

Resolución 002-2013/ST-CLC-INDECOPI

4 de marzo de 2013

VISTO:

El Oficio 45-2012-SUNAT/3B1000 del 25 de abril de 2012, mediante el cual la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (en adelante, la SUNAT) informó a la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) acerca de la presunta realización de una conducta anticompetitiva en el mercado de comercialización mayorista de vino; la entrevista realizada el 23 de mayo de 2012 a los representantes de la Sociedad Nacional de Industrias – SNI (en adelante, los representantes de la SNI)¹; y la investigación preliminar realizada por esta Secretaría Técnica; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. La SUNAT es una institución pública descentralizada del Sector Economía y Finanzas, con autonomía funcional, económica, técnica, financiera y administrativa; tiene por finalidad administrar, aplicar, fiscalizar y recaudar los tributos internos, con excepción de los municipales, así como proponer y participar en la reglamentación de las normas tributarias².
2. La SNI es una organización que agrupa a empresas industriales privadas que operan en el Perú. En particular, es una persona jurídica de derecho privado que no persigue fines de lucro, ni desarrolla actividad política partidaria³.
3. El Comité Vitivinícola de la SNI (en adelante, el Comité) es una entidad de coordinación y está conformado por los productores industriales de vino, pisco y otras bebidas derivadas de la uva que sean miembros de la SNI⁴.

¹ Javier Dávila Quevedo, Gerente de Estudios y Proyectos de la SIN, y Alfredo San Martín Novelli, Asesor del Comité Vitivinícola de la SNI.

² Para mayor información, ver: <http://www.sunat.gob.pe/institucional/quienessomos/index.html>

³ Para mayor información, ver: <http://www.sni.org.pe/nosotros/quienes.php>

⁴ Para mayor información, ver: <http://www.sni.org.pe/comites/comite027/vitivinicola.html>

4. Drokasa Licores S.A. (en adelante, Drokasa) es una empresa dedicada al mercadeo y distribución de licores y alimentos. Asimismo, se encarga de auspiciar eventos sociales, culturales y deportivos con el fin de posicionar las marcas que representa⁵.
5. L.C. Group S.A. (en adelante, L.C.) es una empresa dedicada a la elaboración, producción, fabricación, preparación, destilación, comercialización, envasado, importación y exportación, compra, venta y distribución de pisco, vino y todo tipo de licores y bebidas alcohólicas en general, entre otros⁶.
6. Perufarma S.A. (en adelante, Perufarma) es una empresa dedicada a la compra, venta y distribución de productos farmacéuticos y médicos, de tocador e higiene personal, importación y venta de licores, distribución de productos de consumo masivo, así como toda prestación de servicios relacionada con estas actividades⁷.
7. Mediante comunicación del 12 de diciembre de 2011⁸, el Comité presentó ante la Intendencia de Fiscalización y Gestión de Recaudación Aduanera de la SUNAT una propuesta de reforma tributaria para el sector vitivinícola. Adicionalmente, el Comité presentó información sobre la presunta realización de una estrategia de precios predatorios por parte de determinadas empresas importadoras de vino, durante 2009, con el fin de reducir la participación de mercado de los vinos nacionales.
8. En particular, el Comité presentó ante la SUNAT el Informe de Importaciones de Vinos 2007 – 2009, elaborado por el Instituto de Estudios Económicos y Sociales de la SNI, que contenía, entre otros, la siguiente información:
 - Reconstrucción y análisis de los precios de venta de los vinos importados.
 - Identificación de las empresas (Drokasa, L.C. y Perufarma) que, durante 2009, habrían vendido ciertos vinos por debajo de los precios reconstruidos, según la fórmula.
9. Mediante Oficio 45-2012-SUNAT/3B1000 del 25 de abril de 2012, la Gerencia de Inteligencia Aduanera de la SUNAT remitió a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal (en adelante, la CCD) la documentación presentada por el Comité el 12 de diciembre de 2011.

⁵ Para mayor información, ver: <http://www.dklicores.com.pe/#/empresa>

⁶ Según Partida Electrónica 03021434 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante, la SUNARP).

⁷ Según Partida Electrónica 11016732 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima de la SUNARP.

⁸ Recibida mediante Cargo 174-3B0000.

10. Mediante Memorando 185-2012/CCD del 27 de abril de 2012, la CCD remitió a esta Secretaría Técnica copia del Oficio 45-2012-SUNAT/3B1000 del 25 de abril de 2012 y sus adjuntos.
11. Mediante Carta 134-2012/ST-CLC-INDECOPI del 18 de mayo de 2012, esta Secretaría Técnica citó a los representantes de la SNI a una entrevista, con la finalidad de reunir mayores elementos de juicio sobre las características y el funcionamiento del mercado de comercialización mayorista de vino. Esta entrevista se realizó el 23 de mayo de 2012.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

12. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios en el mercado de comercialización mayorista de vino y si, en consecuencia, corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Requisitos para el inicio de un procedimiento sobre infracción al Decreto Legislativo 1034

13. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Decreto Legislativo 1034, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría verosímil acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
14. La exigencia de indicios razonables se explica en la medida en que la autoridad sólo puede proceder a tramitar a un procedimiento que se encuentre razonablemente sustentado, de forma que pueda notificarse al investigado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y la sanción que podrían generar⁹.
15. Esta exigencia tiene como principal fundamento garantizar el derecho al debido procedimiento del investigado¹⁰. En efecto, este derecho implica que no se

⁹

Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

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 nivel de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir 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 atribuye tal competencia.

¹⁰

Ley 27444

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

(...)

inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado¹¹.

16. Este razonamiento coincide con la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, emitida en el Expediente 8125-2005-PHC/TC que estableció lo siguiente:

[L]a obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.

[Énfasis agregado]

17. En ese sentido, no basta afirmar de manera general que uno o varios agentes habrían incurrido en una conducta anticompetitiva, sino que es necesario explicar de manera clara y precisa cuál es la conducta específica en cuestión y aportar los medios probatorios que demuestren una teoría verosímil acerca de la existencia de la presunta infracción.

3.2. Abuso de la posición de dominio

18. La libertad de contratación se encuentra expresamente reconocida por el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú¹². De acuerdo con el Tribunal Constitucional, este derecho garantiza, por un lado, la

1.2. Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho. La institución del debido procedimiento administrativo se rige por los principios del Derecho Administrativo. La regulación propia del Derecho Procesal Civil es aplicable sólo en cuanto sea compatible con el régimen administrativo.

¹¹ **Ley 27444**

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

(...)

9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

¹²

Constitución Política del Perú

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

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

autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a la otra parte contratante, y, por otro lado, la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual¹³.

19. No obstante, la libertad de contratación debe ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico. Uno de ellos es el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución¹⁴. Este principio ha sido desarrollado legislativamente mediante el Decreto Legislativo 1034. Por lo tanto, la libertad de contratación no es irrestricta sino que debe ejercerse en armonía con la libre competencia.
20. Una de las limitaciones a la libertad de contratación establecidas en el Decreto Legislativo 1034 se encuentra, precisamente, en la realización de conductas de abuso de posición de dominio. En efecto, si bien nuestro ordenamiento jurídico reconoce como regla general que los agentes económicos tienen libertad de contratación, el Decreto Legislativo 1034 establece como excepción aquel supuesto en el que un agente económico goza de posición de dominio y realiza una conducta que restringe de manera indebida la competencia.
21. En particular, el artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034 establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico, que goza de posición de dominio en el mercado relevante, restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Al respecto, el artículo 10.2 reitera la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio en el mercado supuestamente afectado. En la misma línea, el artículo 10.5 establece que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.
22. De acuerdo a lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
 - a. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
 - b. Que el supuesto infractor haya restringido la competencia en alguna de las modalidades descritas en la norma.
 - c. Que, mediante su conducta, el supuesto infractor haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
23. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro

¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional del 20 de diciembre de 2005, correspondiente al Expediente 4788-2005/PA/TC.

¹⁴ **Constitución Política del Perú**
Artículo 61.- Libre competencia
El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

modo, debe tener la capacidad para afectar o distorsionar unilateralmente en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del mercado. Si no contara con posición de dominio, su conducta no podría constituir un abuso de posición de dominio.

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

24. En lo que se refiere al segundo requisito, un ejemplo es la modalidad de negativa injustificada de trato (descrita en el literal a) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034), que puede producirse cuando el presunto infractor rechaza directamente una solicitud de compra o venta (negativa directa), o cuando no responde o responde con reiteradas evasivas la solicitud del supuesto afectado (negativa indirecta), sin que exista una justificación objetiva para su conducta.

Otro ejemplo es la modalidad de discriminación (descrita en el literal b) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034), que puede producirse cuando el presunto infractor aplica, en las relaciones comerciales, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No obstante, no constituye un acto de discriminación el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas.

25. El tercer requisito establece que, para que se configure un abuso de posición de dominio, la conducta del presunto infractor debe haber producido un efecto exclusorio. Este requisito se refiere a la necesidad de verificar que la conducta investigada restringió o pudo restringir la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna de sus empresas vinculadas) y en detrimento de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, afectando el bienestar de los consumidores.

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

De acuerdo a lo anterior, para que se cumpla este requisito, debe verificarse una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre el presunto infractor y el presunto afectado.

26. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de forma concurrente. En tal

sentido, bastará que falte uno de ellos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.

27. Finalmente, cabe precisar que, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en razones relacionadas con una mayor eficiencia económica o en una justificación comercial válida, no se configurará un abuso de posición de dominio. Una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar de los consumidores. Así, por ejemplo, se han aceptado como justificaciones la prevención del *free riding*, la reducción de costos o la provisión de productos de mejor calidad para los consumidores¹⁵.

3.3. Precios predatorios

28. De conformidad con lo dispuesto por el literal h) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034, el abuso de posición de dominio podrá consistir en conductas de efecto excluyente tales como: *“aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.”*
29. Los precios predatorios consisten en el establecimiento, por parte de un agente dominante, de precios por debajo de cierto nivel de costos¹⁶, por un periodo determinado, con el objeto de desplazar a sus competidores actuales y/o disuadir la entrada de competidores potenciales, para luego, en una etapa posterior y en ausencia de competencia, incrementar los precios por encima del nivel competitivo, obteniendo ingresos monopólicos y perjudicando a los consumidores.
30. De acuerdo a lo anterior, los precios predatorios constituyen conductas que impiden o dificultan el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales por razones distintas a una mayor eficiencia económica y, en consecuencia, se encuentran prohibidos por el literal h) del artículo 10.2 del Decreto Legislativo 1034.
31. En una situación de competencia, la reducción de precios tiende a ser sostenida en el tiempo y busca asegurarse las preferencias de los consumidores. En

¹⁵ De acuerdo a la American Bar Association (ABA): *Una justificación comercial no será aceptada cuando es un pretexto. El hecho de que la conducta cuestionada esté diseñada para mejorar la rentabilidad tampoco es por sí misma una suficiente justificación comercial. En cambio, “una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar del consumidor”. Justificaciones que han sido aceptadas incluyen la prevención del parasitismo, la reducción o evasión de costos y la provisión de productos superiores para los consumidores.* Traducción libre del siguiente texto: *A business justification will not be accepted where it is pretextual. Nor is the fact that the challenged conduct is designed to enhance profitability in itself a sufficient business justification. Instead, “a business justification is valid if it relates directly or indirectly to the enhancement of consumer welfare”. Justifications that have been accepted include the prevention of free riding, reducing or avoiding costs, and providing superior products to customers.* American Bar Association. Section of Antitrust Law. Antitrust law development, 6th ed. 2007, Volumen 1. Chicago, USA. Página 301.

¹⁶ Si bien no existe consenso respecto de qué nivel de costos utilizar para analizar precios predatorios, comúnmente se utiliza el costo variable medio.

cambio, en una estrategia de precios predatorios, la reducción de precios corresponde a una primera etapa, que podría beneficiar a los consumidores, seguida de una segunda etapa, en la que los precios se incrementan debido a la ausencia de competencia. El resultado final de esta conducta es la reducción de la producción y el consecuente incremento de precios, en perjuicio de los consumidores¹⁷.

32. Cabe resaltar que existe consenso en lo que se refiere a la necesidad de que la empresa investigada cuente con un considerable poder de mercado para estar en capacidad de implementar una estrategia de precios predatorios. Al respecto, Hovenkamp señala lo siguiente:

*Los precios predatorios y otras estrategias de precios son generalmente posibles sólo para firmas que ya son dominantes en sus mercados. De hecho, los precios predatorios pueden requerir una mayor cuota de mercado que otras prácticas (...) que son generalmente condenadas como una monopolización sustantiva*¹⁸.

33. En efecto, es imposible que una empresa sin poder de mercado implemente de manera exitosa una estrategia de precios predatorios¹⁹. Ello, debido a que esta empresa requeriría contar con una capacidad productiva disponible tal que le permita satisfacer el incremento de su demanda, incremento que sería equivalente a la demanda de los competidores excluidos y la nueva demanda provocada como consecuencia de los menores precios vigentes en el mercado. Asimismo, esta empresa requeriría contar con capacidad económica suficiente para enfrentar las pérdidas que se generarían como consecuencia de la etapa de reducción de sus precios²⁰.

¹⁷ Bork define la predación como "la agresión deliberada de una empresa contra uno o más rivales mediante el empleo de prácticas comerciales que no se considerarían maximizadoras de beneficios de no ser por la esperanza: 1) de que los rivales tengan que salir del mercado, dejando al predador con una cuota de mercado suficiente para obtener beneficios monopólicos, o 2) de que [los rivales] estén lo suficientemente castigados como para abandonar el comportamiento competitivo que el predador considera inconveniente o amenazador". Traducción libre del siguiente texto: "Predation may be defined, provisionally, as a firm's deliberate aggression against one or more rivals through the employment of business practices that would not be considered profit maximizing except for the expectation either that 1) rivals will be driven from the market, leaving the predator with a market share sufficient to command monopoly profits, or 2) rivals will be chastened sufficiently to abandon competitive behavior the predator finds inconvenient or threatening." BORK, Robert. *The antitrust paradox*. The Free Press, 1990, pág. 144.

¹⁸ Traducción libre del siguiente texto: "Predatory pricing and other pricing strategies are generally plausible only for firms that are already dominant in their markets. Indeed, predatory pricing may require a higher market share than other practices (...) that are generally condemned as substantive monopolization." HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*. West Publishing, 1994, pág. 346.

¹⁹ Al respecto, Conrath señala que el análisis de precios predatorios sólo se aplica a empresas con altas probabilidades de monopolizar el mercado, esto es, que cuenten con una participación de por lo menos 60%. CONRATH, Craig W. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for Economy in Transition*. 1993, págs. 6 a 12.

²⁰ Al respecto, el enfoque de los "bolsillos profundos" (*long purse o deep pocket scenarios*) señala la posibilidad de realizar una estrategia de predación de precios a partir de la existencia de una asimetría financiera entre la empresa que realiza la conducta y las empresas que la sufren. En efecto, si el predador tiene "bolsillos profundos" y sus competidores tienen restricciones financieras o, en todo caso, si el predador cuenta con una capacidad financiera superior a la de sus rivales, puede ser rentable que dicha empresa adopte una estrategia predatoria. Sin embargo, una de las principales críticas al enfoque de los "bolsillos profundos" es que depende

34. Por último, esta empresa requeriría contar con poder de mercado pues, una vez eliminada la competencia, debería tener la capacidad para fijar precios monopólicos y evitar la entrada de potenciales competidores al mercado durante el tiempo necesario para recuperar las pérdidas económicas incurridas en la etapa de reducción de sus precios y obtener ganancias adicionales²¹.
35. En ese sentido, el éxito de una estrategia de precios predatorios dependerá, entre otros, de los siguientes elementos:
- La tenencia de poder de mercado por parte del predador.
 - La capacidad financiera del predador para soportar pérdidas en la etapa inicial.
 - La capacidad productiva del predador para enfrentar incrementos en la demanda.
 - La presencia de barreras de salida bajas.
 - La capacidad del predador de elevar el precio, luego de excluir a sus competidores.
 - La presencia de barreras de entrada altas.
 - La capacidad del predador de mantener el precio monopólico durante el tiempo necesario para recuperar sus pérdidas y obtener ganancias adicionales.

3.4. Análisis de la conducta investigada

36. A continuación, se evaluará si existen indicios razonables de un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios en el mercado de comercialización mayorista de vino. Específicamente, se analizará si existen indicios razonables de los siguientes requisitos:
- i. Que alguno de los importadores de vino investigados goza de posición de dominio en el mercado relevante.
 - ii. Que el presunto infractor haya realizado una estrategia de precios predatorios.
 - iii. Que, mediante su conducta, el presunto infractor haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.

en gran medida de que la empresa o empresas afectadas no tengan capacidad financiera para soportar la predación. ORDOVER, Januz y Garth SALONER. *Predation, monopolization and antitrust*. En: SCHMALENSEE, Richard y WILLIG, Robert. *Handbook of industrial organization*. Vol. 1. Amsterdam: Elsevier Science, 1998, pág. 546.

²¹ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: "El éxito de cualquier esquema de prácticas predatorias depende del mantenimiento del poder monopólico tanto como sea suficiente para recuperar las pérdidas del predador y cosechar alguna ganancia adicional". Traducción libre del siguiente texto: "*The success of any predatory scheme depends on maintaining monopoly power for long enough both to recoup the predator's losses and to harvest some additional gain.*" Matsushita Electric Industrial Co. V. Zenith Radio Corporation 475 U.S. 574, 588-89 U.S. Supreme Court, 1986.

37. Cabe recordar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de forma concurrente. En tal sentido, bastará que falte uno de ellos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.
38. Como se ha señalado, mediante comunicación del 12 de diciembre de 2011²², el Comité presentó ante la SUNAT información sobre la presunta realización de una estrategia de precios predatorios por parte de determinadas empresas importadoras de vino (Drokasa, L.C. y Perufarma), durante 2009, con el fin de reducir la participación de mercado de los vinos nacionales. Según el Comité, esta estrategia habría involucrado a veintidós (22) vinos provenientes de Argentina, Chile, España e Italia.
39. En particular, el Comité señaló lo siguiente:

“A pesar del incremento de los precios de importación durante el 2009, respecto a 2007 y 2008, las diferentes empresas comercializadoras de vinos importados han mantenido descuentos en sus precios. Es así que, tanto vinos de argentina (sic), chilenos como españoles se vendieron a precios por debajo de su valor real (precio de importación + costos indirectos + ganancia), lo que indicaría que algunas empresas comercializadoras vienen empleando una estrategia de precios predatorios con el fin de reducir la participación del mercado de los vinos nacionales, la cual en los últimos años se ha incrementado en más del 10%.

Esta estrategia de precios predatorios unida al elevado grado de informalidad y adulteración del sector vitivinícola viene generando un desincentivo a los productos nacionales (...).”²³

(Énfasis agregado)

40. Como se ha señalado, un requisito indispensable para que se pueda configurar un abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios consiste en verificar la existencia de un agente económico que goce de posición de dominio. En efecto, el artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034²⁴ establece claramente que un abuso de posición de dominio puede configurarse cuando un

²² En folios 19 a 53 del Expediente.

²³ En folio 42 del Expediente.

²⁴ **Decreto Legislativo 1034**
Artículo 10.- El abuso de 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.

(...).

agente económico que ostenta dicha posición la utiliza para restringir de manera indebida la competencia.

41. En lo que se refiere a la definición de agente económico, el artículo 2 del Decreto Legislativo 1034 establece lo siguiente:

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

(...)

*2.3. A los efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a cualquiera de las personas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades antes mencionadas, se utilizará el término “agente económico”. **También se utilizará este término para referirse a empresas de un mismo grupo económico.***

(Énfasis agregado)

42. De acuerdo a lo anterior, el abuso de posición de dominio sólo puede configurarse cuando un agente económico, entendido como una o varias empresas que pertenecen a un mismo grupo económico, ostenta dicha posición.
43. Sin embargo, en el presente caso, la estrategia de precios predatorios alegada por el Comité habría sido realizada por tres empresas importadoras de vino (Drokasa, L.C. y Perufarma), que no pertenecerían a un mismo grupo económico. En ese sentido, no sería posible que se haya configurado un abuso de posición de dominio.
44. Sin perjuicio de ello, a mayor abundamiento y en el supuesto negado que Drokasa, L.C. y Perufarma pertenecieran a un mismo grupo económico, a continuación se analizará si podrían haber gozado de posición de dominio en el mercado.
45. Al respecto, cabe señalar que la participación de cada una de las referidas empresas, respecto del volumen total de vino importado entre 2007 y 2011, fue de casi 10% en promedio. En ese sentido, durante dicho periodo, su participación conjunta habría sido cercana al 30% en promedio. Asimismo, cabe resaltar que el volumen total de vino importado nunca superó al volumen total de vino nacional²⁵.

²⁵ Para mayor información, ver: http://www2.produce.gob.pe/RepositorioAPS/1/jer/ANUARIO_ESTADISTICO/anuario-estadistico-2010.pdf

46. Por otro lado, el mercado de comercialización mayorista de vino en el Perú se caracteriza por tener un gran número de ofertantes, tanto a nivel de empresas importadoras como de productores nacionales. Así, por ejemplo, entre 2007 y 2011, participaron en el mercado más de 100 empresas importadoras de vino. En particular, participaron 124 empresas en 2007 y 2008, 105 en 2009, 102 en 2010 y 112 en 2011²⁶.
47. Por lo tanto, teniendo en cuenta la reducida participación de Drokasa, L.C. y Perufarma y la presencia de un gran número de ofertantes, esta Secretaría Técnica considera que, aún en el supuesto negado que las referidas empresas pertenecieran a un mismo grupo económico, no existirían indicios razonables de una posición de dominio en el mercado de comercialización mayorista de vino en el Perú.
48. Por otro lado, cabe señalar que, para sustentar su hipótesis de precios predatorios, el Comité “reconstruyó” los precios que Drokasa, L.C. y Perufarma debían cobrar en el mercado. En particular, el Comité “reconstruyó” los precios de veintidós (22) vino, utilizando la siguiente fórmula: *“Valor unitario de importación del bien + Gastos Administrativos (15% del valor de importación) + Gastos Financieros (6% del valor de importación) + Gastos de Mercadeo (10% del valor de importación) + Gastos de Distribución (15% del valor de importación) + Margen de Ganancia (20% del valor de importación)”*.
49. En ese sentido, al haber verificado que los precios efectivamente cobrados por Drokasa, L.C. y Perufarma eran inferiores a los precios reconstruidos en base a su fórmula, el Comité concluyó que las referidas empresas habrían aplicado una estrategia de precios predatorios.
50. Al respecto, cabe recordar que los precios predatorios consisten en el establecimiento, por parte de un agente dominante, de precios por debajo de cierto nivel de costos. Sin embargo, el Comité no habría alegado el establecimiento de precios por debajo de cierto nivel de costos sino por debajo del precio que, en opinión del Comité, debían haber cobrado.
51. Por lo tanto, teniendo en cuenta que la alegación del Comité no consiste en el establecimiento de precios por debajo de cierto nivel de costos sino por debajo del precio que, en su opinión, debían haber cobrado Drokasa, L.C. y Perufarma, esta Secretaría Técnica considera que, aún en el supuesto negado que las referidas empresas pertenecieran a un mismo grupo económico y gozaran de posición de dominio, no existirían indicios razonables de una estrategia de precios predatorios.
52. Por último, cabe recordar que el ordenamiento jurídico vigente garantiza la libertad en la determinación de los precios y, en consecuencia, la variación de

²⁶ Para mayor información, ver: <http://www.aduanet.gob.pe/operatividadAduana/index.html>

precios no es sancionable en sí misma²⁷, razón por la cual, el Indecopi no puede intervenir en la fijación de los precios de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.

53. En conclusión, esta Secretaría Técnica considera que no existen indicios razonables de un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios en el mercado de comercialización mayorista de vino y que, en consecuencia, no corresponde iniciar un procedimiento administrativo sancionador.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Decreto Legislativo 1034 y la Ley 27444, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.

RESUELVE:

No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra Drokasa Licores S.A., L.C. Group S.A. y Perufarma S.A., por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios en el mercado de comercialización mayorista de vino, debido a que no existen indicios razonables de la conducta investigada.

Miguel Ángel Luque
Secretario Técnico

²⁷ **Constitución Política del Perú.**
Artículo 58.- Economía Social de Mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Constitución Política del Perú.

Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Constitución Política del Perú.

Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.