

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE
COMPETENCIA
DENUNCIANTE : NEPT COMPUTER S.R.L.
DENUNCIADA : GRUPO DELTRON S.A.
MATERIA : LIBRE COMPETENCIA
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO
NEGATIVA INJUSTIFICADA DE VENTA
IMPROCEDENCIA DE LA DENUNCIA
ACTIVIDAD : VENTA AL POR MENOR EN COMERCIOS NO
ESPECIALIZADOS

SUMILLA: se **CONFIRMA** la Resolución 017-2014/ST-CLC-INDECOPI del 28 de octubre de 2014, emitida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, que declaró improcedente la denuncia presentada por Nept Computer S.R.L. contra Grupo Deltron S.A., por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, supuesto descrito en el artículo 10.2 literal a) del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

La razón es que no existen indicios razonables que Grupo Deltron S.A. ostente una posición de dominio en el mercado de comercialización mayorista de microprocesadores en las regiones La Libertad y Lima, así como tampoco existen indicios razonables de que la negativa de venta de productos comercializados por la denunciada tenga la capacidad de producir efectos anticompetitivos en el mercado en el cual participa Nept Computer S.R.L.

Lima, 11 de septiembre de 2015

I. ANTECEDENTES

1. El 16 de mayo de 2013¹, Nept Computer S.R.L. (en adelante, Nept Computer) denunció a Grupo Deltron S.A. (en lo sucesivo, Grupo Deltron) ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta de bienes e insumos para soporte técnico informático, infracción prevista en el artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
2. En su denuncia, Nept Computer manifestó lo siguiente:

¹ Complementado con escrito del 17 de julio, 19 de septiembre de 2013 y 3 de febrero de 2014.

- (i) Grupo Deltron ha mantenido relaciones comerciales con Nept Computer por más de quince (15) años, encargándose de proveer insumos, partes y equipos de informática. Cabe indicar que Grupo Deltron es la única empresa mayorista y distribuidora de este rubro en Trujillo, así como también es el único comercializador en el Perú de las marcas Advance, Ecotrend, Boomer, Bytecc y Corsair.
- (ii) En noviembre del año 2011, Grupo Deltron comunicó a Nept Computer que estaban realizando una auditoría de las áreas de ventas y créditos del periodo comprendido entre enero de 2008 hasta 31 de mayo de 2011, por lo que debían proporcionar documentos que demuestren los pagos de los productos que habían adquirido en dicho periodo.
- (iii) Se debe tener en cuenta que Nept Computer informó oportunamente a Grupo Deltron que no podría cumplir con lo solicitado, puesto que no cuenta con facultades fiscalizadoras, correspondiéndole a la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria - Sunat proporcionar la información referente a los comprobantes de pago por las ventas realizadas.
- (iv) Sin embargo, dicho incidente generó que Grupo Deltron se rehúse a vender sus productos a Nept Computer, incluso cuando se les ha ofrecido pagar al contado por la mercadería.
- (v) Asimismo, Grupo Deltron se ha negado a hacer efectivas las notas de crédito que entregó a Nept Computer, a consecuencia de la devolución de mercadería que había presentado problemas técnicos.
- (vi) En ese contexto, Nept Computer se encuentra impedida de realizar su actividad económica en condiciones regulares, lo que la perjudicó económicamente en cuanto a sus ingresos durante los años 2011 y 2012.
- (vii) A fin de cumplir con las obligaciones contractuales, Nept Computer se encuentra obligada de comprar de terceros, a un precio superior, los insumos, partes y equipos de informática.
- (viii) Pese a ser una empresa mayorista, Grupo Deltron participa en algunas licitaciones como distribuidor, compitiendo con Nept Computer.

3. Por Carta 609-2014/ST-CLC-INDECOPI del 24 de septiembre de 2014, la Secretaría Técnica de la Comisión citó a una entrevista al señor Pedro Solano Colmenares, en su calidad de Gerente General de Nept Computer, con la finalidad de reunir mayores elementos de juicio sobre las características y el funcionamiento de distribución y comercialización de productos informáticos. Dicha entrevista se llevó a cabo el 25 de septiembre de 2014.
4. Mediante Cartas 659-2014/ST-CLC-INDECOPI y 660-2014/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a Nept Computer y Grupo Deltron, respectivamente, la presentación de determinada información sobre las actividades que realizan.
5. El 15 de octubre de 2014, Nept Computer absolvió el requerimiento de información señalando lo siguiente:
 - (i) La negativa de venta hacia Nept Computer se inició a partir de la segunda quincena del mes de diciembre de 2011, debido a un robo ocurrido al interior de Grupo Deltron, hecho que fue atribuido a Nept Computer, originándose un proceso judicial entre ambas partes.
 - (ii) Grupo Deltron es el principal mayorista, a nivel nacional, de equipos de cómputo, componentes, suministros y periféricos, que ofrece precios preferenciales a sus distribuidores. Se debe tener en cuenta que Grupo Deltron es el único comercializador en el Perú de las marcas Advance, Ecotrend, Boomer, Bytecc y Corsair.
 - (iii) Ante la negativa de venta de Grupo Deltron, Nept Computer tuvo que contratar con otros proveedores, quienes en su mayoría tienen oficina principal en la ciudad de Lima. Si bien otras empresas proveedoras venden los productos que demanda Nept Computer, no comercializan las marcas exclusivas de Grupo Deltron.
 - (iv) A consecuencia de la negativa de venta por parte de Grupo Deltron, se perjudica la posición en el mercado de Nept Computer, beneficiando a sus competidores; así como también, se restringe la oferta a los consumidores finales.
6. El 23 de octubre de 2014, Grupo Deltron absolvió el requerimiento de información señalando lo siguiente:

- (i) Grupo Deltron es una empresa mayorista dedicada a la venta de equipos de cómputo, partes y suministros informáticos, contando con oficinas en Lima (oficina principal) y cinco sucursales en Arequipa, Trujillo, Chiclayo, Cusco y Huancayo.
 - (ii) Los clientes de Grupo Deltron son los distribuidores minoristas, esto es, la empresa denunciada no atiende a consumidores finales y no tiene distribuidores exclusivos.
 - (iii) Actualmente, ha iniciado dos procesos penales contra Nept Computer por presunto delito de falsedad genérica y apropiación ilícita; y, por presunto delito de libramiento indebido, ambos en agravio de Grupo Deltron.
7. Mediante Resolución 017-2014/ST-CEB-INDECOPI del 28 de octubre de 2014, la Secretaría Técnica de la Comisión declaró improcedente la denuncia presentada por Nept Computer, de acuerdo con los siguientes fundamentos:
- (i) De la información brindada por el denunciante, se verifica que uno de los principales productos adquiridos a Grupo Deltron son los microprocesadores de las marcas Intel y AMD.
 - (ii) Con respecto a las marcas exclusivas comercializadas por Grupo Deltron, Nept Computer adquirió una portátil de la marca Advance, que representó 0,23% del valor total de las compras realizadas a Grupo Deltron; memorias y fuentes de la marca Corsair (0,70% y 0,29%, respectivamente); y, case, muebles de computo, parlante y mouse y teclado de la marca Ecotrend (1,36%, 0,34%, 0,002% y 0,0098%, respectivamente).
 - (iii) Se debe tener en cuenta que entre septiembre de 2010 y agosto de 2014, las empresas Grupo Technologies S.A. y JM Informatik S.A.C. proveyeron a Nept Computer de productos de la marca Advance; y, Pcnor Soluciones S.A.C., y Computata Inversiones S.A.C. de productos de la marca Corsair. Asimismo, en dicho periodo, no ha adquirido productos de las marcas Boomer y Bytec.
 - (iv) Teniendo en cuenta los términos de la denuncia y la importancia de los productos demandados por Nept Computer a Grupo Deltron, en relación con su valor de compra en el periodo septiembre de 2010 – diciembre de 2011, el mercado de producto relevante podría definirse, de manera

preliminar como el de comercialización mayorista de microprocesadores.

- (v) Con relación al mercado geográfico, considerando los términos de la denuncia y la información proporcionada por el denunciante (la ubicación de Nept Computer en la región La Libertad y la región Lima como fuente alternativa de provisión del producto relevante), el mercado geográfico relevante podría definirse, de manera preliminar, como las regiones La Libertad y Lima.
- (vi) De otro lado, sobre la participación en el mercado de Grupo Deltron, dicha empresa identificó que para el 2013 registró la mayor participación de mercado (34%), seguido por Tech Data Peru S.A.C. (18%), Intcomex Perú S.A.C. (16%), Máxima Internacional S.A. (16%), Computiskett S.R.L. (5%), Ingram Micro Perú S.A. (5%), Pc Link S.A.C. (4%) y Cubix Perú S.A.C. (2%).
- (vii) Sin embargo, a fin de medir la participación en el mercado de Grupo Deltron y sus competidores, se asumirá que las participaciones reflejan el volumen de importaciones de microprocesadores al mercado nacional. En esa línea, durante el periodo 2010 – 2013, Grupo Deltron registró la mayor participación en el volumen de importación de microprocesadores (entre 44% y 54%), seguido por Pc Link S.A.C. (entre 7% y 16%), Intcomex Peru S.A.C. (entre 12% y 13%), Maxima Internacional S.A. (entre 11% y 13%), Tech Data Peru S.A.C. (entre 4% y 7%), entre otros.
- (viii) Dado que a nivel indiciario, las participaciones de mercado de Grupo Deltron y sus competidores podrían ser un primer indicador de la tenencia de posición de dominio, corresponde evaluar la presencia o ausencia de barreras a la entrada para el ingreso de nuevos competidores, toda vez que será en función a la magnitud de aquellas barreras que la competencia potencial podrá disciplinar el comportamiento de las empresas establecidas impidiendo comportamientos anticompetitivos.
- (ix) Sobre lo anterior, (a) los establecimientos de una empresa de comercialización mayorista de microprocesadores no podrían representar costos hundidos para el entrante; (b) Grupo Deltron no mantendría contratos de exclusividad ni con proveedores ni distribuidores minoristas, por lo que no se identifican indicios razonables de la existencia de barreras estratégicas; y, (c) tampoco existen indicios

razonables de la existencia de barreras legales que dificulten, retrasen o desincentiven el ingreso al mercado de comercialización mayorista de microprocesadores en las regiones La Libertad y Lima.

- (x) Pese a que no estaría confirmada la tenencia de posición de dominio por parte de Grupo Deltron en el mercado relevante, se continuó analizando los requisitos referidos a la negativa de venta y al efecto exclusorio.
- (xi) A nivel indiciario, puede afirmarse que existe negativa de venta, toda vez que Grupo Deltron se habría negado a suministrar a Nept Computer los microprocesadores que comercializa, de acuerdo con lo señalado en la carta notarial del 9 de septiembre de 2013.
- (xii) En cuanto a la posible existencia de una relación de competencia, no se ha verificado la existencia de indicios razonables de que exista una relación de competencia entre Grupo Deltron y Nept Computer. Ello, toda vez que el denunciante no ha participado en un nivel inferior de la cadena de comercialización de microprocesadores en las regiones La Libertad y Lima, así como tampoco ha sido un competidor indirecto de la denunciada.
- (xiii) Con respecto a las licitaciones públicas, no se ha verificado que Nept Computer y Grupo Deltron compitan en dichos procesos de selección. Por el contrario, el propio denunciante ha reconocido que existen ciertas características (por ejemplo, el tamaño de la empresa, la capacidad adquisitiva) que lo diferenciarían de la denunciada y que le impedirían competir en el mismo nivel de la cadena de comercialización.
- (xiv) Sin perjuicio de que no exista relación de competencia entre Nept Computer y Grupo Deltron, se consideró conveniente evaluar los presuntos efectos anticompetitivos en el escenario que hubiera existido competencia entre ambas empresas.
- (xv) En dicho contexto, aun cuando Grupo Deltron podría haber gozado de posición de dominio en el mercado relevante, se habría negado a venderle a Nept Computer y, hubiese existido una relación de competencia entre ellas, la conducta denunciada no podría haber tenido la capacidad de afectar la competencia en el mercado de comercialización minorista de microprocesadores en la región La Libertad. Ello, toda vez que a nivel minorista existe un gran número de empresas competidoras, por lo que la participación de Grupo Deltron en

dicho mercado no habría tenido la capacidad para afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo en el mercado de venta minorista de microprocesadores en la región La Libertad, ni tampoco habría afectado el bienestar de los consumidores.

- (xvi) En efecto, Nept Computer alegó que Grupo Deltron busca afectar a su empresa en particular, y no que la negativa de venta hubiera sido con la intención de obtener un beneficio anticompetitivo a consecuencia del traslado de poder de mercado del nivel de comercialización mayorista de microprocesadores al nivel de comercialización minorista.
 - (xvii) En tal sentido, considerando que ni la denuncia de Nept Computer ni las actuaciones previas realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión han permitido determinar la existencia de indicios razonables de los requisitos para que se configure la infracción denunciada y que estos sean concurrentes, corresponde declarar improcedente la denuncia.
8. El 20 de enero de 2015, Nept Computer presentó un recurso de apelación contra la Resolución 017-2014/ST-CEB-INDECOPI del 28 de octubre de 2014, alegando lo siguiente:
- (i) Grupo Deltron es el único comercializador en el Perú de las marcas Advance, Ecotrend, Boomer, Bytecc y Corsair, por lo que sí cuenta con posición de dominio en el mercado y su negativa injustificada de contratar afecta y distorsiona las condiciones de oferta en el mercado respecto de dichos productos.
 - (ii) A consecuencia de la negativa de venta de Grupo Deltron a la denunciante, la empresa denunciada recibe beneficios económicos, toda vez que no cumple con pagar las notas de crédito emitidas a favor de Nept Computer.
 - (iii) A diferencia de lo señalado por la Secretaría Técnica de la Comisión, Grupo Deltron es competidor de Nept Computer, ya que ambas empresas participan en procesos de licitación pública.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

9. Luego de analizar los argumentos expuestos en la apelación, la Sala considera que debe determinarse si existen indicios razonables de que los hechos denunciados por Nept Computer pueden constituir un supuesto de

abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa de trato en el ámbito del Decreto Legislativo 1034.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

III.1 El abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato en el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

10. El artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas² establece que existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, lo que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.
11. En similar sentido, el artículo 10.2 del mismo cuerpo normativo³ establece que los supuestos de abuso de posición de dominio únicamente podrán consistir en conductas de efecto exclusorio. Un abuso de posición de dominio

² **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

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

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

(...)

³ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

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;
- 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;
- c) Subordinar 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;
- d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;
- e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;
- f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;
- g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,
- 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.

exclusorio es aquel que afecta directamente la dinámica de la competencia pues impide el acceso de competidores del dominante al mercado o dificulta su permanencia en él⁴.

12. A partir de las mencionadas disposiciones, en diversos pronunciamientos⁵, esta Sala ha establecido que la exigencia del carácter exclusorio del abuso de posición de dominio implica que las conductas que se encuentran en el ámbito de aplicación de la ley, son aquellas mediante las cuales se pretende excluir a competidores del mercado o impedir su ingreso, afectándose con ello el proceso competitivo.
13. Es importante anotar que la identificación de las conductas de abuso de posición de dominio con un efecto de exclusión de competidores guarda directa relación con la finalidad de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁶ contenida en su artículo 1, esto es, la prohibición de

⁴ Las prácticas exclusorias o prácticas de exclusión son aquellas mediante las cuales un monopolista u operador dominante ejerce su poder monopólico para disuadir la entrada de potenciales competidores al mercado o impedir que éstos incrementen su producción. Al respecto, Hovenkamp anota:

(...) El Juez Wyzanski sabiamente definió el "ejercicio" del poder de monopolio como una práctica "de exclusión" - es decir, una práctica que disuade a los potenciales rivales de entrar en el mercado del monopolista, o a los rivales actuales de aumentar su producción en respuesta al incremento de los precios del monopolio. Las ventas del monopolista de su producto a un precio de monopolio no es una práctica de "exclusión".

(...)

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

Traducción libre del siguiente texto:

(...)

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

(...)

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

En: HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The law of competition and its practice*. 2da Edición. West Group: Minnesota, 1999, pp. 267-269.

⁵ Al respecto, ver: Resolución 027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008 expedida en el Expediente 003-2005/CLC correspondiente al procedimiento seguido por la Asociación de Agencia de Turismo del Cusco contra Consettur Machupicchu S.A.C.; Resolución 1348 –2010/SC1-INDECOPI expedida el 18 de marzo de 2010 en el Expediente 011-2008/CLC en el marco de la denuncia interpuesta por Álvaro Antonio Bustamante Quiroz y otros contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A.A.; y, Resolución 0708-2011/SC1-INDECOPI del 16 de marzo de 2011, expedida en el Expediente 013-2007/CLC como consecuencia de la denuncia interpuesta por la Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú y el Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera de la Cuenca de Lima contra Gloria S.A.

⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 1. Finalidad de la presente Ley.-

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

conductas que dañen el proceso competitivo y, por ende, la eficiencia económica.

14. Asimismo, el artículo 10.5 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁷ establece expresamente que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales. Con esta disposición, se incide en la exigencia del carácter excluyente del abuso de posición de dominio, siendo que el establecimiento de precios por parte de una empresa dominante a un nivel que implique únicamente la maximización de sus beneficios⁸, es una conducta que solo representa el ejercicio de dicha posición, pero que no se encuentra en el ámbito de aplicación de la ley, dado que no afecta el proceso competitivo al no estar dirigida a competidores actuales o potenciales del dominante⁹.
15. Dentro de las modalidades de abuso de posición de dominio, el literal a) del artículo 10.2 de la ley¹⁰ recoge la figura de la negativa injustificada de trato, al señalar que califica como un supuesto de abuso de dicha posición el que un agente dominante se niegue injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios.
16. Dicha modalidad de abuso de posición de dominio está estrechamente vinculada con el ejercicio del derecho a la libre contratación, el cual se reconoce que encuentra una doble dimensión: la libertad de contratar y la libertad contractual. La libertad de contratar es entendida como la facultad que tiene una persona de decidir si contrata o no, y de ser el caso, con quién lo hace; mientras que la libertad contractual o libertad de configuración

⁷ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Artículo 10.- El abuso de posición de dominio.-

(...)

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

⁸ Este es el caso de las denominadas prácticas explotativas, entre ellas, la imposición de los denominados "precios excesivos".

⁹ En este sentido, ver: Resolución 027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008.

¹⁰ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
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 excluyente tales como:

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

(...)

contractual, en un sentido estricto, consiste en la posibilidad de decidir la materia respecto de la que se va a contratar¹¹.

17. La Constitución Política del Perú establece que la libertad de contratación, debe respetar los límites previstos en la ley¹², por lo que este derecho debe ejercerse en armonía con las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 1034, las cuales constituyen la legislación de desarrollo constitucional del principio rector de la libre competencia¹³.
18. No obstante lo anterior, se debe atender a que la represión y sanción de una práctica de abuso de posición dominante no solo requiere verificar como presupuesto que el sujeto infractor ostente dicha condición. Conforme se advierte de las disposiciones del Decreto Legislativo 1034 antes señaladas, también es necesario que la conducta cuestionada genere o sea susceptible de generar un efecto exclusorio, es decir, que excluya a competidores del mercado o que impida el ingreso a este último de potenciales rivales del presunto agente dominante.
19. La exigencia del efecto exclusorio 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

¹¹ Según esta clasificación seguida por doctrina nacional, se entiende por "libertad de contratar" a la libertad de decidir cuándo y con quién contratar o no contratar, mientras que por la "libertad contractual" o "libertad de configuración interna" se refiere a la libertad de diseñar las reglas contractuales. Ver: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Tomo I. Editorial Palestra, Lima, 2001. Pág. 197. A nivel de la doctrina comparada, se recoge una noción que comprende ambas facetas al denominar como libertad contractual (también llamada libertad de contratación o libertad de contratar) a la posibilidad que le concede la ley a los particulares para decidir si contratar o no contratar, con quién hacerlo, y con qué contenido (Ver, entre otros: BERCOVITZ RODRIGUEZ – CANO, Rodrigo (Director). *Tratado de Contratos*. Tomo I. Tirant lo Blanch: Valencia, 2009, p.129; y, ALPA, Guido. *El contrato en el derecho privado italiano actual*. En: AA.VV. *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. 2da edición. ARA Editores: Lima, 2004, p. 139)

¹² **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 2.-

Toda persona tiene derecho:

(...)

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

(...)

Artículo 62.-

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. (...)

¹³ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 61.-

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.

(...)

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.

20. El tratamiento de las prácticas de abuso de posición de dominio en el Decreto Legislativo 1034, en lo referido a la necesidad que se produzca un efecto exclusorio cuyo presupuesto sea una relación de competencia actual o potencial, es acorde con lo establecido en la doctrina y la experiencia jurisprudencial comparada, en particular en este último caso, en los pronunciamientos expedidos por las cortes de los Estados Unidos de América y los criterios establecidos por las autoridades de competencia de la Unión Europea.
21. Respecto de las negativas injustificadas de trato, la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos ha establecido a partir de la denominada “Doctrina Colgate” que aquellas conductas deben apuntar necesariamente a reforzar el poder del monopolista, al señalar que “ante la ausencia de un propósito de crear o mantener un monopolio, la ley no restringe el largamente reconocido derecho de un comerciante o de un productor de decidir libremente con quien contratar en sus transacciones privadas”¹⁴. (Subrayado añadido).
22. Los casos de negativas de trato analizados por dicha Corte Suprema con posterioridad a *United States v. Colgate* han implicado que exista como presupuesto una relación de competencia, al tratarse de negativas de venta a empresas que compiten en otro nivel de la cadena con el monopolista (*Eastman Kodak Co. v. Southern Photo*¹⁵, *Otter Tail Power Co. v. United States*¹⁶ o *MCI Communications v. AT&T Corp.*¹⁷), o a empresas que también adquieren productos de un competidor (*Lorain Journal Co. v. United States*¹⁸).

¹⁴ Traducción libre del siguiente texto: “(...) in the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the (Sherman Act) does not restrict the long recognized right of (a) trade or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal”. *United States v. Colgate*, 250 U.S. 300 (1919)

¹⁵ *Eastman Kodak Co. v. Southern Photo*, 273 U.S. 359 (1927)

¹⁶ *Otter Tail Power Co. v. United States*, 410 U.S. 366, 368 (1973)

¹⁷ *MCI Communications v. AT&T Corp.*, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), cert. denied, 464 U.S. 891 (1983).

¹⁸ *Lorain Journal Co. v. United States*, 342 U.S. 143 (1951).

23. En la doctrina sobre esta materia, autores como Glazer y Lipsky han enfatizado que los casos en los cuales no se presenta una relación de competencia entre el presunto monopolista y el agente que es objeto de la negativa no deben ser considerados como ilegales en ningún caso, en la medida que mediante aquella no se preserve o se extienda el poder monopólico.¹⁹
24. De manera similar, al desarrollar recientemente la aplicación del artículo 82 del Tratado de Roma²⁰ a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, la Comisión Europea²¹ ha establecido que la represión de dicha clase de conductas apunta a garantizar que “(...) *las empresas que disfrutan de una posición dominante no excluyan a sus competidores por otros medios que no sean la competencia basada en los méritos de los productos o servicios que ofrecen*”.
25. El abuso de posición de dominio por parte de un agente dominante es susceptible de ser reprimido en tanto evidencie la existencia de un objetivo de restricción del mercado (*foreclosure*), el que puede tener lugar en el mismo mercado donde opera el dominante o en un mercado relacionado verticalmente, buscando el “apalancamiento” (*monopoly leveraging*) de su poder de mercado²².

¹⁹ GLAZER, Kenneth y Abbot LIPSKY. *Unilateral Refusal to Deal under Section 2 of the Sherman Act*. En: *Antitrust Law Journal*, Vol. 63, 1995, pp. 749 – 800.

²⁰ **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.-**
Artículo 102 (antiguo artículo 82 TCE)
Será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.
Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:
a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;
b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;
c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

(Todas las referencias al artículo 82 deben entenderse efectuadas al actual artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, tal como fue denominado por el Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009).

²¹ *Comunicación de la Comisión - Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes*. En: *Diario Oficial* n° C 045 de 24/02/2009 p. 0007 – 0020. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009XC0224\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009XC0224(01):ES:HTML)

²² La Comisión Europea destaca que en los casos de abuso de posición de dominio en la modalidad de denegación de suministro o negativa de venta, los problemas de competencia surgen principalmente cuando la empresa dominante

26. De otro lado, también resulta relevante resaltar que al analizar un caso de negativa injustificada de trato, la autoridad debe determinar los efectos perjudiciales y costos que se derivan de sancionar y obligar a compartir o contratar a un monopolista o dominante con un competidor. Al respecto, destaca el pronunciamiento de la Corte Suprema norteamericana en el caso *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LPP*²³, en el cual se enfatizó que dichos costos se encuentran relacionados principalmente con la disminución de los incentivos del dominante para invertir e innovar, y en algunos casos, incluso con el hecho que se podría facilitar la realización de prácticas colusorias, debido al contacto entre competidores.²⁴
27. Del mismo modo, pueden existir justificaciones comerciales válidas para negarse a contratar con un competidor, entre las que destacan aquellas de índole técnico o económico, tales como la limitación técnica de la producción, la calidad de los productos, el incumplimiento de pago, entre otras. Así, las negativas de trato que se sustenten en la generación de una mayor eficiencia económica deberán ser consideradas como justificadas y, por tanto, calificadas como lícitas.
28. Debido a los efectos derivados de dicha conducta y las justificaciones que pueden presentarse, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ha establecido que los supuestos de abuso de posición de dominio son prohibiciones relativas²⁵, de manera que la autoridad de competencia deberá determinar en cada caso si se configura la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

III.2 Análisis de los hechos denunciados por Nept Computer

compite en el mercado “descendente” (o “downstream”) con el comprador al que se niega a suministrar. (Al respecto, ver: Ibidem)

²³ 540 U.S. 398 (2004)

²⁴ Al respecto, ver: GELLHORN, Ernest; KOVACIC, Willian E. y Stephen CALKINS. *Derecho y Economía de la Competencia*. Thomson Reuters/West: México, 2008 pp. 165-166.

²⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.-**
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.

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-
(...)

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

29. Mediante Resolución 017-2014/ST-CLC-INDECOPI del 28 de octubre de 2014, la Secretaría Técnica de la Comisión declaró improcedente la denuncia presentada por Nept Computer, toda vez que consideró que no existen indicios razonables de un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato. Ello, teniendo en cuenta que no existen elementos para considerar a nivel preliminar que Grupo Deltron ostenta posición de dominio en el mercado de comercialización mayorista de microprocesadores en las regiones La Libertad y Lima, así como tampoco que exista una relación de competencia directa o indirecta con la denunciante ni que se evidencie un beneficio anticompetitivo a su favor como consecuencia de la presunta infracción.
30. En apelación, Nept Computer señaló que Grupo Deltron es el único comercializador en el Perú de las marcas Advance, Ecotrend, Boomer, Bytecc y Corsair, por lo que sí cuenta con posición de dominio en el mercado y su negativa injustificada de contratar afecta y distorsiona las condiciones de oferta en el mercado respecto de dichos productos.
31. Al respecto, este colegiado observa que en el análisis realizado por la primera instancia se determinó el mercado producto y el mercado geográfico²⁶ de acuerdo con los términos de la denuncia y la importancia de los productos demandados por Nept Computer a Grupo Deltron. Se debe tener en cuenta que la denunciante no ha cuestionado en apelación dicha determinación.
32. De ese modo, teniendo en cuenta que uno de los principales productos adquiridos a Grupo Deltron son los microprocesadores, el mercado de producto relevante ha sido definido preliminarmente como el de comercialización mayorista de microprocesadores, sin que se encuentre restringido a una marca en particular de los productos. Asimismo, conforme ha sido determinado de manera preliminar por la Comisión, considerando que Nept Computer se encuentra ubicado en la región La Libertad y su fuente alternativa de provisión del producto se encuentra en la región Lima, dichas regiones componen el mercado geográfico.

²⁶

DECRETO LEGISLATIVO 1034, LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Artículo 6.- El mercado relevante.-

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

33. Sobre el particular, de la revisión del expediente, se verifica que el universo de microprocesadores no se encuentra compuesto únicamente por productos de las marcas Advance, Ecotrend, Boomer, Bytecc y Corsair alegadas por Nept Computer como exclusivas de Grupo Deltron, sino que se encuentra comprendido por todas las existentes. Es más, incluso de la revisión de la información sobre los microprocesadores adquiridos a la denunciada, este colegiado advierte que dichos productos fueron de la marca Intel y AMD, marcas distintas a las señaladas como exclusivas.
34. Cabe indicar que las adquisiciones realizadas por Nept Computer a Grupo Deltron en productos de las presuntas marcas exclusivas son reducidas, pues en el periodo comprendido entre septiembre de 2010 y diciembre de 2011 (antes del inicio de la presunta negativa de trato) las compras consistieron en:
- (i) una portátil de la marca Advance, que representó 0,23% del valor total de las compras realizadas a la denunciada;
 - (ii) memorias y fuentes de la marca Corsair, que representaron 0,70% y 0,29%, respectivamente, del valor de total de las compras; y,
 - (iii) cases, muebles de computo, parlantes, mouses y teclados de la marca Ecotrend, que representaron 1,36%, 0,34%, 0,002% y 0,0098%, respectivamente, del valor total de las compras.
35. A partir de lo expuesto, la Sala observa que (i) el mercado producto definido no se encuentra restringido a una marca en particular, y (ii) de la revisión de las compras realizadas a productos de las presuntas marcas exclusivas, Nept Computer adquirió artículos distintos a microprocesadores y en un porcentaje bastante reducido.
36. Sin perjuicio de lo expuesto, corresponde señalar que de lo actuado en el expediente, Nept Computer no ha acreditado que Grupo Deltron sea la única empresa en el Perú que comercializa las marcas Advance, Ecotrend, Boomer, Bytecc y Corsair.
37. En efecto, la denunciante no ha presentado información oficial de las referidas marcas en donde se autorice o se indique que la exclusividad de la venta de sus productos le corresponde a Grupo Deltron, sino que sus alegaciones se sustentan en la información de un sitio web administrado por

un tercero²⁷ que no se encuentra vinculado ni representa a las marcas Advance, Ecotrend, Boomer, Bytecc y Corsair.

38. Además, de la revisión de las compras realizadas por Nept Computer²⁸, en el periodo comprendido entre septiembre de 2010 y agosto de 2014, las empresas Grupo Technologies S.A. y JM Informatik S.A.C. proveyeron al denunciante de productos de la marca Advance; así como también, Pcnor Soluciones S.A.C. y Computata Inversiones S.A.C. la proveyeron de productos de la marca Corsair.
39. Por tanto, corresponde desestimar el argumento de que Grupo Deltron sea el comercializador exclusivo de las marcas Advance, Ecotrend, Boomer, Bytecc y Corsair en el Perú para acreditar de manera indiciaria la posición de dominio en el mercado por parte de la denunciada.
40. Ahora bien, a fin de continuar con el análisis que permita determinar si existen indicios razonables de que Grupo Deltron cuenta con posición de dominio en el mercado de comercialización mayorista de microprocesadores, corresponde observar cuál es su participación dicho mercado. Sobre este punto, la Secretaría Técnica de la Comisión tomó en consideración las importaciones de microprocesadores en el mercado nacional durante el periodo 2010 al 2013, determinando que Grupo Deltron registró la mayor participación (entre 44% y 54%)²⁹.
41. De ese modo, preliminarmente, se observa una importante participación por parte de Grupo Deltron en el mercado relevante determinado. Sin embargo, cabe resaltar que ello no es un elemento suficiente para concluir que existen indicios razonables de la existencia de posición de dominio³⁰.

²⁷ El sitio web es www.datosperu.org.

²⁸ Ver foja 447 del expediente.

²⁹ Ver Cuadro 2 sobre participación de mercado según cantidad importada de microprocesadores, en la Resolución 017-2014/ST-CLC-INDECOPI.

³⁰ *"Sin embargo, no hay unanimidad en la literatura económica acerca de una cuota de mercado que permita concluir que una empresa es dominante en el mercado. Una cuota a priori parecería conceder poder de mercado (digamos 90%) puede no ser determinante si el mercado, por ejemplo, presenta una alta sustituibilidad de oferta o tiene barreras de entrada relativamente bajas. De otro lado, una empresa con una cuota de mercado baja (digamos, 30%) podría tener un poder de mercado significativo si el segmento competitivo que enfrenta está constituido de muchas empresas pequeñas de limitada capacidad o si el mercado presenta altas barreras a la entrada."*
GÓMEZ, Hugo, ZÚÑIGA, Mario y FIGARI, Hugo, "Hacia una Metodología para la Definición del Mercado Relevante y la Determinación de la Existencia de Posición de Dominio". En: *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. Año 1, 2005. Página 175.

42. En efecto, a nivel jurisprudencial, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en el caso *Hoffmann La Roche*³¹ ha indicado que la posición de dominio puede derivar de varios factores, sin que alguno de ellos por sí mismo pueda llegar a determinarlo. Igualmente, en el caso *United Brands*³², se señaló que una elevada cuota de participación en el mercado no ubica a la empresa como la dominante, sino que para determinar si una empresa ocupa una posición de dominio es necesario evaluar otros factores.
43. Así, en la línea de lo establecido en el artículo 7.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, resulta necesario evaluar otros factores como la presencia o ausencia de barreras de entrada al mercado³³, puesto que será en función a su magnitud que la competencia potencial podrá disciplinar el comportamiento de las empresas establecidas impidiendo comportamientos anticompetitivos.
44. Sobre el particular, como lo indica la Secretaría Técnica de la Comisión, podemos encontrar barreras a la entrada estructurales, estratégicas y legales. Las primeras -barreras estructurales- son las condiciones inherentes para operar en el mercado (por ejemplo, costos hundidos o existencia de facilidades esenciales); de otro lado, las segundas -barreras estratégicas- están relacionadas a las conductas de las empresas establecidas destinadas a disuadir la entrada de otros agentes económicos (por ejemplo, sobreinversión en capacidad); y, finalmente, las terceras -barreras legales- consisten en todos los permisos expedidos por organismos gubernamentales necesarios para realizar la actividad económica (por ejemplo, licencias, autorizaciones, requisitos medioambientales y/o fitosanitarios) que dilatan o impiden el acceso de potenciales competidores al mercado.

³¹ Sentencia del TJCE del 13 de febrero de 1979, dictada en el caso 85/76, Hoffmann La Roche c. Comisión. "que la existencia de una posición de dominante puede deberse a varios factores que, tomados por separado, no serían necesariamente determinantes, pero que, entre esos factores, uno muy significativo es la existencia de cuotas de mercado muy altas.

Considerando que el hecho de tener una cuota de mercado alta, como prueba de la existencia de una posición dominante, no es un dato inmutable, y que su importancia varía de un mercado a otro según la estructura de éstos, especialmente en lo que se refiere a la producción, a la oferta y a la demanda."
(Subrayado agregado)

³² Sentencia del TJCE del 14 de febrero de 1978, dictada en el caso 27/76, United Brands c. Comisión. "Considerando que, sin entrar en una discusión de porcentajes, necesariamente fijados de manera aproximada, se puede considerar probado que la cuota de UBC en el mercado de referencia es superior al 40% y 45%; que este porcentaje no permite sin embargo concluir que exista un control automático del mercado por UBC; que dicho porcentaje debe valorarse en relación con la fuerza y el número de sus competidores."
(Subrayado agregado)

³³ "Las barreras de entrada son factores que impiden o disuaden a las empresas nuevas de entrar en una industria, incluso cuando las empresas establecidas registran utilidades. Las barreras a la entrada pueden ser entendidas como aquellos factores que impiden o dificultan el ingreso de empresas nuevas a un determinado mercado."
GÓMEZ, Hugo y otros. Op. Cit. Página 182.

45. En el presente caso, Nept Computer no alegó en su apelación que existan barreras de entrada al mercado relevante determinado que permitan concluir que Grupo Deltron ostenta posición de dominio. Por el contrario, esta Sala coincide con la primera instancia en señalar lo siguiente con respecto a la presencia de barreras estructurales, estratégicas o legales:
- (i) Sobre las barreras estructurales, Grupo Deltron señaló que cuenta con una oficina principal en Lima, cinco sucursales ubicadas en Arequipa, Chiclayo, Cusco, Huancayo y Trujillo y un almacén en la ciudad de Iquitos³⁴. Sin embargo, los establecimientos de una empresa de comercialización mayorista de microprocesadores no representan costos hundidos para la empresa entrante, pues el uso de tales activos no se restringe a la comercialización de microprocesadores.
 - (ii) Sobre las barreras estratégicas, si bien Grupo Deltron mantiene relaciones comerciales con Advanced Micro Devices, Inc. (AMD) e Intel Corporation (Intel), fabricantes de microprocesadores, no se trata de una distribuidora exclusiva. En esa línea, no existen indicios de que la denunciada haya suscrito contratos de exclusividad con proveedores o distribuidores.
 - (iii) Sobre las barreras legales, no se ha verificado que existan limitaciones legales que dificulten, retrasen o desincentiven el ingreso al mercado para que una empresa se dedique a la comercialización mayorista.
46. En atención a lo señalado, teniendo en cuenta que no existen indicios razonables de la presencia de barreras estructurales, estratégicas o comerciales, este colegiado no advierte que existan indicios razonables que evidencien una posición de dominio por parte de Grupo Deltron en el mercado mayorista de microprocesadores en las regiones La Libertad y Lima.
47. Pese a que no se presentan indicios sobre el primer requisito para configurar la conducta de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de venta, en apelación Nept Computer alegó la existencia de un efecto exclusorio a través de la conducta de Grupo Deltron, por lo que corresponde que la Sala evalúe dicho requisito.
48. Sobre el particular, el efecto exclusorio se encuentra referido a la identificación de indicios razonables de la obtención de beneficios por el

³⁴ Ver escrito presentado por Grupo Deltron el 23 de octubre de 2014 (foja 464 del expediente).

presunto infractor y la generación de perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, al impedir su acceso o permanencia en el mercado. En esa línea, se requiere que la empresa presuntamente dominante tenga una relación de competencia con el agente supuestamente excluido por la conducta investigada.

49. En su pronunciamiento, la Secretaría Técnica de la Comisión concluyó que no existe una relación de competencia entre Nept Computer y Grupo Deltron, toda vez que la denunciante es una empresa minorista, mientras que la denunciada se desempeña como mayorista. Asimismo, Grupo Deltron no se encuentra vinculada con ninguna otra empresa que compita con Nept Computer.
50. En apelación, Nept Computer alegó que sí existe una relación de competencia, toda vez que ambas empresas han participado en procesos de licitación pública. Sin embargo, dicha afirmación no ha sido acreditada por la denunciante, puesto que ha presentado información de las licitaciones públicas en las que participó Grupo Deltron, mas no se ha podido corroborar que en dichos procesos hubiese participado Nept Computer.
51. Además, en la entrevista que la denunciante sostuvo con la primera instancia el 25 de septiembre de 2014, se puede advertir que en las licitaciones públicas Nept Computer compite con minoristas que si bien son abastecidos por Grupo Deltron (vínculo comercial), no tienen una relación de gestión, estructural o de propiedad con la denunciada, como se puede observar a continuación:

Secretaría Técnica: *Tiene algún cliente por la cual competiría usted [su empresa] y [Grupo] Deltron*

Nept Computer: *Normalmente, en las licitaciones tienen la facilidad de manejarlo con otras empresas, por decir, si mi vecino que es la empresa A participa con un cliente X, yo tengo la de perder, si es que ponen una de las marcas que solo nos vende Deltron, y como ellos ya tienen más de 20 años en el mercado, posicionados con gran stock, es 100% la probabilidad que yo pierda. Ellos no me quieren vender a mí, pero si le vende al vecino de a lado, el vecino de a lado gana la licitación y el beneficiado es Deltron, esa es una modalidad. La otra es que ellos también le venden directo (...).*

52. De otro lado, Nept Computer ha reconocido que existen ciertas características (por ejemplo, el tamaño de la empresa, la capacidad adquisitiva) que la diferenciarían de Grupo Deltron y que le impedirían

competir en el mismo nivel de la cadena de comercialización, como se aprecia a continuación:

Secretaría Técnica: *que nos explique cómo compite [su empresa] con Grupo Deltron o con alguna [empresa] vinculada del Grupo Deltron*

Nept Computer: *Sería imposible competir con una empresa tan grande como Deltron, es imposible, porque no tendría yo la capacidad adquisitiva, primero para solventar la compra al contado de una licitación si fuera superior a US\$50 000 dólares, ya que las licitaciones son por medio millón, un millón, dos millones o tres millones de dólares, es imposible competir sino tenemos de la mano un proveedor grande, no se podría competir.*

53. Por tanto, corresponde desestimar el referido argumento de Nept Computer, toda vez que no se ha acreditado que existan indicios razonables que permitan evidenciar una relación de competencia con Grupo Deltron.
54. Sin perjuicio de lo expuesto, pese a que no existe una relación de competencia entre Nept Computer y Grupo Deltron, corresponde que esta Sala evalúe la existencia de un presunto efecto anticompetitivo, toda vez que la denunciante alegó en su apelación que a consecuencia de la negativa de venta cuestionada, la empresa denunciada recibe beneficios económicos, toda vez que no cumple con pagar las notas de crédito emitidas a su favor.
55. En este punto resulta relevante notar que la ley, al exigir la existencia de efectos anticompetitivos para se configure la infracción, no se está refiriendo a la generación de consecuencias perjudiciales sobre un empresario determinado. De hecho, como se desprende del objetivo consagrado en el artículo 1 del Decreto Legislativo 1034³⁵, las normas de represión de conductas anticompetitivas no son aplicadas para preservar la posición de los competidores, sino para proteger el funcionamiento eficiente del proceso competitivo, a fin de maximizar el bienestar de los consumidores³⁶.

³⁵ Ver cita de la norma en nota al pie número 6.

³⁶ En el mismo sentido, el asistente del Procurador General para *Antitrust* del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, Thomas O. Barnett, en comunicación oficial comentando la decisión de la Comisión Europea en el *Asunto Microsoft*, dijo que: “En los Estados Unidos, las leyes antitrust son aplicadas para proteger a los consumidores mediante la protección del proceso competitivo, no a los competidores”.

Traducción libre del siguiente texto: “In the United States, the antitrust laws are enforced to protect consumers by protecting competition, not competitors”. Texto accesible en http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2007/226070.htm (página web visitada el 24 de abril de 2012).

56. En ese contexto, el efecto anticompetitivo al que alude la ley no es otro que la alteración sustantiva de las condiciones de competencia de un mercado; lo cual, en un caso de abuso de posición de dominio, se manifiesta con la creación o ampliación de poder de mercado del presunto monopolista. Así, solo cuando el imputado –vía el afianzamiento de su posición de dominio– modifique significativamente con su conducta la marcha y estructura de un mercado³⁷, es que se estará frente a un comportamiento unilateral sancionable bajo el Decreto Legislativo 1034.
57. En el mismo sentido, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD), en criterio aludido por la primera instancia, ha señalado lo siguiente acerca de las condiciones que las negativas de trato deben satisfacer para constituir una violación a las normas de libre competencia:

*“La negación del servicio en términos y condiciones “adecuadas” debe tener un impacto material sobre la competencia en un mercado relacionado, en detrimento de los consumidores. No es suficiente que la negativa de trato elimine a un competidor específico. Debe ser el caso que la negativa de trato elimine al menos algo de competencia (y, en algunas jurisdicciones, toda la competencia) en el mercado relacionado, en detrimento de los consumidores” (énfasis agregado).*³⁸

58. Como puede verse, dada la exigencia de que se configure un efecto anticompetitivo como elemento típico, solo si existen indicios de que la eventual negativa de venta a Nept Computer permite a Grupo Deltron obtener poder de mercado en el segmento de comercialización minorista de microprocesadores, se podría señalar que existe un efecto exclusorio.
59. En el presente caso, Nept Computer alegó que su perjuicio económico a consecuencia de la falta de cumplimiento de pago de las notas de crédito que le otorgó Grupo Deltron constituye un efecto anticompetitivo. No obstante, este colegiado advierte que dicha actuación únicamente configura una

³⁷ La doctrina ha hecho referencia a tres posibles formas en que se pueden manifestar los efectos exclusorios anticompetitivos: “la exclusión dentro del mismo mercado, en la que un operador fuerza la salida o impide la entrada de un competidor; la exclusión en un mercado adyacente, en la que la empresa dominante excluye a fabricantes activos en mercados distintos pero relacionados con su mercado principal, y la exclusión en un mercado relacionado verticalmente, en la que la exclusión se produce en diferentes etapas del proceso productivo” REY, Patrick y otros. Un Enfoque Económico del Artículo 82. En: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y Amadeo PETITBÓ JUAN (Dir.). El Abuso de la Posición de Dominio. Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 143 – 144.

³⁸ Traducción libre del siguiente texto: “The denial of service at “appropriate” terms and conditions must have a material impact on competition in a related market, to the detriment of consumers. It is not sufficient that the RTD [refuse to deal] eliminates a specific competitor. It must be the case that the refusal to deal eliminates at least some competition (and in some jurisdictions, all competition) from the related market, to the detriment of consumers.” OECD. Policy Roundtables – Refusals to Deal, DAF/COMP(2007)46 del 3 de setiembre de 2009, p. 12.

afectación a la situación particular de la denunciante, mas no representa una distorsión al mercado.

60. Precisamente, el incumplimiento alegado no afecta al mercado o al proceso competitivo en el cual participan las empresas minoristas comercializadoras de microprocesadores, situación que sí configuraría un efecto anticompetitivo. En tal sentido, corresponde desestimar el argumento de Nept Computer en ese extremo.
61. En atención a lo señalado, este colegiado considera que no existen indicios razonables que corroboren la existencia de un efecto anticompetitivo, a consecuencia de la negativa de trato denunciada.
62. Por tanto, corresponde confirmar la Resolución 017-2014/ST-CEB-INDECOPI del 28 de octubre de 2014 que declaró improcedente la denuncia presentada por Nept Computer contra Grupo Deltron, toda vez que no se ha podido determinar la existencia de indicios razonables que configuren la infracción de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

Confirmar la Resolución 017-2014/ST-CEB-INDECOPI del 28 de octubre de 2014, emitida por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia que declaró improcedente la denuncia presentada por Nept Computer S.R.L. contra Grupo Deltron S.A., por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.

Con la intervención de los señores vocales Julio Carlos Lozano Hernández, Sergio Alejandro León Martínez, Silvia Lorena Hooker Ortega y José Luis Bonifaz Fernández.

JULIO CARLOS LOZANO HERNÁNDEZ
Presidente