



Expediente 004-2019/CLC

Resolución 004-2020/ST-CLC-INDECOPI

06 de marzo de 2020

VISTA:

La denuncia interpuesta por NDS del Perú S.A.C. (en adelante, NDS) contra Cisco Systems Perú S.A. (en adelante, Cisco), Nexus Technology S.A.C. (en adelante, Nexus), Italtel Perú S.A.C. (en adelante, Italtel) y Noovus Technology Business Unit S.A.C. (en adelante, Noovus) por presunto abuso de posición de dominio, en las modalidades de trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes y negativa injustificada de trato, y presuntas prácticas colusorias horizontales en la comercialización de productos de infraestructura de tecnología de la información y comunicaciones;

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 25 de octubre de 2019, NDS interpuso una denuncia contra Cisco, Nexus, Italtel, y Noovus por un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes, concretamente discriminación de precios, y negativa injustificada de trato, conductas tipificadas, respectivamente, en los literales b) y a) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹ (en adelante, la LRCA), así como supuestas prácticas colusorias horizontales, conductas tipificadas en el artículo 11 de la referida norma², en el mercado de productos de infraestructura de tecnologías de la información y comunicación a nivel nacional.

¹ TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 10.- El abuso de posición de dominio

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

a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;

b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.

² TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 11.- prácticas colusorias horizontales

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;

b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;

2. NDS sustentó su denuncia respecto del presunto abuso de posición de dominio en los siguientes fundamentos:
- i. NDS es una empresa que se dedica a vender e integrar productos y soluciones de infraestructura ligada a las tecnologías de la información y comunicación, habiendo iniciado actividades en el 2011. En tal sentido, cuenta con una trayectoria prestigiosa de casi diez años en dicho mercado, habiendo sido premiada y reconocida por los principales fabricantes de dichas tecnologías a nivel mundial.
 - ii. Cisco es una empresa fabricante de tecnologías de la información y comunicación – servidores, equipos de comunicaciones, switches, routers, antenas inalámbricas y equipos de telefonía y video conferencia, entre otros – que goza de posición de dominio en el referido mercado.
 - iii. Cisco clasifica a las empresas que venden sus productos en cuatro categorías de partners: (i) Registrados; (ii) Select; (iii) Premier y (iv) Gold. Para ser Partner Gold, se requiere contar con un área informática específica, tener más de dos especializaciones y cumplir con una cuota de ventas al año. Una empresa que pertenece a dicha categoría puede adquirir productos de Cisco a un precio 40% menor de lo normal.
 - iv. Adicionalmente, Cisco no atiende a los clientes finales de manera directa, sino que lo hace a través de las empresas participes en su sistema de comercialización. Dicho sistema de comercialización establecido por Cisco considera otra categorización basada en la cadena de venta de sus productos a través de empresas denominadas canales:

- c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
 - d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
 - e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
 - f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
 - g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
 - h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
 - i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
 - j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
 - k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.
- 11.2. Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:
- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
 - b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
 - c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
 - d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.
- 11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas.



- a. Un canal distribuidor es una empresa que puede comprar directamente a Cisco y solo puede vender directamente a empresas que califican como canales denominados Tier 2, no pudiendo hacerlo a clientes finales. En el mercado peruano, existen cuatro empresas dentro de esta categoría. Nexus se encuentra dentro de esta categoría y tiene una participación de más del 60% frente a los demás distribuidores.
- b. Un canal Tier 2 es una empresa que por su nivel de compras, ventas y certificación no puede comprarle directamente a Cisco, sino únicamente a un canal distribuidor, pudiendo vender directamente a clientes finales de un segmento específico. En el mercado nacional existen un promedio de 700 empresas dentro de esta categoría. NDS y Noovus pertenecen a esta categoría, siendo que NDS ha venido operando como canal de Cisco desde el 2011 y ha sido premiada por dicha empresa en el 2016 por los volúmenes de venta alcanzados
- c. Un canal Tier 1 es una empresa que, por haber llegado a un nivel de compras mayor a 4 millones de dólares americanos y ser Partner Gold, puede comprarle directamente a Cisco y, a la vez, atender un segmento top de clientes finales distinto al atendido por las empresas de categoría Tier 2. Sin embargo, no puede venderle directamente a un Tier 2, salvo autorización de Cisco. En el mercado nacional existen pocos Tier 1, siendo aproximadamente 4 o 5 como máximo. Italtel es un Tier 1 y cuenta con la autorización de Cisco para venderle directamente a Noovus, la cual, como ya se señaló, es un Tier 2.
- d. Un cliente final es el consumidor final de los productos y servicios de Cisco. Generalmente se trata de empresas como Entel, Votorantim, Atento y Casapalca, entre otros.
- v. Para NDS, este sistema implica una discriminación de precios pues establece precios diferentes entre los canales de Cisco y, por tanto, causa ventajas anticompetitivas y beneficios económicos solo para un reducido grupo de canales, reduciendo así las posibilidades de que aquellos que no reciben dichos beneficios crezcan en el mercado señalado precedentemente.
- vi. Un ejemplo de lo anterior es el descuento del 40% al que acceden los canales que son Partner Gold pues sin esa ventaja resulta prácticamente inviable cerrar cualquier trato con el consumidor final, siendo que las empresas denunciadas – Nexus, Italtel y Noovus –, a las cuales Cisco otorga preferencias en precios, pueden proponer un precio mucho más ventajoso con un margen de ganancia de hasta el 20% a diferencia de precios reales otorgados por Cisco a empresas como NDS.
- vii. Respecto del requisito de la relación de competencia entre el presunto infractor y el presunto afectado, es importante señalar que NDS tiene la categoría de Partner Premier y estaba a punto de calificar como Partner Gold, lo cual le hubiese permitido contratar directamente con Cisco, pero ello se vio truncado por el actuar de las denunciadas, quienes consiguieron infiltrar personal en la denunciante y la deterioraron económicamente. Este hecho

acredita el abuso de posición de dominio empleado por Cisco en complicidad con Nexus, Italtel y Noovus para limitar a NDS y a otras empresas que no pueden competir libremente en el mercado por la discriminación de precios existente. Ello puede apreciarse, entre otros, en los siguientes hechos:

- a. El 01 de noviembre de 2015, el señor Enzo Andre Angeles Pasco (en adelante, el señor Angeles) – actual Gerente de Servicios Gestionados de Italtel – ingresa a la Gerencia Comercial de NDS y coloca a personal de su confianza en dicha área, llegando a contratar a aproximadamente 40 ex trabajadores de Italtel y Cisco. Paralelamente, Cisco había colocado a personal de su confianza en Nexus e Italtel.
- b. Si bien desde el inicio de sus actividades en el año 2011, NDS mantenía una buena relación con el canal distribuidor Ingram Micro, a mediados del 2016 el señor Angeles decide trabajar exclusivamente con Nexus, el principal canal distribuidor de Cisco.
- c. En agosto de 2016, el señor Angeles, en su calidad de gerente comercial de NDS y en complicidad con el Gerente de Cuentas de Cisco, adelanta una orden de compra a Ingram Micro por \$ 250,000.00 sin contar con una orden de compra del cliente final, generando una deuda a la denunciante con la finalidad de darle una mala reputación y sacarla del mercado.
- d. En el año 2017, comienzan los problemas de NDS con Nexus y Cisco, pues en dos oportunidades se devuelve mercadería hacia Cisco por compras sin orden del cliente final.
- e. Noovus se constituye el 02 de febrero de 2018, siendo que el 09 de febrero de 2018, el señor Angeles abandona NDS llevándose a todo el equipo comercial y técnico de NDS a Noovus, causando enormes perjuicios a la denunciante en ventas y en los proyectos en curso.
- f. El señor Guillermo Alberto Federico Núñez Danjoy (en adelante, el señor Núñez), Gerente General de Nexus, asume, adicionalmente, el rol de apoderado de NDS, administrándola íntegramente y causando un mayor endeudamiento.
- g. En este contexto, se inicia una campaña de desprestigio hacia NDS encabezada por el señor Angeles y por ex personal comercial y técnico de NDS, apoyados por Italtel y Cisco, con el objeto de llevarse a todos los clientes de NDS a Noovus.
- h. De este modo, las denunciadas le causan un perjuicio irreparable a NDS pues, en tanto no puede contratar directamente con Cisco y necesita comprar a través de Nexus, si esta última se niega a contratar aduciendo la mala imagen de NDS, está impedida de participar en el mercado de productos de infraestructura de tecnologías de la información y telecomunicaciones.
- i. Luego de la salida del señor Núñez, quien había asumido el rol de apoderado en NDS, no se puede adquirir productos ni siquiera a través de Ingram Micro, la otra empresa que tiene la calidad de distribuidora, ya que Cisco rechaza toda compra donde intervenga NDS con la excusa de una supuesta deuda con Nexus.
- j. En junio de 2018, las denunciadas inician un procedimiento concursal contra NDS ante el Indecopi, el mismo que es archivado.

3. Respecto de las presuntas prácticas colusorias horizontales, NDS señaló que estas se reflejaban en el abuso de posición de dominio descrito previamente, sobre todo teniendo en cuenta la colusión de las denunciadas a través de sus accionistas, gerentes generales y/o comerciales e incluso apoderados para llevarse a todo el personal de NDS y así crear Noovus, una nueva empresa que reemplazaría a NDS, sacándola así del mercado.
4. Finalmente, NDS solicitó: (i) que se aplicara una multa de hasta 100 UIT a las denunciadas y a cada uno de sus accionistas, gerentes generales y/o comerciales y apoderados o a personas que integraran los órganos de dirección o administración; (ii) que se realizara una inspección en las oficinas de las denunciadas, en la cual se copie información de los archivos físicos, magnéticos o correos electrónicos, así como de cualquier documento que se estime pertinente; y (iii) que se ordenara, como medida cautelar, el cese de las conductas anticompetitivas suspendiendo las actividades empresariales de las denunciadas. Para tal efecto, adjuntó como medios probatorios, entre otros documentos, una serie de correos electrónicos.
5. El 20 de febrero del 2020, NDS presentó un escrito mediante el cual reiteró sus argumentos, señalando además lo siguiente:
 - (i) Respecto del mercado relevante, Cisco “mantiene como producto en nuestro mercado el «Ethernet Switch», y sobre el cual mantiene [sic] una posición de dominio sobre sus demás competidores”.
 - (ii) Dicha posición de dominio es reconocida por diversas revistas especializadas del sector informático, conforme a los dos enlaces a páginas web adjuntados:
<https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS45487019> y
<http://digitalpolicylaw.com/mercado-de-conmutadores-ethernet-se-eleva-7-8-con-cisco-a-la-cabeza/>
 - (iii) Se dio una negativa injustificada de trato cuando Cisco, en complicidad con Nexus, le indicó a NDS que no podía vender más productos a su empresa si es que no permitía el ingreso de un representante de Nexus en calidad de administrador, situación que aceptó asumiendo que actuaban de buena fe.
 - (iv) Respecto de las prácticas colusorias horizontales, en el caso concreto existe una fijación concertada de precios por parte de las denunciadas sobre determinados productos, a fin de imposibilitar una competencia honesta, así como un reparto de clientes como consecuencia de que Cisco “así lo determina de manera permanente”.
 - (v) Para acreditar lo anterior, se adjuntan las siguientes pruebas: una captura de pantalla de una red social donde puede verse las relaciones personales que tienen los ejecutivos de las denunciadas, lo cual prueba la concertación; el CV de uno de dichos ejecutivos y publicidad que identifica a Italtel como principal Partner de Cisco en el Perú.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

6. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de que (i) Cisco incurrió en un abuso de posición de dominio en las modalidades de trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes o negativa injustificada de trato en perjuicio de NDS, infracciones previstas en los artículos 1, 10.1 y 10.2 literales a) y b) de la LRCA; o de que (ii) Cisco, Nexus, Italtel y Noovus incurrieron en prácticas colusorias horizontales, conductas tipificadas en el artículo 11 de la referida norma; y si, en consecuencia, corresponde admitir a trámite la denuncia formulada por NDS e iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

III. MARCO TEÓRICO

3.1. Abuso de posición de dominio

7. El artículo 10.1 de la LRCA establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico que goza de posición de dominio en el mercado relevante restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. En la misma línea, el artículo 10.2 reitera la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio a competidores en el mercado afectado para que se configure un abuso de posición de dominio.
8. De acuerdo con 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 exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
9. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad de afectar o distorsionar unilateralmente y en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del 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.
10. 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.

11. En lo que se refiere al segundo requisito, las restricciones indebidas a la competencia son aquellas conductas que, conforme a lo señalado en el literal h) del artículo 10.2 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». Precisamente, dicho artículo desarrolla ejemplos típicos de abuso de posición de dominio, como la negativa injustificada de trato (literal a), el trato diferenciado para prestaciones equivalentes o discriminación indebida (literal b), las cláusulas de atadura (literal c) y el abuso de procesos legales (literal f).
12. En la calificación de este requisito, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en una justificación comercial válida, 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 en la siguiente etapa del análisis.
13. El tercer requisito establece que, para que se configure un abuso de posición de dominio, la conducta del presunto infractor debe haber producido un efecto exclusorio. Esto significa que se trata de conductas que impiden o dificultan el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica, es decir, son conductas que afectan el proceso competitivo excluyendo a competidores del mercado³. El efecto exclusorio puede afectar la capacidad de competir de competidores actuales o potenciales o expulsar completamente a competidores actuales del mercado o bloquear completamente el acceso de nuevos competidores al mercado⁴.
14. 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

³ Hovenkamp anota:

(...) El Juez Wyzanski sabiamente definió el "ejercicio" del poder de monopolio como una práctica "excluyente" - 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 precios del monopolista. Las ventas del monopolista de su producto al precio monopolístico no es una práctica "excluyente".

(...)

Las "Prácticas excluyentes" son actos del monopolista diseñados para desalentar a potenciales competidores de entrar en el campo o para prevenir a los competidores de incrementar 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. 267-269.

⁴ Ver Resolución 036-2019/CLC-INDECOPI del 18 de diciembre de 2019.

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, competidores⁵.

15. Si no existe relación de competencia, ni siquiera de manera potencial, entre el dominante y los presuntos afectados, no es posible que se configure la infracción, puesto que la conducta presuntamente anticompetitiva no podría lograr un efecto de exclusión sobre competidores del dominante⁶.
16. En relación con el carácter excluyente de todas las modalidades de abuso de posición de dominio proscritas por 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 excluyente, el mero uso del poder de mercado (por ejemplo, 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 hay una relación de competencia, afecte a los competidores del dominante.

⁵ Al respecto, en la Resolución 0611-2013/SDC-INDECOPI del 3 de abril de 2013 (pág. 15) 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 excluyente, es decir, que excluya a competidores del mercado o que impida el ingreso a este último de potenciales rivales del presunto agente dominante.

La exigencia del efecto excluyente 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.»

⁶ Sobre la importancia del efecto excluyente, 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 dicho caso, la Sala estableció que para que se produzca un abuso de posición de dominio es necesario que la conducta denunciada genere un efecto excluyente. En este sentido, se verificó que, pese a que Deprodeca ostentó la exclusividad en la distribución de productos de Gloria en Moquegua, al no presentarse una relación de competencia con el denunciante –una empresa mayorista– no era posible que se genere un efecto excluyente en perjuicio del denunciante como consecuencia de la conducta denunciada.

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 el mencionado 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.

3.2. Trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes

17. La autodeterminación para decidir la celebración de un contrato y la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual⁷ conforman la libertad de contratación, que se encuentra expresamente reconocida en el artículo 2 numeral 14 de la Constitución Política del Perú⁸. No obstante, como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosos pronunciamientos⁹, las libertades contractuales están sujetas a determinados límites o deben ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico, como el principio de libre competencia, también reconocido por la Constitución¹⁰.
18. De esta manera, es posible afirmar que la libertad de contratación y la libertad contractual de la que goza todo agente económico pueden verse limitadas en aquellos supuestos en los que un agente económico que goza de una posición de dominio ejerce dichas libertades con el objeto o efecto de restringir de manera indebida la competencia en el mercado relevante.
19. Uno de los supuestos en que el ejercicio de la libertad contractual puede resultar incompatible con el marco jurídico de defensa de la competencia corresponde al de aquellas conductas por las cuales un agente dominante excluye del mercado a un competidor, directo o indirecto, real o potencial, mediante la contratación bajo condiciones discriminatorias que carecen de justificación. Este trato diferenciado o discriminatorio se encuentra recogido como una modalidad de abuso de posición de dominio en el literal b) del artículo 10.2 de la LRCA en los siguientes términos:

«Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio. -

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

b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, correspondiente al Expediente 4788-2005/PA/TC.

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

⁹ Ver, por ejemplo, la Sentencia recaída en el expediente 2736-2004-AA del 16 de diciembre de 2005, fundamento 11; Sentencia recaída en el expediente 00010-2014-PI/TC del 29 de enero de 2016, fundamento 6 del voto singular del magistrado Espinoza Saldaña; y, Sentencia recaída en el Expediente 03866-2006-AA/TC del 12 de noviembre de 2007, fundamento 17.

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

se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones»

(subrayado añadido)

20. En relación con esta modalidad puede observarse que no se encontrarán prohibidos aquellos tratos diferenciados, incluso aquellos realizados por un agente con posición de dominio, cuando se sustenten en justificaciones comerciales objetivas, en particular aquellas que tienen por objeto introducir eficiencias que puedan estimular la competencia en beneficio de los consumidores. En cambio, será reprochable aquel tratamiento discriminatorio que tenga por finalidad restringir de manera indebida la competencia para obtener beneficios y perjudicar a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, colocándolos de manera injustificada en una situación desventajosa frente a otros.
21. Como se puede observar, de manera similar a las otras modalidades de abuso de posición de dominio, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes se encuentra sujeta a una prohibición relativa (o «regla de la razón»), pues únicamente resultará reprochable cuando dicho trato no se encuentre justificado, coloque a unos competidores en una situación desventajosa frente a otros y otorgue beneficios al agente dominante. A manera de ejemplo, justificaciones válidas y reconocidas por la propia LRCA son: el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general cuando se presenten condiciones comerciales equivalentes (p.e. compras en grandes cantidades, cumplimiento de metas en ventas, entre otros).
22. Cabe agregar que, al evaluarse un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes, no resulta necesario que el agente dominante pruebe fehacientemente que su decisión de realizar un trato diferenciado era la más eficiente en el mercado, siendo suficiente que se trate de una decisión razonable considerando los fines válidos de su negocio.
23. Es importante subrayar que, según lo establecido por el artículo 10.5 del TUO de la LRCA, para que el trato diferenciado configure una infracción administrativa de abuso de posición de dominio, además de haber sido realizado por la empresa que tiene posición dominante en el mercado relevante y ser injustificado, tiene que producir un efecto exclusorio, es decir, que debe estar en capacidad de generar un daño efectivo o potencial sobre uno o más competidores, limitando su capacidad de mantenerse en el mercado, provocando su salida o, incluso, limitando la entrada de competencia potencial.

3.3. Negativa injustificada de trato

24. Conforme al artículo 2 numeral 14 de la Constitución Política del Perú mencionado previamente, 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 consagrada en la Constitución.

25. No obstante, esta libertad puede ser limitada en ciertas ocasiones por la legislación de libre competencia, siendo uno de estos límites la negativa injustificada de trato, la cual constituye una modalidad de abuso de posición de dominio prohibida por el literal a) del artículo 10.2 de la LRCA en los siguientes términos:

«Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-

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

- a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios»
(subrayado añadido)

26. Conforme a lo señalado por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) frente a otra denuncia por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato¹¹, al evaluarse un caso de ese tipo, no resulta necesario que la empresa dominante 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. Todo ello deberá ser evaluado por la agencia de competencia al amparo de la información disponible para las partes al momento de la adopción de la negativa.
27. En tal sentido, la sola negativa a contratar no se encuentra sancionada por el ordenamiento jurídico, pues lo que la LRCA establece es una prohibición relativa, es decir, reprime que esta negativa no posea una justificación válida. En el pronunciamiento antes citado, la Sala señala que algunas justificaciones 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.
28. Es importante resaltar que, según lo establecido por el artículo 10.5 del TUO de la LRCA, para que la negativa de trato configure una infracción administrativa de abuso de posición de dominio, además de haber sido realizada por la empresa con posición dominante en el mercado relevante y ser injustificada, tiene que producir un efecto exclusorio, esto es, debe ser capaz de generar un daño efectivo o potencial sobre uno o más competidores.

3.4. Requisitos para admitir a trámite una denuncia e iniciar un procedimiento sancionador

29. Conforme al marco teórico antes señalado y de acuerdo al literal b) del artículo 19 de la LRCA¹², para admitir a trámite una denuncia de parte sobre la realización de

¹¹ Ver Resolución 0304-2016/SDC-INDECOPI del 9 de junio de 2016.

¹² Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

conductas anticompetitivas y, en consecuencia, iniciar un procedimiento administrativo sancionador, es necesario que dicha denuncia proporcione indicios razonables de la infracción denunciada.

30. Los indicios razonables son un conjunto de medios probatorios que demuestran una tesis creíble acerca de la existencia de una conducta anticompetitiva, en función de los elementos necesarios para su configuración.
31. 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.
32. En efecto, la autoridad no debe dar trámite a cualquier alegación sino solo a aquellas que se encuentren razonablemente sustentadas, de forma que pueda notificarse al denunciado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y las sanciones que éstas podrían generar.
33. De allí 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 puedan realizarse de oficio para verificar la existencia de una posible infracción.
34. En tal sentido, para determinar si existen indicios razonables de que Cisco incurrió en un abuso de posición de dominio en contra de NDS en las modalidades de trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes y negativa injustificada a contratar, se debe acreditar que existan indicios razonables de los siguientes requisitos:
 - a. Que Cisco gozaba de posición de dominio en el mercado relevante.
 - b. Que Cisco realizó la conducta denunciada. Específicamente, que aplicó condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocaron de manera injustificada a NDS en una situación desventajosa y/o que existió una negativa injustificada de trato con NDS.
 - c. Que la conducta, además de indebida, permitió a Cisco obtener beneficios y causar perjuicios a NDS, como competidor, o a otros competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
35. Cabe reiterar que los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son concurrentes. En tal sentido, para que se determine la existencia de

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.



indicios razonables de la infracción denunciada, es necesario que se acredite a nivel indiciario cada uno de los requisitos señalados.

3.5. Prácticas colusorias horizontales

36. Las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas como conductas anticompetitivas en el artículo 11 de la LRCA¹³.
37. Estas conductas consisten en coordinaciones realizadas por los agentes económicos que participan directa o indirectamente en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto o efecto de eliminar, restringir o limitar la competencia, en detrimento de los consumidores, de otros competidores, de los clientes o de los proveedores¹⁴.
38. En tal sentido, el artículo 11 de la LRCA establece expresamente que las prácticas colusorias horizontales son *«acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan*

¹³ TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas
Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir impedir o falsear la competencia, tales como:

- a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;
- d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;
- e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;
- f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;
- h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;
- i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;
- j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,
- k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas.

¹⁴ Ver Resolución 0171-2019/SDC-INDECOPI del 12 de septiembre de 2019.

por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia» por agentes económicos competidores entre sí» (subrayado añadido).

39. En efecto, para la configuración de una práctica colusoria horizontal la norma exige que los agentes económicos sean competidores entre sí, es decir, los agentes involucrados en la conducta deben ser independientes y los acuerdos entre agentes que no compiten entre sí no pueden ser sancionados en virtud de este tipo infractor.

IV. ANÁLISIS

4.1. Indicios razonables sobre la posición de dominio de Cisco en el mercado relevante

40. Conforme al marco teórico desarrollado previamente, un requisito para admitir a trámite la denuncia de NDS por abuso de posición de dominio y, en consecuencia, iniciar un procedimiento sancionador, es que existan indicios razonables de que Cisco goza de posición de dominio en el mercado relevante.
41. Según la denuncia de NDS, el mercado relevante sobre el cual Cisco ostentaría una posición de dominio sería el de productos de infraestructura de tecnologías de la información a nivel nacional.
42. Al respecto, según SDX Central, Cisco mantiene un dominio en el mercado mundial de fabricación de infraestructura de tecnologías de la información con alrededor de 51% de participación en las ventas de switches y routers, según un reporte al cuarto trimestre del 2018 de Synergy Research Group. Por su parte otros fabricantes como Huawei y Arista llegan a participaciones de 14% y 7% respectivamente¹⁵.
43. Si bien lo anterior revela que Cisco tiene una posición importante en dicho mercado mundial, ello no constituye *per se* un indicio razonable suficiente de que tenga posición dominante en el mercado relevante del presente caso que, cabe reiterar, sería el de productos de infraestructura de tecnologías de la información a nivel nacional.
44. En este punto, cabe recordar que existen otros dos requisitos concurrentes para la admisión a trámite de la denuncia de NDS por abuso de posición de dominio: (i) la existencia de indicios razonables de las conductas anticompetitivas denunciadas; y (ii) la existencia de indicios razonables de la relación de competencia con Cisco. Teniendo en cuenta que el presente caso cuenta con mayores elementos para analizar dichos requisitos, se procederá a examinarlos asumiendo que existe posición de dominio por parte de Cisco en el mercado relevante, siendo que solo si aquellos se cumplen, se profundizará en el análisis de la posición de dominio.

¹⁵

Para mayor detalle ver: <https://www.sdxcentral.com/articles/news/cisco-continues-to-dominate-the-switch-router-markets/2019/03/>. Última Visita: 26 de febrero de 2020. Cabe destacar que las páginas web proporcionadas por la denunciante en su escrito del 20 de febrero de 2020 proporcionan una información similar.

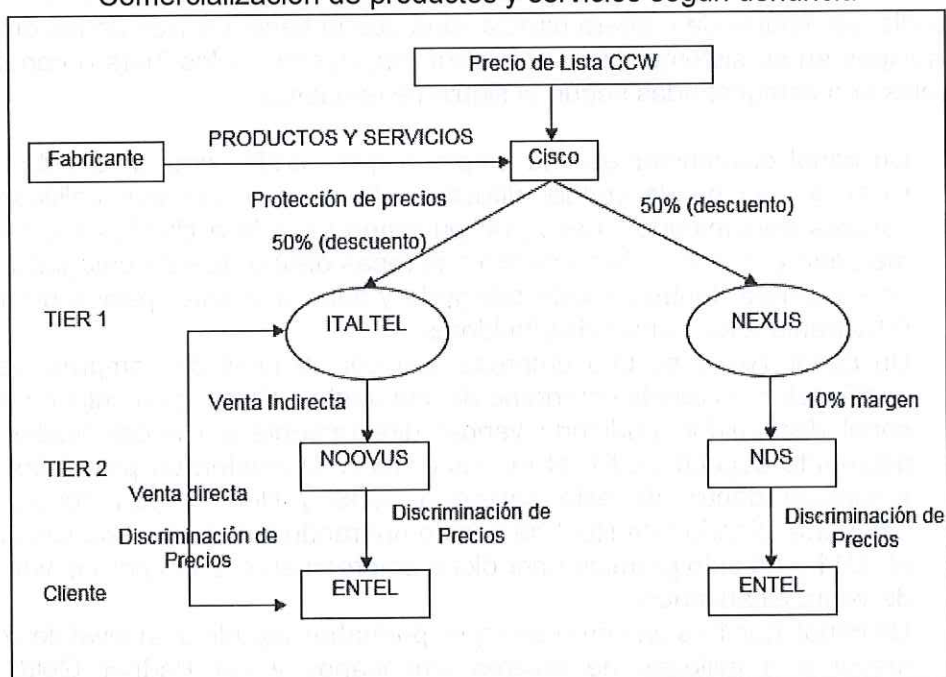


4.2. Sobre el sistema de comercialización a través de canales

45. Para determinar si existen indicios razonables de las conductas anticompetitivas atribuidas por NDS a Cisco en su denuncia por abuso de posición de dominio (trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes y negativa injustificada de trato) antes es necesario examinar el sistema de comercialización a través de canales establecido por la denunciada.
46. En este punto, conviene recordar que NDS ha subrayado que Cisco no atiende a los clientes finales de manera directa, sino que lo hace a través de las empresas participes en su sistema de comercialización, denominadas Tiers o canales, las cuales son categorizadas según el siguiente esquema:
- Un canal distribuidor es una empresa que puede comprar directamente a Cisco y solo puede vender directamente a empresas que califican como canales denominados Tier 2, no pudiendo hacerlo a clientes finales. En el mercado peruano, existen cuatro empresas dentro de esta categoría. Nexus se encuentra dentro de esta categoría y tiene una participación de más del 60% frente a los demás distribuidores.
 - Un canal Tier 2 es una empresa que por su nivel de compras, ventas y certificación no puede comprarle directamente a Cisco, sino únicamente a un canal distribuidor, pudiendo vender directamente a clientes finales de un segmento específico. En el mercado nacional existen un promedio de 700 empresas dentro de esta categoría. NDS y Noovus pertenecen a esta categoría, siendo que NDS ha venido operando como canal de Cisco desde el 2011 y ha sido premiada por dicha empresa en el 2016 por los volúmenes de venta alcanzados.
 - Un canal Tier 1 es una empresa que, por haber llegado a un nivel de compras mayor a 4 millones de dólares americanos y ser Partner Gold, puede comprarle directamente a Cisco y, a la vez, atender un segmento top de clientes finales distinto al atendido por las empresas de categoría Tier 2. Sin embargo, no puede venderle directamente a un Tier 2, salvo autorización de Cisco. En el mercado nacional existen pocos Tier 1, siendo aproximadamente 4 o 5 como máximo. Italtel es un Tier 1 y cuenta con la autorización de Cisco para venderle directamente a Noovus, la cual, como ya se señaló, es un Tier 2.
 - Un cliente final es el consumidor final de los productos y servicios de Cisco. Generalmente se trata de empresas como Entel, Votorantim, Atento y Casapalca, entre otros.
47. NDS ha criticado este sistema por establecer precios diferentes entre los canales de Cisco, señalando que ello genera ventajas anticompetitivas y beneficios económicos solo para un reducido grupo de canales, reduciendo así las posibilidades de que aquellos que no reciben dichos beneficios crezcan en el mercado relevante.
48. En tal sentido, NDS ha destacado que un ejemplo de lo anterior es el descuento del 40% al que acceden los canales que son Partner Gold pues *«sin tener esa ventaja del 40% menos en el coste del producto o servicio resulta prácticamente inviable cerrar cualquier trato con el consumidor final, siendo que las empresas*

denunciadas – Nexus, Italtel y Noovus -, a las cuales Cisco otorga preferencias en precios (...) pueden proponer un precio mucho más ventajoso con un margen de ganancia de hasta el 20% a diferencia de precios reales otorgados por Cisco a empresas, como lo es (...) NDS»¹⁶. Según NDS, ello puede apreciarse con mayor claridad en el siguiente gráfico:

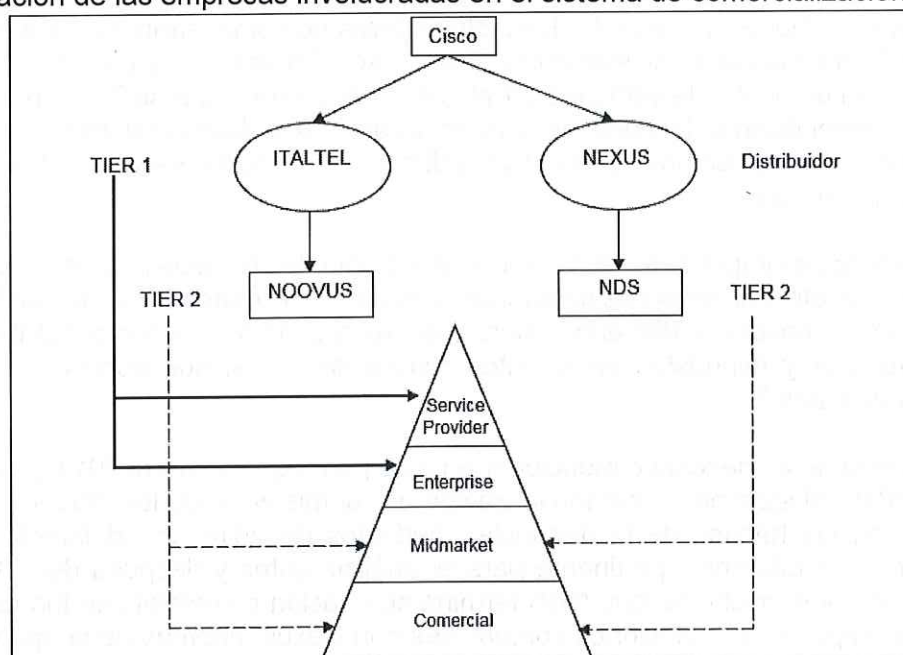
Gráfico 1
Comercialización de productos y servicios según denuncia



Fuente: Escrito de Denuncia.
Elaboración: Secretaría Técnica.

49. Adicionalmente, el Gráfico 2 presenta de manera simplificada la participación de las empresas involucradas en la denuncia dentro del sistema de comercialización de Cisco:

Gráfico 2
Participación de las empresas involucradas en el sistema de comercialización de Cisco



Fuente: Escrito de Denuncia
Elaboración: Secretaría Técnica

50. Se observa que en el sistema de comercialización participan hasta 4 tipos de empresas: i) Cisco como fabricante; ii) las empresas Tier 2, como Noovus y NDS, que atienden el segmento más bajo de la pirámide de clientes (Comercial y Midmarket); las empresas distribuidoras, como Nexus, que son el nexo entre Cisco y las empresas Tier 2 para atender las demandas de compra de estas últimas y; las empresas Tier 1, como Italtel, que atienden al segmento top del mercado (Enterprise y Service Provider).
51. Al respecto, NDS señaló que Cisco crea y condiciona situaciones de mercado más favorables para un grupo reducido de empresas, otorgando descuentos que influyen mucho al momento de competir y ofrecer un producto de Cisco al cliente final. No obstante, en la misma denuncia, se señaló que aquellas diferencias de precios en el sistema de comercialización obedecen a la diferencia en el servicio que ofrecen las empresas dentro del canal.
52. Por ejemplo, un Tier 1 que cuenta con categoría Partner Gold recibe un precio 40% menor al precio normal porque cuenta con ventas mayores a 4 millones de dólares al año, tiene dos o más especializaciones y cuenta con personal que facilita algunas tareas a Cisco¹⁷. Asimismo, los clientes objetivo de una empresa Tier 1 pertenecen a un segmento top del mercado y es necesario que sean más competitivos frente productos de competidores como Huawei. En ese sentido, las empresas Tier 1 acceden a mejores precios que las Tier 2 debido a su volumen de ventas, sus servicios diferenciados y a que atienden un segmento del mercado más competitivo distinto al atendido por las empresas Tier 2.

¹⁷ A este servicio se denomina Cisco Partner Support. El otro tipo de servicio es el Smarnet, el cual es brindado por Cisco en su totalidad.

53. Por su parte, un distribuidor cuenta con un contrato de relacionamiento con Cisco para comprar directamente de él y distribuir sus productos aguas abajo a las empresas Tier 2, por lo tanto, los distribuidores no competirían con una empresa Tier 2 sino que serían el nexo entre ellas y Cisco. En ese sentido, los distribuidores perciben un precio de venta menor al que accede una empresa Tier 2 pues están en un nivel distinto del canal de comercialización y el diferencial entre el precio al que acceden las empresas Tier 2 y los distribuidores sería el margen de ganancia de estos últimos.
54. Asimismo, es importante destacar que el sistema de comercialización de Cisco no difiere de otros sistemas de comercialización de otros mercados en lo que también es común encontrar diferentes Tiers y diferentes empresas como distribuidores, mayoristas y minoristas en distintos niveles del canal que acceden a precios diferenciados¹⁸.
55. Finalmente, es necesario mencionar en este punto que, entre el 2011 y mediados de 2016, el sistema de comercialización era el mismo al de los años en los que ocurren los hechos de la denuncia (mediados de 2016 en adelante). En ese sentido, la diferencia pertinente para el análisis antes y después del 2016 solo ocurre por el hecho de que NDS termina su relación comercial con Ingram Micro para empezar sus relaciones comerciales con Nexus, además de la aparición de la empresa Noovus como Tier 2.

4.3. Indicios razonables sobre el trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes por parte de Cisco

56. Una vez explicado con mayor detalle el sistema de comercialización a través de canales establecido por Cisco, corresponde analizar si existen indicios razonables de las conductas denunciadas como modalidades de abuso de posición de dominio. Respecto del trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes, NDS señaló que el sistema de comercialización implementado por Cisco habría establecido una discriminación de precios que lo perjudica.
57. Conforme al marco normativo antes desarrollado, para que se concrete un abuso de posición de dominio en la modalidad de trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes, la empresa con poder de mercado debe ser la que establezca condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen injustificadamente a un competidor en una situación desventajosa frente a otros.
58. Asumiendo que Cisco efectivamente ostente una posición dominante, solo se materializaría este tipo de abuso de posición de dominio en contra de NDS si Cisco vendiera a NDS directamente los productos de infraestructura de tecnología de la información a precios diferentes (más altos) de los que le ofrece a otra empresa en el mismo nivel del canal de NDS (Tier 2).

¹⁸ Para mayor abundamiento, ver:

- Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI, en la cual se presenta el sistema de distribución de Gloria.
- Resolución 069-2017/ST-CLC-INDECOPI, en la cual se presenta el sistema de distribución de Universal Textil.
- Resolución 10-2017/CLC-INDECOPI, en la cual se presenta el sistema de distribución de papeles higiénicos y papeles tisú de Kimberly Clark y Protisa.

59. No obstante, del Gráfico 2 se observa que esto no ocurre, pues el flujo comercial se da a través de Nexus y no directamente de Cisco. Por su parte, en el caso particular de la empresa denunciada en el nivel Tier 2, Noovus, esta percibe su precio directamente de la empresa Italtel del nivel Tier 1. De allí que no pueda existir discriminación de precios de parte de Cisco en contra de NDS porque no es quien atiende directamente a este último.
60. Asimismo, tampoco puede existir discriminación de precios por parte de Italtel en perjuicio de NDS porque no hay evidencia de que ostente posición de dominio y no atiende a NDS; y finalmente, no puede haber discriminación de precios de Nexus porque no hay evidencia de que ostente posición de dominio y no la ha puesto en condiciones desiguales para prestaciones equivalentes frente a otras empresas competidoras de NDS que sean atendidas también por Nexus.
61. A mayor abundamiento, es importante recordar que el artículo 10.2 literal b) de la LRCA, que regula esta modalidad de abuso de posición de dominio, establece que únicamente será reprochable el trato diferenciado que no se encuentre justificado, precisando que *"[n]o constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones"*.
62. En tal sentido, incluso ignorando el hecho de que Cisco no atiende directamente a NDS conforme a lo expuesto, cabe reiterar que el sistema de comercialización establecido por Cisco no difiere de otros sistemas de otros mercados en los que también es común encontrar diferentes Tiers y diferentes empresas como distribuidores, mayoristas y minoristas en distintos niveles del canal que acceden a precios diferenciados. Ello, contrariamente a lo señalado por la denunciada, constituye más bien un indicio razonable de una justificación válida de tal práctica comercial, en los términos señalados por el artículo 10.2 literal b) de la LRCA antes citado.
63. Por lo expuesto, no existen indicios razonables de un trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes o discriminación de precios por parte de Cisco que afecte a NDS, en tanto aquella empresa no atiende directamente los requerimientos de la denunciante. A mayor abundamiento, existen indicios razonables de que el sistema de comercialización establecido por Cisco, el que es objeto de cuestionamiento por parte de NDS, tiene una justificación válida.

4.4. Indicios razonables sobre la negativa injustificada de trato por parte de Cisco

64. En su denuncia por abuso de posición de dominio contra Cisco, NDS menciona que habría ocurrido una negativa injustificada de trato¹⁹. Sin embargo, no se explica de manera clara en dicha denuncia cuáles son los hechos que habrían materializado este hecho, sobre todo considerando que Cisco, siendo el único que

¹⁹ Ver foja 10 de la denuncia.

podría tener posición de dominio, no atiende de manera directa las solicitudes de compra de NDS, sino que se le atiende a través del distribuidor Nexus.

65. Ahora bien, de una revisión del escrito de denuncia, los argumentos de NDS que podrían referirse a este punto son los siguientes:

*"Es así, que (SIC) inicia una campaña de desprestigio hacia **NDS** encabezada por **ENZO ANDRE ANGELES PASCO** y todos los ex comerciales y ex técnicos de **NDS**, apoyados por **ITALTEL** y **CISCO** con el objetivo de llevarse todos los clientes de **NDS** a **NOOVUS** que es una empresa vinculada a **ITALTEL**, con el única (SIC) finalidad de desintegrar y sacar del mercado a **NDS**, ya que con esta campaña de desprestigio han impedido que mi representada **NDS** no pueda (SIC) acceder a negocios y tampoco cerrarlas en el mercado de las TIC, por supuestas políticas de **CISCO**, mi representada **NDS** necesita de otra empresa **NEXUS** para poder comprar sus productos y si esa empresa no quiere hacerlo, por la mala imagen creada de mi representada, me veo imposibilitado de hacerlo de manera directa, con lo cual, este impedimento me causa un perjuicio irremediable que me saca del mercado de las TIC.*

(...)

*sin embargo, luego de la salida del Gerente General de **NEXUS**, quien ingreso a **NDS** como apoderado; no se pudo adquirir productos ni siquiera a través de esta empresa distribuidora **INGRAM MICRO**; ya que **CISCO** rechaza toda compra donde intervenga mi representada **NDS** con la excusa de la supuesta existencia de una deuda con **NEXUS**"²⁰*

66. Asimismo, en su escrito del 20 de febrero de 2020, NDS hizo énfasis en que Cisco, en complicidad con Nexus, le habría indicado que no podía venderle más productos si es que no permitía el ingreso de un representante de Nexus en calidad de administrador, situación que la denunciante habría aceptado asumiendo que las otras empresas actuaban de buena fe.
67. De lo anterior se infiere que, a diferencia del punto anterior, en este extremo NDS no cuestiona el sistema de comercialización de Cisco en sí mismo, sino hechos que habrían ocurrido teniendo como antecedente dicho sistema: la realización de una campaña de desprestigio que lo habría afectado en tanto solo podía adquirir productos de Cisco a través de Nexus, en beneficio de la empresa Noovus que acababa de aparecer, siendo que ello se habría agudizado a partir de la salida del Gerente General de Nexus de la organización de la denunciante (donde había estado actuando como apoderado como consecuencia de las exigencias de Cisco y Nexus), momento a partir del cual le habría resultado aún más difícil acceder a tales productos por la existencia de una supuesta deuda con Nexus.
68. En este punto, cabe reiterar que entre el 2011 y mediados de 2016, de acuerdo a lo señalado por la propia denunciante, el sistema de comercialización era el mismo al de los años en los que ocurren los hechos de la denuncia (mediados de 2016 en adelante). En tal sentido, la diferencia pertinente para el análisis antes y después del 2016 solo ocurre por el hecho de que NDS termina su relación comercial con Ingram Micro para empezar sus relaciones comerciales con Nexus, además de la aparición de la empresa Noovus como Tier 2, siendo este el momento en que la presunta campaña de desprestigio comienza a afectar a NDS.

²⁰ Ver fojas 12 y 13 de la denuncia.

69. Incluso asumiendo que Cisco tiene posición dominante en el mercado relevante y que gracias a dicho estatus estableció el sistema de comercialización antes señalado (el cual le impide contratar con dicha empresa directamente y tiene indicios razonables de justificación válida conforme a lo señalado en el punto anterior), es razonable inferir que la negativa de trato que es consecuencia de la supuesta campaña de desprestigio no está relacionada con el ejercicio de tal posición dominante pues entre el 2011 y el 2016 dicho sistema funcionó y NDS no ha mencionado que en dicho periodo se haya verificado un incidente similar a la campaña de desprestigio denunciada.
70. En otras palabras, la presunta campaña de desprestigio no es inherente al sistema de comercialización implementado por Cisco en ejercicio de su supuesta posición de dominio. En términos similares, la imputación de una deuda con Nexus a la denunciante tampoco está relacionada directamente con el ejercicio de la posición de dominio atribuida a Cisco.
71. De allí que la conducta denunciada en este extremo es una negativa de trato consecuencia de una presunta campaña de desprestigio y de una supuesta deuda, no vinculadas al ejercicio de una posición dominante.
72. En este punto, conforme al marco normativo antes desarrollado, para que la negativa de trato configure una infracción administrativa de abuso de posición de dominio, debe haber sido realizada por la empresa con posición dominante en el mercado.
73. Por lo tanto, en caso NDS tenga dificultades para acceder a los productos de Cisco por una presunta campaña de desprestigio o por una presunta deuda con Nexus, tal como se describe en la denuncia, esto ocurre en el marco de una controversia ajena al ejercicio de la presunta posición dominante de Cisco y, por tanto, a los temas de libre competencia y fuera del alcance de la LRCA, por lo que esta Secretaría Técnica tampoco encuentra indicios razonables de que se haya cometido un abuso de posición de dominio en contra de NDS en la modalidad de negativa injustificada de trato.
74. A mayor abundamiento, respecto de la negativa de trato por una presunta deuda, es importante reiterar que, conforme a la jurisprudencia de la Sala sobre la materia, la falta de pago o incumplimiento de obligaciones contractuales del solicitante califica como un supuesto de negativa de trato justificada no sancionable bajo la LRCA²¹.

4.5. Indicios razonables sobre la relación de competencia con Cisco

75. Conforme a lo señalado en el marco normativo previamente expuesto, para que se produzca un abuso de posición de dominio deben cumplirse ciertos requisitos, entre ellos, que existan indicios razonables de que se está perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, de la empresa dominante. En otras palabras, es necesario que en el caso concreto existan indicios

²¹ Ver Resolución 0304-2016/SDC-INDECOPI del 9 de junio de 2016.

razonables de una relación de competencia con Cisco, a quien NDS le ha atribuido la posición de dominio en el mercado relevante.

76. NDS, luego de aceptar a lo largo de la denuncia que no compite directamente con Cisco, conforme puede apreciarse en el Gráfico 2 líneas arriba, sustenta el requisito de la relación de competencia señalando que tenía la categoría de Partner Premier y estaba a punto de calificar como Partner Gold, lo cual le hubiese permitido contratar directamente con Cisco, pero ello se vio truncado por el actuar de las denunciadas, quienes consiguieron infiltrar personal en la denunciante y la deterioraron económicamente. Para tal efecto, relata los siguientes hechos²²:
- a. El 01 de noviembre de 2015, el señor Angeles – actual Gerente de Servicios Gestionados de Italtel – ingresa a la Gerencia Comercial de NDS y coloca a personal de su confianza en dicha área, llegando a contratar a aproximadamente 40 ex trabajadores de Italtel y Cisco. Paralelamente, Cisco había colocado a personal de su confianza en Nexus e Italtel.
 - b. Si bien desde el inicio de sus actividades en el año 2011, NDS mantenía una buena relación con el canal distribuidor Ingram Micro, a mediados del 2016 el señor Angeles decide trabajar exclusivamente con Nexus, el principal canal distribuidor de Cisco.
 - c. En agosto de 2016, el señor Angeles, en su calidad de gerente comercial de NDS y en complicidad con el Gerente de Cuentas de Cisco, adelanta una orden de compra a Ingram Micro por \$ 250,000.00 sin contar con una orden de compra del cliente final, generando una deuda a la denunciante con la finalidad de darle una mala reputación y sacarla del mercado.
 - d. En el año 2017, comienzan los problemas de NDS con Nexus y Cisco, pues en dos oportunidades se devuelve mercadería hacia Cisco por compras sin orden del cliente final.
 - e. Noovus se constituye el 02 de febrero de 2018, siendo que el 09 de febrero de 2018, el señor Angeles abandona NDS llevándose a todo el equipo comercial y técnico de NDS a Noovus, causando enormes perjuicios a la denunciante en ventas y en los proyectos en curso.
 - f. El señor Núñez, Gerente General de Nexus, asume, adicionalmente, el rol de apoderado de NDS, administrándola íntegramente y causando un mayor endeudamiento.
 - g. En este contexto, se inicia una campaña de desprestigio hacia NDS encabezada por el señor Angeles y por ex personal comercial y técnico de NDS, apoyados por Italtel y Cisco, con el objeto de llevarse a todos los clientes de NDS a Noovus.
 - h. De este modo, las denunciadas le causan un perjuicio irreparable a NDS pues, en tanto no puede contratar directamente con Cisco y necesita comprar a través de Nexus, si esta última se niega a contratar aduciendo la mala imagen de NDS, está impedida de participar en el mercado de productos de infraestructura de tecnologías de la información y telecomunicaciones.
 - i. Luego de la salida del señor Núñez, quien había ingresado a NDS como apoderado, no se puede adquirir productos ni siquiera a través de Ingram Micro, la otra empresa que tiene la calidad de distribuidora, ya que Cisco

22

Ver fojas 11-14 de la denuncia.

rechaza toda compra donde intervenga NDS con la excusa de una supuesta deuda con Nexus.

- j. En junio de 2018, las denunciadas inician un procedimiento concursal contra NDS ante el Indecopi, el mismo que es archivado.

77. En otras partes de la denuncia, se continúa haciendo énfasis en el historial y la movilidad laboral de las personas que participan el mercado bajo análisis. Por ejemplo, se señala lo siguiente:

- a) «(...) Cisco como estrategia coloca personas de su entorno de confianza – ex trabajadores y amigos- en puestos de confianza de empresas revendedoras (TIER 1, TIER 2 y DISTRIBUIDORES), dentro de las cuales se encuentra las empresas denunciadas **NEXUS, ITALTEL y NOOVUS**.
- b) (...) Esto se debe al relacionamiento de sus accionistas, gerentes generales y/o comerciales e incluso los apoderados de estas empresas denunciadas se encuentran concertando actos anticompetitivos que afectan la libre competencia y que ocasionan desventajas en un mercado que se encuentra regulado por la libre competencia, contraviniendo la legislación vigente que prohíbe actos o conductas anticompetitivas como en el presente caso.
- c) Para un mejor entendimiento de la autoridad administrativa, consideramos pertinente identificar y describir, así como detallar el rol funcional que tienen los accionistas, gerentes generales y/o comerciales e incluso apoderados en las empresas denunciadas **CISCO, NEXUS, ITALTEL y NOOVUS**, como también su relación entre sí
- d) **ALBA FIORELLA SAN MARTIN PIAGGIO**, trabaja en **CISCO** desde el 2010, antes trabajo en Oracle, ocupa el cargo de Directora en **CISCO** desde el 2007. Siendo que ella estaría direccionando todas estas conductas anticompetitivas reflejadas en el abuso de posición de dominio de **CISCO** concertadamente con **WILLIAM WILMER GONZALEZ SUYON, GUILLERMO ALBERTO FEDERICO NÚÑEZ DANJOY, CARMEN DEL ROSARIO VILLAVICENCIO LACA y ENZO ANDRE ANGELES PASCO**; quienes están estrechamente vinculados con las empresas denunciadas **NEXUS, ITALTEL y NOOVUS**, para obtener beneficios económicos y causar perjuicios en el mercado al restringir la libre competencia con un grupo reducido de empresas.
- e) **WILLIAM WILMER GONZALEZ SUYON**, trabajo (SIC) en **CISCO** desde 1998 y, posteriormente fundó **ITALTEL** en 2009 quien esta (SIC) coludido con **ALBA FIORELLA SAN MARTIN PIAGGIO** para limitar la participación de otras empresas como mi representada **NDS** frente a una nueva empresa **NOOVUS**, al ingresar al mercado con precios totalmente anticompetitivos que solo lo obtienen por su relación con la representante de **CISCO**.
- f) (...) esto se debe evidentemente a la existencia de ex trabajadores de **CISCO** como accionistas, en cargos gerenciales y apoderados en las empresas **TIER 1 y TIER 2** como **ITALTEL y NOOVUS** (...)»²³

78. Como puede apreciarse, NDS sustentó la relación de competencia en el hecho de que algunas personas que trabajaron en Cisco actualmente trabajan en Nexus, Italtel o Noovus. Es decir, sugirió que todas ellas tendrían algún vínculo o formarían parte de un mismo grupo económico, por lo que la relación de competencia sería respecto de este último.
79. Cabe resaltar que, si alguna de las empresas en el sistema de comercialización de Cisco fuese parte del mismo grupo económico o tuviese algún vínculo con esta última, Cisco tendría intereses para favorecer a su vinculada haciendo uso de su presunta posición de dominio en contra de NDS. En ese caso, Cisco sí calificaría como competidor indirecto de NDS por lo que se hubiera acreditado el requisito de que exista relación de competencia directa o indirecta con la empresa que ostenta la posición de dominio.
80. Sin embargo, el hecho de que exista movilidad laboral de funcionarios entre Cisco y las otras empresas (Nexus, Novus, e Italtel) no implica por sí solo que estas tengan algún vínculo más allá del comercial o que pertenezcan al mismo grupo económico.
81. En tal sentido, en el presente caso no se aprecian indicios razonables de un vínculo de tal naturaleza entre Cisco y las otras empresas denunciadas. Por el contrario, en otra parte de la denuncia la propia NDS señala que: *«no estamos ante empresas del mismo grupo sino empresas terceras ajenas a CISCO»*²⁴.
82. En consecuencia, no existen indicios razonables de la relación de competencia, pues ninguna de las empresas distribuidoras o de los diferentes Tiers formarían parte del mismo grupo empresarial de Cisco o estarían vinculadas a ellas, por lo que NDS no sería competidor ni real, ni potencial, ni directo, ni indirecto de Cisco.
83. Sin perjuicio de lo anterior, el hecho de que ex trabajadores de Cisco formen parte del staff de las empresas denunciadas no configura una práctica que *per se* atente contra las normas de libre competencia. Por el contrario, el mercado laboral es un mercado sobre el cual también se rigen las normas de libre competencia y es de esperarse que exista dinamismo y movilidad laboral producto de las fuerzas de la oferta y la demanda.

4.6. Conclusión sobre la denuncia por abuso de posición de dominio

84. Cabe recordar que para que se admita a trámite la denuncia por abuso de posición de dominio presentada por NDS contra Cisco era necesaria la concurrencia de tres requisitos referidos a la existencia de indicios razonables de los siguientes elementos: (i) la posición de dominio por parte de Cisco en el mercado relevante; (ii) las conductas anticompetitivas denunciadas, esto es, el trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes o discriminación de precios y la negativa injustificada de trato; y (i) la relación de competencia con Cisco.
85. Sin embargo, en el presente caso no se han cumplido estos dos últimos requisitos. En efecto, no ha quedado acreditada la existencia de indicios razonables de (i) un

²⁴ Ver foja 3 de la denuncia.

trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes o discriminación de precios por parte de Cisco que afecte a NDS, en tanto aquella empresa no atiende directamente los requerimientos de la denunciante; (ii) una negativa injustificada de trato por parte de Cisco hacia NDS, en tanto la negativa alegada no se relaciona con el ejercicio de una posición de dominio por parte de Cisco, constituyendo una controversia ajena a los temas de libre competencia; ni de (iii) una relación de competencia con Cisco, pues ninguna de las empresas distribuidoras o de los diferentes Tiers forman parte del mismo grupo económico o están vinculadas a Cisco, por lo que NDS no sería competidor ni real, ni potencial, ni directo, ni indirecto de Cisco. Tratándose de requisitos concurrentes, carece de objeto profundizar el análisis del primer requisito referido a la posición de dominio.

86. Por lo tanto, corresponde declarar improcedente la denuncia presentada por NDS contra Cisco por abuso de posición de dominio y, en consecuencia, no iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de dicho agente, al no haberse acreditado la existencia de indicios razonables acerca de dicho supuesto.

4.7. Sobre la práctica colusoria horizontal

87. Sobre este punto, en su denuncia NDS señaló que las denunciadas habrían incurrido en prácticas colusorias horizontales. Asimismo, en su escrito del 20 de febrero de 2020, la denunciante precisó que se habría producido una concertación de precios y reparto de clientes, presentando las siguientes pruebas: una captura de pantalla de una red social donde se apreciarían las relaciones personales que tienen los ejecutivos de las denunciadas, el CV de uno de dichos ejecutivos y publicidad que identificaría a Italtel como principal Partner de Cisco en el Perú.
88. NDS justificó la práctica colusoria horizontal en la relación que podría existir entre las personas involucradas en la denuncia sin considerar si es que había una relación de competencia entre las empresas
89. No obstante, la presunta relación entre trabajadores y ex trabajadores de las empresas no resulta pertinente para analizar una práctica colusoria horizontal en la medida que las empresas a las cuales pertenecen los trabajadores no sean competidores entre sí y no estén en el mismo nivel en el canal de comercialización, pues de acuerdo con el artículo 11 de la LRCA citado precedentemente, se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.
90. En ese sentido, para que se configure una práctica colusoria horizontal es requisito indispensable que los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas se lleven a cabo entre agentes competidores en el mismo nivel de la cadena de comercialización o producción. No obstante, todas las empresas denunciadas se encuentran en un nivel distinto de la cadena de comercialización o producción o no son competidores entre sí.
91. Así, Cisco es la empresa fabricante, por lo que para que se materialice una práctica colusoria horizontal es necesario que se hayan llevado acuerdos con otra

empresa fabricante, sin embargo, no es el caso. Por su parte, Nexus es una empresa distribuidora, y ninguna otra empresa distribuidora ha sido denunciada, por lo que tampoco puede materializarse una práctica colusoria horizontal por parte de Nexus.

92. Finalmente, Italtel y Noovus son empresas que atienden clientes finales, pero en segmentos distintos del mercado, siendo ello consecuencia del esquema de comercialización establecido por Cisco y no de una repartición de clientes coordinada por ellas, por lo que tampoco se habría realizado una práctica colusoria horizontal en este caso.
93. En este punto, cabe destacar que las pruebas presentadas mediante el escrito del 20 de febrero no desvirtúan lo anterior pues ninguno de dichos documentos acredita que las empresas denunciadas compitan entre sí en un mismo nivel en el canal de comercialización.
94. Por lo tanto, corresponde declarar improcedente la denuncia presentada por NDS contra Cisco, Nexus, Italtel y Noovus por prácticas colusorias horizontales y, en consecuencia, no iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de dichos agentes, al no haberse acreditado la existencia de indicios razonables acerca de dicho supuesto.

4.8. Sobre la presunta campaña de desprestigio promovida por las denunciadas y el accionar de Enzo André Angeles Pasco y Guillermo Alberto Federico Núñez Danjoy

95. A lo largo de su denuncia NDS ha sostenido que las denunciadas habrían orquestado una campaña de desprestigio en su contra. En tal sentido, NDS ha hecho énfasis en el accionar del señor Angeles, señalando que sus problemas empezaron a raíz de su contratación como gerente comercial de NDS en noviembre de 2015. Así, de acuerdo con la denuncia, sus acciones habrían sido:
- i. Cuando entró, dio de baja a todo el equipo comercial y contrató personal comercial de su confianza.
 - ii. Contrató coludido con Alberto Raúl Espinoza Caro (en adelante, el señor Espinoza) a un aproximado de 40 ex trabajadores de Italtel y Cisco.
 - iii. A mediados de 2016 cambió de distribuidor y se dejaron las relaciones comerciales con Ingram Micro para pasar a trabajar con Cisco.
 - iv. En agosto de 2016, el señor Angeles en complicidad con el Account Manager de Cisco Darío Espinoza, que actualmente trabaja en Noovus, adelantó una orden de compra a Ingram Micro por una suma de 250 mil dólares sin contar con orden de compra del cliente final.
 - v. En el año 2017 hubo dos devoluciones de mercadería a Cisco por compras sin órdenes de compra del cliente final Atento.
 - vi. En febrero de 2018, el señor Angeles y el señor Espinoza salen de NDS llevándose consigo a todo el equipo comercial y técnico a la nueva empresa Noovus.

- vii. Inició una campaña de desprestigio contra NDS junto con los ex comerciales y ex técnicos, apoyados por Italtel y Cisco con el objetivo de llevarse todos los clientes de NDS a Novus.
96. NDS también ha subrayado que el señor Núñez, Gerente General de Nexus, ingresa como apoderado de NDS como requisito para que esta última continúe comercializando los productos de Cisco, señalando lo siguiente:

*"Asimismo, es importante mencionar que **NEXUS** causa irresponsablemente el endeudamiento de **NDS**, cuando ingresa a los Estatutos (SIC) a través de uno de sus representantes como apoderado de **NDS** para administrar la sociedad íntegramente. Por otro lado, hay que considerar que, por políticas de **CISCO**, esta empresa permite que los **TIER 2** que tengan problemas de financiamiento o de adquisición de compra de sus productos puedan apalancarse a través de facturación directa o cesión de cobranza, exigencia por la cual **NEXUS** ingresó y puso como apoderado en **NDS** a su Gerente General **GUILLERMO ALBERTO FEDERICO NÚÑEZ DANJOY**."*

(...)

***NEXUS** ingresa como apoderado y toma la administración de **NDS** y genera un mayor endeudamiento, no paga las deudas financieras, no paga liquidaciones, no paga SUNAT, no paga AFP, llevando a **NDS** al borde de la quiebra financiera."*

97. En primer lugar, las cinco primeras acciones del señor Angeles, mencionadas previamente, solo describen un conjunto de decisiones comerciales tomadas desde la gerencia comercial de NDS e, independientemente de que hayan sido tomadas por una persona que posteriormente salió de la empresa, todas fueron decisiones internas de la empresa que se denuncian de manera *ex post* como si hubieran sido realizadas por un externo a la empresa. Sin embargo, fueron realizadas como parte de la gestión y en representación de NDS. En tal sentido, la controversia surgida a raíz de las acciones tomadas por Enzo Angeles durante su labor como Gerente Comercial no configura una infracción de la LRCA.
98. En segundo lugar, respecto de la salida de los señores Angeles y Alberto Espinoza junto con los ex funcionarios de la gerencia comercial y los ex trabajadores técnicos, cabe reiterar que, el hecho de que ex trabajadores de una empresa formen parte del staff de las empresas denunciadas no configura una práctica que atente contra la normativa de libre competencia. Por el contrario, el mercado laboral es un mercado sobre el cual también se rigen las normas de libre competencia y es de esperarse que exista dinamismo y movilidad laboral producto de las fuerzas de la oferta y la demanda.
99. En tercer lugar, respecto a la presunta campaña de desprestigio orquestada por los ex funcionarios de NDS en la empresa Noovus, en el marco de la cual se habría dado el accionar de los señores Angeles, así como la presunta campaña de desprestigio orquestada por el señor Núñez, Gerente General de Nexus, cuando era apoderado de NDS, cabe reiterar los argumentos referidos a que dichas

circunstancias constituyen una controversia ajena a las normas de libre competencia.

100. No obstante, siendo Noovus un competidor de NDS, esta Secretaría Técnica considera que los hechos denunciados por esta empresa, detallados en los párrafos 95 y 96, podrían constituir una presunta infracción a las normas de competencia desleal. En tal sentido, cabe recordar que la Ley de Represión de la Competencia Desleal establece la siguiente cláusula general:

«Artículo 6º.- Cláusula general.-

6.1.- *Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.*

6.2.- *Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.»*

101. Por lo tanto, corresponde remitir una copia de los actuados a la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal para que, en el ámbito de sus competencias, evalúe la pertinencia de iniciar una investigación preliminar. Sin perjuicio de lo anterior, se deja a salvo el derecho de la denunciante de acudir a otras vías administrativas o jurisdiccionales para hacer valer sus pretensiones.

4.9. Sobre la solicitud de una inspección y una medida cautelar

102. NDS solicitó que se realizara una inspección en las oficinas de las denunciadas, en la cual se copie información de los archivos físicos, magnéticos o correos electrónicos, así como de cualquier documento que se estime pertinente.
103. Sobre el particular, el artículo 15.3 de la LRCA reconoce la facultad de esta Secretaría Técnica para realizar inspecciones en el desarrollo de sus investigaciones:

«Artículo 15.- La Secretaría Técnica

15.3. *Para el desarrollo de sus investigaciones, la Secretaría Técnica se encuentra facultada para:*
(...)

c) *Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos, magnéticos o electrónicos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se estimen necesarias. Para ingresar podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública.*

La Secretaría Técnica deberá obtener autorización judicial previa para proceder al descerraje en caso hubiera negativa a la entrada en los locales o estos estuvieran cerrados, así como para copiar correspondencia privada que pudiera estar contenida en archivos físicos o electrónicos (...).»

(subrayado añadido)

104. En este punto, cabe resaltar que las visitas de inspección, en comparación con los requerimientos de información o la toma de declaraciones, suelen ser más gravosas e invasivas en los derechos de los administrados, de ahí que su uso se encuentre legítimamente restringido a aquellos casos donde existe sospechas de posibles conductas anticompetitivas²⁵.
105. A mayor abundamiento, la Secretaría de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha señalado que: *«los requisitos sustantivos para llevar a cabo inspecciones sin previo aviso pueden variar según las jurisdicciones, pero en la mayoría de casos, es necesario un grado suficiente de sospecha para llevar a cabo una búsqueda. La facultad de llevar a cabo inspecciones por sorpresa suele estar limitada a los casos en que las autoridades de defensa de la competencia pueden basar sus decisiones en pruebas preliminares suficientes para justificar la inspección»*²⁶.
106. En el presente caso, conforme a lo solicitado por NDS, una eventual inspección estaría dirigida a acreditar la posición de dominio de Cisco en el mercado relevante y, sobre todo, más detalles sobre el trato diferenciado o discriminación de precios y la negativa de trato alegados para sustentar el abuso de posición de dominio denunciado, así como las presuntas prácticas colusorias horizontales.
107. Sin embargo, respecto del extremo de la denuncia referido a un presunto abuso de posición de dominio, incluso admitiendo que existe posición de dominio y que se verificó una discriminación de precios y una negativa de trato, ello no enervaría uno de los principales fundamentos por el que se declaró que no existían indicios razonables del referido tipo infractor: el hecho de que no existe relación de competencia con Cisco, conforme a lo analizado en la presente Resolución en función de lo que la información que la propia denunciante ha aportado.
108. En términos similares, en relación con el extremo de la denuncia referido a presuntas prácticas colusorias horizontales, cualquier información obtenida en una eventual inspección no enervaría uno de los principales fundamentos por el que se declaró que no existían indicios razonables de este tipo infractor: el hecho de que las empresas denunciadas no son competidoras entre sí, conforme a lo analizado en la presente Resolución en función de lo que la información que la propia denunciante ha aportado.

²⁵ Resolución 024-2018/ST-CLC-INDECOPI del 4 de junio de 2018, confirmada por la Resolución 0027-2019/SDC-INDECOPI del 7 de febrero de 2019.

²⁶ OECD, *Visitas de inspecciones sin previo aviso en investigaciones de conductas anticompetitivas*. Documento elaborado para el Foro Latinoamericano de Competencia, 2013, p. 4. En esa misma línea, se ha señalado que "Naturalmente, llevar a cabo una visita de inspección conlleva que la autoridad incurra en distintos gastos, referidos tanto al uso de recursos económicos y técnicos como a la presencia de los inspectores en sede de las empresas por todo el lapso que dure la diligencia. Dicha situación, aunada a la importancia de garantizar la eficacia de estas diligencias, determina que sea indispensable que la Secretaría Técnica realice visitas de inspección en caso considere que estas serán fructíferas, contando con sospechas acerca de la posible existencia de evidencias en poder de la compañía investigada asociadas a la infracción fiscalizada." (INDECOPI. *Proyecto de Lineamientos de Visitas de Inspección*. Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 2019, p. 18)



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

109. Por lo expuesto, corresponde desestimar la solicitud de una inspección presentada por NDS, en tanto no existen sospechas de posibles conductas anticompetitivas.
110. NDS también solicitó que se señale fecha y hora para que su Gerente General brindara su declaración testimonial. Sin embargo, corresponde desestimar dicha solicitud en términos similares a la inspección pues un eventual testimonio no enervaría los fundamentos expuestos en los párrafos 107 y 108.
111. Finalmente, carece de objeto pronunciarse sobre la solicitud de imposición de multas y medidas cautelares, en tanto es accesoria a la denuncia previamente declarada inadmisibile.

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

PRIMERO: Declarar improcedente la denuncia presentada por NDS del Perú S.A.C. contra Cisco Systems Perú S.A. por abuso de posición de dominio y, en consecuencia, no iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de dicho agente, al no haberse acreditado la existencia de indicios razonables acerca de dicho supuesto.

SEGUNDO: Declarar improcedente la denuncia presentada por NDS del Perú S.A.C. contra Cisco Systems Perú S.A., Nexus Technology S.A.C., Italtel Perú S.A.C. y Noovus Technology Business Unit S.A.C. por prácticas colusorias horizontales y, en consecuencia, no iniciar un procedimiento administrativo sancionador en contra de dichos agentes, al no haberse acreditado la existencia de indicios razonables acerca de dicho supuesto.

TERCERO: Desestimar las solicitudes de inspección y declaración testimonial presentadas por NDS del Perú S.A.C.

CUARTO: Declarar que carece de objeto pronunciarse sobre la solicitud de imposición de multas y medidas cautelares presentada por NDS del Perú S.A.C., en tanto es accesoria a la denuncia previamente declarada inadmisibile.

QUINTO: Remitir una copia de los actuados a la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal para que, en el ámbito de sus competencias, evalúe la pertinencia de iniciar una investigación preliminar por presuntas infracciones a la Ley de Represión de la Competencia Desleal.



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