



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02087-2012-PA/TC
LIMA
FARMINDUSTRIA S.A.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 8 días del mes de noviembre de 2016, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Miranda Canales, Ledesma Narváez, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa- Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Sardón de Taboada y el voto singular del magistrado Blume Fortini que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Farminindustria SA contra la resolución de fecha 24 de agosto de 2011, emitida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 14 de enero del 2010, la actora interpone demanda de amparo contra la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado perteneciente al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), solicitando que cesen los efectos de las siguientes resoluciones:

- La Resolución 2536-2009-TC-S4 de fecha 23 de noviembre de 2009, emitida en el Expediente 01441-2009-TC, a través de la cual fue inhabilitada por 12 meses para participar en contrataciones con el Estado, por supuestamente haber presentado documentación inexacta en el procedimiento de Adjudicación Directa Selectiva 016-2009-ESSALUD-RAA, en lo relacionado a quién es el dueño de la marca Reditux.
- La Resolución 2706-2009-TC-S4, de fecha 16 de diciembre de 2009, emitida en el Expediente 01441-2009-TC, a través de la cual se declara infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la Resolución 2536-2009-TC-S4.

Sustenta su demanda en que ha sido sancionada arbitrariamente, ya que no puede entenderse que ha proporcionado información inexacta al consignar que el registro de la marca Reditux se encontraba en trámite, en la medida que no tuvo conocimiento de que, días antes de la presentación de tal información, el Instituto de Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) había registrado el producto en favor de Eske S.R.L., dado que no se le notificó tal decisión, por no ser parte en dicho procedimiento administrativo. En todo caso, alega no se ha tomado en consideración que obró de buena fe y que, asimismo, no está obligada a consultar periódicamente el portal institucional de Indecopi en tanto no existe una obligación legal que así lo disponga. Finalmente, manifiesta que la indicación respecto de quién es el dueño de la marca no es



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02087-2012-PA/TC
LIMA
FARMINDUSTRIA S.A.

relevante. Por consiguiente, considera que tanto el derecho fundamental al debido proceso como el derecho fundamental a la libertad de empresa y a la libertad de contratación le han sido conculcados.

Contestación de la demanda

El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), con fecha 15 de febrero de 2010, contestó la demanda solicitando que sea declarada infundada debido a que la demandante entregó información inexacta (por no ser concordante con la realidad) y que, contrariamente a lo argumentado por ella, la indicación del dueño de la marca es relevante, porque, por un lado, estamos ante un asunto de salud pública y, de otro lado, el titular de la marca puede impedir su comercialización.

Sentencia de primera instancia o grado

El Primer Juzgado Constitucional de Lima declaró fundada la demanda sosteniendo que la Cuarta Sala del Tribunal de Contratación y Adquisiciones del Estado ha emitido un pronunciamiento que contraviene el principio de interdicción de la arbitrariedad, puesto que la actora no participó en el procedimiento de registro de marca, por lo que no puede atribuírsele dolo en la comisión de la infracción.

Sentencia de segunda instancia o grado

A su turno, la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó la apelada y, en tal sentido, declaró infundada la demanda argumentando que se encuentra acreditado que proporcionó información inexacta, por lo que la entidad emplazada ha actuado de conformidad con el marco legal.

FUNDAMENTOS

1. Conforme la propia demandante reconoce: “no viene participando en los procesos de selección y contratación con el Estado” a pesar de que “el Estado es el mayor adquirente de productos farmacológicos en el Perú dado que maneja la gran red hospitalaria nacional” (cfr. fundamento 3 del escrito presentado el 6 de agosto de 2010). Siendo así, podría entenderse que ha operado la sustracción de la materia debido a que, en las actuales circunstancias, ya estaría habilitada para contratar con el Estado, por lo que podría declararse la improcedencia de la demanda en virtud de lo estipulado en el artículo 1 del Código Procesal Constitucional.
2. No obstante, tampoco puede soslayarse que el asunto de si la demandante cometió o no la infracción por la cual ha sido sancionada, en principio, carece de relevancia constitucional, salvo que la sanción en sí misma sea inconstitucional o que, en el procedimiento sancionatorio, se haya contravenido un derecho fundamental y que en cualquiera de ambos escenarios se satisfaga, además, las



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02087-2012-PA/TC
LIMA
FARMINDUSTRIA S.A.

reglas de procedencia del amparo fijadas en el precedente establecido en la sentencia recaída en el Expediente 2383-2013-PA/TC.

3. Ahora bien, en el presente caso, este Tribunal Constitucional juzga que la demandante no ha puntualizado de qué manera lo que denuncia tiene incidencia en el contenido constitucionalmente tutelado de los derechos constitucionales que, según ella, se le han vulnerado. Sus argumentos se enfocan, en puridad, en impugnar qué debe entenderse como información inexacta, a pesar de que resulta constitucionalmente válido exigir un máximo de diligencia a los postores que deseen participar en un concurso de adquisiciones estatales, a fin de garantizar que la opción que finalmente el Estado elija, más aún tratándose de medicamentos, sea la mejor. Y es que, con información distorsionada o que no se condiga con la realidad, ello no sería posible.
4. Por lo tanto, no cabe la emisión de un pronunciamiento de fondo, ya que la discusión en torno a tal cuestionamiento no incide en el contenido constitucionalmente tutelado de ningún derecho constitucional, puesto que si se brindó o no información inexacta en el marco de un procedimiento de adquisiciones estatales es un asunto de mera legalidad.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **IMPROCEDENTE** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MIRANDA CANALES
LEDESMA NARVÁEZ
URVIOLA HANI
RAMOS NÚÑEZ
SARDÓN DE TABOADA
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaría Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02087-2012-PA/TC
LIMA
FARMINDUSTRIA S.A.

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Coincido con el fallo de la sentencia recaída en autos y con su fundamentación.

Sin embargo, me aparto de su fundamento segundo en la medida en que hace referencia al precedente emitido en el Expediente 02383-2013-PA/TC.

Dejo constancia que no estoy de acuerdo con aplicar dicho precedente por las razones expuestas en el voto singular que emití en aquella oportunidad.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaría Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02087-2012-PA/TC
LIMA
FARMINDUSTRIA S.A.

**VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI
OPINANDO QUE SE DECLARE FUNDADA LA DEMANDA POR HABERSE
ACREDITADO LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS AL DEBIDO
PROCESO Y A LA LIBERTAD DE EMPRESA DE LA RECURRENTE**

Con el debido respeto hacia mis ilustres colegas magistrados, discrepo de la resolución de mayoría que declara improcedente la demanda, pues, a mi juicio, en aplicación del primer párrafo del artículo 1 del Código Procesal Constitucional, que permite un pronunciamiento de fondo a pesar de haberse producido la sustracción de la materia, debe declararse fundada la demanda al haberse acreditado la vulneración de los derechos al debido proceso y a la libertad de empresa de la accionante, ya que las Resoluciones 2536-2009-TC-S4 y 2706-2009-TC-S4, emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), carecen de una debida motivación e imponen una sanción irrazonable y desproporcional.

Fundamento mi posición en las consideraciones que paso a desarrollar de acuerdo con el siguiente esquema:

1. Delimitación de petitorio.
2. Los argumentos de la sentencia de mayoría.
3. Mi posición respecto de la sentencia de mayoría.
4. La irracionalidad y desproporcionalidad de la sanción impuesta por el OSCE.
5. La demanda debe estimarse porque se ha afectado también el derecho a la libertad de empresa
6. El sentido de mi voto.

1. Delimitación del petitorio.

Con fecha 14 de enero de 2010, Farmindustria S. A. interpuso demanda de amparo contra la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, solicitando que cesen los efectos de las siguientes resoluciones:

- Resolución 2536-2009-TC-S4, de fecha 23 de noviembre de 2009, que la inhabilitó por 12 meses para participar en contrataciones con el Estado; y,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02087-2012-PA/TC
LIMA
FARMINDUSTRIA S.A.

- Resolución 2706-2009-TC-S4, de fecha 16 de diciembre de 2009, que declaró infundado el recurso de reconsideración interpuesto contra la precitada Resolución 2536-2009-TC-S4.

Alega que ha sido sancionada arbitrariamente, ya que en el procedimiento de Adjudicación Directa Selectiva 016-2009-ESSALUD-RAA no proporcionó información inexacta respecto del registro de la marca Reditux, pues ignoraba que el Instituto de Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) había registrado dicha marca a favor de la empresa Eske SRL, lo que la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del OSCE debió tomar en cuenta al momento de sancionarla. Es decir, arguye que actuó de buena fe al momento de presentar la información correspondiente.

Por lo tanto, considera que la inhabilitación de un año para contratar con el Estado vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso, a la libertad de empresa y a la libertad de contratación.

2. Los argumentos de la sentencia de mayoría.

La sentencia de mayoría resuelve declarar improcedente la demanda, basándose literalmente en lo siguiente:

“(…), en el presente caso, este Tribunal Constitucional juzga que la demandante no ha puntualizado de qué manera lo que denuncia tiene incidencia en el contenido constitucionalmente tutelado de los derechos constitucionales que, según ella, se le han vulnerado. Sus argumentos se enfocan, en puridad, en impugnar qué debe entenderse como información inexacta, a pesar de que resulta constitucionalmente válido exigir un máximo de diligencia a los postores que deseen participar en un concurso de adquisiciones estatales, a fin de garantizar que la opción que finalmente el Estado elija, más aún tratándose de medicamentos, sea la mejor. Y es que, con información distorsionada o que no se condiga con la realidad, ello no sería posible.

Por lo tanto, no cabe la emisión de un pronunciamiento de fondo, ya que la discusión en torno a tal cuestionamiento no incide en el contenido constitucionalmente tutelado de ningún derecho constitucional, puesto que si se brindó o no información inexacta en el marco de un procedimiento de adquisiciones estatales es un asunto de mera legalidad”.

Al respecto, considero que la sentencia de mayoría desestima erróneamente la demanda. A



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02087-2012-PA/TC
LIMA
FARMINDUSTRIA S.A.

mi juicio corresponde amparar la demanda por las razones que expongo a continuación.

3. Mi posición respecto de la sentencia de mayoría

La sentencia sostiene que la demandante ha proporcionado información falsa o distorsionada y que ello no puede tolerarse en un proceso público de adquisiciones estatales, el cual exige un máximo de diligencia. Empero, no se tiene en consideración que la información inexacta que se brindó en tal proceso público no se ofreció de forma dolosa. En efecto, la recurrente en ningún momento tuvo información cierta y oportuna respecto del registro de la marca Reditux, que Indecopi registró a favor de la empresa Eske SRL.

En relación con esto, soy de la opinión de que exigir a los privados que estén revisando los portales oficiales de las instituciones públicas de forma diaria para conocer si una información es oficial o no -o si, como en este caso, hay una nueva inscripción o no en los registros de marcas del Indecopi- es abusar de la diligencia del administrado, pues lo esclaviza a estar diariamente pendiente de dichos portales.

Por lo demás, debe considerarse que, a mi juicio, la información respecto del registro de la marca Reditux brindada por la empresa demandante no incide en la calidad de los medicamentos que se presentaron en el procedimiento de adjudicación directa selectiva, porque el registro de la marca del medicamento no afecta su naturaleza ni su efectividad, lo que es lo que realmente importa en este tipo de procesos.

Así las cosas, considero que Farmindustria SA actuó de buena fe y la sanción impuesta por el OSCE es irrazonable, desproporcionada y, por lo tanto, inconstitucional, conforme lo expondré a continuación.

4. La irrazonabilidad y desproporcionalidad de la sanción impuesta por el OSCE

Teniendo en cuenta lo expuesto, considero que las resoluciones del OSCE que cuestiona la recurrente no se encuentran debidamente motivadas, ya que no se ha tenido en cuenta que no hubo mala fe por parte de la accionante al inhabilitarla por 12 meses para participar en contrataciones con el Estado, siendo tal sanción desproporcionada en relación al daño causado.

Debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“(…) que así como el debido proceso es distorsionado formalmente cuando se contravienen los derechos y principios de quien es procesado judicial,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02087-2012-PA/TC
LIMA
FARMINDUSTRIA S.A.

administrativa o corporativamente, dicho atributo es igualmente distorsionado, en términos materiales o sustantivos, cuando, como en el presente caso, no hay coherencia entre la infracción cometida y la sanción adoptada” (cfr. Sentencia 0061-2002-AA/TC, fundamento 4).

Recordemos también, que el Supremo Interprete de la Constitución ha señalado lo siguiente:

“(…), en el ejercicio de la potestad sancionadora, los órganos de la administración pública están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Constitución. Esta constrictión se impone por las exigencias que se derivan del derecho al debido proceso sustantivo, entre otras que el resultado de una sanción en el plano administrativo no sólo debe ser consecuencia de que se respeten las garantías formales propias de un procedimiento disciplinario, sino, además, de que sea acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad” (cfr. Sentencia 0882-2002-AA/TC, fundamento 5, a)

En ese orden de ideas, las autoridades públicas como el OSCE se encuentran obligadas a actuar en función a los principios de razonabilidad, proporcionalidad e interdicción de arbitrariedad. Estos elementos deberán ser aplicados en todos los casos, sin excepción ni condicionamiento alguno, como requisitos indispensables para la validez constitucional de las decisiones que se adopten, pues ignorarlos habilita que la decisión sea revisada por el Tribunal Constitucional, toda vez que medidas arbitrarias, irrazonables y desproporcionadas siempre generan la competencia de este órgano constitucional.

Según el principio de razonabilidad, las decisiones de los órganos del Estado deben tener una justificación lógica en sus decisiones. Para ello tiene que haber una correspondencia entre los actos del sujeto de Derecho de que se trate, y la decisión que tome quien decide sobre tal conducta. La razonabilidad es tanto más exigible en las decisiones de la autoridad que, de una u otra manera, restringen derechos o aplican sanciones, como ya lo ha advertido el Tribunal Constitucional:

“El principio de razonabilidad implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos. Este principio adquiere mayor relevancia en el caso de aquellos supuestos referidos a restringir derechos o, para fines del caso, despojar de las prerrogativas que actúan como garantías funcionales para determinados funcionarios públicos” (cfr. Sentencia 0006-2003-AI/TC, fundamento 9).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02087-2012-PA/TC
LIMA
FARMINDUSTRIA S.A.

De otro lado:

“El principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no” (cfr. Sentencia 0010-2002-AI/TC).

Por lo demás, el principio de proporcionalidad es un elemento indispensable del Estado de Derecho y atañe directamente a la justicia:

“En la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no solo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material” (cfr. Sentencia 0010-2002-AI/TC).

De otro lado, la arbitrariedad implica un acto o proceder contrario a la justicia, a la razón o a la Constitución y sus normas complementarias y conexas, dictado solo por la voluntad o el capricho de quien lo realiza. Por consiguiente, la interdicción de la arbitrariedad consiste en impedir o no cometer actos o proceder contrarios a la justicia, la razón o la Constitución, es decir, que este elemento incluye la razonabilidad y la proporcionalidad, pero además exige que las decisiones de la autoridad sean justas y sensatas. Por eso ya ha advertido el Tribunal Constitucional lo siguiente:

“[...] el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. [...] tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo” (cfr. Sentencia 0090-2004-AA/TC).

En el caso de autos, lo enfatizo, la Cuarta Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado del OSCE no ha tomado en consideración al momento de sancionar a la accionante que la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02087-2012-PA/TC
LIMA
FARMINDUSTRIA S.A.

información respecto del registro de la marca Reditux no era de su conocimiento, puesto que ello se resolvió en un procedimiento ante Indecopi ajeno a ella, del cual, por lo tanto, desconocía el desenlace. Así entonces, la información brindada no era inexacta al momento en que la proporcionó en el procedimiento de Adjudicación Directa Selectiva N.º 016-2009-ESSALUD-RAA, porque lo la conocía.

En esta misma línea de argumentación, considero que el OSCE no ha estimado, al momento de sancionar, que la información respecto del registro de la marca Reditux brindada por la empresa no incide en la esencia y efectividad de los medicamentos que se presentaron al mencionado procedimiento de adjudicación directa selectiva, que es la información esencialmente relevante para esta clase de bienes en estos procesos de contratación pública.

En ese sentido, opino que los argumentos que justifican la improcedencia de la demanda son arbitrarios e insuficientes, por cuanto esta contiene un asunto de relevancia constitucional relacionado con la eventual vulneración del derecho al debido proceso, en su manifestación del derecho a la debida motivación, que exige un control constitucional de la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción cuestionada por parte de este Tribunal Constitucional (cfr. Sentencia 2192-2004-AA /TC, fundamento 8).

A mayor abundamiento, esta vulneración al derecho al debido proceso, tiene como consecuencia una afectación directa al derecho a la libertad de empresa, conforme lo señalo a continuación.

5. La demanda debe estimarse porque se ha afectado también el derecho a la libertad de empresa

La sanción impuesta por el OSCE ha afectado también el derecho a la libertad de empresa de la recurrente, porque le ha impedido participar en contrataciones públicas por un periodo de 12 meses, afectando un libre desenvolvimiento en el mercado.

El Tribunal Constitucional en diferentes pronunciamientos ha establecido lo que sigue:

"[...] la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58º y 59º de la Constitución" (cfr. Sentencia 01405-2010-PA/TC, fundamento 13).

Posteriormente, el mismo Tribunal Constitucional ha declarado que:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 02087-2012-PA/TC
LIMA
FARMINDUSTRIA S.A.

“(…) cuando el artículo 59º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado” (cfr. Sentencia 01405-2010-PA/TC, fundamento 15).

En ese sentido, el derecho a la libertad de empresa tiene como objeto que la actividad empresarial se realice en condiciones de libertad y sin restricciones que sean consecuencia de actuaciones arbitrarias e inconstitucionales, como las acontecidas en el presente caso. Como lo he sostenido, el OSCE, a pesar de que la recurrente obró de buena fe, la ha sancionado de forma arbitraria y desproporcionada, contradiciendo los antes citados principios que informan el accionar de la Administración Pública, impidiendo que realice sus operaciones comerciales con el Estado y limitando su actuación en el mercado.

6. El sentido de mi voto

Mi voto es porque se declare fundada la demanda y, en consecuencia, se anulen las Resoluciones 2536-2009-TC-S4 y 2706-2009-TC-S4, emitidas por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), por la vulneración de los derechos al debido proceso, a la debida motivación de las resoluciones y a la libertad de empresa de la accionante.

S.
BLUME FORTINI

Lo que certifico:

JANET OTÁROLA SANTILLANA
Secretaria Relatora
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL