

4 de marzo de 2009

VISTO:

La denuncia interpuesta el 7 de enero de 2008 por Corporación Centro Cerámico S.A.C. (en adelante, Centro Cerámico) contra Cerámica San Lorenzo S.A.C. (en adelante, San Lorenzo) por presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada a contratar y discriminación; las actuaciones previas realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) con la finalidad de identificar indicios razonables de la existencia de la conducta denunciada; y,

CONSIDERANDO:

1. ANTECEDENTES

1. Centro Cerámico es una persona jurídica de derecho privado, domiciliada en el distrito de Ate, provincia y departamento de Lima, cuyo objeto social consiste en “la distribución exclusiva de cerámica, mayólicas, lavaderos, artículos de ferretería y todo lo que es afín en forma general”¹.
2. San Lorenzo es una persona jurídica de derecho privado, domiciliada en el distrito de Lurín, provincia y departamento de Lima, cuyo objeto social consiste en la fabricación y comercialización de cerámica para revestimiento de pisos y paredes (en adelante, revestimientos cerámicos)².
3. El 7 de enero de 2008, Centro Cerámico interpuso denuncia contra San Lorenzo por presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada a contratar y discriminación, sobre la base de los siguientes argumentos:

¹ Ver Partida Electrónica 11263625 del Registro de Personas Jurídicas que obra a fojas 12.

² Ver Contrato de Suministro y Distribución celebrado entre San Lorenzo y Centro Cerámico que obra a fojas 15.

- i. San Lorenzo y Cerámica Lima S.A. (en adelante, Celima) son las dos únicas empresas que se dedican a la fabricación de productos cerámicos en el mercado nacional.
 - ii. El 4 de mayo de 2006, Centro Cerámico y San Lorenzo celebraron un Contrato de Suministro y Distribución, en virtud del cual la denunciante se obligó a adquirir de manera exclusiva los revestimientos cerámicos fabricados por la denunciada.
 - iii. Durante el 2007, San Lorenzo celebró contratos de suministro y distribución de revestimientos cerámicos con empresas competidoras (Maestro Ace Home Center S.A.C. y Cassinelli S.A.), acordando condiciones comerciales más favorables que las otorgadas a Centro Cerámico (entre otras, mayores descuentos, mayor plazo de otorgamiento de créditos, menor pago de flete, menor pago de alquileres).
 - iv. El 21 de noviembre de 2007, San Lorenzo resolvió unilateralmente el contrato celebrado con Centro Cerámico y, el 27 de diciembre de 2007, la denunciada se negó a atender una orden de compra de la denunciante.
4. Mediante Carta 079-2008/CLC-INDECOPI del 15 de febrero de 2008, esta Secretaría Técnica requirió a Centro Cerámico que cumpla, entre otros, con presentar “indicios razonables que permitan inferir, preliminarmente, que la empresa denunciada tiene posición de dominio en el mercado y que la conducta denunciada tiene un efecto exclusorio y afecta actual o potencialmente la competencia”. Cabe resaltar que, con la finalidad de facilitar la absolución del requerimiento, se adjuntó un cuestionario con preguntas específicas.
5. Adicionalmente, mediante Carta 105-2008/CLC-INDECOPI del 22 de febrero de 2008, con la finalidad de identificar indicios razonables de la existencia de las conductas anticompetitivas denunciadas, esta Secretaría Técnica requirió a San Lorenzo información relacionada con su empresa, su sistema de distribución, la venta y comercialización de sus productos, sus precios de venta, la competencia que enfrenta y otros aspectos.
6. El 3 de marzo de 2008, Centro Cerámico absolvió parcialmente el requerimiento de información realizado mediante Carta 079-2008/CLC-INDECOPI, señalando lo siguiente:
 - i. Sobre la determinación de la relación proveedor-cliente, señaló que mantiene dos vínculos contractuales con San Lorenzo: (i) un contrato de suministro exclusivo y distribución de revestimientos cerámicos y (ii) un contrato de otorgamiento de crédito, fianza y constitución de hipoteca.
 - ii. Sobre la competencia, indicó que San Lorenzo y Celima son las dos únicas empresas en el mercado nacional que se dedican a la fabricación de revestimientos cerámicos y que sus productos no son sustitutos entre sí.
 - iii. Finalmente, afirmó que San Lorenzo implementó una política de discriminación de precios en perjuicio de Centro Cerámico desde el 2007, negándose a atender una orden de compra realizada el 27 de diciembre de 2007.

7. El 10 de abril de 2008, San Lorenzo cumplió con absolver el requerimiento de información realizado mediante Carta 105-2008/CLC-INDECOPI.
8. Mediante Carta 133-2008/CLC-INDECOPI del 7 de mayo de 2008, esta Secretaría Técnica requirió nuevamente a Centro Cerámico que cumpla con presentar indicios razonables de la existencia de las conductas anticompetitivas denunciadas. En particular, se solicitó información sobre la supuesta posición de dominio de San Lorenzo, la competencia que enfrentan en sus respectivos mercados, la presunta discriminación en perjuicio de Centro Cerámico, los productos que distribuye y el contrato de distribución y suministro.
9. Vencido el plazo otorgado a Centro Cerámico, mediante Carta 140-2008/CLC-INDECOPI del 27 de mayo de 2008, esta Secretaría Técnica reiteró el requerimiento de información efectuado mediante Carta 133-2008/CLC-INDECOPI.
10. El 2 de junio de 2008, Centro Cerámico solicitó una prórroga que le fue otorgada mediante Carta 145-2008/CLC-INDECOPI del 9 de junio de 2008. Sin embargo, hasta la fecha, la denunciante no ha cumplido con absolver el requerimiento de información realizado por esta Secretaría Técnica.
11. Finalmente, el 29 de setiembre de 2008, San Lorenzo presentó un escrito informando acerca del proceso penal sobre delito contra el patrimonio en la modalidad de estafa iniciado en su contra por Centro Cerámico y archivado por la Quinta Fiscalía Provincial de Lima. Asimismo, informó acerca de los procesos sobre ejecución de garantías y sobre obligación de dar suma de dinero que había iniciado contra Centro Cerámico.

2. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

12. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si corresponde admitir a trámite la denuncia interpuesta por Centro Cerámico contra San Lorenzo por presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada a contratar y discriminación.

3. ANÁLISIS

3.1. Norma aplicable

13. La norma aplicable es el Decreto Legislativo 701, Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia³, toda vez que las infracciones denunciadas se habrían producido durante su vigencia.
14. Sin perjuicio de ello, en virtud de lo dispuesto por la única disposición complementaria transitoria del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁴, son aplicables al presente procedimiento las disposiciones de naturaleza procesal de esta última norma.

³ Norma que prohibía y sancionaba las conductas anticompetitivas y que estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008.

⁴ Norma que prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas y que está vigente desde el 25 de julio de 2008.

3.2. Requisitos para admitir a trámite una denuncia de parte

15. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 del Decreto Legislativo 1034, el procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Secretaría Técnica o por denuncia de parte.
16. Sobre el particular, el artículo 15 del entonces vigente Decreto Legislativo 701, exigía la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada para admitir a trámite una denuncia de parte.
17. Asimismo, el artículo 21 del Decreto Legislativo 1034 establece que la Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales exigidos en el Texto Único de Procedimientos Administrativos – TUPA del INDECOPI, la competencia de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) y la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada.
18. La exigencia de indicios razonables de la conducta anticompetitiva para admitir a trámite una denuncia de parte responde a la obligación de la Administración Pública de no afectar el derecho a un debido procedimiento y, en particular, el derecho de defensa de los administrados.
19. Si bien el análisis acerca de la existencia de indicios razonables no puede ser tan exigente como el que se realiza al final del procedimiento para determinar la configuración de la infracción denunciada, para admitir a trámite una denuncia de parte es necesario establecer una tesis creíble acerca de la configuración de la conducta anticompetitiva.

3.3. Existencia de indicios razonables de las infracciones denunciadas

20. En el caso concreto de la denuncia interpuesta por Centro Cerámico, determinar la existencia de indicios razonables de las conductas anticompetitivas denunciadas supone analizar si existen indicios razonables de los elementos necesarios para que se configure un abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada a contratar y discriminación.
21. Según la definición de abuso de posición de dominio contenida en el artículo 5 del Decreto Legislativo 701, se considera que existe abuso cuando una o más empresas que ostentan posición de dominio, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros.
22. En lo que se refiere a las modalidades de negativa injustificada a contratar y discriminación, los literales a) y b) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 establecen que son casos de abuso de posición de dominio: a) la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios; y b) la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros.

23. De acuerdo a lo anterior, los elementos necesarios para que se configure un abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada a contratar y discriminación son los siguientes: (i) la existencia de las conductas y (ii) los efectos anticompetitivos de las conductas. Si durante la etapa de admisión a trámite no se determina la existencia de indicios razonables de alguno de estos elementos, la Secretaría Técnica declarará inadmisibles las denuncias.
24. En ese sentido, determinar si corresponde admitir a trámite la denuncia interpuesta por Centro Cerámico contra San Lorenzo supone analizar la existencia de indicios razonables de los siguientes elementos:
 - i. La existencia de las conductas, es decir, la negativa injustificada a contratar y la discriminación por parte de San Lorenzo en perjuicio de Centro Cerámico.
 - ii. Los efectos anticompetitivos de las conductas, lo que a su vez implica determinar la posición de dominio de San Lorenzo en el mercado relevante, el efecto excluyente en el mercado afectado, los beneficios de San Lorenzo y los perjuicios de Centro Cerámico⁵.
25. Cabe resaltar que ambos elementos son igualmente necesarios para que se configuren las infracciones denunciadas. En consecuencia, si no existen indicios razonables de cualquiera de ellos, la Secretaría Técnica declarará inadmisibles las denuncias.

3.4. Efectos anticompetitivos de las conductas

26. Para determinar la existencia de indicios razonables de los efectos anticompetitivos de la negativa injustificada a contratar y la discriminación, es necesario determinar si existen indicios razonables de los siguientes aspectos: la posición de dominio de San Lorenzo en el mercado relevante, el efecto excluyente en el mercado afectado, los beneficios de San Lorenzo y los perjuicios de Centro Cerámico.
27. Cabe precisar que todos y cada uno de estos aspectos son necesarios para que se determine la existencia de indicios razonables de los efectos anticompetitivos de las conductas. En efecto, la ausencia de cualquiera de ellos implicará que no existen indicios razonables de las infracciones denunciadas y que, en consecuencia, corresponde declarar inadmisibles las denuncias de Centro Cerámico.
28. Así, para determinar la existencia de indicios razonables de la posición de dominio de San Lorenzo es necesario definir, de manera preliminar, el mercado relevante, concepto que incluye la definición del mercado de producto y del mercado geográfico.

⁵ Sobre el particular, ver la Resolución 052-2007/CLC del 14 de setiembre de 2007, emitida en el Expediente 003-2005/CLC y confirmada mediante Resolución 0027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008, mediante la cual la Comisión estableció el siguiente criterio: "conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, para sancionar un supuesto de abuso de posición de dominio, deben presentarse los siguientes requisitos: la tenencia de posición de dominio; la actuación indebida que produce un efecto de exclusión y afecta actual o potencialmente la competencia; el fin de obtener beneficios; el fin de causar perjuicios; y, la imposibilidad de lograr el resultado obtenido de no existir posición de dominio".

29. El mercado de producto es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, deben evaluarse, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.
30. Considerando los términos de la denuncia y las actuaciones previas realizadas por esta Secretaría Técnica, el mercado de producto podría definirse, de manera preliminar, como el de comercialización mayorista de revestimientos cerámicos. En efecto, esos son los bienes que demanda Centro Cerámico, las conductas anticompetitivas de San Lorenzo se habrían producido respecto de dichos bienes y, en esta etapa del procedimiento, no se ha determinado la existencia de sustitutos adecuados.
31. Si bien podría analizarse la posibilidad de que, por ejemplo, el piso laminado o el mármol califiquen como sustitutos de los revestimientos cerámicos, en esta etapa del procedimiento y desde una perspectiva favorable al desarrollo de la investigación, esta Secretaría Técnica considera razonable asumir preliminarmente que los revestimientos cerámicos no tienen sustitutos adecuados.
32. El mercado geográfico es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del bien o servicio relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, deben evaluarse, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.
33. Considerando los términos de la denuncia y las actuaciones previas realizadas por esta Secretaría Técnica, el mercado geográfico podría definirse, de manera preliminar, como el de Lima. En efecto, esa es la zona en la que se produce la demanda de Centro Cerámico, las conductas anticompetitivas de San Lorenzo se habrían producido en dicha zona y, en esta etapa del procedimiento, no se ha determinado la existencia de fuentes alternativas de aprovisionamiento en otras zonas geográficas.
34. Si bien podría analizarse la posibilidad de que otras zonas geográficas del mercado nacional o internacional⁶ califiquen como fuentes alternativas de aprovisionamiento, en esta etapa del procedimiento y desde una perspectiva favorable al desarrollo de la investigación, esta Secretaría Técnica considera razonable asumir preliminarmente que los revestimientos cerámicos no tienen fuentes alternativas de aprovisionamiento adecuadas.
35. De acuerdo a lo anterior, esta Secretaría Técnica considera que el mercado relevante podría definirse, de manera preliminar, como el de comercialización mayorista de revestimientos cerámicos (mercado de producto) en Lima (mercado geográfico).

⁶ Por ejemplo, teniendo en cuenta que la propia Centro Cerámico realizó importaciones desde España durante el 2007, podría analizarse si España, China, Brasil, Bolivia, Ecuador, Italia, Emiratos Árabes, Colombia, Egipto, Estados Unidos, Francia, Argentina, Indonesia y Australia (países desde los que se realizaron importaciones durante el 2007) califican como fuentes alternativas de aprovisionamiento.

36. En tal sentido, corresponde determinar si existen indicios razonables de que San Lorenzo goza de posición de dominio en el mercado relevante preliminarmente definido.
37. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en el mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:
- i. Una participación significativa en el mercado relevante.
 - ii. Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
 - iii. El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
 - iv. El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
 - v. La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
 - vi. La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.
38. En lo que se refiere a la participación de San Lorenzo en el mercado de comercialización mayorista de revestimientos cerámicos en Lima, Centro Cerámico señaló en su denuncia que San Lorenzo y Celima son las dos únicas empresas que participan en el mercado nacional.
39. Asumiendo que San Lorenzo y Celima fueran los dos únicos agentes económicos que participan en el mercado relevante preliminarmente definido, San Lorenzo tendría una cuota de mercado bastante menor que la de Celima en lo que se refiere a la producción de revestimientos cerámicos, tal como se aprecia a continuación:

Cuadro 1⁷
Producción 2007: San Lorenzo y Celima

EMPRESA	Metros cuadrados (m2)	%
CERAMICA SAN LORENZO SAC	CONFIDENCIAL	CONFIDENCIAL
CERAMICA LIMA S A	11,000,000.00	CONFIDENCIAL
Total	CONFIDENCIAL	100

Elaboración: ST-CLC-INDECOPI

Fuente: San Lorenzo – Presentación de Celima para el APEC

40. Sin embargo, si bien no se ha determinado la participación exacta de San Lorenzo⁸, se ha verificado que, además de la denunciada y Celima, participan en el mercado relevante preliminarmente definido otras empresas productoras o importadoras de revestimientos cerámicos.

⁷ Mediante Resolución 060-2008-INDECOPI/CLC del 17 de noviembre de 2008, se declaró la reserva de la información presentada por San Lorenzo en relación con sus volúmenes de producción.

⁸ Para ello, tendría que haberse determinado la cuota de mercado de todos y cada uno de los agentes económicos que participan en el mercado relevante preliminarmente definido.

41. Así, se ha determinado que noventa y siete empresas importaron revestimientos cerámicos durante el 2007 (año en el que se habrían producido las conductas anticompetitivas denunciadas). En efecto, las empresas con mayores volúmenes de importación durante el referido periodo fueron las siguientes:

Cuadro 2
Importación 2007⁹: Principales Empresas

EMPRESA	Metros Cuadrados (m2)
CASSINELLI S A	35,935,543.33
SANICENTER S.A.C.	27,645,600.00
PECASA PEDRO CAMAIORA SA	13,756,246.67
DECOR CENTER S A	12,565,120.00
QUAN SHENG PERU S.A.C.	8,510,603.33
JALUFE SOCIEDAD ANONIMA CERRADA	6,304,280.00
CERAMES IMPORT S.A.C.	5,361,200.00
FERRETERIA SAUL PAREDES E.I.R.L.	5,249,106.67
IBEROCERAMICAS DEL PERU S.A.	4,827,796.67
ROLAND MATERIALES SANITARIOS S A ROM	4,818,680.00
ACE PERU S.A.C.	4,592,273.33

Elaboración: ST-CLC-INDECOPI
Fuente: Aduanas – Perú

42. Asimismo, se ha podido constatar que las importaciones de revestimientos cerámicos realizadas por San Lorenzo durante el 2007 equivalen al 2.16% de las importaciones realizadas durante el mismo periodo por Cassinelli S.A. (la empresa con mayores volúmenes de importación).

Cuadro 3
Importación 2007: San Lorenzo y Cassinelli S.A.

EMPRESA	Metros cuadrados (m2)
CASSINELLI S A	35,935,543.33
CERAMICA SAN LORENZO SAC	776,823.33

Elaboración: ST-CLC-INDECOPI
Fuente: Aduanas – Perú

43. De otro lado, como se desprende de los Cuadros 1, 2, y 3, la cantidad de revestimientos cerámicos producida e importada por San Lorenzo durante el 2007 es sustancialmente menor que la cantidad importada por Cassinelli S.A. durante el mismo periodo.
44. Por último, como se puede apreciar en el siguiente cuadro, las importaciones de revestimientos cerámicos realizadas por San Lorenzo durante el 2007 sólo exceden en 30.78% a las importaciones realizadas por la propia Centro Cerámico durante el mismo periodo.

⁹ Volúmenes de importación de productos de la Partida Arancelaria 6908900000.

Cuadro 4
Importación 2007: San Lorenzo y Centro Cerámico

EMPRESA	Metros cuadrados (m ²)
CERAMICA SAN LORENZO SAC	776,823.33
CENTRO CERAMICO S.A.C	593,966.67

Elaboración: ST-CLC-INDECOPI

Fuente: Aduanas – Perú

45. De acuerdo a lo anterior, esta Secretaría Técnica considera que San Lorenzo no tiene una participación significativa en el mercado relevante preliminarmente definido, por lo que no existen indicios razonables de que la denunciada goce de posición de dominio. En otras palabras, aun asumiendo que el mercado relevante estuviera restringido al de comercialización de revestimientos cerámicos en Lima, no existen indicios razonables de la posición de dominio de San Lorenzo.
46. Cabe resaltar que, aun cuando se determinara que el mercado relevante no está restringido al de comercialización mayorista de revestimientos cerámicos en Lima sino que incluye otros productos (como, por ejemplo, los pisos laminados) y otras fuentes de aprovisionamiento (como, por ejemplo, España), se llegaría a la misma conclusión.
47. Así, tratándose de requisitos concurrentes, habiéndose determinado que no existen indicios razonables de la posición de dominio de la denunciada, resulta irrelevante analizar si existen indicios razonables del efecto exclusorio en el mercado afectado, de los beneficios de San Lorenzo y de los perjuicios de Centro Cerámico.
48. Por tanto, la ausencia de indicios razonables de la posición de dominio de San Lorenzo implica que no existen indicios razonables del presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada a contratar y discriminación y que, en consecuencia, corresponde declarar inadmisibles la denuncia de Centro Cerámico.

Estando a lo previsto en el Decreto Legislativo 701, el Decreto Legislativo 1034 y la Constitución Política del Perú, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

Declarar inadmisibles la denuncia interpuesta por Corporación Centro Cerámico S.A.C. contra Cerámica San Lorenzo S.A.C. por presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de negativa injustificada a contratar y discriminación.

Miguel Ángel Luque Oyarce
Secretario Técnico
Comisión de Defensa de la Libre Competencia