpo normativo. En su denuncia, Novartis manifestó lo siguiente:

Sobre los actos de engaño

- Perulab vendría ofreciendo el producto denominado "Ácido Zoledrónico de 4mg" (en adelante, el "Producto") como un novedoso tratamiento para la osteoporosis; no obstante, conforme a lo señalado por la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (en adelante, Digemid) mediante Resoluciones Directorales, así como mediante los insertos aprobados por la U.S. Food and Drug Administration (en adelante FDA) y la European Medicines Agency, la acción terapéutica del referido medicamento está únicamente indicada para el tratamiento del cáncer (específicamente para el tratamiento de la hipercalcemia asociada a neoplasia y la metástasis osteolítica).

Para acreditar este hecho, Novartis adjuntó los siguientes medios probatorios:

- Un acta notarial de fecha del 1 de junio de 2010, levantada por el Notario Público de Lima, doctor Alfredo Paino Scarpati (en adelante, el Acta de Presencia), a fin de constatar una operación de compraventa del Producto. Según Novartis, en dicho documento se habría constatado que el personal de Perulab afirmó que el Producto sirve para el tratamiento de la osteoporosis.
- Un acta notarial de transcripción del 7 de julio de 2010, levantada por el Notario Público de Lima, doctor Alfredo Paino Scarpati (en adelante, el Acta de Transcripción), referida a la certificación de la grabación de una conversación sostenida entre el señor Ángelo Alejandro Robbiano la Torre (en adelante, el señor Robbiano) y una operadora del call center de Perulab. Según Novartis, el referido documento constataría que Perulab afirma, a través de su servicio telefónico, que el Producto que comercializa, es un fijador de calcio aplicable para la osteoporosis.
- Un comprobante de pago emitido por la venta del Producto, que fue anexado al Acta de Presencia en el cual se hace referencia a que este producto no se encuentra gravado con impuesto general a las ventas, debido a que se trataría de un producto indicado para el tratamiento de enfermedades oncológicas y del VIH/SIDA, por lo que no se trataría de un producto apto para el tratamiento de la osteoporosis.
- En un procedimiento anterior, seguido por actos de competencia desleal, la Clínica de la Osteoporosis S.A.C. (en adelante, la Clínica de Osteoporosis) -empresa que estaría vinculada a Perulab- habría reconocido que el Producto servía para el tratamiento de la osteoporosis.

- Finalmente, Novartis acredita la magnitud del daño supuestamente causado por Perulab, indicando que esta última venía importando el Producto desde setiembre del año 2004.

Sobre la infracción al Principio de Legalidad

- Perulab vendría difundiendo en el Hospital Hipólito Unanue del distrito de El Agustino y en el Hospital de la Solidaridad del distrito de San Juan de Lurigancho (en adelante, los Nosocomios), anuncios publicitarios a través de trípticos, promocionando el Producto, cuya venta está autorizada bajo receta médica. Siendo que mediante la difusión de estos anuncios habría infringido lo establecido en el artículo 39¹ de la Ley 29459 - Ley de Productos Farmacéuticos, Dispositivos Médicos y Productos Sanitarios (en adelante, Ley 29459), toda vez que estaría dirigido al público en general y no exclusivamente a los profesionales de la salud que lo prescriben y dispensan.
- Las dos Actas Notariales de Verificación del 12 de julio de 2011 (en adelante, las Actas de Verificación), levantadas por el Notario Público de Lima, doctor Alfredo Paino Scarpati, permitirían verificar que en los dos mencionados nosocomios se proporcionan trípticos publicitarios del Producto -cuya venta se encuentra autorizada bajo receta médica- sin que medie requerimiento de los consumidores y sin que estos presenten recetas médicas.
- El texto de los trípticos se encontraba elaborado en lenguaje sencillo y didáctico, aspecto que unido a la presentación de sus imágenes gráficas, demuestra que se encontraban dirigidos a los consumidores y no a los profesionales de la salud.
- Era la segunda vez que Perulab difundía al público información respecto al mismo producto, pese a que la misma debía estar dirigida exclusivamente a los profesionales de la salud, por lo que solicitó que se considere este hecho al momento de imponer una sanción.

¹ Artículo 39.- Del alcance de la promoción y publicidad

(...)

La promoción y la publicidad de productos farmacéuticos y dispositivos médicos autorizados para venta bajo receta médica debe ser dirigida exclusivamente a los profesionales que los prescriben y dispensan; por excepción, los anuncios de introducción dirigidos a dichos profesionales se pueden realizar en medios masivos de comunicación.

(...)

Medidas Cautelares

Novartis solicita a la Comisión que ordene, en calidad de medidas cautelares, lo siguiente:

- El cese de la comercialización del Producto importado, distribuido y comercializado por Perulab.
- El cese de la difusión de publicidad del Producto de venta bajo receta médica al público en general.

Para fundamentar su solicitud, Novartis indicó que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 34² de la LRCD, en el presente caso se estaría cumpliendo tanto con el requisito de la verosimilitud en la existencia del acto de competencia desleal, en el sentido que de acuerdo a lo establecido en las actas notariales, se pudo verificar que Perulab ofrecía y comercializaba el Producto como si tuviese una acción terapéutica para el tratamiento de la Osteoporosis, como con el peligro en la demora, ya que Novartis considera que de no concederse la medida cautelar solicitada, es factible que el fallo definitivo del procedimiento jamás se ejecute plenamente.

Petitorio

En base a los fundamentos y pruebas presentadas, Novartis solicitó a la Comisión que:

- Se sancione a Perulab con la máxima multa permitida.
- Se ordene el cese definitivo de las prácticas materia de denuncia.
- Se realice el comiso y destrucción de todo el material publicitario del referido medicamento (Ácido Zoledrónico de 4mg).
- Se ordene la rectificación de la información engañosa.
- Se disponga la publicación de la Resolución condenatoria.
- Se ordene el pago de las costas y costos incurridos por el procedimiento.

² Artículo 34.- Requisitos para el dictado de medidas cautelares. -

Para el otorgamiento de una medida cautelar, la Comisión deberá verificar la existencia concurrente de: i) verosimilitud en la existencia de un acto de competencia desleal; y, ii) peligro en la demora del pronunciamiento final.

1.2. Inicio del procedimiento Administrativo Sancionador

Mediante Resolución de fecha del 3 de noviembre de 2010, la Secretaría Técnica de la Comisión admitió a trámite la denuncia de Novartis e imputó a Perulab la presunta comisión de actos de engaño y la presunta infracción al Principio de Legalidad; supuestos tipificados en los artículos 8 y 17 de la LRCD.

Asimismo, mediante Resolución de la misma fecha, la Comisión ordenó a Perulab, en calidad de medida cautelar, el **CESE PREVENTIVO** e **INMEDIATO** de la difusión del anuncio materia de denuncia u otros de naturaleza similar que promocionen el Producto por medios que se encuentren al alcance del público en general.

1.3. Apelación de la Medida Cautelar

El 17 de noviembre de 2010, Perulab apeló la medida cautelar ordenada por la Comisión mediante Resolución de fecha 3 de noviembre de 2010, sobre la base de los siguientes argumentos:

- No existiría verosimilitud en el derecho invocado debido a que Perulab no difundió el anuncio objeto de controversia, toda vez que este fue entregado por la Clínica de Osteoporosis a los Nosocomios, entre los meses de abril y mayo de 2008, por ser aquella la empresa encargada de promocionar el Producto, conforme se advierte de lo resuelto por la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 (en adelante, la Sala) en la Resolución N° 0098-2010/SC1 del 27 de enero de 2010 y de los testimonios aportados por la jefa de Reumatología de los Nosocomios. Debido a ello, Perulab afirma que no se estaría cumpliendo con el principio de causalidad.
- Actualmente, el Producto es fabricado por el Laboratorio IMA SAIC para Glenmark S.A. y no por el Laboratorio Servycal como afirmó la denunciante, debido al cambio de razón social del licenciente del producto en Argentina, por lo que no resulta correcto afirmar que Perulab comercialice un medicamento elaborado por un laboratorio que no existe.
- La información relativa al inserto de la publicidad del Producto, presentada por la denunciante, no corresponde a la información recientemente aprobada por la Digemid a través de la Resolución Directoral N° 14261-

SS/DIGEMID/DAS/ERFP, lo que evidencia que el producto denunciado no es el que actualmente comercializa en el mercado.

1.4. Contestación de Perulab

- (i) Con fecha 24 de noviembre de 2010, Perulab solicitó a la Comisión que se declare infundada la denuncia presentada por Novartis en base a los siguientes fundamentos:
- El 23 de abril de 2009 habría realizado ante la Digemid, el cambio de razón social del laboratorio que elaboraría el Producto, motivo por el cual habría dejado de ser "Servycal" y ahora se denominaría "Glenmark Generics S.A."; por lo tanto, no podría haber importado, distribuido y comercializado un producto con el nombre de un laboratorio que ya no existiría, por lo cual el anuncio -en el cual se registraba Servycal como laboratorio- pudo tratarse de un medio probatorio obtenido por Novartis en una campaña publicitaria realizada por Clínica de Osteoporosis en el año 2008, la cual se analizó en el marco de la tramitación del Expediente N° 025-2009/CCD, seguido de oficio contra esta última empresa. En ese sentido, a decir de la imputada, la publicidad materia de denuncia no correspondería a la presentación actual de su producto.
 - Con referencia al Acta de Presencia, se manifestó que la misma carecería de valor probatorio ya que no acreditaría los hechos materia de imputación, toda vez que los señores Milton Leyva y Jennifer Díaz, quienes se habrían apersonado al domicilio ubicado en Av. Velazco Astete N° 1321, distrito de Santiago de Surco, a fin de suministrar el producto imputado y entregar la correspondiente boleta de venta, no tendrían vinculación laboral con Perulab; más aún, no habrían sido debidamente identificados por el Notario Público de Lima que efectuó dicha diligencia.
 - El Acta de Transcripción estaría recogiendo una conversación telefónica llevada a cabo entre el señor Robbiano y la operadora del call center de Perulab, conversación que buscaría condicionar las respuestas de la operadora a efectos de que brinde una información errónea. Asimismo, Perulab señaló que las personas encargadas de atender consultas vía su call center, no estarían facultadas para brindar información respecto de las acciones terapéuticas de los productos

ofrecidos, sino únicamente para recepcionar el pedido y proceder a efectuar la venta.

En base a los fundamentos antes mencionado, Perulab solicita a la Comisión que se declare infundada la denuncia presentada por Novartis.

- (ii) Con fecha 29 de noviembre de 2010, Perulab señaló que tanto su producto como los productos "Zometa de 4mg" y "Aclasta de 5mg", ambos elaborados por la denunciante y respecto de los cuales se aludieran propiedades terapéuticas sobre la osteoporosis, se encontraban clasificados como "Bifosfonatos" y pertenecerían a la clasificación farmacológica "M05BA08", conforme a lo señalado por la Organización Mundial de la Salud y la Digemid.

1.5. Resolución N° 0028-2011/SC1-INDECOPI en el extremo referido a la Medida Cautelar

Mediante Resolución N° 0028-2011/SC1-INDECOPI de fecha 05 de enero de 2011, la Sala resolvió **CONFIRMAR** la Resolución N° 01 del 3 de noviembre de 2010, que ordenó a Perulab S.A., en calidad de medida cautelar, el cese preventivo e inmediato de la difusión del anuncio materia de denuncia u otros de naturaleza similar, en tanto promocionen el Producto a través de medios de comunicación que se encuentren al alcance del público en general señalando lo siguiente:

- El artículo 34 de la LRCD establece que los presupuestos concurrentes que deberán cumplirse para el dictado de una medida cautelar en materia de competencia desleal son: (i) la verosimilitud de la existencia de un acto de competencia desleal y (ii) la necesidad de contar con una decisión preventiva por constituir peligro en la demora en la obtención del pronunciamiento final.
- En su apelación, la denunciada sostuvo que no difundió el anuncio objeto de controversia, toda vez que este fue entregado por la Clínica de Osteoporosis. Al respecto, debe precisarse que dichos anuncios hacían una referencia expresa a dicha clínica, vinculándola de manera directa en el anuncio con la comercialización de tal medicamento y por tanto, con la difusión de la publicidad en cuestión. No obstante, en este caso los trípticos presentados por Novartis únicamente consignan a Perulab como anunciante del referido producto y, como tal, resulta responsable de la publicidad que sobre aquel se difunda. En ese

escenario, es Perulab quien se encuentra en mejor posición de controlar que la publicidad difundida sobre los medicamentos de venta bajo receta médica que expende en el mercado, se encuentre dirigida exclusivamente a los profesionales de la salud, conforme lo dispone el artículo 39 de la Ley N° 29459.

- La Sala apreció que las declaraciones de los trabajadores de los Nosocomios, presentadas por Perulab, no se encuentran respaldadas con alguna prueba adicional que genere certeza respecto del valor probatorio de tales testimonios; sin embargo, en el expediente obra documentación que demuestra lo contrario. En efecto, de la revisión preliminar del Acta de Verificación se puede advertir que en los Nosocomios, se difundían trípticos sobre el Producto de venta bajo receta médica, al alcance del público en general, lo que es susceptible de contravenir el artículo 39 de la Ley N° 29459.
- Con respecto a lo que Perulab afirma sobre el laboratorio que actualmente fabrica el Producto y sobre lo que precisa respecto a que la información relativa al inserto de publicidad del Producto, la Sala sostiene que no se encuentra en discusión a efectos del presente procedimiento, qué laboratorio se encarga actualmente de la elaboración del Producto o cuál es la información actualizada de su inserto. Dicha información no es naturalmente perceptible para los consumidores en general, siendo lo relevante si la difusión de la publicidad sobre dicho medicamento se realizó través de medios al alcance del público en general, circunstancia que preliminarmente ha quedado acreditada de la revisión de los actuados del expediente.
- En ese sentido, la Sala considera, en grado de verosimilitud, que Perulab incumplió con el mandato imperativo dispuesto en el artículo 39 de la Ley N° 29459 y, en consecuencia, habría infringido el artículo 17 de la LRCD.
- Con respecto al segundo requisito a analizar al momento del otorgamiento de una medida cautelar que es el del peligro en la demora, la Sala sostiene que en los casos de competencia desleal, la situación jurídica cautelable se traduce en la protección del mercado, los consumidores y demás competidores, pues son todos estos agentes quienes se pueden ver afectados en sus decisiones de consumo o sufrir una detracción en sus ventas, ante la realización o inminencia de la conducta presuntamente infractora.

- La Sala advierte que a la fecha en que la Comisión dispuso el mandato cautelar no innovativo, Perulab desplegó en el mercado una conducta que, tras un análisis preliminar en grado de verosimilitud, califica como una infracción al Principio de Legalidad y, por tanto, es susceptible de causar un perjuicio a los consumidores, competidores y al mercado como orden concurrencial.
- El despliegue de una conducta desleal hace suponer la inminencia de su continuación y, en el caso que haya cesado, de su posterior repetición; por ello, es necesario que el mandato cautelar que se ordene, en aras de la funcionalidad de la protección del mercado, se interprete de un modo amplio, lo cual implica una prohibición de su continuación y de la posterior repetición de dicha conducta o sus equivalentes aun cuando se conste el cese de la publicidad particularmente cuestionada.

1.6. Contestación de Novartis

Con fecha 8 de abril de 2011, Novartis manifestó lo siguiente:

- El anuncio publicitario imputado no sería el mismo que fue materia de sanción por parte de la Comisión bajo el Expediente N° 025-2009/CCD, seguido de oficio contra Clínica de Osteoporosis, toda vez que tendría elementos informativos y de diseño que lo harían distinto y los vincularían con Perulab.
- Solicita a la Comisión desestimar las declaraciones de los jefes de las áreas de reumatología de los Nosocomios, ya que considera que se trata de declaraciones inducidas por Perulab.
- Perulab sería el anunciante, en tanto se habría beneficiado del efecto de la publicidad del Producto, más aun considerando que dicha publicidad señalaría expresamente que Perulab sería la empresa que distribuía el producto, afirmación que, al decir de Novartis, se desprendería de los números telefónicos y correo electrónico consignados.
- Con referencia al argumento esgrimido por Perulab respecto al cambio del nombre del laboratorio que elaboraría el Producto, la denunciante manifestó que dicha situación no acreditaría que la publicidad anterior que contenía el nombre del laboratorio "Servycal" haya sido retirada automáticamente del mercado.

1.7. Segunda contestación de Perulab

- (i) Mediante escrito de fecha 10 de junio de 2011, Perulab reiteró sus argumentos de defensa. Asimismo, agregó, entre otros aspectos, lo siguiente:
- Las Actas de Verificación no acreditarían los hechos alegados, en tanto las mismas únicamente constatarían la entrega de la publicidad imputada al público en general, mas no que Perulab haya tenido vinculación con la elaboración y difusión de la misma. Adicionalmente, en dichas Actas Notariales no se habría identificado adecuadamente a todas las personas que habrían participado en la diligencia.
 - El Acta de Transcripción carecería de licitud, en tanto habría sido prefabricada y se habría obtenido trasgrediendo el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, toda vez que se habría realizado una grabación subrepticia de la conversación llevada a cabo entre el señor Robbiano y la operadora del call center. Por lo tanto, el documento que recogería dicha conversación debía ser utilizado únicamente bajo el consentimiento de las personas que participaron en ella. En consecuencia, la Comisión debería declarar la nulidad de dicha prueba.
- (ii) Posteriormente, el 11 de julio de 2011, la imputada reiteró los argumentos antes mencionados y manifestó que existe una Resolución Fiscal que señala que no existe mérito para abrir investigación a Perulab por los delitos imputados por Novartis (delitos contra la salud pública y delitos contra la fe pública) . Por ello, Perulab considera que el presente Procedimiento Administrativo estaría vulnerando su garantía de no ser procesado dos veces por los mismos hechos.

1.8. Segunda contestación de Novartis

El 20 de julio de 2011, Novartis, basándose en los nuevos argumentos presentados por Perulab, manifestó, entre otros puntos, que la denominación "Bifosfonato" (M05BA) sería utilizada para clasificar diversos productos; sin embargo, ello no significaría que los mismos tengan idéntica acción terapéutica. En ese sentido, si bien el Producto y el Ácido Zoledrónico de 5mg tendrían la misma clasificación de bifosfonato, las propiedades terapéuticas serían distintas. Finalmente, la denunciante adjuntó la declaración jurada de

fecha 20 de julio de 2011, en la cual se dejaría constancia que el señor Robbiano habría brindado oportunamente su consentimiento para que la referida Acta de Transcripción sea incorporada al expediente.

1.9. Resolución Final de la Comisión

Mediante Resolución Final de la Comisión N° 131-2011/CCD-INDECOPI del 10 de agosto de 2011, la Comisión emitió el siguiente pronunciamiento:

- (i) Declarar **FUNDADA** la denuncia por la comisión de actos de engaño, en el extremo referido a que Perulab ofreció el Producto como un novedoso tratamiento para la osteoporosis, pese a que se encontraba indicado únicamente para el tratamiento del cáncer (específicamente para el tratamiento de la hipercalcemia asociada a neoplasia y la metástasis osteolítica). Asimismo, se impuso una sanción de 30 (treinta) Unidades Impositivas Tributarias.

La Comisión fundamentó su decisión, entre otros aspectos, en lo siguiente:

- Desestimó el cuestionamiento de Perulab; sobre la validez del Acta de Transcripción y sustentó su pronunciamiento en una de las conclusiones del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal, llevado a cabo en Trujillo el 11 de diciembre de 2004, según la cual se admite la validez de una grabación de una conversación telefónica, si uno de los interlocutores revela el contenido.
- Consideró que el Acta de Transcripción permitía constatar que una dependiente de Perulab señaló que entre las acciones terapéuticas del producto imputado se encontraba la osteoporosis.
- Estimó que en la operación de compraventa que contó con la presencia del Notario Público Alfredo Paino Scarpati, siendo que las dos personas que manifestaron ser representantes de Perulab, afirmaron que el medicamento era útil para el tratamiento de la osteoporosis y giraron una boleta por la venta del Producto a nombre de la denunciada, hecho que no fue desvirtuado por esta empresa.

- En el inserto del Producto se aprecia está autorizado para el tratamiento de la hipercalcemia asociada a neoplasia y la metástasis osteolítica y aunque podría tener mayores acciones terapéuticas, estas no fueron autorizadas por la Digemid.
- (ii) Declaró **FUNDADA** la denuncia por infracción del Principio de Legalidad, debido a que consideró que se encontraba acreditada la difusión de la publicidad del Producto al público en general, en contravención del artículo 39 de la Ley 29459. Por ello, sancionó a Perulab con una multa de 15 (quince) Unidades Impositivas Tributarias.

La Comisión fundamentó su decisión en lo siguiente:

- Las Actas de Verificación se encuentran revestidas de la fe pública notarial y denotan imparcialidad en la constatación de los hechos. Frente a ellas, las declaraciones, emitidas por los jefes de las áreas de reumatología de los Nosocomios, en el sentido que no recibieron de Perulab los trípticos, solo tendrían un alcance relativo, en la medida que estas entidades tendrían algún interés en el resultado del procedimiento.
- En tanto los hospitales brindan prestaciones de carácter asistencial, no actúan como agentes económicos, a partir de lo cual se podría deducir que el único beneficiario de la comercialización del producto imputado es Perulab, hecho al cual se puede añadir la inclusión del nombre, los números telefónicos y el correo electrónico de esta empresa en el anuncio.
- A partir de la revisión de las frases contenidas en el anuncio publicitario, las imágenes, así como el empleo de un lenguaje didáctico, la Comisión estimó que la publicidad del Producto se encontraba dirigida a promover su adquisición por las personas con enfermedades óseas como la osteoporosis y no a promover su recomendación entre los profesionales médicos, por lo que vulnera lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 29459.

(iii) Ordenó, en calidad de medida correctiva, lo siguiente:

- El **CESE DEFINITIVO** e **INMEDIATO** de la difusión del Producto como un novedoso tratamiento para la osteoporosis cuando ello no sea cierto.

- El **CESE DEFINITIVO** e **INMEDIATO** del anuncio infractor y de cualquier otro similar en tanto no cumpla con lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley N° 29459.

- (iv) Denegó el pedido de Novartis para que se ordene la publicación de un aviso rectificatorio respecto de las afirmaciones engañosas del Producto y de la resolución condenatoria.

- (v) Condenó a Perulab al pago de las costas y costos incurridos en la tramitación del procedimiento.

1.5 Apelación a la Resolución de la Comisión

- (i) El 2 de setiembre de 2011, Perulab apeló la Resolución N° 131-2011/CCD-INDECOPI en los siguientes términos:

Sobre los actos de engaño:

- Perulab reiteró su posición respecto a que el Acta de Transcripción pues considera que no cumple con el requisito de constitucionalidad de la actividad probatoria, ya que se obtuvo vulnerando el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones de los interlocutores. Con relación al fundamento expuesto por la Comisión al respecto, señaló que si bien existe una autorización otorgada a Novartis por uno de los Interlocutores (el señor Robbiano), según cierto sector de la doctrina, el derecho a la inviolabilidad del secreto de las comunicaciones les pertenece a los dos interlocutores que participaron en la conversación telefónica, por lo que ambos deben otorgar la autorización para su uso.

Añadió que aun en el supuesto de conflicto entre el derecho a probar y el derecho al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones, el segundo prevalece sobre el primero.

Finalmente, señaló que los Plenos Jurisdiccionales citados por la Comisión no pueden ser extensivos para la determinación de infracciones administrativas, sino solo para la calificación de ilícitos penales. Sin perjuicio del ello, señaló que Novartis no entregó el audio correspondiente a la transcripción, lo que afecta su derecho de defensa, puesto que no le permite verificar si la transcripción es exacta.

- Manifestó que el Acta de Transcripción permite, verificar que la persona que atendió la llamada telefónica se limitó a vender el Producto conforme al requerimiento del señor Robbiano sustentado en una prescripción médica, por lo que esta prueba no resultaba útil para determinar que el Producto tiene efectos terapéuticos contra la osteoporosis.
- Con relación al Acta de Presencia, cuestionó que no se haya identificado adecuadamente a las personas que participaron en la compraventa como trabajadores de Perulab y reiteró que estas personas no mantienen vínculo laboral con Perulab. Asimismo, precisó que, si bien una constatación notarial puede dar fe de un hecho, nada garantiza que las declaraciones efectuadas por las dos personas a las que se interrogó respondan a la verdad.
- Asimismo, agregó que el análisis de la Comisión respecto a la pertinencia y conveniencia de la venta del Producto era incompleto pues no consideró que Novartis sería quien obtenga un beneficio en el eventual caso que se sancione a Perulab. Además, indicó que no obtuvo beneficios económicos como consecuencia de la conducta denunciada dado que sus ingresos se mantuvieron estables.
- Indicó que el Producto sí puede ser empleado para el tratamiento de la osteoporosis y para sustentar esta afirmación, indicó que el mismo pertenecía al grupo fármaco - terapéutico de los bifosfonatos los que de acuerdo a la Clasificación Anatómica, Terapéutica, Química de la Organización Mundial de la Salud (Clasificación ATC), serían empleados para el tratamiento de enfermedades óseas, entre ellas, la osteoporosis. Asimismo, manifestó que la Digemid habría señalado que el Producto era un fármaco que servía para tratar la osteoporosis.

Con la finalidad de reforzar este argumento, añadió que tanto la Comisión y como Novartis habrían reconocido que el Producto tiene propiedades farmacológicas para el tratamiento de la osteoporosis.

- Citó un artículo médico titulado "Intravenous Zoledronic Acid in Postmenopausal Women with Low Bone Mineral Density", publicado en The New England Journal of Medicine en el año 2002, en el cual se respaldaría su afirmación respecto a que los bifosfonatos son agentes efectivos para el tratamiento de la osteoporosis.
- Precisó que a pesar de que Novartis señaló que el Producto no puede ser empleado para el tratamiento de la osteoporosis, dicha empresa registró este producto ante el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos de Colombia como un producto

indicado para la osteoporosis post-menopausica y que posteriormente solicitó eliminar la indicación del tratamiento para esta enfermedad, pero su pedido fue denegado por las autoridades colombianas sustentándose en información clínico científica.

Sobre la infracción al Principio de Legalidad

- Si bien en los trípticos publicitarios se aprecia el nombre de Perulab, no existen pruebas directas que permitan evidenciar que tuvo participación en la elaboración ni en la difusión de dicho material en los dos Nosocomios y afirmó que estos corresponden a la publicidad realizada anteriormente por Clínica de la Osteoporosis.
- La información contenida en el tríptico objeto de imputación no corresponde a la presentación actual del producto, dado que hace referencia a un laboratorio que ya no fabrica el Producto, de modo que no es posible que Perulab haya difundido publicidad con información antigua.
- La Comisión se habría alejado del criterio aplicado en un caso anterior en el que los hechos materia de imputación eran similares. En aquella oportunidad se resolvió declarar infundada la denuncia aun cuando en el anuncio materia de imputación aparecía el nombre de la empresa denunciada, debido a que no se podía concluir que el anuncio hubiese realizado como consecuencia de acciones directas de la imputada o por instrucciones de esta.
- Reiteró que durante el procedimiento presentó las declaraciones de los jefes de las áreas de reumatología de los Nosocomios, en las que indican que Perulab no dejó material promocional alguno que corresponda al Producto.
- Perulab manifestó que, en todo caso, la entrega de la información en los Nosocomios se produjo como consecuencia de un requerimiento efectuado al personal de los mismos, de manera que no existía una directiva de su parte en el sentido que había que dirigir los volantes al público en general. Del mismo modo, advirtió los defectos y omisiones que ponían en tela de juicio la constatación notarial de los hechos, los cuales se encontraban principalmente relacionados con la identificación de las personas que participaron en ella.
- Indicó que frente a una denuncia penal formulada por Novartis contra Perulab por hechos similares a los que se cuestionan en el presente procedimiento, la Fiscalía

Provincial resolvió que no había lugar para formalizar la denuncia, manifestando que Perulab no tuvo participación en la elaboración del material publicitario cuya difusión se discute en el presente procedimiento.

- (ii) Asimismo, mediante escrito del 6 de marzo de 2012, Perulab incidió en los argumentos antes expuestos y presentó el Dictamen N° 034-CEMIS-MINSA-2012 del 16 de febrero de 2012, emitido a solicitud de esta empresa por el Comité Especializado del Ministerio de Salud- Cemis mediante el cual se acreditaría que el Producto sirve para el tratamiento de la osteoporosis.

1.10. Contestación de Apelación

El 11 de enero de 2012, Novartis absolvió el traslado de la apelación, reiterando los argumentos expuestos previamente, y añadiendo lo siguiente:

- Perulab pretende sustentar que el Producto tiene propiedades para el tratamiento de la osteoporosis tergiversando los alcances de la Resolución Directoral N° 8154-SS/DIGEMID/DAS/ERPF, emitida por la Digemid, dado que en ella no se hace referencia a las propiedades curativas del Producto, sino únicamente se alerta sobre los efectos del uso de los bifosfonatos en general.
- Cuestionó los alcances del artículo médico presentado por Perulab, ya que Novartis concluyó que dicho estudio solo acredita que el Producto es útil para mejorar la densidad mineral ósea en pacientes con osteopenia; sin embargo, no puede afirmarse claramente que este producto es utilizado para el tratamiento de la osteoporosis.
- Con relación a la información del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos de Colombia, manifestó que su empresa se negó a que entre las indicaciones del producto cuyo registro fue solicitado ante dicha autoridad, se incluya que sirve para el tratamiento de la osteoporosis menopáusica.
- Alegó que la decisión de la Fiscalía Provincial no se encontraba debidamente motivada.

1.11. Resolución Final de la Sala

Con fecha 05 de noviembre de 2012, la Sala emitió Resolución Final N° 3021-2012/SDC-INDECOPI ordenando lo siguiente:

- (i) **REVOCAR** la Resolución Final de la Comisión, en el extremo que declaró fundada la denuncia formulada por Novartis contra Perulab por infracción del artículo 8 de la LRCD. En consecuencia, **SE DEJA SIN EFECTO** la sanción de 30 (treinta) Unidades Impositivas Tributarias inicialmente impuesta.

Entre los fundamentos de la Sala para esta decisión son las siguientes:

- El cuestionamiento de la validez del Acta de Transcripción debe desestimarse, por cuanto la grabación de la conversación telefónica es un medio probatorio lícito cuando el contenido de ella es revelado por uno de los interlocutores. Sin embargo, no corresponde tener en cuenta este medio probatorio para acreditar la imputación de la comisión de actos de engaño contra Perulab, ya que no brinda certeza de que la comunicación entre el señor Robbiano haya sido realizada con una trabajadora de Perulab.
- La Sala consideró que la sola manifestación de las dos personas que participaron en la constatación notarial no resulta suficiente para sostener que efectivamente trabajan para Perulab. Al respecto, Perulab cuestionó los aspectos formales como la falta de identificación adecuada de las personas que participaron en la operación de compraventa, siendo que para efectos del presente procedimiento no desvirtúa la validez del Acta de Presencia, toda vez que la autoridad administrativa no puede desestimar por sí misma la validez de un documento dotado de la fe pública notarial. Asimismo, Perulab indicó que las personas que manifestaron ser trabajadores de esta empresa realmente no lo eran, para lo cual, durante el procedimiento, presentó la planilla de trabajadores en la que no se verificaba el nombre de ellas. Sin embargo, este hecho, aunado a la emisión de la boleta por la venta del producto materia de análisis efectuada en el mismo instante en que se realizó la constatación notarial, conduce a sostener válidamente que los mencionados señores actuaron por encargo de Perulab y, como tales, afirmaron que el Producto tenía propiedades farmacológicas para el tratamiento de la osteoporosis.

- No resulta suficiente para considerar la existencia de un acto de engaño que una empresa comercialice productos farmacéuticos afirmando que tiene determinadas acciones terapéuticas, sin que estas se encuentren indicadas en el inserto médico, pues pese a no estar formalmente autorizado, el producto farmacéutico sí podría comprender esos usos. Lo que será necesario es verificar si la empresa cuenta con los medios probatorios idóneos que respalden la veracidad de la atribución de determinadas acciones terapéuticas sobre su producto.
- Efectivamente, de la revisión de la Clasificación ATC así como de la información recogida en el registro de productos farmacéuticos publicado por la Digemid, permite apreciar que el Producto, se encuentra incluido dentro del género de los bifosfonatos y este pertenece a la familia de los productos que sirven para el tratamiento del "sistema musculoesquelético", dado que adopta la clasificación ATC en el registro sanitario. En esa misma orientación, es preciso indicar que, a partir de la información publicada por la FDA, la Digemid reconoció el uso de los bifosfonatos en el tratamiento de la osteoporosis mediante Resolución Directoral N° 8154-SS/DIGEMID/DAS/ERPF.
- Novartis consideró que sobre la base de la resolución antes mencionada no se podía concluir que el Producto sirve para el tratamiento de la osteoporosis, ya que algunos bifosfonatos sirven para el tratamiento de la osteoporosis y otros para el tratamiento del cáncer, y que el Producto se encontraba en este segundo grupo de bifosfonatos. No obstante, la Sala, no comparte la apreciación de Novartis, pues si bien dicha Resolución no indica expresamente que el Producto puede prescribirse para tratar la osteoporosis, esta conclusión se puede desprender asumiendo que este producto pertenece a la familia de los bifosfonatos.
- La Sala considera que al momento de la constatación notarial que dio lugar al Acta de Presencia, existía respaldo idóneo en medios probatorios que permitían desprender que el Producto, además de tratar la hipercalcemia asociada a neoplasia y la metástasis osteolítica, como se indica en su registro sanitario, también tenía acciones terapéuticas para el tratamiento de la osteoporosis.
- Finalmente, la Sala consideró que la desestimación de la denuncia formulada por Novartis no influye en la acreditación de la veracidad de la afirmación que se analizó sobre este punto, la cual ha sido corroborada en base a los medios probatorios antes citados.

- (ii) **REVOCAR** la Resolución Final de la Comisión en el extremo que declaró fundada la denuncia por infracción del Principio de Legalidad previsto en el artículo 17.2 de la LRCD, debido a la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley N° 29459. En consecuencia, **SE DEJA SIN EFECTO** la sanción de 15 (quince) Unidades Impositivas Tributarias.

Entre los fundamentos de la Sala para esta decisión son las siguientes:

- Mediante un pronunciamiento anterior de la Sala en la Resolución N° 11-2012/SC1-INDECOPI, la Sala señaló que se configurará una infracción al Principio de Legalidad, bajo el artículo 39 de la Ley N° 29459, cuando se pruebe que el anunciante directamente o a través de un intermediario, haya puesto a disposición del público en general publicidad de producto farmacéutico que requiere de receta médica. En tal sentido, solo en la medida que existe evidencia material de un acto de difusión por parte de Perulab, publicidad que, no solo orientada a los médicos o profesionales de la salud, es que se puede atribuir una infracción a la imputada.
- En tanto no se encuentra comprobado que Perulab haya sido el anunciante del tríptico recabado en las diligencias notariales llevadas a cabo en los Nosocomios, no corresponde continuar con el análisis a fin de determinar si se vulneró el artículo 39 de la Ley N° 29459.

- (iii) **DEJAR SIN EFECTO** las medidas correctivas ordenadas por la Comisión.

B. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS EN EL EXPEDIENTE

Considero que existen dos problemas por abordar en el presente caso:

- (i) Determinar si efectivamente Perulab estaría cometiendo Actos de Engaño al ofrecer el Producto como un novedoso tratamiento para la osteoporosis; cuando, a decir del denunciante, la acción terapéutica del referido medicamento estaría únicamente indicada para el tratamiento del cáncer.
- (ii) Determinar si los anuncios publicitarios a través de trípticos calificarían como una infracción al Principio de Legalidad.

C. MARCO CONCEPTUAL

Economía social de mercado: "(...) La economía social de mercado no es otra cosa que un sistema en que la iniciativa privada y las leyes de la oferta y la demanda tienen preeminencia, y en que el estado interviene para complementar su funcionamiento y ofrecer seguridades, y también cuando es el mismo mercado el que falla o cuando conductas empresariales falsean las reglas de la libre y leal competencia . En otras palabras el concepto de economía social de mercado estima que la libre iniciativa y la libre competencia constituyen el mejor sistema para asegurar el bienestar de todos." (KRESALJA, Baldo y OCHOA, César, 2009, p. 359).

Publicidad Engañosa: "Engañar al público consumidor es una de las formas clásicas de competencia desleal. Una de las formas de engañar es a través de la publicidad. Mostrar cualidades o características inexistentes en el producto o servicio que se ofrece es algo a lo que recurren habitualmente muchos competidores. Al no haber realizado el esfuerzo para llegar a las características que le permiten competir mejor, dicen que ofrecen lo que no tienen. De esta manera inducen a comprar a quienes, de conocer las verdaderas cualidades o características de lo ofrecido, no comprarían. (..) Esto sin duda, constituye un acto de competencia desleal. Nadie debe mentir al mostrarse ante el público consumidor. De permitirse la mentira y el consiguiente engaño, quien actúe como debe y ofrece lo que realmente tiene, no puede competir contra quien ofrece algo como superior. Competir lealmente es correr con los propios colores, engañar es correr con otros colores, y ello no es admisible." (OTAMENDI, Jorge, 1998, p.40)

Deficiencias en los mecanismos del mercado: "(...) Cuando los mecanismos de mercado no funcionan adecuadamente, permitiendo que el beneficio económico que obtienen algunos de los que participan en el proceso competitivo se obtenga mediante un daño o perjuicio, mediato o inmediato, respecto de los otros participantes, nos encontramos frente a una deficiencia que solo puede encontrar remedio mediante los mecanismos regulatorios jurídicos, que integran el Derecho de la Competencia desleal."(CABANELLAS, Guillermo, 2014)

Actos de Engaño: "Los actos de engaño perjudican a todos los que participan en el mercado, tanto a competidores como a los consumidores, en la medida en que se provoca una decisión de la clientela basada no en las prestaciones que realmente se ofrecen, sino

en una presentación que induce a error. (...) En definitiva, existe engaño siempre que las indicaciones que se destinan a atraer a los clientes potenciales inducen a error sobre las características de la prestación que se ofrece." (BERCOVITZ, Alberto, 2002, p.362)

Principio de Legalidad: "Generalmente, los sectores en que se establecen exigencias publicitarias específicas adicionales serán aquellos en los que la importancia del consumo de los productos o servicios sea significativa por sus posibles efectos en la salud o por sus posibles efectos en las expectativas financieras del consumidor. Así en algunos sectores además de las normas que contiene la Ley de Normas de la Publicidad en Defensa del consumidor, el anunciante debe cumplir con otras normas que establecen exigencias adicionales para su actividad publicitaria. Este es el contenido del principio de legalidad, por lo que determinar sus fronteras es crucial, dependiendo del sector en el que se desenvuelve el anunciante." (STUCCHI LOPEZ RAYGADA, Pierino, 2007, p. 195)

Principio de veracidad en materia publicitaria: "La exigencia del principio de veracidad en materia publicitaria no es más que una manifestación dentro del género de represión del engaño en las relaciones comerciales. Hoy, con el desarrollo de los medios de comunicación masiva, la difusión publicitaria de afirmaciones falaces conlleva a que, por un lado, se multipliquen los efectos distorsionantes que esta actividad produce en la competencia; y, que potencialmente dicha conducta sea susceptible de afectar el derecho a la libertad de elección de un mayor número de consumidores." (PATRON SALINAS, Carlos A., 1995, p. 239)

D. ANÁLISIS DOCTRINARIO, LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

En primer lugar, considero importante analizar sobre quién estaría recayendo la supuesta sanción, es decir realizar un análisis que permita determinar si efectivamente fue Perulab a quien debería sancionarse.

De acuerdo con la jurisprudencia emitida por la Sala de Defensa de la Competencia en sucesivos procedimientos, para calificar a un particular como anunciante (Definición contenida en el artículo 59° Inc. c de la LRCD) se debe verificar que la persona material o jurídica que participa materialmente en el proceso de difusión de la publicidad tenga

un fin concurrencial, es decir, el propósito de motivar transacciones que satisfagan sus intereses comerciales.

Asimismo, a efectos de determinar la responsabilidad administrativa en ejercicio de la potestad sancionadora prevista en el TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General se debe actuar respetando los principios administrativos de dicha potestad sancionadora, entre los cuales tenemos el Principio de Causalidad, contenido en el numeral 8 del Art 248 del TUO de la Ley N° 27444 el cual refiere: “La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa, constitutiva de infracción sancionable.”

Asimismo, de conformidad con el numeral 9) del artículo 248 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, en virtud del Principio de Presunción de Licitud “Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.”

Al respecto, el Dr. Juan Carlos Morón Urbina refiere que: “Por el principio de presunción de licitud, más conocido como presunción de inocencia, las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario. Dicha presunción cubre al imputado durante el procedimiento sancionador, y se desvanece o confirma gradualmente, a medida que la actividad probatoria se va desarrollando, para finalmente definirse mediante al acto administrativo final del procedimiento. La presunción solo cederá si la entidad puede acopiar evidencia suficiente sobre los hechos y su autoría, tener seguridad que se han producido todos los elementos integrantes del tipo previsto, y un razonamiento lógico suficiente que articule todos estos elementos formando convicción.” (Resolución N° 1706-2011-TC-S2, 2011)

Respecto a la presunta comisión de actos de engaño.

Ahora bien, en el presente caso se denuncia la comisión de actos de engaño, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 de la LRCD.

Respecto a los actos de engaño MASSAGUER señala “Desde esta perspectiva, la represión de los actos de engaño se revela pieza esencial para la salvaguardia de la transparencia del mercado y, por lo tanto, pilar básico para el logro de uno de los objetivos

a que declaradamente obedece la represión de la competencia desleal; el mantenimiento de mercados altamente transparentes” (MASSAGUER, José., 1999. Pag.217)

Si bien la Comisión en sus lineamientos señala que los actos que tienen como efecto, real o potencial, inducir a error al consumidor entre otras cosas, respecto de la aptitud para el uso de un bien ofrecido, en este caso resultó necesario que la autoridad realice una evaluación de los medios probatorios que la lleve a la certeza de que efectivamente en este caso, el Producto podía ser utilizado para el tratamiento de la osteoporosis.

Respecto a la presunta infracción al principio de legalidad.

Con respecto a la infracción al principio de legalidad, se menciona que “(...) este principio recoge una serie de disposiciones sectoriales que, por remisión normativa, establecen obligaciones respecto del contenido, difusión o alcance de la publicidad de dicho sector. En su mayoría, las disposiciones se encuentran dirigidas a no omitir cierta información o restringir el alcance, como en el caso de los productos bajo receta médica.” (ARAMAYO, Abelardo, GAGLIUFFI, Ivo, MAGUIÑA, Ricardo, RODAS, Carlos, SOSA, Alex, STUCCHI, Pierino, 2013, p. 50)

En el caso particular resulta necesario analizar si efectivamente se estaría infringiendo el principio de legalidad al realizar publicidad al Producto, a los pacientes, cuando de acuerdo a lo establecido en la Ley N° 29459, la publicidad de los productos de venta bajo receta médica, debe ir dirigida a los profesionales de la salud que las dispensan y no a los pacientes.

Ahora bien, considero importante mencionar lo que establece STUCCHI, “Estas exigencias de las normas de salud se fundamentan en la necesidad de proteger al consumidor final de que sea inducido a error respecto de los reales efectos del producto farmacéutico o natural de uso en salud, así como para evitar que decida automedicarse en el caso de los productos con receta médica.” (STUCCHI LOPEZ RAYGADA, Pierino, 2007, p. 195)

E. OPINIÓN SOBRE RESOLUCIONES

5.1 Opinión de Resolución Final de la Comisión

Para poder expresar mi punto de vista con respecto a la Resolución Final de la Comisión, procederé a comentar cada uno de los puntos en discusión planteados por esta:

- (i) Me encuentro de acuerdo con a la decisión de la Comisión de declarar infundada la tacha formulada por Perulab contra los medios probatorios presentados por Novartis ya que, en primer lugar no considero que se haya vulnerado el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones puesto que como bien afirma la Comisión, el Acta de Transcripción muestra las labores ordinarias de la trabajadora pero no se estaría exponiendo alguna actividad propia de su intimidad. Por otro lado, de haber querido la denunciada que se declare la nulidad de los instrumentos públicos notariales, debió acudir al Poder Judicial, que es el único órgano competente para pronunciarse al respecto.
- (ii) Con respecto a la decisión de la Comisión de declarar infundada la excepción de cosa juzgada presentada por Perulab, considero que efectivamente los intereses tutelados por la normativa de competencia desleal y las normas penales del Ministerio público, son distintos y que, además, un mismo hecho puede generar diversas consecuencias jurídicas. Por ello, me encuentro de acuerdo con la decisión de la Comisión.
- (iii) Con respecto a la decisión de la Comisión de declarar fundada la denuncia en el extremo referido a la comisión de actos de engaño, considero que, si bien de acuerdo a los medios probatorios presentados hasta dicho momento, se podría asumir que efectivamente estaríamos frente a la comisión de un acto de engaño, existían también pruebas que podían comprobar lo contrario, las mismas que no fueron consideradas por la Comisión, por lo que no me encuentro de acuerdo con su decisión en su totalidad. En consecuencia, tampoco considero que debieron sancionar a Perulab con multa alguna.
- (iv) No me encuentro de acuerdo con la decisión de la Comisión de declarar fundada la denuncia en el extremo referido a la infracción al principio de legalidad ya que, si bien considero que efectivamente el repartir publicidad al público en general cuando el producto se vende bajo receta médica

constituiría una infracción al principio de legalidad, no considero que en el presente caso se hayan presentado pruebas suficientes que para comprobar que Perulab haya sido quién realizó esta difusión.

5.2 Opinión de Resolución Final la Sala

Me encuentro de acuerdo con la decisión emitida por la Sala en la Resolución Final, en la que se revoca la Resolución Final N° 131-2011/CCD-INDECOPI emitida por la Comisión, tanto en el extremo referido a la comisión de los actos de engaño como a la infracción del principio de legalidad debido a las siguientes razones:

- (i) Considero que el revocar la decisión de la Comisión en cuanto esta declaró fundada la denuncia en el extremo referido a la supuesta comisión de actos de engaño es lo correcto ya que, a este momento del procedimiento, Perulab presentó nuevos medios probatorios que acreditarían que efectivamente el Producto puede ser utilizado para el tratamiento de la osteoporosis en general.
- (ii) Estoy de acuerdo con el extremo referido a la decisión de la Sala de reformar la Resolución de la Comisión, declarándola infundada con respecto a la supuesta infracción del principio de legalidad, ya que como mencioné líneas arriba, no existen medios probatorios suficientes para probar que fue Perulab quién difundió los anuncios que obran en el expediente, por lo que no se estaría cumpliendo con el principio de causalidad, indispensable para poder sancionar una infracción.

F. OPINIÓN DEL CASO

En primer lugar, con respecto a la denuncia presentada por Novartis, considero que esta ha actuado de manera correcta al denunciar un hecho que consideraba contrario a la leal competencia, ya que como bien afirma CALLE CASUSOL, el derecho contra la competencia desleal “(...) se funda en un sistema basado en la protección de un triple interés: los intereses privados de los empresarios, el interés colectivo de los consumidores y el interés público del Estado” (CALLE CASUSOL, Jean Paul, 2002, p. 50 - 51)

Asimismo, como bien afirman BULLARD y PATRON, la represión de la competencia desleal tiene como fin último proteger al mercado y al sistema competitivo, por lo que la

interposición de la denuncia de Novartis es, bajo mi punto de vista, una acción diligente ante la supuesta comisión de una infracción. (BULLARD GONZALES, Alfredo y PATRON SALINAS, Carlos, 1998, p. 450)

Ahora bien, en lo que respecta a la supuesta comisión de actos de engaño, considero que en el presente caso, de una revisión de los medios probatorios obrantes en el procedimiento se verifica que la empresa denunciada ha acreditado la veracidad de las afirmaciones efectuadas al consumidor dado que puede respaldar la atribución de determinadas acciones terapéuticas sobre el Producto, corroborándose así la información proporcionada por Perulab consistente en que el Producto servía para el tratamiento de la osteoporosis, siendo que del caso no se verifica que se induzca a error al consumidor, por engaño no infringiéndose así lo dispuesto en el artículo 8° de la LRCD.

Sobre este punto, considero que, como en todo procedimiento, se llega a la convicción luego de un extenso análisis de los diferentes medios probatorios que se van presentando a lo largo del procedimiento, ya que, en un inicio, todo apuntaba a que efectivamente el Producto únicamente servía para el tratamiento del cáncer; sin embargo, luego Perulab logro comprobar que el Producto efectivamente podía ser utilizado para el tratamiento de la osteoporosis.

Por otro lado, con respecto a la supuesta infracción al principio de legalidad, luego de valorar todos los medios probatorios presentados a lo largo del procedimiento, se comprueba que no es posible inferir de manera indubitable que Perulab haya realizado la difusión de los volantes publicitarios por lo que en el presente caso no podría acreditarse la infracción al principio de legalidad por parte de Perulab, y para la emisión de un acto administrativo resolutorio en un procedimiento administrativo sancionador se requiere que el imputado haya realizado la conducta omisiva o activa materia de infracción, no siendo que del caso se puede determinar de manera indubitable la autoría de Perulab respecto a dicha difusión publicitaria.

Al respecto considero que, si bien no se pudo comprobar que Perulab fuera quien distribuyó dichos volantes, efectivamente se estaba cometiendo una infracción contra el principio de legalidad al distribuir publicidad del Producto a los pacientes y no a los médicos que lo prescriben. En resumidas cuentas, si existió, bajo mi punto de vista, una infracción al principio de legalidad, pero al no poder comprobarse que efectivamente era Perulab quien la distribuía, no se cumplió con el principio de causalidad.

G. BIBLIOGRAFÍA

CALLE CASUSOL, Jean Paul

2002 Responsabilidad Civil por Publicidad Falsa o Engañosa. *Ara Editores E.I.R.L.*
Lima. p. 50 - 51.

KRESALJA, Baldo y OCHOA, César.

2009 Derecho Constitucional económico. *Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.* Lima, p. 359.

OTAMENDI, Jorge.

1998 “La Competencia Desleal”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo* #32,
p.40.

BERCOVITZ, Alberto.

2002 Apuntes de Derecho Mercantil. *Editorial Aranzadi*, p.362.

CABANELLAS, Guillermo.

2014 "Derecho de la Competencia Desleal" *Editorial Heliasta*.

STUCCHI LOPEZ RAYGADA, Pierino.

2007 Aplicación de los Principios de Licitud sobre los Diferentes Tipos de Publicidad Comercial, *Revista Ius et Veritas* #34, Lima, p.179.

PATRON SALINAS, Carlos A.

1995 El Principio de Veracidad y la Substanciación Previa en Materia Publicitaria, *Revista Themis* # 32. Lima, p. 239.

Resolución N° 1706-2011-TC-S2 (2011) Tribunal de Contrataciones. Recuperado del sitio de internet de la OSCE: <http://portal.osce.gob.pe/osce/content/resoluciones-emitidas-por-el-tribunal>

MASSAGUER, José.

1999 Comentario a la Ley de Competencia Desleal. *Civitas Ediciones*. Madrid.

Pag.217

BULLARD GONZALES, Alfredo y PATRON, Carlos.

1998 El otro poder electoral: Apuntes sobre la experiencia peruana en materia de protección contra la competencia desleal. *Revista Themis N° 3*. Lima, p. 450.

ARAMAYO, Abelardo, GAGLIUFFI, Ivo, MAGUIÑA, Ricardo, RODAS, Carlos, SOSA, Alex, STUCCHI, Pierino.

2013 *INDECOPI*, Lima, p. 50

H. ANEXOS

- I. Publicidad de Perulab a través de trípticos
- II. Denuncia de Novartis Biosciences S.A.
- III. Contestación de Perulab. S.A.
- IV. Contestación de Novartis Biosciences S.A.
- V. Resolución Final 131-2011/CCD-INDECOPI de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal
- VI. Apelación de la Resolución Final 131-2011/CCD-INDECOPI de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal
- VII. Imposición de Medida Cautelar
- VIII. Apelación de la Medida Cautelar
- IX. Resolución de Apelación a la Medida Cautelar de la Sala de Competencia N°1
- X. Resolución Final 3021-2012/SDC-INDECOPI de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia N°1