



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

Expediente 003-2020/CLC

Resolución 034-2020/ST-CLC-INDECOPÍ

13 de octubre de 2020

VISTOS:

El escrito de denuncia del 10 de marzo de 2020 presentado por Corporación Gibench S.A.C. (en adelante, Corporación Gibench o la Denunciante), en contra de Lexmark International de Perú S.R.L. (en adelante, Lexmark Perú), por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio consistente en inducir a las entidades públicas a que adquieran tóneros para impresoras de distribuidores autorizados y no de otros proveedores; así como las actuaciones realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica); y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 10 de marzo de 2020, Corporación Gibench interpuso una denuncia contra Lexmark Perú por la presunta comisión de un abuso de posición de dominio consistente en inducir a las entidades públicas a que adquieran tóneros para impresoras de distribuidores autorizados y no de otros proveedores. La denuncia se sustentó en los siguientes argumentos:
 - a) Corporación Gibench es una empresa proveedora del Estado, adjudicataria del Acuerdo Marco Impresoras, Consumibles, Repuestos y Accesorios de Oficina (en adelante, el Acuerdo Marco), donde el único requisito para participar era postular electrónicamente y ser nombrado adjudicatario, luego de lo cual cualquier entidad puede escoger un proveedor y adquirir productos del mismo.
 - b) En tal sentido, la Denunciante ha venido comercializando tóneros de la marca Lexmark Perú a diversas entidades estatales, sin ningún problema y contando con la conformidad correspondiente.
 - c) Lexmark Perú restringe a las entidades públicas que se les compre solo a sus empresas recomendadas y no a cualquier otro proveedor. Al respecto, adjunta como medio probatorio una Carta de Lexmark del 26 de marzo de 2019, dirigida



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

a la Corte Superior de Ica, donde comunica la relación de sus principales distribuidores autorizados para comercializar equipos de impresión, suministros¹, servicios y repuestos originales a través del Acuerdo Marco. En la comunicación Lexmark Perú recomienda adquirir los suministros al listado de empresas que son distribuidores autorizados de la marca.

- d) Lexmark Perú ha abusado de su posición dominante restringiendo de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a sus competidores, al dar como inválidas a las empresas distintas a las recomendadas por ella.

2. De acuerdo con el contenido de la denuncia de Corporación Gibench, se puede desprender que la denunciante señala como posible conducta anticompetitiva la práctica que habría adoptado Lexmark Perú consistente en recomendar a entidades públicas, a través de determinadas comunicaciones escritas (como aquella presentada como medio probatorio acompañando la denuncia), que los tóneres que requieran adquirir para ser usados en equipos de impresión, sean adquiridos a alguna de las empresas calificadas como distribuidores autorizados por la propia Lexmark Perú.

En ese sentido, se debería entender que el presunto abuso de posición de dominio de Lexmark Perú denunciado por Corporación Gibench se habría dado bajo la modalidad descrita en el literal h) del artículo 10.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas² (en adelante, TUO de la LRCA), esto es, una conducta que impide o dificulta el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

3. Si bien en el numeral 12 del escrito de denuncia de Corporación Gibench se hace mención a que "se estaría consumando el acto ilegal de practica colusoria horizontal conforme al artículo 11 del D.L. 1034", la denunciante no desarrolla una hipótesis de acuerdos entre competidores ni presenta medios probatorios en esa línea; por el contrario, la hipótesis desarrollada y los medios probatorios presentados están directamente relacionados a una conducta unilateral de Lexmark Perú, vinculada a la práctica de inducir a las entidades públicas a que adquieran tóneres para impresoras de distribuidores autorizados y no de otros proveedores. Por tal motivo, como se ha señalado, esta Secretaría Técnica considera que la denuncia está referida a un presunto abuso de posición de dominio bajo la modalidad descrita en el literal h) del

¹ Entendiendo por suministro a los agentes que utiliza la impresora para transferir y plasmar una imagen en un medio material (definición extraída de <http://importglobalsouthsac.com/index.php/en/productos/suministros-de-impresion#:~:text=Se%20denomina%20suministro%20al%20agente,imagen%20en%20un%20medio%20material.>). En ese sentido, se incluyen los cartuchos (tóneres), inyectores y cintas de tinta (tal como puede apreciarse en: http://www4.congreso.gob.pe/transparencia/administrativa/2007/Estandarizacion_toner_20122007.pdf).

² TUO de la LRCA, aprobado mediante Decreto Supremo 30-2019-PCM.

Artículo 10.- El abuso de posición de dominio

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como: (...)

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

**PERÚ****Presidencia
del Consejo de Ministros****INDECOPI**

artículo 10.2 del TUO de la LRCA, en aplicación de lo dispuesto en el literal 3 del artículo 83 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General³.

4. El 28 de agosto de 2020, mediante Carta 378-2020/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica requirió a Lexmark Perú presentar información acerca de: (i) el proceso de distribución y venta de sus productos en el Perú, y (ii) la relación de entidades estatales con las que la empresa se ha comunicado para informarles sobre sus distribuidores autorizados. Este requerimiento fue absuelto por Lexmark Perú a través de su escrito presentado el 4 de setiembre de 2020.
5. El 14 de setiembre de 2020, mediante Carta 407-2020/ST-CLC-INDECOPI, previa coordinación por vía telefónica, la Secretaría Técnica citó al Gerente General de Corporación Gibench, señor Deyvis Alexander León Monzón, a una entrevista virtual a realizarse el 17 de setiembre de 2020. Sin embargo, el señor León no atendió la citación en mención, no pudiéndose realizar la entrevista prevista.
6. El 22 de setiembre de 2020, mediante Carta 434-2020/ST-CLC-INDECOPI, previa coordinación por vía telefónica, la Secretaría Técnica citó al señor Diego Sarria Sotillo, Gerente de Canales de Lexmark Perú a una entrevista virtual a realizarse el 28 de setiembre de 2020. La entrevista se realizó en la fecha prevista contándose con la participación del señor Sarria, la señora Allison Stewart Timarchi, Installed Base Specialist de Lexmark Perú y los abogados de la empresa.
7. El 30 de setiembre de 2020, mediante Carta 461-2020/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica solicitó a Lexmark Perú que remita información relacionada a: (i) la participación o cuotas de mercado de su empresa y principales competidores en el mercado de equipos de impresión, sus accesorios y repuestos, y (ii) si ha mantenido algún vínculo con la relación de distribuidores autorizados. Este requerimiento fue absuelto por Lexmark Perú a través de su escrito presentado el 8 de octubre de 2020.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

8. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si, a partir del análisis de la información que obra en el Expediente, se desprende la existencia de indicios razonables acerca de la realización de un abuso de posición de dominio de Lexmark Perú consistente en inducir a las entidades públicas a que adquieran tóneros para impresoras de distribuidores autorizados y no de otros proveedores.

³ Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS

Artículo 86.- Deberes de las autoridades en los procedimientos

Son deberes de las autoridades respecto del procedimiento administrativo y de sus partícipes, los siguientes:

(...)

3. Encauzar de oficio el procedimiento, cuando advierta cualquier error u omisión de los administrados, sin perjuicio de la actuación que les corresponda a ellos.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

III. MARCO TEÓRICO

3.1 La existencia de indicios razonables como requisitos para el inicio de un procedimiento por infracción al TUO de la LRCA

9. De acuerdo con el literal b) del artículo 19 del TUO de la LRCA⁴, la denuncia de parte sobre la realización de conductas anticompetitivas debe contener, entre otros requisitos, elementos de juicio que acrediten la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada.
10. Los indicios razonables son un conjunto de elementos de juicio que demuestran, de manera preliminar o indiciaria, una tesis creíble acerca de la existencia de una conducta anticompetitiva, en función de los elementos necesarios para su configuración.
11. 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; y (ii) que el denunciado conozca todos los aspectos fácticos y jurídicos que sustentan los cargos que se le imputan desde el inicio del procedimiento.
12. En efecto, la autoridad no debe dar trámite a cualquier denuncia, sino solo a aquellas que se encuentren razonablemente sustentadas, de forma que puedan notificarse al denunciado los hechos que se le imputan a título de cargo, las infracciones que tales hechos podrían configurar y las sanciones que éstas podrían acarrear.
13. 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. Ello, sin perjuicio de las actuaciones previas que la Secretaría Técnica pueda realizar de oficio, en su función de órgano de investigación e instrucción, para verificar la existencia de indicios de una posible infracción.

3.2 Abuso de posición de dominio

14. El artículo 10.1 del TUO de la LRCA establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico, que ostenta 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 real o potencialmente excluyente en el mercado supuestamente afectado.

⁴ TUO de la LRCA

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.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

15. Considerando lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:

- i. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
- ii. Que el supuesto infractor haya cometido una conducta dirigida a restringir indebidamente la competencia.
- iii. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto anticompetitivo neto, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.

16. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio en el mercado relevante, es decir, debe tener la capacidad de afectar o distorsionar unilateralmente y en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda en dicho mercado. Esta capacidad puede ser consecuencia de factores como una importante participación de mercado; un alto nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial. Si un agente no contara con posición de dominio, no podría analizarse si su conducta constituye un ejercicio abusivo de tal posición.

El cumplimiento de este requisito no puede evaluarse en abstracto, sino que debe analizarse en relación con un mercado específico. En ese sentido, para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor gozaría de dicha posición.

17. En lo que se refiere al segundo requisito, corresponde a la autoridad verificar la existencia de la conducta supuestamente abusiva. Estas restricciones indebidas a la competencia son aquellas conductas que, conforme a lo señalado en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, "impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica".

Al respecto, el artículo 10.2 del TUO de la LRCA recoge ejemplos típicos de conductas abusivas, como la negativa de trato (literal a), la discriminación (literal b), las cláusulas de atadura (literal c) y el abuso de procesos legales (literal f).

Cabe señalar que el análisis del efecto restrictivo, las posibles justificaciones comerciales o de eficiencia que pueda sustentar la denunciada y el balance a cargo de la autoridad corresponden a la última etapa del análisis. Por ello, en esta etapa corresponde a la autoridad únicamente acreditar la existencia de la conducta cuestionada.

18. El tercer y último requisito exige que la conducta del presunto infractor le permita obtener beneficios y causar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efecto exclusorio), por razones distintas a la mayor eficiencia económica. Es decir, debe producirse un efecto anticompetitivo neto.

La Ley exige la obtención de beneficios como resultado de la comisión de la conducta infractora, evitando perseguir aquellas conductas que no están en capacidad de reportarle beneficios al presunto infractor (conductas arbitrarias o irracionales). En esencia, estos beneficios derivan de que la presunta conducta abusiva restringió o



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

pudo restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas), en perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos⁵ (es decir, que produjo un “efecto exclusorio”).

En otras palabras, para determinar la existencia de un efecto restrictivo, debe acreditarse que la conducta investigada produjo o pudo producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor o de alguna de sus empresas vinculadas (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o restringir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).

En la calificación de este requisito, debe verificarse una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre el presunto infractor y los presuntos afectados; además de la capacidad de la conducta investigada para afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

Ahora bien, incluso cuando la conducta cuestionada pueda generar un perjuicio a los competidores del agente dominante, esta será ilegal únicamente en ausencia de eficiencias procompetitivas o cuando tales eficiencias no estén en capacidad de superar o contrarrestar los efectos restrictivos observados. Corresponde a la denunciada acreditar las eficiencias procompetitivas derivadas de su conducta.

En la calificación de este requisito, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en una justificación comercial o de eficiencia válida y que, por lo tanto, responde a una mayor eficiencia económica, no se configurará un abuso de posición de dominio. Una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar de los consumidores. Si el presunto infractor demostrase la introducción de eficiencias, éstas deberán ser contrastadas con los efectos restrictivos de la conducta observados.

Este balance de efectos es coherente con el artículo 10.4 del TUO de la LRCA⁶, que establece que los casos de abuso de posición de dominio deben ser analizados a la luz de la “prohibición relativa”. La prohibición relativa exige, conforme al artículo 9 de la Ley⁷, que para configurarse la infracción, la autoridad debe probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

⁵ Al respecto, véase la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, considerando 65.

⁶ TUO de la LRCA

Artículo 10.- Del abuso de la posición de dominio.

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

⁷ TUO de la LRCA

Artículo 9.- Prohibición relativa.- En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

**PERÚ****Presidencia
del Consejo de Ministros****INDECOPI**

Como se ha señalado, si los efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la conducta analizada son superiores a los posibles beneficios que podría generar, esta constituirá un abuso de posición de dominio.

19. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de manera concurrente. En tal sentido, bastará que no se acredite alguno de estos requisitos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.
20. En el mismo sentido, de acuerdo con lo establecido en la sección precedente, para que esta Secretaría Técnica decida iniciar un procedimiento administrativo sancionador por abuso de posición de dominio, deberá acreditar la existencia, de forma concurrente, de indicios razonables sobre cada uno de los tres requisitos indicados, esto es: (i) la tenencia de posición de dominio por parte de la empresa investigada; (ii) la realización de la conducta (p.e. en un caso de negativa de venta, indicios razonables sobre que la empresa investigada se negó a vender); y (iii) que la conducta generó o pudo generar un efecto excluyente.

IV. COMPRAS PÚBLICAS DE EQUIPOS DE IMPRESIÓN, ACCESORIOS Y REPUESTOS

21. Corporación Gibench hace referencia en su denuncia a que la conducta de Lexmark Perú se enmarca dentro de la actividad de compras públicas de equipos de impresión, sus accesorios y repuestos por parte de distintas entidades estatales.
22. Al respecto, cabe precisar que la actividad estatal de compras públicas se encuentra regulada por la Ley de Contrataciones del Estado⁸, que prevé la posibilidad de contratar directamente (sin procedimiento de selección) bienes y servicios que se incorporen en catálogos electrónicos formalizados a través de acuerdos marco⁹.
23. De acuerdo con el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la implementación y gestión de los catálogos electrónicos se encuentra a cargo de la Central de Compras Públicas - Perú Compras¹⁰, entidad que se encarga de la promoción y conducción de procesos de selección para la adquisición de bienes y servicios a través de convenios marco¹¹.

⁸ Las referencias a la Ley de Contrataciones del Estado corresponden al Texto Único Ordenado de la Ley 30225 (2014), aprobado mediante Decreto Supremo 082-2019-EF.

⁹ Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 31. Métodos especiales de contratación

31.1 Las Entidades contratan, sin realizar procedimiento de selección, los bienes y servicios que se incorporen en los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco como producto de la formalización de Acuerdos Marco.

¹⁰ Decreto Supremo 344-2018-EF que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Artículo 115. Desarrollo de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco

115.1. La implementación, extensión de la vigencia y gestión de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco está a cargo de PERÚ COMPRAS.

¹¹ Decreto Legislativo 1018 que crea la Central de Compras Públicas - Perú Compras

Artículo 2. Funciones



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

24. De esta forma, Perú Compras establece las reglas especiales del procedimiento y los documentos asociados para la selección de ofertas, ejecución contractual, entre otros aspectos que serán considerados en cada acuerdo marco, de acuerdo a las siguientes etapas:
- a) Identificación: Se identifican objetos susceptibles de ser incluidos en los catálogos electrónicos.
 - b) Elaboración: Se elaboran los documentos asociados a la convocatoria, tales como las reglas para el procedimiento de selección de proveedores, reglas del método de contratación a través de los catálogos electrónicos (aplicables a entidades y proveedores durante la vigencia del catálogo).
 - c) Selección de proveedores: Se desarrolla la selección conforme a los documentos elaborados en la etapa anterior, con las siguientes fases: convocatoria, registro y presentación de ofertas, admisión y evaluación, y publicación de resultados.
 - d) Suscripción de acuerdos marco: Una vez seleccionados los proveedores adjudicatarios, automáticamente se perfeccionan los acuerdos marco en la forma descrita en las reglas del procedimiento.
25. Una vez iniciada la vigencia de los catálogos electrónicos, la contratación resulta obligatoria para los bienes o servicios incluidos en dichos documentos que permitan atender las necesidades de las entidades estatales. El proceso de contratación se desarrolla de la siguiente forma:
- (i) El área usuaria de la entidad estatal formula un requerimiento indicando las características (técnicas, plazo de entrega, garantía, cantidad, entre otros) y condiciones de los bienes/servicios requeridos.
 - (ii) El Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC) de las entidades contratantes verifica si el requerimiento puede ser atendido a través de los catálogos electrónicos, en cuyo caso deberán contratar a través de dicha modalidad de manera obligatoria.
 - (iii) El OEC elaborará un expediente de sustento para todas las contrataciones, que contendrá la siguiente información: a) requerimiento del bien o servicio; b) certificación de crédito presupuestario o previsión presupuestal; c) informe sustentatorio de la elección del bien/servicio y del proveedor, considerando el mejor costo total para la entidad contratante; y la d) autorización de la contratación respectiva.

La Central de Compras Públicas - Perú Compras tiene las siguientes funciones:

(...)

e) Promover y conducir los procesos de selección para la generación de Convenios Marco para la adquisición de bienes y servicios, así como suscribir los acuerdos correspondientes;



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

(iv) El perfeccionamiento de las contrataciones será efectuado a través de órdenes de compra, que son documentos válidos para acreditar las obligaciones y derechos de las partes.

(v) El proceso de contratación se realiza a través de la plataforma virtual de Perú Compras.¹²

26. En suma, puede participar en el mercado de compras públicas cualquier persona que cumpla con los criterios de selección fijados por Perú Compras y sea escogida como proveedor adjudicatario de un catálogo electrónico, suscribiendo el acuerdo marco correspondiente. Una vez habilitado como proveedor de un catálogo electrónico, las empresas adjudicatarias contratan directamente con las entidades estatales a través de la plataforma de Perú Compras.

27. Para el caso específico de las impresoras, accesorios y repuestos, desde el año 2017 se vienen desarrollando procedimientos para la implementación de los acuerdos marco correspondientes¹³. Así, la relación de los proveedores adjudicatarios de estos catálogos electrónicos fueron publicados en el portal web de Perú Compras.¹⁴

28. Según monto de contratación en 2019, los catálogos electrónicos de consumibles¹⁵ (S/. 183.66 millones) e impresoras (S/. 136.90 millones) ocuparon el segundo y tercer lugar, tan solo detrás del catálogo electrónico de computadoras de escritorio (S/ 398.84 millones), del total de contrataciones bajo catálogos electrónicos.¹⁶

V. ANÁLISIS DE INDICIOS DE LA INFRACCIÓN DENUNCIADA

29. En línea con lo señalado en la Sección III de la presente resolución, para determinar si existen indicios razonables de que Lexmark Perú incurrió en un abuso de posición de dominio consistente en inducir a las entidades públicas a que adquieran tóneros para impresoras de distribuidores autorizados y no de otros proveedores y, por lo tanto, si corresponde admitir a trámite la denuncia de dicha empresa, se debe acreditar que existen indicios razonables de los siguientes elementos:

- i. Que Lexmark Perú goza de posición de dominio en el mercado relevante.
- ii. Que Lexmark Perú realizó la conducta consistente en recomendar a las entidades públicas que adquieran tóneros para impresoras de "distribuidores autorizados" y no de otros proveedores.
- iii. Que dicha conducta permitió a Lexmark Perú obtener beneficios y causar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos por razones distintas a la mayor eficiencia económica.

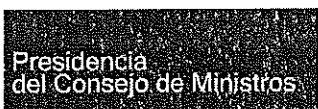
¹² <https://www.catalogos.perucompras.gob.pe/AccesoGeneral>

¹³ En el año 2017 se llevó a cabo el procedimiento de implementación del Acuerdo Marco IM-CE-2017-1; el año 2018 el procedimiento del Acuerdo Marco IM-CE-2018-1; y el año 2020 el procedimiento del Acuerdo Marco IM-CE-2020-6.

¹⁴ Disponible en: <https://www.perucompras.gob.pe/acuerdos-marco/resultados-acumulados-desde-2011.php>

¹⁵ Incluye tóneros y tintas de impresoras.

¹⁶ Boletín estadístico de Acuerdos Marco N° 12 – 2019. Págs. 15 – 16.



30. En tal sentido, a continuación, se analizará si existen indicios razonables que sustenten cada uno de estos elementos.

5.1. Indicios razonables de la posición de dominio de Lexmark Perú

31. Como se ha señalado, para determinar si un agente económico cuenta con posición de dominio, resulta necesario haber determinado previamente el mercado relevante, pues en este, el agente presuntamente dominante desarrolla su actividad económica y, de ostentar posición de dominio, estará en capacidad de restringir de manera indebida la competencia.
32. En el presente caso, Gibench ha denunciado una conducta de Lexmark Perú vinculada a su condición de agente económico proveedor de impresoras en el Perú. Ciertamente, en la medida que Lexmark Perú comercializa equipos de impresión y equipos multifuncionales (impresión, fotocopiado, escaneo, etc.) que son vendidos a las entidades públicas a través de diversos distribuidores, a nivel indiciario y desde una perspectiva favorable a la investigación, se podría considerar que el mercado relevante estaría constituido por la venta de equipos de impresión y multifuncionales en el Perú.
33. Como un primer indicador de la posición de Lexmark Perú en dicho mercado, es posible recurrir a la información pública de importaciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) que pueda servir como aproximación de la importancia relativa en volúmenes de venta de Lexmark Perú y también de sus principales competidores, de modo que se pueda tener una idea de su participación en el mercado.
34. Así, considerando la información de importaciones correspondiente a la partida arancelaria 8443.31.00.00 ("Máquinas que efectúan dos o más de las siguientes funciones: impresión, copia o fax, aptas para ser conectadas a una máquina automática para tratamiento o procesamiento de datos o a una red"), se tiene que para el año 2019 las importaciones de equipos de impresión y multifuncionales de las distintas marcas que participan del mercado peruano, según valor FOB, fue como se muestra en el cuadro a continuación:

Cuadro
Participación en las Importaciones según marca y equipo (2019)

Equipos	EPSON	HP	CANON	BROTHER	XEROX	KYOCERA	LEXMARK	OTROS
Impresoras	0.0%	55.7%	16.7%	0.0%	2.4%	3.6%	15.9%	0.0%
Multifuncionales	54.0%	19.9%	7.9%	7.8%	4.9%	2.7%	2.3%	0.0%
Agregado	43.3%	26.0%	9.4%	6.3%	4.4%	4.4%	4.7%	2.8%

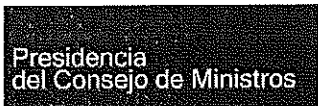
Elaboración: STCLC
Fuente: SUNAT

35. El cuadro anterior presenta la participación en el total de importaciones, bajo la partida arancelaria señalada, según la marca de los equipos, de forma desagregada para la categoría equipos de impresión y para la categoría equipos multifuncionales; y, de forma agregada, considerando conjuntamente ambas



categorías. Se ha sombreado a la marca con mayor participación para cada supuesto.

36. Como se puede apreciar, tanto de forma desagregada, tomando por separado a los equipos de impresión y a los equipos multifuncionales, como de forma agregada, tomando conjuntamente a ambos, se tiene que Lexmark no es la marca de mayor participación en las importaciones, sino que, mientras que las primeras posiciones en importancia relativa en el valor FOB de las importaciones corresponden a marcas como Epson, Hewlett Packard o Canon, Lexmark ha mantenido una participación menor. En efecto, como máximo la marca Lexmark representó el 15.9% de las importaciones en 2019 si se considera únicamente el segmento de impresoras.
37. En similar sentido, mediante escrito del 8 de octubre de 2020, en respuesta al requerimiento de información realizado por esta Secretaría Técnica durante la entrevista sostenida con representantes de Lexmark el 28 de setiembre de 2020 y bajo la Carta 461-2020/ST-CLC-INDECOPI, la mencionada empresa informó que, para el periodo comprendido entre el último trimestre del 2017 y el tercer trimestre de 2019, según número de unidades vendidas de impresoras multifuncionales láser monocromas, segmento al que se dedica Lexmark, su participación de mercado habría sido de 18%.
38. Al respecto, cabe señalar que uno de los primeros indicadores utilizados para evaluar la existencia de posición de dominio en el mercado relevante es el análisis de cuotas de mercado. Si bien es cierto que una alta cuota de mercado podría ser un indicio de posición de dominio en la medida que se combine con otras características importantes del mercado como, por ejemplo, la limitada capacidad de los competidores actuales del presunto dominante o el alto nivel de barreras a la entrada; como contraparte se tiene que una cuota de mercado relativamente baja sería un indicio de la inexistencia de posición de dominio por parte del agente económico que la posea. En efecto, una cuota de mercado, por ejemplo, de un nivel de 20% implicaría que el restante 80% del mercado está cubierto por otros competidores que disciplinarían el comportamiento de aquella empresa con tal cuota de mercado relativamente baja.
39. Así, en el presente caso, considerando tanto la participación en las importaciones de equipos de impresión y multifuncionales, como la información respecto de su cuota de mercado presentada por la propia Lexmark Perú, se estaría en la situación en que dicha empresa poseería una participación de mercado relativamente baja, siendo otras las empresas las que poseerían cuotas de mercado de mayor magnitud. Por lo tanto, a nivel indiciario, esta Secretaría Técnica considera que no existirían indicios de una posición de dominio por parte de Lexmark Perú.
40. Sin perjuicio de que la situación descrita bastaría para descartar la posibilidad de la comisión de un abuso de posición de dominio de Lexmark Perú, al no poseer posición de dominio, la Secretaría Técnica considera pertinente completar el análisis de los otros dos requisitos.



5.2. Indicios razonables de la realización de la conducta denunciada

41. Como se ha señalado, Corporación Gibench ha denunciado que Lexmark Perú habría realizado un abuso de posición de dominio consistente en inducir a las entidades públicas a que adquirieran tóneros para impresoras de distribuidores autorizados y no de otros proveedores. Según Corporación Gibench, esta conducta habría restringido la cantidad de proveedores con los que las entidades públicas puedan contratar.
42. Al respecto, esta Secretaría Técnica ha verificado que Lexmark Perú cursó la siguiente comunicación a distintas entidades públicas:

"Estimados Señores:

*Por intermedio de la presente, LEXMARK INTERNATIONAL DE PERU S.R.L. representada de LEXMARK Inc., comunica la relación de sus principales Distribuidores Autorizados de la marca para comercializar equipos de impresión, suministros, servicios y repuestos originales y con garantía del fabricante, a través del Acuerdo Marco de Impresoras, Consumibles y Repuestos del portal de Perú Compras.
(...)*

Por otro lado, para salvaguardar los activos fijos de su prestigiosa entidad, se recomienda adquirir los suministros al listado de empresas que son distribuidores autorizados de la marca, que comercializan productos originales y con garantía del fabricante.

*Así evitamos que Uds. compren a empresas que venden suministros rellenos, compatibles y de dudosa procedencia y calidad, y que además no cuentan con garantía del fabricante. El uso de este tipo de suministros podría causar daño a las partes internas de las impresoras, lo que podría incluso llevar a perder la garantía del equipo.
(...)"*

43. De acuerdo con la información proporcionada por Lexmark Perú, esta comunicación fue enviada a sesenta y ocho (68) entidades públicas en todo el territorio nacional, en el periodo comprendido entre el 22 de noviembre de 2018 y el 13 de julio de 2020¹⁷.
44. Asimismo, se verifica que el número de distribuidores autorizados fue incrementando cada año hasta llegar a un total de treinta y siete (37) distribuidores autorizados al año 2020¹⁸.
45. De esta forma, se comprobaría que Lexmark Perú habría realizado la conducta denunciada a través del envío de comunicaciones a diversas entidades estatales, informando acerca de sus distribuidores autorizados y recomendando contratar con ellos, a efectos de evitar que se adquirieran productos adulterados o sin garantía. No obstante, Lexmark Perú ha señalado los motivos por los cuales cursó las comunicaciones materia de denuncia, por lo que se procederá a evaluar si dichos motivos servirían de justificación de su conducta.

¹⁷ Escrito de Lexmark Perú del 4 de setiembre de 2020.

¹⁸ En el año 2018 se verificaron veintisiete (27) distribuidores autorizados, en el año 2019 treinta y tres (33) distribuidores.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

46. En efecto, al ser consultado sobre el origen de las comunicaciones¹⁹, Lexmark Perú indicó que el sector de equipos de impresión no es ajeno a la actividad de piratería, a partir de la cual se revenden suministros de manera ilegal. Así, una problemática de la provisión de suministros a las entidades del sector público sería la provisión de productos robados, falsificados o rellenados²⁰.

Según Lexmark Perú una de las formas de enfrentar este problema ha sido a través de la emisión de "cartas de originalidad", a efectos de evitar reclamos de parte de las entidades estatales. Sin perjuicio de ello, Lexmark Perú ha venido recibiendo reclamos de parte de las entidades usuarias acerca de la procedencia u originalidad de los productos. A raíz de ello, se habrían empezado a emitir las comunicaciones materia de cuestionamiento, no solo a las entidades que pudieron haber presentado un reclamo a Lexmark Perú, sino a todas las entidades que han contratado productos de la marca, a efectos de dar a conocer la problemática del sector y el listado de distribuidores autorizados que pueden garantizar como adquirentes legales de los productos.

47. Asimismo, Lexmark Perú señaló²¹ que emite, a solicitud, cartas de originalidad y da respaldo a distribuidores que no están incluidos en la lista de distribuidores autorizados materia de denuncia, siempre que se pueda verificar que los productos que comercializan son originales, siendo esta una práctica común de la empresa. Ello sería así, incluso en el caso de que se trate de productos comercializados en Perú a través de "importaciones paralelas"²², es decir, productos adquiridos fuera del país e importados por terceras empresas distintas a Lexmark Perú, lo que se realizaría con la conformidad de los representantes de Lexmark del país de donde provenga la mercadería en cuestión.
48. Teniendo en cuenta lo anterior, esta Secretaría Técnica considera preliminarmente que no existirían restricciones para que cualquier proveedor del Estado comercialice productos de la marca Lexmark, siempre que se pueda verificar el origen legítimo de la mercadería.
49. En ese sentido, las comunicaciones materia de denuncia se enmarcarían en las actividades de monitoreo de Lexmark Perú a efectos de asegurar la comercialización de productos originales de la marca, sin perjuicio de que aquellos productos originales comercializados por distribuidores no incluidos en la lista de distribuidores autorizados también pueden ser respaldados por las cartas de originalidad.
50. De acuerdo con lo expuesto, esta Secretaría Técnica concluye que si bien se encontraría acreditada una política de Lexmark, iniciada hacia noviembre de 2018, consistente en dirigirse a diversas entidades públicas presentando un listado de distribuidores autorizados y recomendando la contratación de suministros con ellos, no se encontraría acreditado el carácter injustificado de dicha conducta, puesto que estaría referida a salvaguardar el buen funcionamiento de los equipos de la marca

¹⁹ Entrevista del 28 de setiembre de 2020 (minuto 35:35).

²⁰ Entrevista del 28 de setiembre de 2020 (minuto 45:17).

²¹ Entrevista del 28 de setiembre de 2020 (minuto 50:02).

²² Entrevista del 28 de setiembre de 2020 (minuto 34:55).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

Lexmark y la comercialización de productos de una procedencia legítima, no robados, falsificados o rellenos.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Secretaría Técnica cree pertinente señalar que, durante la entrevista del 28 de setiembre de 2020 con los representantes de Lexmark Perú, se mencionó que los productos denominados "compatibles" (productos de otras marcas distintas a Lexmark pero que pueden utilizarse con los equipos de impresión de Lexmark Perú), son productos cuya provisión es factible a través de los procesos de Perú Compras²³; sin embargo, la mención a este tipo de productos en las cartas que han sido materia de análisis en la presente resolución en la frase "*Así evitamos que Uds. compren a empresas que venden suministros rellenos, **compatibles** y de dudosa procedencia y calidad, y que además no cuentan con garantía del fabricante*" (el resaltado es nuestro) podría causar cierta confusión en las entidades usuarias que debe ser evitada por Lexmark Perú.

5.3. Indicios razonables de los efectos anticompetitivos de la conducta denunciada

51. Conforme a lo señalado anteriormente, el último requisito a evaluar para la configuración de un abuso de posición de dominio es determinar si la conducta denunciada ha producido un efecto anticompetitivo neto, generándose beneficios para el presunto dominante y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, por razones distintas a una mayor eficiencia económica.
52. Así, debe acreditarse que la conducta investigada produjo o pudo producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor o de alguna de sus empresas vinculadas (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la permanencia o restringir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).
53. En tal sentido, una característica de los casos de abuso de posición de dominio bajo la legislación peruana, es que se trata de un conjunto de prácticas realizadas por el agente dominante en el mercado, dirigidas a afectar (excluir) a sus competidores, reales o potenciales, directos o indirectos. Se requiere, por ende, la existencia de una relación de competencia entre el agente dominante, y los agentes económicos afectados con la práctica de abuso de posición de dominio, esto es, que el agente dominante y aquellos agentes afectados sean, en efecto, competidores.
54. Al respecto, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (en adelante, la Sala) ha señalado lo siguiente:

(...) debe tenerse presente que para que se configure dicha infracción [un abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación] no solo se requiere que el sujeto infractor ostente posición dominante. Conforme se advierte de las disposiciones del Decreto Legislativo 1034 antes señaladas, para la configuración de una conducta anticompetitiva también es necesario que la conducta cuestionada genere o sea susceptible de generar un efecto exclusorio, es decir, que excluya a competidores del

²³ Entrevista del 28 de setiembre de 2020 (minuto 20:04).



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

mercado o que impida el ingreso a este último de potenciales rivales del presunto agente dominante.

La exigencia del efecto exclutorio en las prácticas de abuso de posición de dominio se encuentra intrínsecamente ligada con la existencia una relación de competencia actual o potencial entre el dominante y el agente económico presuntamente afectado con la conducta anticompetitiva. En la medida que la finalidad de las prácticas de exclusión es que el dominante mantenga su posición en el mercado o que pueda trasladar dicha posición a otro mercado a través de la exclusión de competidores actuales o potenciales, el presupuesto de ello es que se presente -aunque sea de manera potencial- una relación de competencia.²⁴

(el subrayado es nuestro)

55. Ciertamente, si no existe relación de competencia, ni siquiera de manera potencial, entre el dominante y los presuntos afectados, entonces no es posible que se configure la infracción, puesto que la conducta presuntamente anticompetitiva no podría lograr un efecto de exclusión sobre competidores del dominante.
56. Sobre la importancia del efecto exclutorio, a manera de ejemplo, se encuentra el caso que dio lugar al pronunciamiento de la Sala mediante Resolución 930-2011/SC1-INDECOPI por un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato por parte de Deprodeca S.A.C. (en adelante, Deprodeca) contra Super Star S.R.L.

En el mencionado procedimiento, la Sala estableció que para que se produzca un abuso de posición de dominio, es necesario que la conducta denunciada genere un efecto exclutorio. En este sentido, se verificó que pese a que Deprodeca ostentó la exclusividad en la distribución de productos de Gloria S.A. en Moquegua, al no presentarse una relación de competencia con el denunciante -una empresa mayorista- no era posible que se genere un efecto exclutorio en perjuicio del denunciante como consecuencia de la conducta denunciada.

57. Por otro lado, en la Resolución 611-2013/SDC-INDECOPI, la Sala confirmó la Resolución 010-2012/ST-CLC-INDECOPI de la Secretaría Técnica y declaró que no se encontraron indicios razonables para sostener que Petroperú S.A. haya podido obtener beneficios o generado perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos. En este caso, se determinó que la empresa denunciante, Llama Gas S.A., no tuvo una relación de competencia directa o indirecta con el presunto dominante; pues dicha empresa se encargaba principalmente del envasado de GLP y la venta minorista del mismo, mientras que Petroperú S.A., por su parte, se dedicaba al suministro y la venta mayorista de GLP. En esa medida, las prácticas realizadas por Petroperú S.A. no excluían a algún rival actual o potencial, directo o indirecto del mercado.
58. En relación con el carácter exclutorio de todas las modalidades de abuso de posición de dominio prescritas por el TUO de la LRCA, el artículo 10.5 de la misma Ley ha establecido que, por el contrario, "no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales". Esto es, dado que no posee carácter exclutorio, el mero uso del poder de mercado

²⁴ Resolución 0611-2013/SDC-Indecopi del 3 de abril de 2013. Pág. 15



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

(p.ej. para elevar los precios o fijar precios disímiles entre clientes) por parte de un agente económico dominante, no constituye un abuso de posición de dominio. Como se ha señalado, es requisito para que se constituya un abuso de posición de dominio que la conducta investigada, dado que existe una relación de competencia, afecte a los competidores del dominante.

59. Por consiguiente, para que exista la posibilidad de que una conducta sospechosa de constituir un abuso de posición de dominio pueda tener efectos exclusivos, se requiere que haya una relación de competencia entre el dominante que realiza la práctica y uno o más de los agentes económicos afectados, de tal forma que estos últimos hayan visto afectada su capacidad de competir.
60. De acuerdo con todo lo anterior, debe tenerse en cuenta que Lexmark Perú no participa en la provisión a entidades públicas de equipos de impresión, accesorios y repuestos en el territorio nacional.
61. Al respecto, esta Secretaría Técnica ha podido verificar que Lexmark Perú no se encuentra incluida en la lista de proveedores adjudicatarios de los acuerdos marco de los catálogos electrónicos de equipos de impresión, accesorios y repuestos.

En efecto, a partir de la información disponible en el portal de Perú Compras²⁵ se ha podido revisar la relación de proveedores adjudicatarios de los acuerdos marco IM-CE-2017-2²⁶, IM-CE-2018-1²⁷ e IM-CE-2020-6²⁸, correspondiente a los catálogos electrónicos materia de denuncia, sin detectar a Lexmark Perú en dicha lista.

Por otro lado, se ha verificado que, salvo por tres empresas²⁹, el resto de distribuidores autorizados incluidos en las comunicaciones de Lexmark Perú sí se encuentran en las relaciones de proveedores adjudicatarios de al menos uno de los acuerdos marco indicados en el párrafo anterior.

62. Asimismo, esta Secretaría Técnica tampoco ha podido detectar la existencia de vinculación entre Lexmark Perú y algún distribuidor de la relación de distribuidores autorizados incluidos en sus comunicaciones a las entidades públicas.
63. En consecuencia, al no verificarse la participación de Lexmark Perú, ni directa ni indirectamente (a través de un distribuidor vinculado) en la provisión de suministros a las entidades públicas, no se configuraría una relación de competencia entre dicha empresa y Corporación Gibench o cualquier otro distribuidor no incluido en la lista de distribuidores autorizados.

²⁵ La lista de proveedores adjudicatarios se encuentra disponible en el siguiente enlace:
<https://www.perucompras.gob.pe/acuerdos-marco/resultados-acumulados-desde-2011.php>

²⁶ Disponible en el siguiente enlace:
https://www.perucompras.gob.pe/archivos/acuerdos-marco/IM_CE_2017_2_resultados.pdf

²⁷ Disponible en el siguiente enlace:
https://www.perucompras.gob.pe/archivos/acuerdos-marco/IM_CE_2018_1_resultados.pdf

²⁸ Disponible en el siguiente enlace:
https://www.perucompras.gob.pe/archivos/acuerdos-marco/Publicacion_de_resultados_IM_CE_2020_6.pdf

²⁹ Las empresas Centro Nacional de Servicios S.A.C., System Support & Services Sonda del Perú S.A.,



PERÚ

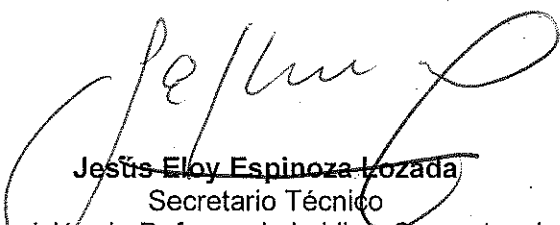
Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

64. Así, si no existe relación de competencia, ni directa ni indirectamente, entre el presunto dominante y los presuntos afectados, entonces no es posible que se configure la infracción, puesto que la conducta presuntamente anticompetitiva no podría lograr un efecto de exclusión sobre competidores del dominante.
65. Habiéndose descartado la existencia de indicios razonables sobre (i) la tenencia de posición de dominio de Lexmark Perú; (ii) la realización de una conducta injustificada en relación con la recomendación a las entidades públicas de contratar con distribuidores autorizados; y (iii) la posibilidad de generar efectos exclusorios sobre competidores directos o indirectos de Lexmark Perú, corresponde declarar improcedente la denuncia de Gibench.
66. Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y en la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia,

RESUELVE:

Declarar improcedente la denuncia presentada por Corporación Gibench S.A.C. contra Lexmark International de Perú S.R.L. por presunto abuso de posición de dominio consistente en inducir a las entidades públicas a que adquieran tóneros para impresoras de distribuidores autorizados y no de otros proveedores y, en consecuencia, no iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de dicha empresa, al no haberse acreditado la existencia de indicios razonables sobre la infracción denunciada.


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