

030-2015/ST-CLC-INDECOPI

30 de diciembre de 2015

VISTO:

El escrito de denuncia presentado el 23 de septiembre de 2014 por Bionet S.A. (en adelante, Bionet) contra Penta Internacional S.A.C. (en adelante, Penta) y Resomedic S.A.C. (en adelante, Resomedic) por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de simuladores médicos, y el señor León Yahes, Gerente de Ventas Internacionales para Latinoamérica de Gaumard Scientific Company, al incitar a terceros a no proveer tales bienes; así como las actuaciones previas realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica);

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

I.1. Identificación de los agentes económicos involucrados

1. Bionet es una empresa dedicada a la importación, comercialización y distribución de equipos de laboratorio, reactivos y suministros, ofreciendo estos productos en la línea médica y educativa. Asimismo, es distribuidor de la empresa 3B Scientific GmbH (en adelante, 3B Scientific) en Perú.
2. Penta es una empresa que ofrece diversos productos relacionados con la educación en tecnología y biología. Entre los bienes que oferta se encuentran modelos de simulación clínica para diversos procedimientos, laboratorios de idiomas y de ciencias, aulas interactivas y simuladores de negocios.
3. Resomedic es una empresa que ofrece diversos equipos simuladores relacionados a las ciencias de la salud, así como la capacitación a las personas encargadas de manejar estos equipos.
4. Penta representa en Perú a Laerdal Medical Corporation (en adelante, Laerdal), empresa dedicada a la fabricación de equipos médicos y productos de formación médica. Resomedic, por su parte, representa a Gaumard Scientific Company (en adelante, Gaumard), empresa que diseña, fabrica y comercializa simuladores para la enseñanza en educación sanitaria.

5. Un aspecto importante al momento de evaluar la posible realización de conductas anticompetitivas es el distinguir si las empresas son efectivamente independientes o si por el contrario pertenecen a un mismo grupo económico. Esta distinción resulta relevante a fin de comprender la actuación de las investigadas en el mercado.
6. Para analizar la existencia de un grupo económico se debe considerar como referencia las disposiciones de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP - SBS¹. De conformidad con lo dispuesto por las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobadas mediante Resolución SBS 5780-2015 (en adelante, la Resolución de la SBS), para determinar la existencia de un grupo económico, es necesaria la presencia de, por lo menos, dos personas jurídicas y que una de ellas ejerza control (directo o indirecto) sobre la otra u otras; o que una o varias personas naturales (que actúan como una unidad de decisión) ejerzan el control sobre esas personas jurídicas².
7. El control consiste en la capacidad de influir de manera preponderante y continua en la adopción de las decisiones estratégicas de la empresa³. La vinculación puede darse a través de relaciones de propiedad (participación cruzada en el capital social), de gestión (a través de representación en los órganos sociales o influencia en la adopción de decisiones estratégicas), o de parentesco.

¹ Regulación que resulta aplicable supletoriamente debido a que no existe una norma de aplicación general sobre esta materia.

² **Resolución SBS 5780-2015.-**

Artículo 8º.- Definición de grupo económico

Entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas y/o entes jurídicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos integrantes, cuando alguno de ellos ejerce control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre las personas jurídicas y/o entes jurídicos corresponde a una o varias personas naturales que actúan de manera conjunta como una unidad de decisión.

(...)

Artículo 9º.- Control

Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica u órganos que cumplan la misma finalidad en el caso de un ente jurídico.

El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona o ente jurídico ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica, y en el caso de entes jurídicos en los órganos que resulten similares.

El control es indirecto cuando una persona o ente jurídico tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, para aprobar las políticas operativas y/o financieras, para aprobar las decisiones sobre dividendos y otras distribuciones, para designar, remover o vetar al gerente general en el caso de personas jurídicas, o del gestor quien se encuentra facultado para el manejo de los fondos en el caso de entes jurídicos; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica, y en el caso de entes jurídicos en los órganos que resulten similares.

(...)

³ Al respecto, mediante Resolución 002-1998-INDECOPI/CLC del 26 de febrero de 1998, emitida en el procedimiento sobre solicitud de autorización previa de operación de concentración empresarial presentada por la Empresa de Transmisión Eléctrica Centro Norte S.A. ETECEN (punto 6), se estableció lo siguiente: “*Son decisiones estratégicas de una empresa las siguientes: la dirección y administración del negocio, la aprobación de la gestión y de los resultados económicos, la definición del programa de inversiones, la aprobación del presupuesto, la apertura de sucursales y agencias, etc. Las decisiones sobre la modificación de los mecanismos para cambiar la estructura de distribución de acciones de la empresa o la representación de los accionistas en el directorio, sólo involucran la protección del derecho de las minorías dentro de la sociedad*”.

8. Las relaciones de propiedad por sí solas no suponen la existencia de un grupo económico pues, para ello, es necesario que dichas relaciones otorguen a los propietarios, directos o indirectos, el control sobre las empresas⁴, es decir, la capacidad de influir preponderante y continuamente en las decisiones de sus respectivos órganos de gobierno.
9. Las relaciones que proporcionan control, sin existir propiedad de por medio, se denominan relaciones de gestión. Las relaciones de gestión también constituyen la base para la existencia de un grupo económico, tal como se recoge en el artículo 5 de la Resolución de la SBS⁵.

⁴ Por ejemplo, la tenencia del 5% de acciones de dos empresas por parte de un agente económico podrá significar la existencia de una relación de propiedad entre ellas pero, probablemente, un porcentaje tan reducido no le permitirá al propietario de las acciones ejercer control sobre dichas empresas.

⁵ **Artículo 5.- Relaciones de gestión**

Existen relaciones de gestión en los siguientes casos:

- a) Entre las personas naturales que ejercen el control de un grupo económico según lo dispuesto en el artículo 8º.
- b) Entre el director, gerente, gestor, asesor o principal funcionario de una persona jurídica y/o ente jurídico, según corresponda, y quienes tengan relaciones de propiedad de estas según lo establecido en el artículo anterior.
- c) Entre una persona o ente jurídico a favor de quien se otorgó un financiamiento, y el destinatario final de dicho financiamiento, durante el tiempo que se mantenga el financiamiento.
- d) Entre una persona o ente jurídico, y la persona o ente jurídico que lo representa.
- e) Entre personas jurídicas y/o entes jurídicos que tienen en común a por lo menos un miembro del directorio, gerente, gestor, asesor o principal funcionario, según corresponda.
- f) Cuando de la documentación oficial de una persona jurídica o ente jurídico se puede afirmar, que este actúa como división o departamento de otra persona jurídica o ente jurídico.
- g) Entre personas jurídicas y/o entes jurídicos cuando exista dependencia comercial directa difícilmente sustituible en el corto plazo.
- h) Entre personas que tienen una relación contractual que se encuentra comprendida en el inciso ii) del literal g) del artículo 2º.
- i) Cuando las obligaciones de una persona o ente jurídico son garantizadas o financiadas por otra persona o ente jurídico siempre que no se trate de empresas del sistema financiero o de seguros.
- j) Cuando una misma garantía respalda obligaciones de dos o más personas y/o entes jurídicos, o exista cesión de garantías entre ellos.
- k) Cuando los recursos para el desarrollo de las actividades de una persona jurídica o ente jurídico provienen directa o indirectamente de otra persona jurídica o ente jurídico.
- l) Entre personas jurídicas que tienen accionistas o socios comunes que tienen la posibilidad de designar, vetar o destituir a, por lo menos, un miembro del directorio u órgano equivalente de dichas personas.
- m) Entre una persona natural y una persona jurídica, y entre una persona natural y un ente jurídico, cuando la primera sea, director, gerente, gestor, asesor o principal funcionario de la persona jurídica o ente jurídico, según corresponda, o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.
- n) Entre una persona natural y un grupo económico cuando la primera sea director, gerente, gestor, asesor o principal funcionario de una persona jurídica o ente jurídico, según corresponda, perteneciente a dicho grupo económico o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.
- o) Cuando una persona o ente jurídico tiene la posibilidad de designar, remover o vetar a, por lo menos, un miembro del directorio u órgano equivalente de otra persona.
- p) Cuando una persona o ente jurídico participa en los procesos de fijación de políticas, entre los que se incluyen las decisiones sobre dividendos y otras distribuciones, de otra persona o ente jurídico.
- q) Cuando una persona o ente jurídico tiene la posibilidad de designar, remover o vetar a los gerentes, principales funcionarios o gestores de otra persona o ente jurídico.
- r) Cuando se realiza rotación de directores, gerentes, principales funcionarios y/o gestores entre personas o entes jurídicos.

Ni los entes jurídicos ni los tenedores de certificados de participación de los entes jurídicos se consideran vinculados por relación de gestión a las sociedades fiduciarias, las Sociedades Administradoras de Fondos Mutuos de Inversión en Valores (SAFM) ni las Sociedades Administradoras de Fondos de Inversión (SAFI) por el solo hecho de que los entes jurídicos sean administrados por las mencionadas sociedades. Los fondos de pensiones no se consideran vinculados por relación de gestión a las administradoras privadas de fondos de pensiones. La Superintendencia podrá presumir la existencia de relaciones de gestión entre personas naturales y/o jurídicas y/o entes jurídicos, según corresponda, por el volumen, periodicidad o demás condiciones de las operaciones entre ellos, salvo prueba en contrario.

10. En consecuencia, dos o más personas naturales o jurídicas pueden formar un grupo económico sobre la base de relaciones de propiedad, gestión o parentesco. En ese sentido, la condición suficiente para afirmar la existencia de un grupo económico es que estas relaciones de propiedad, gestión o parentesco sean fuentes de control en el grupo de personas naturales o jurídicas.
11. Mediante escritos del 26 de noviembre de 2015 y del 11 de diciembre de 2015, respectivamente, Penta y Resomedic señalaron la composición accionaria, los gerentes generales y los directores de sus empresas, de acuerdo con lo siguiente:

	Resomedic	Penta
Accionistas	Miryam Nélica Zarate Alejandro (95%)	Miryam Nélica Zarate Alejandro (94%)
	Dante Eduardo Bravo Arteaga (5%)	Dante Eduardo Bravo Arteaga (4%)
		Rosa Olinda Arteaga Contreras (2%)
Gerente General	Miryam Nélica Zarate Alejandro	Daniel Juan Arteaga Contreras
Directores	Miryam Nélica Zarate Alejandro	La empresa no tiene directores
	Dante Eduardo Bravo Arteaga	
	Rosa Olinda Arteaga Contreras	

12. En este sentido, esta Secretaría Técnica ha podido advertir que la señora Miryam Nélica Zarate Alejandro posee el 95% de las acciones de Resomedic y 94% de las acciones de Penta, de manera que ejerce control sobre ambas empresas. Asimismo, es gerente general de Resomedic.
13. Por otro lado, Resomedic y Penta han participado en procesos de contratación con el Estado de forma conjunta a través del Consorcio Penta Internacional S.A.C & Resomedic S.A.C.
14. De esta manera, Penta y Resomedic son dos empresas que se encuentran vinculadas por razones de gestión y propiedad. Por lo tanto, las empresas Resomedic y Penta forman parte de un mismo grupo económico y, en consecuencia, actúan como un solo y único agente económico en el mercado.
15. En consecuencia, conforme al artículo 2.3 del Decreto Legislativo 1034⁶, para efectos de la presente investigación se les considera a las empresas Penta y Resomedic como un solo agente económico.

⁶ **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.**
Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.

(...)

2.3. A los efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a cualquiera de las personas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades antes mencionadas, se utilizará el término "agente económico". También se utilizará este término para referirse a empresas de un mismo grupo económico.

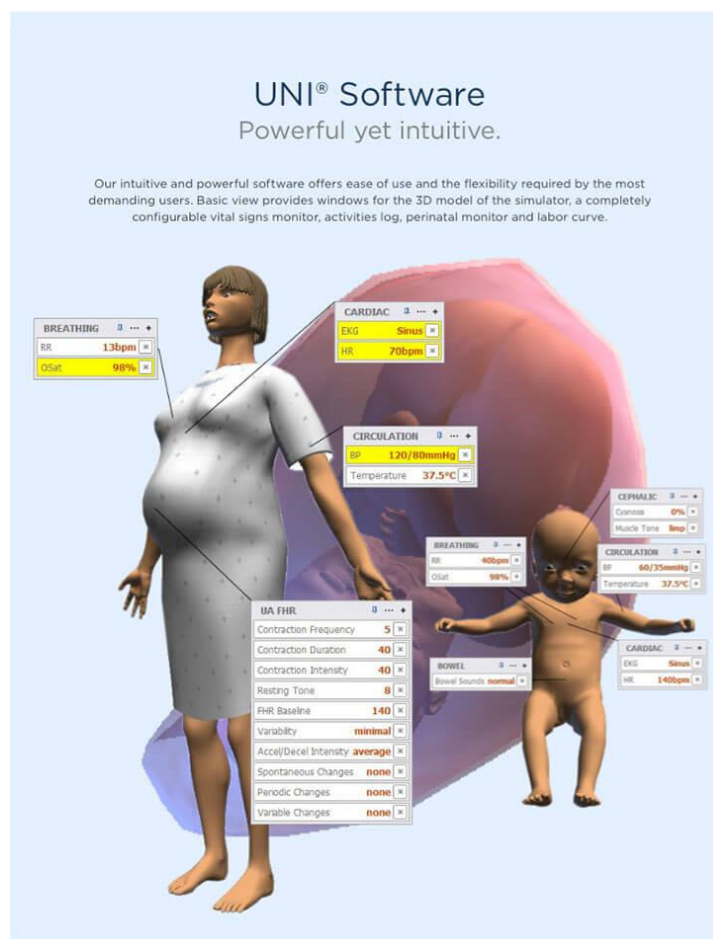
16. Por otro lado, el señor León Yahes es Gerente de Ventas Internacionales para Latinoamérica de Gaumard.

I.2. Sobre la denuncia de Bionet

17. La Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (en adelante, UNASAM) convocó la Licitación Pública N° 02-2013-UNASAM-CEAEMFCA Primera Convocatoria, la cual se declaró desierta. En este sentido, dicha licitación derivó en la Adjudicación de Menor Cuantía N° 01-2013-UNASAM-CEAEMFCA Primera Convocatoria, Adquisición de Equipos Médicos Implementación del Proyecto “Mejoramiento de los Laboratorios Académicos y de Investigación de la Facultad de Ciencias Médicas de la UNASAM” (en adelante, la AMC).
18. En dicha licitación y AMC, se solicitaron simuladores médicos, los cuales son aparatos que permiten realizar diagnósticos clínicos sobre pacientes virtuales.
19. En dicha AMC presentaron sus propuestas diversos agentes económicos, entre los que se encontraban Bionet y el Consorcio Penta Internacional S.A.C & Resomedic.
20. El 11 de octubre de 2013, el Comité Especial Permanente de la UNASAM otorgó la Buena Pro de la AMC a Bionet en dos de los tres ítems disponibles. El primero consistía en simuladores médicos y el segundo en maquetas de anatomía y fisiología humana.
21. El 23 de septiembre de 2014, Bionet interpuso una denuncia contra Penta y Resomedic, por presunta infracción al Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, el Decreto Legislativo 1034). El denunciante sustentó su denuncia en los siguientes argumentos:
 - i. El 15 de octubre de 2013, solicitó una cotización a Gaumard para atender el pedido de simuladores médicos de la UNASAM respecto a la AMC. Dicha empresa le respondió el 16 de octubre de 2013, señalándole que debería solicitar las cotizaciones a sus distribuidores Resomedic/Penta.
 - ii. Mediante correo electrónico del 23 de octubre de 2013, Bionet solicitó a Resomedic la cotización de diversos productos. El 31 de octubre de 2013, Bionet solicita dicha cotización tanto a Resomedic como a Penta, respecto a productos de Gaumard y Laerdal. Con fecha 26 de noviembre de 2013, reitera la solicitud a ambas empresas sin obtener respuesta. Asimismo, en noviembre de 2013, solicitó cotizaciones a la empresa Cardionics y Eversus Proyectos y Suministros SL, las cuales la derivaron a Penta y Resomedic.
 - iii. El 11 de septiembre de 2014, Bionet envió una carta notarial a Penta y Resomedic solicitando atiendan la cotización sobre los productos que todavía no había obtenido a fin de poder cumplir con la provisión de bienes para la AMC. El 15 de septiembre de 2014, Bionet envía una carta al señor Yahes León indicándole que ni Resomedic ni Penta habían respondido sus cartas y le solicita realice la cotización. El 16 de septiembre de 2014,

Bionet envía a Resomedic y Penta una solicitud de cotización de un solo producto que consiste en un simulador de parto y neonato computarizado e interactivo con tecnología inalámbrica. Mediante carta del 18 de septiembre de 2014, Penta, en coordinación con Resomedic, responde a las comunicaciones de Bionet señalando que condicionaría enviar las cotizaciones a la firma de una carta compromiso y le solicitó que precise su requerimiento de acuerdo con ciertas observaciones que realizó sobre los productos materias del pedido de Bionet.

- iv. A fin de obtener los productos que le requería la UNASAM por la obtención de la Buena Pro de la AMC, adquirió simuladores médicos a distintas empresas extranjeras. Sin embargo, no pudo adquirir el producto Noelle S555.100 marca Gaumard, simulador de parto y neonato computarizado e interactivo con tecnología inalámbrica con sistema de video y debriefing (en adelante, el simulador Noelle). Dicho producto fue el que solicitó mediante la carta del 16 de septiembre de 2014. El simulador Noelle es el siguiente:



Elaboración: Gaumard
Fuente: <http://www.gaumard.com/s575-100>

- v. En este sentido, Bionet señaló que Penta y Resomedic estarían incurriendo en una infracción al Decreto Legislativo 1034 en tanto se

habrían negado a venderle el simulador Noelle que habría solicitado para cumplir con la AMC.

22. Mediante Carta 767-2014/ST-CLC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2014, esta Secretaría Técnica citó a entrevista al señor Gustavo Balbin Hurtado, Gerente General de Bionet, la misma que se realizó el 29 de diciembre de 2014, en la cual señaló lo siguiente:
 - i. Hasta la fecha de la entrevista, Bionet no ha recibido una cotización por parte de Resomedic.
 - ii. El precio por el cual Resomedic le pretende vender el producto a la UNASAM es mucho mayor que el precio que la empresa Gaumard vende el simulador Noelle en Estados Unidos⁷.
 - iii. Bionet anteriormente era distribuidor de Gaumard, pero cuando le pusieron como condición que compre simuladores de alta fidelidad, no aceptó las condiciones dadas. En este sentido, Bionet dejó de ser distribuidor de Gaumard.
23. Mediante Carta 017-2015/ST-CLC-INDECOPI del 23 de enero de 2015, esta Secretaría Técnica citó a entrevista al señor Daniel Arteaga Contreras, Gerente General de Penta, la misma que se realizó el 29 de enero de 2015, con la participación de la señora Rosa Olinda Arteaga Contreras, representante de Resomedic.
24. Mediante Carta 919-2015/ST-CLC-INDECOPI del 9 de noviembre de 2015 y Carta 975-2015/ST-CLC-INDECOPI del 30 de noviembre de 2015, esta Secretaría Técnica requirió información a Penta y Resomedic, respectivamente. Con escritos del 26 de noviembre de 2015 de Penta y 11 de diciembre de 2015 de Resomedic, estas empresas absolvieron los requerimientos efectuados. A través de las entrevistas realizadas y los escritos presentados, las denunciadas señalaron lo siguiente:
 - i.No se negaron a cotizar los simuladores médicos que Bionet solicitó pues el 18 de septiembre de 2014 enviaron una carta pidiéndole que especificaran ciertos puntos sobre los productos que necesitaba. Bionet nunca respondió a esta carta.
 - ii.En la AMC, Bionet presentó su propuesta técnica alterando los catálogos de Gaumard y Laerdal. De esta manera, indicó que 3B Scientific, compañía de la cual es distribuidor, era fabricante de simuladores pertenecientes a Gaumard, Laerdal y Cardionics, lo cual sería falso.
 - iii.Mediante cartas del 17 y 18 de octubre de 2013, Penta y Resomedic presentaron una denuncia ante la UNASAM por las irregularidades que existieron en la AMC respecto a la información adulterada e inexacta presentada por Bionet.

⁷ En la entrevista con el señor Gustavo Balbin Hurtado, gerente general de Bionet, éste señaló que la UNASAM solicitó una cotización a Resomedic.

iv. Bionet se encuentra inhabilitado de contratar con el Estado por presentación de información falsa en septiembre de 2007. La inhabilitación por dicha infracción es desde el 29 de abril de 2015 al 20 de marzo de 2016.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

25. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si, de la información que obra en el expediente, es posible concluir que existen indicios razonables de que Penta y Resomedic incurrieron en la conducta tipificada como abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta; y si, en consecuencia, corresponde admitir a trámite la denuncia de Bionet e iniciar un procedimiento administrativo sancionador, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

III.1 Sobre el abuso de posición de dominio

26. La libertad de contratación se encuentra expresamente reconocida por el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁸. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, este derecho garantiza, por un lado, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a la otra parte contratante y, por otro lado, la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual⁹.
27. No obstante, la libertad de contratación debe ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico. Uno de ellos es el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución¹⁰. Este principio ha sido desarrollado legislativamente mediante el Decreto Legislativo 1034. Por lo tanto, la libertad de contratación no es irrestricta sino que debe ejercerse en armonía con la libre competencia.
28. Una de las limitaciones a la libertad de contratación establecidas en el Decreto Legislativo 1034 se encuentra, precisamente, en la realización de conductas de abuso de posición de dominio. En efecto, si bien nuestro ordenamiento jurídico

⁸ **Constitución Política del Perú**
Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona
Toda persona tiene derecho:
14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, emitida en el Expediente 4788-2005/PA/TC.

¹⁰ **Constitución Política del Perú**
Artículo 61.- Libre competencia
El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

reconoce como regla general que los agentes económicos tienen libertad de contratación, el Decreto Legislativo 1034 establece como excepción aquel supuesto en el que un agente económico goza de posición de dominio y realiza una conducta que restringe de manera indebida la competencia.

29. En particular, el artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034 establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico, que goza de posición de dominio en el mercado relevante, restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Al respecto, el artículo 10.2 reitera la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio en el mercado supuestamente afectado. En la misma línea, el artículo 10.5 establece que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.
30. De acuerdo con lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
 - a. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
 - b. Que el supuesto infractor haya restringido la competencia en alguna de las modalidades descritas en la norma.
 - c. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
31. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de modo concurrente. En tal sentido, bastará que falte uno de estos requisitos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.
32. Asimismo, de acuerdo al literal b) del artículo 19 del Decreto Legislativo 1034¹¹ y al Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi¹², la denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas debe contener, entre otros requisitos, pruebas o argumentos que acrediten la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada.

¹¹ **Decreto Legislativo 1034**

Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte.-

La denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas, deberá contener:

(...)

(b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.

¹² Aprobado por Decreto Supremo 088-2005-PCM, publicado el 21 de noviembre de 2005:

(...)

Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Requisitos

1. Procedimiento administrativo sancionador sobre conductas anticompetitivas iniciado por denuncia de parte

(...)

2. Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.

(...)

33. Los indicios razonables son un conjunto de medios probatorios que demuestran una tesis creíble acerca de la existencia de una conducta anticompetitiva, en función de los elementos necesarios para su configuración.
34. La exigencia de este requisito responde a la necesidad de garantizar el derecho al debido procedimiento del denunciado. Esta protección implica, a su vez, la garantía de otros derechos, tales como: (i) que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta; (ii) que se obtenga un pronunciamiento en un plazo razonable; y (iii) que el denunciado conozca todos los aspectos fácticos y jurídicos que sustentan los cargos que se le imputan desde el inicio del procedimiento.
35. En efecto, la autoridad no puede dar trámite a cualquier alegación sino sólo a aquellas que se encuentren razonablemente sustentadas, de forma que pueda notificarse al denunciado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y las sanciones que éstas podrían generar¹³.
36. De ahí que se requiera que las denuncias de parte sobre presuntas conductas anticompetitivas cumplan con presentar una descripción clara y precisa de la conducta denunciada así como los medios probatorios pertinentes.

III.2 Análisis de la conducta de Penta y Resomedic

III.2.1 Sobre la negativa de contratación en el presente caso

37. El literal a) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034 establece que una modalidad de abuso de posición de dominio consiste en negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios, y debe ser realizada por un agente económico que ostente posición de dominio, y que obtenga beneficios y cause perjuicios con tal conducta a competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
38. Una negativa de trato consiste en el rechazo de un agente económico de establecer relaciones comerciales con otro u otros agentes¹⁴. Para que esta conducta se considere anticompetitiva, debe demostrarse la existencia de una relación de competencia entre el agente que realiza la negativa y aquel que

¹³ **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador.-

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a nivel de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia. (...)

¹⁴ La modalidad de negativa puede producirse cuando el presunto infractor rechaza directamente una solicitud de compra o venta (negativa directa) o cuando no responde o responde con reiteradas evasivas la solicitud del supuesto afectado (negativa indirecta).

resulta afectado, la consecuente afectación del proceso competitivo, así como la ausencia de una justificación comercial válida.

39. Esta Secretaría Técnica considera que, a nivel indiciario, podría afirmarse que existió una negativa por parte de Penta y Resomedic a venderle simuladores médicos a Bionet pues esta última los solicitó desde octubre de 2013 y las empresas denunciadas respondieron recién en septiembre 2014. Por lo tanto, dado que las solicitudes de cotización realizadas en octubre y noviembre de 2013 no habrían sido respondidas, podría existir una negativa de contratar por parte de Penta y Resomedic.
40. Sin embargo, cabe precisar que la conducta denunciada no constituirá un abuso de posición de dominio si el presunto infractor demuestra que los efectos exclusorios se producen por razones vinculadas a una mayor eficiencia económica¹⁵ (daño concurrencial lícito) o que existe una justificación comercial válida para la conducta denunciada.
41. En este sentido, corresponde analizar si la conducta realizada por Penta y Resomedic se habría producido por razones vinculadas a una mayor eficiencia económica o habría existido una justificación comercial válida.
42. En primer lugar, de acuerdo con lo señalado por Penta y Resomedic, Bionet habría presentado información inexacta y errónea en la propuesta técnica en la AMC donde obtuvo la Buena Pro. De esta manera, Bionet habría obtenido la Buena Pro en la AMC porque afirmó que 3B Scientific fabricaba simuladores médicos, los cuales en realidad pertenecían a Gaumard, Laerdal y Cardionics.
43. De esta manera, en la documentación presentada por Bionet en la AMC, los catálogos de las empresas de Gaumard, Laerdal y Cardionics habrían sido adulterados de manera que no aparecía el nombre de dichos fabricantes y se colocó como fabricante a 3B Scientific¹⁶.
44. Asimismo, siendo que Bionet antes había sido distribuidor de productos Gaumard¹⁷, desde el punto de vista de Penta y Resomedic, Bionet conocía que

¹⁵ Por ejemplo, a través del ofrecimiento de bienes y servicios a precios cercanos a sus costos, la reducción de costos de producción o la innovación.

¹⁶ En sus escritos del 26 de noviembre y 11 de diciembre de 2015, Penta y Resomedic adjuntan los catálogos presentados por Bionet. Así, en los folios 57, 58 y 59 y del 128 al 132 del expediente, se puede observar que en el simulador de auscultación completo se coloca como fabricante a 3B Scientific; sin embargo, en los catálogos originales que se encuentran en los folios 60, 61 y 62 y desde el folio 133 al 136 se aprecia el nombre de Cardionics y los números de contacto de dicha empresa.

De manera similar, en folios 64, 65, 137 y 138 del expediente se aprecia que sobre el producto SimMan 3G, Sala con Simulación ALS de Alta Fidelidad, Bionet coloca que el fabricante de este sería 3B Scientific. Sin embargo, en los folios 66 y 139 se puede apreciar que en los catálogos originales se coloca el nombre de Laerdal y los números de contacto de esa empresa.

Finalmente, sobre el producto materia de controversia, simulador de parto y neonato computarizado e interactivo con tecnología inalámbrica, con sistema de video y debriefing, se puede observar en los folios 67, 140, 141 y 142 del expediente que Bionet señaló que el fabricante de este producto era 3B Scientific; sin embargo, en los folios 68, 143 y 144 se aprecia que en el catálogo original se coloca el nombre Gaumard y el código del producto.

¹⁷ Dicha información fue brindada tanto por las empresas denunciadas como por Bionet en las entrevistas realizadas por la Secretaría Técnica.

los simuladores médicos que vendía eran exclusivos de Gaumard. Por lo tanto, sería incongruente que Bionet considere que los productos que ofrece Gaumard también los podría haber fabricado 3B Scientific.

45. De igual manera, las denunciadas han presentado documentos de certificación de Gaumard donde autoriza a Penta como su único distribuidor en el Perú. Además, precisaron que Bionet dejó de ser distribuidor de Gaumard en el 2012¹⁸.
46. Además, Gaumard, mediante otro documento de certificación, señaló que, en atención a que tomó conocimiento de que sus productos habían sido ofertados en la AMC, cumplía con precisar que no había otorgado derechos de comercialización o distribución en Perú sobre sus productos marca Noelle a las empresas Bionet o 3B Scientific¹⁹.
47. De manera similar, la empresa Laerdal envió una carta a la UNASAM, señalando que Penta era la única empresa autorizada para comercializar sus productos en el Perú²⁰.
48. Por estos motivos, las empresas denunciadas enviaron cartas con fecha 17 y 18 de octubre de 2013 a la UNASAM indicando que existían irregularidades en la AMC pues Bionet: (i) no habría presentado los certificados de comercialización y distribución de Laerdal y Gaumard, por lo que no podría ofertar sus productos; (ii) Bionet habría señalado como fabricante de los simuladores médicos Noelle a 3B Scientific, lo cual era falso porque el verdadero fabricante de dichos productos es Gaumard; y, (iii) habría adulterado también los catálogos de las empresas Laerdal y Cardionics²¹.
49. Asimismo, cabe mencionar que de acuerdo con la Resolución 1030-2015-TC-S4 emitida por el Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado, Bionet se encuentra inhabilitado de contratar con el Estado desde el 29 de abril de 2015 al 20 de marzo de 2016. Dicha inhabilitación se produjo por haber presentado documentación falsa y/o inexacta a dicho organismo.
50. De acuerdo con la información presentada, la negativa de vender simuladores médicos por parte de las denunciadas, a través de la falta de respuesta de los correos electrónicos de Bionet, podría haber estado explicada, desde el punto de vista de Penta y Resomedic, en que Bionet (i) habría alterado los catálogos de las empresas a las cuales representan; y, (ii) habría indicado que 3B Scientific era fabricante de productos que en realidad eran de propiedad de las empresas que representan.
51. En tanto Bionet habría realizado acciones que podrían haber causado perjuicios a Penta y Resomedic, como a las empresas que representan, Gaumard y

¹⁸ Ver foja 125 del expediente.

¹⁹ Ver foja 126 del expediente.

²⁰ Ver foja 112 del expediente.

²¹ Ver foja 72, 73, 74, 145, 146 y 147 del expediente.

Laerdal, en el proceso que se desarrolló en la AMC, habría resultado razonable, desde su punto de vista, que dichas empresas se negaran a proveerle productos al no confiar en la adecuada utilización de sus productos.

52. En este sentido, se debe tener en cuenta que Penta, en coordinación con Resomedic, envió una carta a Bionet el 18 de septiembre de 2014²² indicándole que realice precisiones sobre los productos solicitados y que estaba dispuesto a venderle sus productos si firmaba un documento donde se comprometía a una correcta utilización de sus productos.
53. Asimismo, en la entrevista al señor Gustavo Balbin Hurtado, Gerente General de Bionet, éste manifestó que mantuvo una reunión con el Gerente General de Penta, donde él le condicionó la cotización de sus simuladores médicos a la firma de un convenio donde Bionet se comprometiera a no alterar los catálogos de las empresas a las que representan Penta y Resomedic.
54. De esta manera, se puede apreciar que el actuar de las empresas denunciadas estaría justificado en resguardar la buena reputación de las empresas a las que representan, por lo cual no contrataron con Bionet debido a que habría realizado acciones que las podrían haber perjudicado tanto a ellas como a sus representadas.

III.2.2. Efecto exclusorio

55. Para que se configure un abuso de posición de dominio, el infractor debe obtener beneficios y causar perjuicios. Este requisito se refiere a la necesidad de verificar que la infracción denunciada restringió o pudo restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna empresa vinculada) y en detrimento de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, afectando el bienestar de los consumidores.
56. Concretamente, el fin de obtener beneficios y causar perjuicios se verifica cuando la infracción denunciada produjo o pudo producir: (i) el efecto de mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la entrada o limitar el crecimiento de uno o más competidores directos o indirectos del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo). No obstante, cabe precisar que estos efectos reales o potenciales no son sancionables cuando son consecuencia de la búsqueda de la mayor eficiencia económica por parte del presunto infractor.
57. En el presente caso, no existirían indicios de que Penta o Resomedic hayan tenido la intención de incrementar su poder de mercado al no venderle el simulador Noelle a Bionet, sino que la negativa se habría debido a problemas con la actuación de Bionet en la AMC. En tal sentido las denunciadas se habrían mostrado dispuestas a contratar con Bionet con la condición que esta firmase un documento de compromiso de adecuada utilización de sus productos.

²² Ver fojas 119 y 181 del expediente.

58. Por otro lado, debido a que en el presente caso los efectos de la conducta de Penta y Resomedic solo se verían reflejados en la no obtención por parte de Bionet sobre un único simulador, problema que se produjo de manera posterior a que Bionet ganara la Buena Pro de la AMC, y en la medida que no pudo abastecerse del proveedor con el cual participó (3B Scientific), no se desprenderían indicios del despliegue de una estrategia anticompetitiva por parte de Penta y Resomedic.
59. Al no contarse con indicios razonables de que la conducta denunciada haya producido un efecto excluyente, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores y al bienestar de los consumidores, la presente denuncia no satisface dicho requisito para la configuración de un abuso de posición de dominio y, por lo tanto, no es posible considerar la existencia de indicios razonables de tal infracción.
60. En tal sentido, considerando que ni la denuncia de Bionet ni las actuaciones previas realizadas por esta Secretaría Técnica han permitido determinar la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada, corresponde declarar improcedente la denuncia.
61. De similar forma se debe declarar improcedente la denuncia respecto de la participación del señor León Yahes al no haberse encontrado indicios razonables del presunto abuso de posición de dominio de Penta y Resomedic.

Estando a lo previsto en el Decreto Legislativo 1034, en la Ley 27444, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

Declarar improcedente la denuncia presentada por Bionet S.A. contra Penta Internacional S.A.C. y Resomedic S.A.C. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa de venta y contra el señor León Yahes, por incitar a terceros a no proveer bienes, debido a que no existen indicios razonables de las infracciones denunciadas.

Jesús Eloy Espinoza Lozada
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia