

PROCEDENCIA : SECRETARÍA TÉCNICA DE LA COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

DENUNCIANTE : BIONET S.A.

DENUNCIADOS : PENTA INTERNATIONAL S.A.C.
RESOMEDIC S.A.C.
LEÓN YAHES

MATERIAS : LIBRE COMPETENCIA
IMPROCEDENCIA DE LA DENUNCIA
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO
NEGATIVA INJUSTIFICADA A CONTRATAR

ACTIVIDAD : VENTA AL POR MENOR DE PRODUCTOS FARMACÉUTICOS Y MEDICINALES, COSMÉTICOS Y ARTÍCULOS DE TOCADOR

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 030-2015/ST-CLC-INDECOPI del 30 de diciembre de 2015, en el extremo que declaró **IMPROCEDENTE** la denuncia presentada por Bionet S.A. contra Penta International S.A.C. y Resomedic S.A.C. por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de simuladores médicos, infracción prevista en el artículo 10.2 literal f) del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

El fundamento es que, si bien existen indicios razonables que permiten determinar que las empresas denunciadas se habrían negado a venderle simuladores médicos a la denunciante, de los actuados que obran en el expediente se desprende que dicha negativa se habría sustentado en razones de índole técnico y contractual.

Asimismo, se CONFIRMA la Resolución 030-2015/ST-CLC-INDECOPI del 30 de diciembre de 2015, en el extremo que declaró IMPROCEDENTE la denuncia contra el señor León Yahes, Gerente de Ventas Internacionales para Latinoamérica de Gaumard Scientific Company, por supuestamente haber incitado a terceros a no venderles simuladores médicos, infracción prevista en el artículo 10.2 literal g) del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Lo anterior, ya que, si bien Bionet S.A. denunció al señor León Yahes, por supuestamente haber incitado a terceros a no venderle simuladores médicos, no denunció a Gaumard Scientific Company, empresa en cuya representación el denunciado habría realizado la conducta cuestionada.

Lima, 12 de febrero de 2018

ANTECEDENTES

1. El 24 de diciembre de 2014, Bionet S.A. (en adelante, Bionet y/o la denunciante) denunció a Penta International S.A.C. (en adelante, Penta) y a Resomedic S.A.C. (en adelante, Resomedic) por la presunta comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de simuladores médicos, así como al señor León Yahes (en adelante, el señor Yahes), Gerente de Ventas Internacionales para Latinoamérica de Gaumard Scientific Company (en adelante, Gaumard), debido a que habría incitado a terceros a no venderle simuladores médicos.
2. Bionet sustentó su denuncia en los hechos que se exponen a continuación:
 - (i) En el año 2013, la Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo (en adelante, la UNASAM) llevó a cabo la Adjudicación de Menor Cuantía 01-2013-UNASAM-CEAEMFCA Primera Convocatoria – Adquisición de Equipos Médicos e Implementación del Proyecto “Mejoramiento de los Laboratorios Académicos y de Investigación de la Facultad de Ciencias Médicas de la UNASAM” (en adelante, la AMC)¹.
 - (ii) En dicha AMC se requirió, entre otros ítems, simuladores médicos - esto es, aparatos que permiten realizar diagnósticos clínicos sobre pacientes virtuales-.
 - (iii) Bionet y el Consorcio Penta Internacional S.A.C. & Resomedic - conformado por las empresas Penta y Resomedic-, entre otros agentes económicos, se presentaron a la AMC.
 - (iv) 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, consistentes en la adquisición de simuladores médicos, así como de maquetas de anatomía y fisiología humanas.
 - (v) El 15 de octubre de 2013, Bionet solicitó una cotización a Gaumard para atender el pedido de simuladores médicos de la UNASAM. Dicha empresa le respondió el 16 de octubre de 2013, señalándole que debía solicitar las cotizaciones a sus distribuidores autorizados en el Perú, las empresas Penta y Resomedic.
 - (vi) Por correo electrónico del 23 de octubre de 2013, Bionet solicitó a Resomedic la cotización de diversos productos de la marca Gaumard. Posteriormente, el 31 de octubre de 2013, Bionet solicitó dicha cotización tanto a Resomedic como a Penta. El 26 de noviembre de

¹ Derivada de la Licitación Pública 02-2013-UNASAM-CEAEMFCA Primera Convocatoria, la cual fue declarada desierta.

ese mismo año, Bionet reiteró su solicitud, sin obtener respuesta alguna.

- (vii) Adicionalmente, en noviembre de 2013, la denunciante solicitó cotizaciones para la adquisición de los referidos productos a las empresas Cardionics, Eversus y Suministros SL, quienes les indicaron que debían contactar a las denunciadas.
 - (viii) El 11 de setiembre de 2014, Bionet envió una carta notarial a Penta y a Resomedic, solicitándoles que atiendan su solicitud de cotización de los productos que aún no había podido obtener, a fin de cumplir con la provisión de los bienes previstos en la AMC.
 - (ix) El 15 de setiembre de 2014, Bionet envió una carta al señor Yahes, Gerente de Ventas Internacionales para Latinoamérica de Gaumard, indicándole que ni Resomedic ni Penta habían respondido sus cartas y solicitándole que proceda a realizar la cotización de los equipos en cuestión.
 - (x) El 16 de setiembre de 2014, Bionet envió a Resomedic y a Penta una solicitud de cotización de un solo producto, consistente en un simulador de parto y neonato computarizado e interactivo con tecnología inalámbrica (en adelante, simulador de parto y neonato).
 - (xi) Mediante carta del 18 de setiembre de 2014, Penta, en coordinación con Resomedic, respondió las comunicaciones de Bionet, solicitándole una serie de precisiones respecto de los productos requeridos e indicándole que efectuarían las cotizaciones siempre y cuando la denunciante cumpliera con firmar una carta de compromiso.
 - (xii) A fin de obtener los productos para poder cumplir con las obligaciones derivadas de la AMC, adquirió simuladores médicos a distintas empresas extranjeras. Sin embargo, no pudo adquirir el producto Noelle S555.100 fabricado por Gaumard (simulador de parto y neonato).
3. El 29 de diciembre de 2015, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) entrevistó al señor Gustavo Balbín Hurtado (en adelante, el señor Balbín), gerente general de Bionet, quien afirmó lo siguiente:
- (i) Hasta dicha fecha, Bionet no había recibido ninguna cotización de las empresas Penta y Resomedic.

- (ii) Bionet fue distribuidor autorizado de Gaumard en el Perú. Sin embargo, debido a que no habría aceptado la condición de adquirir simuladores de alta fidelidad, en el año 2012 se puso fin a dicha relación comercial.
4. El 29 de enero de 2015, la Secretaría Técnica de la Comisión entrevistó al señor Daniel Arteaga Contreras, gerente general de Penta, así como a la señora Rosa Olinda Arteaga Contreras, representante de Resomedic. Adicionalmente, mediante escritos de fecha 26 de noviembre y 11 de diciembre de 2015, Penta y Resomedic absolviere el requerimiento de información efectuado por el referido órgano instructor a través de las Cartas 919-2015/ST-CLC-INDECOPI y 975-2015/ST-INDECOPI², respectivamente.
5. En resumen, las empresas denunciadas señalaron que:
- (i) No se negaron a cotizar los simuladores médicos que Bionet solicitó, pues el 18 de setiembre de 2014 le enviaron una carta solicitando que especificaran ciertos puntos sobre los productos requeridos, sin embargo, no obtuvieron respuesta alguna.
 - (ii) En la AMC, Bionet presentó su propuesta técnica alterando los catálogos de los productos de Gaumard y Laerdal. De esta manera, la denunciante habría indicado que la empresa 3B Scientific, compañía de la cual es distribuidor autorizado en el Perú, era la fabricante de los 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, en particular, respecto de la información adulterada e inexacta que habría sido presentada por Bionet.
 - (iv) Bionet se encontraría inhabilitada de contratar con el Estado desde el 29 de abril de 2015 hasta el 20 de marzo de 2016, por haber presentado información falsa en un concurso público convocado en el año 2007.
6. A través de la Resolución 030-2015/ST-CLC-INDECOPI del 30 de diciembre de 2015, la Secretaría Técnica de la Comisión declaró improcedente la denuncia de Bionet en todos sus extremos, en base a los siguientes argumentos:

² Por medio de dichas comunicaciones se les requirió información societaria sobre su empresa, así como respecto de su participación en la AMC y de sus relaciones comerciales con Bionet.

- (i) De acuerdo con la información societaria presentada, Penta y Resomedic serían parte del mismo grupo económico, por lo que correspondería que sean tratadas como un solo agente económico.
- (ii) A nivel indiciario, podría afirmarse que existió una negativa por parte de Penta y Resomedic de venderle simuladores médicos a Bionet, pues esta última les habría solicitado cotizaciones desde octubre de 2013 y, sin embargo, las denunciadas recién le habrían respondido en setiembre de 2014.
- (iii) No obstante, el actuar de las denunciadas habría estado justificado y resultaría razonable, debido a que tenía por finalidad resguardar la buena reputación de las empresas a las que representan en el Perú:
 - Bionet habría obtenido la buena pro de la AMC debido a que en su propuesta técnica afirmó que 3B Scientific, empresa a la que representa en el Perú, fabricaba los simuladores médicos, información inexacta y errónea, ya que estos en realidad eran fabricados por Gaumard, Laerdal y Cardionics. Así, los catálogos de dichas empresas presentados por Bionet junto con su propuesta técnica habrían sido adulterados, de manera que no aparezcan sus nombres sino el de 3B Scientific.
 - Bionet fue distribuidor de Gaumard hasta el año 2012, por lo que sabía que dichos productos eran exclusivos y no podían haber sido fabricados por 3B Scientific.
 - Gaumard emitió un documento informando al comité encargado de la AMC que no había otorgado derechos de comercialización o distribución en el Perú sobre sus productos de la marca Noelle ni a Bionet ni a 3B Scientific, en atención a que le habían informado que la denunciante los había ofertado en dicho concurso público. Por su parte, Laerdal remitió una carta a la UNASAM señalando que Penta era la única autorizada para comercializar sus productos en el Perú.
 - Los días 17 y 18 de octubre de 2013, las empresas denunciadas enviaron cartas a la UNASAM, indicando que existían irregularidades en la AMC pues Bionet: (i) no presentó los certificados de comercialización y distribución de Laerdal y Gaumard, por lo que no podría ofertar sus productos, (ii) señaló como fabricante de los productos a 3B Scientific, lo cual sería falso, y (iii) adulteró los catálogos de las empresas Laerdal y Cardionics.
 - Debido a que Bionet realizó acciones en la AMC que podrían haber causado perjuicios a Penta y Resomedic, así como a sus

representadas en el Perú, Gaumard y Laerdal, resultaría razonable que dichas empresas se negaran a proveerle sus productos, al no confiar en el adecuado uso que se haría de estos.

- Sobre el particular, se debe de considerar que las denunciadas enviaron una carta a Bionet el 18 de setiembre de 2014, solicitándole precisiones respecto de los productos requeridos e indicándole que se los vendería siempre y cuando firmase un documento comprometiéndose a darles un uso adecuado³.
- (iv) Debido a que, a nivel indiciario, no se podría apreciar la existencia de una negativa injustificada de venta de los simuladores en cuestión por parte de Penta y Resomedic, el órgano instructor de la primera instancia concluyó que correspondía declarar la improcedencia de la denuncia presentada contra dichas empresas, así como la improcedencia de la denuncia interpuesta contra el señor Yahes.
7. El 11 de febrero de 2016, Bionet interpuso un recurso de apelación contra la Resolución 030-2015/ST-CLC-INDECOPI, indicando lo siguiente:
- (i) La Secretaría Técnica de la Comisión únicamente habría considerado la versión y los medios probatorios de las denunciadas, que no se ajustarían a la realidad. Sobre el particular, en ninguno de los documentos presentados por Penta y Resomedic se acreditaría que las supuestas alteraciones de los catálogos hayan sido puestas en conocimiento de Bionet.
 - (ii) El Comité Especial de la UNASAM no habría aceptado las denuncias de Penta y Resomedic, ratificando el otorgamiento de la buena pro de la AMC a favor de Bionet. Lo anterior acreditaría que nunca informaron erróneamente a alguien ni alteraron catálogo alguno.
 - (iii) La empresa 3B Scientific es fabricante de muchos modelos anatómicos y simuladores de uso médico, además es la líder mundial en la comercialización de estos equipos, por lo que en sus catálogos se incluyen productos de otros fabricantes, como los de Gaumard, con los cuales ha suscrito contratos recíprocos de comercialización.
 - (iv) Su propuesta técnica fue pública y no alteraron ningún documento de sustento técnico de los modelos y simuladores ofertados. El Comité de Recepción de la UNASAM aceptó el cien por ciento (100%) de los

³ Más aún, en su entrevista, el gerente general de Bionet habría reconocido que el gerente general de Penta condicionó la cotización de los simuladores a la firma de un convenio en el cual se comprometieran a no alterar los catálogos de Gaumard y Laerdal.

modelos anatómicos y simuladores entregados, firmando la conformidad correspondiente.

- (v) El Consorcio Penta Internacional S.A.C. & Resomedic habría sido descalificado por presentar certificados de distribución únicamente de los productos fabricados por Gaumard y Laerdal, a pesar de que en su oferta técnica habría presentado simuladores y modelos anatómicos de diversas marcas.
 - (vi) Las denunciadas esperaron un total de once (11) meses para decirles que no atendían a revendedores, lo que demostraría su voluntad de perjudicarlos económicamente. Más aún, cuando dichas empresas sabían que requerían los productos en cuestión para poder cumplir con la AMC.
 - (vii) Las denunciadas nunca quisieron cotizar los simuladores fabricados por Gaumard, quien no habría autorizado que les ofertaran los simuladores de forma directa, de conformidad con su política de distribución minorista exclusiva.
8. El 21 de setiembre de 2017, Bionet presentó un escrito solicitando que se le conceda el uso de la palabra. Adicionalmente, a través de dicho escrito, la denunciante atendió el Requerimiento 037-2016/SDC de fecha 14 de setiembre de 2016⁴, indicando lo siguiente:
- (i) Penta y Resomedic han señalado que no apelaron la decisión de descalificarlas de la AMC porque no habían presentado el Certificado Original de Comercialización y Distribución del fabricante NASCO. Asimismo, las propias denunciantes habrían reconocido que la UNASAM desestimó su denuncia.
 - (ii) No respondieron la carta de Penta en la que se condiciona la cotización del simulador a la suscripción de un compromiso, debido a que en esa fecha ya se encontraban en un arbitraje con la UNASAM por no haber cumplido con la entrega del simulador que dicha empresa no les había querido vender. Además, ya sabían que su pedido no sería atendido en forma oportuna.
 - (iii) El contrato suscrito luego de ganar la buena pro en la AMC fue resuelto parcialmente debido a que no cumplieron con entregar el simulador que las denunciadas no le quisieron vender. Debido a que perdieron el arbitraje con la UNASAM, tuvieron que pagarle una penalidad por

⁴ En dicho requerimiento se incluyeron una serie de preguntas dirigidas a que la denunciante precise algunos de los argumentos expuestos en su recurso de apelación.

incumplimiento contractual ascendente a S/ 200,000 (doscientos mil Soles).

- (iv) Presentan adjunto el catálogo de productos distribuidos por 3B Scientific correspondiente al año 2013, en el que se apreciarían los equipos de la marca Gaumard ofrecidos en la AMC sin las indicaciones de las empresas que los producirían. Debido a que dichos productos estaban contenidos en un catálogo de 3B Scientific, asumieron que estos eran fabricados por la referida empresa.
- (v) El escrito de formulación de denuncia por transgresión al principio de veracidad presentado por Penta a la UNASAM, en el que se señala que Bionet no podría de ninguna manera cumplir con su obligación contractual, acreditaría la intención de perjudicarlos.

ANÁLISIS

El abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

- 9. El artículo 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁵ establece que existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, lo que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.
- 10. En similar sentido, el artículo 10.2 del mismo cuerpo normativo establece que los supuestos de abuso de posición de dominio únicamente podrán consistir en conductas de efecto exclusorio. Un abuso de posición de dominio exclusorio es aquel que afecta directamente la dinámica de la competencia, pues impide el acceso de competidores de la dominante al mercado o dificulta su permanencia en él⁶.

⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**
Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.
(...)

⁶ Las prácticas exclusorias o prácticas de exclusión son aquellas mediante las cuales un monopolista u operador dominante ejerce su poder monopólico para disuadir la entrada de potenciales competidores al mercado o impedir que éstos incrementen su producción. Al respecto, Hovenkamp anota:

(...) *El Juez Wyzanski sabiamente definió el "ejercicio" del poder de monopolio como una práctica "de exclusión" es decir, una práctica que disuade a los potenciales rivales de entrar en el mercado del monopolista, o a los rivales actuales de aumentar su producción en respuesta al incremento de los precios*

11. A partir de las mencionadas disposiciones, en diversos pronunciamientos⁷, esta Sala ha establecido que la exigencia del carácter exclusorio del abuso de posición de dominio implica que las conductas que se encuentran en el ámbito de aplicación de la ley, son aquellas mediante las cuales se pretende excluir a competidores del mercado o impedir su ingreso, afectándose con ello el proceso competitivo.
12. Es importante anotar que la identificación de las conductas de abuso de posición de dominio con un efecto de exclusión de competidores guarda directa relación con la finalidad de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁸ contenida en su artículo 1, esto es, la prohibición de conductas que dañen el proceso competitivo y, por ende, la eficiencia económica.
13. Con relación al abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, cabe señalar que, en ausencia de regulación específica, los agentes económicos tienen la facultad de negarse a contratar con cualquier otro agente económico sin necesidad de que medie justificación alguna. De este modo, las empresas pueden escoger libremente a sus proveedores y clientes, en virtud de la libertad de contratar

del monopolio. Las ventas del monopolista de su producto a un precio de monopolio no es una práctica de "exclusión".

(...)

"Las prácticas de exclusión" son actos por el monopolista diseñados para disuadir a posibles competidores de entrar en el campo, o para evitar que los competidores incrementen su producción."

Traducción libre del siguiente texto:

(...)

Judge Wyzanski wisely defined the "exercise" of monopoly power as an "exclusionary" practice – that is, a practice that deters potential rivals from entering the monopolist's market, or existing rivals from increasing their output in response to the monopolist's price increase. The monopolist's sales of its product at a monopolistic price is not an "exclusionary" practice.

(...)

"Exclusionary practices" are acts by the monopolist designed to discourage potential competitors from entering the field, or to prevent competitors from increasing output."

En: HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice. 2da Edición. West Group: Minnesota, 1999, pp. 267269.

⁷ Al respecto, ver: Resolución 027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008 expedida en el Expediente 003-2005/CLC correspondiente al procedimiento seguido por la Asociación de Agencia de Turismo del Cusco contra Consettur Machupicchu S.A.C.; Resolución 1348-2010/SC1-INDECOPI expedida el 18 de marzo de 2010 en el Expediente 011-2008/CLC en el marco de la denuncia interpuesta por Álvaro Antonio Bustamante Quiroz y otros contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A.; y, Resolución 0708-2011/SC1-INDECOPI del 16 de marzo de 2011, expedida en el Expediente 013-2007/CLC como consecuencia de la denuncia interpuesta por la Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú y el Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera de la Cuenca de Lima contra Gloria S.A.

⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

Artículo 1. Finalidad de la presente Ley.-

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

consagrada en la Constitución⁹.

14. Ahora bien, esta libertad puede ser limitada en ciertas ocasiones por la legislación de libre competencia. Uno de estos límites lo constituye precisamente el referido literal a) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el cual, conforme a lo expuesto, establece que se encuentra prohibido ***“negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios”*** cuando se cuente con posición de dominio en el mercado.
15. De esta manera, en este supuesto la conducta sancionable consiste en que una empresa con posición de dominio se niegue, injustificadamente, a proveer un determinado producto o servicio a otra, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales¹⁰.
16. Siendo así, la conducta no será sancionable, por ejemplo, cuando se haya sustentado en una justificación válida o económicamente eficiente o, cuando haya sido realizada por una empresa que no tiene posición de dominio, pues en este caso se asume que la contraparte contará con distintas opciones para adquirir el bien o contratar el servicio que requiere.
17. Sobre el particular, cabe señalar que, al evaluarse un caso de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, no resulta necesario que la empresa dominante pruebe fehacientemente que su decisión de negarse a contratar era ***“la más eficiente posible en el mercado”***¹¹, sino que será suficiente que acredite que se trata de una

⁹ En ese sentido, los artículos 2 numeral 14 y 62 de la Constitución otorgan a los privados el derecho a contratar (y a no contratar) con fines lícitos mientras no se contravenga normas de orden público, así como a pactar válidamente según las normas vigentes al momento de celebración del contrato:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.

Artículo 2.-

Toda persona tiene derecho:

(...)

14) A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan normas de orden público (...).

Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase (...).

¹⁰ La referencia a la exigencia de un beneficio propio y un perjuicio al competidor se encuentra regulada en el artículo 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, como se ha señalado en los párrafos precedentes.

¹¹ Ver, por ejemplo, WERDEN, Gregory W. *The “No Economic Sense” Test for Exclusionary Conduct*. En: The Journal of Corporation Law. Invierno 2006. pp. 303-304: *“La prueba se puede aplicar a la decisión de reducir los precios 25% en respuesta a la entrada, pero no a la decisión marginal de seleccionar un corte de 25% en lugar de 24%. La prueba no identifica como exclusiva a cada desviación de la maximización de beneficios a corto plazo”. “(...) La prueba ‘sin sentido económico’ no examina el impacto real de la conducta denunciada, sino más bien el impacto razonablemente anticipado de la conducta. La prueba ‘sin sentido económico’ se aplica desde el momento que se realizó la conducta cuestionada sobre la base de las expectativas razonables en ese momento”*. Traducción libre de: *“The test may be applied to the decision to slash prices 25% in response to entry, but not to*

decisión “razonable” a la luz de los fines válidos de su negocio. Todo ello deberá ser analizado por la agencia de competencia al amparo de la información disponible para las partes al momento de la adopción de la negativa.

18. Por tanto, conforme a lo expuesto, la sola negativa a contratar no se encuentra sancionada por el ordenamiento jurídico, pues lo que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas reprime es que esta negativa no posea una justificación válida. A manera de ejemplo, algunas justificaciones consideradas válidas para sustentar la negativa de trato son: la falta de capacidad para satisfacer la demanda debido a que la producción se encuentra previamente colocada, la falta de capacidad técnica para proveer el servicio, la falta de pago o incumplimiento de obligaciones contractuales del solicitante.
19. De igual modo, para que se configure una negativa injustificada de trato en los términos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, no basta que una negativa a contratar tenga por efecto la salida de una o algunas empresas específicas del mercado. Si como consecuencia de la conducta no se reduce injustificadamente el nivel de competencia (efecto exclusorio), no debería ser sancionada por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹².
20. En atención a lo expuesto, para analizar la existencia de una práctica de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, la autoridad de competencia deberá analizar lo siguiente:
 - (i) Que el presunto infractor gozaba de posición de dominio en el mercado relevante;
 - (ii) que el presunto infractor haya incurrido en una negativa injustificada de trato;

the marginal decision to select a cut of 25% rather than 24%. The test does not identify as exclusionary every departure from short-run profit maximization”. (...) The ‘no economic sense’ test does not inquire into the actual impact of the challenged conduct, but rather into the reasonably anticipated impact of the conduct. The ‘no economic sense’ test is applied as of the time the challenged conduct was undertaken on the basis of reasonable expectations at that time”.

¹²

A mayor abundamiento, incluso un sector de la doctrina anota que la intervención de las agencias de competencia debe encontrarse debidamente sustentada en la existencia de un daño significativo al mercado, como refiere Carlton en la siguiente cita: “(P)or lo menos, a fin de evitar prohibir condenar conductas que generan eficiencia, debería requerirse a los denunciantes demostrar un daño significativo al mercado, y no debería permitírseles demostrar solamente que la conducta exclusoria no genera eficiencias. Las eficiencias son difíciles de medir y el beneficio de la duda debería otorgarse al denunciado y no a los denunciantes”. Traducción libre de: “At a minimum, in order to avoid condemning efficient conduct, a plaintiff should be required to show a significant harm to competition and should not be allowed to prove only no efficiencies from the exclusionary conduct. Efficiencies are hard to measure and the benefit of the doubt should go to defendants not plaintiffs”. Ver: CARLTON, Dennis. W. *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal - Why Aspen and Kodak are Misguided*. NBER Working Paper No. 8105. Febrero de 2001. p. 21. Disponible en: <http://papers.nber.org/papers/w8105> (visitada por última vez el 12 de febrero de 2018).

- (iii) Que, mediante dicha conducta, se produjo un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
21. Es importante precisar que, debido a que los requisitos (i), (ii) y (iii) antes indicados constituyen elementos del tipo infractor bajo comentario, **es necesario que los tres se presenten de forma concurrente en el caso en concreto** para que se configure un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, sancionable bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

La presentación de indicios razonables de la infracción para admitir a trámite una denuncia en el marco de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Marco teórico

22. El artículo 19 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹³ establece que la denuncia de parte por la presunta comisión de conductas anticompetitivas deberá contener:
- (i) Nombre, denominación o razón social del denunciante, su domicilio y los poderes correspondientes, de ser el caso.
 - (ii) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.
 - (iii) Identificación de los presuntos responsables, siempre que sea posible.
 - (iv) El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador.
23. Asimismo, antes de la admisión a trámite de una denuncia de parte, el artículo 21 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁴ dispone

¹³

DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.

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

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

- (a) Nombre, denominación o razón social del denunciante, su domicilio y los poderes correspondientes, de ser el caso.
- (b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.
- (c) Identificación de los presuntos responsables, siempre que sea posible.
- (d) El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador. Esta tasa está exceptuada del límite en cuanto al monto establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.

¹⁴

DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.

Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-

21.1. La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar

que la Secretaría Técnica de la Comisión deberá verificar la existencia de indicios razonables de infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, además de corroborar la competencia de la Comisión y el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA de Indecopi.

24. Al respecto, el artículo 128 del Código Procesal Civil¹⁵ –norma de aplicación supletoria en cuanto resulte compatible al régimen administrativo¹⁶– establece que ante la omisión o el incumplimiento de requisitos de fondo corresponde declarar la improcedencia de la demanda. Ello a diferencia de los requisitos de forma, cuyo incumplimiento genera la inadmisibilidad de la demanda o del acto procesal.
25. De otro lado, el artículo 426 del Código Procesal Civil¹⁷ reconoce la posibilidad de subsanar los requisitos de admisibilidad de la demanda tales como el pago de una tasa, la presentación de anexos exigidos por ley, entre

el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos - TUPA del INDECOPI, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.
(...)

¹⁵ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Artículo 128.-

El Juez declara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. Declara su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo.

¹⁶ **DECRETO SUPREMO 006-2017-JU8. TEXTO ÚNICO ORDENADO DE LA LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL.**

TÍTULO PRELIMINAR

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden, de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a ofrecer y a producir pruebas; a solicitar el uso de la palabra, cuando corresponda; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, y en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten.

La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal es aplicable solo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.
(...)

¹⁷ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Artículo 426.-

El Juez declarará inadmisble la demanda cuando:

1. No tenga los requisitos legales;
2. No se acompañen los anexos exigidos por ley;
3. El petitorio sea incompleto o impreciso; o
4. La vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, salvo que la ley permita su adaptación.

En estos casos el Juez ordenará al demandante subsane la omisión o defecto en un plazo no mayor de diez días. Si el demandante no cumpliera con lo ordenado, el Juez rechazará la demanda y ordenará el archivo del expediente.

otros. Sin embargo, el artículo 427 del Código Procesal Civil¹⁸ que recoge los requisitos de procedencia, tales como la competencia del órgano, la legitimidad para obrar del demandante, entre otros, no establece la posibilidad que estos sean subsanados con posterioridad a la interposición de la demanda.

26. La verificación de la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de una conducta anticompetitiva califican como requisitos de fondo antes de admitir a trámite una denuncia en el marco de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En efecto, la primera actuación implica la evaluación de que los hechos denunciados están en el ámbito de competencia de la autoridad.
27. Por su parte, la verificación preliminar de que al momento de presentar la denuncia existan indicios razonables de la infracción, implica determinar si a partir de los medios de prueba presentados por el denunciante, se configura una tesis creíble de que puede haberse configurado la práctica anticompetitiva denunciada. En ambos casos, **se efectúa una primera evaluación de carácter preliminar vinculada al fondo de la materia controvertida en la denuncia.**
28. Cabe indicar que la existencia de indicios razonables de la infracción se acredita con la denuncia, a través de los medios probatorios presentados, o también puede evidenciarse en el marco de actuaciones preliminares realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹⁹.

¹⁸ **CÓDIGO PROCESAL CIVIL.**

Artículo 427.-

El Juez declarará improcedente la demanda cuando:

1. El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar;
2. El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar;
3. Advierta la caducidad del derecho;
4. Carezca de competencia;
5. No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio;
6. El petitorio fuese jurídica o físicamente imposible; o
7. Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

Si el Juez estimara que la demanda es manifiestamente improcedente, la declara así de plano expresando los fundamentos de su decisión y devolviendo los anexos.

Si la resolución que declara la improcedencia fuese apelada, el Juez pondrá en conocimiento del demandado el recurso interpuesto. La resolución superior que resuelva en definitiva la improcedencia, produce efectos para ambas partes.

¹⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.**

Artículo 20.- Actuaciones previas a la admisión a trámite por denuncia de parte. -

Presentada la denuncia de parte y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento de identificación y sanción de conductas anticompetitivas, la Secretaría Técnica podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de conductas anticompetitivas. Estas actuaciones previas se desarrollarán en un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados desde la presentación de la denuncia.

29. En tal sentido, a partir de las normas antes señaladas, se puede concluir que a diferencia de los requisitos formales, tales como presentar los poderes que acrediten la representación del denunciante o el comprobante de pago de la tasa por derecho de trámite, cuya omisión dará lugar a la inadmisibilidad de la denuncia, la ausencia de indicios razonables de la práctica anticompetitiva denunciada, al vincularse con el fondo de la cuestión controvertida, tiene como consecuencia que aquella se declare improcedente.
30. La necesidad de presentar indicios razonables sobre la comisión de una infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se encuentra orientada a garantizar el derecho de los denunciados a no ver afectada su situación jurídica frente al desarrollo de un procedimiento sancionador en su contra sin contar con los elementos de prueba necesarios que ameriten el inicio de una investigación. Por ello, la autoridad de competencia debe ser sumamente cautelosa y contar con elementos probatorios suficientes antes de impulsar el inicio de un procedimiento sancionador por la comisión de prácticas anticompetitivas.

Aplicación al caso en concreto

31. En el presente caso, Bionet denunció a Penta y a Resomedic por la presunta comisión de actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de simuladores médicos, así como al señor León Yahes, Gerente de Ventas Internacionales para Latinoamérica de Gaumard, debido a que este habría incitado a terceros a no venderle simuladores médicos.
32. De acuerdo con lo señalado por Bionet, Penta y Resomedic se habrían negado a venderle el simulador de parto y neonato, fabricado por Gaumard -empresa de la cual serían distribuidores exclusivos en el Perú- y que necesitaba para poder cumplir con la AMC convocada por la UNASAM.
33. Sobre el particular, la Secretaría Técnica de la Comisión concluyó que a nivel indiciario podía afirmarse que existió una negativa por parte de Penta y Resomedic de venderle simuladores médicos a Bionet, pues ésta les habría solicitado cotizaciones desde octubre de 2013 y, a pesar de ello, las denunciadas recién le habrían respondido en setiembre de 2014. Sin embargo, a criterio de dicho órgano, a pesar de lo anterior, el actuar de las denunciadas habría estado justificado y resultaría razonable, debido a que tenía por finalidad resguardar la buena reputación de las empresas a las que representan en el Perú.
34. A criterio de la primera instancia, en la AMC Bionet habría realizado acciones que podrían haber causado perjuicios a Penta y Resomedic, así

como a sus representadas en el Perú, Gaumard y Laerdal, consistentes en presentar información adulterada respecto de los productos fabricados por dichas empresas. Por tanto, estimó que resultaría razonable que las denunciadas se negaran a proveerle sus productos, al no confiar en el adecuado uso que se haría de estos.

35. Por tanto, debido a que, a nivel indiciario, no se podría apreciar la existencia de una negativa injustificada de venta de los simuladores en cuestión por parte de Penta y Resomedic, el órgano instructor de la primera instancia concluyó que correspondía declarar la improcedencia de la denuncia presentada contra dichas empresas, así como la improcedencia de la denuncia interpuesta contra el señor Yahes.
36. En apelación, Bionet ha cuestionado las supuestas justificaciones alegadas por las denunciantes para negarse a venderle los referidos simuladores. Entre otros argumentos, ha señalado que no habría alterado ningún documento de sustento técnico de los modelos y simuladores ofertados en la referida AMC y, adicionalmente, que no existiría prueba alguna que acredite que la negativa se debió a los motivos alegados por Penta y Resomedic.
37. Asimismo, la denunciante ha señalado que las denunciadas nunca quisieron cotizar los simuladores fabricados por Gaumard, quien no habría autorizado que les ofertaran los simuladores de forma directa, de conformidad con su política de distribución minorista exclusiva.
38. En atención a lo expuesto, corresponde que esta Sala evalúe, sobre la base de los medios probatorios aportados por las partes y de los actuados que obran en el expediente, si se verifican indicios razonables que den cuenta de la existencia de una negativa por parte de las denunciadas -Penta y Resomedic- de proveerle simuladores médicos a Bionet y, de ser el caso, si ésta estuvo o no justificada.
39. Sobre el particular, se ha podido verificar que, efectivamente, Bionet solicitó a las denunciadas en forma reiterada cotizaciones respecto de una serie de equipos médicos entre los meses de setiembre y octubre de 2013²⁰, sin obtener respuesta alguna. Adicionalmente, se ha corroborado que fue recién en setiembre de 2014 que, en respuesta a una carta notarial remitida por Bionet insistiendo en su pedido, Penta se ofreció a cotizar los productos en cuestión, siempre y cuando la denunciante cumpliera con suscribir una carta de compromiso²¹.

²⁰ Ver fojas 22, 23 y 98 del expediente.

²¹ Ver fojas 27 y 35 del expediente.

40. En ese sentido, esta Sala coincide con la Secretaría Técnica de la Comisión en que, a nivel indiciario, podría afirmarse que existió una negativa por parte de las denunciadas en venderle a Bionet los referidos equipos médicos.
41. Sin embargo, de la revisión de los actuados que obran en el expediente también se han identificado los siguientes documentos:

- (i) **La carta de fecha 20 de setiembre de 2013** enviada por el señor Yahes, Gerente de Ventas para Latinoamérica de Gaumard, al rector de la UNASAM, informándole que el simulador de parto y neonato requerido en la AMC -producido por su representada- es el único en su tipo fabricado a nivel mundial y que su distribución exclusiva en el Perú está concedida a la empresa Penta, que cuenta con la preparación académica y técnica para atender los servicios de instalación, capacitación y servicio post venta de sus productos.

Adicionalmente, el señor Yahes indicó que, a través de la empresa Penta, garantizaban el suministro de repuestos de fábrica por cinco (5) años, así como la capacitación a ser brindada por instructores formados en su fábrica ubicada en los Estados Unidos de América. De otro lado, precisó que ninguna otra empresa, incluyendo a 3B Scientific, se encontraba autorizada a vender sus productos de alta fidelidad, y que ninguna de sus empresas distribuidoras se encontraba habilitada a vender sus productos fuera de su región²².

- (ii) **El Certificado de fecha 12 de octubre de 2013**, remitido por el señor Yahes a la UNASAM, señalando que, en atención a que habrían tomado conocimiento de que en la AMC se habrían ofertado productos de los cuales es fabricante, dejaba constancia de que su único representante en el Perú para la comercialización de sus equipos es la empresa Penta y que no ha autorizado a la empresa Bionet a comercializarlos o distribuirlos²³.
- (iii) **El Certificado de fecha 16 de octubre**, remitido por el señor Yahes a la UNASAM, en el que se precisa que Bionet fue representante de Gaumard en el Perú para la venta de simuladores de baja fidelidad y que en mayo de 2012 se le retiró dicha representación. Asimismo, en dicho documento se señala que, a la fecha de su emisión, Penta era su representante exclusivo en el Perú²⁴.

²² Ver foja 154 del expediente.

²³ Ver foja 155 del expediente.

²⁴ Ver foja 156 del expediente.

- (iv) **El correo electrónico remitido el 16 de octubre de 2013** por la señorita Celaida Ramos, del International Department de Gaumard, a la señorita Rossana Salas, representante del área de importaciones de Bionet, indicándole que dejaron de ser distribuidores de sus productos en el Perú el 1 de mayo de 2013, y que para poder adquirirlos debían contactar a sus distribuidores autorizados Penta y Resomedic²⁵.
- (v) **La carta de fecha 28 de octubre de 2013** remitida por el señor Reinaldo Lino (en adelante, el señor Lino), Director General para Latinoamérica de Gaumard, al Rector de la UNASAM, en la cual se informa que Penta es el único distribuidor autorizado y habilitado para la promoción y venta de sus productos de simulación en el Perú, y que ninguna otra compañía puede comercializar sus productos de simulación para enseñanza de ciencias de la salud.

Adicionalmente, en dicha comunicación el señor Lino precisó que, por políticas de su representada, los distribuidores autorizados deben estar entrenados y certificados para dar el soporte técnico y de entrenamiento adecuado a los usuarios finales. En ese sentido, aclaró que Penta era la única empresa en el Perú que contaría con personal técnico entrenado, así como con el inventario de partes y accesorios, necesarios para un adecuado servicio post venta²⁶.

- (vi) **Los correos electrónicos remitidos el 31 de octubre y el 26 de noviembre de 2013** por la señorita Rossana Salas, representante del área de importaciones de Bionet, a la gerencia de ventas de Penta, señalando que los fabricantes en los Estados Unidos de América de los productos de las marcas Gaumard y Laerdal los habían derivado a donde ellos para la adquisición de los equipos médicos.
- (vii) **El correo electrónico remitido el 7 de julio de 2014** por el señor Juan Carlos Alonso, Territory Manager Andean de Laerdal Medical, a la señorita Rossana Salas, representante del área de importaciones de Bionet, en el cual le indica que su representada ya sabe que cuentan con un único distribuidor autorizado en el Perú para la venta de sus productos de simulación, la empresa Penta²⁷.

42. Adicionalmente, se aprecia que, en su escrito de denuncia, Bionet señaló lo siguiente:

²⁵ Ver foja 18 del expediente.

²⁶ Ver foja 19 del expediente.

²⁷ Ver foja 110 del expediente.

- (i) El 15 de octubre de 2013, Bionet solicitó una cotización a Gaumard para atender el pedido de simuladores médicos de la UNASAM. Dicha empresa le respondió el 16 de octubre de 2013, señalándole que debía solicitar las cotizaciones a sus distribuidores autorizados en el Perú, las empresas Penta y Resomedic; y
 - (ii) en noviembre de 2013, la denunciante solicitó cotizaciones para la adquisición de los referidos productos a las empresas Cardionics, Eversus y Suministros SL, quienes les indicaron que debían contactar a las denunciadas.
43. Por su parte en la entrevista realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión el 29 de diciembre de 2015, el señor Balbín, gerente general de Bionet declaró que su representada fue distribuidora autorizada de Gaumard en el Perú. Sin embargo, debido a que no habría aceptado la condición de adquirir simuladores de alta fidelidad, en el año 2012 se puso fin a dicha relación comercial.
44. Finalmente, se observa que, en su escrito de apelación, Bionet afirmó que:
- (i) Las denunciadas habrían esperaron un total de once (11) meses para decirles que no atendían a revendedores, lo que demostraría su voluntad de perjudicarlos económicamente; y
 - (ii) las denunciadas nunca quisieron cotizar los simuladores fabricados por Gaumard, quien no habría autorizado que les ofertaran los simuladores de forma directa, de conformidad con su política de distribución minorista exclusiva.
45. Como se ha señalado precedentemente, la sola negativa a contratar no se encuentra sancionada por el ordenamiento jurídico, pues lo que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas reprime es que esta negativa no posea una justificación válida. Adicionalmente, según se ha precisado, no resulta necesario que la empresa denunciada pruebe fehacientemente que su decisión de negarse a contratar era la más eficiente posible en el mercado, sino que será suficiente que acredite que se trata de una decisión “razonable” a la luz de los fines válidos de su negocio.
46. En ese sentido, esta Sala considera que, el hecho de que, conforme a lo expuesto, Penta y Resomedic mantuvieran una relación comercial de distribución minorista exclusiva en el Perú de los productos fabricados por Gaumard y Laerdal en el extranjero, constituía una justificación válida y razonable para que aquellas se negaran a venderle los equipos médicos a Bionet.

47. Más aún, cuando, por su participación en la AMC, tenían conocimiento de que dicha empresa pretendía revenderle los equipos en cuestión a la UNASAM, lo cual podría implicar una violación de las que serían sus obligaciones como comercializadores exclusivos de Gaumard y Laerdal en el Perú.
48. Adicionalmente, como indicaron las propias Gaumard y Laerdal, la referida relación comercial implicaba que sus distribuidores autorizados contaran con las capacidades técnicas e insumos necesarios para poder atender los servicios de instalación, capacitación y post venta de sus productos.
49. Sobre el particular, se debe tomar en cuenta que el vínculo comercial derivado de la venta de los simuladores médicos no se agotaría con la entrega del bien, sino que, además, por tratarse de productos especializados, existirían una serie de servicios adicionales requeridos para su instalación, así como para un uso adecuado de estos²⁸.
50. Por tanto, como se desprende de lo antes expuesto, existían razones tanto comerciales -esto es, el cumplimiento de sus obligaciones como distribuidores minoristas exclusivos de Gaumard y Laerdal- como técnicas -se requerían determinadas capacidades técnicas para poder brindar un adecuado servicio post venta- que justificaron la negativa de venta de las denunciadas.
51. A mayor abundamiento, en setiembre de 2014, las denunciadas se ofrecieron a cotizar los productos requeridos por Bionet, siempre que esta última firmase un documento comprometiéndose a darles un uso adecuado, lo que refleja que, efectivamente, les preocupaba que la denunciante no esté en capacidad de brindar un servicio post venta acorde a los estándares de sus representadas en el Perú.
52. Sin perjuicio de lo anterior, conforme a lo señalado, en su recurso de apelación Bionet ha presentado una serie de alegatos dirigidos a cuestionar lo afirmado por las denunciadas, en el sentido de que la denunciante habría presentado información adulterada en la AMC respecto de los productos fabricados por Gaumard y Laerdal. Así, entre otros argumentos, Bionet ha señalado que no habría alterado documento alguno sobre el sustento técnico de los modelos y simuladores ofertados en la referida AMC y, adicionalmente, que no existiría prueba alguna que acredite que la negativa se debió a los motivos alegados por Penta y Resomedic.

²⁸ Al respecto, cabe señalar que entre los requisitos de la AMC estaba la presentación del certificado de distribución en el Perú de la marca correspondiente a los productos ofertados. Dicho certificado no habría sido presentado por las denunciadas respecto de algunos de los equipos ofrecidos en dicho concurso y por dicha razón fueron descalificadas. (Ver foja 69 del expediente)

53. Al respecto, según se ha indicado, a criterio de esta Sala, la negativa de venderle los equipos médicos fabricados por Gaumard a la denunciante estuvo justificada por razones de índole técnico-contractual y no por el hecho de que ésta empresa haya presentado información falsa o adulterada en la AMC, por lo que no corresponde analizar los argumentos esgrimidos por Bionet sobre este punto.
54. Por tanto, debido a que los indicios presentados por la denunciante y demás actuados que obran en el expediente revelan que la negativa de las denunciadas estuvo justificada, corresponde confirmar, bajo otros fundamentos, la Resolución 030-2015/ST-CLC-INDECOPI, en el extremo que la Secretaría Técnica de la Comisión declaró improcedente la denuncia presentada por Bionet contra Penta y Resomedic por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de simuladores médicos.
55. De otro lado, con relación a la denuncia interpuesta por Bionet contra el señor Yahes, Gerente de Ventas Internacionales para Latinoamérica de Gaumard, por supuestamente haber incitado a terceros a no venderle simuladores médicos, cabe precisar que, de conformidad con el numeral 2.1 del artículo 2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, dicha norma resulta de aplicación a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de agentes económicos que concurren en el mercado -así como de las asociaciones o gremios que los agrupen-, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa realizada por dichos sujetos²⁹.
56. En ese sentido, los gestores y/o representantes de una persona jurídica que haya incurrido en alguna conducta anticompetitiva únicamente resultan sancionables en caso hayan participado de su planificación o ejecución.
57. Conforme a lo señalado, en el presente caso, Bionet denunció al señor Yahes, por supuestamente haber incitado a terceros a no venderle simuladores médicos. Sin embargo, no denunció a Gaumard, empresa en cuya representación el denunciado habría realizado la conducta cuestionada -en su calidad de Gerente de Ventas Internacionales para Latinoamérica-. Debido a lo anterior, dicho extremo de la denuncia también

29

**DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS,
Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-**

2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

(...)

debe ser declarado improcedente.

58. Por tanto, corresponde confirmar la Resolución 030-2015/ST-CLC-INDECOPI, en el extremo que la Secretaría Técnica de la Comisión declaró improcedente la denuncia presentada por Bionet contra el señor Yahes.

Sobre la solicitud para la programación de una audiencia de informe oral presentada por Bionet

59. En su escrito de fecha 21 de setiembre de 2017, Bionet ha solicitado la programación de una audiencia de informe oral para exponer los argumentos que dan sustento a su recurso de apelación.
60. Al respecto, el artículo 16 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi señala que la Sala podrá denegar la solicitud de audiencia de informe oral mediante una decisión debidamente fundamentada³⁰ por lo que la citación a informe oral es una potestad y no una obligación de la autoridad.
61. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorios [sic] del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación”*³¹.
62. En el presente caso, la Sala considera que cuenta con todos los elementos de juicio para pronunciarse respecto de la procedencia de la denuncia interpuesta, ello considerando que Bionet ha tenido la posibilidad de manifestar sus argumentos y su posición, tanto en primera como en segunda instancia.

³⁰

DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI.

Artículo 16.- Audiencia de informe oral ante las Salas del Tribunal.-

16.1 Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada.

16.2 Las audiencias son públicas, salvo que la Sala considere necesario su reserva con el fin de resguardar la confidencialidad que corresponde a un secreto industrial o comercial, o al derecho a la intimidad personal o familiar, de cualquiera de las partes involucradas en el procedimiento administrativo.

16.3 Las disposiciones del presente artículo serán aplicables a las solicitudes de informe oral presentadas ante las Comisiones.

³¹

SENTENCIA EMITIDA EL 16 DE ENERO DE 2013 EN EL MARCO DEL EXPEDIENTE 01147-2012-PA/TC

“18. Sobre el particular es importante precisar que el recurrente cuestiona el hecho de que se le haya privado o impedido ejercer su derecho de defensa por medio del informe oral; sin embargo, ello no constituye una vulneración de este derecho constitucional toda vez que no significó un impedimento para el ejercicio del derecho de defensa del recurrente, ya que este Colegiado en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado a este respecto manifestando que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorios del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación. En consecuencia, no se ha producido vulneración alguna del derecho constitucional de defensa del recurrente. Por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado en aplicación, a contrario sensu, del artículo 2º del Código Procesal Constitucional.”

63. En tal sentido, este Colegiado considera que no es necesario convocar a una audiencia de informe oral, por lo que se deniega la solicitud formulada por Bionet.

RESUELVE:

PRIMERO: confirmar, bajo otros fundamentos, la Resolución 030-2015/ST-CLC-INDECOPI del 30 de diciembre de 2015, expedida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, que declaró improcedente la denuncia presentada por Bionet S.A. contra Penta International S.A.C. y Resomedic S.A.C. por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de simuladores médicos, así como contra el señor León Yahes, por supuestamente haber incitado a terceros a no venderles simuladores médicos, infracciones previstas en el artículo 10.2 literales f) y g), respectivamente, del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

SEGUNDO: denegar el pedido de informe oral formulado por Bionet S.A.

Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Silvia Lorena Hooker Ortega, Ana Rosa Cristina Martinelli Montoya, Mónica Eliana Medina Triveño y José Francisco Martín Perla Anaya.

JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ
Presidente