

Expediente 003-2021/CLC

Resolución 037-2022/DLC-INDECOPI

12 de mayo de 2022

VISTO:

La denuncia interpuesta por Distribuidora y Comercializadora Marce & Pemjo S.A.C. (en adelante, Marce) contra Productos Tissue del Perú S.A.C. (en adelante, Protisa) por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a satisfacer demandas de compra o adquisición.

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Marce es una empresa dedicada a la venta por mayor de productos para el cuidado y la higiene personal, como papel higiénico y productos derivados, entre otros.¹
2. Protisa es una empresa que fabrica y comercializa productos de papel tissue: papel higiénico, papel toalla, servilletas y pañuelos, entre otros.²
3. Mediante escrito del 20 de septiembre de 2021, Marce interpuso una denuncia contra Protisa por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a satisfacer demandas de compra o adquisición. Específicamente, Marce señaló que, desde el mes de noviembre de 2020, Protisa se habría negado a atender sus solicitudes de compra injustificadamente pese a que la denunciante ha sido distribuidora de Protisa por más de 10 años.
4. En ese sentido, Marce solicitó que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) ordene a Protisa como medida correctiva que se le imponga la obligación de contratar o satisfacer sus demandas de compra o pedidos bajo las siguientes condiciones: crédito a ocho (8) días y tiempo de respuesta o entrega del pedido al día siguiente, a precios unitarios de distribuidor, conforme a las facturas electrónicas que adjuntaron donde se observan tales condiciones³.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

5. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de que Protisa incurrió en un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a satisfacer demandas de compra o

¹ Conforme al escrito de denuncia.

² Información extraída de la Resolución N° 010-2017/CLC-INDECOPI, en donde se analizó el modelo de negocio de Protisa.

³ Las facturas referidas se encuentran en el Anexo 1-C del escrito de denuncia.



adquisición y si, en consecuencia, corresponde admitir a trámite la denuncia interpuesta por Marce.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Requisitos para el inicio de un procedimiento sobre infracción al Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

6. Para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre infracción al Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, TUO de la LRCA)⁴, es necesario contar con indicios razonables que sustenten una teoría creíble acerca de la configuración de una determinada conducta anticompetitiva.
7. La exigencia de indicios razonables se explica en la medida en que la autoridad solo puede proceder a dar trámite a un procedimiento que se encuentre razonablemente sustentado, de forma que puedan 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 generar⁵.
8. Esta exigencia tiene como principal fundamento garantizar el derecho al debido procedimiento del investigado. En efecto, este derecho implica 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. De lo contrario, se estaría afectando el principio de presunción de licitud que favorece a todo administrado.⁶
9. Este razonamiento coincide con la Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005, emitida en el Expediente 8125-2005-PHC/TC, que indicó 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

⁴ Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo 1034 y modificada mediante Decretos Legislativos 1205 y 1396.

⁵ **Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS**
Artículo 255.- Procedimiento Sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ciñen a las siguientes disposiciones:

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

⁶ **Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS**
Artículo 248.- 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.



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.”⁷

10. En ese sentido, no basta afirmar de manera general que una persona habría abusado de su posición de dominio o realizado una práctica colusoria, sino que es necesario explicar de manera clara y precisa cuál es la conducta específica que podría constituir el abuso de posición de dominio o la práctica colusoria y aportar los medios probatorios que demuestren una teoría creíble acerca de la existencia de la presunta infracción.

3.2. La libertad de contratación

11. La libertad de contratación se encuentra expresamente reconocida por el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁸. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, este derecho garantiza, por un lado, la 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 contractual.⁹
12. 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 Constitución¹⁰. Este principio ha sido desarrollado legislativamente mediante la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En ese sentido, la libertad de contratación no es irrestricta, sino que debe ejercerse en armonía con la libre competencia.
13. Una de las limitaciones a la libertad de contratación establecidas en el TUO de la LRCA se encuentra, precisamente, en la realización de conductas de abuso de posición de dominio. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico reconoce como regla general que los agentes económicos tienen libertad de contratación. Sin embargo, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas 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.

3.3. Abuso de posición de dominio

14. El artículo 10.1 del TUO de la LRCA establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico que goza de posición de

⁷ Ver fundamento jurídico 16 de la Sentencia.

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

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 monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.



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, los artículos 10.2 y 10.5 reiteran la necesidad de que se produzca un efecto exclusorio para que se configure un abuso de posición de dominio, no siendo suficiente el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.¹¹

15. La necesidad de probar el efecto exclusorio de las prácticas de abuso de posición de dominio exige distinguir aquellas conductas que buscan mantener la participación de mercado mediante la exclusión o impedimento de ingreso al mercado de competidores reales o potenciales («conductas exclusorias»), de aquellas que simplemente son el producto del ejercicio del poder de mercado («conductas explotativas»). Las primeras se encuentran bajo el ámbito de aplicación de la ley, mientras que en el segundo tipo de prácticas se encuentran aquellas relacionadas con mecanismos de maximización de beneficios de los agentes económicos¹², por ejemplo, a través de los denominados precios «excesivos», pero que no inciden directamente sobre el proceso competitivo¹³.
16. Considerando 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 cometido una conducta dirigida a restringir indebidamente la competencia.
 - c. Que la conducta del supuesto infractor haya producido un efecto anticompetitivo neto, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.
17. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio en el mercado relevante, es decir, debe tener la capacidad de afectar o distorsionar unilateralmente y en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda en dicho 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

¹¹ TUO de la LRCA

Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio

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

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

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

¹² FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Organización Industrial. Universidad del Pacífico, 2006, BUP-CENDI. Lima, pág. 69.

¹³ A nivel jurisprudencial, la Sala ha establecido que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no contempla las prácticas explotativas (por ejemplo, los precios excesivos o abusivos) como parte de las conductas de abuso de posición de dominio, limitándose a sancionar aquellas que generen efectos excluyentes. Ello, toda vez que el artículo 10.5 de la norma en mención establece que «no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales», siendo que las prácticas explotativas no afectan el proceso competitivo. Ver Resolución 708-2011/SC1-INDECOPI del 16 de marzo de 2011.



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.

18. En lo que se refiere al segundo requisito, corresponde a la autoridad verificar la existencia de la conducta supuestamente abusiva. Estas restricciones indebidas a la competencia son aquellas conductas que, conforme a lo señalado en el literal h) del artículo 10.2 del TUO de la LRCA, «impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica».

Al respecto, el artículo 10.2 del TUO de la LRCA recoge ejemplos típicos de conductas abusivas, como la negativa de trato (literal a), la discriminación (literal b), las cláusulas de atadura (literal c) y el abuso de procesos legales (literal f).

Cabe indicar que la evaluación del efecto restrictivo, las posibles justificaciones comerciales o de eficiencia que pueda sustentar la denunciada y el balance a cargo de la autoridad corresponden a la última etapa del análisis. Por ello, en esta etapa corresponde a la autoridad únicamente acreditar la existencia de la conducta cuestionada.

19. El tercer y último requisito exige que la conducta del presunto infractor le permita obtener beneficios y causar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efecto excluyente), por razones distintas a la mayor eficiencia económica. Es decir, debe producirse un efecto anticompetitivo neto.

El TUO de la LRCA exige la obtención de beneficios como explicación de la comisión de la conducta infractora, evitando perseguir aquellas conductas que no están en capacidad de reportarle beneficios al presunto infractor (conductas arbitrarias o irracionales). En esencia, estos beneficios derivan de que la presunta conducta abusiva 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 indirectos¹⁴ (es decir, que produjo un «efecto excluyente»).

En otras palabras, para determinar la existencia de un efecto restrictivo, debe acreditarse 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).

Asimismo, para la calificación de este requisito, debe verificarse una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre el agente dominante y los agentes económicos afectados, esto es que el agente dominante y aquellos

¹⁴ Al respecto, véase la Resolución 048-2013/CLC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2013, considerando 65.



agentes afectados sean, en efecto, competidores; además de la capacidad de la conducta investigada para afectar el funcionamiento eficiente del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

Al respecto, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) ha señalado lo siguiente:

(...) debe tenerse presente que para que se configure dicha infracción [un abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación] no solo se requiere que el sujeto infractor ostente posición dominante. Conforme se advierte de las disposiciones del Decreto Legislativo 1034 antes señaladas, para la configuración de una conducta anticompetitiva también es necesario que la conducta cuestionada genere o sea susceptible de generar un efecto exclusorio, es decir, que excluya a competidores del mercado o que impida el ingreso a este último de potenciales rivales del presunto agente dominante.

*La exigencia del efecto exclusorio en las prácticas de abuso de posición de dominio se encuentra intrínsecamente ligada con la existencia **una relación de competencia** actual o potencial entre el dominante y el agente económico presuntamente afectado con la conducta anticompetitiva. En la medida que la finalidad de las prácticas de exclusión es que el dominante mantenga su posición en el mercado o que pueda trasladar dicha posición a otro mercado a través de la exclusión de competidores actuales o potenciales, el presupuesto de ello es que se presente –aunque sea de manera potencial– una relación de competencia.*

[Énfasis agregado]

Por lo que, si no existe relación de competencia, ni siquiera de manera potencial, entre el dominante y los presuntos afectados, entonces no es posible que se configure la infracción, puesto que la conducta presuntamente anticompetitiva no podría lograr un efecto de exclusión sobre competidores del dominante¹⁵.

Ahora bien, incluso cuando la conducta cuestionada pueda generar un perjuicio a los competidores del agente dominante, esta será ilegal únicamente en ausencia de eficiencias procompetitivas o cuando tales eficiencias no estén en capacidad de superar o contrarrestar los efectos restrictivos observados. Corresponde a la denunciada acreditar las eficiencias procompetitivas derivadas de su conducta.

¹⁵

A manera de ejemplo, se encuentra el caso que dio lugar al pronunciamiento de la Sala mediante Resolución 930-2011/SC1-INDECOPI por un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato por parte de Deprodeca S.A.C. (en adelante, Deprodeca) contra Super Star S.R.L. En el mencionado procedimiento, la Sala estableció que para que se produzca un abuso de posición de dominio, es necesario que la conducta denunciada genere un efecto exclusorio. En este sentido, se verificó que pese a que Deprodeca ostentó la exclusividad en la distribución de productos de Gloria en Moquegua, al no presentarse una relación de competencia con el denunciante -una empresa mayorista- no era posible que se genere un efecto exclusorio en perjuicio del denunciante como consecuencia de la conducta denunciada.

Por otro lado, en la Resolución 611-2013/SDC-INDECOPI, la Sala confirmó la Resolución 010-2012/ST-CLC-INDECOPI de la Secretaría Técnica y declaró que no se encontraron indicios razonables para sostener que Petroperú S.A. haya podido obtener beneficios o generado perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos. En el mencionado caso, se determinó que la empresa denunciante, Llama Gas S.A., no tuvo una relación de competencia directa o indirecta con el presunto dominante, pues dicha empresa se encargaba principalmente del envasado de GLP y la venta minorista del mismo, mientras que Petroperú S.A., por su parte, se dedicaba al suministro y la venta mayorista de GLP. En esa medida, las prácticas realizadas por Petroperú S.A. no excluían a algún rival actual o potencial, directo o indirecto del mercado.



En la calificación de este requisito, si el presunto infractor demuestra que la conducta investigada se basa en una justificación comercial o de eficiencia válida y que, por lo tanto, responde a una mayor eficiencia económica, 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, estas deberán ser contrastadas con los efectos restrictivos de la conducta observados.

Este balance de efectos es coherente con el artículo 10.4 del TUO de la LRCA,¹⁶ que establece que los casos de abuso de posición de dominio deben ser analizados a la luz de la «prohibición relativa». La prohibición relativa exige, conforme al artículo 9 de la referida norma,¹⁷ que para configurarse la infracción, la autoridad debe probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

Como se ha señalado, si los efectos restrictivos sobre la competencia derivados de la conducta analizada son superiores a los posibles beneficios que podría generar, esta constituirá un abuso de posición de dominio.

20. 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.

3.4. Análisis de la existencia de indicios razonables de la conducta denunciada

21. A continuación, se evaluará si existen indicios razonables de que Protisa incurrió en un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a satisfacer demandas de compra o adquisición. Específicamente, se analizará si existen indicios razonables de los siguientes requisitos:
- Que Protisa goce de posición de dominio.
 - Que Protisa se haya negado injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición.
 - Que la conducta de Protisa haya producido un efecto anticompetitivo neto, obteniendo beneficios y causando perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.
22. 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 denunciada no pueda constituir un abuso de posición de dominio.

¹⁶ TUO de la LRCA

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

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

¹⁷ TUO de la LRCA

Artículo 9.- Prohibición relativa.- En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que esta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.



3.4.1. Presunta posición de dominio de Protisa

23. Conforme a lo señalado, para determinar si existen indicios razonables de posición de dominio, es necesario definir previamente, a nivel indiciario, el mercado relevante en el que Protisa gozaría de dicha posición.
24. Al respecto, según el artículo 6 del TUO de la LRCA, el mercado relevante está integrado por el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante. Asimismo, el primero de estos se encuentra constituido por el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos, en tanto que el segundo está constituido por el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante¹⁸.
25. En el presente caso, para la identificación del mercado de producto relevante y del mercado geográfico relevante, es necesario considerar, en primer lugar, las actividades realizadas por las empresas involucradas.
26. Protisa, la denunciada, es una empresa que fabrica y comercializa productos de papel tissue, los cuales se caracterizan por ser papeles delgados, de bajo peso, suaves y absorbentes, utilizados principalmente para limpiar y secar, y que comprenden el papel higiénico, papel toalla, servilletas, pañuelos y faciales. Por su parte, Marce, la denunciante, es una empresa distribuidora de Protisa respecto de los productos de papel higiénico marca Elite, papel toalla marca Elite y Nova, y servilletas marca Elite¹⁹, centrando su distribución en el “casco urbano” de Lima.
27. Tomando en cuenta lo anterior, es posible considerar, de manera indiciaria, que el mercado relevante estaría constituido por la comercialización de productos de papel Tissue en la ciudad de Lima, mercado en el que participarían, por el lado de la oferta, Protisa y otras empresas, y por el lado de la demanda, Marce y otras empresas.
28. Ahora bien, resulta importante tener en cuenta que el mercado de productos tissue ha sido previamente analizado en la Resolución N° 010-2017/CLC-INDECOPI, como parte de un procedimiento sancionador realizado contra esta empresa y Kimberly Clark Perú S.R.L. (en adelante, Kimberly Clark), por la realización de prácticas colusorias en la modalidad de acuerdo para la fijación concertada de

¹⁸**TUO de la LRCA****Artículo 6.- El mercado relevante.-**

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, 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.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.

¹⁹

En la carta notarial de fecha 05 de noviembre de 2020, que obra como Anexo 1-E de la denuncia presentada por Marce, se aprecia que dicha empresa también comercializaba las marcas 'Higienol' y 'Noble'.



precios y condiciones comerciales en la comercialización de papel higiénico y otros productos de papel tissue.

29. En efecto, dentro de dicha investigación, se identificó que los principales agentes que participan en este mercado son Protisa y Kimberly Clark, quienes concentraban cerca del 90% del mercado nacional al año 2014, alcanzando la primera de estas el 55%, y la segunda el 33%. Además, dentro de los productos de papel tissue, el papel higiénico fue el más relevante, teniendo una participación del 81.9% de las ventas totales en el caso de Protisa, y de 93.7% en el caso de Kimberly Clark, para dicho año²⁰.
30. La información que consta en la citada resolución también permite apreciar que ambas empresas mantuvieron una importante participación en Lima para el año 2014, específicamente para el canal tradicional, conformado por las ventas a distribuidores y mayoristas, el cual coincide con el mercado relevante señalado. En efecto, en el caso de Protisa, el 40.4% de sus ventas de papel higiénico fueron destinadas al canal tradicional en Lima, cifra que alcanzó el 42.0% en el caso del resto de productos tissue. Por su parte, en el caso de Kimberly Clark, el 36.8% de sus ventas de papel higiénico fueron destinadas al canal tradicional en Lima, cifra que representó el 32.9% en el caso del resto de productos tissue.
31. Cabe señalar que, si bien dichos datos corresponden al año 2014, la estructura del mercado caracterizada por contar con dos empresas ofertantes con significativa participación habría sido similar para el 2020, año en que Protisa tuvo una participación de 56.7% en las ventas de papel higiénico a nivel nacional, y Kimberly Clark una participación de 30.6%²¹.
32. Complementariamente, la denunciante ha aportado información que indicaría que la marca de papel higiénico Elite, perteneciente a Protisa, sería la segunda marca preferida por los consumidores en Lima, solo después de Suave, correspondiente a Kimberly Clark. Al respecto, si bien la fuente señalada no precisa el año de estudio²², esta información reafirma el hecho de que dentro de este mercado existen dos empresas ofertantes preponderantes.
33. De esta forma, si bien se cuenta con información que indicaría que Protisa sería la empresa con mayor participación de mercado, esta enfrenta competencia de otro agente económico con una cuota de mercado significativa (Kimberly Clark) y que poseería además la marca de mayor preferencia por los consumidores (Suave), por lo que no se cuenta con indicios razonables de que en este mercado se identifique una empresa dominante y que, por ende, tenga la capacidad de afectar unilateralmente las condiciones de competencia en el mercado.
34. Como se ha señalado, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son concurrentes. En ese sentido, al no existir indicios razonables de posición de dominio, no pueden existir indicios razonables de un abuso de

²⁰ Véase el apartado 'Descripción de mercado' de la citada resolución.

²¹ Según información de Euromonitor para el año 2020.

²² La denunciante citó un estudio de la empresa CPI en donde no se visualiza el año de elaboración.



posición de dominio por parte de Protisa, por lo que correspondería declarar improcedente la denuncia de Marce.

35. Sin perjuicio de ello, a mayor abundamiento, a continuación, se evaluará si existen indicios razonables de los dos requisitos restantes.

3.4.2. Presunta realización de una conducta dirigida a restringir la competencia

36. De acuerdo con las afirmaciones de la denunciante, Protisa habría restringido o impedido la atención de pedidos o solicitudes de venta de productos desde el 4 de noviembre de 2020, hecho que constituiría una negativa injustificada a satisfacer demandas de compra o adquisición, y que se encuentra tipificado en el artículo 10.2 del TUO de la LRCA.²³
37. Conforme a la información que se desprende de los correos electrónicos cursados entre las partes involucradas, esto se habría materializado en un bloqueo de cuenta²⁴ por parte de Protisa a Marce. Al respecto, la justificación esgrimida por Protisa consistió en que la empresa Productos Papeleros Limpieza S.A.C. (en adelante, Propalim), la cual sería parte del grupo económico de Marce, había incumplido el Plan de Pagos del mes previo, motivo por el cual se procedió al bloqueo de las cuentas de ambas empresas, condicionando el levantamiento de dicho bloqueo al abono de la cuota pendiente de pago.²⁵
38. Posteriormente, durante los meses de noviembre y diciembre de 2020, Marce remitió una carta notarial y posteriores correos negando una posible vinculación con la empresa Propalim; sin embargo, Protisa reiteró la necesidad de que Marce reconozca la deuda de ambas empresas y que, conforme se advierte de las comunicaciones, acepten que por ser los dueños de ambas representadas, el incumplimiento de pago de una de estas obliga al bloqueo general de ambas²⁶. La respuesta de Protisa fue acompañada de propuestas de pagarés y convenios de llenado de los mismos para efectos de que Marce sea garante de las deudas que contrajo Propalim a favor de Protisa²⁷.
39. A partir de lo anterior, se aprecia que la conducta de la denunciada habría consistido en una negativa a satisfacer la demanda de compra de Marce, la cual podría haber dificultado su permanencia en el mercado. Sin perjuicio de que

23

TUO de la LRCA

Artículo 10.- Del 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:

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

24

Si bien el denunciante no ha precisado en qué consiste dicho bloqueo, es posible inferir que ello refiere a una restricción del canal o mecanismo mediante el cual el denunciante realizaba sus solicitudes de compra.

25

Conforme consta en los correos del 4 de noviembre de 2020 adjuntos a la denuncia presentada.

26

Esta Dirección ha verificado en el Registro de Personas Jurídicas de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - Sunarp que la Gerencia General tanto de Propalim como de Marce ha recaído en el señor Pedro Jesús Galarza Rejavinski, siendo además Gerente Administrativo de Propalim el señor Alexander Antonio Galarza Rejavinski. Ambas empresas son de propiedad de la familia Galarza.

27

La carta notarial, correos electrónicos y propuestas de pagarés constan en la denuncia presentada.

podría ser materia de evaluación adicional las justificaciones esgrimidas por Protisa para su accionar.

3.4.3. Efecto anticompetitivo (efecto exclusorio)

40. Como se ha señalado, para que se configure un abuso de posición de dominio, la conducta del presunto infractor debe haber producido un efecto exclusorio. 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).
41. De acuerdo con lo anterior, así como lo desarrollado por la Sala sobre la materia²⁸, 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.
42. Así, por ejemplo, si el productor dominante A se niega a proveer un bien a aquellos distribuidores que contraten con el productor entrante B, podría producir el efecto de mantener su poder de mercado (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, el efecto de impedir la entrada de B (perjuicio anticompetitivo). Como se puede apreciar, en este primer ejemplo, existe una relación de competencia potencial y directa entre el presunto infractor (A) y el presunto afectado (B).²⁹
43. Por otro lado, si el productor dominante A provee un bien a su distribuidor vinculado A1 y se niega a proveerlo al distribuidor independiente B, podría producir el efecto de otorgar poder de mercado a A1 (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, el efecto de provocar la salida de B (perjuicio anticompetitivo)³⁵. Como se puede apreciar, en este ejemplo, existe una relación de competencia real e indirecta entre el presunto infractor (A) y el presunto afectado (B), a través de la empresa vinculada del primero (A1).³⁰
44. En ese sentido, corresponde determinar si, en el presente caso, existe una relación de competencia (real o potencial, directa o indirecta) entre Protisa y Marce.
45. Al respecto, y como se ha señalado previamente, Protisa es una empresa que fabrica productos de papel tissue, comercializando sus productos en el canal tradicional a través de empresas distribuidoras como Marce y similares, por lo que no se aprecia que Marce y Protisa hayan competido entre sí en el mercado de distribución mayorista de productos tissue.

²⁸ Véase el numeral 3.2 de la presente resolución.

²⁹ En este primer supuesto, considerando que el presunto infractor utiliza su posición de dominio para afectar la competencia en su propio mercado, se produce un efecto de exclusión en tal mercado.

³⁰ En este segundo supuesto, considerando que el presunto infractor utiliza su posición de dominio para afectar la competencia en el mercado aguas abajo, se produce un efecto de apalancamiento vertical.



46. En el escrito de la denuncia tampoco se advierte información que sugiera algún tipo de competencia entre Marce y Protisa. Por el contrario, el propio denunciante ha reconocido no ser competidor de Protisa³¹.
47. Adicionalmente, la empresa denunciante ha argumentado que una interpretación sistemática de los artículos 1, 4, 7 y 10 (literal h) del TUO de la LRCA sugeriría que el deseo del legislador fue el mismo que el recogido en el derogado Decreto Legislativo 701, el cual, a consideración de la denunciante, consistiría en restringir toda práctica que atente contra la competencia y eficiencia del mercado, más allá de que las conductas sean cometidas en perjuicio de competidores directos.
48. Sin embargo, a criterio de esta Dirección, los requisitos desarrollados en el apartado 3.2 recogen lo establecido en el TUO de la LRCA, norma actualmente vigente, más aún considerando que la propia Sala se ha pronunciado previamente en torno a la necesidad de que exista una relación de competencia real o potencial, directa o indirecta.
49. De esta forma, teniendo en cuenta que no existiría una relación de competencia entre Protisa y Marce, esta Dirección considera que no existen indicios razonables de que la conducta denunciada haya producido un efecto exclusorio.
50. Como se ha señalado, los requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio son concurrentes. Por lo tanto, al no existir indicios razonables de posición de dominio ni de efecto exclusorio, no pueden existir indicios razonables de un abuso de posición de dominio por parte de Protisa, por lo que corresponde declarar improcedente la denuncia de Marce.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia;

RESUELVE:

Declarar improcedente la denuncia interpuesta por Distribuidora y Comercializadora Marce & Pemjo S.A.C. contra Productos Tissue del Perú S.A.C. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra o adquisición, debido a que no existen indicios razonables de la infracción denunciada.

Jesús Eloy Espinoza Lozada
Director
Dirección Nacional de Investigación y
Promoción de la Libre Competencia

³¹ Véase las páginas 2 y 11 del escrito de denuncia.