

### VERSIÓN PÚBLICA

**PROCEDENCIA** : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA  
LIBRE COMPETENCIA  
**DENUNCIANTE** : EL PALACIO DE LA DECORACIÓN S.R.L.  
**DENUNCIADO** : PRODUCTOS PARAÍSO DEL PERÚ S.A.C.  
**MATERIA** : LIBRE COMPETENCIA  
ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO  
ADMISIBILIDAD  
APERSONAMIENTO  
**ACTIVIDAD** : VENTA MINORISTA DE OTROS PRODUCTOS  
EN ALMACÉN

**SUMILLA:** se **CONFIRMA** la Resolución 019-2010/ST-CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2010, en el extremo que declaró inadmisibile la denuncia interpuesta por El Palacio de la Decoración S.R.L. contra Productos Paraíso del Perú S.A.C. por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, supuesto descrito en el artículo 10.2 literal a) del Decreto Legislativo 1034 –Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, debido a que no existen indicios razonables de que la negativa de venta de los colchones comercializados por la denunciada tenga la capacidad de producir efectos anticompetitivos en el mercado en el cual participa la denunciante.

Lima, 25 de abril de 2012

#### I ANTECEDENTES

1. El 23 de agosto de 2010, El Palacio de la Decoración S.R.L. (en adelante, El Palacio), empresa dedicada a la comercialización de colchones a los consumidores finales, interpuso una denuncia contra Productos Paraíso del Perú S.A.C. (en lo sucesivo, Paraíso) y dos de sus representantes<sup>1</sup> por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, supuesto descrito en el artículo 10.2 literal a) del Decreto Legislativo 1034 –Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
2. En particular, El Palacio señaló en su denuncia lo siguiente:
  - (i) dada la gran aceptación del público consumidor, desde hace catorce años su local comercial ubicado en el distrito de Santa Anita se

<sup>1</sup> La denunciante se refirió a los señores Fernando Arbulú Romo y Félix Joyo Melchor, quienes desempeñaron el cargo de Gerente de Ventas y Jefe de Despacho de Paraíso, respectivamente.

encuentra dedicado a la venta exclusiva de los colchones producidos y comercializados bajo las marcas notorias “Paraíso y logotipo” y “Zebra y logotipo”. Incluso, bajo autorización y costo de la denunciada, su establecimiento se encuentra pintado con los colores distintivos de Paraíso y cuenta en su frontis con un letrero por el cual promociona las marcas comercializadas por dicha empresa;

- (ii) Paraíso siempre habría evidenciado ineficiencias en su área de ventas, puesto que no entregaban los colchones en las fechas y cantidades pactadas, perjudicando a El Palacio. Es por ello que iniciaron los reclamos pertinentes a fin de dar una solución a estos problemas de despacho, lo cual habría provocado que el gerente de ventas de la denunciada haya dado instrucciones para no satisfacer adecuadamente sus requerimientos de compra;
- (iii) después de varios pedidos de venta de colchones que no fueron atendidos oportunamente, Paraíso finalmente le cursó el 22 de septiembre de 2009 la Carta Notarial N° 31003, a través de la cual comunicó su decisión de suspender sus relaciones comerciales. En particular, Paraíso aludió en su carta a una investigación policial que se venía siguiendo contra el Gerente General de El Palacio, en atención a que en el despacho de mercadería del 9 de septiembre de 2009, este habría agredido y causado lesiones graves al conductor encargado del reparto de colchones, así como dañado un vehículo de propiedad de la denunciada;
- (iv) no obstante la falsedad de estas imputaciones, llegaron a un acuerdo con Paraíso y se suscribió un “Acta de Desistimiento”, por la cual su Gerente General admitió su participación en el incidente del 9 de septiembre de 2009, en el entendido que esa situación propiciaría la reanudación de sus relaciones comerciales con la denunciada;
- (v) sin embargo, los reiterativos requerimientos de compra que su empresa formuló con posterioridad no fueron atendidos, siendo que a través de la Carta Notarial N° 2021-10 notificada el 3 de junio de 2010, Paraíso – considerando que no existían garantías necesarias para la integridad física de sus colaboradores– optó por suspender indefinidamente las relaciones comerciales con su empresa;
- (vi) la decisión de Paraíso configuraría una negativa injustificada de venta sancionable bajo el Decreto Legislativo 1034. En primer lugar, porque la empresa denunciada ostenta posición de dominio al ser los colchones identificados con las marcas “Paraíso y logotipo” y “Zebra y logotipo”<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Cabe precisar que El Palacio adquiere estos colchones bajo las sub-marcas “Cónsul”, “Medallón”, “Su Majestad” y “Superstar” (colchones de resortes) y “Zebra 18”, “Coe Estampado Ribeteado”, “Zebra 25”, “Coe Entero” y “Zebra 16” (colchones de espuma).

productos que se venden hace más de 40 años en el mercado nacional y que se encuentran mejor posicionados que otros competidores tales como “Komfort”, “Rosen”, “El Cisne”, “Sueño Dorado” y “Avanty”. Además, Paraíso cuenta con una patente de invención sobre el procedimiento de elaboración de la espuma que se utiliza en la fabricación de sus colchones, lo cual le otorga una ventaja que no puede ser utilizada por otros competidores. Por su parte, el mercado geográfico relevante en que Paraíso ostenta esta posición de dominio está constituido por las regiones de Lima y Callao; y,

- (vii) la negativa era injustificada, toda vez que la decisión de suspender la venta indefinidamente era excesiva y desproporcionada, en tanto que se pudo adoptar una sanción comercial menos drástica (suspensión temporal, por ejemplo). Además, esta negativa generaba que peligrara la permanencia de su empresa en el mercado.
3. Por Carta 366-2010/ST-CLC-INDECOPI notificada el 21 de octubre de 2010, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica de la Comisión), requirió a El Palacio que presente diversa información a fin de contar con indicios razonables que le permitan concluir de manera preliminar la existencia de la presunta infracción denunciada.
  4. Mediante Carta 367-2010/ST-CLC-INDECOPI comunicada a Paraíso en la misma fecha, la Secretaría Técnica de la Comisión formuló a dicha empresa un cuestionario que se sustentaba en la necesidad de reunir mayores elementos de juicio sobre las características y el funcionamiento del mercado de producción y distribución de colchones.
  5. El 4 de noviembre de 2010, El Palacio absolvió el requerimiento de la Secretaría Técnica de la primera instancia, señalando, entre otros aspectos, que la cuota de mercado de Paraíso calculada en función de las ventas era, al año 2008, de un 71,20%<sup>3</sup>. Asimismo, indicó que Paraíso contaba con canales de venta directos a los consumidores, puesto que tenía tiendas propias en Lima y Callao.
  6. El 24 de noviembre de 2010, Paraíso dio respuesta a la Carta 367-2010/ST-CLC-INDECOPI manifestando, entre otros aspectos, lo siguiente:
    - (i) ratificó que su empresa atendía directamente al consumidor final a través de cuatro locales ubicados en los distritos de Carmen de la Legua y Reynoso, La Victoria, Lima Cercado y Miraflores, siendo que

---

<sup>3</sup> El Palacio hizo referencia a los importes de ventas consignados en el documento denominado “Perú TOP, 10 000 companies”, edición del año 2010.

este canal directo representaba solo el 6% del total de las ventas de colchones;

- (ii) proporcionó información detallada sobre la cantidad total de tiendas de titularidad de terceros a través de las cuales se comercializaban sus colchones (agrupadas en los canales Tradicional, Tiendas por Departamento y Autoservicios), así como sobre el peso relativo de cada uno de estos canales de distribución minorista respecto del volumen de ventas total; y,
  - (iii) que su empresa no mantiene vinculación por razones de gestión o propiedad con las personas naturales o jurídicas que participan en los canales Tradicional, Tiendas por Departamento y Autoservicios, precisando que si alguno de estos agentes expende únicamente sus productos es por decisión propia y no en virtud de algún contrato celebrado con Paraíso.
7. Mediante Resolución 019-2010/ST-CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2010, la Secretaría Técnica de la Comisión declaró inadmisibles las denuncias interpuestas por El Palacio contra Paraíso y dos de sus representantes por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, supuesto previsto en el artículo 10.2 literal a) del Decreto Legislativo 1034. A criterio del órgano instructor, si bien a nivel indiciario la empresa denunciada podría gozar de posición de dominio en el mercado de comercialización mayorista de colchones en las localidades de Lima y Callao (mercado relevante) y se habría negado a contratar con El Palacio, no existían indicios de que su conducta tenga la capacidad de afectar la competencia en el segmento de venta minorista de colchones a consumidores finales en Lima y Callao (mercado presuntamente afectado).
8. En particular, la Secretaría Técnica de la primera instancia precisó que el artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034 exige como uno de los requisitos del tipo que el presunto infractor obtenga beneficios y cause perjuicios a competidores reales o potenciales, alterando así la estructura y funcionamiento del mercado. En ese contexto, si bien Paraíso compite con El Palacio en el mercado presuntamente afectado, no habían indicios de que la eventual exclusión de El Palacio tenga el efecto de alterar la estructura del mercado.
9. El 3 de febrero de 2011, El Palacio apeló la Resolución 019-2010/ST-CLC-INDECOPI a fin de que se revoque la decisión que declaró inadmisibles sus denuncias contra Paraíso sobre la base de los siguientes argumentos:
- (i) el artículo 10.2 literal a) del Decreto Legislativo 1034 es una norma especial que se aplica de manera excluyente respecto del artículo 10.1

del mismo cuerpo legal. De acuerdo con este dispositivo, para declarar la existencia de una negativa injustificada de trato no se requiere constatar que el presunto infractor obtuvo beneficios y causó perjuicios a competidores reales o potenciales, bastando que se pruebe que el agente denunciado cuenta con poder de mercado y se niega sin sustento a satisfacer una demanda de compra o de venta;

- (ii) existe jurisprudencia extranjera (Asunto *United Brands Company*) y nacional (Empresa Industrial Comercial Holguín e Hijos S.A. contra Empresa Nacional de Comercialización de la Coca) que sancionó casos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato sin requerir que se prueben los efectos anticompetitivos;
  - (iii) en el supuesto que se determine la necesidad de verificar los efectos anticompetitivos que se producen en el mercado presuntamente afectado, debe notarse que Paraíso, al contar con el 6% de participación a través de sus canales directos, afianza con la exclusión de su empresa el poder de mercado que detenta en el segmento de venta minorista de colchones a consumidores finales en Lima y Callao; y,
  - (iv) la negativa de Paraíso de venderle colchones carece de justificación, dado que las presuntas agresiones producidas a los trabajadores de la imputada no se encuentran acreditadas. En todo caso, la suspensión indefinida de venta resulta desproporcionada, puesto que lo adecuado hubiera sido adoptar una medida comercial menos rigurosa (suspensión temporal).
10. Por Resolución 003-2011/ST-CLC-INDECOPI del 11 de febrero de 2011, la Secretaría Técnica de la Comisión concedió el recurso interpuesto por El Palacio.
11. El 25 de noviembre de 2011, Paraíso solicitó que se le incorpore como tercero administrado en la investigación preliminar seguida en mérito a la denuncia de El Palacio, pues a su criterio la resolución que emita la Sala de Defensa de la Competencia 1 (en adelante, la Sala) podría afectar sus derechos e intereses legítimos.

## II CUESTIONES EN DISCUSIÓN

12. Luego de analizar los argumentos expuestos en la apelación, la Sala considera que debe determinarse lo siguiente:
- (i) como cuestión previa, si corresponde incorporar a Paraíso en calidad de tercero administrado; y,

- (ii) si existen indicios razonables suficientes para admitir a trámite la denuncia por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato interpuesta por El Palacio contra Paraíso.

### III ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

#### III.1. Cuestión previa: la solicitud de incorporación de Paraíso al procedimiento

13. El 25 de noviembre de 2011, Paraíso presentó ante la Sala un escrito solicitando que se le incorpore en el presente procedimiento en calidad de tercero administrado, a fin de que sean considerados sus argumentos de defensa y se cuenten con suficientes elementos de juicio para resolver sobre la admisibilidad de la denuncia interpuesta en su contra por El Palacio. Sustenta su interés en el hecho que, al ser denunciado y encontrarse bajo análisis su comportamiento comercial en el mercado, los efectos del pronunciamiento podrían afectar sus derechos e intereses legítimos.
14. El artículo 51.2 de la Ley 27444 –Ley del Procedimiento Administrativo General– otorga la calificación de administrados a aquellos sujetos que sin haber promovido el procedimiento pueden resultar afectados en sus intereses particulares por la decisión que se expida. En tal sentido, el artículo 60 de la misma ley establece que si durante el trámite del procedimiento es advertida la existencia de alguna persona natural o jurídica no compareciente cuyos derechos legítimos pueden resultar directamente afectados con el pronunciamiento, estos deben ser incorporados bajo la figura del tercero administrado.<sup>4</sup>
15. En el presente caso, el pronunciamiento que emitirá la Sala no es susceptible de producir algún agravio o afectación a la situación jurídica de Paraíso, puesto que la decisión de si corresponde o no iniciar un procedimiento sancionador de investigación de conductas anticompetitivas, en sí misma, no genera cargas patrimoniales al agente investigado ni provoca una limitación a su derecho de defensa.

<sup>4</sup> **LEY 27444, Artículo 51.- Contenido del concepto administrado.-** Se consideran administrados respecto de algún procedimiento administrativo concreto:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.  
2. Aquellos que, sin haber iniciado el procedimiento, posean derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión a adoptarse.

**Artículo 60.- Terceros administrados.-**

60.1 Si durante la tramitación de un procedimiento es advertida la existencia de terceros determinados no comparecientes cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados con la resolución que sea emitida, dicha tramitación y lo actuado les deben ser comunicados mediante citación al domicilio que resulte conocido, sin interrumpir el procedimiento.

60.2 Respecto de terceros administrados no determinados, la citación es realizada mediante publicación o, cuando corresponda, mediante la realización del trámite de información pública o audiencia pública, conforme a esta Ley.

60.3 Los terceros pueden apersonarse en cualquier estado del procedimiento, teniendo los mismos derechos y obligaciones de los participantes en él.

16. En efecto, el pronunciamiento final de este colegiado no declarará la responsabilidad administrativa de Paraíso ni le impondrá multas o medidas correctivas que restrinjan el ejercicio de su actividad económica, pues su objeto es únicamente el de declarar, a partir de la revisión de la denuncia y las actuaciones previas desarrolladas en ejecución de las potestades reconocidas en el artículo 20 del Decreto Legislativo 1034<sup>5</sup>, si es que existen a nivel preliminar suficientes elementos para declarar la admisibilidad y procedencia de la denuncia de parte formulada por El Palacio.
17. Asimismo, es de notar que esta declaración administrativa de la Sala, de ser favorable a la admisión de la denuncia interpuesta por El Palacio contra Paraíso, no generará una limitación al derecho de defensa de este último, pues de conformidad con los artículos 21 y 22 del Decreto Legislativo 1034<sup>6</sup>, concordados con los artículos 234 y 235 de la Ley 27444<sup>7</sup>, el imputado debe

<sup>5</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 20.- Actuaciones previas a la admisión a trámite por denuncia de parte.-** Presentada la denuncia de parte y con anterioridad a la resolución de inicio del procedimiento de identificación y sanción de conductas anticompetitivas, la Secretaría Técnica podrá realizar actuaciones previas con el fin de reunir información o identificar indicios razonables de la existencia de conductas anticompetitivas. Estas actuaciones previas se desarrollarán en un plazo no mayor de cuarenta y cinco (45) días hábiles, contados desde la presentación de la denuncia.

<sup>6</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento.-**  
21.1. La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA del INDECOPI, la competencia de la Comisión y la existencia de indicios razonables de infracción a la presente Ley.  
21.2. La resolución de imputación de cargos o de inicio del procedimiento deberá contener:  
a) La identificación de agente o agentes económicos a los que se imputa la presunta infracción;  
b) Una sucinta exposición de los hechos que motivan la instauración del procedimiento, la calificación jurídica de la posible infracción y, en su caso, las sanciones que pudieran corresponder;  
c) La identificación del órgano competente para la resolución del caso, indicando la norma que le atribuya dicha competencia; y,  
d) La indicación del derecho a formular descargos y el plazo para su ejercicio.  
21.3. La resolución de inicio del procedimiento se informará a la Comisión en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles y, en este mismo plazo, se notificará a los agentes económicos denunciados y a quienes presentaron la denuncia de parte, las que se consideran apersonadas al procedimiento por dicha presentación, de ser el caso.  
(...)

**Artículo 22.- Plazo para la presentación de descargos.-**

22.1. El denunciado o denunciados podrán contestar los cargos imputados en la resolución de inicio del procedimiento en un plazo de treinta (30) días hábiles, presentando los argumentos que estime convenientes y ofreciendo las pruebas correspondientes.

22.2. Durante el plazo mencionado en el párrafo precedente, otras partes con interés legítimo pueden apersonarse al procedimiento, expresando los argumentos y ofreciendo las pruebas que resulten relevantes, previo cumplimiento de los requisitos para formular una denuncia de parte.

<sup>7</sup> **LEY 27444, Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador.-** Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:  
(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

4. Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 162.2 del Artículo 162, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.

**Artículo 235.- Procedimiento sancionador.-** Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

ser notificado con la resolución de imputación de cargos y es recién luego de ello que puede apersonarse para ejercer su contradictorio dentro del plazo legal y formular todos los argumentos de descargo contra la denuncia efectuada en su contra.

18. En ese sentido, como ya ha señalado este colegiado en diversos pronunciamientos, un acto administrativo de imputación de cargos no produce indefensión, toda vez que en la etapa posterior correspondiente del procedimiento administrativo sancionador los imputados pueden plantear sus argumentos de defensa, tanto los relacionados con el fondo como en lo relativo a aspectos procesales que cuestionan el inicio mismo del procedimiento<sup>8</sup>. En consecuencia, no se genera agravio alguno si el solicitante no participa en la fase de evaluación de la admisión a trámite de la denuncia.
19. Bajo lo expuesto, y considerando que en esta etapa liminar no se encuentra en discusión algún aspecto que pueda provocar una afectación a los derechos o intereses legítimos de Paraíso, corresponde desestimar su solicitud de incorporación como tercero administrado.

### III.2. La admisibilidad de la denuncia interpuesta por El Palacio

20. En la Resolución 019-2010/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica de la Comisión precisó que de acuerdo con una lectura concordada de los artículos 10.1 y 10.2 literal a) del Decreto Legislativo 1034<sup>9</sup>, son tres los elementos típicos que de manera indiciaria debían configurarse para admitir a trámite la denuncia de negativa injustificada de trato planteada por El Palacio contra Paraíso: (i) que Paraíso ostente posición de dominio; (ii) que se haya dado una negativa de venta; y, (iii) que Paraíso obtenga a partir de

---

1. El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, petición motivada de otros órganos o entidades o por denuncia.

2. Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación.

3. Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

(...)

<sup>8</sup> Criterio establecido en la Resolución 0345-2009/SC1-INDECOPI del 26 de mayo de 2009, y reiterado en la Resolución 1747-2011/SC1-INDECOPI del 21 de noviembre de 2011.

<sup>9</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-**

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

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

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

(...)

esa negativa beneficios y cause perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, alterando con ello el funcionamiento del proceso competitivo.

21. En ese contexto, la Secretaría Técnica de la primera instancia determinó que existían indicios razonables de los dos primeros elementos, pues luego de analizar la diversa información económica presentada por la denunciante y Paraíso se evidenciaba preliminarmente que esta última empresa ostentaba posición de dominio en el mercado de comercialización mayorista de colchones en las localidades de Lima y Callao (mercado relevante) y se habría negado a contratar con El Palacio.
22. No obstante, el tercer elemento que sería requerido por la ley no se presentaba, puesto que si bien Paraíso participaba en el mercado presuntamente afectado de comercialización minorista de colchones y cumplía así con el presupuesto de mantener una relación de competencia con El Palacio, su negativa de abastecer a este competidor no provocaba el efecto de alterar la estructura del mercado –vía el incremento u otorgamiento de poder de mercado a la denunciada– al existir un gran número de agentes que participaban en el segmento minorista (tanto distribuidores de Paraíso como de colchones de otras marcas).
23. En otras palabras, la Secretaría Técnica de la Comisión constató que se cumplía con el presupuesto de procedencia de relación de competencia entre Paraíso y El Palacio, atendiendo a que el artículo 10.5 del Decreto Legislativo 1034 establece que “*No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales*”<sup>10</sup>. Sin embargo, entendió que no existían indicios de que el potencial desplazamiento de El Palacio generaría una alteración sustantiva de las participaciones del mercado que afecte el funcionamiento eficiente del proceso competitivo, puesto que este mantendría su dinámica al permanecer en el mercado un número significativo de competidores de Paraíso, tanto a nivel intra-marca como inter-marca.
24. En su apelación, El Palacio ha cuestionado puntualmente la necesidad de verificar este tercer requisito exigido por la Secretaría Técnica de la Comisión, señalando que para declarar la existencia de una negativa injustificada de trato no se requiere constatar que el presunto infractor obtuvo beneficios y causó perjuicios a competidores reales o potenciales, conforme lo establece el artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034, bastando que se pruebe que el agente denunciado cuenta con poder de mercado y se niega sin sustento a satisfacer una demanda de compra o de venta, pues así lo

---

<sup>10</sup> Cabe precisar que este razonamiento es conforme con lo dispuesto por la Sala en la Resolución 0930-2011/SC1-INDECOPI del 27 de abril de 2011, en la cual se estableció que ante la ausencia de relación de competencia entre la denunciante y la presunta empresa dominante denunciada, los hechos denunciados debían ser declarados improcedentes por no constituir un supuesto de abuso de posición de dominio con carácter exclusorio.

describiría de manera suficiente el artículo 10.2 literal a) del Decreto Legislativo 1034. En esa línea, mencionó que existía jurisprudencia extranjera y nacional que sancionó casos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato sin requerir que se prueben los efectos anticompetitivos.

25. Como se aprecia, la lectura que propone El Palacio sugiere que para calificar la renuencia de Paraíso a satisfacer su demanda de compra de colchones como una conducta típica de abuso de posición de dominio, no se requiere efectuar una interpretación complementaria con el artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034.
26. Sobre el particular, como ha señalado el Tribunal Constitucional, la tipicidad es una garantía que supone *“la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta”*<sup>11</sup>, o lo que es lo mismo, una descripción suficiente de lo que se encuentra prohibido por el ordenamiento y que resulta punible de ser vulnerado. Y esa descripción suficiente de lo que califica como abuso de posición de dominio se encuentra detallada en el artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034, pues en esta disposición donde se puntualiza que se encuentran proscritas aquellas conductas desplegadas unilateralmente por un agente económico que ostenta una posición dominante en un mercado relevante, y que se vale de esta posición *“para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando competidores reales o potenciales, directos o indirectos”*.
27. En la misma línea, la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 reconoce que el artículo 10.1 es la disposición que *“ha precisado la naturaleza de las conductas de abuso de posición de dominio”* y, como tal, es para todos los efectos legales el tipo identificador de las conductas anticompetitivas de abuso de posición de dominio.
28. En este contexto, el artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034 es una cláusula que contiene la tipificación o prohibición genérica, siendo las diversas conductas descritas en el artículo 10.2 de la ley, entre las que se enuncia en el literal a) la de negativa injustificada de trato, únicamente un catálogo enunciativo de las manifestaciones más comunes de abuso de posición de dominio y que, por tanto, son sancionables en tanto a través de ellas se produzca el efecto proscrito por el artículo 10.1<sup>12</sup>, es decir, en la

---

<sup>11</sup> Ver fundamento 5 de la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente 2050-2002-AA/TC.

<sup>12</sup> Al respecto, en la Exposición de Motivos se indica lo siguiente:

*“Con esta mayor cantidad y mejor detalle de modalidades de abuso de posición de dominio tipificadas de manera enunciativa en el artículo 10, el Decreto Legislativo busca resaltar la amplia gama de prácticas que pueden constituir un abuso de posición de dominio, poniendo de manifiesto aquellas que son ampliamente conocidas en el ámbito internacional o sobre las cuales la Comisión y el Tribunal cuentan ya con amplia experiencia en su análisis, de tal manera que se gane en predictibilidad de la aplicación de la norma.”*

medida que restrinjan la competencia y afecten el funcionamiento eficiente de los mercados, objetivo esencial del marco legal que reprime las conductas anticompetitivas<sup>13</sup>.

29. Lo anterior se encuentra estrechamente vinculado con la calificación que el artículo 10.4 del Decreto Legislativo 1034 otorga a los actos de abuso de posición de dominio –tales como las negativas injustificadas de trato– como conductas sujetas a una “prohibición relativa”<sup>14</sup>. Según este dispositivo, concordado con el artículo 9 del Decreto Legislativo 1034, la calidad de “prohibición relativa” supone que para verificar la existencia de la infracción la autoridad deberá probar no solo la existencia de la conducta, sino que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.
30. Como señala la doctrina especializada<sup>15</sup> y la propia Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034<sup>16</sup>, las conductas unilaterales que los dominantes realizan y que involucran a sus competidores, no necesariamente producen un efecto negativo y, por el contrario, se pueden justificar por razones de eficiencia. De esta manera, existe un consenso a nivel comparado –recogido en la legislación expresa de nuestro país–, que les otorga a las conductas realizadas por los dominantes una presunción de licitud y, por ende, un tratamiento de “prohibición relativa” o, lo que es lo mismo, de análisis bajo la regla de la razón, según el cual resulta obligatorio evaluar los efectos netos de la conducta sobre el proceso competitivo.

---

*Asimismo, al describir las características esenciales de la infracción, la tipificación de las conductas prohibidas como abuso de posición de dominio –incluyendo la cláusula general del literal i) del numeral 10.2 del artículo 10 del Decreto Legislativo– se ajusta a las exigencias del principio de tipicidad establecido en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley 27444 y resulta conforme a las tendencias del moderno derecho administrativo sancionador”.*

<sup>13</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-** La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

<sup>14</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 10.- El abuso de posición de dominio.-**  
(...)  
10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

<sup>15</sup> HOVENKAMP, Herbert. *“Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice”*. Second Edition, 1999, p. 275.

<sup>16</sup> *“Así como algunas conductas tienen un carácter inherentemente anticompetitivo y merecen un tratamiento de prohibición absoluta bajo la regla per se, existen otras cuyo efecto sobre la competencia y los consumidores no es necesariamente negativo y, por el contrario, se pueden justificar por razones de eficiencia, por lo que deben ser analizadas bajo la regla de la razón.*

*A aquellas conductas que pueden tener efectos positivos como negativos la legislación comparada, en amplio consenso, les otorga una presunción de licitud y, por ende, un tratamiento de prohibición relativa o, lo que es lo mismo, de análisis bajo la regla de la razón. En similar sentido, el Decreto Legislativo establece una prohibición relativa para determinadas conductas. Como se ha mencionado anteriormente, este tipo de análisis requiere que la autoridad evalúe cuál es el efecto neto de la conducta y, sólo en el caso en que dicho efecto sea negativo –porque los efectos positivos son menores que los efectos negativos–, la conducta será considerada una infracción.”*

31. Así, resulta relevante notar que al analizar un caso de negativa injustificada de trato, la autoridad deberá tener en cuenta que sancionar y obligar a contratar a un monopolista o dominante con un competidor puede tener diversos efectos perjudiciales que, como se enfatizó en el pronunciamiento de la Corte Suprema norteamericana en el caso *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LPP*<sup>17</sup>, se encuentran relacionados principalmente con la disminución de los incentivos del dominante para invertir e innovar, y en algunos casos, incluso con el hecho que se podría facilitar la realización de prácticas colusorias, debido al contacto entre competidores<sup>18</sup>.
32. En esa misma línea, diversas agencias gubernamentales de competencia de otros países reconocen la relevancia de evaluar los efectos sobre la competencia, considerando que la prohibición de negativas de trato, al constituir limitar la libertad de contratar del monopolista, podría también restringir la forma en que el empresario desea organizar sus sistemas o canales de distribución, eliminando ciertas sinergias que se derivan de la opción de elegir libremente uno u otro socio comercial<sup>19</sup>.
33. Si bien la impugnante ha aludido a jurisprudencia extranjera (Asunto *United Brands Company*) y nacional (Empresa Industrial Comercial Holguín e Hijos S.A. contra Empresa Nacional de Comercialización de la Coca) en la que se sancionó casos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato sin requerir que se prueben los efectos anticompetitivos, cabe precisar que los criterios recogidos en dichos pronunciamientos no son aplicables al análisis de la imputación formulada por El Palacio.
34. En efecto, en el pronunciamiento emitido en el Asunto *United Brands Company*<sup>20</sup>, tanto la Comisión como el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea conocieron de un caso con efectos explotativos<sup>21</sup>, puesto que la

---

<sup>17</sup> 540 U.S. 398 (2004).

<sup>18</sup> Cfr.: GELLHORN, Ernest; KOVACIC, William y Stephen CALKINS. "Derecho y Economía de la Competencia". México: Thomson Reuters/West, 2008, pp. 165-166.

<sup>19</sup> Ver respuestas dadas por las agencias alemana (Bundeskartellamt), canadiense (Competition Bureau) y del Reino Unido (Office of Fair Trading). INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. "Report on the Analysis of Refusal to Deal with a Rival Under Unilateral Conduct Laws". Istanbul, 2010, p. 7. Texto accesible en <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc616.pdf> (Página web visitada el 23 de abril de 2012).

<sup>20</sup> La decisión de la Comisión es del 17 de diciembre de 1975, mientras que la decisión del Tribunal es del 14 de febrero de 1978.

<sup>21</sup> El abuso explotativo es aquella modalidad que implica el ejercicio directo de poder de mercado sobre los clientes, y cuyo objetivo inmediato es tomar ventaja del consumidor mediante la extracción de parte (o la totalidad) de lo que en la teoría económica se denomina el "excedente del consumidor"; es decir, del ahorro agregado de los consumidores representado por la diferencia entre su disposición a pagar por un bien y el precio que finalmente pagar.

Esta clasificación de "abuso explotativo" es común en la doctrina. Sobre el particular, ver: WHISH, Richard.

conducta imputada no repercutía sobre los competidores (efecto exclusorio), sino sobre los clientes de *United Brands Company* –empresa dominante en el mercado europeo de distribución y comercialización mayorista de bananos– a quienes se les fijaron precios diferenciados en atención a su ubicación en distintas zonas de la Unión Europea, pese a que no existían costos de transporte y desembarco distintos.

35. Como claramente señala el artículo 10.5 del Decreto Legislativo 1034, a nivel nacional no califica como una conducta de abuso de posición de dominio el simple ejercicio del poder de mercado sobre los consumidores, siendo necesario que la conducta se dirija y afecte, real o potencialmente, a competidores del dominante<sup>22</sup>. En ese sentido, los criterios que se puedan haber desarrollado en el marco de la investigación de una conducta de efecto explotativo, no resultan compatibles con el presente procedimiento, en el que se encuentra bajo análisis una presunta negativa de trato con efecto exclusorio.
36. Por su parte, el pronunciamiento emitido por el Indecopi en el procedimiento seguido por la Empresa Industrial Comercial Holguín e Hijos S.A. contra Empresa Nacional de Comercialización de la Coca<sup>23</sup>, tampoco constituye una pauta acerca de la falta de necesidad de evaluar los efectos sobre el mercado para declarar ilegalidad de una negativa de trato. Ello, principalmente porque como se desprende literalmente de los artículos 10.1 y 10.4 del Decreto Legislativo 1034 –norma distinta a la que se encontraba vigente en la fecha de emisión de la decisión invocada por El Palacio– el análisis de efectos resulta en la actualidad de obligatoria evaluación en todo caso de abuso de posición de dominio.
37. Bajo lo expuesto, y contrariamente a lo señalado por El Palacio en su apelación, esta Sala aprecia que el Decreto Legislativo 1034, en consonancia con la práctica legal internacional, exige expresamente que para que se configure una infracción de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, el presunto infractor obtenga a partir de su negativa beneficios y causar perjuicios a competidores alterando con ello el funcionamiento del proceso competitivo.
38. En consecuencia, se concluye que la Secretaría Técnica de la Comisión se encontraba obligada a evaluar la existencia de indicios razonables que den

---

*Competition Law*. Londres: Lexis Nexis, 2003, pp. 194 y ss; MOTTA, Massimo. *Competition policy, theory and practice*. New York: Cambridge University Press, 2004, p. 35.

<sup>22</sup> **DECRETO LEGISLATIVO 1034, Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-**  
(...)

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

<sup>23</sup> Resolución 016-94-INDECOPI-CLC del 27 de Julio de 1994.

cuenta, a nivel preliminar y de admisibilidad de la denuncia, de los efectos anticompetitivos que se derivarían de la presunta negativa injustificada de venta de colchones de Paraíso.

39. De otro lado, El Palacio ha manifestado en su apelación que en el supuesto que se determine la necesidad de verificar los efectos anticompetitivos que se producen en el mercado presuntamente afectado, debe notarse que Paraíso, afianza con la exclusión de su empresa el poder de mercado que detenta en el segmento de venta minorista de colchones a consumidores finales en Lima y Callao, en el cual cuenta con el 6% de participación a través de sus canales directos.
40. En tal sentido, conforme a la alegación planteada por la impugnante, corresponde analizar a continuación si la negativa de venta imputada a Paraíso tenía la capacidad de producir efectos anticompetitivos en el mercado supuestamente afectado.
41. En este punto resulta relevante notar que la ley, al exigir la producción de efectos anticompetitivos, no se está refiriendo a la generación de consecuencias perjudiciales sobre un empresario determinado. De hecho, como se desprende del objetivo consagrado en el artículo 1 del Decreto Legislativo 1034<sup>24</sup>, las normas de represión de conductas anticompetitivas no son aplicadas para preservar la posición de los competidores, sino para proteger el funcionamiento eficiente del proceso competitivo, a fin de maximizar el bienestar de los consumidores<sup>25</sup>.
42. En ese contexto, el efecto anticompetitivo al que alude la ley no es otro que la alteración sustantiva de las condiciones de competencia de un mercado; lo cual, en un caso de abuso de posición de dominio, se manifiesta con la creación o ampliación de poder de mercado del presunto monopolista. Así, solo cuando el imputado –vía el afianzamiento de su posición de dominio– modifique significativamente con su conducta la marcha y estructura de un mercado<sup>26</sup>, es que se estará frente a un comportamiento unilateral sancionable bajo el Decreto Legislativo 1034.

<sup>24</sup> Ver cita de la norma en nota al pie número 12.

<sup>25</sup> En el mismo sentido, el asistente del Procurador General para *Antitrust* del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, Thomas O. Barnett, en comunicación oficial comentando la decisión de la Comisión Europea en el *Asunto Microsoft*, dijo que: “En los Estados Unidos, las leyes antitrust son aplicadas para proteger a los consumidores mediante la protección del proceso competitivo, no a los competidores”.

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

<sup>26</sup> La doctrina ha hecho referencia a tres posibles formas en que se pueden manifestar los efectos exclusorios anticompetitivos: “la exclusión dentro del mismo mercado, en la que un operador fuerza la salida o impide la entrada de un competidor; la exclusión en un mercado adyacente, en la que la empresa dominante excluye a fabricantes activos en mercados distintos pero relacionados con su mercado principal, y la exclusión en un mercado relacionado verticalmente, en la que la exclusión se produce en diferentes etapas del proceso productivo” REY, Patrick y otros.

43. La necesidad de que la conducta de negativa injustificada de trato produzca o pueda producir efectos anticompetitivos vía la creación o fortalecimiento del poder de mercado se encuentra también establecida por la práctica jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que en la denominada “Doctrina Colgate” señaló que aquellas conductas deben apuntar necesariamente a reforzar el poder del monopolista, al señalar que *“ante la ausencia de un propósito de crear o mantener un monopolio, la ley no restringe el largamente reconocido derecho de un comerciante o de un productor de decidir libremente con quien contratar en sus transacciones privadas”*<sup>27</sup>.
44. En el mismo sentido, la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (Organisation for Economic Co-operation and Development – OECD), en criterio aludido por la primera instancia, ha señalado lo siguiente acerca de las condiciones que las negativas de trato deben satisfacer para constituir una violación a las normas de libre competencia:
- “La negación del servicio en términos y condiciones “adecuadas” debe tener un impacto material sobre la competencia en un mercado relacionado, en detrimento de los consumidores. No es suficiente que la negativa de trato elimine a un competidor específico. Debe ser el caso que la negativa de trato elimine al menos algo de competencia (y, en algunas jurisdicciones, toda la competencia) en el mercado relacionado, en detrimento de los consumidores” (énfasis agregado).<sup>28</sup>*
45. Como puede verse, dada la exigencia de que se configure un efecto anticompetitivo como elemento típico, solo si existen indicios de que la eventual negativa de venta a El Palacio permite a Paraíso obtener poder de mercado en el segmento de comercialización minorista de colchones, se podría admitir a trámite la denuncia interpuesta.
46. De la información aportada por la denunciante y la denunciada, se puede apreciar que en el canal de comercialización minorista de colchones, Paraíso participa directamente a través de cuatro tiendas ubicadas en las localidades de Lima y Callao, las cuales en su totalidad representarían solo el 6% del total de sus ingresos por ventas.

---

Un Enfoque Económico del Artículo 82. En: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y Amadeo PETITBÒ JUAN (Dir.). El Abuso de la Posición de Dominio. Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 143 – 144.

<sup>27</sup> Traducción libre del siguiente texto: “ (...) *in the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the (Sherman Act) does not restrict the long recognized right of (a) trade or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal*”. United States v. Colgate, 250 U.S. 300 (1919)

<sup>28</sup> Traducción libre del siguiente texto: “*The denial of service at “appropriate” terms and conditions must have a material impact on competition in a related market, to the detriment of consumers. It is not sufficient that the RTD [refuse to deal] eliminates a specific competitor. It must be the case that the refusal to deal eliminates at least some competition (and in some jurisdictions, all competition) from the related market, to the detriment of consumers.*” OECD. Policy Roundtables – Refusals to Deal, DAF/COMP(2007)46 del 3 de setiembre de 2009, p. 12.

47. De manera paralela a esas tiendas, Paraíso también comercializa sus productos a través de canales de venta indirectos, que no guardan relación alguna de vinculación ni tienen con ella celebrados acuerdos comerciales estratégicos. A octubre de 2010, estos canales indirectos, que compiten con Paraíso en la venta a los consumidores finales, se encuentra agrupados en [CONFIDENCIAL] tiendas del tipo “Canal Moderno – Autoservicios”, que representarían el [CONFIDENCIAL] del total de sus ingresos por ventas; [CONFIDENCIAL] establecimientos del tipo “Canal Moderno – Tiendas por Departamento”, que reunirían el [CONFIDENCIAL] de las ventas totales; y, [CONFIDENCIAL] locales del tipo “Canal Tradicional”, que colocan el [CONFIDENCIAL] de la mercadería de Paraíso.
48. Asimismo, a nivel intermarca, las cuatro tiendas de Paraíso enfrentarían la competencia de aquellos agentes económicos que comercializan los colchones de las marcas “Rosen”, “Komfort”, “Continental”, “Drimer”, “Cisne”, “Sueño Dorado”, “Avanty”, entre otros; siendo que estos competidores tienen una participación agregada de [CONFIDENCIAL] en el “Canal Moderno – Autoservicios”, de [CONFIDENCIAL] en el “Canal Moderno – Tiendas por Departamento”, y de [CONFIDENCIAL] en el “Canal Tradicional”.
49. De lo señalado se puede concluir preliminarmente que la participación de El Palacio es bastante residual dentro del mercado presuntamente afectado de comercialización minorista de colchones, puesto que: (i) El Palacio representa solo 1 de las [CONFIDENCIAL] tiendas que, a nivel intramarca, compiten con la imputada en la venta de colchones de la marca Paraíso; y, (ii) su participación se diluye aún más si se tiene en cuenta que existen diversos agentes que comercializan a nivel minorista colchones de marcas distintas a Paraíso.
50. En tal sentido, atendiendo a la estructura tan atomizada del mercado minorista de comercialización de colchones, en el supuesto que se produzca la exclusión de un competidor con una cuota de participación tan poco significativa como El Palacio, e incluso asumiendo que esta demanda liberada sea absorbida por Paraíso –de lo cual tampoco existen indicios–, desde ningún punto de vista ello podría modificar significativamente el comportamiento del mercado y restringir la competencia.
51. En tal sentido, se concluye que no existen indicios de que la negativa de Paraíso tenga el efecto de beneficiarlo anticompetitivamente, al otorgarle o permitirle mantener o incrementar su poder en el mercado de venta minorista de colchones de Lima y Callao.
52. Sin perjuicio de lo señalado, cabe precisar que al haberse determinado a nivel indiciario que la negativa de trato denunciada no tiene aptitud para lesionar el proceso competitivo, no corresponde pronunciarse respecto de los

argumentos formulados por El Palacio cuestionando la proporcionalidad y falta de justificación de la sanción comercial de suspensión indefinida que Paraíso habría adoptado ante las agresiones físicas sufridas por los trabajadores encargados de despachar su mercadería a la denunciante.

#### **IV RESOLUCIÓN DE LA SALA**

**PRIMERO:** desestimar la solicitud de incorporación como tercero administrado formulada por Productos Paraíso del Perú S.A.C. el 25 de noviembre de 2011.

**SEGUNDO:** confirmar la Resolución 019-2010/ST-CLC-NDECOPI del 27 de diciembre de 2010, en el extremo que declaró inadmisibles las denuncias interpuestas por El Palacio de la Decoración S.R.L. contra Productos Paraíso del Perú S.A.C. por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, supuesto descrito en el artículo 10.2 literal a) del Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

***Con la intervención de los señores vocales Juan Luis Avendaño Valdez, Héctor Tapia Cano, Raúl Francisco Andrade Ciudad, Juan Ángel Candela Gómez de la Torre y Alfredo Ferrero Diez Canseco.***

**JUAN LUIS AVENDAÑO VALDEZ**  
Presidente