

Resolución 028-2018/ST-CLC-INDECOPI

14 de junio de 2018

VISTAS:

La denuncia interpuesta por Servicios, Negocios y Comercio Exterior S.A.C. (en adelante, Senecomex) contra APEGA Sociedad Peruana de Gastronomía Asociación Civil (en adelante, APEGA), por un presunto abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de condiciones desiguales en el arrendamiento de espacios para la participación de la «IX Feria Gastronómica Internacional de Lima» (en adelante, Mistura) realizada en setiembre de 2016; así como la investigación preliminar realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica); y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. El 2 de marzo de 2017, Senecomex interpuso una denuncia contra Apega por un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación en las condiciones comerciales en el arrendamiento de espacios para la participación de la feria gastronómica Mistura, conducta tipificada en el literal b) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹. Senecomex sustentó su denuncia en los siguientes argumentos:
 - i. El 31 de agosto de 2016, Senecomex y Apega suscribieron el Contrato Marco de Arrendamiento de Espacio en Mistura 2016 (en adelante, el Contrato de arrendamiento), en virtud del cual, Apega otorgó a Senecomex un espacio

¹ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo 1034 y modificada mediante Decreto Legislativo 1205.**
Artículo 10.- El abuso de posición de dominio.-

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

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

ubicado en el área dispuesta para los «Food Trucks» entre el 1 y 11 de setiembre de 2016. En el Contrato de arrendamiento se estableció una contraprestación compuesta por dos conceptos:

- a) S/ 28,520 (Veintiocho mil quinientos veinte y 00/100 Soles) por el alquiler del espacio; y,
 - b) Una comisión equivalente al 18% (dieciocho por ciento) del total de ventas percibidas durante Mistura 2016.
- ii. Posteriormente, la denunciante, través del señor Alejandro Acuña Orihuela (en adelante, el señor Acuña), asociado de Apega, tomó conocimiento de que Apega no habría exigido la misma contraprestación a todos los participantes de la categoría «*Food Trucks*», siendo que los demás participantes en esta categoría solo estaban en la obligación de pagar una comisión por las ventas percibidas durante Mistura 2016².
- iii. Mediante carta notarial del 17 de octubre de 2016, Senecomex indicó que Apega incurrió en abuso de posición de dominio, debido al tratamiento discriminatorio a su empresa al realizarle cobros excesivos y diferenciados que no se sustentaban en criterios objetivos y que no habrían sido efectuados a ningún otro establecimiento que participó en Mistura 2016 mediante *food trucks*.
- De acuerdo con Senecomex, las estrechas relaciones comerciales que existían entre Apega y el señor Acuña, quien era propietario del *food truck* «Lima Sabrosa»³ y era presidente de la Asociación de Food Trucks, evidencia que Apega tenía intereses anticompetitivos en que ninguna empresa compita con las empresas a las que representaba de manera directa o indirecta.
- iv. Sobre la posición de dominio de Apega, la denunciante señaló que se puede observar en los siguientes factores (i) una participación significativa en el mercado de organización de ferias gastronómicas en el mercado peruano, (ii) las particularidades características de oferta y demanda que caracterizan a Mistura como la feria gastronómica más importante de Latinoamérica y (iii) el considerable poder de negociación que tiene Apega en la organización de Mistura.
- v. Sobre el abuso de dicha posición de dominio, según Senecomex, los denominados «Camioncitos Mistureros» que no integraban la Asociación de Food Trucks presidida por el señor Acuña representaban un riesgo competitivo, por lo que resultaba conveniente que Apega estableciera condiciones desiguales ante una misma prestación, a fin de que su competencia afrontara una situación desventajosa ya que de esta manera se

² El 7 de setiembre de 2016, Senecomex realizó un reclamo contra Apega a través del Libro de Reclamaciones y remitió una carta notarial solicitando la devolución de la suma pagada por concepto de alquiler al tratarse de un acto discriminatorio en contra de su empresa por ser de capital extranjero. El 26 de setiembre de 2016, Apega contestó la mencionada carta, señalando que no existió discriminación, pues se basó en criterios objetivos para seleccionar a los participantes en la categoría «Food Trucks». Agregó que Senecomex conoció y aceptó los términos de su participación en Mistura suscribiendo el Contrato de arrendamiento.

³ Lima Sabrosa es el nombre comercial y su razón social es El Chato Sabe S.A.C.

elevaban los costos de producción y mano de obra, siendo mucho más dificultoso competir en iguales condiciones con aquellos *food trucks* representados por el señor Acuña, directa o indirectamente, dentro de Mistura 2016.

2. En aplicación de lo dispuesto por el artículo 15 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁴, esta Secretaría Técnica inició una investigación preliminar con el objeto de obtener mayores elementos de juicio sobre las características y funcionamiento del mercado de acceso a espacios de ferias con características similares a la feria gastronómica Mistura, a fin de evaluar la posible existencia de indicios razonables de las conductas anticompetitivas denunciadas por Senecomex.
3. Mediante escritos del 29 de setiembre y 3 de octubre de 2017, Senecomex remitió copias de una comunicación enviada a los representantes de Apega, respecto de una propuesta presentada por esta última con el fin de llegar a una conciliación y adjuntó diversos archivos para brindar mayor sustento a su denuncia.
4. Mediante Carta 1088-2017/ST-CLC-INDECOPI del 4 de enero de 2018, esta Secretaría Técnica requirió a Apega determinada información sobre el mercado de acceso a espacios de ferias con características similares a la feria gastronómica Mistura y su relación con Senecomex. Dicho requerimiento fue absuelto por Apega el 25 de enero de 2018, solicitando que se declarara confidencial toda la información proporcionada.
5. Mediante Carta 511-2018/ST-CLC-INDECOPI del 15 de marzo de 2018, esta Secretaría Técnica requirió a Apega determinada información sobre las características de la asociación. Dicho requerimiento fue absuelto por Apega el 20 de marzo de 2018.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

6. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de que APEGA incurrió en un abuso de posición de dominio en la modalidad de aplicar, de manera injustificada, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en perjuicio de Senecomex durante 2016, infracción prevista en los artículos 1, 10.1 y 10.2 del literal b) de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁵ y si, en consecuencia, corresponde admitir a trámite la denuncia formulada por Senecomex.

⁴ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

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.

⁵ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

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

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

III. MARCO TEÓRICO

3.1. Abuso de posición de dominio

7. El artículo 10.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico que goza de posición de dominio en el mercado relevante restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. En la misma línea, el artículo 10.2 reitera la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio a competidores en el mercado afectado para que se configure un abuso de posición de dominio.
8. De acuerdo con lo anterior, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son los siguientes:
 - i. Que el supuesto infractor goce de posición de dominio.
 - ii. Que el supuesto infractor haya cometido una conducta dirigida a restringir indebidamente la competencia.
 - iii. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto exclusorio, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
9. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad de afectar o distorsionar unilateralmente y en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del mercado. Esta capacidad puede ser consecuencia de factores como una importante participación de mercado, un alto nivel de concentración, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial. Si un agente no contara con posición de dominio, no podría analizarse si su conducta constituye un ejercicio abusivo de tal posición.

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.

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 exclusorio tales como:

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

10. En lo que se refiere al segundo requisito, las restricciones indebidas a la competencia son aquellas conductas que, conforme a lo señalado en el literal h) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, «impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica». Precisamente, el artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas desarrolla ejemplos típicos de abuso de posición de dominio, como la negativa injustificada de trato (literal a), la discriminación indebida (literal b), las cláusulas de atadura (literal c) y el abuso de procesos legales (literal f).

En la calificación de este requisito, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en una justificación comercial válida, no se configurará un abuso de posición de dominio. Una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar de los consumidores. Si el presunto infractor demostrase la introducción de eficiencias, éstas deberán ser contrastadas con los efectos restrictivos de la conducta observados en la siguiente etapa del análisis.

11. 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), en perjuicio de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, afectando de esta manera el proceso competitivo⁶.

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 restringir la entrada de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).

En la calificación de este requisito, debe verificarse una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre el presunto infractor y los presuntos afectados; además de la capacidad de la conducta investigada para afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

Si los efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la conducta analizada son superiores a los posibles beneficios que podría generar dicha conducta, constituirá un abuso de posición de dominio.

12. Cabe resaltar que, para que se configure un abuso de posición de dominio, es necesario que estos tres requisitos se presenten de manera concurrente. En tal sentido, bastará que no se acredite alguno de estos requisitos para que la conducta investigada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.

⁶ Al respecto, véase la Resolución 048-2013/CLC-INDECOP del 27 de diciembre de 2013, considerando 65.

3.2. Trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes

13. La autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual⁷ conforman la libertad de contratación, que se encuentra expresamente reconocida en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁸. No obstante, como ha señalado el Tribunal Constitucional en numerosos pronunciamientos⁹, las libertades contractuales están sujetas a determinados límites o deben ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico, como el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución¹⁰.

De esta manera, es posible afirmar que la libertad de contratación y la libertad contractual de la que goza todo agente económico pueden verse limitadas en aquellos supuestos en los que un agente económico que goza de una posición de dominio ejerce dichas libertades con el objeto o efecto de restringir de manera indebida la competencia en el mercado relevante.

14. Uno de los supuestos en que el ejercicio de la libertad contractual puede resultar incompatible con el marco jurídico de defensa de la competencia corresponde al de aquellas conductas por las cuales un agente dominante excluye del mercado a un competidor, directo o indirecto, real o potencial, mediante la contratación bajo condiciones discriminatorias que carecen de justificación. Este trato diferenciado o discriminatorio se encuentra recogido como una modalidad de abuso de posición de dominio en el literal b) del artículo 10.2 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas en los siguientes términos:

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

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

b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

15. En relación con esta modalidad puede observarse que no se encontrarán prohibidos aquellos tratos diferenciados, incluso aquellos realizados por un agente con posición de dominio, cuando se sustenten en justificaciones comerciales

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

⁸ **Constitución Política del Perú**
Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

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

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

¹⁰ **Constitución Política del Perú**
Artículo 61.- Libre competencia

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

objetivas, en particular aquellas que tienen por objeto introducir eficiencias que puedan estimular la competencia en beneficio de los consumidores. En cambio, será reprochable aquel tratamiento discriminatorio que tenga por finalidad restringir de manera indebida la competencia para obtener beneficios y perjudicar a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, colocándolos de manera injustificada en una situación desventajosa frente a otros.

16. Como se puede observar, de manera similar a las otras modalidades de abuso de posición de dominio, la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes se encuentra sujeta a una prohibición relativa (o «regla de la razón») y a una prohibición absoluta (o «regla *per se*»), pues únicamente resultará reprochable cuando dicho trato no se encuentre justificado, coloque a unos competidores en una situación desventajosa frente a otros y otorgue beneficios al agente dominante. A manera de ejemplo, justificaciones válidas y reconocidas por la propia Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas son: el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general cuando se presenten condiciones comerciales equivalentes (p.e. compras en grandes cantidades, cumplimiento de metas en ventas, entre otros).
17. Cabe agregar que, al evaluarse un supuesto de abuso de posición de dominio en la modalidad de trato diferenciado injustificado para prestaciones equivalentes, no resulta necesario que el agente dominante pruebe fehacientemente que su decisión de realizar un trato diferenciado era la más eficiente en el mercado, siendo suficiente que se trate de una decisión razonable considerando los fines válidos de su negocio.
18. Finalmente, conforme a lo dispuesto por el artículo 10 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la conducta analizada, además de ser injustificada, tiene que producir un efecto exclusorio, es decir, que debe estar en capacidad de generar un daño efectivo o potencial sobre uno o más competidores, limitando su capacidad de mantenerse en el mercado, provocando su salida o, incluso, limitando la entrada de competencia potencial.

3.3. Requisitos para admitir a trámite una denuncia por abuso de posición de dominio

19. De acuerdo al literal b) del artículo 19 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas¹¹, la denuncia de parte sobre la realización de conductas anticompetitivas debe contener, entre otros requisitos, elementos de juicio que acrediten la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada.
20. Los indicios razonables son un conjunto de medios probatorios que demuestran una tesis creíble acerca de la existencia de una conducta anticompetitiva, en función de los elementos necesarios para su configuración.

¹¹

Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte.-

La denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas, deberá contener:

(b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.

21. La exigencia de este requisito responde a la necesidad de garantizar el derecho al debido procedimiento del denunciado. Esta protección implica, a su vez, la garantía de otros derechos, tales como: (i) que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta, y (ii) que el denunciado conozca todos los aspectos fácticos y jurídicos que sustentan los cargos que se le imputan desde el inicio del procedimiento.
22. En efecto, la autoridad no debe dar trámite a cualquier alegación sino solo a aquellas que se encuentren razonablemente sustentadas, de forma que pueda notificarse al denunciado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y las sanciones que éstas podrían generar.
23. De ahí que se requiera que las denuncias de parte sobre presuntas conductas anticompetitivas cumplan con presentar una descripción clara y precisa de la conducta denunciada, así como los medios probatorios pertinentes. Ello, sin perjuicio de las actuaciones previas que puedan realizarse de oficio para verificar la existencia de una posible infracción.
24. En tal sentido, para determinar si existen indicios razonables de que APEGA incurrió en un abuso de posición de dominio en contra de Senecomex en las modalidades de aplicación injustificada de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, se debe acreditar que existan indicios razonables de los siguientes requisitos:
 - a. Que Apega gozaba de posición de dominio en el mercado relevante.
 - b. Que Apega realizó la conducta denunciada. Específicamente, que aplicó condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que colocaron de manera injustificada a Senecomex en una situación desventajosa frente a otros potenciales competidores vinculados con Apega.
 - c. Que la conducta, además de indebida, permitió a Apega obtener beneficios y causar perjuicios a Senecomex, como supuesto competidor, o a otros competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
25. Cabe reiterar que los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son concurrentes. En tal sentido, para que se determine la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada, es necesario que se acredite a nivel indiciario cada uno de los requisitos señalados.

IV. ANÁLISIS

4.1. El mercado en que desenvuelve la presunta conducta indebida de Apega

26. Según su propio portal, Apega es una asociación civil creada en 2007 con el objeto de articular esfuerzos para promover la gastronomía peruana, y hacer de ella una fuente de identidad, innovación y desarrollo sostenible para los peruanos. Se trata de una institución sin fines de lucro que convoca cocineros, gastrónomos,

nutricionistas, restaurantes, investigadores, cronistas gastronómicos, centros de formación en cocina y universidades.

27. En atención a su misión de promover la gastronomía como factor de identidad, desarrollo sostenible, descentralizado e inclusivo; Apega ha gestionado diversos proyectos, como:
- **Cadenas Agroalimentarias Gastronómicas Inclusivas:** El proyecto busca desarrollar un sistema de información y comercialización de productos suministrados por los pequeños agricultores, orientados al mercado gastronómico, para lo cual se cuenta con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo - BID.
 - **Come Peruano:** El proyecto promueve un estilo de alimentación sano, sabroso y nutritivo, basado en productos emblemáticos de la pequeña agricultura y la pesca artesanal del Perú. Estos productos procuran hacer comer y nutrir mejor a niños y adultos.
 - **Lima Capital Gastronómica de América:** El proyecto procura consolidar a Lima como destino gastronómico por excelencia del continente, de cara al bicentenario de la independencia del Perú.
 - **Innovate Perú:** APEGA, con el apoyo del Fondo de Ciencia y Tecnología FINCYT, implementó, durante el año 2016, un proyecto para trazar los pasos a seguir en la Innovación Tecnológica del sector gastronómico, detectando los cuellos de botella que se enfrentan y los pasos a dar para resolverlos.
 - **Mistura:** El proyecto consiste en una feria gastronómica anual que se realiza en la ciudad de Lima, creada desde el año 2008, con el nombre «Perú mucho gusto». A la fecha, se han realizado diez ediciones de la referida feria.
28. En particular, cabe señalar que Apega considera que Mistura es una «*muy importante innovación, pues plantea un cambio radical en el modelo de gestión de ferias introduciendo un nuevo concepto de feria gastronómica, con un carácter masivo e implementando técnicas de marketing, comunicación y logística no conocidas antes en el país ni en la región. En pocos años ha registrado un desarrollo exponencial que ha llevado a que el evento en 11 días convoque cerca de 400 mil visitantes. Es la feria gastronómica más importante de América Latina y resulta singular en el mundo, pues supera el modelo tradicional de ferias de alta cocina o de comida y convoca a todos los actores de la cadena gastronómica de las diversas regiones, incluyendo cocinas regionales y rústicas, negocios de la calle, microempresas, reposteras, comedores populares, productores agrarios, pescadores artesanales, pequeñas agroindustrias, panaderos, productores de cervezas artesanales y pisco, y grandes chefs nacionales e internacionales*».¹²
29. De esta manera, Mistura se constituye en una feria muy particular que congrega una variada oferta gastronómica que atrae a un variado público de consumidores.

¹²

En: «Mistura: Una marca que ha calado en el sentir de los peruanos», p. 8. Disponible en: <http://www.apega.pe/descargas/contenido/210-apega-cocina-peruana.pdf>

En ese sentido, es posible caracterizar Mistura por la atención de dos demandas interdependientes que requieren relacionarse entre sí para llevar a cabo una operación comercial. Dichas demandas utilizan a la feria como medio facilitador para interrelacionarse.

30. En esa medida, para Apega, los ofertantes gastronómicos constituyen una demanda que requieren espacios idóneos con determinadas características para ofertar sus productos en Mistura. Para atraer a los ofertantes gastronómicos Apega ofrece habilitar un campo ferial que incluye esencialmente espacios o stands especialmente habilitados para la recepción, elaboración, presentación y expendio de productos; y que en todos los casos cuentan con los servicios públicos requeridos (luz, agua, centros de lavado, seguridad, señalética, almacén, cadena de frío, procesos de recaudación y liquidación de ventas, manejo de residuos sólidos, entre otros).

Asimismo, Apega ofrece identificación individualizada para el personal que labora en cada establecimiento participante; promoción y difusión de las marcas de los participantes a través de los medios de comunicación masiva como radio, televisión, internet y prensa escrita; así como capacitación gratuita sobre seguridad alimentaria, atención al cliente y propiedad intelectual, entre otros.

31. Por su parte, para Apega los demandantes de productos gastronómicos constituyen otra demanda, que requieren de una oferta variada de productos en ferias similares a Mistura. Así, para atraer a los demandantes gastronómicos, Apega, en el campo ferial habilitado, ofrece variada oferta gastronómica, que incluye zonas dedicadas a anticuchos, bares, brasas, sándwiches, sopas y caldos, cervezas artesanales, barras de ceviches, restaurantes, dulces, comidas regionales, entre otros.

Del lado de los consumidores, demandantes de productos gastronómicos, la oferta de Apega se consolida con la prestación de los siguientes servicios: seguridad, a través de la presencia de personal policial y serenazgo; atención médica inmediata, mediante la disposición de puestos de salud y presencia de bomberos; facilidades de transporte, a través de zonas especialmente acondicionadas para parqueo de vehículos y desembarque de pasajeros del servicio público de transporte; entre otros¹³.

32. Considerando estas características, es posible identificar en el tipo de oferta comercial de Mistura: i) la existencia de dos demandas interdependientes entre sí, ii) la presencia de efectos de red indirectos derivados de la interdependencia de las demandas, y iii) la internalización de los efectos de red indirectos generados entre los dos grupos de demandantes.
33. Sobre el particular, se afirma que en la oferta comercial de Apega, a través de Mistura, existen efectos de red indirectos, puesto que el valor o excedente obtenido por los agentes de una demanda se incrementa en relación directa con el incremento del número de agentes de la otra demanda.

¹³ Además de los servicios indicados, se observan por ejemplo, la organización y realización de foros gastronómicos, premiaciones y espectáculos culturales, y guía para la orientación de los visitantes.

34. Finalmente, cabe señalar que es posible que las dos demandas antes indicadas interactúen entre sí sin la presencia de una feria de las características de Mistura que facilite esta interacción. Sin embargo, los costos de transacción asociados a este tipo de interacción (por un lado, una oferta variada y por otro un gran número de consumidores) desincentivan hasta cierto punto su adopción. Por el contrario, la generación de efectos de red indirectos y la posibilidad de internalizarlos explican la presencia de Mistura.

4.2. Indicios razonables de un trato diferenciado injustificado por parte de Apega

35. Senecomex manifestó que Apega habría aplicado condiciones desiguales para prestaciones equivalentes en perjuicio de su empresa con la única finalidad de beneficiar indebidamente al *food truck* «Lima Sabrosa» cuyo propietario es el señor Acuña, quien a su vez es asociado de Apega. Según Senecomex, las estrechas relaciones comerciales que existen entre Apega y el señor Acuña, quien además de ser propietario del *food truck* «Lima Sabrosa» era presidente de la Asociación de Food Trucks, evidencia que Apega tenía intereses anticompetitivos en que ninguna empresa compita con las empresas a las que representaba de manera directa o indirecta.

Concretamente, según Senecomex, los denominados «Camioncitos Mistureros» que no integraban la Asociación de Food Trucks presidida por el señor Acuña representaban un riesgo competitivo, por lo que resultaba conveniente que Apega estableciera condiciones desiguales ante una misma prestación, a fin de que su competencia deba afrontar una situación desventajosa ya que de esta manera se elevaban los costos de producción y mano de obra, siendo mucho más dificultoso competir en iguales condiciones con aquellos *food trucks* representados por el señor Acuña, directa o indirectamente, dentro de Mistura 2016.

36. Al respecto, como se ha señalado, para determinar la existencia de indicios razonables de un abuso de posición de dominio en un escenario como el analizado, en que los agentes involucrados intervienen en distintos niveles de la cadena productiva (relación vertical), es necesario verificar previamente si el agente económico denunciado y la empresa a la que pretendería beneficiar son independientes entre sí o si pertenecen a un mismo grupo económico; es decir, si representan ambas un mismo centro de interés comercial y, de esta manera, pueden ser considerados como pertenecientes a una misma unidad económica.

De verificarse este último supuesto, será posible continuar con el análisis de un presunto abuso de posición de dominio, al verificarse una relación de competencia directa o indirecta entre el denunciante y el denunciado, pues solo en este escenario podría evaluarse un potencial efecto exclusorio en perjuicio del denunciante como consecuencia de la conducta denunciada.

37. A continuación, esta Secretaría Técnica evaluará la presunta vinculación que existiría entre Apega y Lima Sabrosa durante el 2016, pues a pesar de que tales agentes económicos no participan en el mismo mercado, de verificarse que se encuentran vinculados entre sí, podría evaluarse un beneficio anticompetitivo derivado de la conducta denunciada.

4.2.1. Sobre la supuesta vinculación entre Apega y Lima Sabrosa

- Marco teórico de grupo económico

38. Es necesario recordar que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas expresamente ha considerado que las personas naturales y jurídicas que pertenecen a un mismo grupo económico deben ser considerados como un único agente económico para todo efecto¹⁴. La razón es que el beneficio derivado de una conducta anticompetitiva, ciertamente, no corresponde únicamente a la empresa que lo realiza sino también al grupo económico al que pertenece, de tal manera que las acciones de unas empresas del grupo, incluyendo las conductas infractoras, pueden beneficiar a otras empresas del grupo y, por tanto, al grupo en su totalidad¹⁵.

39. Al respecto, la Sala ha señalado lo siguiente:

«[E]l Decreto Legislativo 1034 establece que el ámbito de aplicación subjetivo de la norma, esto es, los posibles sujetos que pueden ser considerados como infractores, se extiende no solo a las personas naturales o entidades individualmente consideradas, sino también a aquel conjunto de empresas que se encuentren comprendidas bajo la figura denominada «grupo económico». En efecto, el artículo 2 del Decreto Legislativo 1034 establece expresamente esta excepción al principio de personalidad de la infracción.»¹⁶

[Énfasis agregado]

40. Asimismo, la doctrina societaria ha definido al grupo económico como aquel conjunto de empresas que si bien mantienen una personalidad jurídica separada, desarrollan una política societaria común, al encontrarse sujetas a determinados vínculos de subordinación que generan que todas actúen bajo una dirección uniforme¹⁷. Esta característica permite que un grupo económico pueda ser

¹⁴ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

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.

¹⁵ Así, por ejemplo, en el caso de la denuncia planteada por la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú (Apofer) contra las empresas del Grupo Fetrans; la Comisión y la Sala analizaron las acciones legales planteadas, por Ferrocarril Transandino S.A. (Fetrans), Peruval Corp S.A. (Peruval) y Peruvian Trains & Railways S.A. (PTR), como parte de la estrategia del Grupo Fetrans, a pesar de que Fetrans, Peruval y PTR no hubieran competido directamente con las empresas asociadas a Apofer en la prestación del servicio de transporte ferroviario de pasajeros.

¹⁶ Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI del 27 de julio de 2011, numeral 39.

¹⁷ LE PERA sostiene que «grupo económico», «empresas de grupo» o «Konzern» según la terminología del derecho societario alemán, «ocurre cuando varias empresas están sujetas a una dirección uniforme. Empresas dominantes y dominadas; empresas vinculadas por un contrato de dominación; y empresas integradas constituyen, o se presume que constituyen, un Konzern». LE PERA, Sergio, *Cuestiones de Derecho Comercial Moderno*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1979, p. 150.

Por su parte, RICHARD y MUIÑO señalan que el grupo económico se produce cuando «las administraciones de varias sociedades [que mantienen su personalidad jurídica diferenciada] desarrollan una política común por existir vínculos de subordinación». RICHARD, Efraín Hugo y Orlando Manuel MUIÑO, *Derecho Societario. Sociedades comerciales, civil y cooperativa*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 701.

considerado como sujeto infractor bajo las normas de represión de conductas anticompetitivas.

41. Al respecto, según lo dispuesto por la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, SBS) en su Resolución SBS 5780-2015, publicada el 28 de setiembre de 2015¹⁸, un grupo económico se define en los siguientes términos:

Artículo 8.- Definición de grupo económico

Entiéndase por grupo económico al conjunto de personas jurídicas y/o entes jurídicos, nacionales o extranjeros, conformado al menos por dos integrantes, cuando alguno de ellos ejerce control sobre el otro u otros, o cuando el control sobre las personas jurídicas y/o entes jurídicos corresponde a una o varias personas naturales que actúan de manera conjunta como una unidad de decisión.

[Énfasis agregado]

42. Como se puede observar, existe un elemento central que distingue a un grupo económico de las personas que simplemente se encuentran relacionadas. Tal elemento constitutivo de un grupo económico es el control ejercido por una persona natural o jurídica sobre otras. Al respecto, la Resolución de la SBS previamente señalada, también contiene la definición de control, en los siguientes términos:

Artículo 9.- Control

Se denomina control a la influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de los órganos de gobierno de una persona jurídica u órganos que cumplan la misma finalidad en el caso de un ente jurídico.

El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona o ente jurídico ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica, y en el caso de entes jurídicos en los órganos que resulten similares.

El control es indirecto cuando una persona o ente jurídico tiene facultad para designar, remover o vetar a la mayoría de los miembros del directorio u órgano equivalente, para ejercer la mayoría de los votos en las sesiones del directorio u órgano equivalente, para aprobar las políticas operativas y/o financieras, para aprobar las decisiones sobre dividendos y otras distribuciones, para designar, remover o vetar al gerente general en el caso de personas jurídicas, o del gestor quien se encuentra facultado para el manejo de los fondos en el caso de entes jurídicos; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica, y en el caso de entes jurídicos en los órganos que resulten similares.

[Énfasis agregado]

43. Las relaciones de propiedad por sí solas no suponen la existencia de un grupo económico pues, para ello, es necesario que dichas relaciones otorguen a los

¹⁸ Equivalente al artículo 8 de la Resolución SBS 445-2000, publicada el 6 de julio de 2000.

propietarios, directos o indirectos, el control sobre las empresas¹⁹, es decir, la capacidad de influir de manera preponderante y continua en la adopción de sus decisiones estratégicas²⁰.

44. Las relaciones que proporcionan control sin existir propiedad de por medio se denominan relaciones de gestión. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 de la Resolución de la SBS²¹, las relaciones de gestión también pueden constituir la base para la existencia de un grupo económico.

¹⁹ Por ejemplo, la tenencia del 5% de acciones de dos empresas por parte de un agente económico podrá significar la existencia de una relación de propiedad entre ellas pero, probablemente, un porcentaje tan reducido no le permitirá al propietario de las acciones ejercer control sobre dichas empresas.

²⁰ Sobre el particular, en el caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube*, la Corte Suprema de Estados Unidos decidió no sancionar a dos empresas denunciadas por concertación, considerando que una de ellas era la matriz de la otra (completamente de su propiedad). En efecto, se estableció que una actividad coordinada entre ellas debía ser vista como la de una sola empresa, pues ambas tenían unidad de interés o designio común. Sin embargo, aun cuando en el caso *Copperweld Corp. v. Independence Tube* una de las empresas era propietaria de la otra (su subsidiaria) lo esencial en la decisión de la Corte Suprema fue el análisis realizado acerca de la unidad de interés entre la matriz y su subsidiaria y el control de la primera sobre la segunda.

Por esta razón, los posteriores desarrollos jurisprudenciales de la llamada doctrina Copperweld consideraron que dos entidades diferentes podían ser consideradas como una sola cuando una tuviera el control de la otra, aun cuando la primera no tuviera una relación de propiedad respecto de la segunda.

En ese sentido, para que dos empresas distintas se comporten como una sola, no es necesario que una sea propietaria, total o parcialmente, de la otra. Lo importante para que su accionar se considere como el de una sola entidad es el grado de control ejercido por la empresa dominante.

²¹ **Resolución de la SBS**

Artículo 5.- Relaciones de gestión

Existen relaciones de gestión en los siguientes casos:

- a) Entre las personas naturales que ejercen el control de un grupo económico según lo dispuesto en el artículo 8º.
- b) Entre el director, gerente, gestor, asesor o principal funcionario de una persona jurídica y/o ente jurídico, según corresponda, y quienes tengan relaciones de propiedad de estas según lo establecido en el artículo anterior.
- c) Entre una persona o ente jurídico a favor de quien se otorgó un financiamiento, y el destinatario final de dicho financiamiento, durante el tiempo que se mantenga el financiamiento.
- d) Entre una persona o ente jurídico, y la persona o ente jurídico que lo representa.
- e) Entre personas jurídicas y/o entes jurídicos que tienen en común a por lo menos un miembro del directorio, gerente, gestor, asesor o principal funcionario, según corresponda.
- f) Cuando de la documentación oficial de una persona jurídica o ente jurídico se puede afirmar, que este actúa como división o departamento de otra persona jurídica o ente jurídico.
- g) Entre personas jurídicas y/o entes jurídicos cuando exista dependencia comercial directa difícilmente sustituible en el corto plazo.
- h) Entre personas que tienen una relación contractual que se encuentra comprendida en el inciso ii) del literal g) del artículo 2º.
- i) Cuando las obligaciones de una persona o ente jurídico son garantizadas o financiadas por otra persona o ente jurídico siempre que no se trate de empresas del sistema financiero o de seguros.
- j) Cuando una misma garantía respalda obligaciones de dos o más personas y/o entes jurídicos, o exista cesión de garantías entre ellos.
- k) Cuando los recursos para el desarrollo de las actividades de una persona jurídica o ente jurídico provienen directa o indirectamente de otra persona jurídica o ente jurídico.
- l) Entre personas jurídicas que tienen accionistas o socios comunes que tienen la posibilidad de designar, vetar o destituir a, por lo menos, un miembro del directorio u órgano equivalente de dichas personas.
- m) Entre una persona natural y una persona jurídica, y entre una persona natural y un ente jurídico, cuando la primera sea, director, gerente, gestor, asesor o principal funcionario de la persona jurídica o ente jurídico, según corresponda, o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.
- n) Entre una persona natural y un grupo económico cuando la primera sea director, gerente, gestor, asesor o principal funcionario de una persona jurídica o ente jurídico, según corresponda, perteneciente a dicho grupo económico o haya ejercido cualquiera de estos cargos en alguna oportunidad durante los últimos doce (12) meses.
- o) Cuando una persona o ente jurídico tiene la posibilidad de designar, remover o vetar a, por lo menos, un miembro del directorio u órgano equivalente de otra persona.

45. En consecuencia, un grupo económico puede responder a la existencia de relaciones de propiedad²² o de gestión, que otorguen a una persona jurídica o a un grupo de personas naturales el control de otra u otras personas jurídicas. Es decir, la condición necesaria para determinar la existencia de un grupo económico es que las relaciones de propiedad o de gestión que se presenten entre las empresas involucradas sean fuentes de control.

- **Aplicación al caso concreto**

46. En el presente caso, esta Secretaría Técnica ha podido observar en las partidas electrónicas de APEGA (PE 12089127) y Lima Sabrosa (PE 13083582), los titulares de los agentes económicos, los órganos que ejercen la dirección de dichos agentes, así como las personas encargadas de ejercer tal función durante 2016, que se detalla a continuación:

Cuadro 1
Titulares y órganos de dirección de Apega y Lima Sabrosa

Agentes	Titulares (participación)	Órgano de dirección	Personas encargadas de la dirección
APEGA	Todos los asociados, incluyendo Lima Sabrosa* (todos tienen derecho a un voto)	Consejo Directivo*	Bernardo Roca Rey Miro Quesada (P) Adolfo Miguel Perret Bernudez Luis Romano Ginocchio Balcazar Jose Koechlin Von Stein Jimena Fiol Seoane Alvaro Raffo Hanza Fernando Villarán de la Puente Guillermo Graglia Roland Flavio Solorzano Alvarez Marilú Madueño Martinez**
Lima Sabrosa	Guillermo Alfredo Acuña Roeder (60%) Alejando Alfredo Acuña Orihuela (40%)	Junta General	Alejando Alfredo Acuña Orihuela (GG)

* Apega ha reconocido que el señor Acuña es uno de sus asociados.

** De acuerdo con el Estatuto de Apega, el órgano que se encarga de su dirección y administración es el Consejo Directivo y se encuentra integrado por 8 o 10 asociados que son elegidos por la Asamblea General cada tres (3) años. Las decisiones que adopte el consejo Directivo deberán ser aprobadas por mayoría absoluta de los asociados concurrentes.

*** El Consejo Directivo fue nombrado a finales de 2015 hasta finales de 2018.

p) Cuando una persona o ente jurídico participa en los procesos de fijación de políticas, entre los que se incluyen las decisiones sobre dividendos y otras distribuciones, de otra persona o ente jurídico.

q) Cuando una persona o ente jurídico tiene la posibilidad de designar, remover o vetar a los gerentes, principales funcionarios o gestores de otra persona o ente jurídico.

r) Cuando se realiza rotación de directores, gerentes, principales funcionarios y/o gestores entre personas o entes jurídicos

22

Resolución de la SBS

Artículo 4.- Relaciones de propiedad

Existe relación de propiedad cuando las acciones o participaciones con derecho a voto que tiene en propiedad directa o indirecta (por conducto de terceros) una persona o ente jurídico representan el 4% o más de las acciones o participaciones con derecho a voto de una persona jurídica o ente jurídico. La referida relación se presenta en función a las características de la acción o participación, aun cuando los derechos políticos o económicos relacionados con estas puedan haber sido cedidos, a través de cualquier título, a terceros.

47. Al respecto, esta Secretaría Técnica ha observado que el señor Acuña únicamente tiene el 40% de participaciones con derecho a voto en las decisiones adoptadas por Lima Sabrosa, mientras que el señor Guillermo Acuña Roeder es accionista mayoritario al tener el 60% de participaciones con derecho a voto, estando este último en capacidad de ejercer un control preponderante sobre Lima Sabrosa al contar con el mayor porcentaje de participación con derecho a voto. En cambio, el señor Acuña si bien tiene una relación de propiedad, no cuenta con un control decisivo sobre la referida empresa.
48. Asimismo, esta Secretaría Técnica ha observado que el señor Acuña es solo uno de los asociados de Apega, que no está en capacidad de ejercer un control preponderante sobre las decisiones de dirección y gestión que pueda adoptar Apega pues únicamente como asociado tiene derecho a un solo voto al igual que los otros asociados²³.

Incluso, de acuerdo con el Estatuto de Apega, el órgano que se encarga de su dirección y administración es el Consejo Directivo, quienes únicamente podrán adoptar una decisión con la aprobación de la mayoría absoluta de los asociados concurrentes a la Asamblea General y, como se ha explicado, el señor Acuña solo tiene derecho a un voto, por lo que no podría ejercer un control preponderante sobre Apega.

Tampoco se ha observado que las personas que ejercen la administración o dirección de Apega sean controlados, directa o indirectamente, por Lima Sabrosa o el señor Acuña pues no se ha verificado una relación de gestión que les permita, por lo menos, influir de forma preponderante y continua en las decisiones que adopte el Consejo Directivo en representación de Apega.

49. Por ello, no basta que exista una relación de asociado entre el señor Acuña y Apega para que se pueda afirmar que la empresa a la que representa el señor Acuña «Lima Sabrosa» y Apega forman parte de un mismo grupo económico o que actúan como una unidad de decisión, sino que es necesario que esta relación otorgue a sus propietarios, directos o indirectos, el control sobre dichos agentes económicos.

De esta manera, a criterio de esta Secretaría Técnica, no ha existido una relación de control entre el señor Acuña, Lima Sabrosa y Apega durante 2016, pues no se ha verificado una influencia preponderante y continua en la toma de decisiones de cada uno de estos agentes económicos.

50. En consecuencia, esta Secretaría Técnica considera acreditado que, durante el período investigado, Apega y Lima Sabrosa no formaron parte de un grupo económico. De esta manera, entre Apega y Senecomex no existe una relación de competencia, a través de Lima Sabrosa u otro agente económico, por lo que no era posible que, a través de la conducta denunciada, se generara un efecto exclusorio en perjuicio del denunciante como consecuencia del supuesto trato diferenciado aplicado por Apega durante el periodo investigado.

²³ De acuerdo con el artículo 88 del Código Civil, ningún asociado tiene derecho por sí mismo a más de un voto.

51. En ese sentido, debido a que para que se produzca un abuso de posición de dominio en la modalidad de trato diferenciado injustificado se exige el carácter exclusorio de la referida práctica y considerando que, del análisis efectuado, no se ha verificado que entre Apega y Senecomex exista una relación de competencia (directa ni indirecta) que pudiera generar dicho efecto exclusorio en perjuicio de la denunciante, esta Secretaría Técnica considera que no corresponde admitir a trámite la presente denuncia.

Sin perjuicio de ello, y con la finalidad de complementar el análisis de la conducta denunciada, esta Secretaría Técnica evaluará si Apega habría aplicado condiciones diferentes en perjuicio de Senecomex en el arrendamiento de espacios para participar en Mistura 2016.

4.2.2. Sobre las condiciones aplicadas a Senecomex y otras empresas que participaron como «áreas libres» en la feria Mistura

52. Senecomex ha señalado que para que su empresa participara en Mistura 2016, Apega le cobró un monto excesivo y diferenciado que no fue exigido a ningún otro establecimiento que participó en dicha feria mediante *food trucks*. Según Senecomex, el tratamiento diferenciado en el arrendamiento de espacios para instalar los «camioncitos mistureros» no resultó objetivo sino, por el contrario, únicamente fue para beneficiar a los *food trucks* vinculados directa o indirectamente con Apega.
53. Al respecto, esta Secretaría Técnica ha podido observar que los establecimientos gastronómicos que participaron en Mistura 2016 lo hicieron a través de dos (2) modalidades. La primera modalidad denominada «invitados», que estuvo conformada por aquellos establecimientos previamente evaluados y seleccionados por un comité especial de Apega y, finalmente, invitados a participar en dicha feria. Los establecimientos «invitados» debían pagar una cuota de inscripción para participar en Mistura 2016, depositar una garantía dineraria y, luego de la realización de la feria, una comisión determinada sobre las ventas realizadas en dicha feria.
54. En cambio, la segunda modalidad denominada «áreas libres», estuvo conformada por aquellos establecimientos que no fueron calificados como «invitados» desde el inicio de la selección realizada por Apega pero que solicitaron voluntariamente participar en Mistura 2016. Bajo esta modalidad, los interesados que cumplieren con los requisitos exigidos por Apega, debían pagar, además de una garantía dineraria y una comisión determinada sobre las ventas realizadas en Mistura 2016, también por el alquiler del espacio que les sería asignado en dicha feria. La disponibilidad de las «áreas libres» correspondientes a esta modalidad era determinada luego de haberse definido los espacios para los «invitados».
55. A criterio de esta Secretaría Técnica, la existencia de las categorías de participantes «invitados» y de «áreas libres» resulta razonable desde la perspectiva de Apega. En efecto, en razón de la naturaleza y los objetivos de la feria gastronómica, Apega debe asegurar que exista un mínimo de variedad entre los productos participantes para cada categoría, lo cual consigue a través del

procedimiento de selección y convocatoria de participantes «invitados», siendo que las «áreas libres» estarán disponibles para aquellos interesados que no hayan sido invitados, únicamente cuando se haya asegurado la participación y la distribución de los «invitados».

56. Ahora bien, Senecomex participó en Mistura 2016 bajo la modalidad de «áreas libres». Por ello, a diferencia de los establecimientos calificados como «invitados», debió pagar por el alquiler del espacio que se le asignó en la feria. Al igual que Senecomex, alrededor de otros cuarenta y cuatro (44) establecimientos también participaron en la modalidad de «áreas libres» y pagaron por el alquiler del espacio asignado en dicha feria.
57. Por otro lado, también participaron otros diez (10) *food trucks* bajo la modalidad de establecimientos «invitados» y, en consecuencia, pagaron la cuota de inscripción, la garantía dineraria y la comisión determinada sobre las ventas realizadas en Mistura 2016, mas no por el alquiler del espacio asignado, pues este monto únicamente era exigido a aquellos establecimientos que participaron como «áreas libres».
58. De lo observado, esta Secretaría Técnica considera que no podría compararse las condiciones exigidas a Senecomex y a los otros diez *food trucks* pues participaron en Mistura 2016 bajo distintas modalidades. Por ello, no podría afirmarse que Apega hubiese realizado un trato diferenciado entre los once (11) *food trucks* debido a que, como se ha explicado, diez (10) de ellos participaron en la modalidad de «invitados» y se les exigieron las condiciones aplicables para esta modalidad, mientras que Senecomex participó bajo la modalidad de «áreas libres» y se le aplicaron las condiciones previstas para esta modalidad.

Tampoco podría afirmarse que se realizó un trato diferenciado entre los establecimientos que participaron en la modalidad de «áreas libres» pues a todos los establecimientos (incluido Senecomex) que participaron bajo esta modalidad se les exigió el pago por el alquiler del espacio asignado en Mistura 2016 que osciló entre S/ 11,700 y S/ 65,000, aproximadamente.

59. En ese sentido, esta Secretaría Técnica considera que Apega no habría realizado un trato diferenciado entre los establecimientos que participaron en Mistura durante 2016 a través de la modalidad «áreas libres» debido a que todos los participantes bajo esta modalidad, incluido Senecomex, se les requirió el pago por el alquiler del espacio asignado en la referida feria y otras condiciones propias de esta modalidad.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y en la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia,

RESUELVE: No iniciar un procedimiento administrativo sancionador contra APEGA Sociedad Peruana de Gastronomía Asociación Civil, al no haberse acreditado la existencia de indicios razonables acerca de un supuesto de abuso de posición de dominio consistente en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones

equivalentes en el arrendamiento de espacios para la participación de la «IX Feria Gastronómica Internacional de Lima - Mistura» durante 2016.

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