



Alejandro Falla Jara^(*) y Mario Fernando Drago Alfaro^(**)

“Unas de **cal** y otras de **arena**”

Aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011

“DURANTE LOS ÚLTIMOS AÑOS, INDECOPI HA SOFISTICADO SU ANÁLISIS DE LOS MERCADOS. EL USO DE INFORMACIÓN CUANTITATIVA HA IDO DESPLAZANDO A LAS CONCLUSIONES BASADAS EN SIMPLES APRECIACIONES O ESPECULACIONES SOBRE LA DELIMITACIÓN DE LOS MERCADOS”

1. Introducción

La producción del INDECOPI en el último año no destaca por ser profusa e intensa. Como siempre, se trata de una producción limitada en número, pero interesante en contenido. Al realizar un análisis *ex post* de cada una de esas resoluciones, vemos que el resultado de las mismas podría tener una influencia significativa sobre lo que a futuro será el rumbo de las decisiones respecto a los alcances de la Ley de Competencia (Decreto Legislativo 1034) y a la actuación de los distintos agentes dentro del procedimiento.

En el presente artículo, hemos hecho una selección de cinco pronunciamientos. En su mayoría se trata de casos que aclaran aspectos esenciales de la figura de abuso de posición de dominio (necesidad de una relación de competencia entre los agentes involucrados, no sanción de las prácticas explotativas), así como de algunas de sus modalidades (abuso de procesos gubernamentales). Igualmente, las resoluciones escogidas precisan un aspecto fundamental en los casos en los que se imputa la existencia de prácticas restrictivas de tipo horizontal (¿quién tiene la carga de la prueba?, ¿hasta dónde llega la obligación de probar por parte del denunciante?, ¿cuál es el límite de la obligación de INDECOPI de investigar este tipo de imputaciones?).

Lo interesante de estas decisiones es la historia controversial de los temas que tocan; los cuales han causado, cuando no, resoluciones contradictorias. La tentación de sancionar conductas de tipo explotativo siempre ha rondado los predios del INDECOPI; de hecho, en algún

-
- (*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Regulación por The London School of Economics and Political Science. Profesor de Pregrado de Derecho de la Competencia y de la Maestría de Derecho de la Empresa en los cursos de Derecho de Competencia y Regulación en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio de Bullard, Falla, Ezcurra + Abogados.
- (**) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de docencia en el curso Derecho de la Competencia en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado de Bullard, Falla, Ezcurra + Abogados.

“Unas de cal y otras de arena”: aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011

momento se declaró la posibilidad de sancionar este tipo de conductas (Resolución No. 0225-2004/TDC-INDECOPI, caso de las AFP). También lo ha sido la tentación de utilizar al INDECOPI para el diseño o rediseño de ciertas industrias, a través de la sanción de conductas que generaban un problema competitivo pese a la inexistencia de una relación de competencia entre quien desarrollaba la actividad y quien se ve afectada por la misma (negativas arbitrarias como las del caso *Cab cable vs. Electrocentro*, Resolución No. 0869-2002/TDC-INDECOPI). La predisposición a admitir a trámite cualquier denuncia por prácticas restrictivas a la competencia (carteles), “venga como venga”, lamentablemente también había caracterizado cierta etapa del INDECOPI, donde el derecho de defensa de los administrados se ponía en riesgo.

Tres de las resoluciones seleccionadas (*Super Star vs. Deprodeca*; *Agalep y Fongal Lima vs. Gloria*, y *León Siles vs. Cosmos y otros*) tratan de poner freno a dichas tentaciones y excesos, estableciendo criterios medianamente claros respecto de la forma cómo debe ser aplicada la norma de competencia en dichos supuestos.

Por su parte, la sanción al abuso de procedimientos gubernamentales (como modalidad de abuso de posición de dominio), si bien no se trata de una figura nueva en el contexto peruano, su inclusión expresa en el literal f) artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, ha generado mucha polémica, en tanto restringe el derecho constitucional de acción. Una de las resoluciones seleccionadas (*Apofer vs. Fetransa* y otros) expresa claramente esta controversia, en la cual la SC1 fue de un criterio completamente distinto al propuesto por la Comisión. La resolución de la SC1 probablemente fue mucho más sensible a la protección al derecho constitucional de acción, sometiendo la eventual sanción de este tipo de conductas a un estándar más severo.

Lamentablemente, desde nuestra modesta opinión, no todo lo resuelto en 2011 merece una nota aprobatoria. Durante los últimos años, INDECOPI ha sofisticado su análisis de los mercados. El uso de información cuantitativa ha ido desplazando a las conclusiones basadas en simples apreciaciones o especulaciones sobre la delimitación de los mercados. En este proceso se aprecia positivamente la influencia cada vez mayor de razonamientos e instrumentos comúnmente

“(…) SE TRATA DE LA PRIMERA OCASIÓN EN QUE SE DISCUTE EL ABUSO DE PROCEDIMIENTOS LEGALES BAJO LA APLICACIÓN DEL DECRETO LEGISLATIVO 1034. PERO AÚN MÁS IMPORTANTE QUE ELLO ES EL HECHO QUE SE TRATA DE UNA RESOLUCIÓN QUE SI BIEN NO SIENTA UN PRECEDENTE DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA, DESARROLLA UNA GUÍA DETALLADA DE LOS PASOS QUE DEBERÍAN SEGUIRSE PARA ANALIZAR ESTE TIPO DE CONDUCTAS”

aplicados en las ciencias económicas. Este no parece haber sido el caso de una de las resoluciones seleccionadas (*Arcos Dorados vs. Jockey Plaza y Sigdelo*), en donde los elementos de hecho (datos) parecerían haber sido desplazados por simples apreciaciones subjetivas de cuestionable validez, como la de concluir que la hamburguesa no tiene sustitutos, o que dos centros comerciales que comparten el 43% de consumidores no formen parte de un mismo mercado. Actualmente esta decisión se encuentra en apelación, por lo que esperamos que nuestro próximo reporte (sobre lo que ocurrirá en 2012), pueda contar una historia diferente.

2. Resolución No. 708-2011/SC1-INDECOPI (*Agalep y Fongal Lima vs. Gloria*): El fin de la discusión sobre las prácticas explotativas⁽¹⁾

Esta es la primera de las tres resoluciones que, como mencionamos en la parte introductoria,

(1) Agradecemos a José Luis Repetto por sus aportes en la investigación del presente caso.



Alejandro Falla Jara y Mario Fernando Drago Alfaro

se pronunciaron sobre aspectos que por años han sido controversiales en el Derecho de competencia nacional. Esta vez, creemos, la decisión de la SC1 pone fin a la discusión existente respecto al carácter sancionable de las prácticas explotativas.

Mediante Resolución No. 708-2011/SC1-CLC-INDECOPI del 16 de marzo de 2011, la SC1 decidió declarar improcedente en todos sus extremos la denuncia interpuesta por la Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú (en adelante, AGALEP) y el Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera de la Cuenca de Lima (en adelante, FONGAL Lima) contra Gloria SA (en adelante, Gloria) por abuso de posición de dominio en la modalidad de precios abusivos de compra y de un esquema discriminatorio de incentivos, así como la manipulación del análisis de calidad de la leche fresca.

2.1. Antecedentes

En noviembre de 2007, AGALEP y FONGAL Lima denunciaron a Gloria por un presunto abuso de posición de dominio en infracción de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701 (en adelante, “la antigua Ley de Competencia o D.L. 701”). De acuerdo a los denunciantes, Gloria estaría:

- a) Fijando precios “abusivos” o excesivos”, al establecer precios de base finales, en beneficio propio y en perjuicio de los productores de leche fresca.
- b) Aplicando un sistema discriminatorio de incentivos (bonificaciones y castigos) que supone la aplicación de condiciones diferentes en situaciones objetivamente equivalentes.
- c) Manipulando el sistema de análisis de calidad de la leche, al establecer el pago arbitrario de precios finales de compra a los productores de leche fresca.

En una primera Resolución (No. 032-2008-INDECOPI/CLC), la Comisión había declarado improcedente la denuncia de AGALEP y FONGAL Lima. Sin embargo, la SC1 resolvió la nulidad de la misma debido a que la Comisión no se pronunció sobre todos los extremos de la denuncia, específicamente lo referido a los presuntos efectos anticompetitivos que la conducta de Gloria podría tener en el mercado secundario. En ese sentido, se le ordenó pronunciarse sobre el extremo omitido. Así, los argumentos de las partes fueron nuevamente

evaluados y, por Resolución No. 005-2010/ST-CLC-INDECOPI del 15 de abril de 2010, la Secretaría de la Comisión emitió un segundo pronunciamiento, declarando nuevamente que la denuncia es improcedente en todos sus extremos, por considerar que la conducta se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la antigua Ley de Competencia.

Dicha Resolución fue apelada ante la SC1 por los denunciantes el 24 de junio de 2010, alegando principalmente que:

- a) El marco constitucional y legal prohíbe de manera absoluta el abuso de posición de dominio, lo que incluye las conductas exclusorias y explotativas.
- b) En anterior oportunidad, INDECOPI ha reconocido que las conductas explotativas son sancionables al amparo del Decreto Legislativo 701.
- c) La conducta de Gloria tendría un efecto anticompetitivo en el mercado primario, al sacar del mercado a los productos a los productores de leche fresca por no tener otra alternativa viable de venta. Asimismo, tendría un efecto anticompetitivo en el mercado secundario pues como consecuencia de los precios “abusivos” que pagaría a los productores, puede fijar precios de venta al público con independencia de la actuación de otros agentes.

2.2. Sobre el análisis de la SC1

En su decisión, la SC1 coincidió con la Secretaría respecto al tratamiento que debe brindársele a una conducta exclusoria y a una explotativa, concluyendo que únicamente las primeras son susceptibles de ser sancionables por tener un efecto anticompetitivo en el mercado. De acuerdo a la SC1:

“Una práctica exclusoria es considerada como aquella cuyos efectos impactan

“Unas de cal y otras de arena”: aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011

principalmente en la estructura de mercado, o que apuntan a reforzar el poder de mercado de un dominante colocando en desventaja a otros competidores, por ejemplo, mediante la negativa a contratar o denegar el acceso a facilidades esenciales. Por su parte, los abusos denominados explotativos implican la explotación o ejercicio mismo del poder de mercado y son aquellos que impactan directamente en los consumidores o proveedores, por ejemplo, mediante la imposición de precios ‘excesivos’ (de venta o de compra) o condiciones y términos irrazonables⁽²⁾.

De acuerdo a la SC1, los precios excesivos o inequitativos son aquéllos que no tienen una “relación razonable” con el valor económico del servicio prestado⁽³⁾. En otras palabras, cuando el precio sea más elevado al que se pagaría en una situación de competencia perfecta, nos encontraremos ante una situación en la que el precio es excesivo.

A diferencia de las conductas exclusorias, que tienen un impacto en la dinámica de la competencia pues dificultan o impiden la permanencia o el acceso de competidores, la SC1 sostiene correctamente que las prácticas explotativas, tales como los precios abusivos a los que adujeron los denunciados, sancionarían el hecho que un agente económico se beneficie de los precios que cobre a sus consumidores o pague a sus proveedores⁽⁴⁾.

De acuerdo a la SC1, incluso desde la vigencia del Decreto Legislativo 701, ya se había establecido la imposibilidad de sancionar los denominados precios abusivos. En efecto, dado que el artículo 61 de la Constitución señala que “el Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”, sólo resultaban sancionables las prácticas dominantes que atenten o limiten la libre competencia o el proceso competitivo; o sea, aquéllas prácticas que más allá del daño concurrencial que producen, tengan el efecto de excluir a competidores del mercado.

Bajo esa premisa, “las denominadas prácticas explotativas tales como los precios excesivos o la discriminación

explotativa no pueden resultar sancionables por la legislación de competencia como supuestos de abuso de posición de dominio, pues no afectan el proceso competitivo. Por el contrario, los supuestos precios excesivos establecidos por un agente dominante pueden dinamizar la competencia, al generar incentivos para que ingresen competidores al mercado y puedan captar las preferencias de los consumidores al ofrecer precios más bajos⁽⁵⁾.

Asimismo, la SC1 consideró que ese mismo criterio es el seguido por el Decreto Supremo 757, que garantiza la libre iniciativa privada cuando menciona en su artículo 4 que “[l]a libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo a la Constitución y las leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos (...)”. En esa medida, se concluyó correctamente que reprimir las prácticas explotativas implicaría necesariamente que la agencia de competencia establezca un tope para las ganancias de los privados, lo que indirectamente resultaría en la fijación de un precio.

De esta manera, la lógica del sistema de competencia sería sancionar únicamente aquellas conductas que conlleven una afectación, real o potencial, al proceso competitivo, por lo que resultaba claro que las conductas con efectos explotativos no serían sancionables. Ello, debido a que este tipo de conductas no daña el mencionado proceso competitivo, sino que únicamente genera un supuesto aprovechamiento de una parte respecto de la otra.

(2) Numeral 19 de la Resolución No. 708-2011/SC1-INDECOPI.

(3) Numeral 21.

(4) Numeral 25.

(5) Considerando 29.



Alejandro Falla Jara y Mario Fernando Drago Alfaro

Sin perjuicio que la SC1 concluyó que el D.L. 701 no sancionaba los supuestos precios excesivos⁽⁶⁾, la Resolución confirmó también que la conducta no sería tampoco sancionable bajo el ámbito de la nueva Ley de Competencia. En el caso de la actual norma, esto sería aún más claro debido que el artículo 10.2 señala expresamente que sólo serán sancionables las conductas con efecto *exclusorio*.

Efectivamente, dados los cuestionamientos a la constitucionalidad de la resolución en el caso de las AFP (en donde se interpretó que el D.L. 701 podría sancionar precios abusivos), y por los peligros que implicaría sancionar las prácticas explotativas, la nueva Ley de Competencia⁽⁷⁾ excluyó expresamente esta posibilidad al establecer en su artículo 10.2 que “El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como (...)”.

Bajo esta premisa, la SC1 ratificó la decisión de la Secretaría⁽⁸⁾ de declarar improcedente la denuncia de AGALEP y FONGAL Lima, en la medida que las conductas denunciadas no resultaban sancionables por las normas de competencia. Al respecto, la SC1 señaló:

“51. En consecuencia, incluso bajo el supuesto negado que el Decreto Legislativo 701 hubiese contemplado la posibilidad de sancionar las denominadas prácticas explotativas, el actual Decreto Legislativo 1034 excluye cualquier posibilidad interpretativa en ese sentido, al exigir como una condición necesaria que la conducta genere un actual o potencial efecto de exclusión respecto de los competidores del agente dominante”.

Consideramos que con esta decisión, la SC1 ha cerrado la discusión en el Derecho de competencia nacional respecto a

la posibilidad de considerar como supuestos abuso de posición de dominio a las conductas explotativas, tales como los precios abusivos. Así, la resolución comentada refuerza lo que ya se había querido colocar expresamente en el D.L. 1034: para que una conducta sea sancionable, deberá tener efectos exclusivos.

3. Resolución No. 0930-2011/SC1-INDECOPI (Super Star vs. Deprodeca): Determinando la necesidad de una relación de competencia⁽⁹⁾

Al igual que en el caso expuesto en el punto anterior, la presente resolución también se pronuncia respecto a un aspecto controvertido en del Derecho de competencia peruano durante los últimos diez años: ¿Debe el INDECOPI sancionar conductas que se dan entre empresas no competidoras? ¿Las negativas arbitrarias deberían prohibirse? Correctamente, la SC1 concluye que la relación de competencia es condición necesaria para que una conducta pueda ser calificable como abuso de posición de dominio, tal como veremos a continuación.

Mediante Resolución No. 0930-2011/SC1, la SC1 decidió revocar la Resolución de la Secretaría Técnica No. 009-2010/ST-CLC-INDECOPI del 14 de julio de 2010, que había declarado inadmisibles las denuncias

(6) “44. (...) el Decreto Legislativo 701 no contemplaba como supuestos de abuso de posición de dominio a las denominadas prácticas explotativas, sino únicamente a conductas de efecto exclusorio, en la medida que estas últimas son aquellas susceptibles de afectar el proceso competitivo, lo cual resulta acorde con lo establecido en la Constitución y las disposiciones contenidas en el Decreto Legislativo 757”.

(7) El Decreto Legislativo 1034 fue publicado el 25 de junio de 2008 y entró en vigencia a los treinta (30) días de su publicación.

(8) “En consecuencia, las conductas materia de denuncia (establecimiento de precios abusivos de compra, discriminación de precios y manipulación de estándares de calidad) buscarían extraer de los productos de leche fresca el mayor excedente posible. En otras palabras, las conductas imputadas a Gloria tendrían un único objeto y efecto: pagar precios bajos a los productores lecheros. Así las cosas, las conductas de Gloria no estarían orientadas a excluir a los productores de leche fresca del mercado, pues la leche que éstos le proporcionan resulta indispensable para el desarrollo de su proceso productivo, sino a explotar su posición de dominio para obtener el máximo beneficio a través del pago de un menor precio (a decir de los denunciantes, un precio abusivo)”. Resolución No. 005-2010/ST-CLC-INDECOPI.

“Unas de cal y otras de arena”: aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011

interpuesta por Super Star SRL (en adelante, Super Star) en contra de Deprodeca SAC (en adelante, Deprodeca), por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato en el mercado de distribución y comercialización de los productos elaborados por el Grupo Gloria. La SC1 decidió declarar improcedente la denuncia ya que los hechos denunciados no son calificables como abuso de posición de dominio con carácter exclusorio, pues no existe una relación de competencia actual o potencial entre la empresa denunciante y la presunta dominante.

3.1. Antecedentes

El 5 de enero de 2010, Super Star denunció a Deprodeca ante la Comisión por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, infracción prevista en el artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034.

Super Star mantenía una relación comercial con Deprodeca, mediante la cual esta última le vendía, al crédito, productos elaborados por Gloria S.A. Sin embargo, a partir de mayo de 2009, Deprodeca pasó a exigirle a Super Star que las compras se realicen al contado o mediante un pago por adelantado. Paralelamente, Deprodeca le prohibió a La Genovesa S.A.C. (su empresa vinculada) que le venda a Super Star los productos de Gloria.

De acuerdo a los argumentos de Super Star, la conducta de Deprodeca tenía como objetivo perjudicarla, ya que Super Star es una empresa vinculada a GEC E.I.R.L., la cual mantenía litigios pendientes contra la denunciada.

El 14 de julio de 2010, la Resolución No. 009-2010/ST-CLC-INDECOPI declaró inadmisibles las denuncias. De acuerdo al criterio de la Secretaría Técnica “Super Star se encuentra en un nivel inferior de la cadena de distribución y comercialización, por lo que no representa un competidor directo para la denunciada. Asimismo, de las indagaciones preliminares, determinó que ninguna de las empresas que participan en el mismo nivel de la cadena que Super Star se encuentra vinculada a Deprodeca, por lo que tampoco existía una relación de competencia indirecta. En consecuencia, concluyó

que no existían indicios razonables de que Deprodeca haya podido obtener beneficios anticompetitivos o generar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, como consecuencia de la conducta denunciada”⁽⁹⁾.

Dicha resolución fue apelada por Super Star, quien alegó, entre otros, que la denuncia no versaba sobre la existencia de una competencia directa entre ambas empresas, sino sobre la negativa de trato por parte de Deprodeca.

3.2. Sobre el análisis de la SC1

Sin perjuicio que la SC1 haya revocado la resolución de la Secretaría Técnica por un argumento procesal (en vez de inadmisibilidad, consideraba que se trataba de un tema de improcedencia), cabe advertir que en el fondo, ambas resoluciones mantienen una opinión muy similar respecto a que el abuso de posición de dominio únicamente puede configurarse en la medida que exista un nivel de competencia entre el agente infractor y el denunciante. Caso contrario, nos encontraríamos frente a una conducta explotativa, no sancionable por el Derecho de competencia nacional.

Efectivamente, de acuerdo a lo señalado por la SC1, “los supuestos de abuso de posición de dominio sólo podrán consistir en conductas de efecto exclusorio. Un abuso de posición de dominio exclusorio es aquel que afecta directamente la dinámica de la competencia pues impide el acceso de competidores del dominante al mercado o dificulta su permanencia en él”⁽¹¹⁾.

Tomando ello en consideración, la SC1 concluye acertadamente que una conducta será anticompetitiva en la medida que afecte el

(9) Agradecemos a Sebastian Gamarra Abarca por sus aportes en la investigación del presente caso.

(10) Numeral 8 de la Resolución de la SC1.

(11) Numeral 12 de la Resolución de la SC1.



Alejandro Falla Jara y Mario Fernando Drago Alfaro

proceso competitivo al excluir la competencia. Si no se afecta a los competidores reales o potenciales, la conducta no podrá ser considerada ilegal.

En el caso materia de análisis, sucede que Deprodeca y Super Star participan en distintos niveles de la cadena productiva, razón por la cual ambas empresas no compiten en el mismo mercado. Tomando ello en cuenta, la SC1 señaló lo siguiente: “De la revisión de la denuncia y las indagaciones preliminares realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión, se verifica que en efecto, Super Star se encuentra en un nivel inferior de la cadena de distribución y comercialización de los productos elaborados por Gloria, por lo que no representa un competidor directo para Deprodeca. Mientras esta última se dedica a la distribución mayorista, la denunciante se desempeña en el canal de comercialización en el rubro de autoservicios”⁽¹²⁾.

Dicha competencia ni siquiera se presentaría de manera indirecta entre Super Star y Deprodeca, ya que no existe ninguna vinculación entre esta última y las demás empresas que participan en el nivel de la cadena de Super Star. Siendo ello así, no existiría una relación de competencia directa o indirecta entre ambas, factor indispensable para poder calificar a una conducta como anticompetitiva de acuerdo a la Ley y al criterio de la SC1. Tomando ello en cuenta, la Resolución concluyó lo siguiente:

“37. En consecuencia, de los hechos denunciados se advierte que no se presenta una relación de competencia actual o potencial entre Super Star y Deprodeca, de manera tal que no podría configurarse un abuso de posición de dominio exclusorio en la modalidad de negativa de trato, en la medida que la conducta denunciada no tendría como objeto o finalidad excluir a un competidor actual del presunto dominante ni impedir el ingreso de un competidor potencial al mercado”.

En ese sentido, la SC1 decidió declarar improcedente la denuncia y, de esta manera, ratificó como criterio la necesidad de una relación de competencia entre las partes como requisito indispensable para poder calificar una conducta como abuso de posición de dominio en el marco del Decreto Legislativo 1034.

(12) Numeral 35 de la Resolución de la SC1.

(13) Agradecemos a Magaly Varela Villar por sus aportes en la investigación del presente caso.

(14) Antigua denominación de la SC1.

4. Resolución No. 1351-2011/SC1-INDECOPI (Apofer vs. Fetranza y otros): Definiendo los alcances del abuso de procedimientos legales⁽¹³⁾

Aunque no es la primera resolución que se pronuncia al respecto, sí se trata de la primera ocasión en que se discute el abuso de procedimientos legales bajo la aplicación del Decreto Legislativo 1034. Pero aún más importante que ello es el hecho que se trata de una resolución que si bien no sienta un precedente de observancia obligatoria, desarrolla una guía detallada de los pasos que deberían seguirse para analizar este tipo de conductas; lo cual, consideramos, influirá positivamente en futuros pronunciamientos. Veamos.

Mediante Resolución No. 1351-2011/SC1-INDECOPI del 27 de julio de 2011, la SC1 revocó la Resolución No. 026-2010/CLC-INDECOPI que había declarado fundada la denuncia interpuesta por la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú (en adelante, “APOFER”) contra Ferrocarril Transandino S.A. (en adelante, “FETRANSA”), Perurail S.A. (en adelante, “PERURAIL”), Peruval Corp. S.A. (en adelante, “PERUVAL”) y Peruvian Trains & Railways S.A. (en adelante, “PTR”) por un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales, y reformándola, declaró infundada la misma.

4.1. Antecedentes

El 1 de julio del 2007, el Tribunal de Defensa de la Competencia⁽¹⁴⁾ emitió la Resolución No. 1122-2007/TDC-INDECOPI, a través de la cual halló responsable a FETRANSA de

“Unas de cal y otras de arena”: aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011

abusar de su posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a arrendar a operadores distintos a su vinculada, el material tractivo y rodante que aprovechaba en virtud del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Sur-Oriente (FSO). Como consecuencia de ello, FETRANSA desplegó una serie de medidas procesales para restar la eficacia de la Resolución aludida. Asimismo, interpuso una serie de demandas con el objeto de evitar la modificación del Contrato de Concesión del Ferrocarril del Centro a fin que se mantenga la obligación contractual de prohibir a la empresa Ferrovías Central Andina SA de participar a través de empresas de transporte ferroviario vinculadas en el tramo FSO.

De igual manera, FETRANSA presentó medidas dirigidas a inaplicar el Decreto Supremo 031-2007-MTC por el cual se modificó el Reglamento Nacional de Ferrocarriles, mediante el cual se facilitaba la obtención de permisos de operación de servicios de transporte ferroviario.

Finalmente, presentó oposiciones repetitivas a las solicitudes de otorgamiento de permisos de operación, acciones legales iniciadas con el presunto objeto de dilatar el procedimiento de modificación del Reglamento de Acceso.

Como consecuencia de lo anterior, el 7 de mayo de 2008, APOFER denunció a las empresas FETRANSA, PERURAIL, PERUVAL y PTR de manera conjunta ante la Comisión de Libre Competencia por un supuesto abuso de procedimientos legales, ya que consideró que las acciones iniciadas estarían frustrando el ingreso de nuevos operadores al mercado ferroviario. De acuerdo con APOFER, la intención de las denunciantes (que pertenecerían a un mismo grupo económico) no era otra más que procurar que PERURAIL mantenga su posición de dominio.

Mediante Resolución No. 026-2010/CLC-INDECOPI del 3 de mayo de 2010, la Comisión declaró fundada la denuncia “por abuso de procesos legales en los mercados de administración

ferroviaria y transporte ferroviario de pasajeros de la ruta FSO, considerando que todos los procesos y procedimientos habían sido iniciados de manera conjunta bajo un “interés o política común”, a través de acciones legales repetitivas y planteadas bajo un oportunismo dilatorio que evidenciaba un comportamiento secuencial y estratégico dirigido a bloquear el ingreso de competencia en el sector⁽¹⁵⁾, y, en ese sentido, impuso a PERURAIL una multa ascendente a 657.5 UIT, así como una amonestación a las codenunciadas. Finalmente, ordenó como medida correctiva el cese de la conducta.

La Resolución de la Comisión fue apelada por las denunciadas, quienes señalaron, entre otros, que no se evaluó correctamente si los procesos judiciales o administrativos iniciados por cada una de las denunciadas tenían una causa probable o sustento objetivo, y solo en caso de no presentarse dicho elemento, evaluar la intencionalidad de la conducta.

Al respecto, la SC1 determinó revocar la Resolución de la Comisión, declarando infundada la denuncia interpuesta por APOFER.

4.2. Sobre el análisis de la SC1

Aunque la Resolución No. 1351-2011/SC-INDECOPI no constituye un precedente de observancia obligatoria, se le debe considerar como un importante hito en la jurisprudencia de la libre competencia en el Perú, ya que determina, por primera vez luego de la publicación del Decreto Legislativo 1034⁽¹⁶⁾, los criterios que deben seguirse en el análisis del abuso de procedimientos legales o *Sham Litigation*. En efecto, la resolución en cuestión

(15) Numeral 13 (iii) de la Resolución de la SC1.

(16) Bajo la vigencia del Decreto Legislativo 701, antigua Ley de Competencia, INDECOPI había resuelto dos denuncias que señalaban como conducta anticompetitiva la utilización del aparato estatal por parte de un agente privado como mecanismo de predación, las cuales significaron los primeros pronunciamientos al respecto: Lebar SA contra Asesoría Comercial - ACOSA y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú – AGESP (en adelante, Caso Lebar), y la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. (en adelante, Caso Pilot). Sin embargo, esta norma no contemplaba expresamente entre los supuestos de abuso de posición de dominio a la figura de abuso de procesos legales.



Alejandro Falla Jara y Mario Fernando Drago Alfaro

establece un procedimiento preclusorio de identificación de la conducta, consistente en dos pasos fundamentales: (i) un análisis objetivo; y, (ii) un análisis subjetivo, sobre los que comentaremos líneas abajo.

De acuerdo a lo señalado por la SC1, el abuso de procedimientos legales o *Sham Litigation* puede definirse como una estrategia a través de la cual “un agente con posición de dominio deliberadamente decide iniciar diversos procesos o procedimientos legales cuya tramitación se encuentra estrictamente destinada a impedir, retrasar o encarecer el acceso o permanencia de sus competidores en el mercado”⁽¹⁷⁾. Esta estrategia puede implicar la creación de *Raising Rivals’ Costs* (incrementando los costos de entrada de los competidores; principalmente los relacionados a los gastos de defensa) o el inicio de procedimientos legales que si bien podrían no implicar costos para el competidor, generarán barreras de entrada que impiden o retrasan las operaciones regulares de la empresa. “Este será el caso cuando, por ejemplo, el predador movilice la acción gubernamental para que se adopten decisiones judiciales o regulatorias que generan restricciones a la competencia”⁽¹⁸⁾.

Para la elaboración de su análisis, la Resolución de la SC1 tomó como referencia la experiencia jurisprudencial extranjera sobre

litigación predatoria, sustentada en la doctrina Noerr-Pennington, la cual fue consolidada mediante dos procedimientos expedidos por la Corte Suprema de los Estados Unidos: *Eastern Railroad Presidents Conference vs. Noerr Motor Freight, Inc.* (en adelante, “caso Noerr”) y *United Mine Workers vs. Pennington* (en adelante, “caso Pennington”).

En el caso Noerr⁽¹⁹⁾, la Corte Suprema de los Estados Unidos desestimó la pretensión de los demandantes al considerar que el *Sherman Act* no prohíbe persuadir a las autoridades con el fin que estas adopten determinadas decisiones, incluso si las mismas podrían restringir la competencia. En efecto, más allá de las motivaciones que puedan esconderse detrás de las pretensiones de los ciudadanos, no puede limitarse injustificadamente su derecho a acudir a sus representantes para exponer sus pretensiones respecto a la emisión o cumplimiento de una norma. De manera similar, el caso Pennington⁽²⁰⁾ (siguiendo al pronunciamiento dado en Noerr), estableció que no era una violación de las

El caso LEBAR, resuelto mediante Resolución No. 057-96-INDECOPI/CLC, se pronunció sobre una denuncia de abuso de procedimientos desplegados por parte de ACOSA y AGESP destinados a evitar la construcción de un nuevo grifo. Este caso resulta importante porque reconoció que en virtud de la cláusula general de los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701 se podía calificar al abuso de procesos legales como una conducta sancionable.

Por su parte, el caso Pilot, resuelto mediante Resolución No. 0407-2007/TDC-INDECOPI, analizó, entre otros extremos, las medidas legales adoptadas por la denunciada contra algunos prácticos marítimos que habían optado por dejar de laboral en Pilot, empresa que agrupaba a la casi totalidad de prácticos que operaban en el Terminal Portuario del Callao. En dicha Resolución se llegó a la conclusión de que el conjunto de procesos y procedimientos interpuestos por Pilot tuvieron como única finalidad obstaculizar que otros competidores pudieran contratar a los prácticos en cuestión. Para arribar a dicha conclusión, el Tribunal propuso un sistema de análisis de dos pasos destinados a determinar la existencia de abuso de procedimientos legales.

(17) Numeral 148 de la Resolución de la SC1.

(18) Numeral 151 de la Resolución de la SC1.

(19) Véase numeral 176 de la Resolución de la SC1: “En este proceso un grupo de empresas de transporte de carga por carretera denunciaron una campaña publicitaria promovida por compañías ferroviarias dirigida a restringir la competencia y monopolizar el negocio de transporte de carga de larga distancia, promoviendo para ello la adopción de leyes que perjudicarían las actividades y relaciones comerciales de los demandantes”. Nota 104 de la Resolución de la SC1.

(20) Véase numeral 178 de la Resolución de la SC1: “La Corte Suprema analizó bajo la Sherman Act la petición dirigida a la autoridad de trabajo por una asociación de trabajadores mineros e importantes empresas del sector de minería de carbón, que finalmente llevó a la imposición de un salario mínimo mayor al establecido en otras industrias. Los denunciantes reclamaban que esta medida les dificultaba a las pequeñas empresas la contratación de personal e incrementaba significativamente sus costos”. Nota 106 de la Resolución de la SC1.

“Unas de cal y otras de arena”: aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011

normas de competencia el pretender ejercer influencia sobre la administración pública.

Sin embargo, la Corte Suprema exceptuó de la aplicación de la doctrina a aquellas situaciones en las cuales las peticiones ante la autoridad escondan el objetivo anticompetitivo de impedir el desarrollo regular de las operaciones de un competidor. Esta excepción a la regla planteada por la doctrina Noerr - Pennington fue denominada *Sham Exception*. En 1993, el precedente jurisprudencial *Professional Real Estate Investors Inc. vs. Columbia Pictures Industries Inc.* (en adelante, caso PRE) estableció el conocido “Test PRE”, el cual establecía los pasos para la determinación de las *Sham Exceptions*:

“Conforme al test PRE, para determinar si se configura un supuesto de *Sham Litigation* corresponde analizar si una demanda (i) carece de fundamento objetivo; y solo en caso de comprobarse esta condición, (ii) examinar la motivación subjetiva del litigante de afectar a sus competidores”⁽²¹⁾.

Respecto al *análisis del fundamento objetivo*, la SC1 establece, a diferencia de lo señalado por la Comisión, que éste no es un elemento adicional al análisis subjetivo, sino que constituye el paso previo necesario para evaluar la existencia de una conducta anticompetitiva. De acuerdo a lo señalado en la resolución:

“202. En concordancia con la práctica jurisprudencial mayoritaria, la Sala considera que ante la imputación de un abuso predatorio de procesos legales resulta primordial analizar *si existe un fundamento objetivo, esto es, una expectativa razonable de triunfo que sustente la pretensión o las pretensiones del solicitante*” (énfasis agregado).

Al respecto, debemos hacer hincapié en que la expectativa razonable de triunfo a la que se refiere la SC1 está vinculada directamente a la verificación de que “el litigante accion[er] pues pretende atender sus derechos”⁽²²⁾, lo cual no implica que su pretensión sea acogida necesariamente, sino que “su reclamo tenga a la fecha de ser interpuesto al menos alguna probabilidad de ser acogido”⁽²³⁾.

Para llegar a dicha conclusión, la SC1 respaldó su decisión en una importante lista de opiniones de expertos y jurisprudencia nacional y comparada que coinciden en la imposibilidad de sancionar una conducta como “abuso de procedimientos legales” a menos que no exista una razón objetiva detrás del inicio de dichos procedimientos. A modo de ejemplo, vemos que el Tribunal cita la opinión del profesor Areeda en los siguientes términos:

“207. Para destruir la presunción de buena fe de la que goza el ejercicio de los derechos de petición o de acción, el profesor americano Areeda también plantea un test objetivo, según el cual el juzgador debe examinar la actividad procesal impugnada y *verificar si esta carecía en sí misma de fundamentos o méritos*, pues solo así se puede determinar si constituye o no una invocación razonable de los procedimientos públicos” (énfasis original).

La SC1 incluso admite la posibilidad que los procedimientos generen algún perjuicio en el competidor; pero siempre que estos se sustenten en razones objetivas, entonces no serán considerados ilegales:

“209. (...) Es cierto que se reconoce que en virtud de las demandas incoadas se puede generar un perjuicio colateral a los competidores; sin embargo, al sustentarse en un fundamento objetivo y buscar atender sus intereses, no puede calificar como ilegítimo el ejercicio de los derechos constitucionales de los particulares de recurrir ante las autoridades para satisfacer sus pretensiones”.

(21) Numeral 189 de la Resolución de la SC1.

(22) Numeral 23 de la Resolución de la SC1.

(23) *Ibidem*.



Alejandro Falla Jara y Mario Fernando Drago Alfaro

Sólo en caso el análisis anterior concluya que no existe un fundamento objetivo, se pasará a analizar si es que las acciones legales iniciadas por el denunciado tienen como intención afectar el proceso competitivo. Así, el *análisis del fundamento subjetivo* busca responder si existió una intención de perjudicar a un competidor a través de la movilización del aparato estatal. De acuerdo a la SC1:

“211. Respecto de este segundo aspecto, en concordancia con la definición contenida en el artículo 10.2 literal f) del Decreto Legislativo 1034, la Sala considera que la pluralidad y reiteración de procesos o procedimientos carentes de mérito dirigidos contra competidores o que apuntan al establecimiento de barreras a la entrada constituye la evidencia de la finalidad anticompetitiva del litigante, es decir, el elemento subjetivo requerido para la configuración de la infracción”.

En efecto, al realizar el análisis subjetivo la autoridad de competencia deberá estar en capacidad de comprobar que el denunciado tuvo como intención perjudicar directamente a un competidor, utilizando como estrategia predatoria al abuso de procedimientos legales. Ello, sin perjuicio del análisis que debe realizarse respecto al daño al mercado en general.

Dado que en el caso concreto la SC1 determinó que los procesos y procedimientos cuestionados contaban con un fundamento objetivo o causa probable que respaldase el ejercicio regular de los derechos de petición y acción de los denunciados, no hubo necesidad de evaluar el aspecto subjetivo de los mismos. Así, la SC1 decidió revocar la resolución apelada que declaró fundada la denuncia interpuesta por APOFER y, reformándola, la declaró infundada. Según lo señalado por la SC1 en su Resolución final:

“La razón es que ante la imputación de una práctica de litigación predatoria se debe evaluar, necesariamente, si las peticiones o pretensiones deducidas en los procesos legales carecen de un fundamento objetivo que las sustente, pues en caso de tener una expectativa de obtener un pronunciamiento favorable, constituyen una manifestación del ejercicio regular de los derechos constitucionales de acción y petición.

En el presente caso, las medidas legales iniciadas por el grupo económico conformado por las denunciadas contaban con un fundamento objetivo que permite descartar la existencia de una estrategia de abuso de procesos legales⁽²⁴⁾.

De esta manera, la SC1 ha abordado correctamente uno de los temas más delicados del Derecho de Competencia, estableciendo los criterios que deben seguirse para corroborar la existencia de una conducta anticompetitiva. La metodología propuesta por la autoridad, en ese sentido, ha procurado evitar que la intervención del INDECOPI pueda significar una limitación injustificada del derecho constitucional de acción de los particulares.

5. Resolución No. 059-2011/CLC (Arcos Dorados vs. Jockey Plaza, Sigdelo y otros): ¿Cuánto puede restringirse el mercado relevante?⁽²⁵⁾

Desde nuestro punto de vista, la presente resolución podría definirse como anecdótica, pues contradice los criterios que hasta el momento venía utilizando la Comisión para definir los mercados en el Derecho de Competencia. En efecto, lejos de prestarle atención a la información económica que la Secretaría había obtenido en el mercado, la Comisión optó por resolver a partir de un análisis subjetivo de lo que consideraba que sucedía en los hechos. Es decir, la Comisión no recurrió adecuadamente a la información objetiva que tenía a la mano, como era de esperarse; más aún, tomando en cuenta que la Secretaría Técnica había concluido en su Informe (a partir de dicha información) que no existía infracción.

(24) Sumilla de la Resolución de la SC1.

“Unas de cal y otras de arena”: aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011

El 15 de noviembre de 2011, la Comisión emitió su Resolución No. 059-2011/CLC, mediante la cual declaró fundada la denuncia de Operaciones Arcos Dorados de Perú SA (en adelante, Arcos Dorados) contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center SA (en adelante, Jockey Plaza), Sigdelo SA (en adelante, Sigdelo) y otros⁽²⁶⁾ por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar. Cabe resaltar que la Resolución de la Comisión se emitió pesar que el Informe de la Secretaría Técnica recomendaba declarar infundada la denuncia.

Entre los varios temas que pueden ser materia de comentario respecto a la Resolución, el más resaltante se refiere a la manera en la cual ha sido definido el mercado relevante, el cual, a criterio de la Comisión, estaría compuesto por el arrendamiento de espacios en el Jockey Plaza, para la venta de hamburguesas similares a las de McDonald's. Bajo esta definición, la Comisión consideró que el acuerdo cuestionado por Arcos Dorados no era un contrato de exclusividad sino un acuerdo para negarse a contratar con un competidor en particular, cuyo único objetivo era excluir del mercado afectado a ese competidor específico.

5.1. Antecedentes

Con fecha 26 de setiembre de 2007, Arcos Dorados (licenciataria de McDonald's en el Perú) interpuso una denuncia contra Jockey Plaza y Sigdelo⁽²⁷⁾ (licenciataria de Burger King y Pizza Hut) por la presunta realización

de prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar.

En su denuncia, Arcos Dorados señaló que habría solicitado a Jockey Plaza, en distintas oportunidades, el arrendamiento de locales comerciales al interior de sus instalaciones con el fin de establecer diversos formatos de restaurantes de McDonald's⁽²⁸⁾. Sin embargo, en todos los casos habría recibido rechazos por parte del Jockey Plaza, quien justificó su negativa alegando que el rubro al que se dedica Arcos Dorados se encontraba suficientemente cubierto y que, además, existirían limitaciones contractuales que le impedirían arrendar espacios a otros operadores del rubro.

Durante el procedimiento se verificó que el acuerdo que le habría impedido a Jockey Plaza contratar con Arcos Dorados consiste en un compromiso por el cual Jockey Plaza excluiría a McDonald's del centro comercial⁽²⁹⁾. Dicha exclusión no alcanzaría a otros operadores de comida rápida.

Tras cuatro años de investigaciones, el 6 de junio de 2011, la Secretaría Técnica emitió el Informe No. 025-2011/ST-CLC en el cual

(25) El presente caso se encuentra en apelación ante la SC1. Debemos advertir que Bullard Falla Ezcurra + Abogados participó en el presente procedimiento elaborando un informe de experto sobre el caso para Sigdelo. Agradecemos a Andrea Cadenas por sus aportes en la investigación del presente caso.

(26) También fueron denunciados los señores Arturo Hernán Ricke Guzmán, Carlos Enrique Carillo Quiñones, Raúl Diez Canseco y Carlos Zúñiga Quiroz.

(27) Sigdelo fue identificado como denunciado posteriormente. A la fecha de interposición de la denuncia, Arcos Dorados aún no había podido identificar qué competidor había llegado a un acuerdo con el Jockey Plaza para impedirle su ingreso al centro comercial.

(28) Arcos Dorados es la empresa licenciataria en el Perú de la cadena internacional de venta de comida rápida McDonald's.

(29) Dichas negativas tuvieron su origen en el acuerdo existente entre Jockey Plaza y Sigdelo, suscrito el 20 de febrero de 1997, y que se mantuvo vigente por lo menos hasta el 26 de setiembre de 2007. En efecto, el 20 de febrero de 1997 ambas denunciadas suscribieron cuatro contratos de subarrendamiento respecto de cuatro locales comerciales ubicados en el Jockey Plaza.

Adicionalmente, el 20 de febrero de 1997, Jockey Plaza envió una Carta Adenda a Sigdelo, en la cual la primera se obligó, entre otras cosas, a no arrendar ni subarrendar “ningún local a McDonald's, ni ningún licenciataria de McDonald's (...).” Cabe resaltar, que los contratos de subarrendamiento se pactaron por un plazo de diez (10) años, prorrogables automáticamente por otros diez (10) años. En todos los casos, dicho plazo se pactó como obligatorio para Jockey Plaza por veinte (20) años.



Alejandro Falla Jara y Mario Fernando Drago Alfaro

concluye que Administradora Jockey Plaza no ostenta posición de dominio, por lo que recomienda a la Comisión declarar infundada la denuncia. Para llegar a su conclusión, la Secretaría utilizó información proporcionada por centros comerciales y encuestas tanto a consumidores que acuden a centros comerciales como a arrendatarios de espacios en centros comerciales.

No obstante la recomendación de la Secretaría Técnica, el 15 de noviembre de 2011, la Comisión emitió la Resolución No. 059-2011/CLC, mediante la cual declaró fundada la denuncia, sancionando a Sigdelo y a Administradora Jockey Plaza con multas de 564.4 y 100 UIT, respectivamente.

Actualmente el caso se encuentra en apelación ante la SC1.

5.2. Sobre el análisis de la Comisión y su comparación con los datos obtenidos por el informe de la Secretaría Técnica

A efectos de determinar la posición de dominio de un agente económico es necesario seguir el siguiente esquema de análisis: (i) definir el mercado relevante en el cual presuntamente se está realizando la práctica anticompetitiva; y, (ii) determinar si el agente económico denunciado ostenta posición de dominio en dicho mercado relevante⁽³⁰⁾.

Para poder definir cuál es el mercado relevante en un caso concreto se requiere, a su vez, determinar dos aspectos centrales: cuáles son los productos que deben ser considerados sustitutos adecuados para determinar con qué productos se compite (mercado producto)⁽³¹⁾; y el área geográfica en base a la cual se va a definir la participación en el mercado (mercado geográfico)⁽³²⁾.

La definición de mercado relevante es central y afecta de manera sustancial y crítica la posibilidad de concluir que un agente posee posición de dominio. Si definimos que el

mercado relevante para una bodega es una calle en una ciudad, entonces posiblemente concluiremos que ostenta una posición monopólica por ser la única proveedora en dicha calle. Si por el contrario incluimos como parte del mercado geográfico a todo el distrito, su participación podría caer dramáticamente. Si se define como mercado relevante un país, la participación de mercado de dicha bodega será insignificante y toda posibilidad de posición de dominio será nula.

Como puede apreciarse, resulta complejo definir los límites del mercado. Las situaciones cambian según las circunstancias de cada mercado particular, la movilidad de los recursos necesarios para producir un bien competitivo, el nivel de tecnología disponible, las preferencias de los consumidores, etc. La casuística puede hacer el análisis de cada caso diferente y son muchos los factores involucrados.

Lo mismo ocurre con la definición de mercado de producto. Si existe una sola empresa fabricante de cerveza en un país, podría tener el monopolio. Pero si en el mercado relevante se incluyen otras bebidas alcohólicas, el poder de mercado puede reducirse sustancialmente. Y si incluimos las aguas gaseosas y los jugos, reduciríamos aún más la posibilidad de considerar que existe posición de dominio.

La idea central para identificar si un agente cuenta con posición de dominio es evaluar en el mercado su poder para determinar el precio. Si esta facultad está controlada por la

(30) Tal como señala Conrath: "Definir el mercado relevante es el primer paso para analizar una práctica monopolística sospechosa. La razón para definir el mercado (o mercados) es determinar qué competencia podría ser afectada por la práctica. La competencia puede ser analizada únicamente en un mercado. En particular, es obviamente esencial definir un mercado, con el fin de decidir si una firma tiene una posición dominante". CONRATH, Craig W. *Guía práctica para la ejecución de la ley antimonopolio para una economía en transición*. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 1998; p. 91.

(31) Por ejemplo, ¿se puede considerar al proveedor de GLP como competidor del proveedor de diesel 2?

(32) Por ejemplo, para determinar el grado de participación en el mercado de una empresa ubicada en Lima Metropolitana, ¿se debe considerar el área de Lima Metropolitana, de Lima provincia, o de todo el Perú?

“Unas de cal y otras de arena”: aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011

posibilidad de que proveedores de otras áreas geográficas abastezcan el área de la empresa en cuestión, o que los consumidores elijan bienes sustitutos, se considera, para efectos de determinar el porcentaje de participación en el mercado, las alternativas de los consumidores.

Una vez determinado cuál es el mercado relevante, el segundo problema a resolver es cómo determinar que una empresa ha concentrado una parte suficientemente grande de dicho mercado, es decir, si tiene o no efectivamente posición de dominio.

Un criterio usado con cierta frecuencia es establecer el porcentaje de participación en el mercado. Así, por ejemplo, puede considerarse que una empresa que tiene más del 50% del mercado puede tener una posición de dominio⁽³³⁾. Sin embargo, tener en cuenta sólo la participación porcentual en el mercado es insuficiente para entender la capacidad que tiene una empresa para influir en el precio. La idea no es sólo identificar su participación particular, sino el nivel de concentración del mercado en que dicha participación se da. No es lo mismo actuar con un 30% de mercado cuando el resto está conformado por otras dos empresas (una con 30% y otra con el 40%) que tener un 30% frente a un número alto de empresas compitiendo (70 empresas con 1% del mercado cada una)⁽³⁴⁾.

Teniendo lo anterior en consideración, ¿puede considerarse correcta la determinación de posición de dominio del Jockey Plaza por parte de la Comisión?

En su informe, la Secretaría Técnica había determinado que el mercado relevante estuvo constituido “por el arrendamiento de locales comerciales para la venta de comida rápida en Jockey Plaza y Plaza San Miguel, entre 1997 y 2000; en Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, entre 2001 y 2004; y, Jockey Plaza, Plaza San Miguel, Primavera Park Plaza y Plaza Lima Sur, entre 2005 y 2007”. Por su parte, consideró que el mercado de producto relevante estaba constituido por el “arrendamiento de establecimientos comerciales para venta de comida rápida al interior de centros comerciales con las características del Jockey Plaza”⁽³⁵⁾.

En cuanto al mercado geográfico relevante, se había determinado que el análisis de sustitución se realizaría entre los locales comerciales del Jockey Plaza y los demás centros comerciales de Lima. En efecto,

(33) Así, por ejemplo, el Tribunal de la Comunidad Económica Europeo consideró que cuotas de mercado durante un periodo de tres años que oscilaban entre 75% y 87% eran “tan grandes que eran en sí mismas prueba de una posición dominante” (Caso Hoffmann vs. La Roche). El mismo Tribunal consideró que cuotas entre 57% y 65% por periodos de tres años, sumado a la distancia con las cuotas de otros competidores (entre 4% y 8%) constituía una indicación válida de que existía posición de dominio (Caso Michelin vs. Comisión). En Europa, una empresa con 40% o menos de participación de mercado difícilmente será considerada como una con posición de dominio.

(34) Es importante tener en cuenta que los elementos adicionales a la cuota de mercado que deben de ser considerados para poder determinar si una empresa cuenta o no con posición de dominio, de acuerdo con lo señalado por Conrath, son:

“5.3.3.2 Exceso de Capacidad

Si los competidores de una forma tienen gran *exceso de capacidad*, entonces, tendrán la habilidad para atender los clientes de la firma que no están contentos (...)

5.3.3.3 Mercado dinámico o estable

En un mercado dinámico que está creciendo o cambiando rápidamente, la participación de mercado de una forma es menos significativa como una medida de su efecto en el mercado, porque aquel está cambiando. Otras compañías tienen buenas oportunidades para obtener clientes y crecer. Inclusive, la firma más grande en tal mercado debe continuar respondiendo a sus clientes y competidores si quiere mantener su participación de mercado (...)

5.3.3.4 Tamaño relativo del mercado

Si una firma es mucho más grande que la siguiente más grande, probablemente sea la líder, a la cual otras seguirán. Es menos probable ser desafiado por otra firma (...)” (énfasis agregado). CONRATH, Craig W. *Op. cit.*; p. 156.

(35) Párrafo 127 del Informe No. 025-2011/ST-CLC.



Alejandro Falla Jara y Mario Fernando Drago Alfaro

para la Secretaría Técnica, los establecimientos ubicados en centros comerciales poseen características particulares que los distinguen de aquellos ubicados en otras zonas, por lo que consideró que el mercado relevante no debería incluir a todos los locales comerciales sino sólo a aquellos ubicados en centros comerciales.

En base a ello, la Secretaría Técnica listó doce características⁽³⁶⁾ que posee el Jockey Plaza y las comparó con otros centros comerciales de Lima. Así, atendiendo al nivel de similitud identificado entre el Jockey Plaza, Plaza San Miguel, Primavera Park Plaza y Plaza Lima Sur, se consideró que estos centros comerciales formaban parte de un mismo mercado geográfico relevante.

Además, considerando la evolución de las cuotas de mercado de Jockey Plaza y sus competidores actuales, la realización de *multihoming*⁽³⁷⁾ por ambos grupos de demandantes de la plataforma, entre otros aspectos, concluyó que Jockey Plaza *no* ostentó posición de dominio durante el período investigado. En efecto, se observó que los arrendatarios pueden acudir a diferentes plataformas, lo cual reduce el poder de mercado del Jockey. Así, para la Secretaría Técnica, los proveedores alternativos de espacios de arrendamiento en centros comerciales tendrían capacidad de disciplinar el comportamiento de Jockey Plaza en el mercado relevante con una baja inversión y en el corto plazo. Así, la Secretaría Técnica había concluido lo siguiente:

“178. Considerando la evolución de las cuotas de mercado del Jockey Plaza y sus competidores actuales, calculadas tanto según los ingresos por ventas totales de los centros comerciales como según los ingresos por ventas de comida rápida en los centros comerciales del mercado relevante; la realización de *multihoming* por parte de

ambos grupos de demandantes del Jockey Plaza (arrendatarios de establecimientos comerciales y consumidores); y, la existencia de competencia potencial representada por los centros comerciales Mega Plaza y La Marina Open Plaza; esta Secretaría Técnica concluye que Administradora Jockey Plaza no ostentó posición de dominio durante el periodo investigado”.

No obstante la Secretaría Técnica llegó a sus conclusiones sobre la base de data relevante sobre el mercado que respaldaba su posición⁽³⁸⁾, la Comisión decidió no tomar en consideración dichas conclusiones y, por el contrario, determinó que el mercado relevante estaría constituido por “el arrendamiento de espacios en el Jockey Plaza, para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald’s”⁽³⁹⁾. En efecto, la Comisión determinó que el mercado del servicio en cuestión estaba conformado por el “arrendamiento de espacios en centros comerciales *similares* al Jockey Plaza, para la venta de hamburguesas *similares* a las de la marca McDonald’s”. El análisis de sustituibilidad realizado por la Comisión consideró que el servicio era provisto por una plataforma que atiende a dos tipos de clientes: arrendatarios de locales y consumidores finales.

En ese sentido, la Comisión arribó a la conclusión que, por el lado de los arrendatarios

-
- (36) Dichas características fueron: flujo de visitantes, primer NSE atendido, segundo NSE atendido, ingresos del centro comercial, precio promedio mensual por metro cuadrado por concepto de arrendamiento de locales para comida rápida, participación de tiendas ancla, participación de locales de artículos para el hogar, participación de locales de ropa, participación de locales de diversión, participación de locales de comida, participación de locales de artículos para el cuidado personal y participación de locales para otros fines.
- (37) El *multihoming*, según la Secretaría Técnica, es “la capacidad de los agentes de ambas demandas en una plataforma (en el presente caso, arrendatarios de establecimientos comerciales y consumidores) para acudir a más de una plataforma, considerando la diferenciación que pueda existir entre éstas” (p. 64 del Informe No. 025-2011/ST-CLC).
- (38) En nuestra opinión, el mercado relevante no sólo debió incluir a otros centros comerciales, sino a todos los locales comerciales (incluyendo *free standing*) dentro del radio de influencia del Jockey Plaza.
- (39) Párrafo 138 de la Resolución No. 059-2011/CLC-INDECOPI.

“Unas de cal y otras de arena”: aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011

de establecimientos en centros comerciales, otro tipo de locales como aglomeraciones de tiendas, negocios o establecimientos *free standing* no eran sustitutos adecuados; y, por el lado de los consumidores finales, este tipo de establecimientos (distintos a los ubicados en centros comerciales) tampoco eran sustitutos adecuados. Para la Comisión, de acuerdo a las características del Jockey Plaza, el máximo nivel de similitud se encontraba únicamente en el centro comercial Plaza San Miguel, excluyendo otros canales de distribución de comida rápida como restaurantes de uso privado, establecimientos cercanos a un local ancla o aglomeraciones de negocios.

Sin embargo, pese a considerar como único sustituto potencial al centro comercial Plaza San Miguel por compartir características comunes que los convierten cuando menos en sustitutos parciales de oferta de locales alternativos para la provisión de bienes y servicios en el mercado de comida rápida, la Comisión determinó que *no* eran considerados sustitutos adecuados. Ello, debido a que “si bien los arrendatarios buscan espacios en ambos centros comerciales, la mayoría de consumidores que acude al Jockey Plaza no acude a Plaza San Miguel y la mayoría de consumidores que acude a Plaza San Miguel no acude al Jockey Plaza. En otras palabras, la mayoría de consumidores no considera a Plaza San Miguel como un sustituto adecuado del Jockey Plaza”⁽⁴⁰⁾. En efecto, la Comisión determinó que no era suficiente que el 43% de consumidores del Jockey Plaza también acuda a Plaza San Miguel para que ambos sean sustitutos, aunque no indicó qué porcentaje considera apropiado.

Asimismo, respecto a la competencia potencial en el mercado, la Comisión concluyó que esta no existe, dadas sus características que disuadirían el ingreso de nuevos centros comerciales:

“175. (...) Específicamente, Administradora Jockey Plaza cuenta con un amplio terreno, una extensa área construida, una ubicación estratégica, una gran variedad en su *tenant mix*, acceso al financiamiento de un grupo empresarial internacional (el Grupo Altas Cumbres) y una importante preferencia de los consumidores. Estas características podrían haber disuadido el ingreso de nuevos centros

comerciales al mercado relevante, debido al riesgo de tener que enfrentar a un agente económico con las fortalezas de Administradora Jockey Plaza”.

En ese sentido, la Comisión concluyó que Jockey Plaza habría tenido una participación del 100% en dicho mercado y que no existía competencia potencial. Por lo tanto, el Jockey Plaza habría tenido posición de dominio en el período investigado:

“179. Por lo tanto, teniendo en cuenta la alta cuota de mercado de Administradora Jockey Plaza, la existencia de altas barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial, esta Comisión considera que, durante el periodo investigado (1997-2007), Administradora Jockey Plaza ostentó posición de dominio en el mercado relevante previamente definido como el arrendamiento de espacios en el Jockey Plaza, para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald’s”.

Por otro lado, a diferencia de la Secretaría Técnica, la Comisión consideró que dadas las características de precio, sabor y cantidad, el producto más aproximado a McDonald’s es Burger King⁽⁴¹⁾. Por ello, no sería comparable con otro tipo de comida rápida como pizza o pollo, y el mercado afectado estaría conformado únicamente por McDonald’s, Burger King y Bembos. En tal sentido, para la Comisión, la conducta habría restringido de manera significativa el nivel de competencia entre Arcos Dorados, Sigdelo y Bembos, reduciendo las opciones de los consumidores en el Jockey Plaza.

Al respecto, cabe destacar que la Secretaría Técnica había indicado en su informe que

(40) Párrafo 158 de la Resolución No. 059-2011/CLC-INDECOPI.

(41) Sigdelo es la empresa licenciataria en el Perú de las cadenas internacionales de venta de comida rápida Burger King y Pizza Hut.



Alejandro Falla Jara y Mario Fernando Drago Alfaro

el mercado de producto estaba constituido por la venta de comida rápida en Lima, debido a que posee características y canales de comercialización semejantes y que, a su vez, la diferencian de otros restaurantes: (i) servicio rápido, (ii) alta rotación de consumidores; y, (iii) precio relativamente bajo en relación con restaurantes. En el documento de la Secretaría se señala lo siguiente:

“261. (...) sobre la base de un análisis conjunto de las siguientes consideraciones: (i) lo establecido por la jurisprudencia internacional (en el sentido de que los locales comerciales ubicados en el interior de un centro comercial compiten con los que se ubican en el exterior); (ii) los ingresos de los locales de comida rápida (que reflejan que no existe una diferencia relevante entre los ingresos promedio anuales que las empresas de comida rápida perciben por sus locales ubicados dentro o fuera de los centros comerciales); (iii) los precios de la comida rápida en Lima (que reflejan que no existen diferencias relevantes en el precio de la comida rápida dentro o fuera de centros comerciales); (iv) la ubicación de los locales de comida rápida (que demuestra que ha existido la oferta de locales necesaria); y, (v) la existencia de una cadena o red de sustitución geográfica de establecimientos de comida rápida en Lima; esta Secretaría Técnica considera que el ámbito geográfico del mercado afectado está constituido por Lima.

262. Por tanto, esta Secretaría Técnica concluye que el mercado afectado, en el que se produce la competencia entre el presunto afectado y los presuntos infractores está constituido por la venta de comida rápida en Lima”.

Es decir, mientras la Secretaría había concluido que todas las comidas rápidas pueden considerarse productos sustitutos, la Comisión señaló que las hamburguesas constituirían un mercado aparte, incapaz de ser sustituido por otros tipo de comida rápida como pizza, pollo o incluso otro tipo de hamburguesas *no similares* a las de McDonald's.

De otra parte, la Comisión también rechazó la propuesta de la Secretaría Técnica respecto al mercado geográfico afectado.

Efectivamente, la Secretaría había señalado que no se trataría de un mercado secundario (características especiales por su consumo en centros comerciales), en tanto no presenta las

condiciones para que pueda considerarse como tal (no existe información suficiente sobre precios en el mercado secundario, altos costos de cambio, etc.). Asimismo, a partir de la evidencia encontrada, la Secretaría había concluido que los locales *free standing* y en el patio de comidas forman parte del mismo mercado, dado que:

- La jurisprudencia internacional ha señalado que los locales comerciales dentro de un centro comercial, compiten con aquellos que se encuentran al exterior.
- Los ingresos en patios de comidas son similares a los ingresos en locales *free standing*. De hecho, los ingresos en patio de comidas hallados por la Secretaría son 15% inferiores a aquellos ubicados en la vía pública, según información de ingresos de las empresas.
- Los precios de la comida rápida no varían en los diferentes tipos de locales, según información brindada por las empresas.
- Los locales de comida rápida se ubican tanto en patios de comida como en las calles, según información brindada por las empresas.
- Existencia de cadenas de sustitución geográfica: si bien según la literatura internacional los consumidores están dispuestos a desplazarse a un radio de 5km para acceder a comida rápida, los radios de influencia se interconectan disciplinando el mercado y formando una red de sustitución geográfica.

Pese a la evidencia encontrada por la Secretaría Técnica, la Comisión señaló que el mercado afectado no debía incluir a los establecimientos *free standing*, dado que el consumo dentro de un centro comercial responde a un “conjunto de necesidades”

“Unas de cal y otras de arena”: aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011

entre las cuales se encuentra comer una hamburguesa: no respondería a la misma necesidad que el consumo en un local *free standing*. En ese sentido, los consumidores no considerarían como sustituto este tipo de locales⁽⁴²⁾.

“224. De acuerdo a lo anterior, los consumidores que acuden al Jockey Plaza porque buscan adquirir un conjunto de bienes y servicios, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas, no consideran como sustituto adecuado este conjunto de bienes y servicios a la venta de hamburguesas en los establecimientos *free standing*, debido a que cada una de estas opciones se encuentra relacionada con diferentes momentos de consumo”.

Igualmente, la Comisión descartó a los locales ubicados dentro de otros centros comerciales, dada la definición de mercado relevante que había realizado.

“225. Por otro lado, esta Comisión considera que los establecimientos ubicados en otros centros comerciales tampoco pueden ser considerados sustitutos adecuados, por las mismas razones recogidas en el análisis de sustituibilidad del mercado relevante. En efecto, de acuerdo a este análisis, durante el periodo investigado (1997-2000), no existían centros comerciales que pudieran ser considerados sustitutos adecuados del Jockey Plaza”.

Bajo esas premisas, la Comisión concluyó, pese a la existencia de evidencia en contra hallada por la Secretaría Técnica, que “el mercado afectado está definido por el conjunto de bienes y servicios que se ofrecen en el Jockey Plaza, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas de las marcas McDonald’s, Burger King y Bembos⁽⁴³⁾”.

Por otro lado, la Secretaría, basándose en los criterios de la Comunidad Europea, había recomendado declarar infundada la denuncia pues en los hechos únicamente se estaría perjudicando a uno de los competidores, por lo que los efectos negativos serían menores a una situación en la cual se excluyese a toda la competencia. Efectivamente, recordemos que en el presente caso, el compromiso del Jockey frente a Sigdelo no fue uno de exclusividad, sino de

exclusión de McDonald’s. Además, de acuerdo a la Secretaría, el mercado disponible para Arcos Dorados y cualquier otro agente que no hubiese tenido acceso al Jockey Plaza continuaba siendo superior al 89% del mercado afectado. Por lo que no existiría capacidad para afectar competencia en el mercado de venta de comida rápida en Lima. Incluso las ventas y número de locales de Arcos Dorados se incrementaron significativamente, por lo que la referida exclusión no habría impedido su crecimiento. McDonald’s pasó de tener 5 locales en 1997 a 18 locales en 2007, mientras que sus ingresos aumentaron de S/. 7 millones en 1997 a alrededor de S/. 57 millones en 2007. De cualquier forma, para la Secretaría Técnica, la conducta denunciada únicamente habría tenido un efecto negativo sobre el 1.5% del mercado. De esta manera, la Secretaría concluyó lo siguiente:

“291. Considerando el alcance de la cláusula restrictiva, la importancia del Jockey Plaza como canal de comercialización, el desarrollo de Arcos Dorados en el mercado afectado y la afectación del proceso competitivo en el mercado afectado, esta Secretaría Técnica considera que el acuerdo entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo para negarle a Arcos Dorados el arrendamiento de locales comerciales en el Jockey Plaza, no tenía la capacidad de afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo ni el bienestar de los consumidores en el mercado afectado (venta de comida rápida en Lima)”.

No obstante la conclusión de la Secretaría Técnica y los datos presentados, la Comisión señaló que el daño debe determinarse sobre el porcentaje de ventas que podría haber tenido

(42) La Comisión no cita las fuentes utilizadas para concluir que la percepción de los consumidores acerca de la inexistencia de sustituibilidad entre locales *free standing* y patio de comidas.

(43) Numeral 239 de la Resolución de Comisión.



Alejandro Falla Jara y Mario Fernando Drago Alfaro

Arcos Dorados en el Jockey Plaza en un escenario donde Arcos Dorados compite con Sidgelo y Bombos. Para ello, la Comisión utiliza data sobre los locales *free standing* para aproximar su participación⁽⁴⁴⁾. Se determinó un ingreso bruto promedio por local tanto de Burger King como de McDonald's y Bombos. Posteriormente, se dividió entre el producto más vendido para hallar la cantidad promedio vendida por local. Finalmente, se determinó la participación de Burger King en función a la cantidad promedio de productos vendidos. Sobre la base de este cálculo, la Comisión concluyó que:

“247. (...) El porcentaje de ventas de hamburguesas que Arcos Dorados podría haber tenido en el Jockey Plaza si no se hubiera realizado la conducta hubiera sido significativo (...) En consecuencia, esta Comisión considera que la conducta de Administradora Jockey Plaza y Sigdelo restringió significativamente el nivel de competencia en el mercado afectado”.

Así, pese a la evidencia presentada por la Secretaría en su informe, la Comisión declaró fundada la denuncia de Arcos Dorados contra Jockey Plaza y Sigdelo por negarse a contratar de manera concertada e injustificada.

Actualmente, la resolución bajo comentario se encuentra apelada ante la SC1. Si el criterio de la segunda instancia es concordante con la metodología de análisis que el INDECOPI ha venido utilizando en los últimos años para definir mercados y posición de dominio (uso de herramientas estadísticas y económicas), es esperable que la decisión de la Comisión sea revocada y que, por el contrario, la SC1 tome como suya la opinión de la Secretaría Técnica.

6. Resolución No. 1645-2011/SC1-INDECOPI (León Siles vs. Cosmos y otros): Fijación del estándar de prueba⁽⁴⁵⁾

La presente resolución significó la tercera ocasión en 2011 en la cual la autoridad de competencia se pronunció sobre un hecho que no ha sido pacífico en el Derecho de competencia nacional durante los últimos años: ¿Quién tiene la carga de la prueba? ¿Hasta dónde llega la obligación de probar por parte del denunciante? ¿Cuál es el límite de la obligación de INDECOPI de investigar este tipo de imputaciones? A través de esta decisión, la SC1 establece criterios que concluyen en que la actuación de la Secretaría no puede reemplazar la diligencia que el denunciante debe tener para probar la comisión de una infracción.

Mediante Resolución No. 1645-2011/SC1-INDECOPI del 22 de noviembre de 2011, la SC1 decidió confirmar en todos sus extremos la Resolución No. 008-2010/CLC-INDECOPI, que declaró improcedente e infundadas las pretensiones denunciadas por el señor Juan Carlos León Siles⁽⁴⁶⁾ (en adelante, “el señor León”) en contra de Cosmos Agencia Marítima SAC y otros agentes marítimos y terminales de almacenamiento⁽⁴⁷⁾ por presuntas prácticas

(44) Inicialmente considera que *free standing* y ventas en patios de comidas son mercados diferentes. Sin embargo, utiliza su participación en *free standing* para aproximar participación en el Jockey Plaza.

(45) Agradecemos a Carla Tejada por sus aportes en la investigación del presente caso.

(46) El señor León fue representante de los dueños de carga en las actividades de comercio internacional, así como Director del Consejo Nacional de Usuarios del Sistema de Distribución Física Internacional de Mercancías. Al momento de la interposición de la denuncia, el señor León se desempeña como Presidente de la Asociación de Exportadores e Importadores por la Competitividad y Transparencia en la Logística.

(47) La lista completa de denunciados es la siguiente:

- a. Cosmos Agencia Marítima SAC. (en adelante, “Cosmos”);
- b. Neptunia S.A. (en adelante, “Neptunia”);
- c. Broom Perú S.A.C. (en adelante, “Broom”);
- d. Agencias Universales Perú S.A. (en adelante, “Agunsa”);
- e. Inversiones Marítimas Universales Perú S.A. (en adelante, “Imupesa”);

“Unas de cal y otras de arena”: aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011

restrictivas de la competencia en la modalidad de concertación de precios y condiciones de comercialización, subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias, actuaciones paralelas o concertadas en el mantenimiento de los días libres de almacenamiento, y actuaciones paralelas o concertadas en el cobro de servicios que se prestan en el Terminal Portuario del Callao.

6.1. Antecedentes

El 4 de noviembre de 2005, el señor León interpuso una denuncia ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en contra de Cosmos Agencia Marítima SAC y otros agentes marítimos y terminales de almacenamiento por las conductas arriba señaladas.

Tras cuatro años de investigación, el 28 de enero de 2010, la Comisión resolvió declarar improcedente e infundada las pretensiones del señor León debido a que no existían indicios suficientes que permitan establecer que las empresas denunciadas incurrieron en las prácticas denunciadas. En efecto, mediante Resolución No. 008-2010/CLC-INDECOPI, se señaló que:

“180. (...) No existen indicios suficientes que permitan concluir que Cosmos y otros agentes marítimos y terminales de almacenamiento incurrieron en prácticas restrictivas de la competencia, destinadas a (i) fijar concertadamente los precios y (ii) las condiciones de comercialización de diversos servicios portuarios, (iii) actuar paralelamente o

concertadamente en la reducción de los días libres de almacenamiento, y (iv) en el condicionamiento de la prestación del visto bueno B/L y/o desvío de contenedor a la prestación de otros servicios portuarios en el TPC, durante el periodo comprendido entre 2001 y 2006. Adicionalmente, existen explicaciones alternativas para el comportamiento de los mercados de agenciamiento marítimo y terminales de almacenamiento, distintos a la adopción y ejecución de un acuerdo colusorio”.

Ante ello, el señor Siles interpuso un recurso de apelación contra la decisión de la Comisión, específicamente respecto a la decisión de declarar infundada sus pretensiones sobre concertación de precios y condiciones comerciales para la prestación de determinados servicios⁽⁴⁸⁾; la concertación horizontal en la modalidad de ventas atadas⁽⁴⁹⁾, y las actuaciones paralelas o concertadas⁽⁵⁰⁾.

Entre otros argumentos, el señor Siles señaló en su apelación que la primera instancia no habría realizado las actuaciones suficientes y necesarias para demostrar la existencia de las conductas denunciadas. De acuerdo a lo señalado por el señor Siles, la Comisión de

- f. Trabajos Marítimos S.A. (en adelante, “Tramarsa”);
- g. Terminales Portuarios Peruanos S.A.C. (en adelante, “TPP”);
- h. Unitrans S.A.C.;
- i. Mediterranean Shipping Company del Perú S.A.C. (en adelante, “MSC”);
- j. Compañía de Transportes y Cabotaje S.A.;
- k. Técnica Naviera y Portuaria S.A. (en adelante, “Tecnapo”);
- l. Cargo Master S.A.;
- m. Consorcio Naviero Peruano;
- n. Greenandes Perú S.A.C. (en adelante, “Greenandes”);
- o. Transmeridian S.A.C. (en adelante, “Transmeridian”); y
- p. Amerandes Transportes Logísticos S.A.C. (en adelante, “Amerandes”).

- (48) Estos servicios son: servicios de gremios marítimos o manipuleo de carga en tierra o muelle, seguro o garantía de contenedor, separación de carga o desvío de contenedor, emisión o venta de B/L y visto bueno.
- (49) Por el supuesto condicionamiento de otorgamiento de visto bueno de B/L y/o descarga directa o direccionamiento a la contratación de servicios de carga.
- (50) En relación al cobro de gremios marítimos o manipuleo de carga en tierra o muelle, seguro o garantía de contenedor, separación de carga o desvío de contenedor, emisión o venta de B/L y visto bueno de servicio cliente y B/L *transmission fee*.



Alejandro Falla Jara y Mario Fernando Drago Alfaro

Libre Competencia debió haber investigado de manera más proactiva el caso, con la finalidad de obtener la evidencia que acredite la comisión de las infracciones denunciadas.

Mediante Resolución No. 1645-2011/SC1-INDECOPI del 22 de noviembre de 2011, la SC1 desestimó los argumentos de la apelación del señor Siles y, en ese sentido, confirmó en todos sus extremos la decisión de la Comisión, en la medida que no existirían indicios suficientes que acreditaran la comisión de las conductas imputadas.

6.2. Sobre el análisis de la SC1

Ciertamente, la Comisión tiene la obligación de investigar las conductas materia de las denuncias que se presenten ante ésta. Por tanto, si alguna denuncia es desestimada sin realizarse una investigación previa, el administrado podrá reclamar la vulneración de sus derechos. En esa medida, corresponde a la SC1 verificar en cada oportunidad si la Comisión realizó las actuaciones necesarias para concluir la inexistencia de las conductas que se imputen.

De manera correcta, en el presente caso la SC1 inició el análisis de las conductas mediante la delimitación del estándar de prueba aplicable a las prácticas restrictivas entre competidores, señalando que los indicios y las presunciones resultan fundamentales para conocer la ilegalidad de las conductas, ya que es muy difícil hallar pruebas que acrediten directamente la existencia de un cartel. Comúnmente, las empresas coludidas buscarán eliminar las evidencias de sus acuerdos⁽⁵¹⁾. Por ello, la SC1 hace hincapié en la necesidad de acudir a las pruebas indiciarias que, de manera conjunta y mediante la construcción de un razonamiento lógico, permitirán presumir razonablemente la existencia de una conducta ilegal.

No obstante, la SC1 señala también que para poder concluir válidamente que existe una conducta anticompetitiva, los indicios, analizados de manera conjunta, no deberán permitir

la posibilidad de que existan explicaciones alternativas razonables y lógicas sobre los hechos. En efecto, la SC1 señala expresamente que:

“48. Sin embargo, para garantizar el respeto a la presunción de licitud que recae sobre las actuaciones de los investigados, resulta necesario que el acuerdo colusorio sea la *única explicación lógica* a la concurrencia de los indicios encontrados, debiendo descartarse cualquier otra explicación alternativa a estos hechos. De esta manera, se deben someter las conclusiones obtenidas de los indicios a un análisis contra-fáctico, es decir, buscar otras posibles conclusiones que razonablemente se deriven de los indicios detectados”.

Cuando no sea evidente la comisión de una conducta anticompetitiva, la autoridad no puede, bajo ninguna circunstancia, concluir lo contrario. En otras palabras, deberá resolverse que el hecho no ha sido debidamente probado y, por tanto, la denuncia será desestimada. La SC1 ha decidido sobre la base de dicho criterio y desestimado, por tanto, la denuncia del señor León.

Teniendo en consideración lo anterior, ¿hasta qué punto la carga de realizar las actuaciones probatorias puede trasladarse del denunciante a la autoridad? ¿Fue insuficiente la actuación de la primera instancia? ¿Por qué las pruebas actuadas no fueron concluyentes respecto a la comisión de las infracciones denunciadas? Tal como la doctrina y jurisprudencia señalan⁽⁵²⁾,

(51) Punto 46 de la Resolución de la SC1.

(52) Es en ese sentido que la OECD señala:

“Una revisión de los casos de carteles seguidos en los países de la OECD en los cuales la evidencia circunstancial era importante, mostraron que en casi todos los casos exitosos hubo evidencia de comunicación. *La evidencia económica, por otro lado, es ambigua. No puede ser consistente ni con un acuerdo ni con una acción independiente (...)* En concordancia con la teoría económica, una larga lista de casos ha reconocido que *la evidencia de una conducta paralela, tal como el incremento simultáneo de precios por empresas rivales, por sí sola, no es prueba suficiente de la existencia de un acuerdo colusorio. Debe haber evidencia adicional, que debe tender a probar la existencia de un acuerdo ilegal como es requerido por los estándares aplicables de prueba*” (énfasis agregado).

“Unas de cal y otras de arena”: aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011

no resulta posible sancionar un supuesto de concertación sobre la base de una alegada conducta paralela, sino que será necesario acreditar suficientemente la existencia dicha conducta. En efecto, nuestro marco constitucional consagra la presunción de inocencia como derecho fundamental de toda persona. El artículo 2.24.e) de la Constitución Política del Perú señala que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾.

Bajo este principio, lo que se evita es que la instrumentalización del procedimiento no genere que el denunciado sea tratado como infractor sin la existencia de una resolución firme que así lo declare. Asimismo, la presunción de inocencia implica que el denunciado sólo podrá ser sancionado si es que existe una investigación previa de su conducta que lleve al órgano resolutorio a concluir, de manera indubitable, que existe una infracción. Así, la presunción de inocencia previene la aplicación de una sanción por simples presunciones o afirmaciones no sustentadas, exigiendo para ello la presencia de certeza como requisito indispensable para imponer una sanción⁽⁵⁵⁾.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, podemos señalar que el principio de presunción de inocencia exige dos cuestiones básicas: (i) que la carga de la prueba recaiga en quien acusa, por lo que nadie está obligado a probar su propia inocencia; y, (ii) de no existir pruebas suficientes y certeras, el pronunciamiento será absolutorio.

Respecto al primer punto, la SC1 ha reafirmado que más allá del deber de la Secretaría Técnica de realizar las actuaciones necesarias para alcanzar la verdad de los hechos, la carga de probar la existencia de una conducta recaerá sobre el denunciante, quien por lo menos deberá presentar indicios razonables que respalden sus acusaciones. Efectivamente, la SC1 señaló en su Resolución lo siguiente:

“85. Sobre el particular y debido a los argumentos que sustentan la apelación,

Traducción libre de: “A review of cartel cases prosecuted in OECD countries in which circumstantial evidence were important showed that in almost all successful cases there was communication evidence. Economic evidence, on the other hand, is ambiguous. It could be consistent with either agreement or independent action. (...) In almost every country it is not sufficient simply to show that competitors acted in parallel fashion (...) Consistent with economic theory, a long line of case law has recognized that evidence of parallel conduct, such as simultaneous price increases by rivals, alone is not sufficient proof of a cartel agreement. There must be additional evidence, which tends to prove the existence of an unlawful agreement as required under the applicable standards of proof.” En: OECD – “Prosecuting Cartels without Direct Evidence”.

(53) Artículo 2, numeral 24, literal e de la Constitución Política del Perú:

“e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”.

(54) La presunción de inocencia tiene como objeto evitar que un proceso sea utilizado como un elemento estigmatizador de la persona o que se instrumentalice el derecho para que sea empleado como medio de control personal, social o político. Sentencia No. 00926-2007-AA. Recurso de agravio constitucional interpuesto por C.F.A.D. contra la sentencia de la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, debido a que su destitución de la Escuela Técnica Superior de la Policía Nacional de Puente Piedra lesiona derechos constitucionales tales como el derecho al debido proceso, el principio de *non bis in idem*, los derechos a la defensa, a la libertad y al trabajo, entre otros. Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00926-2007-AA.html>

(55) Expediente No. 00728-2008-PHC/TC:

“35 No obstante lo expuesto, este Tribunal Constitucional considera pertinente efectuar algunas precisiones desde una perspectiva estrictamente constitucional con relación al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

36. El texto constitucional establece expresamente en su artículo 2°, inciso 24, literal e), que ‘Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad’. Este dispositivo constitucional supone, en primer lugar, que por el derecho a la presunción o estado de inocencia toda persona es considerada inocente antes y durante el proceso penal; es precisamente mediante la sentencia firme que se determinará si mantiene ese estado o si, por el contrario, se le declara culpable; mientras ello no ocurra es inocente; y, en segundo lugar, que debe alcanzar la certeza de culpabilidad del acusado, y esa certeza debe ser el resultado de la valoración razonable de los medios de prueba practicados en el proceso penal”.



Alejandro Falla Jara y Mario Fernando Drago Alfaro

corresponde resaltar que *la materia en este procedimiento consiste en determinar si existió una práctica concertada para imponer el cobro de los servicios cuestionados* (sic).

86. Al respecto, luego de analizar de manera exhaustiva los medios probatorios aportados por las partes, la primera instancia determinó que además del cobro en sí mismo, no se presentaban indicios adicionales de la realización de una práctica concertada respecto de los servicios de B/L *transmission fee*, gremios marítimos, control de precintos de contenedores, visto bueno del B/L, seguro de contenedor, desvío de contenedor y emisión o venta del B/L.

87. No obstante lo anterior, *se verifica que durante el procedimiento y en su impugnación, el señor León no ha aportado medio probatorio alguno* que permita rebatir las conclusiones a las que arribó la Comisión respecto a la inexistencia de una práctica colusoria respecto de estos servicios”. (énfasis agregado en lugar de subrayado original)

105. Sin perjuicio de lo anterior, como lo ha señalado la Comisión, el condicionamiento de los servicios sería una práctica común en el mercado de agenciamiento marítimo. Por lo que, si bien los usuarios podrían ser libres de elegir con quién contratar los servicios -tal como lo ha indicado el apelante– el condicionamiento de los servicios de agenciamiento marítimo se derivaría de las características propias de la industria 50, siendo que no se ha acreditado que sea producto de una actuación concertada.

106. Bajo estas consideraciones, el condicionamiento de los servicios portuarios logísticos podría explicarse por razones distintas a un acuerdo colusorio y, dado que *el señor León no ha presentado indicios adicionales de la presunta práctica colusoria, corresponde desestimar su apelación* sobre este punto y confirmar en este extremo la resolución apelada” (énfasis agregado).

Como es posible apreciar, en la medida que el denunciante no aportó medio probatorio alguno que acredite la comisión de una infracción, y en aplicación del principio de presunción de inocencia amparado constitucionalmente, la SC1 desestimó la denuncia del señor León.

El hecho que la denuncia haya sido desestimada porque el denunciante no aportó pruebas suficientes que acreditaran la comisión de las infracciones imputadas, no implicó bajo ninguna circunstancia que la SC1 haya exonerado a la Secretaría Técnica de realizar las actuaciones necesarias que, de oficio, le corresponden en el marco de la investigación⁽⁵⁶⁾. Por el contrario, en el presente procedimiento la Secretaría Técnica

(56) Decreto Legislativo 1034:

“Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-

15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.

15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

a) Efectuar investigaciones preliminares;

(...)

c) Tratándose de una denuncia de parte, decidir la admisión a trámite del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, pudiendo declarar inadmisibles o improcedentes la denuncia, según corresponda;

(...)

e) Instruir el procedimiento sancionador, realizando investigaciones y actuando medios probatorios, y ejerciendo para tal efecto las facultades y competencias que las leyes han atribuido a las Comisiones del INDECOPI;

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

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares y patrimonios autónomos, la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia interna o externa y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura; así como solicitar información referida a la organización, los negocios, el accionariado y la estructura de propiedad de las empresas.

“Unas de cal y otras de arena”: aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011

desarrolló, durante cuatro años de investigación, las siguientes actuaciones⁽⁵⁷⁾:

- a) Requerimientos de información sobre los servicios logísticos portuarios que prestan en el TPC las empresas involucradas en el procedimiento (Cartas 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274 y 275-2008/CLC-INDECOPI).
- b) Requerimientos de información complementarios a las empresas involucradas en el procedimiento (Cartas 060, 063, 064, 065, 067, 068, 069, 070, 077, 078, 080 y 081-2009/CLC-INDECOPI).
- c) Entrevista con funcionarios de la Empresa Nacional de Puertos S.A., del 13 de abril de 2009, en donde se reunieron mayores elementos de juicio sobre las características y el funcionamiento del mercado de servicios logísticos y de trabajos portuarios en el TPC.

Como es posible apreciar, el presente procedimiento tuvo una amplia y detallada investigación por parte de la Secretaría, quien a pesar de la pasividad del denunciante para presentar pruebas que acrediten su denuncia, realizó actuaciones a fin de verificar, de oficio, la comisión de las infracciones denunciadas. La actuación de la Secretaría, desde nuestro punto de vista, excedió los estándares de diligencia requeridos dentro de un procedimiento iniciado de parte. Siendo que el denunciante no había aportado pruebas suficientes que acreditasen la comisión de las infracciones, y que durante la etapa de investigación preliminar no se halló evidencia que respaldase sus afirmaciones, correspondía que la Secretaría

rechace de oficio las denuncia del Señor León.

Pese a ello, corresponde señalar que la actuación de la Secretaría, a pesar de haber sido muy detallada, no encontró evidencias que acreditasen la comisión de las conductas anticompetitivas alegadas, tal como lo confirmó la propia SC1 en su resolución final, donde concordó con la decisión de la Comisión respecto a que no existían indicios adicionales sobre la realización de una práctica concertada⁽⁵⁸⁾, ni indicios suficientes para acreditar las conductas obedezcan a una estrategia colusoria⁽⁵⁹⁾. Ello es aún más importante dado que el condicionamiento podría explicarse en la existencia de economías de ámbito y ahorros derivados de la mejor coordinación de las actividades así como de la vinculación entre las líneas navieras y las agencias marítimas⁽⁶⁰⁾.

Así, en el presente caso, y en concordancia con los principios que ya hemos señalado, la SC1 confirmó la decisión de la Comisión de desestimar la denuncia por no existir pruebas suficientes que acrediten la responsabilidad de los denunciados. Pese a haber existido una adecuada investigación por parte de la Secretaría y la Comisión en la que se recolectó toda la información necesaria para poder evaluar la denuncia del señor León Siles, no se demostró la existencia de una conducta

b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesarios para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas, en vídeo, disco compacto o cualquier otro tipo de instrumento electrónico.

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”.

(57) Véase numerales 30, 39 y 40 de la Resolución No. 008-2010/CLC-INDECOPI.

(58) Véase numerales 73.

(59) Véase numeral 94.

(60) Véase numerales 97 y siguientes.



Alejandro Falla Jara y Mario Fernando Drago Alfaro

colusoria. Por el contrario, se concluyó que la misma no existía. El comportamiento de la mayoría de agentes constituye una condición natural del mercado: brindar ciertos servicios de manera conjunta se debe a la búsqueda de economías de escala que disminuyan los precios e incrementen el bienestar del consumidor.

Si la Comisión hubiese sancionado a las denunciadas sin pruebas que sustenten su decisión, en contradicción con el principio de presunción de inocencia, su resolución hubiese devenido en nula, en concordancia con el artículo 10, inciso 1 de la Ley General del Procedimiento Administrativo (Ley 27444)⁽⁶¹⁾.

Así, esta decisión esboza de forma meridianamente clara los criterios que deben seguirse para asignar la carga de la prueba, la cual debe recaer principalmente en el denunciante. Como es evidente, ello no evitará que la Secretaría Técnica deba realizar las acciones necesarias para obtener aquella información que su posición le permite recopilar. Sin embargo, esto no debe significar tampoco que la actuación de la Secretaría se convierta en una licencia que le permita al denunciante liberarse de la responsabilidad de probar sus afirmaciones.

7. Comentarios finales

Cada una de las resoluciones analizadas ha tratado aspectos relevantes en torno a los alcances de la Ley de Competencia. Algunas de ellas, como los casos AGALEP, Super Star y León Siles, han confirmado criterios que venían siendo discutidos desde hace varios años en el ámbito local. De esta forma, los pronunciamientos de INDECOPI en dichos casos han cerrado estas discusiones (por lo menos actualmente).

El caso de APOFER, por su parte, ha significado quizá la resolución más importante del último año en cuanto a su contenido, al establecer claramente los criterios que deben seguirse al momento de analizar conductas calificables como *Sham Litigation*. Aunque la resolución no ha constituido un precedente de observancia obligatoria, el nivel de detalle esbozado en el análisis de los requisitos necesarios para establecer la existencia de un abuso de procesos legales va a marcar una pauta importante en el futuro.

Ciertamente, no todas las decisiones del INDECOPI durante el año 2011 han estado exentas de críticas. En una decisión extraña a los criterios que predeciblemente debería haber utilizado la Comisión (y contrariamente a lo que la información del mercado sugiere), se estableció un nuevo estándar para evaluar el mercado relevante, lo que a futuro podría significar una puerta para admitir a trámite denuncias que no responden a un correcto análisis del mercado. Si la SC1 decide utilizar los criterios a los que en los últimos años nos había acostumbrado el INDECOPI, es esperable que la decisión de la Comisión sea revocada.

(61) "Artículo 10.- Causales de nulidad.-

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias".