

VERSIÓN PÚBLICA

PROCEDENCIA : COMISIÓN DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
DENUNCIANTE : OPERACIONES ARCOS DORADOS DEL PERÚ S.A.
DENUNCIADAS : ADMINISTRADORA JOCKEY PLAZA SHOPPING
CENTER S.A.
SIGDELO S.A.
CARLOS ENRIQUE CARRILLO QUIÑONES
RAÚL DIEZ CANSECO TERRY
CARLOS ZÚÑIGA QUIROZ

TERCERO
ADMINISTRADO : ASOCIACIÓN DE CENTROS COMERCIALES Y DE
ENTRETENIMIENTO DEL PERÚ

MATERIAS : LIBRE COMPETENCIA
NEGATIVA CONCERTADA E INJUSTIFICADA A
CONTRATAR
PRÁCTICAS COLUSORIAS VERTICALES

ACTIVIDAD : ACTIVIDADES INMOBILIARIAS REALIZADAS CON
BIENES PROPIOS O ARRENDADOS
ACTIVIDADES DE RESTAURANTES Y DE SERVICIO
MÓVIL DE COMIDAS

SUMILLA: *se declara la NULIDAD de la Resolución 059-2011/CLC-INDECOPI del 15 de noviembre de 2011, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en el extremo que declaró fundada la denuncia presentada por Operaciones Arcos Dorados de Perú S.A. contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., Sigdelo S.A., los señores Carlos Enrique Carrillo Quiñones, Raúl Diez Canseco Terry y Carlos Zúñiga Quiroz, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, infracción tipificada en los artículos 3 y 6 inciso g) del Decreto Legislativo 701, Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia; así como las sanciones impuestas a los referidos denunciados y la medida correctiva ordenada, en tanto constituyen extremos accesorios a la determinación de la infracción.*

La mencionada resolución contiene vicios en su motivación en la medida que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: (i) no ha sustentado sobre la base de qué parámetros los porcentajes de multihoming hallados (42% y 32%) no son significativos porque no representan a la mayoría; y, (ii) no fundamentó las razones por las cuales las hamburguesas son un producto diferenciado del resto de comida rápida. Tales vicios son trascendentes pues constituyen elementos cuya distinta determinación podría haber cambiado el sentido de lo resuelto por la primera instancia, considerando que eran fundamentales para

la definición del mercado relevante.

En vía de integración, conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se declara INFUNDADA la denuncia presentada por Operaciones Arcos Dorados de Perú S.A. contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., Sigdelo S.A., y los señores Carlos Enrique Carrillo Quiñones, Raúl Diez Canseco Terry y Carlos Zúñiga Quiroz, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, infracción tipificada en el artículo 3 y 6 inciso g) del Decreto Legislativo 701, Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

La razón es que en el mercado relevante no se ha verificado que Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. ostente posición de dominio y por tanto la conducta analizada no podría generar efectos reales o potenciales, que afecten o puedan afectar al proceso competitivo, debido a que:

- (i) El mercado relevante en este caso corresponde al servicio de arrendamiento de espacios comerciales para la venta de comida rápida (compuesta por hamburguesas, pollos, pizzas y sus complementos) en los centros comerciales de administración centralizada Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza. Dicha determinación obedece al análisis de los siguientes elementos:**
 - a) La naturaleza de plataforma de dos lados de los centros comerciales de administración centralizada, implica que el análisis de mercado de relevante de producto evalúe de manera conjunta ambas demandas (arrendatarios de establecimientos comerciales y consumidores):**
 - Así, los centros comerciales de administración centralizada atienden a un consumidor que demanda de manera conjunta una variedad de oferta (tenant mix) y servicios complementarios relacionados a una mejor experiencia de compra, características que no poseen los centros comerciales de administración no centralizada, aglomeraciones comerciales ni los establecimientos free standing, pues atienden demandas específicas, por lo que no son sustitutos del servicio de arrendamiento de espacios comerciales para la venta de comida rápida demandado en el presente caso. Asimismo, el consumidor representativo que asiste al centro comercial Jockey Plaza es de nivel socioeconómico B. Por ende, las alternativas de sustitución del servicio de arrendamiento de espacios comerciales para la venta de comida rápida se dan a través de los centros comerciales de administración centralizada**

Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza.

- ***El análisis de sustitución tanto por el lado de la demanda como por el lado de la oferta de establecimientos dedicados a la venta de comida rápida, permite concluir que en el presente procedimiento la venta de comida rápida está compuesta por hamburguesas, pollos, pizzas y sus complementos, y por ende, no se puede considerar a las hamburguesas como productos diferenciados o carentes de sustitutos.***
- b) ***Se ha determinado la existencia de presiones competitivas a nivel geográfico entre los centros comerciales Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, derivadas de:***
- ***La inexistencia de barreras de acceso que impidan o dificulten que el consumidor de nivel socioeconómico B pueda realizar multihoming (porcentaje de usuarios que se redirigirían de un centro comercial a otro en función de la diferenciación entre los tres centros comerciales).***
 - ***La existencia de una importante superposición de la zona de influencia del Jockey Plaza con las de Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, la cual cuenta con mayor presencia de habitantes de nivel socioeconómico B, incrementando la probabilidad de que dicho tipo de consumidor realice multihoming.***
 - ***Los porcentajes de multihoming entre los tres centros comerciales en 2007 (encontrándose en un rango entre 15% y 71%), los cuales se explican por la diferenciación (vertical y horizontal) que atrae la demanda del consumidor de nivel socioeconómico B que se encuentra en las intersecciones de la zona de influencia del Jockey Plaza con las de Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, fomentando la competencia entre los distintos centros comerciales.***
- (ii) ***La dinámica competitiva reflejada por la evolución de las cuotas de mercado del centro comercial Jockey Plaza y sus competidores reales; la realización de multihoming por parte de los dos grupos de demandantes (consumidores y arrendatarios de establecimientos comerciales) de los centros comerciales de administración centralizada en el mercado relevante definido en esta instancia; la existencia de competencia potencial representada por el centro comercial Plaza Lima Sur; así como la inexistencia de altas barreras a la entrada; evidencian que durante el periodo investigado Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A.***

no ostentó posición de dominio.

Lima, 08 de septiembre de 2016

I. ANTECEDENTES

I.1 Agentes económicos involucrados

1. Operaciones Arcos Dorados del Perú S.A. (en adelante, Arcos Dorados) es la empresa licenciataria en el Perú de la cadena internacional de venta de comida rápida McDonald's¹, cuyo objeto social es operar restaurantes de comida rápida en todo el territorio nacional, así como realizar cualquier actividad comercial, industrial y financiera requerida para la elaboración, promoción y venta de productos y la prestación de servicios en general².
2. Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. (en adelante, Administradora Jockey Plaza)³ es la empresa que administra el centro comercial Jockey Plaza Shopping Center (en adelante, el Jockey Plaza), siendo su objeto social dedicarse a actividades de prestación de servicios de administración de centros comerciales, servicios inmobiliarios, entre otras⁴.
3. Sigdelo S.A. (en adelante, Sigdelo)⁵ es la empresa licenciataria en el Perú de las cadenas internacionales de venta de comida rápida Burger King⁶ y Pizza Hut⁷, cuyo objeto social es: "Dedicarse a sistemas para cocinar, preparar y comercializar productos alimenticios y restaurantes, así como a cualquier otra actividad comercial enmarcada dentro de la ley peruana. Asimismo, podrá

¹ McDonald's es una marca de comida rápida dedicada principalmente a la venta de hamburguesas y productos complementarios. Ver fojas 1950 a 1990 del Expediente.

² Según la Partida Electrónica 11007600 del Registro de Personas Jurídicas de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos – Sunarp.

³ El 8 de noviembre de 2010, Administradora Jockey Plaza llevó a cabo una fusión mediante la cual absorbió a Centros Comerciales del Perú S.A., según el asiento B00005 de la Partida Electrónica 01617230 del Registro de Personas Jurídicas de la Sunarp. Ver foja 5749 del Expediente.

⁴ Según la Partida Electrónica 01617230 del Registro de Personas Jurídicas de la Sunarp.

⁵ El 14 de diciembre de 2001, Saidel S.A. (en adelante, Saidel), empresa que operaba la licencia de Burger King, llevó a cabo una fusión mediante la cual absorbió a Sigdelo S.A., empresa que operaba la licencia de Pizza Hut. Posteriormente, el 3 de febrero de 2003, Saidel S.A. cambió de razón social a Sigdelo S.A., quedando así todos los derechos y obligaciones de Saidel S.A. en Sigdelo S.A. En adelante, a menos que se haga una especificación expresa, se debe entender que las referencias a Sigdelo anteriores al 14 de diciembre de 2001, comprenden la actividad societaria de Saidel S.A. y la ex Sigdelo S.A. Ver fojas 255 y 256 del Expediente.

⁶ Burger King es una marca de comida rápida dedicada principalmente a la venta de hamburguesas y productos complementarios. Ver fojas 2549 a 2559 del Expediente.

⁷ Pizza Hut es una marca de comida rápida dedicada principalmente a la venta de pizzas y productos complementarios. Ver fojas 2549 a 2559 del Expediente.

dedicarse a la importación y exportación, representación de empresas nacionales y/o extranjeras y comercio en general”⁸.

4. El señor Arturo Hernán Ricke Guzmán⁹ (en adelante, el señor Ricke), fue gerente general de Administradora Jockey Plaza en el periodo comprendido entre el 29 de mayo de 1996 y el 12 de enero de 1998¹⁰.
5. El señor Carlos Enrique Carrillo Quiñones¹¹ (en adelante, el señor Carrillo), fue director de Administradora Jockey Plaza en el periodo comprendido entre el 2 de diciembre de 1995 y el 15 de abril de 1999, y presidente del directorio de esta empresa en el periodo comprendido entre el 15 de abril de 1999 y el 18 de mayo de 2000¹².
6. El señor Raúl Diez Canseco Terry¹³ (en adelante, el señor Diez Canseco) fue director de Sigdelo en el periodo comprendido entre 1992 y 1997, y presidente del directorio de esta empresa en el periodo comprendido entre 1997 y 2003.
7. El señor Carlos Zúñiga Quiroz¹⁴ (en adelante, el señor Zúñiga) fue presidente del directorio de Sigdelo en el periodo comprendido entre 1992 y 1997, y director de esta empresa en los periodos comprendidos entre 1997 y 2003, así como 2005 y 2007.

I.2 Desarrollo del procedimiento

8. El 26 de setiembre de 2007, Arcos Dorados presentó una denuncia por infracción al Decreto Legislativo 701, Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia¹⁵, (en adelante el Decreto Legislativo 701) contra Administradora Jockey Plaza y otra empresa (identificada posteriormente como Sigdelo), por la presunta realización de prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar¹⁶.

⁸ Según la Partida Electrónica 00365351 del Registro de Personas Jurídicas de la Sunarp.

⁹ Identificado con Carné de Extranjería 6994493-0.

¹⁰ Ver fojas 4624, 4626 y 4627 del Expediente.

¹¹ Identificado con DNI 09148221.

¹² Ver fojas 4623, 4630 y 4632 del Expediente.

¹³ Identificado con DNI 09751555.

¹⁴ Identificado con DNI 08746346.

¹⁵ Ley posteriormente derogada por el Decreto Legislativo 1034, Ley de represión de conductas anticompetitivas, publicado en el diario oficial El Peruano el 25 de junio de 2008.

¹⁶ Ver foja 2 del Expediente.

9. Como medio probatorio, entre otros, presentó el informe: “Estudio de Mercado Potencial para McDonald’s en Jockey Plaza Shopping Center”, elaborado por Araval S.A. en julio de 2007 (en adelante, el Primer Informe de Arcos Dorados).
10. Conforme a la denuncia, Administradora Jockey Plaza se habría obligado frente a un tercer operador (Sigdelo) a no arrendarle un local comercial a Arcos Dorados en el Jockey Plaza, con la finalidad de evitar su participación en el rubro de restaurantes de comida rápida en el referido centro comercial. Según la denunciante, estos hechos configurarían una negativa concertada e injustificada de satisfacer las solicitudes de servicios de arrendamiento de Arcos Dorados con el objetivo de favorecer a una empresa competidora.
11. Por Resolución 017-2008-INDECOPI/CLC del 15 de abril de 2008 (en adelante, la Resolución Admisoria), la Comisión de Defensa de la Libre Competencia¹⁷ (en adelante, la Comisión), admitió a trámite la denuncia contra Administradora Jockey Plaza y Sigdelo y dispuso incorporar de oficio por su supuesta participación en los hechos denunciados a los señores Ricke, Carrillo, Diez Canseco y Zúñiga, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, supuesto de infracción previsto en el literal g) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701.
12. La Comisión adoptó esta decisión al haber identificado, entre otros, los siguientes indicios:
 - i. Carta del 20 de febrero de 1997, mediante la cual Administradora Jockey Plaza se obligó frente a Sigdelo a no arrendarle un local comercial a Arcos Dorados en el Jockey Plaza (en adelante, la Carta Adenda).
 - ii. La existencia de una voluntad común entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo de no arrendar a ningún licenciatario de McDonald’s un local comercial, ni en el Jockey Plaza ni en ninguna otra área ubicada en el Hipódromo de Monterrico del Jockey Club del Perú (en adelante, el Hipódromo de Monterrico), sobre la cual Administradora Jockey Plaza tenga derechos o los pueda adquirir en el futuro.
 - iii. Carta del 12 de junio de 2006, mediante la cual Administradora Jockey Plaza se negó a arrendar a Arcos Dorados un local en el Jockey Plaza. En particular, manifestó que, si bien tenía interés en contar con la marca McDonald’s, existían limitaciones de tipo contractual acordadas con otro operador que se lo impedían (en adelante, la Carta de Respuesta).

¹⁷ Antes, Comisión de Libre Competencia.

- iv. Lo injustificado que resultaría el acuerdo, así como la posible existencia de efectos anticompetitivos generados por aquel, teniendo en cuenta su plazo de vigencia (por lo menos, 20 años), así como su alcance (el área actual del Jockey Plaza, así como cualquier terreno dentro del Hipódromo de Monterrico sobre el cual Administradora Jockey Plaza pueda tener derechos en el futuro).
13. El 21 de mayo, el 24 de setiembre y el 7 de noviembre de 2008; Administradora Jockey Plaza, Sigdelo y los señores Diez Canseco¹⁸, Zúñiga¹⁹, Carrillo²⁰ y Ricke²¹, respectivamente; presentaron sus escritos de descargos.

I.2.1 Escritos e informes durante el trámite en primera instancia

14. Durante el trámite en primera instancia, las partes presentaron diversos escritos y documentos desarrollando sus argumentos.
15. En particular, Arcos Dorados presentó los siguientes escritos²² e informes:
- (i) Primer Informe de Arcos Dorados²³.
 - (ii) “Informe Técnico sobre la Realización de Prácticas Anticompetitivas en el Mercado de Alquiler de Locales para la Venta de Comida Rápida en el centro comercial Jockey Plaza”²⁴ (en adelante, el Segundo Informe de Arcos Dorados).

¹⁸ Adhiriéndose a los descargos formulados por Sigdelo, y precisando que se encontraba desvinculado de esta empresa, como director, desde el 2001, y como accionista, desde el 2005.

¹⁹ Adhiriéndose a los descargos formulados por Sigdelo.

²⁰ Adhiriéndose a los descargos formulados por Administradora Jockey Plaza.

²¹ Cabe precisar que, en su escrito de descargos, el señor Ricke reiteró lo manifestado el 24 de octubre de 2008 en su escrito de apersonamiento, es decir, que la presunta infracción imputada en su contra habría prescrito, puesto que finalizó su labor como gerente general de Administradora Jockey Plaza el 12 de enero de 1998.

²² Escritos del 26 de setiembre de 2007 (fojas 2 a 45 del Expediente), 21 de octubre (fojas 723 a 769 del Expediente) y 10 de diciembre de 2008 (fojas 789 a 794 del Expediente), 14 de enero (fojas 849 a 851 del Expediente) y 8 de julio de 2009 (fojas 1308 a 1316), 20 de julio de 2010 (fojas 5236 a 5253 del Expediente), 11 de enero (fojas 5674 a 5702 del Expediente) y 18 de marzo de 2011 (fojas 5716 a 5726 del Expediente).

²³ “Estudio del Mercado Potencial para McDonald's en Jockey Plaza Shopping Center”, elaborado por Araval S.A. en julio de 2007. Ver fojas 91 a 125 del Expediente.

²⁴ Elaborado por Invertir – Consultores Asociados S.A.C. en octubre de 2008 y presentado el 10 de diciembre de 2008. Ver fojas 786 al 825 del Expediente.

- (iii) “Estudio de los Consumidores del *Food Court* Jockey Plaza”²⁵ (en adelante, el Tercer Informe de Arcos Dorados).
 - (iv) “Segundo Informe Técnico sobre la Realización de Prácticas Anticompetitivas en el Mercado de Alquiler de Locales para la Venta de Comida Rápida en el centro comercial Jockey Plaza”²⁶ (en adelante, el Cuarto Informe de Arcos Dorados).
 - (v) “Reporte de Experto sobre las Prácticas Anticompetitivas Cometidas por Centros Comerciales del Perú y Sigdelo S.A.”²⁷ (en adelante, el Quinto Informe de Arcos Dorados).
 - (vi) “Tercer Informe Técnico Sobre la Realización de Prácticas Anticompetitivas en el Mercado de Alquiler de Locales para la Venta de Comida Rápida en el centro comercial Jockey Plaza”²⁸ (en adelante, el Sexto Informe de Arcos Dorados).
16. Mediante los documentos antes mencionados, Arcos Dorados advirtió que la negativa de trato denunciada generaba un efecto exclusorio en su contra, constituyendo una práctica restrictiva de la libre competencia²⁹.

Continúa en la siguiente página

²⁵ Elaborado por la empresa AD REM S.A. el 19 de setiembre de 2008, y presentado el 14 de enero de 2009, en atención al requerimiento realizado por la Secretaría Técnica mediante Carta 531-2008/CLC-INDECOPI. Ver fojas 853 al 898 del Expediente.

²⁶ Elaborado por Invertir – Consultores Asociados S.A.C. en junio de 2009 y presentado el 8 de julio de 2009. Ver fojas 1317 al 1342 del Expediente.

²⁷ Elaborado por los señores Gabriel Bouzat y Virginia del Águila en julio de 2010, y presentado el 20 de julio de 2010. Ver fojas 5255 a 5288 del Expediente.

²⁸ Elaborado por Invertir – Consultores Asociados en abril de 2010, y presentado el 20 de julio de 2010. Ver fojas 5290 a 5324 del Expediente.

²⁹ Para mayor detalle de los argumentos presentados a lo largo de los referidos informes, ver párrafo 12 de la Resolución 059-2011/CLC-INDECOPI en el cual se señaló que: (i) Arcos Dorados solicitó en numerosas ocasiones el ingreso al Jockey Plaza a Administradora Jockey Plaza, la cual alegó que el rubro se encontraba copado y que además tendría limitaciones contractuales acordadas con otro operador; (ii) el mercado afectado es el de venta de comida rápida con eje de negocio en la venta hamburguesas al interior del Jockey Plaza, siendo el mercado relevante el de arrendamiento de locales comerciales en el Jockey Plaza; (iii) Administradora Jockey Plaza ostentó posición de dominio, dado que era la única empresa que arrendaba locales comerciales para la venta de comida rápida en el mercado relevante; (iv) no existen justificaciones comerciales válidas de la conducta, debido a que Administradora Jockey Plaza manifestó que su intención de contar con Arcos Dorados se encontraba impedida por limitaciones contractuales; y, (v) la práctica denunciada perjudicó a los consumidores del Jockey Plaza al contar con menos opciones de compra, las cuales eran más caras que las hamburguesas de McDonald's. Ver fojas 6245 a 6248 del Expediente.

17. Por su parte, Administradora Jockey Plaza presentó varios escritos³⁰ y los siguientes informes: “Opinión Técnica sobre la Capacidad del Jockey Plaza de Restringir la Competencia en el Mercado en el que Participa McDonald’s”³¹ (en adelante, el Primer Informe de Administradora Jockey Plaza), “Estudio Base – Hogares”³² (en adelante, el Segundo Informe de Administradora Jockey Plaza), “Evaluación del perfil de los visitantes del Jockey Plaza”³³ (en adelante, el Tercer Informe de Administradora Jockey Plaza), “Análisis de los Argumentos Económicos Esgrimidos por Arcos Dorados (McDonald’s) en su Denuncia contra Centros Comerciales (Jockey Plaza) y otros”³⁴ (en adelante, el Cuarto Informe de Administradora Jockey Plaza). A lo largo de estos informes, Administradora Jockey Plaza fijó su postura³⁵ respecto a la denuncia llevada a cabo por Arcos Dorados.
18. Mediante escritos³⁶ y los siguientes informes: “Análisis de los Acuerdos de Exclusividad en el Mercado de Espacios Comerciales. Informe de Opinión sobre el Caso Arcos Dorados vs. Sigdelo y Administradora Jockey Plaza”³⁷ (en adelante, el Primer Informe de Sigdelo), “Opinión sobre la Comisión de

³⁰ Escritos del 21 de mayo (fojas 366 a 391 del Expediente), 2 de julio (fojas 514 a 522 del Expediente) y 27 de agosto de 2008 (fojas 668 a 678 del Expediente), 18 de febrero (fojas 899 a 918 del Expediente) y 8 de setiembre de 2009 (fojas 1481 a 1486 del Expediente). Cabe señalar que, en su escrito del 21 de mayo de 2008, adicionalmente a los argumentos relativos a la existencia de la conducta denunciada, Administradora Jockey Plaza solicitó que la Resolución Admisoria sea declarada nula. Su solicitud fue atendida mediante Resolución 075-2009/CLC-INDECOPI del 3 de setiembre de 2009.

³¹ Elaborado por Intelfin – Inteligencia Financiera S.A.C. en junio de 2008 y presentado el 2 de julio de 2008. Ver fojas 523 a 550 del Expediente.

³² Elaborado por Apoyo Opinión y Mercado S.A.C. en julio de 2005 y presentado el 2 de julio de 2008. Ver fojas 552 a 607 del Expediente (confidencial).

³³ Elaborado por Arellano Investigación de Marketing S.A. en junio de 2007 y presentado el 2 de julio de 2008. Ver fojas 608 a 657 del Expediente (confidencial).

³⁴ Elaborado por Intelfin - Inteligencia Financiera S.A.C. en febrero de 2009 y presentado el 18 de febrero de 2009. Ver fojas 919 a 936 del Expediente.

³⁵ Para mayor detalle de los argumentos presentados a lo largo de los referidos informes, ver párrafo 13 de la Resolución 059-2011/CLC-INDECOPI donde se señaló que: (i) el mercado relevante era el de arrendamiento de locales comerciales en Lima Metropolitana, en el cual Arcos Dorados podía operar sus distintos formatos; (ii) Administradora Jockey Plaza no ostentó posición de dominio, ya que existen numerosos proveedores potenciales de locales comerciales con los que Arcos Dorados podía contratar; (iii) el acuerdo se encontró justificado en que Sigdelo se comprometió a arrendar múltiples locales en el Jockey Plaza y a pagar una suma adicional por la exclusividad, evitando la erosión del negocio mediante un *tenant mix* adecuado; y, (iv) el acuerdo no eliminó las opciones disponibles para los consumidores, por la diversidad de oferta existente y además tuvo efectos pro-competitivos al evitar que unos agentes aprovechen la inversión de otros, incentivando la presencia de otros inversionistas. Ver fojas 6248 a 6251 del Expediente.

³⁶ Escritos del 21 de mayo (fojas 444 a 477 del Expediente) y 2 de julio de 2008 (fojas 492 y 493 del Expediente), 21 de julio de 2009 (fojas 1348 a 1359 del Expediente), 29 de enero (fojas 2529 a 2533) y 25 de octubre de 2010 (fojas 5475 a 5593 del Expediente), y 4 de julio (fojas 5929 a 5934 del Expediente) y 9 de agosto de 2011 (fojas 6221 a 6241 del Expediente).

³⁷ Elaborado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (Área de Economía de la Regulación) en julio de 2008 y presentado el 2 de julio de 2008. Ver fojas 494 a 513 del Expediente.

Prácticas Anticompetitivas por parte de Administradora Jockey Plaza y Sigdelo a Raíz de la Celebración de Contratos de Arrendamiento de Locales en el Jockey Plaza, Expediente 007-2007-CLC³⁸ (en adelante, el Segundo Informe de Sigdelo), “Informe Final. Brand Image Tracker. Medición Abril – Junio 2009. Burger King”³⁹ (en adelante, el Tercer Informe de Sigdelo), “Informe Final. Brand Image Tracker. Medición Abril – Junio 2009. Pizza Hut”⁴⁰ (en adelante, el Cuarto Informe de Sigdelo) e “Informe Final. Brand Image Tracker. Medición Abril – Junio 2009. Kentucky Fried Chicken”⁴¹ (en adelante, el Quinto Informe de Sigdelo); Sigdelo estableció su postura respecto a la denuncia realizada por Arcos Dorados⁴².

19. El 6 de junio de 2011, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) emitió su opinión acerca del procedimiento en cuestión, mediante el Informe 025-2011/ST-CLC-INDECOPI (en adelante, el Informe Técnico)⁴³, concluyendo principalmente lo siguiente:
 - i. El mercado relevante estuvo constituido por el arrendamiento de establecimientos comerciales para la venta de comida rápida en el Jockey Plaza y Plaza San Miguel, entre 1997 y 2000; en el Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, entre 2001 y 2004; y, en el Jockey Plaza, Plaza San Miguel, Primavera Park Plaza y Plaza Lima Sur, entre 2005 y 2007.

³⁸ Elaborado por los señores Alfredo Bullard, Alejandro Falla, Carolina de Trazegnies y Johanna Tejada en abril de 2009 y presentado el 21 de julio de 2009. Ver fojas 1361 a 1461 del Expediente.

³⁹ Elaborado por Cuore CCR en julio de 2009 y presentado el 29 de enero de 2010. Ver fojas 2591 a 2625 del Expediente (confidencial).

⁴⁰ Elaborado por Cuore CCR en julio de 2009 y presentado el 29 de enero de 2010. Ver fojas 2626 a 2665 del Expediente (confidencial).

⁴¹ Elaborado por Cuore CCR en julio de 2009 y presentado el 29 de enero de 2010. Ver fojas 2860 a 2895 del Expediente (confidencial).

⁴² Para mayor detalle de los argumentos presentados a lo largo de los referidos informes, ver párrafo 14 de la Resolución 059-2011/CLC-INDECOPI en el cual se señaló que: (i) en Lima existen diversas áreas comerciales que ofrecen las mismas ventajas que un centro comercial, sobre todo considerando que el denunciante requiere locales pequeños de alto tráfico de personas; (ii) Administradora Jockey Plaza no goza de posición de dominio en el mercado de espacios comerciales, pues existe una amplia oferta de áreas con elevada concentración de consumidores; (iii) Burger King tampoco ostentó posición de dominio, ya que mantuvo una participación de 14% en el mercado de venta de hamburguesas; (iv) la naturaleza de doble plataforma de un centro comercial justifica el contar con un *tenant mix* adecuado, lo cual motiva la exclusión de algunas marcas; (v) Sigdelo realizó una cuantiosa inversión en sus establecimientos en el Jockey Plaza lo cual hizo más atractivo a dicho centro comercial y benefició a los consumidores; (vi) la exclusión de Arcos Dorados del Jockey Plaza no limitó su acceso al mercado relevante, toda vez que esta empresa pudo seguir creciendo en número de locales de venta de comida rápida en Lima; y (vii) no se limitaron las opciones de los consumidores dentro y fuera del Jockey Plaza, pues existen productos sustitutos a aquellos producidos por Sigdelo. Ver fojas 6251 a 6254 del Expediente.

⁴³ Ver fojas 5750 a 5920 del Expediente.

- ii. Administradora Jockey Plaza no ostentó posición de dominio en el mercado relevante.
 - iii. La conducta denunciada no produjo efectos anticompetitivos en el mercado afectado constituido por la venta de comida rápida en Lima.
 - iv. No se ha configurado una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar por parte de Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, por lo que recomendó a la Comisión declarar infundado el procedimiento.
20. El 4 de julio de 2011, Sigdelo presentó⁴⁴ sus alegaciones al Informe Técnico.⁴⁵
21. El 5 de julio de 2011, Arcos Dorados presentó⁴⁶ sus alegaciones al Informe Técnico.⁴⁷
22. El 7 de julio de 2011, Administradora Jockey Plaza presentó⁴⁸ sus alegaciones al Informe Técnico.⁴⁹
23. El 22 de julio de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Informe Oral con la participación de los denunciados y la denunciante.⁵⁰
24. Mediante Resolución 059-2011/CLC-INDECOPI del 15 de noviembre de 2011 (en adelante, la Resolución Final), la Comisión declaró fundada la denuncia interpuesta por Arcos Dorados; y, en consecuencia sancionó a Sigdelo con una multa de quinientos sesenta y cuatro con cuatro décimas (564.4) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), a Administradora Jockey Plaza con una multa de cien (100) UIT y, a los señores Carrillo, Diez Canseco y Zúñiga con una multa de cinco (5) UIT a cada uno. Asimismo, declaró improcedente el procedimiento iniciado contra el señor Ricke al haber prescrito la infracción.
25. En su pronunciamiento, la Comisión determinó lo siguiente:

⁴⁴ Ver fojas 6221 a 6241 del Expediente.

⁴⁵ Para mayor detalle de los argumentos presentados en el referido escrito, ver párrafo 20 de la Resolución 059-2011/CLC-INDECOPI. Ver foja 6255 del Expediente.

⁴⁶ Ver fojas 5941 a 6141 del Expediente.

⁴⁷ Para mayor detalle de los argumentos presentados en el referido escrito, ver párrafo 21 de la Resolución 059-2011/CLC-INDECOPI. Ver fojas 6255 a 6258 del Expediente.

⁴⁸ Ver fojas 6142 a 6152 del Expediente.

⁴⁹ Para mayor detalle de los argumentos presentados en el referido escrito, ver párrafo 22 de la Resolución 059-2011/CLC-INDECOPI. Ver fojas 6258 a 6259 del Expediente.

⁵⁰ Ver foja 6185 del Expediente.

- (i) Existió un acuerdo entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, mediante el cual se estableció la obligación de la primera de no arrendar espacios a cualquier licenciatario de McDonald's en cualquier zona que el Jockey Plaza tenga en la actualidad o sobre la cual pueda tener un derecho en el futuro en el Hipódromo de Monterrico.
- (ii) Se acreditó que existió una negativa de Administradora Jockey Plaza para arrendar locales comerciales a Arcos Dorados en el Jockey Plaza para la comercialización de hamburguesas y productos complementarios, bajo el formato de comida rápida. Dicha conducta tuvo su origen en un acuerdo suscrito el 20 de febrero de 1997 y se mantuvo vigente por lo menos hasta el 26 de setiembre de 2007.
- (iii) Atendiendo a las características del acuerdo de negarse a contratar y al carácter de plataforma de los centros comerciales, así como que durante el periodo investigado (1997-2007) no existían centros comerciales que pudiesen ser considerados como sustitutos del Jockey Plaza, el mercado relevante estuvo definido por el arrendamiento de espacios en el Jockey Plaza para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's.
- (iv) Teniendo en consideración la alta cuota de mercado de Administradora Jockey Plaza, la existencia de altas barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial, dicha empresa ostentó posición de dominio en el mercado relevante previamente definido.
- (v) Atendiendo al servicio solicitado por Arcos Dorados, el alcance de la negativa concertada entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, las características de los consumidores del producto en cuestión y de los productos de Arcos Dorados, Sigdelo y Bombos S.A.C. (en adelante, Bombos)⁵¹, y la información presentada por estas empresas, el mercado afectado está definido por el conjunto de bienes y servicios que se ofrecen en el Jockey Plaza, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas de las marcas McDonald's, Burger King y Bombos.
- (vi) La conducta produjo un efecto negativo en el mercado afectado al restringir de manera significativa el nivel de competencia entre Arcos Dorados, Sigdelo y Bombos y, en consecuencia, redujo las opciones que los consumidores hubieran tenido a su disposición en el Jockey Plaza si no se hubiera realizado la conducta.

51

Empresa peruana de comida rápida dedicada principalmente al mercado del consumo de hamburguesas.

- (vii) No resultan válidas las justificaciones de la conducta planteadas por Administradora Jockey Plaza y Sigdelo referidas a que aquella buscaba garantizar un “*tenant mix*”⁵² adecuado en el Jockey Plaza y que se presentaba la necesidad de retribuir la inversión realizada por Sigdelo con la finalidad de garantizar la viabilidad de dicho centro comercial. Conforme al acuerdo adoptado, no se pretendía diseñar un determinado *tenant mix* sino únicamente excluir a un competidor en particular. De otro lado, los denunciados no cumplieron con precisar a cuánto ascendía la inversión realizada por Sigdelo ni cómo se había proyectado recuperarla como consecuencia del acuerdo para negarse a contratar.

I.2.2 Escritos e informes durante el trámite en apelación

26. El 20 de diciembre de 2011, el señor Carrillo presentó un recurso de apelación⁵³ donde expresó su intención de adherirse a los argumentos que Administradora Jockey Plaza presentara a lo largo del procedimiento. Además, señaló que en la Resolución Final no se consideró que, en lo que al recurrente corresponde, la infracción imputada había prescrito.
27. El 4 de enero de 2012, complementado con el escrito del 17 de abril de 2012⁵⁴, Administradora Jockey Plaza presentó su recurso de apelación contra la Resolución Final, señalando los argumentos que se detallan a continuación. Adicionalmente, el 5 de agosto de 2016, la recurrente presentó un escrito mediante el cual reiteró los argumentos planteados en esta instancia vinculados a la definición del mercado relevante, la existencia de posición de dominio y las justificaciones de la conducta⁵⁵.

Sobre cuestiones procesales

⁵² El término *tenant mix* se refiere a “la combinación de establecimientos comerciales que ocupan un espacio en un centro comercial con el fin de formar un ensamblado que produzca óptimas ventas, rentas, servicio a la comunidad y viabilidad financiera para la empresa dueña del centro comercial”. Traducción libre de: “*Tenant mix refers to the combination of business establishments occupying space in a shopping centre to form an assemblage that produces optimum sales, rents, service to the community and financiality of the shopping centre venture*”. En: DOWDIE, Mary Lou, Peter FISHER y Cheryl WILLIAMSON. *Managing Tenant Mix in Shopping Centres in the United Kingdom*, RICS Foundation. Research Papers, 2002, vol. 4, N° 14, pág. 5. Disponible en: <https://es.scribd.com/doc/94970689/Managing-Tenant-Mix-in-Shopping-Malls-in-the-UK>. Fecha de última visita: 05 de mayo de 2016.

⁵³ Fojas 6344 a 6346 del Expediente.

⁵⁴ Fojas 6347 a 6428 y 6739 a 6748 del Expediente, respectivamente.

⁵⁵ Fojas 7352 a 7373 del Expediente.

- i. Resulta ilegal que la Comisión se aparte de las conclusiones de la Secretaría Técnica no sólo sin sustento, sino que utilice la misma jurisprudencia internacional⁵⁶ de manera sesgada.
- ii. La Comisión incurrió en una contradicción al desconocer la jurisprudencia internacional, determinando un mercado más restrictivo consistente en la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's en el Jockey Plaza, excluyendo con ello a los establecimientos "*free standing*" y a los ubicados dentro de otros centros comerciales.

Sobre el mercado relevante

- iii. El hecho que un centro comercial posea características de plataforma no tiene consecuencia alguna sobre la metodología estándar para la definición del mercado relevante.
- iv. La Comisión supone que los efectos de red indirectos presentes en las plataformas de dos lados son tan significativos que impiden que estas compitan con los negocios que no presentan características de plataformas. Descartar a los establecimientos *free standing* como posibles competidores de los centros comerciales no está sustentado en literatura económica alguna⁵⁷. Se debe considerar que tanto Arcos Dorados como Sigdelo tienen locales fuera del Jockey Plaza.
- v. Existe una amplia oferta de centros comerciales en los distintos distritos de Lima y Callao que conforman el mercado relevante.
- vi. Según la Comisión existe *multihoming* únicamente entre el Jockey Plaza y Plaza San Miguel, lo cual es incorrecto en la medida que la presencia de cadenas de comida rápida en todos los centros comerciales de Lima implica que los distintos locales comerciales de Lima se configuren como sustitutos para los arrendatarios.

Sobre la posición de dominio

⁵⁶ Referida a los siguientes casos: (i) Recetas por Menos contra Five Development Corp y Otros; (ii) Dunafoh contra McDonald's; y, (iii) Optivision contra Syracuse Shopping Center Associates. Estos tres casos fueron presentados por la Secretaría Técnica en el apartado 4 del Informe Técnico, referido a la necesidad de acreditar los efectos anticompetitivos de la conducta (págs. 70 – 72), donde concluyen que para casos de acuerdos verticales en centros comerciales, estas conductas sólo serán sancionadas cuando produzcan efectos negativos en el proceso competitivo. Asimismo, estos casos también fueron empleados por la Secretaría Técnica de la Comisión para la definición de mercado afectado (págs. 83 - 86), donde concluyen que existe competencia entre aquellos agentes ubicados dentro y fuera de los centros comerciales.

⁵⁷ La recurrente cita a Economides, Nicholas (2004): "*Competition Policy in Network Industries; An Introduction*".
14/183

- vii. La Comisión señaló que la única competencia que puede enfrentar un centro comercial es otro centro comercial. Dados los distintos formatos en los que Arcos Dorados presenta sus restaurantes, existe un número ilimitado de posibles proveedores para sus locales de tipo *free standing* y *express*, lo que implica que el Jockey Plaza no se configura como una facilidad esencial. En esa medida, no es posible afirmar que Administradora Jockey Plaza sea un monopolio u ostente posición de dominio en el mercado de arrendamiento.
- viii. El hecho que los negocios ubicados en el interior y el exterior del Jockey Plaza cobren el mismo precio a los consumidores, es un indicador de que se está participando en el mismo mercado, evidenciando que Administradora Jockey Plaza no posee poder de mercado.

Sobre los efectos de la conducta

- ix. El Jockey Plaza no constituía un canal de comercialización relevante en el supuesto mercado afectado. La participación de este centro comercial como canal de comercialización respecto del total de ventas en Lima fue de 8.39% en promedio, con una clara tendencia decreciente. La proporción de mercado potencialmente disponible para Arcos Dorados o para cualquier otro agente económico que no hubiera podido acceder al Jockey Plaza fue en promedio del 91.61% del mercado relevante con una tendencia creciente. En ese sentido, la conducta no generó un efecto negativo para Arcos Dorados.
- x. La Comisión al definir arbitrariamente como mercado afectado únicamente a los establecimientos ubicados dentro del Jockey Plaza, estimó las cuotas de mercado y determinó que la conducta denunciada sí tuvo efectos anticompetitivos. Sin embargo, si el análisis realizado hubiera sido consecuente con la jurisprudencia internacional, las conclusiones habrían sido opuestas.

Sobre las justificaciones de la conducta

- xi. Administradora Jockey Plaza y Sigdelo suscribieron contratos de exclusividad en el año 1995 lo cual estuvo justificado en que: (i) Sigdelo se comprometió a arrendar diversos locales dentro del Jockey Plaza; y (ii) Sigdelo pagaba una suma adicional por contar con el derecho de exclusividad.
- xii. El acuerdo de exclusividad supone una mayor eficiencia económica en la medida que: (i) evita la “canibalización” del negocio al mantener una

mezcla adecuada de operadores (*tenant mix*); y, (ii) otorga seguridad a los operadores que compartieron el riesgo de invertir inicialmente en el Jockey Plaza en un ambiente de inestabilidad económica.

28. El 5 de enero de 2012, Sigdelo interpuso un recurso de apelación contra la Resolución Final en todos sus extremos, en particular, contra los numerales II, III y V. Adicionalmente, la empresa adjuntó un estudio económico denominado “Brand Image Tracker” (BIT) para el cual solicitó confidencialidad⁵⁸. Los argumentos presentados fueron complementados con el escrito del 9 de septiembre de 2013⁵⁹. A continuación se presentan los principales argumentos.

Sobre cuestiones procesales

- i. Se debe declarar la nulidad de la Resolución Admisoria, pues si bien la norma exige solamente indicios de la práctica ilegal para iniciar un procedimiento, este supuesto no se cumplió en este caso, tal como lo reconoció expresamente la Comisión⁶⁰.
- ii. La aplicación de la norma vigente⁶¹ resulta necesaria pues de este modo la Comisión contará con herramientas técnicas más adecuadas para juzgar a los administrados, lo cual resulta coherente con el principio de aplicación de la norma más favorable al administrado en materia sancionadora.
- iii. La Comisión ha vulnerado el derecho de defensa al no notificar parte de las pruebas⁶² de las que se ha valido para sustentar sus conclusiones al momento de resolver.
- iv. La Comisión ha vulnerado el principio del debido procedimiento al apartarse del análisis del Informe Técnico sin sustentar dicha postura. Al constituir la motivación un requisito de validez del acto administrativo y, en

⁵⁸ Informe Brand Image Tracker, elaborado por Ipsos Apoyo Opinión y Mercado en agosto de 2011 y presentado el 05 de enero de 2012. Ver fojas 6527 a 6532 del Expediente (confidencial). La Sala, mediante la Resolución 302-2013/SDC-INDECOPI del 21 de febrero de 2013, otorgó la confidencialidad solicitada sobre dicho estudio.

⁵⁹ Ver fojas 6902 a 7088 del Expediente.

⁶⁰ La recurrente se sustenta en que la Comisión señaló: “En consecuencia, queda pendiente, a efectos de evaluar la existencia de indicios suficientes de su licitud, acreditar si la conducta cumple con el requisito de tener como efecto real o potencial, restringir o impedir la competencia”. Ver párrafo 42 de la Resolución Admisoria.

⁶¹ Según Sigdelo, el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, tipifica la conducta de manera más precisa que el Decreto Legislativo 701.

⁶² Tales como: el Artículo “Factores de éxito en los centros comerciales de Lima Metropolitana y el Callao” publicado por ESAN usado para analizar las zonas de influencia del Jockey Plaza y Plaza San Miguel; y, la Investigación “Experiencias: Caso Bambos Burger Grill” elaborado por AMROP INTERNATIONAL y la Universidad de Piura, mediante la cual se identificó como principales competidores de Bambos a McDonald’s y Burger King.

este caso particular por constituir el derecho de la competencia un derecho administrativo sancionador, se debe declarar la nulidad de la Resolución Final.

- v. La primera instancia dejó de lado la condición de Sigdelo y las demás empresas de su grupo como inversionistas del proyecto que en ese momento era el Jockey Plaza, para lo cual se imputó un total de US\$ 450 000⁶³ como derecho de llave para ingresar a dicho centro comercial⁶⁴.
- vi. La Comisión afirma que las "hamburguesas son un producto claramente diferenciado de los demás tipos de comida rápida", sin ningún sustento fáctico.
- vii. La primera instancia no fundamentó por qué los consumidores de los establecimientos ubicados en un centro comercial no consideran como un sustituto a los establecimientos "*free standing*". Tampoco consideró que los establecimientos ubicados en otros centros comerciales pudieran ser considerados sustitutos de aquellos al interior del Jockey Plaza. Del mismo modo, no sustentó por qué se apartó de las conclusiones obtenidas a partir del análisis de *cluster* y cómo llegó a la conclusión de inexistencia de *multihoming*.

Sobre el mercado relevante

- viii. La Secretaría Técnica no incluyó el carácter de doble plataforma del Jockey Plaza al definir la extensión del mercado relevante, sino solo al momento de evaluar las condiciones de competencia en las que opera. La Comisión intentó subsanar dicho error empleando el concepto de *multihoming* en la definición de mercado relevante, en lugar de realizar un test de monopolista hipotético. En particular, no argumentó por qué los porcentajes de *multihoming* indicados en el Informe Técnico no eran significativos.
- ix. La Comisión redujo el mercado de producto al de hamburguesas similares a las de McDonald's basándose en que el acuerdo materia de la denuncia afecta a las hamburguesas que vende Arcos Dorados. El mercado relevante no podría ser el de venta de hamburguesas ya que, ante un posible aumento en precios, los consumidores comprarían otro tipo de comida rápida.

⁶³ Tal como fue mencionado en sus escritos del 22 de julio de 2009. Ver fojas 1348 a 1360 del Expediente.

⁶⁴ Sigdelo operaba un conjunto de tres franquicias importantes: KFC, Pizza Hut y Burger King. Además, ofreció traer una franquicia totalmente nueva para su lanzamiento en el Jockey Plaza: "Chilis".

- x. En la definición del producto relevante, la primera instancia desconoció la competencia que enfrentan los centros comerciales frente a los negocios *free standing*. Ello, a pesar de la existencia de otros canales de comercialización de comida rápida que representan un 95% de las ventas de dicho tipo de comida⁶⁵; de la existencia de jurisprudencia que considera como sustitutos a los locales comerciales que se ubican fuera de los centros comerciales⁶⁶; y, que los precios de los productos que comercializa Arcos Dorados y Sigdelo son similares tanto dentro como fuera del centro comercial⁶⁷.
- xi. La Comisión no explicó por qué solo analizó tres⁶⁸ de los doce⁶⁹ criterios empleados por la Secretaría Técnica y por qué añadió dos⁷⁰ adicionales. Más aún, no presentó justificación alguna sobre sus acciones. En esa medida, a decir de la Comisión, el único centro comercial similar al Jockey Plaza era Plaza San Miguel.

Sobre la posición de dominio

- xii. Dado que la firma del contrato se llevó a cabo en 1997, la determinación del poder de mercado se debió haber realizado para tal año y no en el 2007 como hizo la Comisión.
- xiii. Los lineamientos de la *Office of Fair Trading*⁷¹ (OFT, por sus siglas en inglés) para analizar los contratos de arrendamiento citados por la Comisión, señalan que no se deben evaluar las posiciones de mercado de

⁶⁵ Sigdelo señala que de acuerdo al Primer Informe de Sigdelo, se evidencia que el porcentaje de compras de comida rápida en los últimos tres meses de personas del nivel socioeconómico A, B y C, entre 16 y 49 años en Lima Metropolitana y el Callao, en cada canal de comercialización, es el siguiente: comedor (75%), *delivery* y para llevar (20%), y patio de comidas (5%).

⁶⁶ Tal como se concluyó en los siguientes casos: "DUNAFON v. DELAWARE McDONALD'S CORP." de Estados Unidos, 1988 y "Negocios Empresariales Perú S.A.C. contra el Centro Comercial Plaza Jesús María S.A.C.", Resolución 029-2008-INDECOPI/CLC del 13 de mayo de 2008.

⁶⁷ Sustentado en el párrafo 244 del Informe Técnico.

⁶⁸ Estos criterios son: (i) área arrendable; (ii) flujo de visitantes; y, (iii) frecuencia de visitas al mes.

⁶⁹ Estos criterios son: (i) flujo de visitantes; (ii) primer nivel socioeconómico atendido; (iii) segundo nivel socioeconómico atendido; (iv) ingresos del centro comercial; (v) precio promedio del metro cuadrado del arrendamiento de locales para comida rápida; (vi) participación de tiendas ancla; (vii) participación de locales de artículos para el hogar; (viii) participación de locales de venta de ropa; (ix) participación de locales de diversión; (x) participación de locales de venta de comida; (xi) participación de locales de artículos para el cuidado personal; y (xii) participación de locales para otros fines.

⁷⁰ Estos criterios son: (i) nivel socioeconómico; y, (ii) ticket promedio.

⁷¹ Autoridad de competencia del Reino Unido, actualmente denominada *Competition and Markets Authority* (CMA, por sus siglas en inglés).

las partes en cualquier mercado relevante, sino en el mercado relevante afectado por el acuerdo, es decir, en el de comida rápida en el presente caso.

- xiv. La resolución no acreditó adecuadamente la relación de competencia entre la denunciante y las denunciadas. Dado que la empresa excluida es McDonald's, la posición dominante que debe establecerse es la de Burger King o Sigdelo, debido a su condición de competidor supuestamente beneficiado por la exclusión objetada.
- xv. Al declarar que el Jockey Plaza tiene posición de dominio porque no existe otro centro comercial semejante y porque existen fuertes barreras a la entrada, la Comisión está otorgando al Jockey Plaza la categoría de "facilidad esencial".
- xvi. No existe evidencia de ejercicio de la posición de dominio del Jockey Plaza durante el período 1997-2007 sobre los arrendatarios o los consumidores. No se dieron (i) cláusulas que impidan a los arrendatarios instalar locales en las cercanías de un centro comercial; (ii) condiciones sobre los consumidores, por ejemplo cobros por el ingreso al centro comercial por los servicios que este establecimiento ofrece; o (iii) el Jockey Plaza no fue el centro comercial que cobró el precio más alto por metro cuadrado por arrendamiento de locales de comida rápida⁷²; e, (iv) ingresaron ocho (8) centros comerciales durante el período 2008-2012⁷³.

Sobre los efectos de la conducta

- xvii. En la definición de mercado afectado, la Comisión no tomó en cuenta que los consumidores consideran como alternativas de consumo válidas la oferta del pollo a la brasa, la comida criolla, los pescados y mariscos, las carnes y parrillas, entre otros⁷⁴.
- xviii. En casos de la jurisprudencia norteamericana, McDonald's contaba con contratos que la prevenían de competir con "toda la comida rápida". En particular, no se han dado efectos negativos sobre la competencia debido a que: (i) la exclusividad no es total, sino parcial; (ii) la competencia entre McDonald's, Burger King y el resto de restaurantes de comida rápida no

⁷² Ver foja 5799 del Expediente.

⁷³ Mall Aventura Plaza Callao y Aventura Plaza Pro (2008); Lima Plaza Norte, Real Plaza Cercado de Lima y Real Plaza Santa Clara (2009); Open Plaza Angamos (2010); Parque Agustino (2011) y Aventura Plaza Santa Anita (2012). Informe Fernández-Baca. Ver foja de 6922 del Expediente.

⁷⁴ De acuerdo a los informes Brand Image Tracker elaborados por Cuore CCR para Burger King y Pizza Hut (Tercer y Cuarto Informe de Sigdelo). Ver fojas 2591 a 2625 y 2626 a 2665 del Expediente (confidencial), respectivamente.

se limita al centro comercial; (iii) la participación de Burger King en el segmento de hamburguesas no superaría el 40% requerido por los lineamientos del OFT y tampoco el 25% considerando todos los restaurantes de comida rápida; y, (iv) el contrato solo bloquea la entrada a McDonald's. Así, el contrato analizado no tiene la capacidad de cerrar el mercado y bloquear la competencia.

Sobre las justificaciones de la conducta

- xix. La propia denunciante se refiere al hecho denunciado como una práctica de “exclusión” y no de “exclusividad”. El contrato denunciado es un acuerdo de una “exclusividad parcial”, por consiguiente solo podría generar una clausura parcial del mercado de demostrarse que la denunciada aumentó o mantuvo su participación de mercado.
- xx. La primera instancia señala que no existió un *tenant mix* ya que el acuerdo entre Sigdelo y Administradora Jockey Plaza no estableció un límite máximo del número de establecimientos que podían dedicarse a cada tipo de comida y, específicamente, el número de establecimientos dedicados a la venta de hamburguesas. Esta se equivoca ya que el mismo contrato establece: (i) no arrendar a ningún otro operador dedicado al expendio de pollo o pizza; y, (ii) la obligación de reservar un espacio para KFC en caso se habilite alguna área disponible para restaurantes sobre la parcela de 50,000 m² y que se de preferencia para rentar a Sigdelo en caso se habiliten lugares en el hipódromo de Monterrico.
- xxi. La Comisión sostiene que los denunciados no han cumplido con precisar cuál es el monto al que ascendió la inversión realizada por Sigdelo. Sin embargo, se imputó en su integridad como derecho de llave para ingresar al negocio del Centro Comercial un total de US\$ 450 000⁷⁵. De esta manera, Sigdelo y las demás empresas de su grupo, se constituyeron como inversionistas del proyecto, asumiendo parte considerable de los riesgos que implicaba en ese momento.

Sobre el cálculo de la sanción

- xxii. Con la finalidad de estimar el daño ocasionado por el acuerdo, la Comisión empleó una metodología que sobreestimó la producción de hamburguesas que habría tenido McDonald's de entrar al Jockey, atribuyéndole una mayor participación de mercado de la que hubiera obtenido de ingresar a dicho centro comercial.

⁷⁵

Mencionados en los escritos de fecha 22 de julio de 2009, por medio de los contratos preparatorios, así como en las cláusulas primera y décimo primera de los contratos de subarrendamiento posteriormente celebrados.

- xxiii. Aun habiendo definido el mercado afectado como “el conjunto de bienes y servicios que se ofrecen en el Jockey Plaza, entre los que se encuentran las hamburguesas de las marcas McDonald’s, Burger King y Bembos”, la Comisión solo realiza el cálculo para el mercado de hamburguesas.
- xxiv. Al solo haberse argumentado la posición de dominio del Jockey Plaza, el beneficio extraordinario obtenido por la misma no podría haberse obtenido por la exclusión de McDonald’s, puesto que no es su rival. En su lugar, su beneficio extraordinario provendría de un abuso de tipo explotativo, figura no contemplada por la legislación peruana. La Comisión sanciona ilegalmente a Administradora Jockey Plaza al cuantificar dicho monto como un porcentaje de las utilidades de Sigdelo.
29. El 5 de enero de 2012, el señor Zúñiga y el señor Diez Canseco interpusieron un recurso de apelación contra la Resolución Final, señalando lo siguiente:
- (i) Se adhieren a los argumentos esbozados por Sigdelo en su recurso de apelación. Adicionalmente, ambos cuestionaron la sanción impuesta en su contra.
 - (ii) Las sanciones impuestas por la Comisión a los señores Zúñiga y Diez Canseco no se encuentran motivadas debido a que no se efectuó un análisis de los criterios de graduación empleados para su cálculo. La primera instancia sólo señaló que “con la finalidad de disuadir de manera efectiva la participación de los señores en este tipo de infracciones, así como la de otras personas naturales que participen en órganos directivos o gerenciales de otras empresas, se les impone una multa de cinco (05) Unidades Impositivas Tributarias”⁷⁶.
30. Por Resolución 001-2012/CLC-INDECOPI del 10 de enero de 2012, la Comisión concedió sin efecto suspensivo los referidos recursos y elevó los actuados a la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala).
31. El 2 de marzo de 2012, Asociación de Centros Comerciales del Perú (en adelante, ACCEP) solicitó a la Sala su apersonamiento como tercero administrado. Dicha solicitud fue acogida por la Sala mediante Resolución 432-2014/SDC-INDECOPI del 28 de marzo de 2014, incorporando a ACCEP como tercero administrado al presente procedimiento.

⁷⁶

De acuerdo al párrafo 317 de la Resolución Final.

32. El 8 de abril de 2013, Arcos Dorados presentó su absolución a los recursos de apelación⁷⁷ y solicitó a la Sala el uso de la palabra.
33. El 9 de setiembre de 2013, Sigdelo presentó un escrito conteniendo tres informes: Informe Fernández-Baca⁷⁸, Informe Petrecolla⁷⁹ e Informe Priest⁸⁰ y solicitó a la Sala el uso de la palabra.
34. El 5 de febrero de 2015, Arcos Dorados presentó un escrito⁸¹ conteniendo tres informes: Informe Coloma⁸², Informe McGrath-Reddy⁸³ y Artículo Holmes-Murphy⁸⁴. A lo largo de estos informes y en el escrito de absolución del recurso de apelación, Arcos Dorados argumentó principalmente lo siguiente:

Sobre cuestiones procesales

- i. Sobre el vicio de nulidad de la Resolución Admisoria, por supuestamente no haber evaluado los indicios sobre el efecto restrictivo de la competencia generado por la conducta⁸⁵, se verifica que la Comisión no omitió este análisis ni dejó aspecto alguno pendiente para su posterior pronunciamiento, sino que la frase “*queda pendiente*” del párrafo 42, se refería a que en los párrafos siguientes (párrafos 43 a 47) se abordaría la fundamentación sobre la existencia de indicios de las consecuencias negativas sobre la competencia.

⁷⁷ Ver fojas 6789 a 6852 del Expediente.

⁷⁸ “Opinión sobre el informe de la Secretaría Técnica y la Resolución de la Comisión de Libre Competencia respecto a la denuncia de Arcos Dorados contra la Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. y Sigdelo S.A.” Elaborado por Jorge Fernández – Baca. Ver fojas 6910 a 6962 del Expediente.

⁷⁹ Informe de experto, elaborado por Diego Petrecolla. Ver fojas 6963 a 7037 del Expediente.

⁸⁰ “*Opinion on the evaluation of the claim of anticompetitive practices by Centros Comerciales del Perú S.A. (currently Jockey Plaza Shopping Center S.A.) and Sigdelo S.A. with respect to the execution of leases at Jockey Plaza Shopping Center*”, elaborado por George Priest. Ver fojas 7038 a 7045 del Expediente.

⁸¹ Ver fojas 7146 a 7280 del Expediente.

⁸² ANEXO 26-A: “Informe sobre el caso de Jockey Plaza Shopping Center S.A. y Sigdelo S.A. sobre prácticas restrictivas de la competencia”, elaborado por el profesor argentino Germán Coloma. Ver fojas 7171 a 7232 del Expediente.

⁸³ ANEXO 26-B: “*Application of UK Competition Law to Restrictions in Land Agreements*” (“Aplicación del Derecho de la Competencia del Reino Unido a las Restricciones en los Contratos sobre Propiedades”), informe elaborado por Becket McGrath y Trupti Reddy de Edwards Wildman Palmer UK LLP. Ver fojas 7234 a 7252 del Expediente.

⁸⁴ ANEXO 26-C: Artículo de Marjorie Holmes y Stephen Murphy: “*Shopping Centre Assessments. Some tips for the UK from other jurisdictions.*” Ver foja 7277 del Expediente.

⁸⁵ Resolución Admisoria, párrafo 42: “En consecuencia, queda pendiente, a efectos de evaluar la existencia de indicios suficientes de su licitud, acreditar si la conducta cumple con el requisito de tener como efecto real o potencial, restringir o impedir la competencia”.

- ii. La presunta limitación al derecho de defensa –que habría causado la falta de delimitación del mercado relevante y la existencia de posición de dominio en la Resolución Admisoria– es contradictoria, en la medida que Sigdelo ha cuestionado y abordado tales temas en sus descargos.
- iii. Sobre la ley aplicable para determinar la configuración de la infracción, la Comisión no incurrió en el supuesto vicio señalado por Sigdelo, debido a que, en primer lugar, el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, el Decreto Legislativo 1034) resulta única y exclusivamente aplicable al presente caso en lo referente a sus aspectos de carácter procedimental; y, en segundo lugar, la norma actual no es más benigna que el Decreto Legislativo 701 en lo referido a la metodología aplicable a la determinación de la existencia de los acuerdos restrictivos verticales.
- iv. Según las recurrentes, la presunta falta de notificación de dos medios probatorios habría limitado el ejercicio del derecho de defensa de Sigdelo. Sin embargo, dicho argumento falta a la verdad, debido a que el estudio *“Factores de éxito en los centros comerciales de Lima Metropolitana y el Callao”* constituye una de las fuentes bibliográficas del Informe Técnico de la Secretaría Técnica, el cual fue debidamente notificado a las partes del procedimiento⁸⁶.
- v. Aun en el supuesto negado que se estime que los estudios *“Factores de éxito en los centros comerciales de Lima Metropolitana y el Callao”* y *“Compartiendo experiencias. Caso Bembo's Burger Grill”* debían ser notificados a Sigdelo antes de la emisión de la decisión final, es relevante notar que dicha omisión no habría generado un vicio trascendente, debido a que, prescindiendo de su actuación y valoración, la Comisión habría arribado a la misma conclusión.
- vi. La Comisión no se encontraba obligada a efectuar un recuento exhaustivo y pormenorizado de todas y cada una de las consideraciones plasmadas en el Informe Técnico a fin de apartarse de sus recomendaciones.

Sobre el mercado relevante

- vii. Las áreas comerciales ubicadas en la vía pública no son sustitutos adecuados de los centros comerciales, debido a que los consumidores que acuden a los grandes centros comerciales buscan una combinación

⁸⁶

Ver Informe Técnico, en la nota al pie 184 correspondiente al numeral 15 del Anexo 1 – Características de los centros comerciales de Lima.

particular de bienes, servicios y atracciones, y los arrendadores buscan atender las particulares necesidades de estos consumidores⁸⁷.

- viii. La considerable distancia existente entre los centros comerciales Jockey Plaza y Plaza San Miguel (con el mayor nivel de similitud durante el periodo investigado), determina que tengan diferentes ámbitos de influencia, de modo que la mayoría de consumidores que acuden a uno de estos centros comerciales no acudan al otro, es decir, no realizan “*multihoming*”⁸⁸. Adicionalmente, no sólo se debería considerar el tiempo de manejo en automóvil, sino también el tiempo utilizando medios de transporte público.
- ix. No se debería incluir otras alternativas como la venta de pollo, pizza y otros, en la definición del producto relevante, debido a que Arcos Dorados y cualquier otra empresa que participa en el formato de venta de hamburguesas no tienen la capacidad de reinvertir fácilmente sus recursos hacia otros mercados, como la venta de pollo, pizza, comida criolla o chifa.

Sobre la posición de dominio

- x. A través de la conducta analizada, Sigdelo buscó precisamente trasladar la posición de dominio de Jockey Plaza en el mercado “aguas arriba” al mercado “aguas abajo”, por lo que no es necesario acreditar que Sigdelo contaba con una posición de dominio en el mercado aguas abajo.
- xi. En el momento que se realizó la denuncia (año 2007), Jockey Plaza ya era un centro comercial establecido y de gran importancia en la ciudad de Lima, y por ende es muy probable que tuviera un poder de mercado sustancial como oferente de espacios en centros comerciales.

Sobre los efectos de la conducta

⁸⁷ El escrito cita a Halper, en el caso de los centros comerciales regionales en los Estados Unidos, quien señala que “*los centros comerciales regionales dependen de los patrones de conducta diferenciados de los consumidores que compran en ellos y por tal motivo pueden ser considerados como mercados relevantes en sí mismos*”. Asimismo, en una nota publicada en Harvard Law Review (1973) se explica que “*por sus características especialmente diseñadas, difícilmente puede encontrarse sustitutos para un centro comercial regional en los Estados Unidos*”. Ver fojas 6831 a 6833 del Expediente.

⁸⁸ En la Resolución Final, párrafo 158, la Comisión señaló: “De acuerdo a lo anterior, al evaluar si los dos tipos de clientes del Jockey Plaza y Plaza San Miguel realizan *multihoming*, se observa que, si bien los arrendatarios buscan espacios en ambos centros comerciales, la mayoría de consumidores que acude al Jockey Plaza no acude a Plaza San Miguel y la mayoría de consumidores que acude a Plaza San Miguel no acude al Jockey Plaza. En otras palabras, la mayoría de consumidores no considera a Plaza San Miguel como un sustituto del Jockey Plaza”.

- xii. La Comisión sólo ha dejado sin efecto el acuerdo anticompetitivo suscrito entre Sigdelo y el Jockey Plaza, para permitir que este último pueda negociar libremente con Arcos Dorados, arrendándole o no un local comercial para la venta de hamburguesas en el centro comercial, sin la presión de una posible demanda de Sigdelo por daños y perjuicios por el incumplimiento de la Carta Adenda.
 - xiii. La teoría de las facilidades esenciales no resulta aplicable a este caso, debido a que la Comisión no ha establecido obligación alguna de contratar ni ha dictado un mandato de acceso al Jockey Plaza a favor de Arcos Dorados.
 - xiv. En 1997, Sigdelo contaba con un significativo poder de mercado⁸⁹, lo que se reflejó también en los ingresos económicos que representaba para los centros comerciales, ya que operaba tres franquicias (KFC, Pizza Hut y Burger King) que habían demostrado tener mucho éxito en el Perú y, además, se encontraba en tratativas para traer una nueva franquicia (Chilis).
35. El 21 de setiembre de 2015, Sigdelo presentó un escrito en el cual⁹⁰ reiteró los argumentos presentados en su recurso de apelación y en el escrito del 9 de setiembre de 2013⁹¹.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

36. Luego de revisar el expediente, a criterio de esta Sala, deberán dilucidarse los siguientes puntos controvertidos:
- (i) Si corresponde otorgar el uso de la palabra a las partes;
 - (ii) la norma aplicable al presente caso;
 - (iii) las solicitudes de nulidad presentadas por Sigdelo y Administradora Jockey Plaza;
 - (iv) si el mercado relevante fue correctamente delimitado por la Comisión;

⁸⁹ Arcos Dorados señala que "las empresas Saidel S.A. y Sigdelo S.A. (hoy fusionadas en Sigdelo) representaban un porcentaje muy alto de las franquicias de comida rápida en el Perú. De los 41 locales de comida rápida que existían en el Perú en el año 1997, dichas empresas mantenían 22 de ellos. Es decir, más del 50% de los locales de comida rápida". Ver foja 6845 del Expediente.

⁹⁰ Ver fojas 7291 a 7328 del Expediente.

⁹¹ Para mayor detalle ver párrafo 28 de la presente resolución.

- (v) si existió posición de dominio en el mercado relevante durante el período investigado; y,
- (vi) si se configuró una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar y, de ser el caso, si corresponde imponer una sanción a Sigdelo y Administradora Jockey Plaza y dictar medidas correctivas.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

III.1 SOBRE LA SOLICITUD DE INFORME ORAL

- 37. El 8 de abril y 9 de setiembre de 2013, Arcos Dorados y Sigdelo, respectivamente, solicitaron a la Sala que se les conceda el uso de palabra en una audiencia de informe oral.
- 38. Al respecto, el artículo 16 del Decreto Legislativo 1033 - Ley de Organización y Funciones del Indecopi señala que la Sala podrá denegar la solicitud de audiencia de informe oral mediante una decisión debidamente fundamentada⁹² por lo que la citación a informe oral es una potestad y no una obligación.
- 39. En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorios del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación”*⁹³.

⁹²

DECRETO LEGISLATIVO 1033 - LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI

Artículo 16.- Audiencia de informe oral ante las Salas del Tribunal.

16.1 Las Salas del Tribunal podrán convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte. En este segundo caso, podrán denegar la solicitud mediante decisión debidamente fundamentada.

16.2 Las audiencias son públicas, salvo que la Sala considere necesario su reserva con el fin de resguardar la confidencialidad que corresponde a un secreto industrial o comercial, o al derecho a la intimidad personal o familiar, de cualquiera de las partes involucradas en el procedimiento administrativo.

16.3 Las disposiciones del presente artículo serán aplicables a las solicitudes de presentadas ante las Comisiones. (Subrayado agregado)

⁹³

EXPEDIENTE 01147-2012-PA/TC

(...)

Sobre el particular es importante precisar que el recurrente cuestiona el hecho de que se le haya privado o impedido ejercer su derecho de defensa por medio del informe oral; sin embargo, ello no constituye una vulneración de este derecho constitucional toda vez que no significó un impedimento para el ejercicio del derecho de defensa del recurrente, ya que este Colegiado en reiterada jurisprudencia se ha pronunciado a este respecto manifestando que en los supuestos en que el trámite de los recursos sea eminentemente escrito, no resulta vulneratorios del derecho de defensa la imposibilidad del informe oral; dado que el accionante ha podido presentar sus alegatos por escrito a fin de sustentar su impugnación. En consecuencia, no se ha producido vulneración alguna del derecho constitucional de defensa del recurrente. Por lo que este extremo de la demanda debe ser desestimado en aplicación, a contrario sensu, del artículo 2º del Código Procesal Constitucional.

40. En el presente caso, las partes han presentados sus argumentos a lo largo del procedimiento, manifestando su posición respecto a los hechos materia de controversia en el presente procedimiento. Ello puede apreciarse de la revisión de la documentación que obra en el expediente, en donde ambas partes han expuesto durante el trámite del presente procedimiento los fundamentos que sustentan su posición de manera extensa y detallada, basándose incluso en informes elaborados por especialistas en la materia analizada en este caso, por lo que la Sala cuenta con todos los elementos para resolver las cuestiones controvertidas. Por ende, este colegiado considera que no es necesario convocar a una audiencia de informe oral.

III.2 PERIODO DE INVESTIGACIÓN

41. En el presente caso, la Comisión señaló que el periodo de vigencia de la conducta imputada era desde 1997 hasta el 2007, en el cual determinó que existía posición de dominio por parte de Administradora Jockey Plaza. Para ello, la primera instancia tomó como inicio de la conducta imputada la suscripción de la Carta Adenda entre Sigdelo y Administradora Jockey Plaza el 20 de febrero de 1997 hasta la presentación de la denuncia el 26 de setiembre de 2007.
42. Al respecto, esta Sala estima conveniente determinar la naturaleza de la conducta denunciada e imputada a fin de establecer cuál es el periodo sobre el cual se efectuará el análisis de fondo, así como posteriormente, absolver las cuestiones relativas a la norma aplicable al presente caso.
43. Arcos Dorados señaló en su denuncia que durante años ha realizado gestiones con las distintas administraciones del Jockey Plaza para arrendar uno o varios locales en sus distintos formatos (*food court*, estación de postres, McCafé, entre otros) recibiendo negativas verbales sustentadas en que supuestamente se encontraba copada la oferta de establecimientos similares a McDonald's, lo cual se evidenciaría de las diversas comunicaciones que no fueron respondidas de manera formal y por escrito:
- (i) Carta del 24 de octubre de 2000: Arcos Dorados reitera su intención de arrendar un local en el patio de comidas o en cualquier otra área del estacionamiento principal del Jockey Plaza, a fin de establecer uno o más restaurantes McDonald's⁹⁴.
 - (ii) Carta del 6 de noviembre de 2000: Arcos Dorados reiteró el pedido formulado mediante carta del 24 de octubre de 2000. Asimismo, manifestó

94

A foja 135 del Expediente.

que existían algunos locales comerciales desocupados que podría alquilar⁹⁵.

- (iii) Carta del 4 de diciembre de 2000: Arcos Dorados señaló que mediante cartas del 24 de octubre y 6 de noviembre de 2000 manifestó su deseo de arrendar un local en el Jockey Plaza. Asimismo, manifestó su extrañeza sobre la razón por la cual Administradora Jockey Plaza no presta atención a su ofrecimiento⁹⁶.
- (iv) Carta del 7 de mayo de 2001: Arcos Dorados reiteró su interés en arrendar locales comerciales en el Jockey Plaza. Específicamente, manifestó su interés de construir cinco unidades operativas y los beneficios que traería que exista un local de McDonald's en el Jockey Plaza⁹⁷.
- (v) Carta del 24 de julio de 2001: Arcos Dorados recordó que durante casi dos años ha entablado negociaciones y tratativas con representantes del Jockey Plaza sin concretar el arrendamiento de un local. Asimismo, indicó que existe una rotación de inquilinos en el mencionado centro comercial, así como espacios disponibles tanto en el *food court* como en otras áreas, no entendiendo las razones por las cuales no se presta atención a sus solicitudes⁹⁸.
- (vi) Carta del 23 de diciembre de 2002: Arcos Dorados refirió a la reunión que mantuvo con relación a la posibilidad de acceder a un local en el Jockey Plaza. Asimismo, reiteró el interés de alquilar, en primer lugar, un local en el patio de comidas, para luego continuar con el desarrollo de otros formatos de venta de productos tanto en el patio de comidas como en otros espacios del Jockey Plaza. Resaltó que su interés fue puesto en manifiesto en las cartas del 24 de octubre de 2000, 6 de noviembre de 2000, 4 de diciembre de 2000 y 7 de mayo de 2001⁹⁹.

44. Con ello, Arcos Dorados resaltó que durante años había realizado constantes tratativas con Administradora Jockey Plaza recibiendo negativas como respuestas, pese a que en varias oportunidades había espacios disponibles. De esta forma, se evidenciaría el constante interés por parte de Arcos Dorados de arrendar un espacio en el Jockey Plaza a fin de operar un local de McDonald's,

⁹⁵ A foja 136 del Expediente.

⁹⁶ A foja 137 del Expediente.

⁹⁷ A fojas 138 al 139 del Expediente.

⁹⁸ A fojas 140 al 141 del Expediente.

⁹⁹ A fojas 143 del Expediente.

sea en el *food court* o en alguna otra área del centro comercial, incluso antes de las fechas en que remitió las cartas notariales a Administradora Jockey Plaza.

45. Asimismo, Arcos Dorados manifestó en su denuncia que ante la carta remitida a Administradora Jockey Plaza el 8 de junio de 2006¹⁰⁰, en la cual señala su interés de retomar negociaciones para arrendar un espacio en el mencionado centro comercial, recibió la Carta de Respuesta de fecha 12 de junio de 2006¹⁰¹ en donde dicha denunciada expresó lo siguiente:

“(...) Mediante la presente acuso recibo de su atenta carta del (sic) fecha 08 de Junio, a través de la cual nos reiteran el deseo de participar con su marca Mc Donald’s en el Jockey Plaza Shopping Center. Sobre el particular, les confirmamos nuestro interés en contar con la marca Mc Donald’s entre nuestros operadores. Sin embargo, como es de su conocimiento, existen algunas limitaciones de tipo contractual con otro operador que nos impide, por el momento, concretar dicha posibilidad. No obstante lo anterior, estamos revisando los aspectos legales y contractuales para tratar de encontrar una salida adecuada que nos permita materializar la presencia de Mc Donald’s en el Jockey Plaza Shopping Center. (...)”

(Subrayado añadido)

46. Como consecuencia de lo anterior, Arcos Dorados denunció que existía una conducta anticompetitiva consistente en una presunta negativa concertada e injustificada de trato, en la medida que durante años ha intentado arrendar un local comercial en el Jockey Plaza sin éxito, lo cual encontraría explicación en la existencia de un acuerdo entre Administradora Jockey Plaza y otro agente económico que opera en el centro comercial en cuestión.
47. Sobre el particular, se desprende que el petitorio de Arcos Dorados es que la autoridad de competencia analice la existencia de una negativa injustificada de trato, generada como consecuencia de un acuerdo, cuyo objeto es impedir que en el Jockey Plaza opere alguna franquicia de McDonald’s, afectando con ello el proceso competitivo.
48. En ese sentido, la hipótesis planteada en este caso por la primera instancia es que la conducta se configuró¹⁰² desde la suscripción de la Carta Adenda

¹⁰⁰ A foja 144 del Expediente.

¹⁰¹ A foja 145 del Expediente.

¹⁰² Como consecuencia de la denuncia, la primera instancia investigó y requirió información a Administradora Jockey Plaza, oportunidad en la cual identificó la Carta Adenda celebrada entre dicha empresa y Sigdelo. Tales hechos han sido admitidos por los denunciados, por lo que, a efectos del presente procedimiento la suscripción del referido documento no constituye materia controvertida.

celebrada entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo en el año 1997, que establece la obligación de no arrendar ningún espacio para que alguna franquicia de McDonald's opere en el centro comercial, incluso en zonas de expansión futura. Este hecho sería, en la hipótesis de la Comisión, el punto de partida para la configuración de la negativa concertada e injustificada de trato que, junto con las diversas tratativas y negociaciones infructuosas entre Arcos Dorados y Administradora Jockey Plaza llevadas a cabo hasta el año 2007, habría constituido la infracción materia de denuncia.

49. En síntesis, la conducta denunciada se habría materializado en los siguientes hechos:

- (i) La existencia de la Carta Adenda celebrada entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo en el año 1997, que establece la obligación de no arrendar ningún espacio para que alguna franquicia de McDonald's opere en el centro comercial, incluso en zonas de expansión futura.
- (ii) Las sucesivas negativas verbales de Administradora Jockey Plaza o falta de respuesta formal a las solicitudes de Arcos Dorados; y,
- (iii) La respuesta por escrito de Administradora Jockey Plaza en el año 2006, señalando que existían limitaciones contractuales acordadas con "otro operador" que impedían contratar con Arcos Dorados.

50. De otro lado, a fin de identificar si la conducta analizada constituye una infracción de naturaleza continuada o instantánea, debe indicarse que en la doctrina de Derecho Penal –derecho sancionador por antonomasia– existe consenso en señalar que la figura del delito continuado presenta elementos de carácter objetivo y subjetivo. Aquellos elementos de naturaleza objetiva son: (i) la pluralidad de acciones; (ii) la pluralidad de violaciones a la misma ley, de modo que cada una de las acciones constituya una previsión típica; y, (iii) el contexto temporal de la realización de las acciones, es decir, se sanciona con una misma pena diferentes actos particulares cometidos en el mismo momento o en momentos diversos que se estiman continuados y constituyen un solo delito. Por su parte, el elemento subjetivo que caracteriza este tipo de delito es la unidad de resolución criminal¹⁰³.

51. En la misma línea, para el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, como ocurre en el presente caso, Gómez Tomillo y Sanz

¹⁰³ Cfr.: HURTADO POZO, Manuel. *Manual de Derecho Penal. Parte General I*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2005. Pg. 943-957; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006, Pg. 685-696; BRAMONT ARIAS, Luis A. y Luis A. BRAMONT-ARIAS TORRES. *Código Penal Anotado*. Lima: Editorial San Marcos, 1995. Págs. 234 a 239.

Rubiales¹⁰⁴ señalan que deben concurrir ciertos requisitos objetivos y subjetivos a fin de calificar un ilícito como una infracción continuada. A decir de los citados autores, los requisitos serían los siguientes: (i) pluralidad de acciones u omisiones; (ii) las diversas infracciones deben contravenir el mismo precepto normativo o uno de similar naturaleza; y, (iii) cierta proximidad espacial y temporal de los hechos imputados.

52. En este caso, la conducta denunciada se habría configurado desde el año 1997 hasta el 2007, como consecuencia de la suscripción de la Carta Adenda, y se habría materializado a través de diversos actos ejecutivos consistentes en negativas verbales (acciones) o falta de respuesta a requerimientos (omisiones), las cuales habrían imposibilitado que Arcos Dorados pueda operar un local en el centro comercial Jockey Plaza.
53. Asimismo, todos los actos ejecutivos que se derivan de la Carta Adenda son susceptibles de contravenir, de forma individual, el mismo precepto normativo al calificar como negativa concertada e injustificada de trato que puede infringir lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701.
54. Finalmente, los actos ejecutivos llevados a cabo de manera reiterada encontrarían explicación en la restricción contenida en la Carta Adenda. La obligación de Administradora Jockey Plaza de no arrendar espacio alguno a Arcos Dorados en el Jockey Plaza está relacionada con la vigencia de los contratos de arrendamiento suscritos con Sigdelo. Este plazo era de diez (10) años, prorrogables automáticamente por diez (10) años más, lo cual implicaba que Arcos Dorados no pudiera arrendar ningún local hasta el año 2007. Por ende, los actos ejecutivos en mención tienen una proximidad espacial y temporal, pues se habrían materializado en atención a la restricción contractual establecida entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo y mientras está se encontraba vigente.
55. Por consiguiente, esta Sala concluye que la presunta infracción constituye una de naturaleza continuada¹⁰⁵, considerando que la conducta se habría materializado desde el año 1997 hasta el 2007 con las sucesivas negativas de trato de parte de Administradora Jockey Plaza, a consecuencia de la suscripción de la Carta Adenda con Sigdelo que imposibilitaba que Arcos Dorados arrendara un local en el centro comercial durante ese periodo.

¹⁰⁴ GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. *Derecho Administrativo Sancionador. Parte General*. Navarra: Editorial Arazandi S.A. Segunda Edición. 2010. Pág. 633.

¹⁰⁵ Una infracción continuada consiste en dos o más acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o norma de igual o semejante naturaleza, con la característica que todas las acciones que lo constituyen - que de por sí ya son infracciones consumadas o intentadas - serán valoradas en conjunto como una sola infracción.

III.3 NORMA APLICABLE Y PRESCRIPCIÓN

56. Sigdelo alegó en apelación una serie de argumentos destinados a sustentar la aplicación retroactiva del Decreto Legislativo 1034¹⁰⁶ al presente caso. A criterio del recurrente, el Decreto Legislativo 1034 podría contener reglas más favorables para los imputados, pese a que los hechos materia de denuncia se configuraron durante la vigencia del Decreto Legislativo 701¹⁰⁷.
57. Atendiendo a dicha alegación, la Sala evaluará cuál era la norma aplicable al momento de admitir a trámite la denuncia e imputar cargos contra los denunciados. Asimismo, se analizará si al emitirse la Resolución Final, la Comisión debió resolver la controversia en el marco del Decreto Legislativo 701 o del Decreto Legislativo 1034, vigente en ese entonces.
58. Una vez definida la norma aplicable en ambos momentos, se analizará si la Comisión incurrió en algún vicio de nulidad, tanto al emitir la Resolución Admisoria como la Resolución Final, atendiendo a los argumentos planteados por Sigdelo¹⁰⁸ en su apelación.
59. Finalmente, se verificará si la conducta imputada al señor Carrillo se encuentra prescrita, atendiendo a los argumentos planteados por dicha parte en su recurso de apelación.

III.3.1 Inicio del procedimiento

60. El artículo 103 de la Constitución Política del Perú¹⁰⁹ señala que la ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes desde su entrada en vigencia y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal cuando favorece al reo.

¹⁰⁶ En virtud del literal a) de la Segunda Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo 1034, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de junio de 2008, se dispuso la derogación expresa del Decreto Legislativo 701.

¹⁰⁷ El Decreto Legislativo 701, mediante el cual eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la Libre Competencia, fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 07 de noviembre de 1991.

¹⁰⁸ Cuyos argumentos han sido reiterados por los señores Zúñiga y Carrillo en apelación.

¹⁰⁹ **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ**

Artículo 103.- Pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.

61. Sobre la potestad sancionadora administrativa, el numeral 5 del artículo 230 de la Ley 27444¹¹⁰, establece que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta infractora.
62. Considerando que Arcos Dorados presentó su denuncia el 26 de setiembre de 2007 y esta fue admitida a trámite por la Comisión mediante Resolución Admisoria el 15 de abril de 2008, esta Sala concluye que la norma aplicable a efectos de evaluar la denuncia en mención era el Decreto Legislativo 701, pues tal cuerpo normativo se encontraba vigente al momento en que los denunciados habrían incurrido en la conducta presuntamente anticompetitiva.
63. Habiendo determinado que el Decreto Legislativo 701 era la norma aplicable a efectos de evaluar el inicio del procedimiento, resulta importante verificar si la primera instancia aplicó correctamente dicha norma al emitir la Resolución Admisoria, en atención a lo alegado por Sigdelo sobre este punto.
64. En apelación, Sigdelo manifestó que, para iniciar el presente procedimiento, la Comisión debió contar con indicios suficientes sobre la comisión de una infracción al Decreto Legislativo 701, conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de la misma norma. A criterio del recurrente, resultaba necesario que la Comisión evaluara la existencia de indicios sobre los posibles efectos anticompetitivos de la conducta y determinara preliminarmente la posición dominante de alguno de los denunciados en un mercado relevante, por lo que dichas omisiones acarrearán la nulidad de la Resolución Admisoria.
65. Sobre el particular, el artículo 15 del Decreto Legislativo 701 establecía que, si se estima que existen indicios razonables de infracción a la mencionada norma, la primera instancia notificará al presunto responsable con la imputación de cargos en la cual se indiquen los hechos presuntamente infractores¹¹¹.
66. Así, en el marco de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 701, cabe interpretar *contrario sensu* que la primera instancia solo podía iniciar un procedimiento por presuntas conductas anticompetitivas, de oficio o de parte, si es que cuenta con indicios razonables de la comisión de una infracción.

¹¹⁰ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa.
(...)

5. Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

¹¹¹ **DECRETO LEGISLATIVO 701. LEY QUE ELIMINA LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA**
Artículo 15.- La investigación será iniciada por la Secretaría de oficio, previa aprobación de la Comisión, o a petición de parte. Si la Secretaría estima existen indicios razonables de violación de la presente Ley, notifica al presunto responsable enumerando los hechos que supuestamente infringen la ley.

67. Considerando que el presente procedimiento fue iniciado por una presunta práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, corresponde analizar cuáles eran los requisitos necesarios que debía observar la autoridad para admitir a trámite la denuncia, conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 6, literal g), del Decreto Legislativo 701.
68. El artículo 3 del Decreto Legislativo 701 establecía la prohibición general de las conductas anticompetitivas, el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas de la competencia que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, generando un perjuicio para el interés económico general¹¹².
69. Por su parte, el artículo 6 de la norma en mención complementa la prohibición general de las conductas anticompetitivas con la definición específica de las prácticas restrictivas de la competencia, entendiéndose como tales a los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos. En particular, uno de los tipos de conducta anticompetitiva es la negativa concertada e injustificada de trato, la cual se encuentra descrita en el literal g) del artículo 6 de la norma citada¹¹³.
70. Ambas normas regulan lo que se conoce como prácticas colusorias, no haciendo distinción alguna entre las prácticas colusorias horizontales y verticales, por lo que dichas disposiciones eran aplicables para ambos tipos de conductas anticompetitivas.
71. La colusión horizontal se configura cuando dos o más agentes competidores (por ejemplo, comercializadores de un producto o servicio) celebran acuerdos lesivos para el proceso competitivo, mientras que en la colusión vertical los mencionados acuerdos se dan entre dos o más agentes que operan en distintos niveles de la cadena productiva (por ejemplo, entre el fabricante de un producto

¹¹² **DECRETO LEGISLATIVO 701. LEY QUE ELIMINA LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.

¹¹³ **DECRETO LEGISLATIVO 701. LEY QUE ELIMINA LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Artículo 6.- Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

Son prácticas restrictivas de la libre competencia:

(...)

g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.

y uno de sus distribuidores). Por ende, al amparo del Decreto Legislativo 701, ambas prácticas colusorias solamente se diferencian dependiendo de si las partes del acuerdo operan o no en el mismo nivel de la cadena productiva.

72. En el presente caso, la conducta imputada consiste en una presunta práctica colusoria vertical, en la medida que Administradora Jockey Plaza (arrendador de locales comerciales) opera en una etapa de la cadena productiva distinta a la de Sigdelo (expendio de comida), empresa con la que habría concertado para negar el arrendamiento de un local comercial a Arcos Dorados de manera injustificada.
73. Bajo tales consideraciones, conforme a las normas antes señaladas, la primera instancia debía analizar si había indicios razonables que demuestren preliminarmente: a) la existencia de un acuerdo entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, en virtud del cual se nieguen a satisfacer demandas de productos o servicios de manera injustificada; y, b) que la negativa tenga como efecto, real o potencial, restringir o impedir la competencia.
74. De la lectura de la Resolución Admisoria, la Sala aprecia que la Comisión sí valoró la existencia de indicios, tanto de la existencia de la conducta denunciada como de los posibles efectos anticompetitivos que podría generar.
75. Sobre el primer punto, la Comisión verificó la existencia del acuerdo entre Sigdelo y Administradora Jockey Plaza materializado en la Carta Adenda¹¹⁴.
76. En lo concerniente al segundo punto, la Comisión evaluó que dicha conducta podría generar efectos anticompetitivos, atendiendo a que la Carta Adenda contenía dos restricciones que podrían afectar a los competidores de Sigdelo: a) la restricción de que Arcos Dorados pueda arrendar algún local en el Jockey Plaza, incluso sobre los terrenos del Hipódromo de Monterrico sobre los cuales Administradora Jockey Plaza pueda tener derechos; y, b) la restricción de cualquier empresa de ingresar a operar en el *food court* para el expendio de pollos o pizzas. A criterio de la Comisión, ello podría generar que la competencia en el expendio de comida en el Jockey Plaza se vea restringida, en particular, debido al plazo de vigencia del acuerdo (10 años más la prórroga).
77. A diferencia de lo alegado por Sigdelo, se verifica que la Comisión sí valoró la existencia de indicios de la conducta denunciada. Si bien en el numeral 42 de la Resolución Admisoria la Comisión señaló que quedaba pendiente acreditar si la conducta cumple con el requisito de tener como efecto, real o potencial, restringir o impedir la competencia, lo hizo con la única finalidad de indicar que

¹¹⁴ Ver numerales 6 al 39 de la Resolución Admisoria, a fojas 301 al 312 del Expediente.

dicho análisis sería realizado a continuación, como finalmente sucedió¹¹⁵. Por consiguiente, se debe desestimar el argumento de Sigdelo respecto al supuesto vicio de nulidad de la Resolución Admisoria, por presuntamente no haber evaluado la existencia de indicios de los efectos anticompetitivos de la conducta denunciada.

78. Adicionalmente, Sigdelo señaló en apelación que resultaba necesario que en la admisión a trámite se determinara el mercado relevante y la posición de dominio, con la finalidad de medir los efectos anticompetitivos de la conducta denunciada.
79. Sobre el particular, conforme a lo indicado anteriormente, el Decreto Legislativo 701 solamente hace mención en sus artículos 3 y 6 a que las prácticas colusorias son aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos, entre ellas, la negativa concertada e injustificada de trato.
80. Atendiendo al tipo de conducta infractora denunciada, la primera instancia tenía la obligación de determinar la existencia de indicios razonables de la infracción, en los términos descritos en el artículo 15 del Decreto Legislativo 701, a efectos de admitir a trámite la denuncia e iniciar el presente procedimiento. De esta forma, bastaba que la primera instancia verificara, como finalmente lo hizo, si había indicios de la existencia de la conducta (acuerdo colusorio en la modalidad de negativa concertada e injustificada de trato) y que esta produjo o podía producir efectos anticompetitivos.
81. Sin perjuicio de ello, pese a que no estaba contemplado en el Decreto Legislativo 701, el análisis de mercado relevante y posición de dominio constituye una práctica recomendable¹¹⁶ como parte del análisis de este tipo de conductas, a fin de determinar si existió una infracción. En efecto, si ninguno de los agentes económicos involucrados en la práctica colusoria vertical ostenta posición de dominio en el mercado relevante, la conducta imputada no tendría la capacidad de generar efectos anticompetitivos.
82. De manera análoga, la Comunidad Europea considera que las restricciones verticales solamente pueden generar problemas en el proceso competitivo si las empresas imputadas cuentan con elevado poder de mercado. Las “Directrices relativas a las restricciones verticales” señalan textualmente que *“En la mayoría de las restricciones verticales, sólo surgen problemas de*

¹¹⁵ Ver numerales 43 al 48 de la Resolución Admisoria, a fojas 312 y 313 del Expediente.

¹¹⁶ Ver Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC del 22 de febrero de 2008.

competencia si existe una competencia insuficiente en uno o más niveles del comercio, por ejemplo, si existe algún grado de poder de mercado a nivel del proveedor, del comprador, o de ambos.”¹¹⁷

83. Dicha regla también ha sido acogida por la Fiscalía Nacional Económica de Chile en su “Guía para el análisis de restricciones verticales”, señalando que la participación de mercado, elemento importante para determinar la posición de dominio, es el primer filtro para analizar estos casos. De lo contrario, *“resulta improbable que la restricción vertical genere efectos y/o riesgos anticompetitivos significativos si ninguna de las partes goza de una participación de mercado suficientemente alta.”¹¹⁸*
84. Incluso, el legislador peruano consideró pertinente incluir tal análisis como un elemento del tipo infractor con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1034, en cuyo artículo 12 numeral 3 señala expresamente lo siguiente:

“12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.”

(Subrayado añadido)

85. La regla citada fue interpretada en ese sentido por la Sala a través de la Resolución 0068-2009/SC1-INDECOPI:

“77. Como se desprende del artículo citado, bajo la normativa vigente las colusiones verticales tienen dos elementos típicos particulares: (i) que la conducta sea realizada entre dos o más agentes económicos independientes que actúen en diferentes niveles de la cadena de producción; y (ii) que uno de los agentes infractores involucrados tenga posición de dominio en uno de los mercados de la cadena productiva.”

(Subrayado añadido)

86. Sin embargo, la Comisión había identificado indicios suficientes de que la conducta imputada podía generar efectos anticompetitivos según lo establecido en los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo 701, por lo que no era una condición necesaria determinar el mercado relevante y la posición de dominio, para evaluar el inicio del procedimiento.

¹¹⁷ Comunicación de la Comisión. Directrices relativas a las restricciones verticales. 2000/C 130/07. Ver: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF>. Fecha de última visita: 04 de mayo de 2016.

¹¹⁸ Ver: <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2014/06/Gu%C3%ADa-Restricciones-Verticales.pdf>. Fecha de última visita: 04 de mayo de 2016.

87. Pese a que no era imperativo, esta Sala estima que aquello podría ser determinado al momento de resolver la controversia como una práctica recomendable en estos casos, como finalmente lo realizó la Comisión en su pronunciamiento final, pues dicho análisis permite verificar la magnitud de la afectación a la competencia generada por la conducta.
88. En consecuencia, la Sala concluye que la Comisión aplicó e interpretó correctamente los alcances del Decreto Legislativo 701 al emitir la Resolución Admisoria, no evidenciándose la existencia de algún vicio que acarree la nulidad de dicha resolución.

III.3.2 Pronunciamiento final

89. Como ha sido indicado anteriormente (ver *supra* numerales 60 y 61), las normas rigen a partir del momento de su vigencia, lo cual en un procedimiento administrativo sancionador determina que son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes al momento en el cual el administrado incurre en la conducta infractora. Dicha regla solamente admite como excepción, la aplicación retroactiva de normas cuando estas sean más favorables al imputado.
90. La conducta denunciada en el presente caso se habría cometido durante la vigencia del Decreto Legislativo 701, norma que fue derogada por el Decreto Legislativo 1034. En tal sentido, se debe aplicar al presente procedimiento el Decreto Legislativo 701, toda vez que la infracción denunciada se habría producido durante su vigencia.
91. Sin embargo, Sigdelo alegó en apelación que correspondía aplicar el Decreto Legislativo 1034 de forma retroactiva al presente caso, pues esta norma sería más favorable para el administrado al regular de manera más precisa que el Decreto Legislativo 701, los requisitos y elementos a evaluar en los casos de acuerdos colusorios verticales.
92. En atención a dicho argumento, la Sala analizará a continuación si corresponde aplicar al presente caso lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1034 de forma retroactiva para dilucidar la controversia.
93. La retroactividad benigna¹¹⁹ en el marco de un procedimiento administrativo sancionador constituye la excepción a la regla general de la aplicación

¹¹⁹ El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente 2283-2006-PH/TC, definió a la retroactividad benigna de la siguiente forma:

inmediata de la norma sancionadora al momento de la comisión de la infracción, siendo que la nueva norma que sustituye a la norma vigente en tal oportunidad contiene reglas más favorables para el imputado.

94. En concreto, si luego de la comisión de la infracción en los términos de la norma sancionadora, se produce una modificación legislativa y la nueva norma es, en su consideración integral, más beneficiosa para el administrado, entonces corresponde aplicar dicha norma de forma retroactiva al ser más favorable, pese a que no se encontraba vigente al momento en que se produjo la conducta¹²⁰.
95. La doctrina¹²¹ refiere a que la retroactividad benigna de normas sancionadoras se da en supuestos como por ejemplo: (i) cuando quedan impunes aquellas conductas cuya norma tipificadora, vigente cuando se cometieron los hechos antijurídicos, haya sido derogada con carácter previo al momento de resolver definitivamente sobre la responsabilidad del infractor; (ii) la nueva norma disminuye la cuantía de las sanciones; (iii) la nueva norma establece plazos inferiores de prescripción de infracciones y sanciones; y (iv) la norma posterior ocasiona una ausencia de tipificación de conductas anteriores.
96. En el presente caso, esta Sala considera que el Decreto Legislativo 1034 no constituye la norma más favorable para los denunciados. Así, la norma en mención modificó el límite máximo de sanción a imponer para infracciones calificadas como muy graves de un 10% al 12% de los ingresos brutos percibidos¹²², siendo que además dicho tope no solamente aplicaría a las ventas

“De allí se advierte que el principio de retroactividad benigna propugna la aplicación de una norma jurídica penal posterior a la comisión del hecho delictivo, con la condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables al reo. Ello, sin duda alguna, constituye una excepción al principio de irretroactividad de la aplicación de la ley y se sustenta en razones político-criminales, en la medida que el Estado no tiene interés (o no en la misma intensidad) en sancionar un comportamiento que ya no constituye delito (o cuya pena ha sido disminuida) y, primordialmente, en virtud del principio de humanidad de las penas, que se fundamenta en la dignidad de la persona humana (artículo 1º de la Constitución).”

¹²⁰ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica, 10 Edición, 2015, Lima. págs. 777-778.

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² **DECRETO LEGISLATIVO 701. LEY QUE ELIMINA LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Artículo 23.- La Comisión de Libre Competencia podrá imponer a los infractores de los Artículos 3, 5 y 6 las siguientes multas:

b) Si la infracción fuera calificada como muy grave, podrá imponer una multa superior a las mil (1,000) UIT siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Artículo 43.- El monto de las multas.

43.1. Las conductas anticompetitivas serán sancionadas por la Comisión, sobre la base de Unidades Impositivas Tributarias (UIT), con las siguientes multas:

(...)

o ingresos brutos del agente económico sino del grupo económico en general, según corresponda.

97. En tal supuesto, de hallarse responsable a Sigdelo por la conducta imputada, la multa a imponer al amparo de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 1034 generaría que se utilice como tope un porcentaje que podría ser superior (a manera de ejemplo, de considerarse que la infracción es muy grave) y que se aplique el límite máximo a los ingresos brutos de todo el grupo económico (incluyendo, por ejemplo, los ingresos percibidos por Delosi), lo cual resulta más gravoso.
98. Por otro lado, las prácticas colusorias verticales como tipo infractor no han desaparecido ni ha dejado de ser una conducta sancionable con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1034. Si bien el Decreto Legislativo 701 no establecía expresamente la obligatoriedad de determinar en este tipo de conductas la existencia de posición de dominio en un mercado relevante, lo cierto es que en la práctica jurisprudencial nacional tal análisis era realizado a fin de establecer si la conducta anticompetitiva generó o era capaz de producir efectos anticompetitivos, como una práctica recomendable para estos casos¹²³.
99. Como se indicó anteriormente (ver *supra* numerales 82 y 83), diversas agencias de competencia estiman necesario determinar el poder de mercado del agente que participa en la restricción vertical. Incluso, el estándar utilizado a nivel internacional es menos exigente, pues solo bastaría determinar la cuota de participación de mercado, mientras que para la determinación de la posición de dominio no basta considerar dicho elemento de manera aislada sino también si existen barreras a la entrada, las características de la oferta y la demanda, entre otros¹²⁴.

c) Si la infracción fuera calificada como muy grave, una multa superior a mil (1 000) UIT, siempre que dicha multa no supere el doce por ciento (12%) de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

¹²³ Ver Resolución 005-2008-INDECOPI/CLC del 22 de febrero de 2008.

¹²⁴ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un 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:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

100. Atendiendo a tales circunstancias, la Comisión determinó el mercado relevante y la existencia de posición de dominio en la Resolución Final. No obstante, ello no generó estado de indefensión alguno en la medida que fue materia de análisis por parte de los denunciados en sus descargos y en los recursos de apelación, quienes esbozaron argumentos sobre tales puntos.
101. Por tal motivo, aun aplicando el régimen establecido en el Decreto Legislativo 701, era factible emplear de manera referencial la metodología para establecer el mercado relevante y la existencia de posición de dominio recogida en el Decreto Legislativo 1034. Ello, en tanto constituía una práctica jurisprudencial consolidada incluso desde antes de su entrada en vigencia.
102. Sin perjuicio de lo señalado, se debe tener presente que el Decreto Legislativo 1034 establece como Única Disposición Complementaria Transitoria que sus disposiciones de naturaleza procesal resultan aplicables a los procedimientos en trámite bajo el Decreto Legislativo 701, en la etapa en que se encuentren¹²⁵, por lo que tales reglas sí serán utilizadas en el presente procedimiento.
103. En conclusión, la norma aplicable al presente caso es el Decreto Legislativo 701 tanto para el inicio del procedimiento como al momento de resolver la presente controversia¹²⁶.

III.3.3. Sobre la presunta prescripción de la conducta imputada al señor Carrillo

104. En apelación, el señor Carrillo alegó que la conducta imputada se encontraría prescrita a su favor, debido a que participó del directorio de Administradora Jockey Plaza hasta mayo de 2000¹²⁷.
105. Sobre el particular, esta Sala ha señalado en el anterior apartado que la conducta imputada es de carácter continuado, en la medida que se encuentra compuesta por diversos actos ejecutivos consumados entre el año 1997 hasta el 2007. En tal sentido, si bien el señor Carrillo fue miembro del directorio de Administradora Jockey Plaza desde 1995 hasta 1999 y presidente del mismo hasta mayo de 2000, lo cierto es que él fue uno de los que firmó la Carta Adenda

¹²⁵ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**
Disposición Complementaria Transitoria

ÚNICA.- Aplicación de la presente Ley a los procedimientos en trámite.

Las disposiciones de la presente Ley de naturaleza procesal se aplicarán a los procedimientos en trámite bajo el Decreto Legislativo N° 701, en la etapa en que se encuentren.

¹²⁶ En adelante, las citas que la Sala haga del Decreto Legislativo 1034, sobre normas sustantivas para la determinación del mercado relevante, tendrá carácter meramente referencial, al recoger la práctica jurisprudencial de la Comisión y la Sala sobre dicha materia.

¹²⁷ Ver fojas 4623, 4630 y 4632 del Expediente.

en representación de dicha empresa, acreditando de esta forma su participación en la conducta, la cual se configuró hasta el año 2007 junto con los actos ejecutivos sucesivos descritos en el apartado anterior.

106. En esa línea, el artículo 2 del Decreto Legislativo 701 señala que las personas naturales que participan de una conducta anticompetitiva ejerciendo la dirección o representación de empresas o agentes que cometen una infracción a dicha norma, también serán sancionadas¹²⁸.
107. Bajo tales premisas, el señor Carrillo sí participó de la conducta denunciada en calidad de representante o en la dirección de alguna de los denunciados durante parte del periodo en que la conducta se configuró.
108. De otro lado, el Decreto Legislativo 701¹²⁹ establece que el plazo de prescripción para las infracciones a dicha ley es de cinco (5) años, mientras que la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la Ley 27444)¹³⁰ establece que el plazo de prescripción de la infracción se cuenta a partir del último acto de ejecución, es decir desde que cesó en caso de conductas continuadas.
109. En este caso, la conducta denunciada se habría producido hasta el año 2007, es decir al término de la vigencia de la Carta Adenda, por lo que no se ha configurado la prescripción de la conducta imputada al señor Carrillo considerando que entre el cese de la conducta infractora y la notificación del inicio del procedimiento transcurrió menos de un año.

¹²⁸ **DECRETO LEGISLATIVO 701. LEY QUE ELIMINA LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Artículo 2.- La presente Ley es de aplicación a todas las personas naturales o jurídicas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Se aplica también a las personas que ejerzan la dirección o la representación de las empresas, instituciones o entidades en cuanto éstas participen en la adopción de los actos y las prácticas sancionadas por esta Ley.

¹²⁹ **DECRETO LEGISLATIVO 701. LEY QUE ELIMINA LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA**

Artículo 24.- Las infracciones a la presente Ley prescribirán a los cinco (5) años de cometida la infracción. La prescripción se interrumpe por cualquier acto de la Comisión o de la Secretaría relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable.

¹³⁰ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 233.- Prescripción.

233.1 La facultad de la autoridad para determinar la existencia de infracciones administrativas prescribe en el plazo que establezcan las leyes especiales, sin perjuicio de los plazos para la prescripción de las demás responsabilidades que la infracción pudiera ameritar. En caso de no estar determinado, prescribirá en cinco años computados a partir de la fecha en que se cometió la infracción o desde que cesó, si fuera una acción continuada.

233.2 El plazo de prescripción sólo se interrumpe con la iniciación del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo si el expediente se mantuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al administrado.

(...)

110. En consecuencia, corresponde desestimar el pedido del señor Carrillo a fin de que se declare la prescripción de la conducta imputada en su contra en el presente procedimiento.

III.4 NULIDADES PLANTEADAS POR SIGDELO Y ADMINISTRADORA JOCKEY PLAZA

111. El principio del debido procedimiento, expresión administrativa del derecho constitucional al debido proceso, es una garantía fundamental reconocida en el artículo IV.1.2 de la Ley 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General¹³¹ (en adelante, la Ley del Procedimiento Administrativo General), que contiene, a su vez, una serie de derechos, dentro de los cuales se encuentran el derecho de defensa, el derecho a probar, el derecho a obtener una decisión

Continúa en la siguiente página

131

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo.

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

(...)

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

motivada, entre otros, previstos con el fin de limitar la actuación de los poderes públicos^{132 133}.

112. En ese sentido, el deber de motivación de las resoluciones contemplado en el artículo 3.4¹³⁴ y desarrollado en el artículo 6¹³⁵ de la Ley del Procedimiento Administrativo General, ordena que el acto administrativo exteriorice los argumentos que lo justifican y que de su lectura se desprenda el tratamiento que se le ha dado a las alegaciones de las partes.
113. En esa línea, resulta fundamental que, en el marco de un procedimiento administrativo, la autoridad cumpla con la garantía de motivar sus actos como expresión del deber de congruencia¹³⁶, y se pronuncie respecto de los hechos y

¹³² Como señala la doctrina, el derecho a un debido proceso “tiene un ámbito de aplicación que no se limita únicamente a un escenario de corte jurisdiccional, es decir, a los procesos jurisdiccionales, valga la redundancia, sino que se proyecta también a los diferentes procedimientos de tipo administrativo, político, arbitral, militar y particular”. ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. “El debido proceso en el ordenamiento jurídico peruano y sus alcances en función a los aportes hechos por nuestra Corte Suprema sobre el particular”. Citado por BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. “Derechos Fundamentales y Proceso Justo”. Lima: Ara Editores, 2001, pág. 188.

En esta misma línea, Agustín Gordillo señala: “(...) negarle el nombre o carácter de “proceso” al procedimiento administrativo, no puede en modo alguno implicar que por tal circunstancia la administración no habrá de estar sujeta a ninguna regla o principio de derecho en su tramitación. En efecto, pareciera ser evidente hoy día que ciertos principios generales del derecho y ciertas normas constitucionales consustanciadas con el Estado de Derecho y el sistema republicano de gobierno, no están destinadas a ser aplicadas únicamente en el proceso judicial: también la administración está sometida a esos principios y sus procedimientos no estarán menos ligados a ellos por el hecho de que no los cubramos con la calificación de “proceso”. La terminología en sí no es fundamental (...) De allí entonces que rechazar la calificación de “proceso” no implica en absoluto desechar la aplicación analógica, en la medida de lo compatible, de todos los principios procesales; ni tampoco dejar de sustentar el principio de que el procedimiento administrativo tenga regulación jurídica expresa y formal para la administración, que encauce su trámite y determine con precisión los derechos de los individuos durante la evolución del procedimiento”. GORDILLO, Agustín. “Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2, La Defensa del Usuario y del Administrado”. Lima: Ara Editores, 2003, pág. IX-3.

¹³³ En la Sentencia del 2 de julio de 1998, recaída en el Expediente 026-97-AA/TC (Demanda de amparo interpuesta por la Empresa de Transportes Andrés Avelino Cáceres contra la Municipalidad Provincial de Huánuco), el Tribunal Constitucional ha señalado que “el Debido Proceso Administrativo, supone (...) el respeto por parte de la administración pública de todos aquellos principios y derechos normalmente invocados en el ámbito de la jurisdicción común o especializada y a los que se refiere el artículo 139 de la Constitución del Estado (verbigracia; jurisdicción predeterminada por la ley, derecho de defensa, pluralidad de instancia, cosa juzgada, etc.)”.

¹³⁴ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos.

Son requisitos de validez de los actos administrativos:

(...)

4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

¹³⁵ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**

Artículo 6.- Motivación del acto administrativo.-

6.1. La motivación deberá ser expresa, mediante una relación concreta y directa de los hechos probados relevantes del caso específico, y la exposición de las razones jurídicas y normativas que con referencia directa a los anteriores justifican el acto adoptado.

(...)

6.3. No son admisibles como motivación, la exposición de fórmulas generales o vacías de fundamentación para el caso concreto o aquellas fórmulas que por su oscuridad, vaguedad, contradicción o insuficiencia no resulten específicamente esclarecedoras de la motivación del acto.

¹³⁶ El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el Expediente 8327-2005-AA/TC del 8 de mayo de 2006 (Demanda de Amparo interpuesta por la Iglesia Evangélica Presbiteriana del Cusco contra la Sala Civil Transitoria de

fundamentos que configuran la petición o defensa de los administrados involucrados en el procedimiento, explicando las razones por las cuales decide admitir o no un argumento o medio de prueba, y valorarlo en determinado sentido.

114. Asimismo, el Tribunal Constitucional ha manifestado en la Sentencia emitida en el Expediente 00728-2008-PHC/TC, numeral 7, literal a), lo siguiente:

***"Inexistencia de motivación o motivación aparente.** Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico".*
(Subrayado agregado)

115. Por consiguiente, frente a un pronunciamiento carente de motivación o con motivación aparente, el órgano superior jerárquico se encuentra en la obligación de declarar su nulidad de pleno derecho. Ello, atendiendo a que el artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General contempla entre las causales de nulidad del acto administrativo el defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez¹³⁷.

III.4.1 Nulidad por afectación al derecho de defensa

116. En apelación, Sigdelo solicitó la nulidad de la Resolución Final debido a que la Comisión habría utilizado medios probatorios que no le fueron trasladados previamente, lo cual vulneraría su derecho de defensa y el debido procedimiento.
117. En concreto, Sigdelo señaló que la Comisión sustentó su pronunciamiento en las siguientes pruebas, a las cuales no tuvo acceso: a) el artículo "*Factores críticos de éxito en los centros comerciales de Lima Metropolitana y Callao*" publicado por ESAN para analizar las zonas de influencia del Jockey Plaza y

la Corte Suprema de Justicia de la República), ha reconocido que el deber constitucional de motivación supone que se efectúe una valoración de cada argumento trascendente de las partes o, lo que es lo mismo, que se respete el deber de congruencia. En esta línea, el Tribunal indicó que "(...) por lo que se refiere a la denuncia de violación del principio de congruencia, este Tribunal ha recordado que, en efecto, el respeto de dicho principio procesal forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones (...)"

137

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 10.- Causales de nulidad.-

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

(...)

2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.

(...)

Plaza San Miguel; y, b) el estudio “*Compartiendo experiencias. Caso Bambos Burger Grill*” elaborado por Amrop International y la Universidad de Piura.

118. En ese sentido, la recurrente agregó que dichas pruebas fueron obtenidas por la Comisión como parte de actuaciones probatorias adicionales realizadas luego de emitido el Informe Técnico, y que las partes no tuvieron la oportunidad de presentar sus pruebas conforme a lo establecido en el artículo 35 del Decreto Legislativo 1034¹³⁸.
119. Al respecto, se aprecia que, en la parte referida al análisis de mercado relevante, la Comisión concluyó señalando lo siguiente:

“159. Por lo tanto, si bien existe alguna similitud entre las referidas características relevantes del Jockey Plaza y Plaza San Miguel, teniendo en cuenta que la mayoría de consumidores no realiza multihoming entre ambos centros comerciales, esta Comisión considera que pertenecen a mercados distintos”¹⁰⁷.

160. Adicionalmente, si se tiene en cuenta que las áreas de influencia del Jockey Plaza y Plaza San Miguel son distintas, es comprensible que el porcentaje de consumidores que efectivamente acude a ambos centros comerciales sea limitado. En efecto, es probable que el porcentaje de consumidores que acude al Jockey Plaza y no a Plaza San Miguel esté representado por aquellos consumidores que se encuentran en el área de influencia del Jockey Plaza”¹⁰⁸. Al respecto, según la propia Administradora Jockey Plaza, el área de influencia del Jockey Plaza está conformada por los distritos de Santiago de Surco, La Molina, San Borja, San Isidro y parte de San Luis y La Victoria. En cambio, el área de influencia de Plaza San Miguel está conformada por los distritos de San Miguel, Callao, Lince, Magdalena, Jesús María, San Isidro y Miraflores”¹⁰⁹.

^[107] Al respecto, cabe destacar el aporte de Armstrong y Wright (*Two Sided Markets, Competitive Bottlenecks and Exclusive Contracts*. November, 2005). Estos autores presentan un modelo en el que se plantea un mercado de plataformas, que son percibidas como homogéneas por un grupo de clientes (en este caso, los arrendatarios) y heterogéneas por otro grupo de clientes (en este caso, los consumidores). Esto refleja el hecho que en muchos mercados de plataformas que involucran vendedores y compradores, los vendedores (arrendatarios) perciben a las

138

Norma de carácter procesal y, por ende, aplicable al presente caso (ver *supra* numeral 102 de la presente resolución).

DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Artículo 35.- Preclusión en la presentación de pruebas y alegatos finales.-

35.1. Excepcionalmente, la Comisión dispondrá la actuación de medios probatorios adicionales si, a su juicio, resultan pertinentes para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

35.2. Si la Comisión ordena la actuación de medios probatorios adicionales, las partes tendrán derecho a presentar los suyos, abriéndose una fase probatoria de treinta (30) días hábiles, lo que será notificado a todas las partes del procedimiento.

35.3. Concluida la fase probatoria mencionada en el numeral anterior, la Comisión podrá citar a las partes a una segunda audiencia de informe oral, con no menos de cinco (5) días de anticipación.

35.4. Las partes podrán presentar alegatos finales sólo hasta los diez (10) días hábiles siguientes de realizado el informe oral a que se refiere el numeral anterior. Las partes no podrán presentar pruebas adicionales en sus alegatos finales.

35.5. Cualquier documento presentado con posterioridad al vencimiento del plazo antes indicado no será tomado en consideración por la Comisión.

plataformas como más o menos homogéneas (teniendo en cuenta el número de compradores de las plataformas), mientras que los compradores (consumidores) suelen tener preferencias por una plataforma en lugar de otra.

¹⁰⁸ Al respecto, cabe señalar que el 89% de los consumidores que contestaron la encuesta del Informe de Arellano partieron de sus hogares para acudir a un centro comercial.

¹⁰⁹ REGALADO, Otto; FUENTES, César y otros. Factores críticos de éxito en los centros comerciales de Lima Metropolitana y el Callao. Universidad Esan. 2009, pág. 112. Disponible en: http://www.esan.edu.pe/publicaciones/Descargue%20el%20documento%20completo_.pdf]

120. Por consiguiente, la Comisión concluyó en el numeral 159 de la Resolución Final que Jockey Plaza y Plaza San Miguel no forman parte de un mismo mercado, utilizando como un sustento adicional el dato referido a las áreas de influencia de ambos centros comerciales. En el caso de Plaza San Miguel, se citó como referencia en el pie de página 109 el artículo “Factores de éxito en los centros comerciales de Lima Metropolitana y Callao” publicado por ESAN en su página web, como parte de ese soporte adicional para el análisis del mercado relevante.
121. Asimismo, dicha fuente fue citada por la Secretaría Técnica en el Informe Técnico¹³⁹, por lo que no califica como una actuación probatoria adicional por parte de la Comisión.
122. Tales circunstancias evidencian que no ha existido una afectación al derecho de defensa de Sigdelo ni al debido procedimiento en relación con la utilización del artículo “Factores críticos de éxito en los centros comerciales de Lima Metropolitana y Callao”, en la medida que:
- (i) Dicha fuente es de carácter público, por lo que no constituye un medio probatorio actuado de oficio por la Comisión ni aportado por alguna de las partes, pues su única finalidad es acoger la opinión técnica que contiene para sustentar parte de su argumentación. Por tanto, lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto Legislativo 1034 no resulta pertinente en este caso.
 - (ii) Aun en el supuesto negado que se considerara tal información como un medio probatorio adicional, lo cierto es que esta fue utilizada y debidamente citada por la Secretaría Técnica en el Informe Técnico, al cual Sigdelo tuvo acceso antes de la emisión del pronunciamiento final, por lo que tuvo la posibilidad de cuestionarlo en su oportunidad.
 - (iii) Sin perjuicio de ello, la información en cuestión fue un argumento adicional de la Comisión para afirmar que Jockey Plaza y Plaza San Miguel no formarían parte de un mismo mercado, conclusión a la cual había arribado anteriormente. En ese sentido, dicha información no fue determinante para

¹³⁹ Ver nota al pie 184 del Informe Técnico, a fojas 5862 del Expediente.
47/183

el análisis del mercado relevante, en la medida que la Comisión utilizó otros criterios que fueron desarrollados previamente para tal finalidad.

123. Respecto al estudio “Compartiendo experiencias. Caso Bambos Burger Grill” elaborado por Amrop International y la Universidad de Piura, la Comisión lo citó en la nota al pie 152 a fin de sustentar lo siguiente:

“231. Como se desprende de la información presentada por Arcos Dorados, Sigdelo y Bambos, estas empresas se consideran a sí mismas como competidoras en la venta de hamburguesas, a través de sus marcas McDonald’s, Burger King y Bambos, respectivamente.

232. Adicionalmente, en la investigación denominada “Compartiendo Experiencias: Caso Bambos Burger Grill”¹⁵² se identificó como principales competidores de Bambos a McDonald’s y Burger King. En ese sentido, esta investigación confirma que las hamburguesas de la marca Bambos pueden ser consideradas como sustitutos adecuados de las hamburguesas de las marcas McDonald’s y Burger King.”

[¹⁵² AMROP INTERNATIONAL y UNIVERSIDAD DE PIURA, Escuela de Dirección (PAD). Compartiendo Experiencias. Caso Bambos Burger [sic] Grill. Número 1 Marzo de 2002, págs. 5, 11. Disponible en: <http://cdiserver.mba-sil.edu.pe/mbapage/BoletinesElectronicos/Estudios%20de%20casos/bambos01.pdf>]

(Subrayado agregado)

124. Al igual que en el supuesto anterior, el estudio citado fue utilizado por la Comisión con el único propósito de confirmar el hecho de que Bambos se considera a sí misma como competidora principal de las marcas McDonald’s y Burger King, es decir, como un argumento adicional que sustenta las conclusiones arribadas anteriormente.
125. Lo antes mencionado puede evidenciarse de una lectura integral de este apartado, pues otras pruebas aportadas en el expediente fueron las determinantes para que la Comisión concluyera que el mercado afectado incluye un conjunto de bienes y servicios, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas de las marcas McDonald’s, Burger King y Bambos en el Jockey Plaza:

“228. Al respecto, el Tercer Informe de Sigdelo muestra la evaluación del seguimiento de la marca Burger King frente a sus competidoras McDonald’s y Bambos. La evaluación consistió en una comparación de las marcas en relación con porcentajes de consumo, satisfacción de los consumidores, entre otros¹⁴⁸.

229. En esa misma línea, el Primer Informe de Arcos Dorados muestra la estimación de venta potencial de hamburguesas de la marca McDonald’s, considerando las ventas potenciales de Bambos y Burger King¹⁴⁹. Asimismo, en respuesta a un

requerimiento de información de la Secretaría Técnica, Arcos Dorados identificó como sus competidores directos a las empresas comercializadoras de las marcas Bombos y Burger King¹⁵⁰.

230. En similar sentido, Bombos S.A. (en adelante, Bombos) también identificó como competidores directos a las empresas comercializadoras de las marcas Burger King y McDonald's¹⁵¹.

231. Como se desprende de la información presentada por Arcos Dorados, Sigdelo y Bombos, estas empresas se consideran a sí mismas como competidoras en la venta de hamburguesas, a través de sus marcas McDonald's, Burger King y Bombos, respectivamente."

(Subrayado añadido, notas al pie no incluidas)

126. De esta forma puede apreciarse que la referencia al estudio "Compartiendo experiencias. Caso Bombos Burger Grill" no era determinante para demostrar cuál era, a criterio de la Comisión, el mercado afectado. Asimismo, la mencionada información fue debidamente citada por la Comisión con el link de la página web, constituyendo información pública que tampoco califica como un medio probatorio actuado en el trámite del procedimiento.
127. Por tal circunstancia, el estudio "Compartiendo experiencias. Caso Bombos Burger Grill" no resultaba determinante a fin de sustentar los fundamentos del análisis de sustituibilidad efectuado por la primera instancia, en la medida que fueron otros medios probatorios los utilizados para tal propósito.
128. Bajo tales consideraciones, corresponde desestimar el pedido de Sigdelo para que se declare la nulidad de la Resolución Final por una presunta contravención al debido procedimiento y a su derecho de defensa.

III.4.2 Nulidad por falta de motivación en la resolución final

129. El artículo 10 de la Ley 27444 antes citado establece como causales de nulidad del acto administrativo, la contravención a la Constitución, las leyes o a las normas reglamentarias, así como la omisión o defecto de sus requisitos de validez¹⁴⁰.

¹⁴⁰

LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

Artículo 10.- Causales de nulidad.- Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
2. El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14. (...)

130. El artículo 3 de la citada norma establece como requisito de validez de los actos administrativos, que su contenido se encuentre conforme con el ordenamiento jurídico y que se encuentren debidamente motivados¹⁴¹.
131. La motivación de los actos administrativos constituye un parámetro importante en el marco del desarrollo de un debido procedimiento¹⁴², dado que permite al administrado ejercer su derecho de defensa de una manera efectiva. Al conocer las razones que motivaron a la autoridad emitir el acto administrativo, sus cuestionamientos no solo buscarán rebatirlos directamente, sino que ello permitirá a la entidad revisora correspondiente valorar debidamente la razonabilidad del pronunciamiento emitido.
132. Sigdelo y Administradora Jockey Plaza plantearon la nulidad de la Resolución Final por contener supuestos vicios en su motivación (falta de motivación o motivación aparente). En general, ambas partes alegan que la Comisión se apartó de lo recomendado en el Informe Técnico sin motivar ni sustentar las razones para ello, poniendo como ejemplo el hecho de que en la Resolución Final no se ha fundamentado por qué se aparta de las conclusiones de la evaluación de "cluster".
133. Sobre el particular, el literal e) del artículo 44 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi¹⁴³ establece que el Informe de la Secretaría Técnica no es vinculante para la Comisión, por lo que el órgano

¹⁴¹ **LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL**
Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos.- Son requisitos de validez de los actos administrativos: (...)
2. Objeto o contenido.- Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, (...)
4. Motivación.- El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

¹⁴² Ver nota al pie 136.

¹⁴³ **DECRETO LEGISLATIVO 1033. LEY DE ORGANIZACIÓN Y FUNCIONES DEL INDECOPI**
Artículo 44.- Funciones de las Secretarías Técnicas.
44.1 Son funciones de las Secretarías Técnicas del Área de Competencia:
(...)
e) Emitir informes técnicos no vinculantes a la función resolutoria, cuando así lo disponga la ley de la materia, la respectiva Comisión o el Presidente del Consejo Directivo; (...)

Por su parte, el Decreto Legislativo 1034 establece que en caso la Secretaría Técnica no encuentre pruebas de la comisión de la infracción imputada, propondrá a la Comisión que declare la inexistencia de la infracción, lo cual demuestra que el Informe Técnico constituye una propuesta cuyo sentido no vincula a la Comisión:

"DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS
Artículo 33.- Informe Técnico

(...)
33.2. En caso de que la Secretaría Técnica no encuentre pruebas de la existencia de una conducta anticompetitiva, propondrá a la Comisión la declaración de inexistencia de infracción administrativa. (...)"

resolutivo no necesariamente emitirá un pronunciamiento acorde con la opinión del órgano de instrucción.

134. En ese sentido, la Comisión puede discrepar de la opinión emitida por su Secretaría Técnica, en cuyo caso no se encuentra obligada de acoger y hacer suyos los argumentos del órgano instructor.
135. En consecuencia, la Comisión no incurre en un vicio de motivación en caso se aparte de las recomendaciones brindadas por el órgano instructor en el Informe Técnico, en la medida que sus fundamentos aborden de manera clara y sustentada la resolución de los puntos controvertidos, sobre la base de lo actuado en el expediente como por ejemplo los alegatos de las partes, las opiniones técnicas y el mismo Informe Técnico.
136. En esa línea, este colegiado verificará a continuación si la Comisión motivó adecuadamente los fundamentos que sustentan su pronunciamiento, pues de lo contrario podría incurrir en un vicio de nulidad.
137. Al respecto, las apelantes alegaron supuestos defectos en la motivación del pronunciamiento final de la Comisión al determinar el mercado relevante, entre ellos que:
- a) La Comisión no sustentó por qué el porcentaje de *multihoming* hallado es ínfimo (43% y 32%).
 - b) La Comisión afirmó que las hamburguesas son productos diferenciados sin sustento alguno.
138. En lo concerniente a tales argumentos, se evidencia que la Comisión señaló sobre el porcentaje de *multihoming* lo siguiente:

“Por el lado de los consumidores que acuden al Jockey Plaza y Plaza San Miguel porque buscan adquirir una combinación de bienes y servicios, entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald’s; se observa que un limitado porcentaje de este tipo de clientes realiza multihoming entre el Jockey Plaza y Plaza San Miguel. En efecto, de acuerdo a la encuesta presentada en el Informe de Arellano, sólo el 43% de los que compraron en el Jockey Plaza también compraron en Plaza San Miguel, en los últimos tres meses. Asimismo, sólo el 32% de los que compraron en Plaza San Miguel también compraron en el Jockey Plaza, en los últimos tres meses. (...)

159. Por lo tanto, si bien existe alguna similitud entre las referidas características relevantes del Jockey Plaza y Plaza San Miguel, teniendo en cuenta que la mayoría de consumidores no realiza multihoming entre ambos centros comerciales, esta Comisión considera que pertenecen a mercados distintos”

(Subrayado añadido)

139. De este modo se puede apreciar que para la Comisión los porcentajes de *multihoming* de los consumidores entre el Jockey Plaza y Plaza San Miguel y viceversa (42% y 32%) son poco significativos pues no representan a la mayoría de consumidores, descartando así que ambos centros comerciales compitan en un mismo mercado relevante.
140. Sin embargo, la Comisión no explicó el razonamiento detrás de tal regla. Esto es, omitió fundamentar por qué no representaría una presión competitiva para el Jockey Plaza el hecho que el 32% de sus consumidores también acudieran a Plaza San Miguel. A manera referencial, la primera instancia podría haberse basado en estudios de mercado que determinen qué porcentaje mínimo de *multihoming* es susceptible de afectar las ventas de los centros comerciales. Asimismo, también pudo haber recurrido a jurisprudencia emitida por otras agencias de competencia, que haya establecido un criterio que descarte porcentajes de *multihoming* por debajo de la mayoría (mayor al 50%) como no determinante para ejercer alguna presión competitiva.
141. A criterio de la Sala, dicha conclusión resulta carente de motivación en la medida que constituye una afirmación vaciada de contenido, al no exponer los fundamentos que permitan entender a cabalidad el razonamiento que determinó tal afirmación, el cual resultaba determinante para definir el mercado relevante y, por consiguiente, la existencia de posición de dominio.
142. Al afirmar que los porcentajes de *multihoming* eran bajos, la Comisión descartó al centro comercial Plaza San Miguel como parte del mercado relevante, lo cual hizo que su determinación fuera más acotada. Si hubiera estimado que el *multihoming* era significativo, podría haber incluido a Plaza San Miguel en el mercado relevante considerando adicionalmente los demás elementos de análisis, lo cual podría haber diluido la posición de dominio del Jockey Plaza y eventualmente podría haber cambiado el sentido de su pronunciamiento.
143. Asimismo, la Comisión consideró que las hamburguesas son productos diferenciados, pero sin haber presentado un sustento que respalde dicha afirmación. En efecto, la primera instancia afirmó lo siguiente:

“236. Al respecto, si bien es posible afirmar que existe cierta similitud entre las hamburguesas y el resto de productos de comida rápida (por ejemplo, pizza, pollo o chifa), no se ha encontrado evidencia que acredite que esta similitud implique indiferencia por parte del consumidor sobre las características físicas y de sabor de esos productos. Las hamburguesas son un producto claramente diferenciado del

resto de productos de comida rápida y su disimilitud con esos otros productos es significativa, tanto para los consumidores como para los productores.”

(Subrayado añadido)

144. Si bien la Comisión afirmó que no se ha encontrado evidencia que acredite que los consumidores tengan preferencias indiferentes entre las hamburguesas y el resto de comida rápida (como, por ejemplo, pollo o pizza), ello no implica automáticamente, *contrario sensu*, que las hamburguesas sean un producto claramente diferenciado para los consumidores.
145. Para ello, se hubiese requerido que dicha afirmación tuviera un sustento que lo demuestre, como por ejemplo haber establecido previamente la definición de comida rápida sobre la base de aquellos productos comercializados por las partes (Sigdelo y Arcos Dorados), y de esta forma determinar si estos son sustitutos entre sí o si existen otros productos sustitutos de aquellos. Para fundamentar el referido análisis, la primera instancia podría haber recurrido a encuestas efectuadas a los consumidores que acuden a los establecimientos de venta de comida rápida, que permitan respaldar que las hamburguesas son productos diferenciados del resto de comida rápida, lo cual no ha sucedido en el presente caso.
146. Por tanto, la Comisión incurrió en una motivación aparente, toda vez que intenta dar un cumplimiento formal al mandato de motivación, amparándose en una afirmación sin el respaldo de algún sustento fáctico o jurídico¹⁴⁴.
147. Ambos vicios en la motivación son trascendentes en la medida que:
- a) Tales elementos constituían materia controvertida entre las partes, al sostener posturas totalmente contrarias entre sí.
 - b) Constituyen elementos importantes para la definición del mercado relevante. Tanto el análisis de *multihoming* como la precisión de si las hamburguesas son productos diferenciados del resto de comida rápida constituyen elementos determinantes que podrían haber cambiado el sentido de lo resuelto por la primera instancia.
148. Por consiguiente, corresponde declarar la nulidad de la resolución apelada por contravenir el artículo 10 numeral 2 de la Ley 27444, al expedir un pronunciamiento con motivación aparente. Sin embargo, en atención a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley 27444¹⁴⁵, esta Sala cuenta con elementos

¹⁴⁴ Ver considerando 7 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente 00728-2008-PHC/TC.

¹⁴⁵ LEY 27444. LEY DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO GENERAL

suficientes para integrar la Resolución Final, por lo que corresponde emitir un pronunciamiento de fondo.

149. Finalmente, respecto a los demás argumentos esbozados por Sigdelo y Jockey Plaza a fin de sustentar que la Resolución Final contiene vicios en su motivación, esta Sala considera que carece de objeto analizarlos teniendo en cuenta que ya se ha declarado la nulidad del pronunciamiento apelado, sin perjuicio de que podrán ser tomados en cuenta como argumentos de fondo en su oportunidad.

III.5 MARCO CONCEPTUAL

III.5.1 El mercado relevante

150. De acuerdo con el artículo 6.1 del Decreto Legislativo 1034 la determinación del mercado relevante se realiza definiendo el mercado de producto y el mercado geográfico.¹⁴⁶ El mercado de producto relevante incluye a todos aquellos bienes y servicios que los demandantes consideran sustitutos o intercambiables entre sí¹⁴⁷ en función de sus características, precio, calidad, usos y otras condiciones inherentes al producto¹⁴⁸. Así, anteriormente la Sala ha sostenido que:

“El producto relevante comprende la totalidad de productos y/o servicios intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos, que puedan ser considerados como alternativas razonables por un número significativo de clientes y consumidores. Ello implica

Artículo 217.- Resolución.-

(...)

217.2.- Constatada la existencia de una causal de nulidad, la autoridad, además de la declaración de nulidad, resolverá sobre el fondo del asunto, de contarse con los elementos suficientes para ello. Cuando no sea posible pronunciarse sobre el fondo del asunto, se dispondrá la reposición del procedimiento al momento en que el vicio se produjo.

¹⁴⁶ **DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS**

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 y consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para su 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.

¹⁴⁷ Conforme a la Comunicación de la Comisión Europea sobre Mercado de Referencia a Efectos de la Normativa Comunitaria en Materia de Competencia: *“El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos o servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”*.

¹⁴⁸ Sobre la definición del mercado producto, CONRATH, W., Craig. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*. World Bank, Washington, 1995, Sección 4, págs. 2 a 11; HYLTON, Keith. *Antitrust Law. Economic theory and common law evolution*. Editorial Cambridge University Press, Primera Edición, Cambridge, 2003, pág. 237 y ss.

*determinar las fuentes alternativas de aprovisionamiento a las que puede acudir el consumidor o usuario en el corto plazo si el precio del producto o servicio se incrementa en un monto significativo.*¹⁴⁹

151. Según se ha señalado, el proceso de definición del mercado relevante comienza con la determinación del producto relevante, para lo cual es necesario establecer los productos/servicios sustitutos más cercanos al producto/servicio (o grupo de productos/servicios) que son materia de investigación.
152. En el presente caso, la denuncia consiste en la presunta negativa concertada e injustificada a arrendar un espacio comercial a Arcos Dorados en el Jockey Plaza. Tomando en cuenta ello, la Sala determinará qué servicios pueden considerarse sustitutos del servicio de arrendamiento de los espacios comerciales ofrecidos al interior del Jockey Plaza para la venta de comida rápida.
153. Para dicho efecto, se partirá de la premisa de que dicho centro comercial cuenta con las características de una “plataforma de dos lados”, dado que fue el criterio asumido por la primera instancia para la definición del mercado relevante. En este sentido, la Sala verificará si, en principio, el Jockey Plaza califica como tal.
154. Al respecto, la literatura económica¹⁵⁰ ha caracterizado diversos elementos propios de las “plataformas de dos lados”, cuyo tratamiento y efectos corresponde tomar en cuenta para definir el mercado relevante.

III.5.1.1 Los mercados donde operan las plataformas de dos lados

155. La literatura económica ha desarrollado diversas definiciones en relación a las plataformas de dos lados¹⁵¹. Una plataforma de dos lados es un agente que actúa como un espacio físico o virtual (plataforma) que cumple tres condiciones: (i) ofrece dos productos diferentes a dos grupos distintos de demandantes (lados), (ii) la interdependencia de las demandas que genera los efectos de red indirectos o externalidades¹⁵², y (iii) la presencia necesaria de un intermediario

¹⁴⁹ Resolución 0078-1999/TDC-INDECOPI del 5 de marzo de 1999, recaída en el procedimiento iniciado por Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A. También ver la Resolución 0857-2014/SDC-INDECOPI del 15 de diciembre de 2014, recaída en el procedimiento iniciado por la empresa Malva S.A. contra la empresa productora de cemento UNACEM S.A. y sus distribuidoras.

¹⁵⁰ Para una revisión de la literatura relevante ver el documento TILEC. *Mergers in Two-Sided Markets - A Report to the NMa*. Tilburg Law and Economics Center at Tilburg University, Tilburg y Howrey LLP, Brussels; 2010. Disponible en: <https://goo.gl/mOkGg9>. Fecha de última visita: 25 de enero de 2016.

¹⁵¹ *Ibidem*, págs. 13 a 16.

¹⁵² Los compradores de ambos productos por sí solos no internalizan estos efectos de red indirectos, por lo tanto, estos últimos son externalidades.

para internalizar las externalidades generadas entre los dos grupos de demandantes¹⁵³.

156. Cabe señalar que existen numerosos mercados en los que operan plataformas de dos lados. Por ejemplo, aquellos en los que operan los administradores de tarjetas de crédito que atienden a los comercios y a los titulares de las tarjetas; los operadores de consolas de videojuegos, que atienden a los programadores y a los usuarios de videojuegos; y los administradores de sitios web comerciales, que atienden a los vendedores y a los compradores de bienes o servicios por Internet.¹⁵⁴
157. En este contexto, un centro comercial tendrá la naturaleza de una plataforma de dos lados si es que cumple con las siguientes condiciones: (i) atiende a dos grupos distintos de clientes (arrendatarios de establecimientos comerciales que ubican sus locales al interior del centro comercial y consumidores que acuden al centro comercial para adquirir los bienes y servicios que se venden en los establecimientos comerciales); (ii) existen efectos de red indirectos o externalidades entre estas dos demandas¹⁵⁵; y (iii) existe una administración centralizada para la toma de decisiones del centro comercial, fungiendo de esta forma como un intermediario entre ambas demandas¹⁵⁶.

a. Tipos de plataformas de dos lados

158. Existen dos tipos de plataformas de dos lados¹⁵⁷:

¹⁵³ EVANS, David. *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets*, Yale Journal on Regulation, 2003, vol. 20:325, pág. 333. Disponible en: <http://goo.gl/JzqVV7>. Fecha de última visita: 14 de diciembre de 2015.

¹⁵⁴ EVANS, D. Y SCHMALENSE, R. *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*. Competition Policy International. Vol. 3, N°. 1, Spring 2007, págs. 150-179. Disponible en: <http://www.learlab.com/conference2007/documents/evans.pdf>. Fecha de última visita: 20 de abril de 2016. ROCHET, J.C. Y TIROLE, J. *Two-Sided Markets: A Progress Report*. The RAND Journal of Economics, Vol. 37, N°. 3, Autumn 2006, págs. 645-667. <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.610.211&rep=rep1&type=pdf>. Fecha de última visita: 20 de abril de 2016. ROCHET, J.C. Y TIROLE, J. *Platform Competition in Two-sided Markets*. Journal of the European Economic Association, Vol. 1, N°. 4, June, 2003, págs. 990 a 1029. Disponible en: <http://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>. Fecha de última visita: 20 de abril de 2016.

¹⁵⁵ Cuanto mayor sea el número de compradores atraídos hacia un centro comercial, mayor será la disposición de una tienda para localizarse en dicho centro comercial. Contrariamente, cuanto mayor sea el número de tiendas ubicadas en el centro comercial, mayor será la disposición de los compradores para acudir a dicho establecimiento. GABSZEWICZ, Jean y Xavier WAUTHY. *Two-Sided Markets and Price Competition with Multi-homing*. Center for Operations Research and Econometrics (CORE) at Université Catholique de Louvain, 2005, CORE Discussion Papers, N° 2004030, pág. 1. Disponible en: <http://goo.gl/9qFgjo>. Fecha de última visita: 14 de diciembre de 2015.

¹⁵⁶ Por otro lado, existen los centros comerciales con administración no centralizada mediante la cual cada uno de los espacios comerciales cuenta con un propietario y en el que las decisiones conjuntas resultan de un proceso de negociación entre las partes. Sin embargo, como se desarrollará más adelante, estos centros comerciales no cumplen con la tercera condición que define una plataforma.

¹⁵⁷ TILEC, *op. cit.*, págs. 17 a 21.

- (i) Las plataformas de transacciones entre dos lados, tales como tarjetas de pago, mercados virtuales, casas de subastas y sistemas operativos. Estas se caracterizan, desde la posición del intermediario, por la presencia y observabilidad de una transacción entre los dos grupos de usuarios de las plataformas. Como resultado, la plataforma no sólo es capaz de cobrar un precio fijo por el acceso a la misma, sino también por usarla (precio o comisión por transacción), es decir, puede cobrar una tarifa de dos partes¹⁵⁸.
- (ii) Las plataformas de no-transacciones entre dos lados, tales como la mayoría de mercados de medios de comunicación, los cuales se caracterizan por la ausencia de una transacción entre los dos lados del mercado. Aun cuando una interacción está presente, usualmente no es observable por el intermediario, de modo que un pago por transacción o una tarifa de dos partes no es posible.

159. En casos de plataformas con transacciones entre dos lados, la literatura especializada sugiere definir un único mercado relevante, mientras que, en plataformas donde no hay transacciones entre ambos lados, se requiere definir dos mercados interrelacionados entre sí¹⁵⁹.

160. En ese sentido, existen casos donde las autoridades de competencia europeas definieron un único mercado relevante para plataformas con transacciones entre ambos lados¹⁶⁰.

161. En el caso de la fusión de dos proveedores de plataformas electrónicas para reservas de servicios de viaje (caso *Travelport / Worldspan* del 2007¹⁶¹), la Comisión Europea reconoció la naturaleza de plataforma de dos lados del instrumento conocido como *Global Distribution Service* (GDS) que permitía que las agencias de viaje (un lado de la plataforma) obtengan información y hagan reservas principalmente de aerolíneas, carros y hoteles ofertados por los diferentes proveedores de servicios de viaje (el otro lado de la plataforma). Luego de ello, la Comisión Europea definió el mercado de producto como “servicios electrónicos para reservas de servicios de viaje mediante un GDS”¹⁶².

¹⁵⁸ TILEC, *op. cit.*, pág. 19.

¹⁵⁹ FILISTRUCCHI, Lapo et al. *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*. Tilburg Law School at Tilburg University, 2013, Legal Studies Research Paper Series No. 09, págs. 10 a 12. Disponible en: <http://goo.gl/INpqTJ>. Fecha de última visita: 14 de diciembre de 2015.

¹⁶⁰ Sobre la jurisprudencia norteamericana, Filistrucchi *et al.* señalan que las directrices de fusiones de EEUU del año 2010 parecen alejarse de la definición del mercado. FILISTRUCCHI y otros, *op. cit.*, pág. 3.

¹⁶¹ Caso COMP/M.4523 - Travelport/Worldspan. Disponible en: <http://goo.gl/SFqFnX>. Fecha de última visita: 14 de diciembre de 2015.

¹⁶² FILISTRUCCHI y otros, *op. cit.*, pág. 15.

162. En la fusión de *Google y Doubleclick* del 2008¹⁶³, la Comisión Europea, si bien no llegó a una conclusión definitiva sobre el alcance exacto del mercado de producto relevante, identificó correctamente la naturaleza de plataforma de dos lados de los servicios de intermediación de publicidad *online*. La Comisión Europea no contempló la existencia de mercados separados para los anunciantes y editores, sino por el contrario evaluó la realidad de un mercado de intermediación, el cual consideró como separado del canal de ventas directas¹⁶⁴.
163. Por otro lado, en el caso de la fusión de *Bloemenveiling Aalsmeer y FloraHolland* de 2007, la Autoridad de Competencia de los Países Bajos (NMa¹⁶⁵, por sus siglas en neerlandés) definió un único mercado relevante para el comercio de flores ornamentales a través de casas de subastas, tomando en cuenta su naturaleza de plataforma de dos lados (los subastadores solamente atraerán compradores en la medida que reúna a suficientes productores de flores, ofreciendo no solamente una plaza de mercado sino también servicios logísticos, de financiamiento e información para facilitar las transacciones)¹⁶⁶.

b. Principales características de las plataformas de transacciones de dos lados

164. En una plataforma de transacciones de dos lados (en adelante, plataforma) existen efectos de red indirectos observables por el intermediario, donde 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. Por ejemplo, los comercios valorarán más una tarjeta de crédito mientras más consumidores la utilicen y los consumidores, a su vez, valorarán más una tarjeta de crédito mientras más comercios la acepten. Asimismo, un sitio web comercial será más valioso para los vendedores en tanto más compradores lo visiten y los compradores valorarán más dicho sitio en tanto más vendedores ofrezcan sus productos a través de él.
165. En el caso de un centro comercial de administración centralizada, los arrendatarios valorarán más el centro comercial mientras más consumidores

¹⁶³ Caso COMP/M.4731 - Google/DoubleClick. Disponible en: <http://goo.gl/2NOjBV>. Fecha de última visita: 14 de diciembre de 2015.

¹⁶⁴ FILISTRUCCHI y otros, *op. cit.*, pág. 16.

¹⁶⁵ A partir del 01 de abril de 2013, se llama Autoridad para Consumidores y Mercados (ACM, por sus siglas en neerlandés).

¹⁶⁶ Caso 5901 Bloemenveiling Aalsmeer – FloraHolland. Disponible en: <https://www.acm.nl/en/publications/publication/3983/Bloemenveiling-Aalsmeer-FloraHolland/>. Fecha de última visita: 21 de abril de 2016.

acudan al mismo y los consumidores valorarán más dicho centro comercial mientras más y mejor combinación de comercios encuentren en él.

166. En principio, es posible que las dos demandas interactúen entre sí sin una plataforma que facilite esta interacción (por ejemplo, mediante los establecimientos comerciales independientes ubicados en la vía pública¹⁶⁷). Sin embargo, los costos de transacción asociados a este tipo de interacción 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 un administrador centralizado en una plataforma.
167. En primer lugar, un centro comercial de administración centralizada atiende a dos grupos de clientes que conforman sus dos demandas: de un lado, atiende a los arrendatarios de establecimientos comerciales que ubican sus locales al interior del centro comercial; y, de otro lado, atiende a los consumidores que acuden al centro comercial para adquirir los bienes y servicios que se venden en los establecimientos comerciales.
168. En segundo lugar, los dos grupos de clientes mencionados se encuentran relacionados a través de la existencia de efectos de red indirectos. Los efectos de red indirectos implican que, por un lado, los establecimientos comerciales aumenten su rentabilidad mientras más consumidores acudan al centro comercial; y, por otro lado, los consumidores aumenten su excedente mientras más establecimientos comerciales se encuentren presentes en el centro comercial.
169. La existencia de efectos de red indirectos en los centros comerciales se basa en la presencia de externalidades que se generan con ocasión de la mutua relación entre los dos grupos de demandantes¹⁶⁸. En el siguiente ejemplo se explica este hecho:

En el centro comercial X, el establecimiento comercial E1 tiene el poder de atracción del grupo de consumidores C1. La interacción entre E1 y C1, genera externalidades (positivas) para los establecimientos comerciales que puedan encontrarse adyacentes a E1, ya que los consumidores C1 pueden realizar compras en dichos establecimientos adyacentes. Esta situación produce incentivos para el incremento del número de establecimientos en el centro comercial X. De ese modo, eventualmente el establecimiento E2 operará un local comercial en el centro comercial X.

¹⁶⁷ Dichos establecimientos son denominados por la literatura especializada como establecimientos *free standing*. EVANS y SCHMALENSEE, 2007, *op. cit.*, pág. 175.

¹⁶⁸ De acuerdo a la definición general, la internalización de las externalidades es el proceso mediante el cual se equiparan los costos o beneficios privados de manera que se equiparen a los costos o beneficios sociales.

La futura interacción entre E2 y C1, generará externalidades (positivas) para futuros consumidores que eventualmente acudan al centro comercial X, ya que la presencia de E2 implica que existen más establecimientos en el centro comercial donde los consumidores pueden realizar sus compras; situación que produce incentivos para el incremento del número de consumidores en el centro comercial. De ese modo, eventualmente el grupo de consumidores C2 acudirá al centro comercial X¹⁶⁹.

170. Los efectos de red indirectos generados por la interdependencia de las dos demandas que atiende una plataforma provocan que el número de agentes participantes aumente a medida que aumenta la interacción entre estos. De ese modo, un aumento en el número de agentes de una demanda atraerá mayor número de agentes de la otra y así sucesivamente¹⁷⁰.
171. Por último, el administrador de un centro comercial logra que exista la interacción, al mismo tiempo que la incentiva, a través de la internalización de las externalidades existentes entre los dos grupos de demandantes. Para ello, el administrador establece un conjunto de reglas cuyo objetivo es lograr que los miembros de cada uno de los dos grupos de la demanda asuman los costos y beneficios que generan en los miembros de los otros grupos que participan en la interacción.
172. De acuerdo a lo anterior, se desprende que el administrador de un centro comercial tiene como objetivo principal maximizar la interacción entre los dos grupos de demandantes a los que atiende (los establecimientos comerciales y los consumidores), a través de un conjunto de reglas destinadas a la internalización de las externalidades que se generan como consecuencia de la interacción entre ambos grupos.
173. Asimismo, el administrador de un centro comercial toma en cuenta las preferencias del consumidor y del arrendatario, encargándose de optimizar el número y tipo de comercios que puede ofrecer. Este hecho es logrado a través de una adecuada combinación de operadores (arrendatarios), o por su nombre

¹⁶⁹ Este aumento escalonado del valor para los miembros de cada uno de los grupos de la demanda, además, se tiende a repetir de forma sucesiva.

¹⁷⁰ Así, por ejemplo, mientras más comercios acepten una tarjeta de crédito, más consumidores optarán por ella; mientras más usuarios de videojuegos compren una determinada consola, más programadores estarán dispuestos a trabajar en ella; y mientras más vendedores promocionen sus productos a través de un sitio web comercial, más compradores lo visitarán.

en inglés de un **tenant mix**¹⁷¹, que garantice una diversidad de establecimientos que atraiga a un mayor número de consumidores.

174. La importancia del *tenant mix* se debe al ahorro de costos de transacción e insumos debido a la combinación de diversos establecimientos comerciales en un solo lugar. Por tal motivo, mientras más grande sea el centro comercial, necesitará una mayor variedad de bienes y servicios.¹⁷²
175. El alcance de oferta de bienes y servicios de los centros comerciales de administración centralizada, se encuentra definida por El Consejo Internacional de Centros Comerciales (ICSC, por sus siglas inglés), el cual señala¹⁷³:

“Un grupo de negocios minoristas y otros establecimientos comerciales que son planificados, desarrollados, pertenecen y son administrados como propiedad única. Se provee estacionamiento en el lugar. El tamaño y la orientación del centro son generalmente determinados por las características del mercado y del área de influencia a la que presta servicios el centro.”

176. Es decir, los centros comerciales de administración centralizada buscan facilitar al público en su área de influencia un gran número de establecimientos que cubran en un solo lugar la demanda por restaurantes, cines, tiendas especializadas, tiendas por departamento, lugares de recreación para niños y jóvenes, espacios de encuentro o plazas, patios de comidas para la venta de comida rápida, estacionamientos de fácil acceso, entre otros¹⁷⁴. El gran número y tipo de comercios constituyen a los centros comerciales como lugares en los que los consumidores pueden realizar múltiples tareas al mismo tiempo.
177. La definición de centros comerciales de administración centralizada abarca los servicios que este, como entidad única y organizada, ofrece a los consumidores

¹⁷¹ El éxito de un centro comercial se debe en gran medida a la combinación de tiendas que venden productos y/o servicios complementarios dentro del centro comercial. A dicha combinación se le denomina *tenant mix*. MUSA, Z. Y PITT, M. *An Introduction to the Facilities Management in UK Shopping Centres*. 2008. Disponible en: <http://repository.um.edu.my/114869/>. Fecha de última visita: 25 de abril de 2016.

¹⁷² YUO, Tony Shun-Te; CROSBY, Neil; LIZIERI, Colin y McCANN, Philip. *The Management of Positive Inter-Store Externalities in Shopping Centres: Some Empirical Evidence*. Paper Presented at the European Real Estate Society 2003 Conference Helsinki, Finland. Disponible en: <http://centaur.reading.ac.uk/21443/1/1003.pdf>. Fecha de última visita: 25 de abril de 2016.

¹⁷³ Traducción libre de: “A shopping center is a group of retail and other commercial establishments that is planned, developed, owned and managed as a single property, typically with on-site parking provided. The center's size and orientation are generally determined by the market characteristics of the trade area served by the center”. Disponible en <http://www.icsc.org/research/references/c-shopping-center-definitions>. Fecha de última visita: 15 de enero de 2016.

¹⁷⁴ REGALADO, Otto; FUENTES, César; AGUIRRE, Gonzalo; GARCÍA, Nadia; MIU, Román y VALLEJO, Renato. *Factores críticos de éxito en los centros comerciales de Lima Metropolitana y el Callao*. – Lima: Universidad ESAN, 2009, pág. 56. Disponible en: <http://www.esan.edu.pe/publicaciones/Descargue%20el%20documento%20completo .pdf>. Fecha de última visita: 17 de enero de 2016.

para facilitar y mejorar la experiencia de compra. Distintos autores¹⁷⁵ señalan que los centros comerciales ofrecen una experiencia social basada en combinar adecuadamente establecimientos de entretenimiento, lugares para la venta de comida y comercios de venta de bienes con servicios adicionales orientados a facilitar y enriquecer el proceso de compra. La imagen del centro comercial como una entidad integrada que ofrece múltiples servicios puede mejorar la experiencia de compra del consumidor y atraer a un mayor número de los mismos¹⁷⁶.

178. Tanto la diversidad de tiendas como los servicios complementarios permiten que los centros comerciales ofrezcan un conjunto de beneficios que son percibidos como únicos por los consumidores. El mayor tráfico de visitas producto del carácter multidimensional de los centros comerciales puede llegar incluso a que estos sean percibidos como mercados autónomos por los consumidores¹⁷⁷. Sin embargo, si el consumidor no advierte la presencia de estas características en el centro comercial que visita, su preferencia por el mismo puede tender a decaer en el tiempo, aumentando la probabilidad de realizar “*multihoming*”¹⁷⁸ con otros centros comerciales o establecimientos especializados¹⁷⁹.
179. En consecuencia, el administrador diseña un adecuado *tenant mix*, internalizando los efectos de red, como una forma de conseguir la mayor participación posible de consumidores en el centro comercial¹⁸⁰. Así, un centro

¹⁷⁵ TURLEY, L.W y MILLIMAN, Ronald E. *Atmospheric Effects on Shopping Behavior: A Review of the Experimental Evidence*. Journal of Business Research, vol. 49, no. 2, agosto 2000, págs. 193 a 211. Disponible en: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0148296399000107>. Fecha de última visita: 17 de enero de 2016.

YANI-DE-SORIANO, M. Mirella y FOXALL, Gordon R. The emotional power of place: *The fall and rise of dominance in retail research*. Journal of Retailing and Consumer Services, vol. 13, no. 6, noviembre 2006, págs. 403 a 416. Disponible en: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969698906000178>. Fecha de última visita: 17 de enero de 2016.

¹⁷⁶ THANG, Doreen C. L. y TAN, Benjamin L. B. *Linking consumer perception to preference of retail stores: an empirical assessment of the multi-attributes of store image*. Journal of Retailing and Consumer Services, vol. 10, no. 4, julio 2003, págs. 193 a 200. Disponible en: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969698902000061>. Fecha de última visita: 17 de enero de 2016.

¹⁷⁷ CHEBAT, Jean-Charles., SIRGY, M. Joseph y GRZESKOWIAK, Stephan. *How can shopping mall management best capture mall image?* Journal of Business Research, 2010 Vol 63 (7), págs. 735 a 740. Disponible en: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0148296309001660>. Fecha de última visita: 18 de enero de 2016.

¹⁷⁸ El “*multihoming*” hace referencia al hecho de que los clientes pueden elegir utilizar más de una plataforma para un mismo servicio. Para mayor detalle ver el acápite *d.1 Concentración y diferenciación* de esta resolución.

¹⁷⁹ MAJUMDAR, Aveek. *A model for customer loyalty for retail stores inside shopping malls - An Indian perspective*. Journal of Services Research, no. especial, diciembre 2005, pág. 47. Disponible en: <http://connection.ebscohost.com/c/articles/20046379/model-customer-loyalty-retail-stores-inside-shopping-malls-indian-perspective>. Fecha de última visita: 18 de enero de 2016.

¹⁸⁰ Se debe tener en cuenta que un *tenant mix* de establecimientos genera beneficios para los administradores de centros comerciales que se derivan principalmente de las economías de escala y de alcance. Por otro lado, el conjunto de bienes y servicios en un solo lugar tiene beneficios para los consumidores derivados de la posibilidad de poder realizar todas las compras en un solo establecimiento puesto que se facilita la denominada compra comparada y, en relación con ello, se reducen sustancialmente los costos de búsqueda. Ver: YUO, Tony Shun-Te; CROSBY, Neil; LIZIERI, Colin

comercial de administración centralizada cumple con los aspectos que caracterizan a una plataforma¹⁸¹. De hecho, un centro comercial de administración centralizada es un ejemplo paradigmático de plataforma.

c. Incentivos y estrategias de las plataformas

180. El éxito de una plataforma consiste en lograr que las demandas que atiende internalicen y promuevan los efectos de red indirectos que se generan por su interacción¹⁸². Para tal efecto, las plataformas implementan políticas de precios y, en general, cualquier estrategia comercial de compensación de externalidades que atraiga¹⁸³ a los agentes de las dos demandas que atiende¹⁸⁴.

y McCANN, Philip. *Tenant Mix Variety in Regional Shopping Centres: Some UK Empirical Analyses*. The University of Reading Business School. Disponible en: <http://www.reading.ac.uk/LM/LM/fulltxt/0204.pdf>. Fecha de última visita: 25 de abril de 2016.

¹⁸¹ Al respecto se ha señalado: "Un número significativo de mercados operan bajo estas características. Considérese, como ejemplos específicos, los centros comerciales, medios de comunicación o tarjetas de crédito. Cuanto mayor sea el número de compradores atraídos hacia un centro comercial, mayor será la disposición de una tienda para localizarse en dicho centro comercial. A la inversa, cuanto mayor sea el número de tiendas ubicadas en el centro comercial, mayor será la disposición de los compradores para acudir a dicho establecimiento". Traducción libre de: "A significant number of real-life markets operates under these features. Consider, as specific examples, shopping malls, media markets, credit cards. The larger the number of shoppers attracted in a shopping mall, the higher the willingness of a retailer to locate in that shopping mall. Conversely, the larger the number of shops located in the shopping mall, the higher the willingness of shoppers to pay a visit to it". Ver: GABSZEWICZ, Jean J. y WAUTHY, Xavier Y. *Two-Sided Markets and Price Competition with Multi-homing*. Université Catholique de Louvain, Center for Operations Research and Econometrics (CORE), CORE Discussion Papers, N° 2004030, pág. 1. Disponible en: http://alfresco.uclouvain.be/alfresco/service/guest/streamDownload/workspace/SpacesStore/d110a9a1-ae2-43a1-a48c-16be52565c81/coredp_2004_30.pdf?quest=true. Fecha de última visita: 25 de abril de 2016.

¹⁸² EVANS, D. y SCHMALENSEE, R. 2007, *op. cit.*, págs. 4 a 10.

¹⁸³ Sobre el particular, debe rescatarse el hecho de que, por lo general, las plataformas tienen la necesidad de atraer a las dos demandas que atienden de forma simultánea. La simultaneidad de las demandas resulta particularmente relevante para lograr los efectos de red indirectos. En efecto, una demanda no tendrá incentivos para acudir a la interacción a menos que la otra se encuentre presente ahí, y viceversa. Así, por ejemplo, los consumidores no adquirirán una tarjeta de crédito si no es con la condición de que los comercios la acepten; los programadores de videojuegos no programarán para una consola si no existe una demanda por parte de los consumidores; y los compradores por internet no visitarán un sitio web a menos que no existan vendedores potenciales en dicha plataforma. En: EVANS, David. *The Antitrust Economics of Two-Sided Markets*, Regulation2point0, Working Paper 253, pág. 39. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/files/153/6716725.pdf>. Fecha de última visita: 25 de abril de 2016.

¹⁸⁴ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: "El rol fundamental en la economía de una plataforma de dos lados es permitir a las partes obtener ganancias del intercambio u otras interacciones mediante la reducción de los costos de transacción que se derivan de su encuentro mutuo e interacción. Las plataformas de dos lados logran esto mediando entre los dos grupos, promoviendo la formación de clientela y minimizando costos. Diferentes plataformas participan en esta actividad en diferentes grados. Así, las plataformas de software se enfocan principalmente en minimizar los costos de duplicación, aquellas dedicadas a la publicidad en los medios, en la formación de clientela, y aquellas dedicadas a los intercambios, en la mediación entre la oferta y la demanda. Sin embargo, todas se involucran en diferentes grados en estas actividades. Todas las plataformas ayudan a reducir costos de transacción proporcionando un punto de encuentro, virtual o físico, para los clientes". Traducción libre de: "The fundamental role of a two-sided platform in the economy is to enable parties to realize gains from trade or other interactions by reducing the transactions costs of finding each other and interacting. Two-sided platforms do this by matchmaking, building audiences, and minimizing costs. Different platforms engage in these activities to different degrees. Software platforms are mainly about minimizing duplication costs, advertising-supported media in mainly about building audiences, and exchanges are mainly about matchmaking. But they all seem to engage in each to some degree. All platforms help reduce costs by providing a virtual or physical meeting place for customers". Ver: EVANS, David y Richard SCHMALENSEE, *op. cit.*, pág. 158.

181. La política de precios de una plataforma depende principalmente de la relación entre las elasticidades de demanda de las dos demandas que atiende¹⁸⁵ y supone generalmente el establecimiento de precios distintos para cada una de ellas. En efecto, una demanda valora más la interacción en la medida que recibe más efectos de red indirectos positivos, lo que implica que posea una demanda relativamente más inelástica que la otra y que se encuentre dispuesta a pagar un mayor precio por participar en la plataforma.
182. Como se ha mencionado, a la demanda que recibe mayores efectos de red indirectos positivos se le puede cobrar un mayor precio, mientras que a la otra, a fin de atraerla hacia la interacción, se le puede cobrar uno menor. Ello, en la práctica, implica que la plataforma utilice a una de las demandas como “atractivo” para lograr la participación de la otra, que le servirá como centro de sus beneficios¹⁸⁶. Por esa razón, una circunstancia típica en este tipo de mercados es una política de precios asimétrica entre demandas¹⁸⁷. Incluso, resulta habitual en este tipo de mercados que a la demanda más elástica se le asigne un precio por debajo del costo.
183. En el mercado de centros comerciales, típicamente, la demanda conformada por los arrendatarios es la que paga por el acceso y uso de la plataforma, mientras que la demanda conformada por los consumidores accede y hace uso de la plataforma de manera gratuita (es decir, por debajo del costo). La

¹⁸⁵ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: “Los precios óptimos dependen de manera compleja de las elasticidades de los precios en cada uno de los lados de la demanda, la naturaleza y la intensidad de los efectos de red indirectos entre dichos grupos de clientes y los costos marginales que resultan del intercambio en cada lado”. Traducción libre de: “The optimal prices depend in a complex way on the price elasticities of demand on both sides, the nature and intensity of the indirect network effects between each side, and the marginal costs that result from changing the output of each side”. En: EVANS, David y NOEL, Michael, loc. cit., pág. 115. En sentido similar, se ha señalado lo siguiente: “En un mercado tradicional, los precios significativamente por encima o por debajo de los costos de producción pueden conllevar preocupaciones sobre afectación a la libre competencia. En un mercado de dos lados, sin embargo, una estructura de precios compleja puede ser eficiente. Con el fin de maximizar el volumen dentro de la red, una plataforma puede fijar sus precios por encima de los costos de producción en un lado del mercado para subsidiar el otro lado. Quizá la razón más básica para esto es que normalmente las externalidades difieren entre los dos grupos de consumidores. Si un grupo gana más con la interacción que el otro, las plataformas tenderán a cargarlo con un precio mayor”. Traducción libre de: “In a traditional market, prices either significantly above or significantly below production cost can raise antitrust concerns. In a two-sided market, however, a highly skewed pricing structure may be efficient. In order to maximize volume in the network, a platform may set prices above production cost on one side of the market in order to subsidize the other side. Perhaps the most basic reason for this is that the nature of externalities often differs across the two groups of customers. If one group gains more from interacting with the other group than vice versa, platforms will tend to charge that group more”. En: Round Table on Two-Sided Markets - Note by the Delegation of the United States-, OECD, junio 2009, pág. 3. Disponible en: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/05/12/270430.pdf>. Fecha de última visita: 25 de abril de 2016.

¹⁸⁶ ARMSTRONG, Mark. *Competition in Two-Sided Markets*, The RAND Journal of Economics, 2006, vol. 37, N° 3, págs. 668-669. Disponible en: <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1756-2171.2006.tb00037.x/epdf>. Fecha de última visita: 25 de abril de 2016.

¹⁸⁷ Esto es económicamente viable porque las utilidades del administrador de una plataforma son obtenidas de ambos lados de la demanda y no sólo de una. De esa forma, los “costos” que se pueden incurrir en un lado, se pueden recuperar mediante las utilidades obtenidas en el otro lado de la demanda. Cabe señalar que el precio cero o negativo tiende a ser más común al inicio del negocio. En efecto, para captar una masa crítica de clientes en uno de los lados de la demanda, se puede subsidiar de alguna forma el acceso o uso de la plataforma a dicho grupo de clientes.

racionalidad económica detrás de este tipo de estrategia comercial consiste en lograr que el segundo grupo se comprometa en la interacción.

184. La asimetría en la política de precios se presenta también al interior de la demanda conformada por los arrendatarios de establecimientos comerciales. Así por ejemplo, es bastante conocido el caso de las tiendas ancla en los centros comerciales. Las tiendas ancla¹⁸⁸ representan arrendatarios estratégicos para los administradores de centros comerciales puesto que tienen una gran capacidad de atracción de consumidores, lo que genera externalidades positivas significativas para los demás establecimientos que se encuentren en el centro comercial. Así, para lograr que estos arrendatarios estratégicos participen en la plataforma, los administradores de centros comerciales normalmente buscan asegurar, a través de la renta, que las externalidades positivas que generan les sean compensadas. Por ello, cargan al arrendatario estratégico una renta menor a la que cargan a los demás arrendatarios¹⁸⁹.
185. En primer lugar, se debe identificar a los arrendatarios estratégicos, esto es, aquellos arrendatarios que generan importantes externalidades. Sobre el

¹⁸⁸ Acerca de la definición de tienda ancla se ha señalado lo siguiente: “Un establecimiento amplio, como una tienda por departamentos o un supermercado, que se ubica en un centro comercial principalmente para atraer consumidores de quienes se espera que se hagan clientes de las otras tiendas del centro comercial”. Traducción libre de: “A large store, such as a department store or supermarket, that is prominently located in a shopping mall to attract customers who are then expected to patronize the other shops in the mall”. En: American Heritage Dictionary. Disponible en: <https://ahdictionary.com/word/search.html?q=anchor+store&submit.x=44&submit.y=26>. Fecha de última visita: 25 de abril de 2016.

Asimismo, se ha señalado que las tiendas ancla o tiendas clave son establecimientos que generan tránsito peatonal y por ende, mayores ventas para el lugar donde se ubican, debido a la fuerza de su marca, su reputación o su reconocimiento por parte de los consumidores. De otro lado, las tiendas que no son anclas son aquellas que por sí mismas no atraen una masa significativa de compradores al centro comercial, como pueden ser las tiendas especializadas (zapaterías, joyerías, etc.), restaurantes y locales de comida rápida en patios de comida. KAŁUŻNY, Jakub; NITSCHKE, Rainer y RÖLLER, Lars-Hendrik. *Defining Product Markets for Shopping Centers: Thoughts on Methodological Choices*. European School of Management and Technology. 2011. WP-11-02. Disponible en: <https://www.e-ca.com/sites/default/files/wp-11-02.pdf>. Fecha de última visita: 25 de abril de 2016.

¹⁸⁹ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: “Un argumento bastante conocido es que los consumidores son atraídos hacia los centros comerciales debido a la presencia de las denominadas tiendas ancla –invariablemente, tiendas por departamento con nombres reconocidos. Mediante la generación de tráfico de consumidores en el centro comercial, las tiendas ancla generan externalidades positivas indirectamente a través del aumento en las ventas y/o la reducción de costos publicidad y otros costos de anfitriónaje para las empresas más pequeñas del centro comercial. Las tiendas menos conocidas pueden aprovecharse de la reputación de las tiendas ancla. Si esas externalidades son significativas, la competencia entre los administradores de centros comerciales generará que internalicen esta generación de demanda otorgando subsidios en la renta a las tiendas ancla y cobrando altas rentas a los establecimientos que se benefician de las mencionadas externalidades”. Traducción libre de: “A common claim is that consumers are attracted to malls because of the presence of well-known anchor stores –invariably department stores with recognized names. By generating mall traffic, anchors create external economies by indirectly increasing sales and/or reducing promotion and other costs of a host of smaller mall stores. Lesser-known stores can free ride off the reputations of anchors. If these externalities are important, competition among mall developers will internalize these demand spillovers by giving rent subsidies to anchors and by charging higher rents to mall tenants that benefit from spillovers”. En: PASHIGIAN, B. Peter y GOULD, Eric D. *Internalizing Externalities: the Pricing of Space in Shopping Malls*. En: Journal of Law and Economics, 1998, vol. 41, Nº 1, pág. 116. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/pdfplus/10.1086/467386.pdf?acceptTC=true&jpdConfirm=tru>. Fecha de última visita: 25 de abril de 2016.

particular, existe consenso acerca de que las tiendas por departamento¹⁹⁰ son siempre arrendatarios estratégicos. Salvo por ese caso, normalmente será necesario realizar un análisis casuístico para identificar a los arrendatarios que generarán un elevado flujo de consumidores hacia el centro comercial. Ello dependerá en gran medida del criterio comercial del administrador del centro comercial.

186. En segundo lugar, se debe establecer el nivel de externalidades positivas (beneficios) que está en capacidad de generar un arrendatario estratégico¹⁹¹. Esto determinará, a su vez, el nivel de precios que a dicho arrendatario estratégico deberá otorgársele.
187. Por último, el administrador del centro comercial debe decidir el mecanismo que utilizará para compensar al arrendatario estratégico por las externalidades positivas que generará en el centro comercial.
188. En relación con la implementación de otras estrategias comerciales distintas a precios, cabe señalar que las plataformas pueden recurrir a diversos mecanismos que, en ciertas circunstancias y desde una perspectiva parcial, pueden causar un perjuicio relativo para alguna de las demandas (o para algunos de los agentes que la componen). Sin embargo, estas estrategias pueden resultar eficientes para viabilizar la interacción de las demandas y lograr la internalización de los efectos de red indirectos generados. Por ejemplo, el administrador de un centro comercial puede recurrir a acuerdos entre

Continúa en la siguiente página

¹⁹⁰ Sobre la definición de tienda por departamento, se ha señalado lo siguiente: "*Una gran tienda de ventas al por menor que ofrece una gran variedad de bienes y servicios, organizados en diferentes secciones*". Traducción libre de: "*A large retail store offering a variety of merchandise and services and organized in separate departments*". En: American Heritage Dictionary. Disponible en: <https://ahdictionary.com/word/search.html?q=department+store&submit.x=66&submit.y=19>. Fecha de última visita: 25 de abril de 2016.

¹⁹¹ Se hace referencia a las externalidades de carácter positivo entre los establecimientos del centro comercial. No obstante, es posible que existan externalidades de carácter negativo, circunstancia que también debe ser tomada en cuenta por el administrador del centro comercial. En efecto, es posible que un establecimiento no sólo genere una reducida demanda sino que tenga una influencia negativa sobre la demanda de los establecimientos adyacentes. Al respecto, se ha señalado que: "*Un tenant mix bien diseñado e implementado puede además prevenir externalidades negativas entre los arrendatarios, lo que se realiza mediante la selección de los establecimientos y la zonificación de ellos en diversas categorías*". Traducción libre de: "*A well designed and implemented tenant mix strategy can also prevent negative effects among tenants by tenant selection or zoning specific retail categories*". En: SHUN-TE YOU, Tony y otros. *The Management of Positive Inter-Store Externalities in Shopping Centres: Some Empirical Evidence* 2003, loc. cit., pág. 6.

arrendatarios, cargos por servicios, incentivos o exclusividades¹⁹² con arrendatarios estratégicos¹⁹³, entre otros tipos de acuerdos¹⁹⁴.

189. El manejo de estas variables (la identificación de los arrendatarios estratégicos, el nivel de beneficios que generan y los mecanismos de compensación) se reconoce como parte de las facultades del administrador de un centro comercial, quien diseña y lleva a cabo estas estrategias comerciales a fin de conseguir la interacción de los dos grupos de clientes que componen su demanda. De hecho, sin estos mecanismos, un centro comercial no sería económicamente viable.

d. Poder de mercado y competencia

d.1. Concentración y diferenciación

190. Los efectos de red indirectos suelen tener un efecto de concentración de poder de mercado a favor de la plataforma que posibilita la interacción entre las demandas, pues se crea un círculo virtuoso directamente relacionado con el sucesivo incremento de agentes de una demanda en respuesta al incremento de agentes de la otra.
191. Así, mientras más consumidores asistan a un centro comercial, más arrendatarios de establecimientos comerciales estarán dispuestos a usar un espacio en este centro comercial y, a su vez, mientras más establecimientos comerciales estén presentes en el centro comercial, más consumidores estarán dispuestos a acudir a dicho centro comercial.
192. Sin embargo, también existen mecanismos que propician la competencia entre plataformas. El más importante consiste en la diferenciación entre las

¹⁹² En: S/A. *The Antitrust Implications of Restrictive Covenants in Shopping Center Leases*. En: Harvard Law Review, 1973, vol. 86, Nº 7. págs. 1201 a 1249. Disponible en: http://www.jstor.org/stable/1340066?seq=1#page_scan_tab_contents. Fecha de última visita: 25 de abril de 2016.

¹⁹³ Los acuerdos entre el administrador de un centro comercial y un establecimiento comercial se presentan como acuerdos de exclusividad entre el administrador del centro comercial y los arrendatarios que son considerados estratégicos. La regla general es que el administrador del centro comercial, en ciertos casos, beneficia a los arrendatarios estratégicos mediante acuerdos en donde se comprometen a no arrendar espacios comerciales, dentro del centro comercial, a otros agentes económicos que puedan resultar competidores del arrendatario estratégico. Ver: EVANS, David. *The Antitrust Economics Of Multi-Sided Platform Markets*. En: Yale Journal on Regulation, 2003, vol. 20, pág. 372. Disponible en: https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2006/12/13/219673_c.pdf. Fecha de última visita: 25 de abril de 2016.

¹⁹⁴ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: “La gestión y los procesos de internalización se logran a través de la distribución de las obligaciones y los recursos entre los arrendatarios, tales como alquileres, cargos por servicio, incentivos en el arrendamiento y otras obligaciones y regulaciones no monetarias”. Traducción libre de: “Management and internalization processes are accomplished through the distribution of obligations and resources among tenants, such as rents, service charges, leasing incentives and other non-monetary obligations and regulations”. SHUN-TE YOU, Tony y Otros. *The Management of Positive Inter-Store Externalities in Shopping Centres: Some Empirical Evidence* 2003. Loc. Cit., pág. 2.

plataformas. Al respecto, la literatura económica distingue dos tipos de diferenciación: la **diferenciación horizontal**, que implica la elección del tipo de bienes y servicios que se comercializarán en la plataforma; y, la **diferenciación vertical**, que implica la elección de la calidad específica de los bienes y servicios que se comercializarán en la plataforma¹⁹⁵.

193. La diferenciación permite a las plataformas cubrir las preferencias específicas de las demandas que atiende y provoca que los agentes de una o ambas demandas acudan a más de una plataforma. Este fenómeno es conocido en la literatura económica como “**multihoming**”¹⁹⁶.
194. El *multihoming* es un factor que incentiva la competencia entre centros comerciales, generando dispersión del poder de mercado que pudiera tener alguno de ellos. Los centros comerciales pueden promover el *multihoming* diferenciándose entre sí, en función de la calidad específica de los bienes y servicios que se ofrecen en sus establecimientos (diferenciación vertical), o en función del tipo de bienes y servicios que se ofrecen en el centro comercial (diferenciación horizontal).
195. En consecuencia, el poder de mercado que una plataforma puede alcanzar se encuentra directamente relacionado con los efectos de red indirectos que pueda promover, e inversamente relacionado con el uso del *multihoming* por parte de las demandas que atiende. En efecto, como se ha señalado, los efectos de red indirectos típicamente generan que una plataforma tenga dimensiones cada vez mayores, generando mayor concentración y mayor posibilidad de obtener poder de mercado; mientras que, en sentido contrario, el uso del *multihoming* diluye su participación, su concentración y, con ello, la posibilidad de obtener poder de mercado.
196. Adicionalmente, cabe señalar que la congestión de usuarios que se relaciona directamente con el tamaño de la plataforma, es un desincentivo para un crecimiento desproporcionado, pues un número excesivo de agentes en una o ambas demandas puede incrementar los costos de búsqueda y representar un obstáculo para la interacción.
197. Por lo tanto, si bien el éxito de una plataforma se relaciona directamente con la concentración de demandas que pueda realizar y con el consiguiente poder de

¹⁹⁵ EVANS, David S. y NOEL, Michael. *Defining Antitrust Markets when Firms Operate Two-Sided Platforms*, Columbia Business Law Review, 2005, vol. 3, págs. 123 a 124. Disponible en: http://www.noeeconomicresearch.com/research/NOEL_defining.pdf. Fecha de última visita: 4 de febrero de 2016.

¹⁹⁶ ROCHET, Jean Charles y TIROLE, Jean. *Platform Competition in Two-Sided Markets*. En: London School of Economics, Financial Markets Group, pág. 5. Disponible en: <http://eprints.lse.ac.uk/24929/1/dp409.pdf>. Fecha de última visita: 25 de abril de 2016.

mercado que pueda alcanzar, el uso del *multihoming* y los costos de búsqueda asociados a su tamaño, limitan su crecimiento y posibilitan que exista competencia entre plataformas.

198. Finalmente, cabe señalar que el poder de mercado del administrador de un centro comercial implica que dicho agente debe tener, de manera simultánea, influencia sobre los arrendatarios de establecimientos comerciales y sobre los consumidores. Ello dependerá de la fuerza de los efectos de red indirectos entre los dos grupos de clientes que atiende, así como de la competencia que exista con otras plataformas u otro tipo de establecimientos comerciales por la atención de alguno de los grupos de clientes que componen su demanda.

d.2. Niveles de competencia que puede enfrentar una plataforma

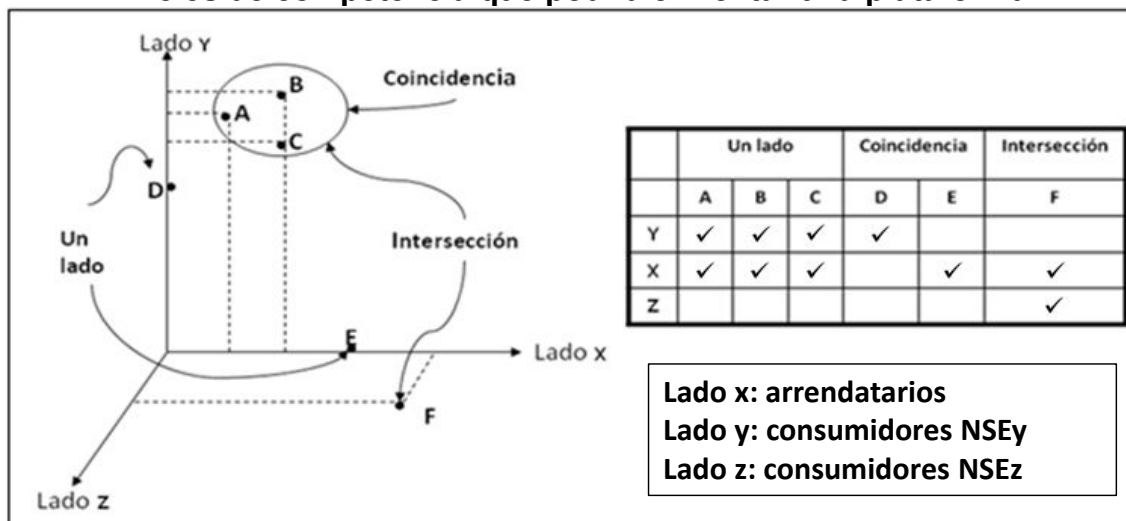
199. En principio, una plataforma compite con otras plataformas de similares características. Sin embargo, dado que atiende a dos demandas que interactúan entre sí, es posible que el mercado en el que compite sea más amplio.
200. En efecto, una plataforma podría competir con tres tipos de mercados, toda vez que podría tener como candidatos sustitutos a: a) otras plataformas de similares características, en la atención de las dos demandas simultáneamente, b) otras plataformas, en la atención de sólo una demanda, y c) establecimientos típicos¹⁹⁷, en la atención de cada demanda por separado¹⁹⁸. El siguiente gráfico muestra los tipos de mercados en los que podría competir una plataforma:

**Ver Gráfico N° 1 en la siguiente
página**

¹⁹⁷ Establecimientos comerciales independientes, generalmente ubicados en la vía pública, en los que se desarrolla un negocio en particular (a los que la literatura anglosajona denomina establecimientos *free standing*).

¹⁹⁸ Doctrina tomada de EVANS y SCHMALENSEE, 2007, *op. cit.*, pág. 175.

Gráfico N° 1
Niveles de competencia que podría enfrentar una plataforma



Fuente: EVANS y SCHMALENSEE, 2007, *op. cit.*, pág. 175.
Elaboración: ST-SDC

201. En el primer tipo de mercado, la plataforma A compite con las plataformas B y C, por la provisión a las dos demandas que atiende (representadas por los lados X e Y). Un ejemplo de este tipo de competencia es el mercado de centros comerciales que atienden a dos grupos de demandantes interdependientes: los consumidores de determinado nivel socio-económico (lado Y), quienes demandan bienes y servicios, y los arrendatarios (lado X), quienes demandan un espacio arrendable en el centro comercial para la venta de bienes y servicios a dichos consumidores¹⁹⁹.
202. En el segundo tipo de mercado, la plataforma A compite con la plataforma F, quien también atiende a dos demandas (representadas por los lados X y Z), pero solo rivaliza con la plataforma A en la provisión de una de ellas (el lado X). Así, por ejemplo, dos centros comerciales que atienden a públicos objetivos de distinto nivel socio-económico competirán únicamente respecto de los arrendatarios (y no con respecto de los consumidores), pues ambos centros comerciales poseen consumidores con distintas características²⁰⁰.
203. Finalmente, en el tercer tipo de mercado, la plataforma A compite indistintamente con los establecimientos D y E, en la atención de sólo una de

¹⁹⁹ Otro ejemplo de este tipo de competencia es el mercado de periódicos de una ciudad, en el que los periódicos atienden a dos grupos de demandantes interdependientes: los lectores, quienes demandan noticias y publicidad, y los anunciantes, quienes demandan un espacio para colocar su publicidad.

²⁰⁰ Otro ejemplo es un periódico que compite con las televisoras, pero únicamente respecto de los anunciantes y no de los consumidores, pues cada una de ellas posee consumidores con distintas características.

sus demandas (en el lado Y compite con D y en el lado X compite con E). Así, por ejemplo, un centro comercial también podría competir con los establecimientos *free standing* en atender a los consumidores²⁰¹.

204. En conclusión, los potenciales candidatos sustitutos de una plataforma son:

- a) Centros comerciales de administración centralizada, en la atención del mismo tipo de consumidor y de arrendatarios.
- b) Centros comerciales de administración centralizada, en la atención de los mismos arrendatarios pero a otro tipo de consumidor.
- c) Locales comerciales de venta directa (*free standing*), que no se ubican dentro de un centro comercial.

205. En el presente procedimiento, a efectos de definir el mercado de producto relevante, corresponde analizar si el servicio de arrendamiento de espacios comerciales (para la venta de determinada comida rápida) por parte de los centros comerciales permite reconocer como sustitutos a todos los establecimientos antes mencionados.

206. Una vez definido el mercado del producto relevante se procederá a determinar el mercado geográfico relevante. El mercado geográfico²⁰² relevante está delimitado por las áreas o espacios geográficos donde se encuentran las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante ya delimitado. Esto se mide en función de las restricciones que tendrían tanto los productores de otras zonas geográficas para trasladar sus productos a donde se encuentran los clientes, como a las limitaciones que enfrentan los propios consumidores para acceder a las otras áreas donde se encuentran las fuentes alternativas de aprovisionamiento²⁰³, para lo cual la Sala estima pertinente evaluar, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras de acceso al comercio.

III.5.2 La posición de dominio

207. Habiéndose definido el mercado relevante, corresponderá determinar la posición de dominio, debiéndose evaluar si en el mercado relevante previamente definido existe algún agente económico que pueda comportarse

²⁰¹ Otro ejemplo es el mercado de periódicos que también puede competir en el mercado de anuncios publicitarios con las administradoras de paneles publicitarios los cuales se arriendan en la vía pública a los anunciantes.

²⁰² Ver nota al pie 146.

²⁰³ Sobre el particular, WHISH ha manifestado que: "*La delimitación del mercado geográfico ayuda a identificar qué otras firmas imponen una restricción competitiva sobre otro agente bajo investigación. El costo de transporte es un importante factor: algunos bienes son tan caros de transportar en relación con su valor que no sería económico intentar venderlos en mercados distantes...*". WHISH, Richard, *op. cit.*, pág. 39. En ese mismo sentido, ver CONRATH. W, Craig, *op. cit.*, Sección 4, págs. 12 y ss.

independientemente sin que los demás agentes económicos (competidores, proveedores, clientes o consumidores) tengan la capacidad de disciplinar su comportamiento.

208. Al respecto, de manera referencial se tiene que el artículo 7 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas señala que la posición dominante podría ser producto de factores tales como²⁰⁴:

- (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 estos.

III.5.3 Configuración, justificaciones y efectos de la conducta

209. Finalmente, el presente procedimiento, al tratarse de una investigación sobre una presunta negativa concertada e injustificada a contratar, requiere verificar que la conducta se encuentre acreditada, evaluar las justificaciones basadas en eficiencias derivadas de la conducta bajo análisis, y analizar las consecuencias de la práctica denunciada sobre los mercados afectados (verificar si el supuesto infractor causó un efecto exclusorio). En este contexto, resulta importante desarrollar a continuación el alcance de la figura de restricciones verticales, pues estas últimas pueden tener efectos, tanto negativos como positivos, en el proceso competitivo.

210. Las restricciones verticales se definen como aquellos acuerdos o convenios entre empresas que operan en diferentes niveles de la cadena de producción,

204

Conforme se dijo en la nota al pie 126: "En adelante, las citas que la Sala haga del Decreto Legislativo 1034, sobre normas sustantivas para la determinación del mercado relevante, tendrá carácter meramente referencial, al recoger la práctica jurisprudencial de la Comisión y la Sala sobre dicha materia."

DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un 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:

- (a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- (c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- (d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- (e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- (f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

que restringen las condiciones bajo las cuales los contratantes pueden comprar, vender o revender un bien o servicio²⁰⁵.

211. En el ámbito de la Unión Europea, las Directrices referidas a las Restricciones Verticales²⁰⁶ establecen sobre el particular lo siguiente: *“Los acuerdos o prácticas concertadas, suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios”*.
212. Conforme a las mencionadas Directrices, las restricciones verticales pueden generar consecuencias negativas para el mercado, entre las que se encuentran principalmente las siguientes:
- (i) La exclusión de otros proveedores o compradores mediante el incremento de barreras de acceso al mercado.
 - (ii) La reducción de la competencia *intermarca* entre los agentes que operan en un mercado, además de la facilitación de conductas colusivas (explícitas o tácitas) entre proveedores o compradores.
213. Los acuerdos verticales por lo general se encuentran orientados a generar eficiencias, principalmente en lo referente a la competencia en factores distintos del precio, motivo por el cual en cada caso concreto deben analizarse sus eventuales efectos anticompetitivos en el mercado. Sobre este particular, se ha sostenido que:

*“La colaboración entre empresas que se encuentran en distintos niveles de la cadena de producción a través de acuerdos verticales, supone muchas veces un mejor uso y optimización de los recursos, lo que se traduce en ocasiones en una mejora del sistema de producción y distribución del bien y servicio, en un incremento en las prestaciones a favor del consumidor e incluso en ocasiones en una reducción del precio del producto final. Con estos acuerdos o prácticas, las empresas partícipes incrementan su confianza mutua, se coordinan y adaptan a las necesidades recíprocas y como resultado bajan sus costes y aumentan la calidad del producto y del nivel de prestaciones.”*²⁰⁷

²⁰⁵ HAHN, Robert. *Antitrust Policy and Vertical Restraints*. Editorial AEI – Brookings Joint Center for Regulatory Studies, primera edición, Washington, D.C., 2006, pág. 1; ROSS, Stephen. *Principles of antitrust Law*. Editorial The Foundation Press, Inc., New York, 1993, pág. 224; MOTTA, Massimo. *Competition Policy. Theory and Practice*. Editorial Cambridge University Press, primera edición, New York, 2004, pág. 302.

²⁰⁶ Directrices referidas las Restricciones Verticales (2000/C 291/01). Disponible en: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2000:291:0001:0044:ES:PDF>. Fecha de última visita: 21 de agosto de 2015.

²⁰⁷ ZURIMENDI, Aitor. *Las restricciones verticales a la libre competencia*. Editorial Thomson – Civitas, primera edición, Navarra, 2006, pág. 84.

(Subrayado añadido)

214. Al respecto, las Directrices de la Unión Europea han consignado un listado no taxativo de aquellas eficiencias o justificaciones más comunes para la celebración de acuerdos restrictivos verticales, entre las que se encuentran principalmente las siguientes:

- (i) Solución de los problemas de “parasitismo” (*Free rider*): Mediante un acuerdo de distribución exclusiva, por ejemplo, se puede evitar que un distribuidor se aproveche de las actividades de promoción realizadas por un competidor. Si un minorista invierte en servicios de preventa de una marca específica a efectos de incrementar su demanda por parte de los consumidores, se espera lógicamente que tenga un interés de evitar que otro minorista realice ventas aprovechándose de una inversión en la que no ha contribuido²⁰⁸.
- (ii) Apertura e ingreso a nuevos mercados: El ingreso a un nuevo mercado geográfico puede requerir que el distribuidor realice “inversiones iniciales” específicas para introducir la marca. En tal sentido, con el fin de incentivar dichas inversiones, el productor puede otorgar una protección especial mediante una exclusividad territorial, permitiéndole a su distribuidor que fije un precio elevado temporalmente a efectos de recuperar sus inversiones.
- (iii) Parasitismo de certificado: En determinados mercados, algunos minoristas tienen la reputación entre los consumidores de ofrecer productos de “calidad”, por lo que en un inicio si los productores no fuesen capaces de restringir sus ventas a través de dichos minoristas, podría ocurrir que el producto en cuestión no se oferte en el mercado o fracase su proceso de introducción.
- (iv) Problema de cautividad: Este caso se presenta cuando un proveedor o un comprador deben realizar inversiones destinadas a un cliente específico²⁰⁹ de tal manera que no comprometería su capital en la realización de tales

En el mismo sentido, Conrath ha señalado que “la mayoría de acuerdos verticales no son perjudiciales para la competencia. Los acuerdos verticales son una manera usual y normal de hacer negocios. Una amplia variedad de tipos de acuerdos verticales forma parte del proceso competitivo”. CONRATH. W, Craig. *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*. World Bank, Washington, 1995, Sección 7, pág. 2.

²⁰⁸ En ese sentido, ver también WHISH, Richard, *op. cit.*, pág. 592.

²⁰⁹ Según las Directrices mencionadas, una inversión realizada por el proveedor se considerará específica si luego de finalizado el contrato, no puede ser utilizada por el proveedor para suministrar a otros clientes o no puede venderse; de otro lado, una inversión realizada por el comprador se considera específica si luego de extinguido el contrato no puede ser utilizado por el comprador para adquirir y/o usar productos suministrados por otros proveedores.

inversiones si previamente no consigue celebrar un acuerdo de suministro exclusivo que asegure la recuperación de su inversión.

215. Pese a la existencia de justificaciones basadas en la eficiencia económica, las restricciones verticales también tienen la capacidad de generar efectos negativos sobre la competencia en aquellos casos en que una o ambas partes del acuerdo ostentan posición de dominio en algunos de los mercados relacionados²¹⁰. En tal sentido, las Directrices de la Unión Europea sobre Restricciones Verticales establecen lo siguiente²¹¹:

(6) En la mayoría de las restricciones verticales sólo pueden surgir problemas si la competencia intermarca es insuficiente, es decir, si existe un cierto grado de poder de mercado por parte del proveedor o el comprador, o de ambos. Por lo general, las restricciones verticales son menos perniciosas que las horizontales y pueden proporcionar un margen sustancial para eficiencias.

(...)

(96) Las consecuencias negativas para el mercado que se pueden derivar de las restricciones verticales que la normativa de competencia de la UE pretende evitar son las siguientes:

- i) exclusión contraria a la competencia de otros proveedores u otros compradores poniendo obstáculos a la entrada o a la expansión;
- ii) relajación de la competencia entre el proveedor y sus competidores o facilitación de la colusión entre estos proveedores, a menudo mencionada como reducción de la competencia intermarca³⁹;

(...)

(Subrayado añadido, nota al pie no incluida)

216. Los párrafos precedentes ratifican la postura de analizar cada caso de manera independiente, considerando el poder de mercado de las empresas bajo análisis. De lo contrario, no habría límite alguno a la intervención del derecho

²¹⁰ Sobre el particular, se ha sostenido en la doctrina estadounidense que “un contrato de distribución exclusiva podría limitar la competencia ineficientemente si la firma proveedora tiene posición dominante en el mercado y la entrada en la siguiente etapa de la cadena productiva está restringida. En la medida que se puedan construir rápidamente nuevas facilidades en esta etapa, una exclusión resulta improbable”. HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its practice*. Editorial Thomson – West, Segunda Edición, Minnessota, 1999, pág. 431.

Traducción libre de: “Exclusive dealing might foreclose competition inefficiently if the upstream firm has a dominant market position and entry into the downstream market is restricted. As long as new downstream facilities can readily be constructed, effective foreclosure is unlikely (...)”

²¹¹ Ver numerales 6, 96, 98 y 135 de las mencionadas Directrices. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_vertical_agreements/draft_notice_es.pdf. Fecha de última visita: 26 de octubre de 2015.

de la competencia en las decisiones empresariales, pudiendo afectarse seriamente la eficiencia de los mercados y el bienestar de los consumidores²¹².

217. Por lo antes expuesto, la Sala considera que las restricciones verticales pueden afectar el proceso competitivo en tanto no se justifiquen en eficiencias que puedan superar a los posibles efectos anticompetitivos producidos por las restricciones.

III.6 DETERMINACIÓN DEL MERCADO RELEVANTE

218. Sin perjuicio de que esta Sala ha declarado la nulidad de la Resolución Final, resulta importante analizar los fundamentos que la respaldan, así como los cuestionamientos planteados por las partes a dicho pronunciamiento, a fin de dilucidar los hechos controvertidos en este procedimiento.
219. La Secretaría Técnica consideró que el mercado relevante está constituido por el arrendamiento de locales comerciales para la venta de comida rápida (en función de similitud de características únicamente, con información correspondiente al año 2007) en Jockey Plaza y Plaza San Miguel, entre 1997 y 2000; Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, entre 2001 y 2004; y, Jockey Plaza, Plaza San Miguel, Primavera Park Plaza y Plaza Lima Sur, entre 2005 y 2007.
220. Por su parte, la Comisión consideró que el mercado relevante está definido por el arrendamiento de espacios en el Jockey Plaza para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's durante el periodo investigado (1997-2007).
221. Corresponde a esta Sala determinar, en el caso concreto, si el mercado relevante fue correctamente delimitado por la Comisión. Para ello, se realizará el análisis del mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante.

III.6.1 Mercado de producto relevante

²¹²

Para ilustrar lo mencionado, se puede hacer referencia al caso emblemático *Levi Strauss & Co. v. Federal Trade Commission et al.* (1977), donde la corte americana ordenó a la empresa Levi Strauss & Co. suspender su política de establecimiento de precios mínimos sobre sus jeans. La consecuencia fue que durante la década de 1980 las ventas de la empresa disminuyeron, debido a la pérdida de prestigio de la marca Levi's y al ingreso de otras marcas reconocidas al mercado, como Calvin Klein, Gloria Vanderbilt o Jordache, las cuales capturaron parte del mercado de jeans exclusivos que antes era atendido por Levi's. En este caso, la restricción vertical estuvo orientada a brindar servicios que permitían que la marca de Levi Strauss pudiera atender al mercado de jeans exclusivos. La prohibición de dicha restricción afectó a la marca Levi's y consecuentemente a sus ventas. En ese caso no se evidenció cómo la restricción vertical produjo daños sobre la competencia o los consumidores, toda vez que se basaba en principios de eficiencia económica. El ingreso de nuevas marcas, que buscaban atender la demanda que Levi's había dejado desatendida, reveló la ausencia de efectos anticompetitivos tanto sobre la competencia como sobre el bienestar de los consumidores. Ver: *Levi Strauss & Co. v. Federal Trade Commission et al.*, USDC ND Cal., N° C-76-735-CBR.

222. En el presente caso, Arcos Dorados señaló durante el procedimiento que el mercado de producto relevante estaría constituido por el servicio de arrendamiento de locales comerciales en el Jockey Plaza para la venta de comida rápida en dicho centro comercial. Posteriormente a la Resolución Final, precisó que la venta de comida rápida no debería incluir otras alternativas distintas a las hamburguesas, siendo el eje del negocio la venta de hamburguesas.
223. De otro lado, Sigdelo señaló que el mercado de producto relevante estaría constituido por el servicio de arrendamiento de locales comerciales para la venta de comida rápida.
224. Por su parte, Administradora Jockey Plaza señaló que el mercado de producto relevante estaría constituido por el servicio de arrendamiento y compra/venta de locales comerciales para la venta de comida rápida. También señaló que Jockey Plaza no presta un servicio cuyas características califiquen como una facilidad esencial que impida que Arcos Dorados pueda operar en el mercado.
225. En el Informe Técnico, la Secretaría Técnica tomó en consideración la naturaleza de la conducta denunciada, mediante la cual Administradora Jockey Plaza se obligó frente a Sigdelo a no arrendar un local comercial en el Jockey Plaza a ningún licenciatario de la marca McDonald's. En opinión de la Secretaría Técnica, el punto de partida en la investigación consistía en el servicio de arrendamiento de locales comerciales para la venta de comida rápida en el Jockey Plaza. En esa medida, el mercado relevante estaría compuesto por todos aquellos establecimientos comerciales cuyo servicio de arrendamiento pudiera ser considerado como sustituto cercano del servicio brindado por Jockey Plaza.
226. Considerando el marco conceptual de plataformas, la Secretaría Técnica afirmó que los locales ubicados al interior de los centros comerciales poseen características particulares que los diferencian de aquellos ubicados en el exterior (como los "*free standing*"). En ese sentido, la Secretaría Técnica concluyó que el mercado de producto o servicio relevante estaría constituido por el arrendamiento de espacios comerciales en centros comerciales con características similares al Jockey Plaza para la venta de comida rápida.
227. En la resolución apelada, la Comisión indicó que el mercado relevante debe estar delimitado por: (i) las características del acuerdo para negarse a contratar; y, (ii) el carácter de plataforma de dos lados que tienen los centros comerciales y, en particular, el Jockey Plaza. Según la primera instancia, el primer elemento permite determinar que, dado que el acuerdo impidió que Arcos Dorados

accediera al Jockey Plaza, el servicio en cuestión era el arrendamiento de espacios en centros comerciales similares al Jockey Plaza para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's. El segundo elemento, a decir de la Comisión, conllevó a evaluar alternativas de sustitución no solo para los arrendatarios de establecimientos en centros comerciales, sino también para los consumidores que acuden a dichos centros comerciales.

228. Para la Comisión, los consumidores que asistían al Jockey Plaza en el año 2007 acudían por un conjunto de bienes y servicios, entre los cuales se encontraba la venta de hamburguesas similares a las de McDonald's. Los arrendatarios de locales comerciales para la venta de comida rápida se beneficiarían de los efectos de red indirectos generados por los consumidores que acudían al Jockey Plaza por dicho conjunto de bienes y servicios. Bajo este contexto, la Comisión solo consideró como parte de su análisis la posible sustituibilidad que podrían generar los establecimientos de tipo *free standing*²¹³.
229. A decir de la primera instancia, los arrendatarios de establecimientos ubicados en un centro comercial no consideran el arrendamiento *free standing* como un sustituto adecuado, debido a que los consumidores que buscan atender no son los que acuden al centro comercial por un bien o servicio específico sino aquellos que acuden por un conjunto de bienes y servicios (entre los cuales se puede encontrar la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's). En este sentido, la Comisión señaló que los establecimientos *free standing* no podrían ser considerados como sustitutos adecuados de los locales comerciales en Jockey Plaza, ni por parte de los consumidores ni por parte de los arrendatarios.
230. De esta forma, la Comisión concluyó que el mercado de producto o servicio relevante fue el arrendamiento de locales comerciales en centros comerciales con características similares al Jockey Plaza para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's.
231. En sus escritos e informes durante el trámite en apelación, Administradora Jockey Plaza señaló principalmente lo siguiente:
- (i) De acuerdo con la Secretaría Técnica y la Comisión, las plataformas pueden competir con: (i) otras plataformas de similares características en la atención de las dos demandas; (ii) otras plataformas en la atención de solo una demanda; y, (iii) establecimientos *free standing* en la atención

²¹³ Sin embargo, en la nota al pie 70 de la Resolución Final, la Comisión reconoce que la definición de centros comerciales comprende otros tipos de complejos comerciales (aglomeraciones comerciales y centros comerciales sin una administración centralizada). Sobre este particular, la Comisión no incluyó dentro de su análisis de sustitución a las aglomeraciones comerciales ni a los centros comerciales de administración no centralizada, a efectos de definir el mercado relevante.

de cada demanda por separado. Sin embargo, tanto la Secretaría Técnica como la Comisión solo tomaron en cuenta al primero de estos potenciales competidores.

- (ii) La Comisión eliminó de manera arbitraria los establecimientos *free standing*, limitando el análisis al arrendamiento de locales para la venta de comida rápida al interior de los centros comerciales. La primera instancia debió tomar en cuenta que tanto Arcos Dorados como Sigdelo tienen locales operando no solo dentro del Jockey Plaza sino también fuera de él.

232. En sus escritos e informes durante el trámite en apelación, Sigdelo señaló principalmente lo siguiente:

- (i) El Informe Técnico utilizó métodos científicos para realizar sus conclusiones, a diferencia de la Comisión que se basó en especulaciones y en interpretaciones sesgadas de los informes presentados por expertos.
- (ii) Administradora Jockey Plaza y la Secretaría Técnica están en lo cierto al advertir que la oferta de comida rápida de los establecimientos instalados en el Jockey Plaza compite directamente con la oferta de comida rápida de los restaurantes instalados en otros centros comerciales y zonas comerciales o recreativas.
- (iii) La decisión de acudir a un centro comercial se basa en la necesidad de hacer compras y/o entretenerse, lo cual incluye el consumo de comida rápida. La decisión de consumo de comida rápida es simultánea y dependiente de la decisión de asistencia a un determinado centro comercial. En consecuencia, la Comisión se equivoca al inferir que la decisión de consumir comida rápida es independiente y posterior a la decisión de acudir a un centro comercial.
- (iv) La Comisión desconoce la competencia que enfrentan las plataformas respecto de los locales comerciales que se ubican fuera de los centros comerciales. Ello, a pesar de la existencia de otros canales de comercialización de comida rápida que representan un 95% de la venta de comida rápida²¹⁴; de la existencia de jurisprudencia que considera

²¹⁴

Sigdelo señala que, de acuerdo al Primer Informe de Sigdelo, se evidencia que el porcentaje de compras de comida rápida en los últimos tres meses de personas del nivel socioeconómico A, B y C, entre 16 y 49 años en Lima Metropolitana y el Callao, en cada canal de comercialización, es el siguiente: comedor (75%), *delivery* y para llevar (20%), y patio de comidas (5%). En el mismo sentido, Sigdelo señala que, de acuerdo al Informe Brand Image Tracker (ver nota al pie 58), el canal de comercialización de mayor preferencia son [], seguidos por []. Es decir, la mayor parte del consumo es realizado [].

como sustitutos a los locales comerciales que se ubican fuera de los centros comerciales²¹⁵; y, que los precios de los productos que comercializa Arcos Dorados y Sigdelo son similares en un centro comercial y en un local fuera de este²¹⁶.

- (v) La Comisión señaló que para poder competir en el mercado, McDonald's necesita operar en las instalaciones del Jockey Plaza, lo cual implica de manera implícita que el Jockey Plaza es una "facilidad esencial" sin la cual Arcos Dorados no puede competir en el mercado de comida rápida. Sin embargo, McDonald's ha logrado abrir tantos o más restaurantes que Sigdelo y ha logrado posicionar su marca por encima de esta última. En consecuencia, el Jockey Plaza no es un insumo vital para la existencia de los negocios de comida rápida de Arcos Dorados.
- (vi) La Secretaría Técnica definió el mercado de producto sobre la base de características únicamente, sin realizar un análisis de sustitución. Asimismo, la Comisión no sustentó analíticamente por qué las hamburguesas no son sustitutos del resto de tipos de comida rápida, a pesar de que las preferencias del consumidor revelan sustitución entre los distintos tipos de comida rápida.^{217, 218} La única justificación que presentó la Comisión para concluir que el mercado de producto se trataba de las hamburguesas similares a las de McDonald's fue que el acuerdo materia de la denuncia afectaba a las hamburguesas que vende Arcos Dorados.
- (vii) En el caso Dunafon vs. McDonald's de la corte de Estados Unidos de América, el producto relevante no fueron solo las hamburguesas, sino comida en general.

233. En sus escritos e informes durante el trámite en apelación, Arcos Dorados señaló principalmente lo siguiente:

- (i) Los arrendatarios y los consumidores no consideran como un sustituto adecuado a los establecimientos "*free standing*", debido a que los consumidores acuden a los centros comerciales por un conjunto de

²¹⁵ Tal como se concluyó en los siguientes casos: "DUNAFON v. DELAWARE McDONALD'S CORP." de Estados Unidos, 1988 y "Negocios Empresariales Perú S.A.C. contra el Centro Comercial Plaza Jesús María S.A.C.", Resolución 029-2008-INDECOPI/CLC del 13 de mayo de 2008.

²¹⁶ Sustentado en el párrafo 244 del Informe Técnico.

²¹⁷ De acuerdo con la Ficha Técnica del Tercer Informe de Arcos Dorados. Ver fojas 856 a 858 del Expediente.

²¹⁸ Informe Brand Image Tracker, elaborado por Ipsos Apoyo Opinión y Mercado en agosto de 2011 y presentado por Sigdelo el 05 de enero de 2012. Ver fojas 6527 a 6532 del Expediente (confidencial).

bienes y servicios y no por un bien o servicio específico²¹⁹. En ese sentido, la Comisión señaló que los consumidores que acuden a un centro comercial lo hacen principalmente para comprar ropa o calzado; en segundo lugar, para pasear y conocer; en tercer lugar, para usar el servicio bancario; y, en menor medida para otras actividades, entre las cuales se puede encontrar la asistencia al patio de comida rápida (*food court*)²²⁰.

- (ii) La combinación de bienes, servicios y atracciones que ofrecen los grandes centros comerciales les confiere una zona de gran influencia y, por ende, dichos centros comerciales conforman un mercado diferenciado de los centros comerciales locales cuya influencia abarca uno o dos distritos.
- (iii) La teoría de las “facilidades esenciales” no resulta aplicable a este caso, debido a que la Comisión no ha establecido ninguna obligación de contratar ni ha dictado un mandato de acceso al Jockey Plaza a favor de Arcos Dorados.
- (iv) De las cláusulas que contienen la restricción vertical, se puede deducir que el mercado de producto se configura únicamente por los productos ofrecidos por Sigdelo (Burger King) y Arcos Dorados (McDonald’s).
- (v) No se debería incluir otras alternativas como la venta de pollo, pizza, entre otros, en la definición del producto relevante, debido a que Arcos Dorados y cualquier otra empresa que participa en el formato de venta de hamburguesas no puede girar a su voluntad hacia otros tipos de mercado, como sería la venta de pollo, pizza, comida criolla o chifa.
- (vi) Existe un precedente internacional adoptado por la autoridad de competencia de Israel en el caso de una fusión, según el cual se encontró que el mercado de restaurantes de hamburguesas debía ser diferenciado del mercado de restaurantes de no-hamburguesas²²¹.

²¹⁹ Señalado por la Comisión en la Resolución Final, párrafos 146-148. Asimismo, la nota publicada en Harvard Law Review (1973) señala: “Tampoco será un sustituto adecuado el establecimiento de una tienda “free standing”, debido a que dichas tiendas tienen una desventaja competitiva respecto a los centros regionales. Los centros regionales proveen variedad y conveniencia para los consumidores, además de abastecer a los consumidores que les gusta comparar productos [*“comparison shoppers”*] (...)”. Ver foja 6837 del Expediente.

²²⁰ En la Resolución Final, párrafo 144, la Comisión señaló: “Al respecto, de acuerdo al Segundo Informe de Arcos Dorados, los consumidores que acuden a un centro comercial lo hacen por diversas razones, entre las que destacan las siguientes: comprar ropa o calzado (38.2%), pasear y conocer (25.8%), usar el servicio bancario (16.1%), entre otras”.

²²¹ Referida a la revisión del año 2003 del caso de fusión entre Burger King y Burger Ranch en Israel, reportado en OECD Annual Report on Competition Policy Developments in Israel January 2003 - April 2004. Disponible en: <http://www.oecd.org/israel/34720615.pdf>. Fecha de última visita: 20 de enero de 2016. Según el informe McGrath-Reddy: “3.10 (...) Esta conclusión se basó en los resultados de un estudio, que mostró que la entrada de una segunda cadena de hamburguesas en un centro comercial tiene un impacto significativo en las ventas del restaurante de

234. A continuación se procede a analizar cada uno de estos elementos.
235. El presente procedimiento se encuentra relacionado con la existencia de una negativa concertada e injustificada entre Administradora Jockey Plaza y Sigdelo para no arrendar locales comerciales a Arcos Dorados. En esa medida, la Sala estima que la definición del mercado de producto relevante deberá tomar en cuenta la existencia del contrato denunciado y los posibles sustitutos del servicio de arrendamiento brindado por el establecimiento comercial sobre el cual se ejecuta el acuerdo denunciado.
236. Sobre este particular, la comunicación de la Comisión Europea para la definición del mercado relevante señala que el alcance de dicho concepto permite determinar y definir los límites de la competencia entre empresas²²². Es decir, el objetivo del análisis del mercado relevante es identificar a aquellos sustitutos del producto analizado que puedan disciplinar a su oferta. Así, con respecto al mercado de producto dicha comunicación señala que este *“comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”*²²³. Asimismo, la referida comunicación establece que, ante la existencia de un acuerdo, deben de considerarse a las partes involucradas en el mismo²²⁴.
237. De lo anterior se desprende que la definición del mercado de producto relevante debe considerar las características del servicio de arrendamiento de locales comerciales provisto por el Jockey Plaza y las alternativas que los demandantes consideran como posibles sustitutos. En particular, el carácter de plataforma de dos lados del Jockey Plaza involucra necesariamente la inclusión de la otra demanda atendida por el centro comercial: los consumidores de bienes finales. Las características inherentes de los consumidores asistentes al Jockey Plaza generan que los sustitutos del arrendamiento de locales comerciales en dicho centro comercial deban estar orientados a atender al mismo tipo de consumidor que asiste al referido centro comercial.

hamburguesas preexistente, mientras que la entrada de un restaurante de no-hamburguesas, no. Sobre esta base, se bloqueó la fusión.” Traducción libre del párrafo 3.10 del Informe McGrath-Reddy. Ver foja 7245 del Expediente.

²²² Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia, Diario Oficial C 372 de 09/12/1997 p. 5 a 13; párrafo 2. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN). Fecha de última visita: 15 de enero de 2016.

²²³ *Ibidem*, párrafo 7.

²²⁴ *Ibidem*, nota al pie número 2.

238. Al ser el demandante de espacios comerciales una empresa que busca maximizar beneficios, esta considerará al arrendamiento como un insumo, considerando las alternativas adecuadas y disponibles para la venta de su producto final, dentro de un ámbito geográfico determinado. Tal como señalan los lineamientos de la OFT²²⁵:

“Determinar qué espacio es adecuado (y en qué área geográfica) dependerá del alcance del producto y el ámbito geográfico del mercado relacionado. El alcance del mercado de espacios comerciales se define como todo espacio que es adecuado para su uso en el mercado relacionado donde está siendo utilizado. En el ejemplo de la tienda de café, el alcance del producto incluirá todos los espacios que sean adecuados para el uso de una cafetería y locales similares de venta de bebidas, dentro del ámbito geográfico relevante de ese mercado”.

239. Tal como señala el párrafo anterior, el arrendamiento de locales comerciales deberá tomar en cuenta el mercado en el cual se empleará dicho establecimiento. Para el caso de una tienda de café, la autoridad de competencia inglesa señala que deberán tomarse en cuenta todos los locales que sean adecuados para su uso según el ámbito de referencia del mercado analizado. Si el mercado es la venta de un producto con servicios adicionales significativos para los clientes, el mercado de arrendamiento de locales comerciales tendrá como sustitutos a todas aquellas áreas en las cuales puedan venderse ese producto y los referidos servicios. Otros espacios comerciales donde los arrendatarios puedan vender sus productos sin los servicios adicionales comerciales se encontrarán atendiendo a otra demanda, con lo cual no formarán parte del mercado relevante.

240. Tomando en cuenta lo expuesto, se procederá a realizar un análisis en tres etapas. En primer lugar, se evaluarán las características de la oferta de arrendamiento en espacios ubicados en centros comerciales, es decir las particularidades del producto/servicio que ofrece el Jockey Plaza en función a los consumidores que asisten a sus instalaciones. Una vez delimitadas las características de este producto/servicio, se determinará qué otros establecimientos comerciales pueden ser considerados como sustitutos del arrendamiento de locales comerciales en el Jockey Plaza.

241. En segundo lugar, se procederá a establecer las características del producto final (y sus sustitutos) para el cual se busca arrendar locales comerciales en el

²²⁵ Traducción libre de: “3.8. Determining what land is suitable (and over what geographic area) will depend on the product and geographic scope of the related market. The scope of the market for land is defined as all land that is suitable for use in the related market where the land is being used. In the example of the coffee shop, the product scope for the land will include all the land that is suitable for use by a coffee shop and similar premises selling beverages, within the relevant geographic scope of that market.” Land Agreements - The application of competition law following the revocation of the Land Agreements Exclusion Order. Office of Fair Trading. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284406/land-agreements-guideline.pdf. Fecha de última visita: 24 de enero de 2016.

Jockey Plaza. En este sentido, se realizará un análisis de sustitución para definir la comida rápida en cuestión.

242. En tercer lugar, se determinarán las posibles alternativas existentes con las que habría contado el arrendatario de locales comerciales para poder satisfacer al tipo de consumidor al que dirige su producto final y que asiste al Jockey Plaza, en un ámbito geográfico hipotético²²⁶ (Lima Metropolitana).
243. Finalmente, tomando estos aspectos en consideración se obtiene la definición de mercado de producto relevante. A continuación se procede a detallar cada uno de estos elementos.

III.6.1.1 El Jockey Plaza y sus potenciales sustitutos

244. En el presente procedimiento, la empresa denunciada es la arrendadora de locales comerciales en el Jockey Plaza, Administradora Jockey Plaza; la cual regenta los espacios comerciales al interior de dicho centro comercial.
245. Como se verá a continuación, los centros comerciales como el Jockey Plaza cumplen con las condiciones que definen una plataforma de dos lados, pues: (i) atienden a dos grupos distintos de clientes; (ii) existen efectos de red indirectos o externalidades entre estas dos demandas²²⁷; y (iii) existe una administración centralizada para la toma de decisiones del centro comercial²²⁸.
246. En primer lugar, los centros comerciales como el Jockey Plaza atienden a dos demandas: (i) los arrendatarios de establecimientos comerciales que ubican sus locales al interior del centro comercial; y (ii) los consumidores que acuden al centro comercial para adquirir los bienes y servicios que se venden en los establecimientos comerciales.
247. En segundo lugar, la interdependencia entre las dos demandas genera que el aumento en la cantidad de consumidores que acuden al centro comercial

²²⁶ El cual será determinado mediante el análisis del mercado geográfico relevante que se detalla posteriormente al análisis del mercado de producto relevante.

²²⁷ Cuanto mayor sea el número de compradores atraídos hacia un centro comercial, mayor será la disposición de una tienda para localizarse en dicho centro comercial. Contrariamente, cuanto mayor sea el número de tiendas ubicadas en el centro comercial, mayor será la disposición de los compradores para acudir a dicho establecimiento. GABSZEWICZ, Jean y Xavier WAUTHY. *Two-Sided Markets and Price Competition with Multi-homing*. Center for Operations Research and Econometrics (CORE) at Université Catholique de Louvain, 2005, CORE Discussion Papers, 2004030, pág. 1. Disponible en: <http://goo.gl/9qFgjo>. Fecha de última visita: 14 de diciembre de 2015.

²²⁸ Por otro lado, existen los centros comerciales con administración no centralizada mediante la cual cada uno de los espacios comerciales cuenta con un propietario y en el que las decisiones conjuntas resultan de un proceso de negociación entre las partes. Sin embargo, estos centros comerciales no cumplen con la tercera condición que define una plataforma.

aumente el número de arrendatarios deseosos de poder contar con un establecimiento comercial al interior del Jockey Plaza. Es decir, existen efectos de red indirectos entre ambos lados de la demanda. Asimismo, la presencia de tiendas ancla genera externalidades positivas hacia los establecimientos comerciales especializados también presentes en los centros comerciales.

248. En tercer lugar, los centros comerciales como el Jockey Plaza mantienen una administración única como es el caso de Administradora Jockey Plaza, como gestor del centro comercial. La administración centralizada toma en cuenta las preferencias del consumidor y del arrendatario, encargándose de optimizar el número y tipo de comercios que puede ofrecer. Este hecho es logrado a través de una adecuada mezcla de operadores (arrendatarios), o por su nombre en inglés de un *tenant mix*, que garantice una diversidad de establecimientos que atraiga a un mayor número de consumidores.
249. Conforme a lo expuesto previamente, el Jockey Plaza presenta características de una plataforma de dos lados. En efecto, al atender a los arrendatarios de locales comerciales (demanda por espacios comerciales) y a los consumidores (demanda por bienes y/o servicios), el Jockey Plaza posibilita que ambas demandas puedan encontrarse en sus instalaciones para poder transar. La presencia de un gran número de locales comerciales atrae a un mayor número de consumidores y viceversa, debido a los efectos de red que existen entre estas dos demandas. Estas características presentes en el Jockey Plaza lo constituyen como una plataforma de transacciones de dos lados. Lo anterior implica que el Jockey Plaza buscará atraer a los arrendatarios de locales comerciales favoritos de los consumidores.
250. Al respecto, de acuerdo con la literatura especializada considerada en el marco conceptual de la presente resolución, la Sala estima que para poder determinar cuáles son los sustitutos adecuados del servicio de arrendamiento ofertado por Jockey Plaza, corresponde analizar previamente si los consumidores asisten a dicho centro comercial por:
- (i) la diversidad de establecimientos comerciales que se ofrecen al interior del mismo; y,
 - (ii) los servicios complementarios que mejoran la experiencia de compra.
251. Luego de verificar que el Jockey Plaza cumple con estas características, deberá evaluarse si otros centros comerciales de administración no centralizada, aglomeraciones comerciales y establecimientos especializados o *“free standing”*; pueden considerarse sustitutos adecuados de dicho centro comercial.

a. Diversidad de establecimientos comerciales que se ofrecen al interior del centro comercial

252. En primer lugar, respecto a “la diversidad de establecimientos comerciales que se ofrecen al interior del centro comercial”, para el caso del Jockey Plaza este elemento es tomado en cuenta a través de una estrategia orientada a contar con un *tenant mix* diversificado. La Tabla N° 1 muestra el tipo de establecimientos que visitan²²⁹ los usuarios del Jockey Plaza²³⁰.

**Ver Tabla N° 1 en la siguiente
página**

²²⁹ Si bien en el Informe Arellano no se especifica la pregunta, la tabla mostrada en la foja 2955 del Expediente hace referencia a los espacios comerciales visitados por las personas que compraron en algún centro comercial en los tres meses previos a la encuesta.

²³⁰ Los datos mostrados se basan en el Informe Arellano elaborado por Arellano Marketing en septiembre de 2007, presentado por Inversiones San Borja a través del escrito del 2 de febrero de 2010, fojas 2922 a 2974 del Expediente. Cabe señalar que los gráficos y tablas sobre los atributos de los centros comerciales han sido realizados sobre la base de la información contenida en el Informe Arellano. Por ello, la Sala considera necesario explicar el motivo de su uso frente a otros documentos presentados por las demás partes del presente procedimiento. En la primera sección del documento se puede verificar que este informe empleó encuestas a hogares de Lima Metropolitana en setiembre de 2007, a hombres y mujeres de 18 a 65 años que realizaron compras o usaron un servicio en un centro comercial en los 3 meses previos a la entrevista. Además, se indica que (i) la muestra fue de 1 067 personas distribuidas según género, edad, nivel socioeconómico y lugar de residencia; (ii) contó con un nivel de confianza de 95%; y, (iii) consideró un nivel de error muestral de +/- 3%. Si bien no se ha podido verificar las tasas de no respuesta, el marco muestral empleado permite el uso de dicho informe para la realización de inferencia estadística en el año 2007. Caso contrario ocurre con el Segundo Informe de Arcos Dorados (fojas 786 a 825 del Expediente) debido a que si bien en dicho estudio se presentó información completa sobre el marco muestral empleado para la determinación del motivo principal de visita al Jockey Plaza (foja 802), los resultados se encuentran sesgados, pues se basan en cuestionarios realizados a los asistentes del patio de comidas del Jockey Plaza. Es decir, la inclusión de un individuo en dicha muestra se encontró supeditada a la decisión previa de haber asistido al Jockey Plaza y haber consumido el producto involucrado en el procedimiento (comida rápida). Lo anterior implica que el muestreo no fue aleatorio, ya que la inclusión de un individuo en la muestra dependió de una decisión previa, con lo cual se elimina el componente aleatorio de la misma, generando que la muestra no sea válida para realizar inferencia estadística. Por el contrario, el Informe Arellano fue realizado mediante una encuesta aleatoria a hogares con un nivel de confianza de 95%, siendo válido para realizar inferencia estadística. Para un mayor detalle sobre los efectos de la inclusión de unidades muestrales no aleatorias sobre la capacidad de inferencia de un indicador ver: BELTRÁN, A. y CASTO, J.F. Modelos de panel y variables dependientes limitadas: teoría y práctica. Lima: Universidad del Pacífico, 2010, pág. 77.

Tabla N° 1
Tipos de establecimientos comerciales visitados por los consumidores
de los centros comerciales, 2007

Establecimientos que visita	Total Centros Comerciales	Jockey Plaza
Tiendas por departamento	78%	85%
Supermercados	69%	72%
Patio de comidas/restaurantes	41%	44%
Juegos para niños	25%	23%
Tiendas de artefactos/electrodomésticos	20%	21%
Cines	17%	20%
Otros*	15%	17%
Total encuestados	1067	465

*La encuesta presentada no especifica el tipo de establecimientos incluidos en la categoría "Otros".

Fuente: Informe Arellano, foja 2955 del Expediente.

Elaboración: ST-SDC.

253. Como se analizó en los párrafos previos, los consumidores que acuden al Jockey Plaza asisten a dicho centro comercial bajo la premisa de satisfacer múltiples necesidades, tanto de establecimientos comerciales como de servicios que faciliten la experiencia de compra. La Tabla N° 1 muestra que el 85% de los visitantes del Jockey Plaza visitaron las tiendas por departamento y un 72% los supermercados. Por otro lado, el 44% de los visitantes al Jockey Plaza visitó el patio de comidas o restaurantes presentes, el 23% los juegos para niños, el 21% las tiendas de electrodomésticos, el 20% los cines y un 17% visitó otro tipo de establecimientos no especificados por el Informe Arellano.
254. Para el total de centros comerciales considerados en el mencionado estudio²³¹, se aprecia que las cifras cambian levemente en magnitud, pero que mantienen la tendencia respecto a los resultados provistos para el Jockey Plaza. Las visitas a las tiendas por departamento y supermercados se mantienen como los locales comerciales con mayor concurrencia de los centros comerciales. En efecto, el porcentaje de consumidores que visitaron dichos establecimientos fue de 78% y 69%, respectivamente. De la misma forma, el 41% de los consumidores que asistieron a un centro comercial en Lima Metropolitana visitaron un patio de comidas o restaurante, un 20% tiendas de electrodomésticos y un 17% los cines.

231

En el Informe Arellano se examinan a Megaplaza, Jockey Plaza, Plaza San Miguel, Minka, Plaza Lima Sur, Atocongo, Larcomar, Primavera Park Plaza, Marina Park, Centro Comercial Caminos del Inca, Centro Comercial Arenales y Centro Comercial El Polo.

255. La Tabla N° 1 evidencia que los centros comerciales en Lima Metropolitana, al igual que el Jockey Plaza, reciben a consumidores que asisten a dichos centros comerciales por un conjunto de bienes y servicios. Satisfacer este tipo de demanda solo es posible a través de una variedad de establecimientos comerciales que se ubiquen en un mismo sitio. Estos hechos permiten a la Sala corroborar, bajo otros fundamentos, lo argumentado por Sigdelo en su escrito de apelación²³² respecto a que los consumidores asisten a los centros comerciales para comprar un conjunto de bienes y servicios.
256. Un centro comercial de administración centralizada, como plataforma de dos lados, implementa su estrategia enfocándose en dos objetivos²³³. En primer lugar, para internalizar las externalidades generadas por algunos arrendatarios de locales comerciales como las tiendas ancla, los centros comerciales implementan un sistema de precios diferenciados. En segundo lugar, para internalizar las externalidades generadas por el mayor número de clientes que desean acceder a determinados establecimientos comerciales, los centros comerciales buscan un adecuado *tenant mix*.
257. Respecto al primer aspecto, los centros comerciales de administración centralizada como el Jockey Plaza buscan internalizar las externalidades que las tiendas ancla generan sobre las tiendas especializadas. Las tiendas ancla, como las tiendas por departamento y los supermercados, son los responsables de atraer un mayor tráfico de usuarios al centro comercial, con lo cual benefician a otras tiendas con posibles compradores²³⁴. Las tiendas especializadas como los establecimientos comerciales de venta de ropa o de venta de comida rápida como Arcos Dorados o Sigdelo reciben dichas externalidades. La Tabla N° 1 evidenció que el 85% de los visitantes del Jockey Plaza asistían al mismo debido a las tiendas por departamento, mientras que el 41% lo hacía por los restaurantes/patios de comida y el 20% por las tiendas de artefactos/electrodomésticos. Es decir, las tiendas especializadas reciben un mayor número de clientes que visitaron en primer lugar una tienda ancla.
258. El hecho que los comercios especializados puedan acceder al público que atraen las tiendas ancla es posible debido a que ambos tipos de tienda, especializadas y ancla, se encuentran en un solo espacio geográfico. Al encontrarse los establecimientos comerciales en una sola ubicación las externalidades generadas por las tiendas ancla pueden ser recibidas por los

²³² Escrito de apelación donde se presentan Informe Fernández-Baca e Informe Petrecolli. Ver fojas 6919 y 6996 del Expediente, respectivamente.

²³³ BUCCIROSSI, P (editor). *Handbook of antitrust economics*. Cambridge, Massachusetts, MIT Press, 2008, págs. 544 a 547.

²³⁴ SHUN-TE YOU, Tony y otros. *The Management of Positive Inter-Store Externalities in Shopping Centres: Some Empirical Evidence* 2003. Loc. Cit.

comercios especializados. Lo mencionado es conocido en la literatura especializada como economías de aglomeración. Estas hacen referencia a los beneficios que surgen para las empresas producto de ubicarse cerca. Esto se debe a que mientras mayor sea el número de empresas de una misma o distintas industrias que se sitúan en un mismo lugar, se pueden reducir costos, como los costos en publicidad, infraestructura; recibir externalidades de otras empresas; entre otros. De acuerdo con Hanson²³⁵:

“Si bien las firmas individuales son perfectamente competitivas y perciben la existencia de rendimientos constantes a escala, la aglomeración de las actividades económicas genera externalidades que aumentan la productividad de todas las empresas de una industria en particular que comparten una ubicación geográfica determinada. Estas externalidades son asumidas por lo que su origen no es especificado (...) La existencia de externalidades localizadas implica que las empresas prefieren estar cerca de grandes aglomeraciones de otras empresas de su propia industria o de industrias relacionadas”

259. Las externalidades generadas por las tiendas ancla pueden ser recibidas por los establecimientos comerciales especializados por la aglomeración, lo cual aumenta la probabilidad de recibir consumidores para estos últimos. El administrador del centro comercial, como se vio en la sección anterior, conoce la existencia de estos efectos y los interioriza mediante el cobro de precios diferenciados. A través de la pregunta 3.4²³⁶ del cuestionario enviado a Administradora Jockey Plaza, esta reveló que cobra una tarifa en dos partes por los locales de arrendamiento²³⁷: una renta fija por acceder a la plataforma y una renta variable, la cual se encuentra en función a la frecuencia de ventas del arrendatario. En particular, a las tiendas ancla se les cobra un precio menor por metro cuadrado de espacio arrendado²³⁸.

260. Respecto al segundo aspecto, para llevar a cabo la internalización producida por las externalidades que se generan por el mayor flujo de consumidores,

²³⁵ HANSON, G. *Scale Economies and the geographic concentration industry*. NBER Working paper W8013, 2000, pág. 4. Traducción libre de: “While individual firms are perfectly competitive and perceive there to be constant returns to scale, the agglomeration of economic activity generates externalities that raise the productivity of all firms in a particular industry that share a given geographic location. These externalities are assumed and so their source is not specified (...) The existence of localized externalities implies that firms prefer to be near large agglomerations of other firms in their own industry or related industries”. Disponible en: <http://www.nber.org/papers/w8013.pdf>. Fecha de última visita: 18 de enero de 2016.

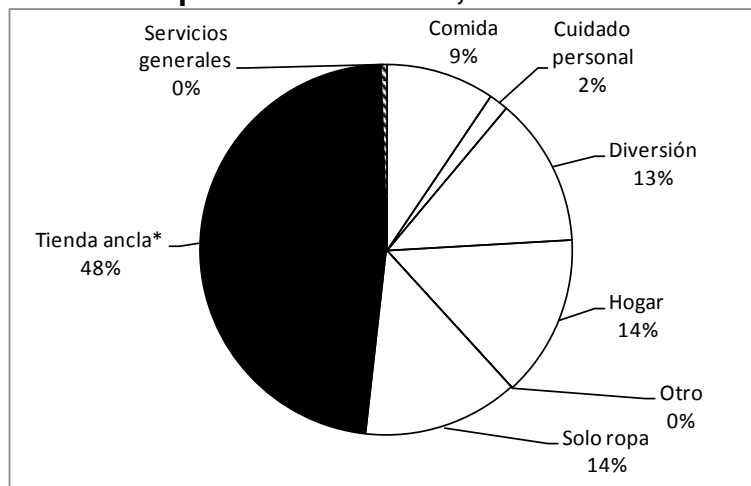
²³⁶ Ver foja 2161 del Expediente.

²³⁷ Ver fojas 2195 a 2519 del Expediente.

²³⁸ Por ejemplo, para el mes de enero de 2003, a las tiendas ancla Ripley y Saga Falabella se les cobró \$ 9.69 y \$ 8.42 por metro cuadrado, respectivamente (foja 2196 del Expediente). Sin embargo, en el mismo período a la tienda especializada en calzado y accesorios Bruno Ferrini se le cobró \$35.00 por metro cuadrado (foja 2197 del Expediente). Asimismo, para enero de 2006, se tuvo que tanto Ripley como Saga Falabella pagaron por metro cuadrado \$9.27 y \$9.12, respectivamente (foja 2394 del Expediente), mientras que la tienda Bruno Ferrini pagó \$50.50 por metro cuadrado (foja 2394 del Expediente).

Administradora Jockey Plaza habría buscado obtener un *tenant mix* que contase con la capacidad de atraer a un mayor número de consumidores. A su vez, la mayor presencia de dichos consumidores aumentaría la demanda por espacios comerciales al interior del Jockey Plaza. Como ya se ha mencionado, el *tenant mix* busca optimizar la distribución de comercios según el tipo de establecimiento. Por ejemplo, dado que se sabe que los consumidores son atraídos a los centros comerciales por las tiendas ancla, los administradores de un centro comercial de administración centralizada procurarán contar con un número significativo de aquellas²³⁹. En el siguiente gráfico se puede apreciar la distribución según tipo de comercio de las tiendas del Jockey Plaza.

Gráfico N° 2
Participación del *tenant mix* del Jockey Plaza como porcentaje de la superficie arrendada, diciembre 2007



*Saga Falabella, Ripley, Plaza Vea, Ace Home Center y Cinemark.

Fuente: Información provista por Administradora Jockey Plaza, fojas 2515-2519 del Expediente.

Elaboración: ST-SDC.

261. Del gráfico anterior se aprecia que el 48% del área arrendada del Jockey Plaza se encuentra ocupada por tiendas ancla. El 14% se encuentra arrendado por comercios dedicados al expendio de ropa y calzado. Un porcentaje similar es arrendado a tiendas que se dedican a la venta de artículos para el hogar. El 13% de los espacios de arrendamiento son destinados a locales de diversión, un 2% se dedica a locales orientados al cuidado personal y menos de 1% atiende otros rubros o servicios generales. Es decir, se aprecia un conjunto de

²³⁹

PASHIGIAN, B. P. y GOULD, E. D. *Internalizing Externalities: The Pricing of Space in Shopping Malls*. Journal of Law and Economics, 1998, vol. 41, no. 1, págs. 115 a 142.

Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/pdf/10.1086/467386.pdf?acceptTC=true>. Fecha de última visita: 28 de abril de 2016.

tipos de tiendas que están orientadas a cubrir en un solo espacio físico todos los motivos por los cuales un consumidor saldría de su hogar.

b. Servicios complementarios que mejoran la experiencia de compra

262. En segundo lugar, respecto a “los servicios complementarios que mejoran la experiencia de compra”, los asistentes del Jockey Plaza asocian determinados atributos al mencionado centro comercial. Estos atributos son mostrados a continuación.

Tabla N° 2
Atributos asociados con el Jockey Plaza por sus visitantes, 2007

Atributo	Porcentaje de respuesta
Hay bancos	64%
Tiene playa de estacionamiento	62%
Hay seguridad dentro y fuera del centro comercial	60%
Hay restaurantes y lugares para comer	56%
Sus instalaciones son cómodas/amplias	55%
Tiene tarjeta de crédito del centro comercial	54%
Tiene variedad de marcas, productos y servicios	53%
Es un lugar donde se puede caminar cómodamente	53%
Hay entretenimiento para los niños	51%
Es un lugar para ir con toda la familia	51%

Fuente: Informe Arellano, foja 2959 del Expediente.

Elaboración: ST-SDC.

263. La Tabla N° 2 muestra los principales²⁴⁰ atributos que los visitantes del Jockey Plaza asocian a dicho centro comercial. Como se puede apreciar, más del 60% de los visitantes del Jockey Plaza lo asocian con la presencia de bancos, playas de estacionamiento y seguridad dentro y fuera del centro comercial como principales atributos. Asimismo, la presencia de restaurantes y lugares para comer, instalaciones cómodas/amplias en las que se pueda ir con toda la familia, la oferta de tarjetas de crédito del centro comercial, la variedad de marcas, productos y servicios y el entretenimiento para los niños son otras características que, en opinión de los visitantes del Jockey Plaza, son los principales atributos del referido centro comercial.
264. Los visitantes del Jockey Plaza asocian principalmente atributos relacionados con los servicios y la infraestructura que el centro comercial brinda como entidad multidimensional y organizada. Esto es, los visitantes del Jockey Plaza asisten al mismo influenciados por los beneficios que surgen de la internalización de

²⁴⁰

El Informe Arellano presenta 16 atributos que los asistentes al Jockey Plaza asocian al mencionado centro comercial. Para la elaboración de la Tabla N° 2 se tomaron aquellos asociados por la mayoría de usuarios, es decir aquellos atributos que fueron señalados por más del cincuenta por ciento (50%) de los encuestados.

externalidades generadas por todos los establecimientos comerciales del centro comercial.

265. Debe notarse que lo anterior no implica que cada consumidor no pueda identificar una necesidad temporal específica y que pueda satisfacer en algún comercio especializado. La implicancia de las Tablas N° 1 y 2 es que el visitante del Jockey Plaza complementará dicha necesidad específica no solo con otras necesidades sino también con otro tipo de servicios complementarios, como seguridad, estacionamiento, variedad de oferta para satisfacer dicha necesidad, entre otros. En este sentido, los resultados obtenidos permiten concluir que los consumidores no acuden al Jockey Plaza para el consumo exclusivo de comida rápida sino que, al igual que con la compra de cualquier otro bien, también lo harán por la presencia de los otros bienes y servicios que ofrece el centro comercial.
266. De lo anterior se aprecia que los usuarios del Jockey Plaza asisten al mismo motivados por: (i) la diversidad de establecimientos comerciales que se ofrecen al interior del centro comercial; y, (ii) los servicios complementarios que mejoran la experiencia de compra. Cumplir ambos objetivos buscados por el consumidor solo es posible mediante una estrategia que internalice las externalidades basada en: (a) cobrar precios diferenciados según tipo de establecimiento comercial; y, (b) mantener un *tenant mix* que cubra las necesidades de los consumidores. En consecuencia, el Jockey Plaza cumple con las características de los centros comerciales de administración centralizada, siendo que el producto ofrecido por Administradora Jockey Plaza es el servicio de arrendamiento de locales comerciales en un centro comercial.
267. Este hecho se debe a que solo un centro comercial que cuente con un agente económico que administre (internalice) centralizadamente las externalidades generadas por determinados agentes puede lograr satisfacer las necesidades de un consumidor que demanda diversos tipos de establecimientos y servicios que faciliten su experiencia de compra.
268. Tomando en cuenta lo antes expuesto, corresponde evaluar los posibles sustitutos del servicio de arrendamiento ofrecido por un centro comercial de administración centralizada²⁴¹. En el presente caso, los posibles candidatos sustitutos que brindan servicios de arrendamiento y/o compra venta de espacios comerciales son: (i) centros comerciales o aglomeraciones que no cuentan con una administración centralizada; (ii) locales comerciales de venta directa (*free standing*), que no se ubican dentro de un centro comercial; (iii) centros comerciales de administración centralizada, que atienden a los mismos

²⁴¹ Ver párrafo 204 de la presente resolución.

arrendatarios y consumidores, o en la atención de los mismos arrendatarios pero que atienden a otro tipo de consumidor. Del análisis de estos posibles sustitutos se determinará cuáles son efectivamente los sustitutos adecuados del servicio de arrendamiento de espacios comerciales para el presente caso.

(i) Centros comerciales o aglomeraciones que no cuentan con una administración centralizada

269. Sigdelo señaló²⁴² que, en términos del servicio de arrendamiento de espacios comerciales, las aglomeraciones comerciales²⁴³ constituyen sustitutos adecuados de los centros comerciales de administración centralizada. De otro lado, Arcos Dorados indicó²⁴⁴ que los consumidores que asisten a los centros comerciales tienen motivaciones y necesidades distintas de los que asisten a las aglomeraciones comerciales ubicadas en la vía pública.
270. En primer lugar, los centros comerciales que no son de administración centralizada no contarán con un único gestor que internalice y promueva la generación de externalidades no solo entre consumidores y arrendatarios, sino también entre los arrendatarios. Con respecto a estos últimos, al no existir un único administrador que cobre de manera diferenciada según las externalidades generadas, surgen incentivos al oportunismo (*free riding*), con lo cual es poco probable que las tiendas ancla estén interesadas en arrendar en dichos centros comerciales. Por ejemplo, los centros comerciales El Polo y Caminos del Inca no son de administración centralizada y no habrían contado con tiendas ancla en 2007²⁴⁵.
271. Cabe señalar que no contar con administración centralizada aumenta los costos de transacción para que los dueños de los establecimientos comerciales se pongan de acuerdo en la provisión de un *tenant mix* y servicios adicionales que puedan competir con aquellos brindados por los centros comerciales de administración centralizada.
272. En consecuencia, a juicio de la Sala, el servicio de arrendamiento y/o compra venta de locales comerciales provisto por los centros comerciales que no son de administración centralizada no se configura como un sustituto adecuado del servicio de arrendamiento de espacios comerciales brindado por Administradora Jockey Plaza, debido a que no pueden satisfacer todo el

²⁴² Escrito de apelación del 4 de enero de 2012, foja 6468 del Expediente.

²⁴³ Se entiende por espacios de alquiler en aglomeraciones comerciales, aquellos donde se ubican supermercados, tiendas por departamento o un conjunto de empresas dedicadas al mismo o similar rubro comercial.

²⁴⁴ Informes del 9 de abril del 2013, foja 6830 del Expediente y del 06 de febrero del 2015, fojas 7162 y 7246 del Expediente.

²⁴⁵ REGALADO, O. y otros, *op. cit.*, págs. 48 y 53.

conjunto de bienes y servicios que demandan los asistentes de los centros comerciales de administración centralizada como el Jockey Plaza.

273. Por otro lado, la Sala estima que el alquiler y/o compra/venta de espacios en aglomeraciones comerciales que se encuentren en la vía pública tampoco constituyen sustitutos adecuados del tipo de arrendamiento ofrecido en los centros comerciales de administración centralizada como es el caso del Jockey Plaza. Ello, pues si bien en las aglomeraciones comerciales podrían existir efectos de red y externalidades positivas, estas no cuentan con los siguientes elementos: (i) un *tenant mix* pre establecido y organizado que cubra el conjunto de expectativas de los consumidores; y, (ii) los servicios adicionales que los consumidores esperan recibir como estacionamiento, orientación sobre las tiendas, adecuada distribución de los espacios comerciales, seguridad al interior del establecimiento, patios de comida; entre otros analizados en la Tabla N° 2. Lo anterior se debe a la ausencia de un administrador que internalice las externalidades producidas con la finalidad de ofrecer los servicios que demandan los usuarios del Jockey Plaza. En ese sentido, esta Sala desestima el argumento presentado por Sigdelo en este extremo.
274. En consecuencia, a juicio de la Sala, los servicios de arrendamiento y/o compra/venta de locales comerciales en centros comerciales y aglomeraciones comerciales que no son de administración centralizada no constituyen sustitutos adecuados del servicio de arrendamiento ofrecido en el Jockey Plaza debido a que aquellos no pueden satisfacer todo el conjunto de bienes y servicios que demandan los asistentes de un centro comercial de administración centralizada como el Jockey Plaza.

(ii) Locales comerciales de venta directa (free standing)

275. Las apelantes han señalado²⁴⁶ que los espacios comerciales arrendables para el comercio especializado del tipo “*free standing*” sí compiten con los establecimientos arrendables al interior de un centro comercial de administración centralizada, ya que los efectos de red o externalidades positivas generadas en dichos centros comerciales especializados no son significativos. En particular, Sigdelo indicó en apelación que “(...) *los locales free standing o locales independientes tienen una serie de ventajas frente a los locales en patios de comida, entre ellos, el posicionamiento de marca, la diversidad de oferta, la libertad de horario de atención, el estacionamiento propio, la*

²⁴⁶

Argumentos de Sigdelo, presentados en su escrito de apelación del 4 de enero de 2012, foja 6473; Informe Fernández-Baca, foja 6919; Informe Petrecolla, foja 7001; Informe Priest, foja 7043; y, escrito del 21 de setiembre de 2015, foja 7297 a 7298. Por su parte, Administradora Jockey Plaza indicó lo siguiente en su escrito de apelación del 4 de enero de 2012, foja 6374: “(...) *el arrendamiento de los locales en centros comerciales compite con el arrendamiento de locales fuera de los centros comerciales (...)*”, reafirmando esta posición en su escrito del 17 de abril de 2012, foja 6745 del Expediente.

*posibilidad de hacer cumpleaños, la posibilidad de servir desayunos, etc., (...)*²⁴⁷.

276. Sobre el particular, Sigdelo ha indicado²⁴⁸ que la jurisprudencia internacional ha considerado que el alquiler de espacios para los negocios *free standing* puede competir con el servicio de alquiler de espacios ubicados al interior de centros comerciales. Al respecto, la Sala considera que los casos mencionados por la denunciada son solo referenciales en cuanto a las metodologías empleadas y que las conclusiones a las que llegue la autoridad de competencia deben de surgir del análisis del caso. Por ejemplo, Sigdelo indicó²⁴⁹ que el arrendamiento de establecimientos de venta de comida *free standing* sí compite con el alquiler de establecimientos para la venta de comida ubicados en centros comerciales, argumentando que en el caso estadounidense Dunafohn contra McDonald's de 1988, se estableció que existían cuarenta (40) establecimientos de comida alrededor del centro comercial en cuestión, Biscayne Mall²⁵⁰.
277. Según obra en el mencionado caso²⁵¹, el centro comercial analizado era un centro comercial urbano con fácil acceso a la calle y zonas urbanas. Además, el local de McDonald's no se encontraba en el patio de comidas, sino en una esquina del estacionamiento del centro comercial con acceso directo a la calle. Es decir, el local de McDonald's era en realidad un establecimiento del tipo *free standing* ubicado en el área del centro comercial. En esa medida, al estar McDonald's en la periferia del centro comercial y con acceso directo a la calle, atendía a una demanda por una necesidad específica (comida rápida), con lo cual competía por dichos consumidores con otros locales de venta de comida ubicados en la vía pública.
278. Así, la tienda *free standing* de McDonald's ubicada al interior del área del Biscayne Mall (en el estacionamiento, con acceso directo a la calle) podía competir con los establecimientos fuera de dicho centro comercial. Desde luego, un establecimiento del tipo *free standing* compite con otros establecimientos *free standing*. Al respecto, cabe notar que el servicio de alquiler de un establecimiento *free standing* podría competir con el servicio de alquiler de un espacio comercial ubicado al interior de un centro comercial,

²⁴⁷ Ver foja 6474 del Expediente.

²⁴⁸ Escrito de apelación del día 4 de enero de 2012, foja 6466 del Expediente, Informe Fernández-Baca, foja 6924 a 6926 del Expediente e Informe Priest, fojas 7041a 7045 del Expediente.

²⁴⁹ Ver escrito de apelación del 4 de enero de 2012, foja 6466 e Informe Fernández-Baca, foja 6925 del Expediente e Informe Priest, foja 7042 a 7044 del Expediente.

²⁵⁰ Ver escrito de apelación del 4 de enero de 2012, foja 6466 del Expediente.

²⁵¹ Disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/691/1232/1813664/>. Fecha de última visita: 28 de abril de 2016.

aunque no necesariamente. La determinación de la sustituibilidad dependerá del análisis en cada caso concreto.

279. La Sala considera que el caso Dunafon contra McDonald's referido por Sigdelo es un caso distinto al presente procedimiento, pues la solicitud de Arcos Dorados hace referencia a operar al interior del Jockey Plaza, incluyendo una posición en el *food court* de dicho centro comercial, sin hacer mención alguna sobre una posición específica (por ejemplo, en el estacionamiento de dicho centro comercial con acceso directo a la calle). Bajo este contexto, en el presente caso, la Sala considera que se debe evaluar si el servicio de alquiler de un establecimiento comercial del tipo *free standing* podría ser considerado como un sustituto adecuado del servicio de alquiler de un espacio ubicado al interior de un centro comercial de administración centralizada.
280. Como se analizó en párrafos anteriores, el producto ofrecido por el Jockey Plaza, al igual que el producto ofrecido por los otros centros comerciales de administración centralizada, se encuentra orientado a satisfacer a un consumidor que demanda un conjunto de bienes y servicios. En cambio, los negocios de venta especializada o *free standing* por sí solos no pueden ofrecer conjuntamente todos los servicios principales y complementarios que buscan los usuarios de los centros comerciales de administración centralizada. Los establecimientos especializados o *free standing* enfocan su oferta a satisfacer necesidades específicas de los consumidores y no un conjunto de bienes y servicios como el ofrecido por los mencionados centros comerciales. En este sentido, la Sala considera que los visitantes del Jockey Plaza demandan una variedad de establecimientos comerciales y de servicios que satisfagan el conjunto de sus necesidades y mejoren su experiencia de compra, lo cual no puede ser ofrecido únicamente por un solo establecimiento de venta especializada como los *free standing*.
281. En consecuencia, la Sala estima que en el presente caso, el servicio de alquiler y/o compra/venta de espacios comerciales para el comercio del tipo *free standing* no constituye un sustituto adecuado del servicio de arrendamiento de espacios comerciales ubicados al interior de los centros comerciales de administración centralizada como el Jockey Plaza, ya que se trata de establecimientos con características distintas y dirigidos a satisfacer públicos distintos.
282. Por otro lado, según Sigdelo²⁵², la homogeneidad en los precios de venta de sus productos en sus locales ubicados dentro y fuera del Jockey Plaza refleja que las tiendas *free standing* ubicadas fuera del centro comercial son igual de

²⁵² Escrito de apelación del 4 de enero de 2012 de Sigdelo. Ver foja 6468 del Expediente.

competitivas que las que se encuentran al interior del mismo. Al respecto, la Sala considera que la similitud o unicidad en los precios de venta de las tiendas de Sigdelo ubicadas dentro y fuera del Jockey Plaza se explica por la estrategia comercial de las empresas dedicadas a la venta de comida rápida y no por una relación de competencia entre los establecimientos *free standing* y los ubicados dentro de un centro comercial. En particular, las franquicias de comida rápida que poseen Sigdelo y Arcos Dorados exigen no solo estandarización de procesos sino también de las características físicas de los productos, lo cual implica la estandarización de los precios²⁵³. En consecuencia, la Sala desestima lo señalado por Sigdelo y considera que el establecimiento de un único precio corresponde a una política comercial de la empresa y no a una consecuencia de la competencia entre los establecimientos ubicados dentro y fuera del centro comercial.

283. Por lo antes expuesto, la Sala concluye que: (i) los visitantes del Jockey Plaza demandan una variedad de establecimientos comerciales y de servicios que satisfagan el conjunto de sus necesidades y mejoren su experiencia de compra, lo cual no puede ser ofrecido únicamente por un solo establecimiento de venta especializada como los *free standing*; y, (ii) la homogeneidad de precios no responde a presiones competitivas sino a la estrategia de estandarización de los establecimientos de comida rápida. En esa medida, la Sala desestima lo argumentado por Administradora Jockey Plaza y Sigdelo y considera que el alquiler y/o compra venta de espacios comerciales para el comercio del tipo *free standing* no compite con el servicio de alquiler de espacios ubicados al interior de los centros comerciales de administración centralizada como el Jockey Plaza.

(iii) Centros comerciales de administración centralizada en la atención de los mismos arrendatarios y consumidores, o en la atención de los mismos arrendatarios pero otro tipo de consumidor

284. Del análisis previo se concluyó que el servicio de arrendamiento y/o compra venta ofrecido por los centros comerciales que no cuentan con una administración centralizada, las aglomeraciones comerciales y los negocios especializados o *free standing* no pueden ser considerados como sustitutos adecuados del servicio ofrecido por el Jockey Plaza.
285. Es decir, en el presente procedimiento, el análisis realizado por la Sala permite descartar como sustituto adecuado del servicio ofrecido por el Jockey Plaza al servicio ofrecido por cualquier establecimiento que no sea un centro comercial de administración centralizada. Corresponde entonces evaluar si otros centros

²⁵³ Según lo señalado por las partes durante el Informe Oral del día 22 de julio de 2011. Ver foja 6185 del Expediente.

comerciales de administración centralizada cuentan con todas las características con las que cuenta la oferta de servicios del Jockey Plaza, a efectos de ser considerados como sustitutos adecuados del servicio de arrendamiento de espacios comerciales ofrecido por dicho centro comercial.

286. Dada la naturaleza de las plataformas que caracteriza a los centros comerciales como el Jockey Plaza, la Sala considera que el nivel de competencia se encuentra enmarcado por las dos demandas que atienden dichas plataformas (consumidores y arrendatarios) y la interacción entre ellas. Así, en el presente caso resulta pertinente la evaluación de: (i) la estructura del *tenant mix* que refleja el tipo de arrendatarios que participa en el conjunto de bienes y servicios brindado por los centros comerciales para satisfacer a un determinado tipo de consumidor y (ii) el tipo de consumidor representativo al cual se dirige el centro comercial.

287. En la siguiente tabla se muestra la composición del *tenant mix* de los centros comerciales de administración centralizada existentes en 2007.

Tabla N° 3
Estructura del *tenant mix* de los centros comerciales de administración centralizada, 2007

Centro Comercial	Tiendas Ancla	Ropa	Hogar	Diversión	Comida	Cuidado Personal	Otros**
Jockey Plaza	48%	14%	14%	13%	9%	2%	1%
Plaza San Miguel	55%	5%	26%	9%	3%	1%	2%
Primavera Park Plaza	48%	13%	4%	24%	4%	1%	7%
Mega Plaza	52%	6%	22%	11%	3%	4%	2%
Plaza Lima Sur	32%	15%	21%	12%	7%	5%	8%
Atocongo	52%	1%	36%	4%	2%	0%	4%
Molina Plaza	55%	1%	5%	20%	8%	10%	1%
La Marina	56%	0%	39%	0%	4%	0%	1%
Plaza Jesús María	39%	1%	0%	39%	1%	18%	2%
C.C. Risso	37%	2%	7%	41%	5%	8%	0%
Minka*	32%	7%	2%	1%	n.d.	n.d.	n.d.
Larcomar	0%	35%	13%	16%	22%	10%	5%
Royal Plaza	0%	20%	4%	68%	8%	0%	1%
Parque Cánepa	0%	0%	66%	0%	34%	0%	0%
Marina Park	0%	0%	0%	89%	0%	11%	0%

* La información provista por Minka no permitió clasificar toda su área arrendable.

** Este rubro incluye: tiendas veterinarias, módulos de servicios generales, tiendas de abarrotes, puestos de revistas y periódicos y de ventas de viajes.

Fuente: Fojas 2155, 2670 (confidencial), 2772, 2817, 2975, 3216, 3367, 3553 (confidencial), 3458 (confidencial), 4874 a 4891, 4929, 5095 y 5226 del Expediente.

Elaboración: ST-SDC. De las fojas ubicadas en tomos confidenciales, se ha empleado información no confidencial.

288. De la tabla anterior se evidencia que no todos los centros comerciales cuentan con estructuras de *tenant mix* similares a las del Jockey Plaza, con lo cual no todos podrían ejercer presiones competitivas sobre el servicio ofrecido por este centro comercial. A partir de dicha información la Sala estima que, el servicio de arrendamiento provisto por los centros comerciales Larcomar, Royal Plaza, Parque Cánepa y Marina Park, no puede ser considerado como sustituto adecuado del servicio ofrecido por el Jockey Plaza por no contar con tiendas ancla, lo cual les impide atender a la demanda que asiste a un centro comercial principalmente motivada por visitar dicho tipo de tienda (85%, ver Tabla N° 1). Del mismo modo, los servicios de arrendamiento ofertados por los centros comerciales Atocongo, Molina Plaza, La Marina, Plaza Jesús María, Centro Comercial Riso y Minka tampoco pueden ser considerados como sustitutos adecuados del servicio de arrendamiento de locales comerciales ofertado por el Jockey Plaza. Este hecho se debe a que en rubros como “ropa”, “hogar” y “diversión”, los referidos centros comerciales cuentan con porcentajes de áreas arrendadas mínimos (entre 0% y 2%) en comparación con la estructura de tiendas del Jockey Plaza, evidenciando un *tenant mix* distinto.
289. Lo anterior implica que la estructura de *tenant mix* de Primavera Park Plaza, Mega Plaza, Plaza San Miguel y Plaza Lima Sur permite que el arrendamiento de locales comerciales en cualquiera de estos centros comerciales pueda ser considerado como candidato a sustituto del servicio de arrendamiento de establecimientos comerciales ubicados en el Jockey Plaza.
290. Sin embargo, la determinación de sustituibilidad entre los candidatos previamente mencionados recaerá en el tipo de consumidor por el que compiten, ya que los distintos tipos de consumidor existentes buscarán un conjunto de establecimientos y servicios acorde a sus capacidades adquisitivas y, por ende, solo podrían considerarse como sustitutos a aquellos centros comerciales que compiten por el mismo tipo de consumidor representativo. Sobre el particular, cabe notar que el Jockey Plaza no buscaría atender a todo tipo de consumidores sino que se enfocaría en satisfacer principalmente a un tipo de consumidor promedio o representativo, en una determinada zona de influencia.
291. Como ya se ha mencionado, la naturaleza de plataforma de dos lados de los centros comerciales de administración centralizada permite advertir que el nivel de competencia entre plataformas se encuentra enmarcado en determinadas dimensiones. Este hecho se encuentra expresado en el Gráfico N° 1 presentado en el párrafo 200, en el cual se evidencia cómo los centros comerciales de administración centralizada compiten con otros centros comerciales sobre la atención a un determinado tipo de consumidor. Los otros tipos de consumidores

serán atendidos por otras plataformas, con lo cual no representan competencia directa sobre el grupo de plataformas analizadas.

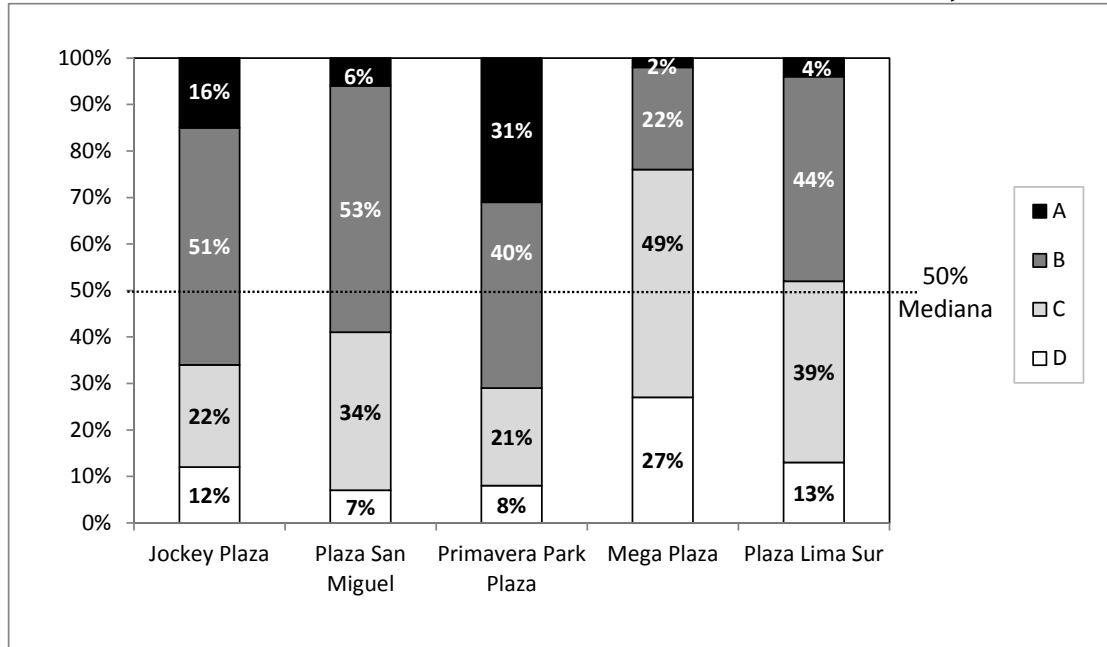
292. En el presente caso, las características del nivel socioeconómico (en adelante, NSE) del consumidor determinarán qué centros comerciales de administración centralizada pueden ser considerados como proveedores sustitutos del servicio de arrendamiento de espacios ubicados al interior del Jockey Plaza, ya que la combinación de establecimientos (*tenant mix*) está diseñada en función del tipo de consumidor que el administrador del centro comercial desea captar.
293. Los consumidores presentes en el Gráfico N° 3 son aquellos que por sus características determinan el nivel de competencia que enfrenta el Jockey Plaza, ya que también podrían ser atendidos por otros centros comerciales. Como se verá más adelante, aquellos centros comerciales en los que el consumidor considere llevar a cabo *multihoming* serían sustitutos²⁵⁴, con lo cual se hace necesario conocer, en primer lugar, las características inherentes a dicho consumidor.
294. Diversos estudios²⁵⁵ atribuyen a cada NSE distintas características, las cuales van desde el nivel de activos con los que cuentan los individuos hasta características demográficas. En este sentido, el NSE representa un resumen del perfil socioeconómico del consumidor, con lo cual puede ser considerado como una variable que determina qué tipo de consumidor (A, B, C, D) asiste de manera representativa a los centros comerciales mencionados. Dado que el Jockey Plaza se enfoca en consumidores de determinadas características, sus sustitutos cercanos deberán atender a un tipo de consumidor promedio similar. A continuación se muestra la distribución de visitantes del Jockey Plaza y sus posibles sustitutos cercanos, según NSE.

**Ver Gráfico N° 3 en la siguiente
página**

²⁵⁴ BELL, S. J. *Image and consumer attraction to intraurban retail areas: An environmental psychology approach*. Journal of Retailing and Consumer Services, vol. 6, no. 2, 1999, págs. 67 y 78. Disponible en: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0969698998000150>. Fecha de última visita: 19 de enero de 2016.

²⁵⁵ Ver: Informe Arellano, ver foja 2933 del Expediente y "Perú: Características Socio económicas de los Hogares 1971-72 → 2003-04" del Centro de Investigación y Desarrollo del Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2007. Disponible en: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib0744/Libro.pdf. Fecha de última visita: 19 de enero de 2016.

Gráfico N° 3
NSE de los consumidores de los centros comerciales de Lima, 2007



Fuente: Informe Arellano, foja 2934 del Expediente.
Elaboración: ST-SDC.

295. Del gráfico anterior se aprecia que el consumidor representativo²⁵⁶ del Jockey Plaza pertenece al NSE B. Se evidencia también que los centros comerciales Mega Plaza y Plaza Lima Sur cuenta con un consumidor representativo (NSE C) distinto al consumidor representativo del Jockey Plaza (NSE B); con lo cual estos centros comerciales no pueden ser considerados como sustitutos adecuados del mencionado centro comercial. Los centros comerciales de administración centralizada Primavera Park Plaza y Plaza San Miguel atienden al mismo tipo de consumidor representativo que asiste al Jockey Plaza (NSE B), con lo cual pueden ser considerados como posibles sustitutos adecuados para dicho tipo de consumidor. Cabe resaltar que la determinación final de sustitución dependerá del ámbito geográfico en el cual compiten, lo cual será determinado mediante el análisis del mercado geográfico relevante.
296. Sobre la base de lo expuesto, considerando que: (i) los centros comerciales de administración centralizada atienden una demanda de consumidores que busca una variedad conjunta de oferta y servicios relacionados a mejorar su

²⁵⁶ Para considerar a un determinado NSE como representativo de un centro comercial se procedió a ordenar a los porcentajes de asistentes a los centros comerciales desde el NSE D hasta el NSE A, considerando que dicho ordenamiento sigue el mismo orden ascendente de la distribución de ingresos de dichos consumidores. Finalmente, se tomó al NSE que comprendiese al consumidor que se encontrara en el 50% de la distribución para cada centro comercial.

experiencia de compra; (ii) los centros comerciales de administración no centralizada, las aglomeraciones comerciales y los comercios especializados atienden a demandas específicas y no pueden ofrecer el conjunto de bienes y servicios adicionales que mejoren la experiencia de compra que sí es provisto por los centros comerciales de administración centralizada; y, (iii) que el consumidor representativo que asiste al Jockey Plaza es de NSE B; los posibles sustitutos adecuados del servicio de arrendamiento de espacios comerciales brindado por el Jockey Plaza vienen dados por los servicios similares ofrecidos por los centros comerciales Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza.

297. Por lo expuesto, en el presente caso el mercado de producto relevante estaría²⁵⁷ dado por el arrendamiento de espacios comerciales para la venta de determinada comida rápida²⁵⁸ en los siguientes centros comerciales de administración centralizada: Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza.
298. Sobre este particular, la Sala coincide con lo señalado por la Administradora Jockey Plaza²⁵⁹ respecto a incluir el arrendamiento de locales comerciales en Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza dentro del mismo mercado relevante al considerarlos como alternativas de sustitución. Asimismo, en función al análisis expuesto, la Sala no encuentra evidencia a favor de que Plaza Lima Sur sea considerada como alternativa de sustitución del Jockey Plaza, tal como argumenta Administradora Jockey Plaza, por lo cual se debe desestimar el argumento de la recurrente. Este colegiado también considera necesario desestimar, sobre la base del análisis realizado en los párrafos anteriores, lo indicado por Arcos Dorados²⁶⁰ respecto a que el Jockey Plaza no cuenta con sustitutos.
299. Por otro lado, respecto al análisis de *cluster* empleado por la Secretaría Técnica, la Sala estima que este difiere del análisis presentado en la presente resolución. La literatura especializada revisada en el marco teórico de la presente resolución permite concluir que los consumidores (a los cuales Arcos Dorados y Sigdelo desean vender sus productos) que asisten a los centros comerciales de administración centralizada acuden por un conjunto de bienes y servicios, entre los cuales se puede encontrar el consumo de comida rápida y es en función a ello que dichos centros comerciales diseñan un *tenant mix* (entre

²⁵⁷ Esto será finalmente determinado mediante el análisis del mercado geográfico relevante.

²⁵⁸ La determinación del producto “comida rápida” será llevada a cabo en el siguiente apartado de la presente resolución.

²⁵⁹ Escrito del 4 de enero de 2012, fojas 6379 a 6380 del Expediente.

²⁶⁰ Informes del 9 de abril del 2013, fojas 6823 y 6826 del Expediente y 6 de febrero del 2015, fojas 7158, 7162, 7164, 7166, 7180, 7213, 7235 y 7246 del Expediente.

tiendas ancla y no ancla) a fin de satisfacer la demanda de un tipo de consumidor representativo. Según esta doctrina, la Sala ha determinado la existencia de competencia entre los centros comerciales de administración centralizada Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, por la provisión del servicio de arrendamiento de espacios comerciales.

300. Asimismo, el análisis de *cluster* al cual refiere la Comisión no cumple con los requisitos teóricos para que sea considerado como válido por los motivos que se expone a continuación. Del universo de quince (15) centros comerciales con administración centralizada identificados por la Secretaría Técnica, solo se incluyeron en el análisis de *cluster* a ocho (8) de ellos²⁶¹ por no contar con información completa de los siete (7) centros comerciales²⁶² restantes. Descartar a siete (7) de los quince (15) centros comerciales debido a la ausencia de información generó el incumplimiento de uno de los supuestos requeridos para implementar un análisis de *cluster*: la muestra debe representar al universo o población total bajo análisis. En el caso en particular, el análisis de *cluster* realizado por la Secretaría Técnica debió incluir al total conformado por los quince (15) centros comerciales identificados²⁶³.
301. Además, el referido análisis de *cluster* se habría implementado sin un análisis previo de multicolinealidad de las variables empleadas, es decir, del nivel de correlación lineal de las doce variables que se utilizaron para caracterizar a los centros comerciales. Ello habría generado el incumplimiento de otro requisito básico para llevar a cabo un análisis de *cluster*: que no exista multicolinealidad entre las variables consideradas en dicho análisis.²⁶⁴
302. En consecuencia, la Sala considera que en el presente caso el análisis de *cluster* no fue adecuadamente empleado y no podría realizarse para el análisis de sustitución entre centros comerciales de administración centralizada pues no obra en el expediente la información necesaria para ello, de acuerdo al marco teórico aplicable. Considerando lo antes expuesto, sumado a los argumentos señalados por la Sala (ver *supra* numeral 286), no tiene objeto atender lo

²⁶¹ Los ocho centros comerciales incorporados dentro del análisis de *cluster* fueron: Jockey Plaza, Plaza San Miguel, Primavera Park Plaza, Plaza Lima Sur, La Marina Open Plaza, Mega Plaza, Larcomar y Marina Park. Informe Técnico, pág. 58.

²⁶² Los siete centros comerciales que no se consideraron en el análisis de *cluster* fueron: Plaza Jesús María, Parque Cánepa, Royal Plaza, Minka, Molina Plaza, y Atocongo Open Plaza.

²⁶³ REDONDO, Ignacio y CERDÁ, Luis. *Un Método para Evaluar la Localización de Nuevos Centros Comerciales en Función de las Características Geodemográficas de los Consumidores*. Revista de Estudios Regionales 89, I.S.S.N.: 0213-7585 (2010), pp. 67-89. Disponible en: <http://goo.gl/156ljo>. Fecha de última visita: 27 de enero de 2016.

²⁶⁴ Este requisito es de singular importancia en la medida que la inclusión de variables multicolineales dentro del análisis de *cluster* hace que, implícitamente, dichas variables (en conjunto) sean ponderadas con un mayor peso durante el proceso de conformación de grupos cuando su contribución para diferenciar un centro comercial de otro podría ser menor. *Ibídem*.

argumentado por Sigdelo²⁶⁵ respecto de la falta de sustento por parte de la Comisión para apartarse de las conclusiones obtenidas a partir del análisis de *cluster*.

303. A continuación, se analizará el alcance del producto “comida rápida” que los arrendatarios comerciales desean vender a través del arrendamiento de espacios comerciales en centros comerciales de administración centralizada para la atención del tipo de consumidor que asiste a ellos y que eventualmente podría consumir “comida rápida”.

III.6.1.2 Determinación del producto “comida rápida”

304. Según la denuncia materia del presente procedimiento, la negativa de trato generó que Arcos Dorados no pudiese comercializar sus productos al interior del Jockey Plaza.
305. Sin embargo, como se ha determinado precedentemente, el Jockey Plaza presenta características de una plataforma de dos lados que atiende a dos demandas, lo cual es característico también de otros centros comerciales: (i) el consumidor representativo que atiende es de NSE B, el cual asiste al centro comercial por un conjunto de bienes y servicios, entre los cuales se encuentra la venta de comida rápida; y (ii) los arrendatarios de espacios comerciales se clasifican en tiendas ancla y no ancla, entre los últimos se encuentran los arrendatarios que buscan ofertar comida rápida al interior del centro comercial. Teniendo en cuenta ello, el Jockey Plaza habría enfrentado presiones competitivas de los centros comerciales Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza.
306. En este contexto, la demanda por el servicio de arrendamiento de establecimientos comerciales para la venta de comida rápida se encontraría compuesta por las empresas Arcos Dorados y Sigdelo²⁶⁶, entre otras empresas sustitutas.
307. Al respecto, tanto los denunciados como la denunciante argumentaron que, para la definición del mercado relevante, la Comisión debió primero haber analizado el mercado afectado “aguas abajo” para luego poder analizar el mercado relevante “aguas arriba”, conforme lo establecen los lineamientos de la OFT.

²⁶⁵ Escrito de apelación del 4 de enero de 2012, foja 6469 del Expediente e Informe Fernández-Baca, foja 6920 del Expediente.

²⁶⁶ Ver notas al pie 1 y 5 de la presente resolución.

308. Sobre el particular, la Sala no coincide con la metodología señalada por las partes, debido a que al constituir el Jockey Plaza una plataforma de dos lados con las características antes expuestas, no es posible realizar la separación clásica entre mercados “aguas arriba” y “aguas abajo”. En los mercados distintos a los centros comerciales de administración centralizada, las actividades que proveen bienes o servicios para la elaboración del bien final se encuentran ubicadas “aguas arriba”, mientras que las actividades que se dirigen hacia el consumidor final se ubican “aguas abajo”²⁶⁷. En cambio, las demandas que atiende una plataforma de dos lados se sirven de la misma para poder realizar transacciones de manera interdependiente. La demanda 1, a través de la plataforma, vende un bien o servicio a la demanda 2. Del mismo modo, la demanda 2, a través de la plataforma, compra un bien o servicio de la demanda 1. Este hecho, como se expuso en los párrafos 169 a 172 de la presente resolución, no solo genera externalidades entre las dos demandas, sino que también genera externalidades al interior del grupo conformado por la demanda de arrendatarios. Cabe recordar que las externalidades entre arrendatarios parten de las tiendas ancla y se canalizan hacia las tiendas especializadas o de menor tamaño (tiendas no ancla), como los establecimientos de venta comida rápida.
309. De este modo, el consumidor que acude a los centros comerciales lo hace por todo un conjunto de bienes y servicios brindado por el centro comercial (entre los cuales se encuentra la venta de comida rápida), mientras que el arrendatario de espacios comerciales para la venta de comida rápida solo podrá ofrecer su producto en la medida que el centro comercial lo considere dentro de su *tenant mix* y siempre y cuando el consumidor asistente al centro comercial opte eventualmente por el consumo de comida rápida. En esa medida, no se puede realizar una separación del mercado en “aguas arriba” y “aguas abajo”, ya que ambas demandas se determinan simultáneamente y de manera interdependiente en función del diseño de estrategias llevadas a cabo por el administrador del centro comercial.
310. Lo anterior permite concluir que, en el presente caso, dadas las características del servicio en cuestión, en la definición del mercado relevante debe identificarse el producto que buscan proveer los arrendatarios de locales comerciales en centros comerciales como el Jockey Plaza. Dado que Arcos Dorados denunció una negativa concertada de trato para arrendar un espacio en el Jockey Plaza, el mercado de producto relevante deberá considerar el arrendamiento de locales comerciales en el Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza para la venta de los productos vendidos por Arcos

²⁶⁷

FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Organización Industrial Universidad del Pacífico, 2006, pág. 219.

Dorados, Sigdelo y sus sustitutos cercanos. A continuación, la Sala procede a definir cuáles son los productos vendidos por estas empresas.

311. En el presente caso, los productos vendidos por Arcos Dorados y Sigdelo son hamburguesas, pollo, pizzas, postres, cafés, entre otros; los cuales son calificados por estas mismas empresas bajo la definición de comida rápida²⁶⁸. Para poder determinar cuáles de los productos que componen la comida rápida son sustitutos entre sí, es necesario delimitar el alcance de la definición de comida rápida en función de: (i) sus características físicas y funcionales; y (ii) de la sustitución que realizan los consumidores por los distintos productos que podrían conformar la comida rápida.

312. La comida rápida o “*fast food*” es definida por el diccionario Cambridge²⁶⁹ como el “alimento barato y usualmente caliente que es preparado y servido de forma rápida en un restaurante”. Su venta se caracteriza²⁷⁰ por contar con (i) servicio rápido, debido a que manejan estándares en procesos, platillos, administración y operación; y, (ii) precio relativamente bajo en relación con los restaurantes debido a la rapidez en la elaboración, sencillez de sus procesos y ausencia de servicio en mesa. Estas particularidades permiten la configuración de cuatro canales de comercialización para el expendio de comida rápida, según el lugar de venta y consumo²⁷¹:

1) **Comedor (*eat in o free standing*)**: venta de los productos del establecimiento en un local exclusivo donde el público puede sentarse a comer.

2) **Entrega (*delivery o in line*)**: venta por teléfono para la entrega a domicilio.

²⁶⁸ Ver notas al pie 1, 5, 6 y 7 de la presente resolución. Adicionalmente, ver fojas 3237 y 3362 del Expediente, para Arcos Dorados y Sigdelo, respectivamente.

²⁶⁹ Diccionario Cambridge. Traducción libre de: “*Cheap, often hot food that is prepared and served quickly in a restaurant*”. Ver: <http://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/fast-food>. Fecha de última visita: 22 de enero de 2016.

Por su parte, el diccionario Oxford define a la comida rápida de la siguiente manera: “*Alimento procesado fácilmente preparado y servido en bares y restaurantes como una comida rápida o para llevar*”. Traducción libre de: “*Easily prepared processed food served in snack bars and restaurants as a quick meal or to be taken away*”. Ver: <http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/fast-food?q=fast+food>. Fecha de última visita: 22 de enero de 2016.

²⁷⁰ ARBAIZA, Lydia; CÁNEPA, Marco; CORTEZ, Óscar; LÉVANO, Gabriel. *Análisis prospectivo del sector de comida rápida en Lima: 2014-2030*, página 14. Universidad ESAN, 2014. Disponible en: <http://www.esan.edu.pe/publicaciones/2014/11/06/Comida%20rapida%20para%20web.pdf>. Fecha de última visita: 22 de enero de 2016.

Adicionalmente, Sigdelo señaló lo siguiente: “Se define como comida rápida a los alimentos que se ofrecen bajo un formato que está adaptado para ser preparado y servido en poco tiempo y a un bajo costo.”. Ver: Segundo Informe de Sigdelo (foja 1425 del Expediente).

²⁷¹ Ver Primer Informe de Sigdelo (foja 504 del Expediente). Asimismo, ver lo señalado por Administradora Jockey Plaza en la Resolución Final (foja 6249 del Expediente).

- 3) **Para llevar (*take out*)**: venta en un establecimiento donde el público puede comprar la comida para comerla en su domicilio.
- 4) **Patio de comidas (*food court*)**: venta en un espacio donde se ofrecen los productos de varios establecimientos y existen mesas comunes donde el público puede sentarse a comer.
313. En este contexto, las características de servicios y precios que comparten los negocios de venta de comida rápida constituyen elementos que los diferencian de los demás negocios dedicados a la venta de alimentos. Como se ha mencionado precedentemente, tanto Arcos Dorados como Sigdelo declaran vender productos que califican como comida rápida²⁷², con lo cual el presente análisis estará orientado a determinar los sustitutos cercanos de los productos que estas dos empresas venden.
314. A través del cuestionario²⁷³ enviado por la Secretaría Técnica a las distintas empresas que operaron en el patio de comidas del Jockey Plaza, se buscó determinar el grado de sustitución entre los productos vendidos por Arcos Dorados y Sigdelo en función a los productos que estas mismas empresas consideran como sustitutos.
315. De acuerdo a lo anterior, Arcos Dorados, como licenciataria de la franquicia internacional McDonald's, identificó como sus competidores en el mercado de comida rápida a las empresas comercializadoras de las marcas Bombos, Burger King, KFC, Pizza Hut y Domino's, así como a Chilis y Fridays²⁷⁴. Por su

²⁷² Ver notas al pie 1, 6 y 7 de la presente resolución.

²⁷³ A través de las cartas 446-2009/ST-CLC-INDECOPI, 447-2009/ST-CLC-INDECOPI, 448-2009/ST-CLC-INDECOPI, 449-2009/ST-CLC-INDECOPI, 450-2009/ST-CLC-INDECOPI, 451-2009/ST-CLC-INDECOPI, 452-2009/ST-CLC-INDECOPI, 453-2009/ST-CLC-INDECOPI, 454-2009/ST-CLC-INDECOPI, 455-2009/ST-CLC-INDECOPI, 456-2009/ST-CLC-INDECOPI, 457-2009/ST-CLC-INDECOPI, 458-2009/ST-CLC-INDECOPI, 459-2009/ST-CLC-INDECOPI, 460-2009/ST-CLC-INDECOPI, 461-2009/ST-CLC-INDECOPI, 462-2009/ST-CLC-INDECOPI, 463-2009/ST-CLC-INDECOPI, 464-2009/ST-CLC-INDECOPI, 465-2009/ST-CLC-INDECOPI, 466-2009/ST-CLC-INDECOPI, 467-2009/ST-CLC-INDECOPI, 468-2009/ST-CLC-INDECOPI, 469-2009/ST-CLC-INDECOPI, 470-2009/ST-CLC-INDECOPI, 471-2009/ST-CLC-INDECOPI, 472-2009/ST-CLC-INDECOPI, 473-2009/ST-CLC-INDECOPI y 474-2009/ST-CLC-INDECOPI del 29 de diciembre de 2009 y carta 1-2010/ST-CLC-INDECOPI del 4 de enero de 2010, en fojas 1500 a 1593 del Expediente, la Secretaría Técnica envió un cuestionario a través del cual buscó reunir información sobre las características y el funcionamiento de los mercados de arrendamiento de espacios en centros comerciales y expendio de comida rápida. En particular, a efectos de conocer la relación de competencia entre las distintas empresas, la Secretaría Técnica a través de la pregunta 3.9, consultó: "En el período comprendido entre 1997 y 2007, identifique a sus competidores en el mercado de venta de comida rápida en cualquiera de sus formatos (a través de centros comerciales, establecimientos exclusivos, *delivery*, entre otros), indicando los motivos por los cuales los considera como tales (...)".

²⁷⁴ Específicamente, Arcos Dorados señaló lo siguiente:
Anexo 12.F

IDENTIFICACIÓN DE COMPETIDORES

ARCOS DORADOS Considera como competidores en general, aunque en distintos grados, a todos aquellos establecimientos que expendan comida y que están ubicados dentro de su área de mercado. Más específicamente, *ARCOS DORADOS* considera como competidores a aquellos locales comerciales que, encontrándose en su área de mercado, sean restaurantes: (i) de comida rápida que ofrecen hamburguesas como menú principal (principalmente, Bombos y Burger King); (ii) de servicio rápido que ofrecen otros productos que no sean hamburguesas como menú

parte, Burger King y Pizza Hut (representadas por Sigdelo) y KFC (representada por Delosi), identificaron como competidores a las empresas comercializadoras de las marcas Bambos, McDonald's y Domino's, entre otras²⁷⁵. De otro lado, Bambos identificó como competidores a las empresas comercializadoras de las marcas Burger King, McDonald's, KFC y Pizza Hut, así como a China Wok, Pasquale, Norky's, Otto Grill, Rocky's, Mama Raquel, Miami Chicken, Domino's, La Rinconada, Pardos, Pizza Nova, Al Plato y Papa John's²⁷⁶.

316. De la información presentada, se desprende que tanto Arcos Dorados como Sigdelo consideran como sustitutos de los productos que venden a una diversidad de tipos de comida rápida como hamburguesas, pollos, pizzas, sándwiches, comida china, carnes, entre otros.
317. Para la Comisión²⁷⁷, considerando el servicio solicitado por Arcos Dorados y el alcance del contrato cuestionado, el producto en cuestión debía ser el arrendamiento de espacios en centros comerciales similares al Jockey Plaza, para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's. Para la Secretaría Técnica²⁷⁸, el producto relevante fue el arrendamiento de establecimientos para la venta de comida rápida al interior de centros comerciales con las características del Jockey Plaza. No obstante, tal como ha señalado la Sala anteriormente, la Comisión no llevó a cabo un análisis de sustitución debidamente sustentado para definir los productos que componen la comida rápida en la determinación del producto relevante, por lo que se evidenció una falta de motivación que conllevó a la nulidad de la Resolución Final.

principal (por ejemplo, KFC), (iii) que ofrecen servicio rápido de cualquier producto a un precio accesible (Pizza Hut o Domino's); y, (iv) que ofrecen variedad de productos a un precio más alto (Chilis o Friday) (sic). (...).
Ver escrito del 22 de enero de 2010. Anexo 12.F. Foja 1992 del Expediente.

²⁷⁵ Sigdelo y Delosi señalaron lo siguiente: "El motivo por el cual los restaurantes listados en el presente anexo son considerados por nuestra empresa como competidores, es porque son considerados por el consumidor como alternativas absolutamente válidas." Ver fojas 3356 y 3362 del Expediente.

²⁷⁶ Específicamente, Bambos señaló lo siguiente: "*Consideramos como nuestros competidores en el mercado de venta de comida rápida a los siguientes establecimientos: (i) Burguer [sic] King, (ii) KFC - Kentucky Fried Chicken, (iii) China Wok, (iv) Pasquale [sic], (v) MC Donalds [sic], (vi) Norkys [sic], (vii) Otto Grill, (viii) Rockys [sic], (ix) Pizza Hut, (x) Mama Raquel, (xi) Miami Chicken, (xii) Dominos [sic], (xiii) La Rinconada, (xiv) Pardos, (xv) Pizza Nova, (xvi) Al Plato y (xvii) Papa John's. Consideramos que a las empresas antes mencionadas las consideramos [sic] como nuestros competidores pues se dedican al mismo giro comercial que nuestra empresa y tienen una presencia significativa en el mercado por su antigüedad en el mismo y por el número de locales que tienen. Consideramos competencia directa sólo [sic] a Burger King y McDonald's, debido a que éstos establecimientos comerciales se dedican específicamente a la comercialización de hamburguesas. (...).*"
Ver foja 3232 del Expediente.

²⁷⁷ Párrafo 138 de la Resolución Final. Foja 6287 del Expediente.

²⁷⁸ Párrafo 127 del Informe Técnico. Foja 5793 del Expediente.

318. En efecto, la Comisión solo realizó un análisis descriptivo de los distintos tipos de comida rápida en lo que corresponde al análisis del mercado afectado. Sin embargo, dicho análisis es posterior a la determinación del mercado relevante, siendo durante la definición del mercado relevante en el que el análisis de sustitución debía realizarse.
319. Por su parte, la Secretaría Técnica²⁷⁹ determinó que el mercado de producto afectado está constituido por el mercado de venta de comida rápida, debido a las siguientes consideraciones: (i) el giro del negocio de Arcos Dorados y Sigdelo es la venta de comida rápida; y, (ii) las características y los canales de comercialización propios de la comida rápida. A decir de la Secretaría Técnica, estas consideraciones constituyen elementos que son compartidos no solo por Arcos Dorados y Sigdelo sino también por un conjunto de otras empresas²⁸⁰, diferenciándolas de los demás negocios dedicados a la venta de alimentos.
320. Por otro lado, como parte de la delimitación del mercado afectado, la primera instancia analizó si la venta de comida rápida en el Jockey Plaza puede ser considerada un sustituto adecuado de la venta de hamburguesas de las marcas McDonald's, Burger King y Bembos en dicho centro comercial. Así, la Comisión señaló, contrariamente a lo indicado por su Secretaría Técnica que: (i) no encontró evidencia que acreditara la similitud entre las hamburguesas y el resto de comida rápida, sobre la base de características físicas y de sabor; (ii) las hamburguesas son un producto diferenciado del resto de productos de comida rápida, tanto para los consumidores como para los productores; y, (iii) a pesar de que Sigdelo participa en la venta de pizza y pollo, la negativa concertada se dirigió única y exclusivamente contra un competidor en la venta de hamburguesas (Arcos Dorados), lo cual, a decir de la Comisión, confirma que otros productos distintos de las hamburguesas no sean considerados como sustitutos en el rubro de comida rápida. De este modo, la primera instancia concluye que la similitud se da únicamente entre las hamburguesas de Arcos Dorados, Sigdelo y Bembos²⁸¹.
321. Sobre este particular, la Sala coincide con lo señalado por Sigdelo al señalar que la Comisión no realizó un análisis de sustituibilidad para definir la venta de comida rápida al definir el mercado relevante. Como se indicó en el párrafo 268, para la definición del mercado de producto relevante es necesario considerar a todos los posibles sustitutos del bien o servicio analizado. Antes de proceder a

²⁷⁹ Ver numeral 231 del Informe Técnico 25-2011/ST-CLC-INDECOPI. Foja 5831 del Expediente.

²⁸⁰ La Secretaría Técnica consideró que Kentucky Fried Chicken, Pizza Hut, Bembos, Burger King, McDonald's, Pasquale Hermanos, China Wok, Mr. Steak, Miami Chicken Grill, Otto Grill, Palermo, y Dunkin Donuts, son establecimientos comerciales que se encuentran dedicados a la venta de comida rápida en Lima. Ver numeral 232 del Informe Técnico 25-2011/ST-CLC-INDECOPI. Ver foja 5832 del Expediente.

²⁸¹ Párrafos 235 a 238 de la Resolución 59-2011/ST-CLC-INDECOPI. Ver foja 6312 del Expediente.

desarrollar dicho análisis, resulta necesario realizar tres precisiones con la finalidad de poder acotar el análisis de sustitución correspondiente al mercado de producto relevante.

322. En primer lugar, al momento de la firma de la Carta Adenda en 1997 Sigdelo formó parte de un grupo económico orientado a la venta de comida rápida, el cual incluía a Delosi S.A., (en adelante, Delosi), empresa representante de la franquicia KFC. Más aún, Sigdelo formó parte de dicho grupo económico durante todo el período investigado²⁸². En el 2001, Sigdelo y Saidel S.A.C. se fusionan y Delosi adquiere la mayoría de las acciones de Sigdelo. De este modo, estas tres empresas estuvieron sujetas al control de un mismo conjunto de personas naturales, formando parte del mismo grupo económico, de conformidad con lo señalado por las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobadas mediante Resolución SBS 445-2000 de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP²⁸³.
323. En consecuencia, estas tres (3) empresas mantuvieron vinculación económica²⁸⁴ durante el período investigado. A juicio de la Sala, si bien es Sigdelo (Saidel S.A.C. en 1997) la empresa que firmó el contrato y la Carta Adenda con Administradora Jockey Plaza, las tres (3) empresas responden a un control común, en la medida que la mayoría de las acciones de cada una está concentrada en tres personas naturales que actúan como unidad de acción (los señores Zúñiga, Diez Canseco, Alfredo De Ferrari Morello y Luis Salazar Mourre). Por lo tanto, la relación de competencia a analizar no solo debe

²⁸² Si bien al momento de la firma del contrato esta empresa trabajaba bajo la razón social de Saidel S.A.C., sus dueños eran los mismos dueños del 100% de las empresas Sigdelo y Delosi, empresas que contaban con la posesión de las franquicias Pizza Hut y KFC, respectivamente. Específicamente, al momento de la firma de la Carta Adenda, Alfredo De Ferrari Morello, Raúl Diez Canseco Terry, Carlos Zúñiga Quiroz y Luis Salazar Mourre contaban con el 100% de la participación de Sigdelo (ex Saidel S.A.C.), los cuales también contaron con el 100% de la participación de Sigdelo como licenciario de Pizza Hut hasta el 2001. Asimismo, entre los años 1997-2001, los cuatro dueños de Sigdelo (ex Saidel S.A.C.) poseían el 100% de las acciones de Delosi, empresa que representa la franquicia KFC. A partir del 2002 hasta el 2007, estas personas contaron en promedio con el 28.88% de la participación directa de Sigdelo y a través de Delosi, con el 36.79% (dado que estas 4 personas tenían el 65% de las acciones de Delosi, empresa que tenía el 56.61% de las acciones de Sigdelo). Ver fojas 3356 y 3362 del Expediente.

²⁸³ **RESOLUCIÓN SBS 445-2000. (Norma derogada en la actualidad)**
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. El control puede ser directo o indirecto. El control es directo cuando una persona ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios de una persona jurídica a través de la propiedad directa o indirecta, contratos de usufructo, prenda, fideicomiso, sindicación u otro medio.

Asimismo, el control es indirecto cuando una persona 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, o para gobernar las políticas operativas y/o financieras; aun cuando no ejerce más de la mitad del poder de voto en la junta general de accionistas o de socios.

²⁸⁴ Sobre el concepto de control a efectos de evaluar la existencia de un grupo económico, la Sala con la anterior conformación ha señalado que “*se entiende por tal la capacidad del agente controlante de influir permanentemente sobre la actividad y las decisiones de la empresa controlada relacionadas con su estrategia competitiva*”. Ver Resolución 589-2015/SDC-INDECOPI, Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI del 27 de julio de 2011 y Resolución 794-2011/SC1-INDECOPI del 5 de abril de 2011.

involucrar a los principales productos de comida rápida vendidos por Arcos Dorados y Sigdelo, sino a los comercializados por el grupo económico antes referido, lo cual incluye a Delosi.

324. En segundo lugar, el hecho que la relación de competencia haya estado a nivel de Arcos Dorados y las tres empresas mencionadas quedó plasmado en la Carta Adenda enviada por Administradora Jockey Plaza a Sigdelo el 20 de febrero de 1997²⁸⁵. A continuación, se muestran los párrafos correspondientes:

“(…)

En virtud de la presente, nos comprometemos, irrevocablemente, frente a ustedes, a lo siguiente:

1.- Que no arrendaremos ni subarrendaremos ningún local a McDonald's, ni a ningún licenciario de McDonald's en el complejo comercial construido sobre los Ciento Treinta Mil Metros cuadrados ya obtenidos como Derecho de Superficie del Jockey Club, y que en el patio de comidas de ese complejo comercial, no arrendaremos ni sub-arrendaremos ningún local para el expendio especializado de pollos y/o pizzas.

2.- Que en el caso de obtener del Jockey Club nuevo Derecho de Superficie, posesión o propiedad sobre la parcela de aproximadamente cincuenta mil metros cuadrados (50,000 m2) pegada a la esquina donde está ubicado el Burger King, y de existir áreas disponibles para restaurantes, se comprometen a reservar un área para un local de Kentucky Fried Chicken, similar en sus características a las de los locales externos. En tal caso no cobrarán derecho de llave, y el arriendo será similar al actual (US\$ 12.00 por metro cuadrado) más su indexación para compensar mayores costes. En ningún caso negociaremos un local con McDonald's ni con ningún licenciario de McDonald's en esta parcela.
“(…)”

(Énfasis añadido)

325. La Sala considera que: (i) la Carta Adenda, al hacer referencia a Arcos Dorados y a otros dos tipos de comida rápida (pollo y pizza); y, (ii) al haber pertenecido Sigdelo a un grupo económico que incluye las franquicias Burger King, KFC y Pizza Hut, marcas de comida rápida dedicadas principalmente a la venta de hamburguesas, pollos y pizzas, respectivamente; la relación de competencia entre Arcos Dorados y Sigdelo no solo involucra a las hamburguesas como señaló la primera instancia. Es decir, tanto la Carta Adenda como la pertenencia de Sigdelo a un grupo económico que vende productos de comida rápida (hamburguesas, pollos y pizzas), evidencian que Sigdelo percibía como competencia directa a McDonald's en los rubros de hamburguesas, pollos y pizzas.

285

Ver fojas 272 a 273 del Expediente.

326. Tomando en cuenta dichos elementos, se podía concluir la existencia de una relación de competencia en aquellos rubros. En consecuencia, se deberá evaluar necesariamente el grado de sustitución existente entre las hamburguesas y otros productos como los pollos y las pizzas.
327. En tercer lugar, se observa que la venta de comida rápida de las empresas involucradas contempla: (i) un producto principal; y, (ii) productos complementarios. En el caso de la denunciante, esta refiere que solicitó a Administradora Jockey Plaza el acceso al Jockey Plaza para operar múltiples formatos, entre los que considera no solo formatos para la venta del producto principal (hamburguesas) sino también para la venta de sus productos complementarios (café y postres). Específicamente, Arcos Dorados señaló lo siguiente en su carta del 8 de junio de 2006²⁸⁶:

“La presente es con el objetivo de retornar anteriores acercamientos y reiterarles nuestro interés de participar con nuestra marca McDonald’s en Jockey Plaza Shopping Center, donde sería de nuestro interés operar múltiples formatos, incluyendo una posición en patios de comidas, centro de postres, un McCafé o un restaurante completo.”

(Énfasis añadido)

328. Al respecto, si bien la denuncia de Arcos Dorados abarca los formatos: (i) para patio de comidas, (ii) centro de postres, (iii) McCafé y (iv) restaurante completo, debido a la disponibilidad de información en el expediente, esta Sala enfocará el análisis del mercado de producto relevante sobre el producto principal de la denunciante y sus competidores, lo cual no significa que los productos complementarios queden excluidos del alcance de la presente resolución. Como se muestra en la siguiente tabla, la comida principal de McDonald’s es el rubro más representativo (76% de sus ventas), en el total de sus ventas.

Tabla N° 4
Ventas de McDonald’s por tipo de productos

Productos	Part. (%)
Comidas principales*	76%
Productos complementarios**	24%
Total	100%

* Incluye McCombos, cajita feliz, sándwiches, desayunos, productos de pollo, papas fritas, bebidas, ensaladas y productos de dieta balanceada.

** Incluye McCafé y postres.

Fuente: Fojas 6 a 16 del Expediente.

Elaboración: ST-SDC.

329. Considerando lo antes expuesto, la Sala enfocará el análisis sobre el grado de sustitución entre las hamburguesas, los pollos y las pizzas, entre otros posibles sustitutos. A estos efectos, corresponde considerar lo argumentado por las partes en apelación, tal como se expone a continuación.
330. De un lado, Administradora Jockey Plaza²⁸⁷ y Sigdelo²⁸⁸ destacaron en apelación que no es posible afirmar que las hamburguesas no cuenten con sustitutos, sobre todo en un mercado compuesto por empresas que buscan diferenciar sus productos.
331. Por su parte, Arcos Dorados indicó²⁸⁹ que las hamburguesas carecían de sustitutos. Sin embargo, el Informe Coloma²⁹⁰ y el Informe McGrath-Reddy²⁹¹, presentados por Arcos Dorados, reconocen que la definición del mercado de venta de comida rápida podría tener un alcance de mayor o menor amplitud dependiendo de cada caso. En particular, estos informes destacan que otros tipos de comida, como la pizza, podrían ser incluidos en el mercado de producto relevante y que en realidad depende de las preferencias del consumidor.
332. Al respecto, si bien el Informe McGrath-Reddy²⁹² muestra un caso de fusiones entre dos empresas donde la autoridad de competencia Israelí encontró que el mercado de restaurantes de hamburguesas debía ser diferenciado del mercado de no-hamburguesas, también señala que cada decisión de la autoridad corresponde a hechos concretos/específicos y que no configura un precedente vinculante en relación a la definición del mercado de producto para otros casos. En efecto, el mismo informe²⁹³ muestra cómo en un caso de una fusión que involucró a Burger King en el 2002, la Comisión Europea expresó que no era necesario separar el mercado de restaurantes de servicio rápido dedicados a la venta de hamburguesas del mercado de servicio rápido de no-hamburguesas.
333. En atención a lo señalado precedentemente, la Sala coincide con lo argumentado por las apelantes y los informes Coloma y McGrath-Reddy presentados por la denunciante, en el sentido que el análisis de sustitución de

²⁸⁷ Escritos del 4 de enero y 17 de abril de 2012, fojas 6375 y 6747 del Expediente, respectivamente.

²⁸⁸ Escrito de apelación del 4 de enero de 2012, fojas 6479 a 6485 del Expediente. Asimismo, ver Informe Fernández-Baca e Informe Petrecolla, fojas 6919 y 7005 del Expediente, respectivamente.

²⁸⁹ Ver foja 6789 del Expediente.

²⁹⁰ Ver foja 7178 del Expediente.

²⁹¹ Ver foja 7244 del Expediente.

²⁹² Ver foja 7245 del Expediente.

²⁹³ Ver foja 7244 del Expediente.

los productos que componen la comida rápida en el presente procedimiento depende de las características específicas del mercado en cuestión y de las preferencias del consumidor. Es decir, a juicio de la Sala, en el presente procedimiento el análisis debe realizarse tomando en cuenta no solo las características del mercado de venta de comida rápida sino también los precios y las preferencias del consumidor, a efectos de medir el grado de sustitución de los productos que estarían conformando la comida rápida como parte del producto relevante en el presente caso.

334. A nivel de la doctrina, el grado de sustitución entre dos bienes puede ser observado ante fluctuaciones en la demanda de uno de ellos como consecuencia de los cambios en el precio del otro, y/o a través de las preferencias del consumidor. Las elasticidades precio cruzadas de los bienes analizados o el empleo del test del monopolista hipotético son algunas de las herramientas que se suelen utilizar²⁹⁴. Sin embargo, dado que en el expediente no obra información que permita aplicar directamente alguna de las mencionadas metodologías, en el presente caso la Sala se remitirá al análisis de las preferencias del consumidor respecto a aquella comida que posee las características de comida rápida.
335. Para realizar dicho análisis, se ha considerado no tomar en cuenta la información correspondiente a aquellas marcas de comida que no cumplen con las características de servicios o precio de los restaurantes de comida rápida. Además, en la medida que para el periodo investigado no se cuenta con información suficiente en el expediente o fuentes públicas sobre los otros tipos de comida rápida como la comida china, sándwiches o carnes, no será posible determinar el grado de sustitución respecto a estos últimos productos y, por lo tanto, en el presente caso quedarán excluidos del análisis. En consecuencia, en el caso bajo análisis, la información disponible solo permitirá obtener conclusiones sobre las preferencias del consumidor de la comida rápida referida a las hamburguesas, los pollos y las pizzas.
336. Antes de proceder con el análisis de las preferencias del consumidor propiamente, debe tenerse en cuenta que dicho análisis debe realizarse dentro del período de investigación. Sin embargo, los estudios en los que se evidencian las preferencias del consumidor por determinados tipos de comida rápida que obran en el expediente corresponden a los años 2008 a 2011, fechas

294

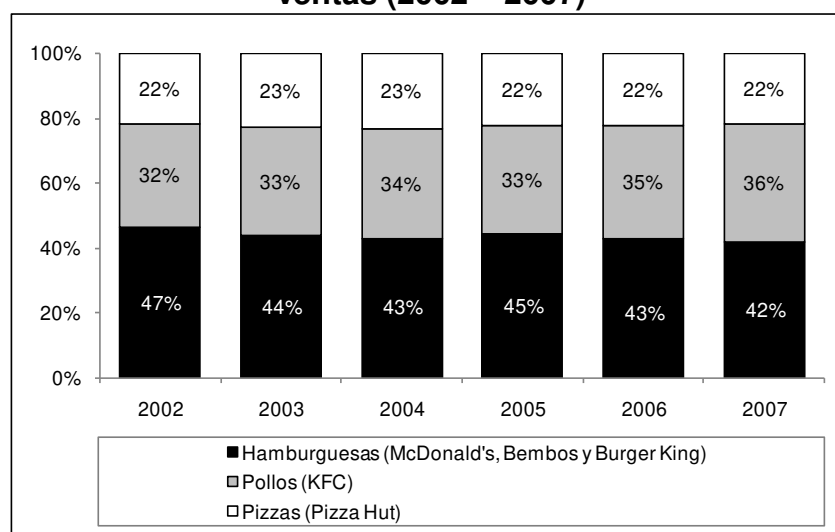
Ver:

- *Horizontal Merger Guidelines*, págs. 8 y 9. Disponible en: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>. Fecha de última visita: 27 de enero de 2016.
- Definición de mercado de referencia empleada para la Comisión Europea, párrafo 15. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:l26073&from=EN>. Fecha de última visita: 27 de enero de 2016.

posteriores al período analizado. Con la finalidad de validar el uso de tal información, se procederá a analizar si los patrones de consumo en el mercado de comida rápida se han mantenido estables a través del tiempo. De ser así, se dará como válida la información disponible de los años 2008 a 2011 para obtener conclusiones sobre el grado de sustitución de los productos en cuestión en el año 2007.

337. El Gráfico N° 4 muestra la participación de ingresos por tipo de comida rápida durante los años 2002-2007²⁹⁵, del cual se observa que, al menos en un período de seis años consecutivos, las participaciones de mercado de las empresas dedicadas a la venta de hamburguesas, pollo y pizzas se han mantenido con pocas variaciones. Este hecho demostraría que durante el período 2002-2007 las preferencias del consumidor en Lima Metropolitana se mantuvieron estables, ya que no hubo cambios en los patrones de consumo hacia algún tipo de comida rápida en particular.

Gráfico N° 4
Participaciones por tipo de comida rápida en Lima Metropolitana, según ventas (2002 – 2007)



Fuente: Fojas 3232, 3239, 4714 a 4717 y 4778 a 4780 del Expediente (confidencial).

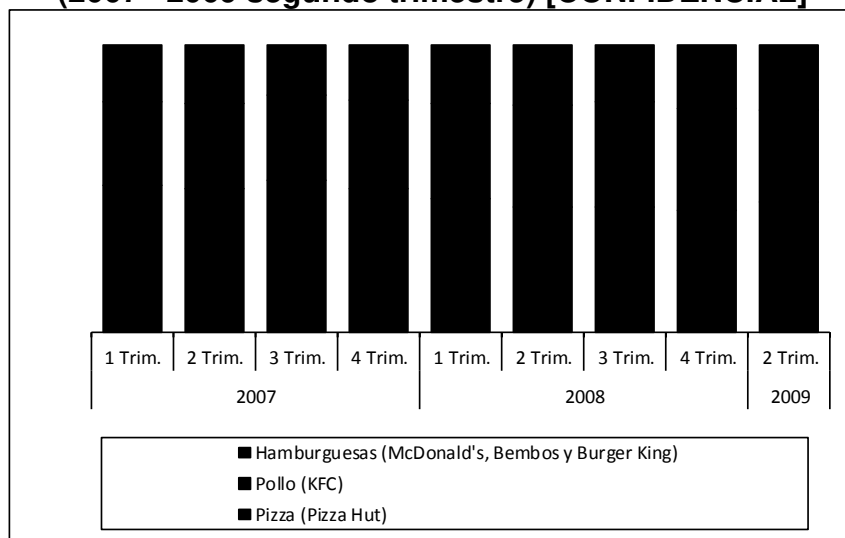
Elaboración: ST-SDC. Los porcentajes mostrados no contravienen la confidencialidad de los datos.

338. A mayor abundamiento, con la finalidad de ratificar la estabilidad de las preferencias del consumidor de comida rápida en el tiempo, se analizará la información relacionada con las mismas que obra en el expediente para

²⁹⁵ Solo se cuenta con información completa para los años 2002-2007.

períodos posteriores al período de análisis. Así, para el periodo 2007 al segundo trimestre de 2009, el Gráfico N° 5 muestra las preferencias del consumidor según el Tercer Informe de Sigdelo, el cual habría sido realizado mediante encuestas²⁹⁶ a consumidores de las marcas en cuestión en Lima Metropolitana. De dicha información se aprecia que, en el mencionado periodo, las preferencias de los consumidores por tipo de comida rápida también se mantuvieron estables.

Gráfico N° 5
Preferencias del consumidor de comida rápida en Lima Metropolitana
(2007– 2009 segundo trimestre) [CONFIDENCIAL]



CONFIDENCIAL

Fuente: Informe Final Brand Image Tracker, elaborado por Cuore CCR. Medición Abril-Junio 2009. Ver foja 2595 del Expediente (confidencial). Elaboración: ST-SDC.

339. Por lo antes expuesto, la Sala considera que, en ausencia de otros factores que expliquen el comportamiento de las preferencias bajo análisis, estas se habrían mantenido constantes en el periodo analizado, pues no hay evidencia que indique que las preferencias de los consumidores de comida rápida hayan cambiado o que se avizore un cambio a favor de algún tipo de comida rápida en particular. Lo anterior faculta el empleo de la información disponible sobre preferencias del consumidor del periodo 2008-2011 para el presente caso.
340. Habiéndose establecido que las preferencias de los consumidores no han cambiado a favor de alguna variedad de comida rápida específica, se procede entonces a realizar el análisis de sustitución haciendo uso de la información disponible que obra en el expediente.

²⁹⁶ La pregunta realizada fue "En los últimos tres meses ¿Cuántas veces ha comido comida de...?".
116/183

341. Debido a la heterogeneidad de productos ofrecidos por las empresas dedicadas a la venta de comida rápida, la Sala enfocará el análisis de precios respecto de los precios de los principales productos ofertados por las empresas dedicadas a la venta de comida rápida. En la medida que no se cuenta en el expediente con información de precios de los productos representativos de las marcas de comida rápida para el año 2007, se analizará la información disponible acerca de la relación de precios recopilada mediante el trabajo de campo de la Secretaría Técnica en el 2010²⁹⁷. Los precios de los productos más representativos de cada marca de venta de comida rápida se muestran en la siguiente tabla.

Tabla N° 5
Marcas de comida rápida y precios de sus productos principales, 2010

Marca	Producto principal	Platillo más vendido	Precio del platillo más vendido (S/.)
Pizza Hut	Pizza	Super Combo Mixto	10.90
McDonald's	Hamburguesa	Combo BigMac	13.00
Burger king	Hamburguesa	Combo Whopper Regular	13.90
KFC	Pollo	Combo Receta Original	13.90
Bembos	Hamburguesa	Combo Bembos Clásica Mediana	17.90
Precio promedio			13.92

Fuente: Trabajo de campo de la Secretaría Técnica de la Comisión. Foja 5900 del Expediente.
Elaboración: ST-SDC.

342. De la tabla anterior se observa que, el precio promedio de los platillos más vendidos por las empresas dedicadas a la venta de comida rápida, es de S/. 13.92. Si bien se aprecia que existe similitud en los precios de los platillos más vendidos de casi todas las marcas, el precio del platillo representativo de Bembos (S/. 17.90) es relativamente mayor que el precio representativo del resto de las marcas consideradas. Dicha diferencia de precios, se podría explicar por las características de competencia de este tipo de comida rápida asociadas con la diferenciación de productos. Esta diferenciación se estaría dando principalmente a través de las marcas, como distintivo de cada firma (McDonald's, Burger King, Bembos, KFC, y Pizza Hut), lo cual explicaría el mayor precio relativo de las hamburguesas de Bembos. Es decir, si bien los productos analizados pertenecen al rubro de comida rápida, las diferentes presentaciones y calidad con los que son vendidos por las diferentes firmas los

²⁹⁷

Cabe precisar que se han excluido los precios reportados para Pasquale Hermanos (sándwich de pollo a la brasa), China Wok (pollo taipa), Dunkin Donuts (combo donut más bebida fría), Mr. Steak (sándwich de pollo con gaseosa), Otto Grill (festival a lo pobre de pollo), Palermo (sándwich de jamón o chicharrón más bebida fría), y Miami Chicken Grill (sándwich de pollo); debido a que no son comparables con el precio de los combos que, en general, corresponden a un platillo principal más papas y gaseosa. Ver Informe Técnico 025-2011/ST-CLC-INDECOPI. Foja 5900 del Expediente.

diferencian entre sí, otorgándoles características únicas que son percibidas por el consumidor. De este modo, los precios analizados estarían indicando en el presente caso que la competencia en la venta comida rápida en cuestión se estaría dando a través de productos diferenciados²⁹⁸.

343. De manera complementaria a lo expuesto precedentemente, en la siguiente tabla se muestran las preferencias por marca de empresa dedicada a la venta de hamburguesas, principalmente, para un trimestre del año 2011. De dicha información se aprecia que el []% de los consumidores de Burger King también han consumido hamburguesas de Bombos, y el []% de los consumidores de McDonald's también han consumido hamburguesas de Bombos. Además, en la investigación denominada "Compartiendo Experiencias: Caso Bombos Burger Grill"²⁹⁹, se identificaron como principales competidores de Bombos a McDonald's, Burger King³⁰⁰ y otras marcas³⁰¹. En ese sentido, esta Sala considera que, a pesar de la diferencia de precios, los productos de Bombos podrían disciplinar vía precios a las demás marcas consideradas y viceversa.

CONFIDENCIAL

**Ver Tabla N° 6 en la siguiente
página**

²⁹⁸ Para mayor detalle de la diferenciación de productos a través de las marcas ver Fernández-Baca, Jorge. Organización Industrial. Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico, 2006, págs. 377 a 379.

²⁹⁹ AMROP INTERNATIONAL y UNIVERSIDAD DE PIURA, Escuela de Dirección (PAD). Compartiendo Experiencias. Caso Bombos Burger Grill. Número 1 Marzo de 2002, págs. 5 y 11. Disponible en: <http://cdiserver.mba-sil.edu.pe/mbapage/BoletinesElectronicos/Estudios%20de%20casos/bombos01.pdf>. Fecha de última visita: 22 de enero de 2016.

³⁰⁰ Específicamente, se señaló lo siguiente: "(...) Burger King todavía hoy no lograba desplazar a Bombos del liderazgo del segmento de hamburguesas.

(...) Hasta fines del 2001 Bombos seguía siendo el líder del negocio de las hamburguesas. Los "dos grandes" [Burger King y McDonald's] comprendieron que el mercado local no era fácil de arrebatar. (...)" Ibidem, pág. 5.

³⁰¹ Específicamente, se señaló lo siguiente: "(...) La recesión que se está viviendo ha agudizado la competencia pues no sólo están Burger King y McDonald's sino también una gran cantidad de empresas en el sector de comidas. (...)" Ibidem, pág. 8.

Tabla N° 6
Preferencias sobre determinadas marcas de hamburguesas, 2011
[CONFIDENCIAL]

Aquellos que han consumido estas marcas en los últimos 3 meses ...

... han consumido también estas marcas	Burger King	Bembos	McDonald's
	Burger King		
	Bembos		
	McDonald's		

*/ Burger King, número de encuestados: []

**/ Bembos, número de encuestados: []

***/ Pizza Hut, número de encuestados: []

Fuente: Informe Brand Image Tracker, elaborado por Ipsos Apoyo Opinión y Mercado.
Fojas 6527 y 6530 del Expediente (confidencial).

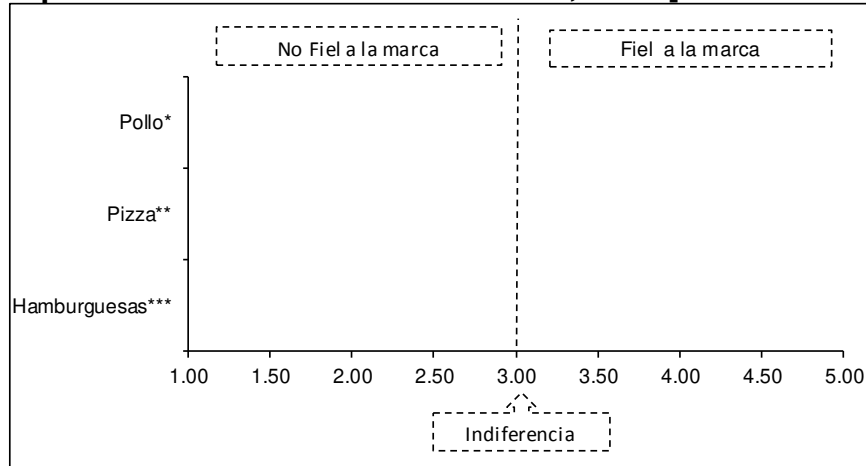
Elaboración: ST-SDC.

CONFIDENCIAL

344. Otra información disponible en el expediente que complementa la evidencia acerca del grado de sustitución mostrado precedentemente, se observa a través del nivel de fidelidad promedio a las marcas proveedoras de comida rápida. El nivel de fidelidad a una marca actuaría como un impedimento o facilitador para la sustitución entre tipos de comida rápida. Así, a mayor fidelidad más difícil sería la sustitución, mientras que a menor fidelidad se facilitaría la sustitución.
345. El Gráfico N° 6 permite apreciar la fidelidad de los consumidores hacia los tipos de comida rápida considerados (pollo, hamburguesa y pizza). En este gráfico se muestra la opinión de los consumidores ante la afirmación “*Es una marca que yo me considero fiel a ella*”, la cual fluctúa en el rango de 1 a 5, donde 1 significa totalmente en desacuerdo, 2 significa en desacuerdo, 3 significa ni en acuerdo ni en desacuerdo (indiferencia), 4 significa de acuerdo, y 5 significa totalmente de acuerdo.

**Ver Gráfico N° 6 en la siguiente
página**

Gráfico N° 6
Nivel promedio de fidelidad a una marca, 2009 [CONFIDENCIAL]



*/ KFC, número de encuestados: []

**/ Pizza Hut, número de encuestados: []

***/ McDonald's y Burger King, número de encuestados: []

Fuente: Tercer, Cuarto y Quinto Informe de Sigdelo. Fojas 2618, 2619, 2661, 2662 y 2888 del Expediente (confidencial).

Elaboración: ST-SDC.

CONFIDENCIAL

346. El indicador de fidelidad hacia los tipos de comida pollo, pizzas y hamburguesas se encuentra distribuida en el rango de 3.00 y 3.50, muy próximos al nivel de indiferencia (3.00), revelando que los consumidores no serían estrictamente fieles a una marca de comida rápida en particular. Los bajos niveles de fidelidad entre tipos de comida rápida facilitarían que los consumidores puedan sustituir los distintos productos de las marcas de comida rápida bajo análisis. Por ende, se esperaría que las preferencias de los consumidores muestren un grado de sustitución significativo, en cuyo caso se ratificaría la sustitución entre los distintos tipos de comida rápida bajo análisis. A continuación se muestra las preferencias de los consumidores para los tipos de comida rápida analizados.

**Ver Tabla N° 7 en la siguiente
página**

Tabla N° 7
Preferencias sobre determinados tipos de comida rápida, 2011
[CONFIDENCIAL]

Aquellos que han consumido estas marcas en los últimos 3 meses ...

... han consumido también estas marcas		Pollos*	Hamburguesas**	Pizzas***
	Pollos*			
	Hamburguesas**			
	Pizzas***			

*/ KFC, número de encuestados: []

**/ McDonald's, Bombos, Burger King, número de encuestados: []

***/ Pizza Hut, número de encuestados: []

Fuente: Informe Brand Image Tracker, elaborado por Ipsos Apoyo Opinión y Mercado. Fojas 6527 y 6530 del Expediente (confidencial).

Elaboración: ST-SDC.

CONFIDENCIAL

347. La tabla anterior permite apreciar que el []% de los consumidores de hamburguesas también consumió pollo, mientras que el []% de ellos también consumió pizzas. Para los consumidores de pizzas, se tiene que el []% de ellos también consumió pollos y que el []% de los mismos también consumió hamburguesas. Por su parte, de los consumidores de pollos, el []% también adquirió hamburguesas y el []% de los mismos también consumió pizzas. En todos los casos, se observa que los consumidores tienden a sustituir los distintos tipos de comida rápida bajo análisis. Teniendo en cuenta ello, la Sala considera que estos porcentajes brindan evidencia complementaria acerca del grado de sustitución entre las hamburguesas, los pollos y las pizzas (en un rango que va desde []% a []%), reflejando que los consumidores de hamburguesas considerarían al pollo y la pizza como sustitutos y, de manera similar, los consumidores de pizzas y pollos también considerarían a las hamburguesas como sustitutos.

CONFIDENCIAL

348. Cabe precisar que la información complementaria referida en los párrafos previos no ha sido cuestionada ni rebatida a lo largo del procedimiento. En conclusión, dado que: (i) los precios de los productos más representativos de cada empresa dedicada a la venta de comida rápida reflejan un nivel de competencia que se daría a través de la diferenciación de productos; y, (ii) la información complementaria analizada acerca de las preferencias de los consumidores de comida rápida brindan evidencia complementaria a favor de la sustitución entre las hamburguesas, pollos y pizzas por parte de aquellos; esta Sala considera que, en el presente caso, los productos mencionados

pueden ser considerados sustitutos por el lado de la demanda de comida rápida.

349. Por el lado de la oferta, se realizará un análisis cualitativo de las posibilidades tecnológicas de las mismas³⁰², a efectos de determinar en qué medida las empresas que se encuentren participando en la venta de comida rápida podrían, con una baja inversión y en un corto plazo, participar en la producción de otro tipo de comida rápida.
350. Como se ha expuesto, las empresas dedicadas a la venta de comida rápida emplean tecnologías similares en la elaboración de sus productos, lo cual les permite producir de forma relativamente rápida y a bajos costos. Dicha similitud en la tecnología les permitiría, diversificar o ampliar las alternativas de productos para sus consumidores.
351. Al respecto, si bien McDonald's es una franquicia internacional reconocida por sus hamburguesas, también produce piezas de pollo similares a las de KFC³⁰³. Asimismo, cabe señalar que durante la década de 1980, McDonald's incluyó las pizzas como alternativas en su menú, pero debido a que su preparación tomaba más tiempo que las hamburguesas³⁰⁴, interrumpió su producción. Sobre el particular, la Sala estima que en la medida que esta empresa ya ha producido pizzas, cuenta con los conocimientos para elaborar la producción de dicho tipo de comida rápida, con lo cual existe la potencialidad de volver a incorporar dichos productos en su menú.
352. De acuerdo a lo anterior, por el lado de la oferta, considerando que existe la posibilidad tecnológica por parte de McDonald's para ampliar su menú incluyendo la producción de pizzas, esta Sala concluye que potencialmente Arcos Dorados (a través de McDonald's) podría competir no solo a nivel de las hamburguesas y los pollos con las empresas de Sigdelo (Burger King, KFC y Pizza Hut) sino también mediante la producción de pizzas. En consecuencia, dicha potencialidad por el lado de la oferta, brinda evidencia adicional de sustitución entre las hamburguesas, pollos y pizzas. En este aspecto, la Sala discrepa con lo señalado por Arcos Dorados³⁰⁵, pues esta última indicó que las

³⁰² Para un mayor detalle de la sustitución por el lado de oferta ver: *Office Of Fair Trading. Market Definition*, págs. 12 y 13. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284423/oft403.pdf. Fecha de última visita: 27 de enero de 2016.

³⁰³ Ver <http://www.mcdonalds.com.pe/>. Fecha de última visita: 22 de enero de 2016. Asimismo, ver escrito de Arcos Dorados del 26 de septiembre de 2007. Ver fojas 7 y 8 del Expediente.

³⁰⁴ Ver: <http://mcdonalds.wikia.com/wiki/McPizza>, <http://money.howstuffworks.com/5-failed-mcdonalds-menu-items2.htm>, y <http://bgr.com/2015/01/22/where-to-get-a-mcpizza/>. Fecha de última visita: 22 de enero de 2016.

³⁰⁵ Ver fojas 6842 y 6843 del Expediente.

empresas que participan en el formato de venta de hamburguesas no podían producir otros tipos de comida.

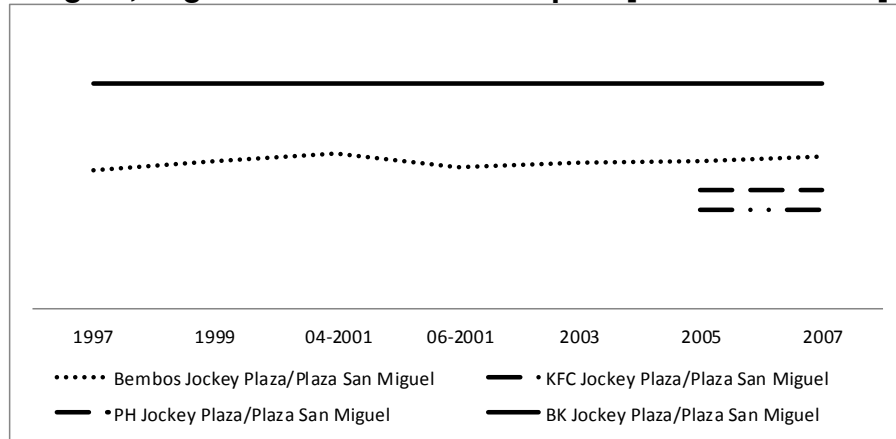
353. Por lo antes expuesto, tomando en cuenta lo señalado respecto al análisis de sustitución de la comida rápida, tanto por el lado de la demanda como de la oferta, la Sala estima que el producto bajo análisis no podría limitarse sólo a la venta de hamburguesas. En efecto, no se puede considerar a las hamburguesas como productos carentes de sustitutos. Por tanto, la Sala concluye que, en lo referente al producto principal en la venta de “comida rápida”, este queda definido en el presente procedimiento como: hamburguesas, pollos, pizzas y sus complementos.

III.6.1.3 Alternativas de arrendamiento para la venta de comida rápida

354. Una vez establecido que los consumidores consideran al pollo, pizza, hamburguesa y sus complementos como sustitutos y, por ende, se encuentran dentro de la definición de comida rápida, debe analizarse qué centros comerciales de administración centralizada podrían considerarse como proveedores sustitutos del servicio de arrendamiento de espacios comerciales para la venta de la mencionada comida rápida.
355. Los precios de arrendamiento cobrados por los centros comerciales a las distintas empresas de comida rápida, pueden ser indicativos del grado de sustitución del servicio de arrendamiento de espacios comerciales para la venta de la comida rápida ya definida. De la información remitida por las empresas a lo largo del procedimiento, se observan diferencias considerables entre los precios cobrados por los distintos centros comerciales a las marcas de comida rápida bajo análisis. En los Gráficos N° 7 y 8 se muestran los precios cobrados por los centros comerciales Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, en comparación con los precios cobrados por el Jockey Plaza.

**Ver Gráficos N° 7 y 8 en la
siguiente página**

Gráfico N° 7
Precios relativos de arrendamiento entre el Jockey Plaza y Plaza San Miguel, según marca de comida rápida [CONFIDENCIAL]

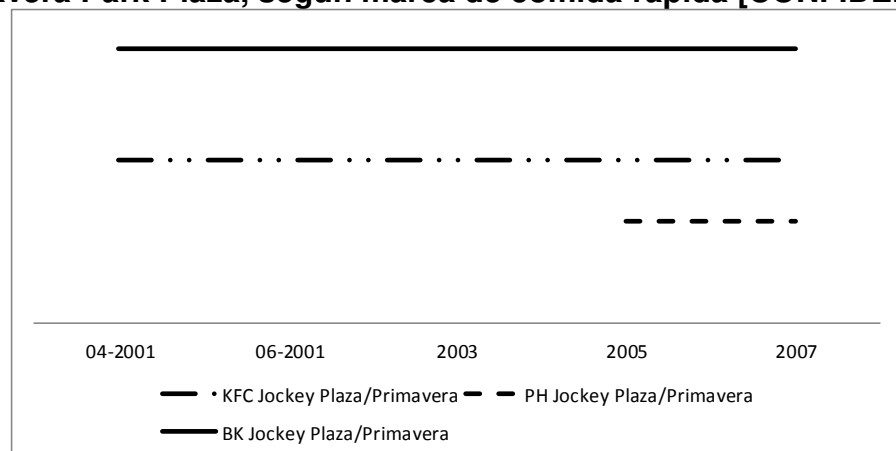


Fuente: Fojas 2734 a 2738, 2835, 2837, 2840, 2551, 2552, 2554, 2556, 2557 del Expediente (confidencial).

Elaboración: ST- SDC.

CONFIDENCIAL

Gráfico N° 8
Precios relativos de arrendamiento entre el Centro Comercial Jockey Primavera Park Plaza, según marca de comida rápida [CONFIDENCIAL]



Fuente: Fojas 2835, 2837, 2840, 2551, 2552, 2554, 2556, 2557 del Expediente (confidencial).

Elaboración: ST- SDC.

CONFIDENCIAL

356. Como se puede apreciar, los diferenciales de precios relativos tienden a permanecer por encima 1, lo cual quiere decir que el alquiler de espacios en el Jockey Plaza es más caro en comparación con el alquiler cobrado por Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, llegando incluso a superar 3 veces el precio de alquiler de sus potenciales competidores como en el caso del alquiler cobrado a Burger King (el precio de alquiler en el Jockey Plaza es alrededor del

triple del precio de alquiler en Primavera Park Plaza). Esto podría estar indicando que el Jockey Plaza se diferencia de sus competidores Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza.

357. Sin embargo, se deberán tomar en cuenta aspectos adicionales para completar el análisis. Estos aspectos tienen que ver con la determinación del mercado geográfico relevante a desarrollarse en el siguiente apartado de la presente resolución, mediante la cual se considerarán aspectos tales como la existencia de barreras de acceso, los costos de transporte dentro de las zonas de influencia y el *multihoming*. Este análisis permitirá a la Sala determinar si una parte importante de la demanda que atiende el Jockey Plaza es disputada por los otros dos centros comerciales bajo análisis, en cuyo caso el mercado relevante abarcaría no solo al Jockey Plaza sino también a Plaza San Miguel y/o Primavera Park Plaza.
358. En conclusión, tomando en cuenta el análisis realizado para la oferta y demanda de arrendamiento de espacios comerciales para la venta de comida rápida, la Sala considera sobre la base de que: (i) la Carta Adenda hace referencia al arrendamiento de espacios comerciales al interior del Jockey Plaza; (ii) al ser el Jockey Plaza una plataforma de transacciones de dos lados, se debe tener en cuenta al tipo de consumidor que asiste al centro comercial; (iii) la variedad de establecimientos comerciales y los servicios complementarios que ofrece el centro comercial atraen a una demanda que busca un conjunto de bienes y servicios en un solo lugar; (iv) satisfacer el tipo de demanda mencionada solo se logra mediante un administrador centralizado que internalice las externalidades; (v) los centros comerciales de administración no centralizada, las aglomeraciones comerciales y los comercios especializados (*free standing*) solo atienden a demandas específicas y no pueden ofrecer una serie de servicios adicionales que mejoren la experiencia de compra que sí son provistos por los centros comerciales de administración centralizada; y, (vi) que la comida rápida en el presente caso se encuentra definida por las hamburguesas, pollos, pizzas y sus complementos; el mercado de producto relevante está constituido por: **el servicio de arrendamiento de espacios comerciales para la venta de comida rápida (hamburguesas, pollos, pizzas y sus complementos) en los centros comerciales de administración centralizada Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza.**

III.6.2 Mercado geográfico relevante

359. Arcos Dorados señaló que el área geográfica del mercado relevante está constituida por el Jockey Plaza.

360. Por su parte, Administradora Jockey Plaza señaló que el área geográfica del mercado relevante está constituida por otros centros comerciales y zonas comerciales de Lima Metropolitana. Asimismo, alegó que conforme se verifica, Arcos Dorados opera numerosos locales en el mercado de venta de comida rápida en Lima Metropolitana. Incluso, existen dos restaurantes McDonald's a menos de 2.5 kilómetros y cuatro a menos de cinco (5) kilómetros del mencionado centro comercial, es decir, en el área de influencia primaria del Jockey Plaza.
361. Sigdelo manifestó que el área geográfica del mercado relevante es Lima. Asimismo, señaló que, si bien el Jockey Plaza es uno de los centros comerciales más grandes de la ciudad, ello no significa que esté aislado de la competencia de otros centros comerciales similares o de menor envergadura. Ello, debido a que los consumidores concurren simultáneamente a centros comerciales, zonas financieras, zonas comerciales no delimitadas y establecimientos comerciales independientes.
362. En el Informe Técnico, la Secretaría Técnica de la Comisión identificó los centros comerciales de Lima³⁰⁶ donde los arrendatarios podían encontrar locales comerciales sustitutos a aquellos ubicados en el Jockey Plaza. Utilizando doce variables³⁰⁷ que caracterizaban a ocho (8)³⁰⁸ de los quince (15) centros comerciales identificados en 2007, la Secretaría Técnica realizó un análisis de *cluster*³⁰⁹, el cual agrupó a los centros comerciales según su grado de similitud con otros centros comerciales.

³⁰⁶ Para realizar este análisis la Secretaría Técnica, mediante información aportada por las empresas, identificó quince (15) centros comerciales con administración centralizada para el periodo 1997-2007: Jockey Plaza, Plaza San Miguel, Primavera Park Plaza, Plaza Lima Sur, La Marina Open Plaza, Mega Plaza, Larcomar, Marina Park, Riso, Plaza Jesús María, Parque Cánepa, Royal Plaza, Minka, Molina Plaza, y Atocongo Open Plaza. Ver párrafo 135 del Informe Técnico. Fojas 5794 a 5806 del Expediente.

³⁰⁷ Para realizar este análisis la Secretaría Técnica consideró las siguientes características de los centros comerciales para el 2007: (i) flujo de visitantes; (ii) primer NSE atendido; (iii) segundo NSE atendido; (iv) ingresos del centro comercial; (v) precio promedio del metro cuadrado del arrendamiento de locales para comida rápida; (vi) participación de tiendas anclas; (vii) participación de locales de artículos para el hogar; (viii) participación de locales de venta de ropa; (ix) participación de locales de diversión; (x) participación de locales de venta de comida; (xi) participación de locales de artículos para el cuidado personal; y, (xii) participación de locales para otros fines. Ver párrafos 135-137 del Informe Técnico. Fojas 5794 a 5806 del Expediente.

³⁰⁸ Al no tener información completa, la Secretaría Técnica consideró en su análisis a los centros comerciales para los cuales contó con información completa. Los ocho (8) centros comerciales que contaban con información disponible de todas las variables previamente definidas son: Jockey Plaza, Plaza San Miguel, Primavera Park Plaza, Plaza Lima Sur, La Marina Open Plaza, Mega Plaza, Larcomar y Marina Park. Ver párrafos 137 y 138 del Informe Técnico. Fojas 5806 y 5807 del Expediente.

³⁰⁹ El análisis de *cluster* es un conjunto de técnicas multivariantes que permite agrupar individuos basándose en las características que poseen. Así, el análisis de *cluster* clasifica a los individuos de modo que se formen grupos constituidos por individuos que serán muy parecidos entre sí. Los grupos resultantes se caracterizan por mostrar alto grado de homogeneidad entre los elementos del grupo y alto grado de heterogeneidad entre grupos. Ver párrafo 130-134 del Informe Técnico. Foja 5794 del Expediente.

363. Como resultado de dicho análisis, la Secretaría Técnica obtuvo³¹⁰ cuatro (4) grupos de centros comerciales que podían ser considerados como similares entre sí: (i) Jockey Plaza, Plaza San Miguel, Primavera Park Plaza y Plaza Lima Sur; (ii) Marina Open Plaza y Mega Plaza; (iii) Larcomar; y, (iv) Marina Park. Sobre la base de estos resultados, la Secretaría Técnica concluyó que el Jockey Plaza, Plaza San Miguel, Primavera Park Plaza y Plaza Lima Sur, formaban parte de un mismo mercado geográfico relevante en el 2007.
364. Para extender el análisis realizado en 2007 al resto del período investigado, la Secretaría Técnica señaló que los referidos centros comerciales no presentaron variaciones significativas entre 1997 y 2007³¹¹. Así, la Secretaría Técnica concluyó que el mercado geográfico relevante está constituido por los siguientes centros comerciales: Jockey Plaza y Plaza San Miguel, entre 1997 y 2000; Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, entre 2001 y 2004; Jockey Plaza, Plaza San Miguel, Primavera Park Plaza y Plaza Lima Sur, entre 2005 y 2007.
365. En sus alegaciones, Arcos Dorados señaló que el análisis de la Secretaría Técnica difiere completamente de la práctica internacional, ya que de acuerdo con la OFT un gran centro comercial de tipo regional (de las dimensiones del Jockey Plaza) podría calificar en sí mismo como un mercado relevante.
366. En la Resolución Final, la primera instancia indicó que la decisión de arrendar un espacio para los arrendatarios o de acudir a un centro comercial para los consumidores, tomaría en cuenta determinadas características del centro comercial. De acuerdo con la Comisión, si se toman en cuenta el área arrendable, el flujo de visitantes y la frecuencia de visitas al mes, los centros comerciales con mayor grado de similitud entre sí son: Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Mega Plaza.
367. Sin embargo, al analizar las variables referidas al NSE de los consumidores que atienden y el gasto de compra promedio, Mega Plaza deja de ser un centro comercial que pueda ser considerado como sustituto cercano de Jockey Plaza y Plaza San Miguel. Más aún, la Comisión señaló que sus resultados se encontraban en la misma línea que lo concluido por la Secretaría Técnica mediante el análisis de *cluster*. Así, la Comisión concluyó el máximo grado de similitud se encontró entre Jockey Plaza y Plaza San Miguel.

³¹⁰ Como resultado del análisis de *cluster* para el 2007, la Secretaría Técnica obtuvo los siguientes cuatro (4) grupos heterogéneos: (i) Jockey Plaza, Plaza San Miguel, Primavera Park plaza y Plaza Lima Sur; (ii) Marina Open Plaza y Mega Plaza; (iii) Larcomar; y, (iv) Marina Park. Ver párrafos 138-141 del Informe Técnico. Foja 5807 del Expediente.

³¹¹ Párrafo 147 del Informe Técnico. Ver foja 5808 del Expediente.

368. Asimismo, la Comisión observó que los arrendatarios sí realizaron *multihoming* entre los dos centros comerciales. No obstante, por el lado de los consumidores, señaló que en 2007 solo el 43% de los usuarios del Jockey Plaza también asistió a Plaza San Miguel y que solo el 32% de los usuarios de Plaza San Miguel también asistió al Jockey Plaza. Para la Comisión, lo anterior constituiría evidencia suficiente de que la mayoría de los consumidores del Jockey Plaza y Plaza San Miguel no realiza *multihoming*. En otras palabras, a criterio de la primera instancia, la mayoría de usuarios del Jockey Plaza no consideraría a Plaza San Miguel como un sustituto adecuado. Además, también refirió que de acuerdo con las declaraciones de Administradora Jockey Plaza, el área de influencia del Jockey Plaza distaría de la de Plaza San Miguel³¹².
369. Finalmente, al no tener el Jockey Plaza un sustituto adecuado en el 2007, la Comisión consideró que en el resto del periodo investigado, cuando existían menos centros comerciales, tampoco existían sustitutos adecuados del Jockey Plaza. De este modo, la Comisión concluyó que el área geográfica del mercado relevante durante el periodo investigado (1997-2007) es el Jockey Plaza.
370. En sus escritos en informes durante el trámite en apelación, Administradora Jockey Plaza argumentó, principalmente, que la Comisión:
- (i) Excluyó a los centros comerciales Primavera Park Plaza y Plaza Lima Sur, tomando solo dos de las variables (el área arrendable y el flujo de visitantes al mes) utilizadas por la Secretaría Técnica en el dendograma presentado en el Gráfico N° 12 del Informe Técnico.
 - (ii) Solo consideró la presencia de *multihoming* con el centro comercial Plaza San Miguel, lo cual es incorrecto en la medida que la presencia de cadenas de comida rápida en todos los centros comerciales de Lima implica que para los arrendatarios los distintos locales comerciales de Lima son sustitutos.
371. En sus escritos e informes durante el trámite en apelación, Sigdelo señaló principalmente lo siguiente:
- (i) El mercado geográfico relevante comprende: a) como máximo los locales de comida rápida situados en centros comerciales o zonas comerciales y recreativas percibidas como alternativas a la hora de hacer compras o entretenerse; y, b) como mínimo los locales de comida rápida situados en los centros comerciales situados en el área de influencia del Jockey

³¹² Ver párrafo 160 de la Resolución Final, foja 6291 del Expediente. Debe notarse que a pesar que la Comisión señaló que ambas áreas de influencia eran distintas, estas coinciden en el distrito de San Isidro.

Plaza. Es decir, el mercado relevante es mayor al señalado por la primera instancia y menor al señalado por la Secretaría Técnica.

- (ii) La Secretaría Técnica no consideró el carácter de doble plataforma del Jockey Plaza al definir la extensión del mercado geográfico, sino solo al momento de evaluar las condiciones de competencia en las que opera. La primera instancia intentó subsanar dicho error mediante la definición de *multihoming* en lugar de realizar un test de monopolista hipotético.
- (iii) Los restaurantes de comida rápida no requieren de los centros comerciales para poder competir en el mercado. Es así que, la gran mayoría de este tipo de establecimientos se encuentran ubicados fuera de los centros comerciales. Aun considerando un mercado geográfico específico para los restaurantes de comida rápida al interior de centros comerciales, ello no implica limitar el mercado únicamente a un solo centro comercial como el Jockey Plaza, debido a que existe un conjunto de alternativas disponibles –y en constante expansión– a las que los restaurantes de comida rápida pueden acceder.
- (iv) Si se parte de analizar únicamente las alternativas que tiene un consumidor al interior de un determinado local, se llegaría al absurdo de considerar que todo centro comercial en cualquier formato, es un mercado relevante en sí mismo. Esto contradice las conclusiones de las agencias de competencia sobre casos similares en Brasil, Austria y Polonia³¹³, donde consideraron que los mercados geográficos relevantes tenían en algunos casos dimensión regional, o al menos local, pero no se consideró que un centro comercial califica como un mercado relevante en sí mismo.
- (v) La primera instancia no sustentó por qué se aparta de las conclusiones de la evaluación de *cluster* del Informe Técnico, a efectos de concluir que el único centro comercial similar al Jockey Plaza es Plaza San Miguel.
- (vi) Luego de establecer que Plaza San Miguel es el único posible competidor del Jockey Plaza, la Comisión consideró que niveles del factor *multihoming* de 43% (consumidores del Jockey Plaza que también acuden a Plaza San Miguel) y 32% (consumidores de Plaza San Miguel que también acuden al Jockey Plaza)³¹⁴ no son relevantes para considerar

³¹³ Austria. Caso: *Shopping Malls - Radiusclause*. Polonia. Caso: *Unibail-Rodamco/SimonIvanhoe Merger*. Brasil. Casos: *Condomínio Shopping D versus Center Norte S/A – Construção Empreendimento, Administração e Participação* (caso N° 08012.002841/2001-13) y *Association of Shopping Mall Storekeepers versus Condomínio Shopping Centre Iguatemi* (Caso N° 08012.006636/1997-43). Citados por Sigdelo en los numerales 96 a 98 de sus alegatos presentados el 21 de setiembre de 2015. Ver fojas 7324 a 7326 del Expediente.

³¹⁴ Informe Arellano, *op. cit.*, foja 2950 del Expediente.

a Plaza San Miguel como un sustituto adecuado del Jockey Plaza. Sin embargo, la Comisión debió sustentar por qué dichos porcentajes resultaban ínfimos para determinar la interacción de los consumidores entre ambas plataformas.

- (vii) La Comisión ignoró algunos datos brindados por el Informe Arellano, en el cual se muestra que el 51% y el 71% de los que compraron en Lima Plaza Sur y Primavera Park Plaza, respectivamente, también lo hicieron en el Jockey Plaza. Asimismo, la Comisión no tomó en cuenta que más del 50% de los consumidores que compraron en otros centros comerciales como El Polo, Caminos del Inca, Larcomar y Arenales también lo hicieron en el Jockey Plaza.
- (viii) La Comisión debió evaluar si ante una fluctuación en los precios en el Jockey Plaza, dicho centro comercial y sus arrendatarios habrían sufrido pérdidas de clientes (test del monopolista hipotético).
- (ix) En el caso Dunafon vs. McDonald's, el mercado geográfico relevante superó el centro comercial analizado.

372. En sus escritos e informes durante el trámite en apelación, Arcos Dorados indicó principalmente lo siguiente:

- (i) Los lineamientos de la OFT apoyan la adopción de una definición de mercado muy local para analizar el impacto de las restricciones que afectan a la industria de comida y bebidas en un centro comercial. Por ejemplo, una tienda de café en un centro comercial “es probable que enfrente restricciones de competencia desde un área geográfica bastante limitada, porque los consumidores del centro comercial no están preparados para ir lejos para comprar una bebida alternativa”.
- (ii) De las cláusulas que contienen la restricción vertical, surge de manera directa la extensión geográfica del mercado relevante, la cual se circunscribe al Jockey Plaza.
- (iii) La distancia existente entre los centros comerciales Jockey Plaza y Plaza San Miguel (según la Comisión, los dos centros comerciales con el mayor nivel de similitud durante el periodo investigado), determina que tengan diferentes ámbitos de influencia, de modo que la mayoría de consumidores que acuden a uno de estos centros comerciales no acudan al otro, es decir, no realizan *multihoming*³¹⁵.

³¹⁵ En la Resolución Final, párrafo 158, la Comisión señaló: “De acuerdo a lo anterior, al evaluar si los dos tipos de clientes del Jockey Plaza y Plaza San Miguel realizan *multihoming*, se observa que, si bien los arrendatarios buscan espacios en ambos centros comerciales, la mayoría de consumidores que acude al Jockey Plaza no acude a Plaza San Miguel

- (iv) Además, ambos centros comerciales atienden a demandas claramente diferenciadas ya que entre ellos existe una distancia de por lo menos una hora utilizando medios de transporte público.

373. A continuación se procede a analizar el mercado geográfico relevante, teniendo en cuenta los argumentos esbozados por las partes.

374. Como se mencionó anteriormente, el mercado geográfico relevante está delimitado por los espacios geográficos donde se encuentran las fuentes alternativas del producto relevante ya definido. Esto se mide en función de las restricciones que tendrían tanto los arrendatarios de otras zonas geográficas para trasladar sus productos a donde se encuentran los clientes, como a las limitaciones que enfrentan los propios consumidores para acceder a las otras áreas donde se encuentran las fuentes alternativas del producto relevante.

375. Según la doctrina *antitrust*, se debe analizar si el producto relevante³¹⁶ se provee en mercados separados o no, lo cual no debe depender de las características semejantes que puedan tener las empresas que brindan el servicio en cuestión sino de la suficiente sustituibilidad del mencionado servicio generada por las presiones competitivas que ejerzan entre sí las empresas bajo análisis³¹⁷.

376. En particular, la Sala considera que se debe determinar si los tres centros comerciales mencionados participan de un mismo mercado geográfico en función de: (i) las barreras de acceso al comercio, medidas en el presente caso a través del factor estratégico de ubicación del centro comercial; (ii) el costo de transporte desde distintos puntos dentro de las zonas de influencia de cada centro comercial (que en la literatura y jurisprudencia *antitrust* es medida a través de isócronas); y, (iii) el grado de sustitución entre estos centros comerciales por parte de las dos demandas que atienden dichas plataformas (medido mediante el nivel de *multihoming*).

III.6.2.1 Barreras de acceso al comercio (ubicación estratégica)

377. Para determinar las barreras de accesos al comercio, la Sala tomará en cuenta el factor estratégico de ubicación de cada centro comercial bajo análisis, pues dependiendo de la ubicación del centro comercial, esta actuaría como una

y la mayoría de consumidores que acude a Plaza San Miguel no acude al Jockey Plaza. En otras palabras, la mayoría de consumidores no considera a Plaza San Miguel como un sustituto del Jockey Plaza". Foja 6290 del Expediente.

³¹⁶ En el presente caso, la Sala ha determinado que el producto relevante consiste en el servicio de arrendamiento de espacios comerciales para la venta de comida rápida (hamburguesas, pollos y pizzas y sus productos complementarios) en centros comerciales de administración centralizada (Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza).

³¹⁷ MOTTA, M. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: University Press, 2004, págs. 101 y 102.

barrera o facilidad de acceso, determinando una mayor o menor afluencia de usuarios al centro comercial que brinda el servicio relevante. Para ello, se tendrá en cuenta lo siguiente: (i) las vías principales cercanas al centro comercial y (ii) los distritos de procedencia de los usuarios.

378. Respecto a las vías principales cercanas, el Jockey Plaza se encuentra ubicado en la avenida Javier Prado Este 4200, en el distrito de Santiago de Surco, cerca del cruce con la avenida Evitamiento y la avenida Panamericana Sur. La ubicación estratégica de este centro comercial le permite una conexión directa con distritos colindantes (donde se encuentra Primavera Park Plaza) y, a su vez, con distritos más alejados (donde se encuentra Plaza San Miguel).
379. En este contexto, un consumidor podría movilizarse entre el Jockey Plaza y Primavera Park Plaza a través de las avenidas Javier Prado, Panamericana Sur y Angamos, o a través de las avenidas Javier Prado y Aviación. Asimismo, un consumidor podría movilizarse entre el Jockey Plaza y Plaza San Miguel a través de las avenidas Javier Prado y La Marina.
380. Respecto de los distritos de procedencia, el 67% de los compradores del Jockey Plaza proviene de la denominada Lima Tradicional³¹⁸, mientras que el 23% restante proviene de Lima Norte³¹⁹ (4%), Lima Sur³²⁰ (11%), Lima Este³²¹ (16%) y Callao³²² (1%).
381. Adicionalmente, cabe señalar que el 41% de los consumidores que asisten al Jockey Plaza consideran que este centro comercial “es un lugar fácil de llegar” como uno de sus principales atributos.³²³
382. Por su parte, Plaza San Miguel se encuentra ubicado en la avenida La Marina 2000, en el distrito de San Miguel, en el cruce con la avenida Universitaria. De

³¹⁸ Definida por los siguientes distritos: Barranco, Breña, Cercado de Lima, Chorrillos, Jesús María, La Molina, La Victoria, Lince, Magdalena, Miraflores, Pueblo Libre, Rímac, San Borja, San Isidro, San Miguel, Santiago de Surco y Surquillo. Ver Informe Arellano, foja 2926 del Expediente. Sobre el particular, cabe señalar que los distritos que tienen como consumidor representativo al de NSE B son los siguientes: Lince, Jesús María, Magdalena, Pueblo Libre, San Miguel, Miraflores, San Isidro, San Borja, Santiago de Surco y La Molina, mientras que los siguientes distritos restantes tienen como consumidor representativo al de NSE C: Barranco, Breña, Cercado de Lima, Chorrillos, Surquillo, La Victoria, y Rímac. Ver: Niveles Socioeconómicos 2007-2008. Noviembre 2007. Asociación Peruana de Empresas de Investigación de Mercados (2007-2008). Disponible en: <http://www.apeim.com.pe/wp-content/themes/apeim/docs/nse/APEIM-NSE-2007-2008-LIMA.pdf>. Fecha de última visita: 01 de abril de 2016.

³¹⁹ Carabaylo, Comas, Independencia, Los Olivos, Puente Piedra y San Martín de Porres. Ver Informe Arellano, foja 2926 del Expediente.

³²⁰ Pachacamac, San Juan de Miraflores, Villa El Salvador y Villa María del Triunfo. *Ibidem*.

³²¹ Ate, El Agustino, Lurigancho, San Juan de Lurigancho, San Luis y Santa Anita. *Ibidem*.

³²² Bellavista, Callao, Carmen de la Legua, La Perla, La Punta y Ventanilla. *Ibidem*.

³²³ *Ibidem*, foja 2959 del Expediente.

manera similar a la ubicación estratégica del Jockey Plaza, la ubicación de este centro comercial le permite una conexión directa con distritos colindantes y, a su vez, con distritos más alejados (donde se encuentran el Jockey Plaza y Primavera Park Plaza).

383. En este contexto, un consumidor podría movilizarse entre Plaza San Miguel y el Jockey Plaza a través de las avenidas La Marina y Javier Prado. Asimismo, un consumidor podría movilizarse entre Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza a través de las avenidas La Marina, Javier Prado y Aviación.
384. Respecto de los distritos de procedencia, el 68% de los compradores de Plaza San Miguel proviene de la Lima Tradicional, mientras que el 22% restante proviene de Lima Norte (10%), Lima Sur (2%), Lima Este (9%) y Callao (10%).³²⁴
385. Adicionalmente, del total de consumidores que asisten Plaza San Miguel, el 33% considera que este centro comercial “es un lugar fácil de llegar” como uno de sus principales atributos.³²⁵
386. Finalmente, Primavera Park Plaza se encuentra ubicado en la avenida Angamos Este 2681, en el distrito de San Borja, en el cruce con la avenida Aviación. De manera similar a la ubicación estratégica del Jockey Plaza, y Plaza San Miguel, la ubicación de este centro comercial le permite una conexión directa con distritos colindantes (donde se encuentra el Jockey Plaza) y, a su vez, con distritos algo más alejados (donde se encuentra Plaza San Miguel).
387. En este contexto, un consumidor podría movilizarse entre Primavera Park Plaza y el Jockey Plaza a través de las avenidas Aviación, Javier Prado o a través de las avenidas Angamos y Panamericana Sur. Asimismo, un consumidor podría movilizarse entre Primavera Park Plaza y Plaza San Miguel a través de las avenidas Aviación, Javier Prado y La Marina.
388. Respecto de los distritos de procedencia, el 75% de los compradores de Primavera Park Plaza proviene de la Lima Tradicional, mientras que el 25% restante proviene de Lima Norte (2%), Lima Sur (17%), Lima Este (7%) y Callao (0%).³²⁶
389. En este contexto, a diferencia del Jockey Plaza y Plaza San Miguel, el 9% de los consumidores que asisten a Primavera Park Plaza consideran que este

³²⁴ *Ibidem*, foja 2935 del Expediente.

³²⁵ *Ibidem*, foja 2959 del Expediente.

³²⁶ *Ibidem*, foja 2935 del Expediente.

centro comercial “es un lugar fácil de llegar”.³²⁷ El 91% restante de sus usuarios, considera que la “facilidad de acceso” no es un atributo que se pueda asociar a Primavera Park Plaza.

390. La siguiente tabla muestra de manera resumida los resultados antes analizados.³²⁸

Tabla N° 8
Perfil del comprador por centro comercial, 2007

	Jockey Plaza	Plaza San Miguel	Primavera Park Plaza
Comprador proviene de Lima Tradicional	67%	68%	75%
Comprador considera que es un lugar fácil de llegar	41%	33%	9%
Total asistentes encuestados por centro comercial	465	340	100

Fuente: Informe Arellano, foja 2935 del Expediente.

Elaboración: ST-SDC

391. Debe notarse que, si bien el consumidor valora mejor a Jockey Plaza y Plaza San Miguel por su facilidad de acceso, no existen barreras de acceso que impidan o dificulten que el consumidor del NSE B pueda movilizarse entre estos tres centros comerciales.

392. Considerando que: (i) los tres centros comerciales se encuentran ubicados en la intersección de vías principales, con conexión entre ellos, (ii) los tres centros comerciales atienden principalmente a consumidores que provienen de la Lima Tradicional y de NSE B; y, (iii) Jockey Plaza y Plaza San Miguel son considerados por sus usuarios como de “fácil acceso”; la Sala estima que si bien el consumidor valora mejor al Jockey Plaza y Plaza San Miguel por su facilidad de acceso, no existen barreras de acceso que impidan o dificulten que el consumidor de NSE B pueda movilizarse entre estos tres centros comerciales.

III.6.2.2 Transporte al centro comercial (isócronas)

393. Teniendo en cuenta que el costo de transporte guarda una proporcionalidad directa con el tiempo de traslado hacia un centro comercial, en el presente caso, los costos de transporte se encontrarán relacionados con el tiempo empleado por los consumidores para desplazarse hacia los distintos centros comerciales.

³²⁷ *Ibidem*, foja 2959 del Expediente.

³²⁸ Resultados obtenidos del Informe Arellano, el cual fue realizado sobre una encuesta a compradores de los mencionados centros comerciales en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2007.

Es decir, a mayor tiempo de traslado hacia un centro comercial, mayor será el costo de transporte para el usuario.

394. Como parte de los criterios para la identificación de mercados geográficos, el uso de “isocronas”³²⁹ viene siendo empleado por las autoridades de competencia para determinar las áreas de influencia de establecimientos comerciales en las industrias de venta minorista. El uso de esta herramienta resulta útil para identificar a los principales competidores y analizar la **interacción competitiva** entre ellos.
395. Sobre el particular, en el siguiente cuadro se puede mencionar la siguiente jurisprudencia a nivel internacional que ha hecho uso de isocronas para la determinación de áreas de influencia^{330, 331}:

Ver Cuadro N° 1 en la siguiente página

³²⁹ Una “isocrona” es un área definida en función a una línea imaginaria que une las poblaciones que distan de un punto de referencia a un determinado tiempo de traslado. Ver: NIELS, Gunnar y otros. *Economics for Competition Lawyers*. Oxford University Press, 2011, pág. 83. Disponible en: <https://goo.gl/uEETri>. Fecha de última visita: 01 de marzo de 2016. DESAI, Kiran. *Isochrones: Analysis of Local Geographic Markets*. Antitrust & Competition Review, 2008, pág. 26. Disponible en: <http://goo.gl/vZWJgR>. Fecha de última visita: 02 de febrero de 2016. FNE. Análisis Económico de la Industria de Supermercados en el marco de la Causa Rol N° 101/2006. Fiscalía Nacional Económica. División de Estudios. Setiembre, 2007. Disponible en: <http://goo.gl/UnnvjM>. Fecha de última visita: 03 de febrero de 2016.

³³⁰ Ver:

- *Autorité de la concurrence. Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations*. Francia, 2013. Disponible en: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_concentrations_juill13.pdf. Fecha de última visita: 21 de marzo de 2016.
- *Ibidem*, págs. 3 y 4.
- *Autorité de la concurrence. Décision n° 11-DCC-45 du 18 mars 2011 relative à l'acquisition du contrôle exclusif du fonds de commerce de l'hypermarché Cora Desmarais par la société Sodex Desmarais*. Francia, 2011, pág. 2. Disponible en: http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/11DCC45decision_version_publication.pdf. Fecha de última visita: 21 de marzo de 2016.
- OFT. *Completed Acquisition by Capital Shopping Centres of the Trafford Centre*. Office of Fair Trading, 2011. Disponible en: http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.oft.gov.uk/shared_of/mergers_ea02/2011/Capital-Trafford.pdf. Fecha de última visita: 04 de febrero de 2016.
- Procedimiento Administrativo n° 08012.002841/2001-13. *Condomínio Shopping D* denuncia a *Center Norte SA* por haber impuesto cláusulas de exclusividad territorial (cláusulas de radio) en sus contratos de arrendamiento, en los cuales se prohíbe a los arrendatarios de *Center Norte SA* abrir otra tienda en un radio de 1000 metros alrededor del centro comercial. Disponible en: <http://goo.gl/ZaLqN9>. Fecha de última visita: 04 de febrero de 2016.
- Comisión Europea. Decisión de la comisión reenviando parcialmente el caso n° IV/M.1684 – CARREFOUR/PROMODES a las autoridades nacionales del Reino de España sobre la base del artículo 9 del Reglamento del Consejo n° 4064/89. Bruselas, 2000. Disponible en: http://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1684_es.pdf. Fecha de última visita: 21 de marzo de 2016.

³³¹ Cabe señalar que en los casos citados de Francia y de la Comisión Europea, las autoridades de competencia determinaron mercados geográficos basándose solo en el uso de isocronas.

Cuadro N° 1
Jurisprudencia internacional que ha hecho uso de isocronas en la
determinación del mercado geográfico relevante

País	Descripción	Tiempo	Modo de transporte	Tiempo de isocrona en función de las siguientes variables
Francia / Directrices de la Autoridad Francesa de Competencia sobre el control de las concentraciones (2013)	Fusión de establecimientos de venta al por menor de alimentos	- 15 minutos (supermercados). - 30 minutos (hipermercados).	Automóvil	- (i) La calidad de las carreteras; (ii) la frecuencia de compra; (iii) las características topográficas; y (iv) el atractivo del establecimiento comercial, el cual está en función de: a) el tamaño del establecimiento, b) la variedad de los productos y c) la calidad de la infraestructura asociada a los servicios complementarios. - El área de influencia real de un establecimiento comercial será aquel que contenga a los consumidores que representen un alto porcentaje de ventas.
Francia (2011)	Fusión de establecimientos de venta al por menor de alimentos	- 15 minutos (supermercados). - 30 minutos (hipermercados).	Automóvil	- (i) tamaño del establecimiento comercial; (ii) formato del punto de venta; (iii) vías de acceso; (iv) variedad de productos; (v) servicios complementarios; la Comisión Europea y la Autoridad de Competencia de Francia distinguen entre hipermercados, supermercados, tiendas especializadas, pequeños comercios minoristas, minimarkets y ventas por correspondencia. - Los hipermercados se definen generalmente como tiendas de venta de alimentos con una área de venta superior a 2 500 m².
Reino Unido (2011)	Fusión de centros comerciales.	- 60 minutos. Sin embargo, se determinó finalmente una zona geográfica más pequeña debido a que en el área de 60 minutos no había preocupaciones de reducción de competencia.	Automóvil	- (i) el porcentaje de clientes que atiende cada centro comercial (empleando 60 minutos se cubría el 80% de la demanda de cada centro comercial); y, (ii) monto de gasto por visita al centro comercial (el mayor gasto de compra proviene de consumidores de lugares alejados).
Brasil (2005)	Se denuncia a un centro comercial por una cláusula de exclusividad territorial en sus contratos de arrendamiento.	- 15 minutos.	Automóvil y transporte público	- Condiciones habituales de tráfico en São Paulo.
España / Comisión Europea (2000)	Fusión de establecimientos de venta al por menor de productos alimentarios y no alimentarios.	- 10 a 30 minutos.	Automóvil	- (i) Tamaño del establecimiento comercial (que depende de la variedad de productos); (ii) calidad de la infraestructura asociada a los servicios complementarios; y, (iii) vías de acceso.

Elaboración: ST-SDC

396. Sobre la base de la jurisprudencia antes citada, en la delimitación del tiempo de viaje empleado en la determinación de las isocronas se consideran diversos factores como ventas, tamaño del establecimiento, variedad y/o calidad de productos, servicios complementarios, vías de acceso, entre otros.

397. Siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia internacional, a efectos de aproximar las áreas de influencia de los centros comerciales, la Sala empleará el uso de isocronas en el análisis del mercado geográfico para el presente caso. Ello permitirá obtener zonas geográficas que estarían ejerciendo presiones competitivas entre los centros comerciales, considerando un determinado tiempo de traslado, el cual guarda una proporcionalidad directa con el costo de transporte³³² utilizado por el consumidor para llegar a cada centro comercial³³³.
398. Cabe señalar que los resultados obtenidos con el empleo de isocronas variarán en función del tipo de vehículo, del tipo de vía y el día y la hora en que se mida la isocrona.³³⁴ En general, las herramientas empleadas para estimar isocronas están diseñadas sobre la base de una matriz de vías y un set de velocidades de viaje por cada vía³³⁵. Teniendo ello en cuenta, se debe considerar los cambios sufridos por dichas variables a lo largo del tiempo; es decir, el conjunto de vías y velocidades consideradas en la estimación arrojaría resultados distintos de haberse utilizado en el año 2007 en comparación con su cálculo en la actualidad. Ello, pues entre 2007 y el año en curso han ocurrido una serie de cambios en la ciudad de Lima como por ejemplo el crecimiento del parque automotor, nuevas vías de tránsito y rutas de transporte público, entre otros.
399. En consecuencia, a juicio de la Sala, las conclusiones obtenidas con las isocronas estimadas en la actualidad deberán validarse con información del expediente al 2007. En este sentido, en el presente procedimiento, la Sala complementará el empleo de isocronas con el estudio de medidas de sustituibilidad aplicado en los casos de plataformas, como el *multihoming*.
400. El punto de partida para el uso de isocronas es la determinación de su alcance, es decir, la especificación del tiempo de viaje que deberá ser empleada en cada caso concreto.³³⁶ Al respecto, debe tomarse en cuenta que en 2007 había un menor número de centros comerciales en Lima³³⁷, con lo cual el mercado estaba menos concentrado y los consumidores habrían tenido mayor disposición para desplazarse hacia los centros comerciales. La Sala estima que la presencia de

³³² La Sala aproximará el costo de transporte mediante el uso de isocronas debido a que no se ha encontrado en el expediente información acerca del costo de transporte durante el periodo investigado.

³³³ Es decir, un mayor tiempo de transporte implica mayores costos de traslado al centro comercial.

³³⁴ Loc. Cit. NIELS, Gunnar et al. *Economics for Competition Lawyers*. Oxford University Press, 2011.

³³⁵ *Ibidem*.

³³⁶ *Ibidem*, pág. 28.

³³⁷ Al 2014 existen 28 centros comerciales en Lima, número significativamente mayor al identificado por la Comisión en el 2007. Los Centros Comerciales en el Perú. Oportunidades de Inversión. Asociación de Centros Comerciales y de Entretenimiento del Perú, 2014. Disponible en: http://www.accep.org.pe/picsdb/ini_1428945746_b2015.pdf. Fecha de última visita: 02 de marzo de 2016.

pocos sustitutos del Jockey Plaza en el mercado del producto relevante en el 2007, podría haber motivado a los consumidores a desplazarse mayores distancias para movilizarse hacia un centro comercial, y por ende, es probable que hayan estado dispuestos a incurrir en un mayor tiempo de traslado que en la actualidad.

401. La jurisprudencia internacional mencionada en los párrafos previos distinguió establecimientos comerciales con mayor y menor capacidad de atraer clientes. Dicha capacidad, a decir de la jurisprudencia internacional, se encuentra en función a características propias del establecimiento comercial tales como ventas, tamaño del establecimiento, variedad y/o calidad de productos, servicios complementarios, vías de acceso, entre otros. Así por ejemplo, las directrices de la autoridad francesa han empleado isocronas de quince (15) minutos para supermercados y treinta (30) minutos para hipermercados, en función del atractivo del centro comercial, principalmente, entre otras variables.
402. En el presente caso, siguiendo la jurisprudencia antes citada, la Sala empleará, sobre la base de la información disponible en el expediente, la capacidad del centro comercial de atraer a los dos lados de la demanda a la cual atiende a efectos de definir el tiempo de las isocronas. Dado que la capacidad de atraer clientes de un centro comercial tiene como consecuencia directa la generación de ingresos, esta Sala considerará a las ventas como el resumen de la capacidad de atraer consumidores del centro comercial.
403. Para hacer comparables los ingresos obtenidos por el arrendamiento de espacios comerciales, estos serán divididos por el área arrendable de cada centro comercial. El indicador obtenido, ingresos por metro cuadrado, permitirá observar la capacidad de atracción de clientes de cada centro comercial. En la siguiente tabla se muestran los resultados para dicho indicador en 2007.

Tabla N° 9
Ingresos por metro cuadrado, 2007
(En soles por metro cuadrado) [CONFIDENCIAL]

Centro Comercial	Ingresos brutos en S/. (A)	Área arrendable en m2 (B)	Ingresos (S/.) por m2 (A)/(B)
Primavera Park Plaza		24,379	
Plaza San Miguel		65,907	
Jockey Plaza	69,116,600	127,443	542
Total	120,413,422	217,729	553

Fuente: fojas 2700 (confidencial), 2772, 3220, 3367, 3532 (confidencial), 4655 y 5159 (confidencial) del Expediente.

Elaboración: ST-SDC. La información no revelada busca salvaguardar la confidencialidad de los datos de Plaza San Miguel.

CONFIDENCIAL

404. La tabla anterior muestra los niveles de ingresos por metro cuadrado de los centros comerciales. Para Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, estos niveles fueron de S/. 542, S/. [] y S/. [], respectivamente, mientras que el promedio para los tres centros comerciales fue de S/ 553. Tanto Jockey Plaza como Plaza San Miguel se encuentran más cercanos al promedio que Primavera Park Plaza, el cual se encuentra muy por debajo de los otros dos.
405. Según la jurisprudencia internacional mencionada, el atractivo de un establecimiento comercial es uno de los factores que se toma en cuenta para determinar el tiempo de las isocronas en cada caso concreto, para lo cual se toma en cuenta, el tamaño del establecimiento y la variedad de productos, entre otras variables estructurales. Por ejemplo, sobre la base de dichas variables, la autoridad de competencia de Francia ha determinado isocronas de treinta (30) minutos para los hipermercados por tener mayores dimensiones y ofrecer una mayor variedad de productos que los supermercados, asignando a estos últimos isocronas de menor tiempo (15 minutos).
406. En esta línea, la Sala estima que en el presente caso, sobre la base de la información disponible mostrada en la Tabla N° 9, los centros comerciales Jockey Plaza y Plaza San Miguel tendrían una capacidad de atracción similar a la de un hipermercado debido a sus dimensiones e ingresos generados. Por su parte, Primavera Park Plaza tendría una capacidad de atracción semejante a la de un supermercado debido a su menor dimensión e ingresos generados en comparación con el Jockey Plaza y Plaza San Miguel. En esa medida, en el presente procedimiento, por su mayor capacidad de atracción de usuarios se considerará una isocrona equivalente a la de un hipermercado para el Jockey Plaza y Plaza San Miguel, es decir, treinta (30) minutos; mientras que para el caso Primavera Park Plaza, por contar con una menor capacidad de atracción de clientes, se le asignará el tiempo equivalente al de un supermercado, es decir quince (15) minutos³³⁸.
407. En segundo lugar, debe tomarse en cuenta el medio de transporte de mayor uso de los consumidores para acudir y retornar de los centros comerciales. En el presente caso, el transporte en auto particular³³⁹ es el más empleado por la

³³⁸ Cómo se analizará a continuación, las diferencias en tiempos de conducción entre los hipermercados y los supermercados responden a las características estructurales que diferencian a cada uno de estos establecimientos, como las dimensiones, las variedades de productos, las vías de acceso, entre otros. Tales características resumen la capacidad de atraer clientes de los establecimientos comerciales. Analizando si dichas diferencias son significativas para Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, se asignarán los tiempos de treinta (30) y quince (15) minutos en función a si dichos centros comerciales se diferencian significativamente, es decir si cuentan con diferencias en cuanto a su capacidad para atraer clientes.

³³⁹ Incluye "auto propio", "taxi" y "lo dejan en auto". Ver Informe Arellano, foja 2954 del Expediente.

mayoría de los asistentes para acudir al Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, siendo 59%, 52% y 59%, respectivamente. Asimismo, para regresar de los centros comerciales Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, el 77%, 70% y 84% de los usuarios utilizan el transporte privado.

408. En este extremo, la Sala no coincide con lo señalado por Arcos Dorados³⁴⁰, en el sentido que no se debió considerar el tiempo de traslado hacia los centros comerciales en transporte privado sino público. A decir de la denunciante, si se considera el tiempo de traslado en transporte público se apreciaría que ambos centros comerciales atienden a demandas diferenciadas ya que el Jockey Plaza y Plaza San Miguel se encuentran distanciados por lo menos por una hora de transporte. Asimismo, Arcos Dorados señaló que los únicos consumidores por los cuales competirían ambos centros comerciales serían aquellos ubicados en la zona equidistante de ambos centros comerciales. Sin embargo, como ya se mencionó, la mayor parte de los consumidores asiste y retorna a Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza en transporte particular (auto y taxi), motivo por el cual se desestima lo argumentado por la denunciante en este extremo.
409. En tercer lugar, para la estimación de las isocronas se debe especificar el día y la hora en la cual se lleva a cabo la estimación. Este hecho se debe a que para cada día y hora el tráfico vehicular será distinto, con lo cual los resultados pueden variar según el día y hora seleccionados. En el presente caso se seleccionaron el día y hora de mayor representatividad, es decir día y hora de mayor asistencia de los usuarios a los centros comerciales.
410. En las Tablas N° 10 y 11, se puede observar que la mayor asistencia a los tres centros comerciales considerados se da durante los fines de semana (entre 28% y 39%) y entre las 5:01 pm y las 7:00 pm (entre 39% y 45%). En particular, el día de mayor asistencia ocurre el sábado, siendo la asistencia al Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza de 23%, 28% y 31%, respectivamente. Por ello, la Sala estimará las isocronas en el mencionado día y hora, por ser aquellos los que representan el patrón de asistencia promedio de los consumidores a dichos centros comerciales.

Ver Tablas N° 10 y 11 en la siguiente página

³⁴⁰

Ver foja 6841 del Expediente.

Tabla N° 10
Día que suele asistir al centro comercial, 2007

Día que suele asistir	Jockey Plaza	Plaza San Miguel	Primavera Park Plaza
Lunes	5%	4%	7%
Martes	5%	3%	3%
Miércoles	5%	4%	9%
Jueves	7%	5%	9%
Viernes	14%	15%	18%
Sábado	23%	28%	31%
Domingo	10%	11%	6%
Fin de semana	39%	34%	28%
Cualquier día	9%	7%	11%
Número de casos	465	340	100

Fuente: Informe Arellano, foja 2954.

Elaboración: ST-SDC.

Tabla N° 11
Hora que suele asistir al centro comercial (2007)

Hora que suele asistir	Jockey Plaza	Plaza San Miguel	Primavera Park Plaza
11 a 1 pm	9%	10%	10%
1:01 a 3 pm	6%	6%	3%
3:01 a 5 pm	23%	29%	19%
5:01 a 7 pm	42%	39%	45%
7:01 a 9 pm	22%	18%	24%
9:01 a 11 pm	7%	4%	2%
11:01 a más	1%	1%	0%
a cualquier hora	9%	8%	10%
Número de casos	465	340	100

Fuente: Informe Arellano, foja 2954.

Elaboración: ST-SDC.

411. A continuación, se muestran las posibles áreas de influencia estimadas³⁴¹ por la Sala con isocronas de treinta (30) minutos para Jockey Plaza y Plaza San

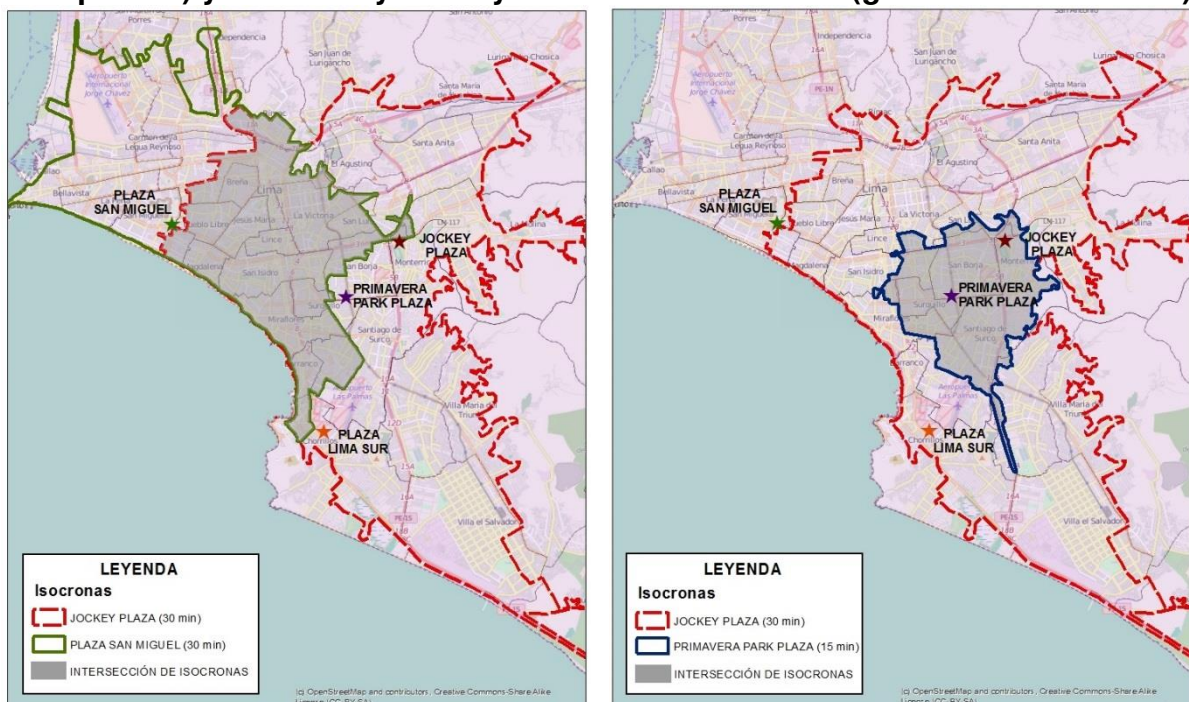
³⁴¹

El procedimiento utilizado por la Sala para la estimación de las isocronas fue el siguiente: (i) Se descargó el *layer* OpenStreetMap.lpk que contiene el mapa de calles a nivel mundial (disponible en: <http://www.arcgis.com/home/item.html?id=79fbd5b4fbc47da842948b255276893>; fecha de última visita: 05 de marzo de 2016). Este *layer* fue desarrollado por OpenStreetMap (OSM), el cual es un proyecto cuyo objetivo es para crear un mapa del mundo que sea editable y gratuito. El resultado del mapa puede ser visto y descargado del servidor de OpenStreetMap (disponible en: <http://www.openstreetmap.org/>). Fecha de última visita: 05 de marzo de 2016. El *layer* provee acceso libre de solo lectura a OpenStreetMap como un mapa base para realizar trabajos con Sistemas de Información Geográfica (GIS, por sus siglas en inglés) en productos Esri®. Esto fue posible bajo la licencia de Creative Commons® OpenStreetMap and contributors, Creative Commons-Share Alike License (CC-BY-SA); (ii) Se descargó el *shapefile* BAS_LIM_DISTritos.shp que contiene el mapa de los límites distritales del Perú. Disponible en: <http://www.geogpsperu.com/2014/03/base-de-datos-peru-shapefile-shp-minam.html>. Fecha de última visita: 05 de

Miguel y quince (15) minutos para Primavera Park Plaza. Cabe notar que si bien las zonas de influencia obtenidas con las isocronas de treinta (30) minutos de Jockey Plaza y Plaza San Miguel no abarcan al otro centro comercial, sí logran superponerse en una porción considerable. Para el caso de Primavera Park Plaza, su isócrona de quince (15) minutos se encuentra contenida íntegramente dentro de la isócrona del Jockey Plaza, lo cual indica una superposición completa de esta con la isócrona de Jockey Plaza.

Gráfico N° 9

Superposición de isocronas del Jockey Plaza y Plaza San Miguel (gráfico de la izquierda) y del Jockey Plaza y Primavera Park Plaza (gráfico de la derecha)



Fuente: Google Maps, ArcGis y OpenStreetMap (sábado 05 de marzo de 2016, entre la 5:01 pm y las 7:00 pm)

Elaboración: ST-SDC.

412. Una vez obtenidos estos resultados, deben analizarse las áreas en las que la isócrona de Jockey Plaza se superpone con las isócronas de Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza. En particular, deberá analizarse si las regiones en las que las isócronas se superponen contienen a consumidores que sean de interés

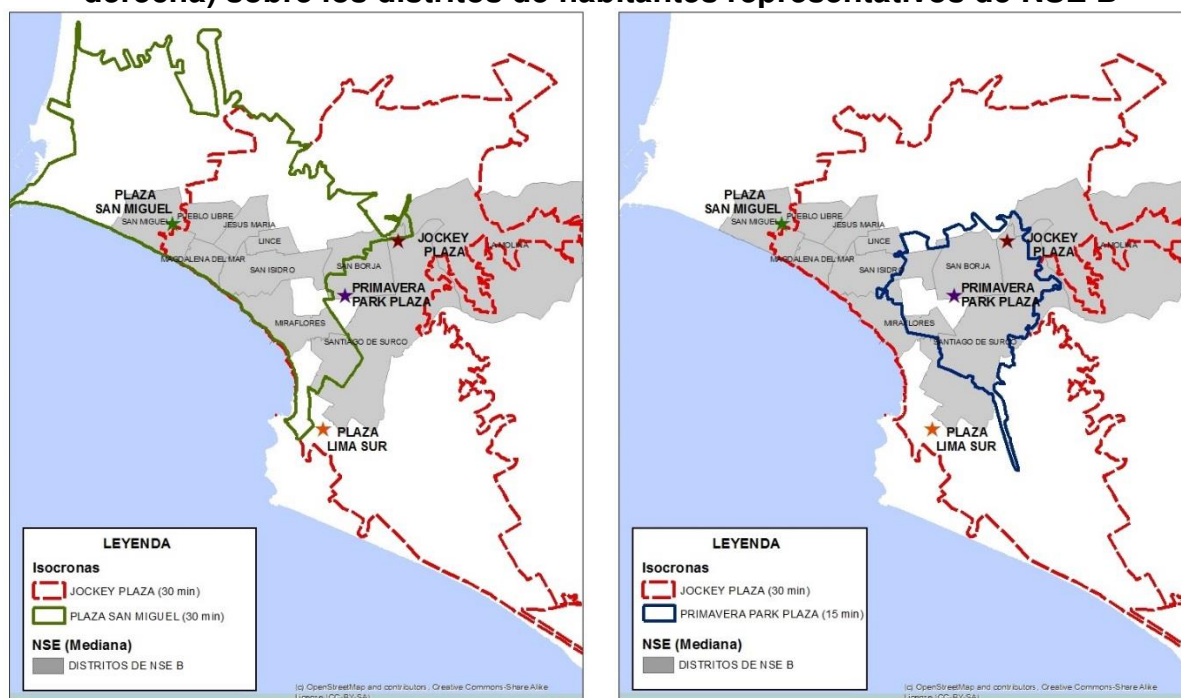
marzo de 2016; (iii) Se recopilaban diversos puntos de referencia ubicados a 30 minutos en automóvil alrededor del Jockey Plaza y Plaza San Miguel, utilizando las herramientas disponibles en Google Maps. Disponible en: <https://www.google.com.pe/maps/>. Estos puntos son los que definen los límites de los gráficos de las isócronas; y, (iv) Se unen los tres elementos obtenidos previamente empleando un mismo sistema de coordenadas (WGS 84 / UTM Zone 18S), obteniendo las imágenes de las isocronas en escala 1:150000. Para ello se utilizó ArcMap™, versión 10, software que forma parte del paquete ArcGIS® desarrollado por Esri®. ArcGIS® and ArcMap™ son la propiedad intelectual de Esri® y usados bajo licencia: Copyright©Esri. Todos los derechos reservados. Disponible en: www.esri.com. Fecha de última visita: 05 de marzo de 2016.

para ambos centros comerciales, los consumidores de NSE B, pues será a través de las preferencias de aquellos que se ejercerán las presiones competitivas entre los centros comerciales.

413. Dentro del área generada por la superposición de las isocronas de Plaza San Miguel y Jockey Plaza mostrada en el Gráfico N° 10 (gráfico de la izquierda), se observa los siguientes distritos que cuentan con mayor presencia de habitantes del NSE B³⁴²: Jesús María, Lince, Pueblo Libre, Magdalena, San Isidro, Miraflores y parte de San Borja y Surco. En consecuencia, los consumidores representativos de estos distritos son los que con mayor probabilidad realizarían *multihoming* entre Jockey Plaza y Plaza San Miguel. En consecuencia, Plaza San Miguel genera presiones competitivas para el Jockey Plaza, por la atención de los mencionados consumidores.

Gráfico N° 10

Superposición de isocronas entre Jockey Plaza y Plaza San Miguel (gráfico de la izquierda) y entre Jockey Plaza y Primavera Park Plaza (gráfico de la derecha) sobre los distritos de habitantes representativos de NSE B



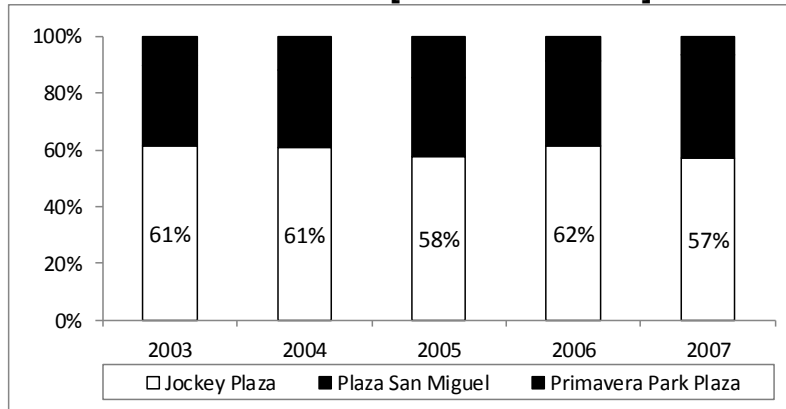
Fuente: Google Maps, ArcGis y OpenStreetMap (sábado 05 de marzo de 2016, entre la 5:01 pm y las 7:00 pm)

Elaboración: ST-SDC.

³⁴² Asociación Peruana de Empresas de Investigación de Mercados (APEIM). Niveles Socioeconómicos 2007-2008. Disponible en: <http://apeim.com.pe/niveles-anteriores.php>. Fecha de última visita: 03 de marzo de 2016.

414. Por otro lado, respecto al área generada por la superposición de las isocronas de Primavera Park Plaza y Jockey Plaza mostrada en el Gráfico N° 10 (gráfico de la derecha), se observa los siguientes distritos que cuentan con mayor presencia de habitantes del NSE B³⁴³: San Borja, Surco y parte de San Isidro y Miraflores. En consecuencia, los consumidores representativos de estos distritos son los que con mayor probabilidad realizarían *multihoming* entre Jockey Plaza y Primavera Park Plaza. En consecuencia, Primavera Park Plaza genera presiones competitivas para el Jockey Plaza, por la atención de los mencionados consumidores.
415. El hecho que Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza impongan presiones competitivas a Jockey Plaza se refleja también en los Gráficos N° 11 y 12. En estos gráficos se muestra la evolución de las participaciones de mercado para las tres empresas en el período 2003 – 2007³⁴⁴ según los ingresos obtenidos por los centros comerciales por la venta de todos los bienes y servicios, así como por el arrendamiento de locales para la venta de comida rápida. La dinámica de las fluctuaciones en la evolución en las cuotas de mercado evidencia que los tres centros comerciales se encontrarían compitiendo.

Gráfico N° 11
Cuotas de mercado según ingresos por ventas totales,
2003-2007 [CONFIDENCIAL]



Fuente: fojas 2700 (confidencial), 3367, 3532 (confidencial), 4655 y 5159 (confidencial) del Expediente.

Elaboración: ST-SDC.

416. Así, del gráfico anterior se observa la siguiente dinámica del mercado relevante: (i) entre 2003 y 2005, la creciente cuota de mercado de Primavera Park Plaza (de []% a []%) generó presiones a la baja de las participaciones de los

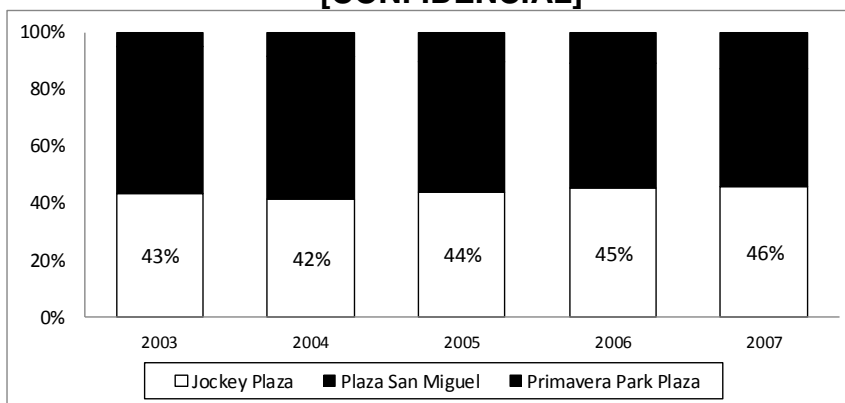
³⁴³ Asociación Peruana de Empresas de Investigación de Mercados (APEIM). Niveles Socioeconómicos 2007-2008. Disponible en: <http://apeim.com.pe/niveles-antecedentes.php>. Fecha de última visita: 03 de marzo de 2016.

³⁴⁴ Se tomó dicho período considerando la información disponible presentada por los denunciados.

centros comerciales más grandes, principalmente del Jockey Plaza, haciendo que su participación se redujera de 61% a 58%; (ii) entre 2005 y 2006, los centros comerciales más grandes habrían reaccionado frente a las presiones competitivas de Primavera Park Plaza, aumentando las participaciones de Plaza San Miguel de []% a []%, y de 58% a 62% en el caso del Jockey Plaza, restándole 5 puntos porcentuales a Primavera Park Plaza (pasando del []% a []%); y (iii) entre 2006 y 2007, Plaza San Miguel continuó ganando participación de mercado, pasando de []% a []%; mientras que el Jockey Plaza y Primavera Park Plaza perdieron participación, pasando de 62% a 57% y de []% a []%, respectivamente.

417. Del mismo modo, en el siguiente gráfico se muestran las cuotas de mercado según los ingresos por el servicio de arrendamiento de locales comerciales para la venta de comida rápida. Al respecto, es posible observar que Primavera Park Plaza generó presiones competitivas significativas, pues la caída de participación de mercado de Plaza San Miguel no fue absorbida íntegramente por el Jockey Plaza, sino principalmente por Primavera Park Plaza (pasando de []% a []%, durante el periodo analizado).

Gráfico N° 12
Cuotas de mercado según ingresos por arrendamiento
de locales para la venta de comida rápida, 2003-2007
[CONFIDENCIAL]



Fuente: fojas 4701, 4757, 4758, 4759, 4760 y 4912 del Expediente (confidencial).

Elaboración: ST-SDC.

418. En conclusión, la evidencia de presiones competitivas a través de la dinámica de las cuotas de mercado es coherente con la determinación de presiones competitivas encontradas mediante la superposición de las isocronas del Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza. En consecuencia, la Sala estima que estos dos últimos centros comerciales impusieron presiones competitivas al Jockey Plaza. Cabe señalar que, en la línea de la jurisprudencia

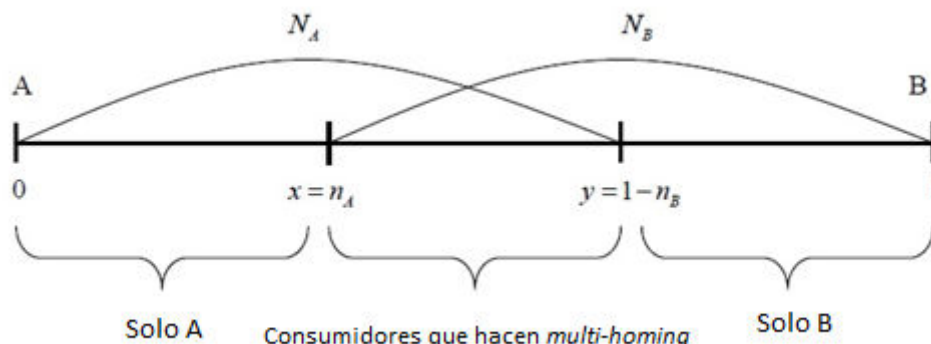
internacional revisada (Reino Unido, Brasil, España y Comisión Europea) el análisis de isocronas ha determinado la existencia de presiones competitivas.

419. Sin perjuicio de los resultados obtenidos mediante el análisis de las isocronas, la Sala procederá a analizar el nivel de *multihoming* entre los tres centros comerciales en el 2007, a fin de validar dichos resultados.

III.6.2.3 Grado de sustitución entre centros comerciales (*multihoming*)

420. La literatura especializada³⁴⁵ señala que los consumidores ubicados en el área generada por la superposición de isocronas tienden a visitar múltiples plataformas, con lo cual dichas plataformas podrían ser consideradas como sustitutas (ver Gráfico N° 13). Asimismo, la existencia de contenido exclusivo en cada plataforma genera incentivos para que el consumidor realice *multihoming*; mientras que por el lado del productor, este tendrá mayores incentivos de participar en cada plataforma dependiendo del *multihoming* de los consumidores, a fin de capturar dicha demanda.

Gráfico N° 13
Consumidores que hacen *multihoming*



Donde: N_A y N_B denotan el número total de consumidores que participan en la plataforma A y B, respectivamente; n_A = número de consumidores que realiza *single-homing* en la plataforma A; y, n_B = número de consumidores que realiza *single-homing* en la plataforma B.

Fuente: CHOI, J. P. *Tying in Two-Sided Markets with Multi-Homing*. Journal of Industrial Economics, vol. 58, N° 3, 2010, pág. 614. Disponible en: http://www.stern.nyu.edu/networks/Choi_JIE-2010-9.pdf. Fecha de última visita: 01 de marzo de 2016.

³⁴⁵ Ver: CHOI, J. P. *Tying in Two-Sided Markets with Multi-Homing*. Journal of Industrial Economics, 58(3), 2010, pág.607-626. KALUŽNY, J.; NITSCHKE, R. Y RÖLLER, L. (2011). *Defining Product Markets for Shopping Centers, Thoughts on Methodological Choices*. 2011. Disponible en: <http://www.e-ca.com/sites/default/files/wp-11-02.pdf>. Fecha de última visita: 3 de febrero de 2016.

421. La doctrina especializada también ha señalado³⁴⁶ que “la dinámica competitiva de las plataformas de múltiples lados depende en teoría y en práctica del número de plataformas que usan los agentes económicos de cada lado, la diferencia en el número de plataformas usadas por cada lado y la habilidad de los agentes económicos en un lado para determinar la elección de plataforma del otro lado”. Es decir, el número de plataformas a las cuales tengan acceso los lados de la plataforma determina la dinámica competitiva entre ellas. En esa medida, será relevante conocer qué porcentaje de los usuarios de una plataforma alternan su asistencia entre dos o más plataformas.
422. El grado de sustituibilidad entre los centros comerciales Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza que realizan los usuarios se puede medir mediante indicadores de *multihoming*, ratios de desvío, entre otros. Como ha sido mencionado, el *multihoming* se define como el porcentaje de usuarios de un centro comercial que también asisten a otros centros comerciales de manera recurrente. Por su parte, los ratios de desvío miden el porcentaje de usuarios que se redirigirían de un centro comercial a otro ante un incremento en precios del centro comercial analizado. Tanto los ratios de desvío como el *multihoming* buscan medir las presiones competitivas que imponen unos centros comerciales a otros. Dado que se cuenta con información sobre *multihoming* en el expediente, se evaluará si los visitantes del Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza realizaron *multihoming* con el Jockey Plaza.
423. En particular, dado que los arrendatarios dedicados a la venta de comida rápida se encontrarán incentivados a contar con locales comerciales en los centros comerciales en la medida que los consumidores también realicen *multihoming*³⁴⁷, se evaluará la realización de *multihoming* por parte del consumidor. En consecuencia, la presencia de arrendatarios como Sigdelo, Delosi o Bambos en Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza evidenciaría la existencia de *multihoming* realizado por dichos arrendatarios.
424. Para evaluar la realización de *multihoming* por parte de los consumidores, la Sala analizará: (i) el precio cobrado por los centros comerciales a dichos consumidores; (ii) el nivel de diferenciación horizontal y vertical; y, (iii) el nivel de intercambio entre centros comerciales que realizan los usuarios de dichas plataformas.

³⁴⁶ Traducción libre de: “The competitive dynamics of multi-sided platforms depend in theory and in practice on the number of platforms that individual economic agents on each side use, on differences between the two sides in the number of platforms used, and on the ability of an agent on one side to dictate the choice of platform for the other side” En EVANS, D. S. y SCHMALENSEE, R. *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*. En BLAIR, R. D. y SOKOL, D. D., Editores. *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*. Oxford, 2014, Vol. 1, cap. 18. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2185373. Fecha de última visita: 3 de febrero de 2016.

³⁴⁷ CHOI, J, *op. cit.*

425. En primer lugar, no hay evidencia que durante el período investigado los consumidores que asistían a Jockey Plaza, San Miguel y/o Primavera Park Plaza hayan pagado por el acceso y/o uso de dichas plataformas³⁴⁸. La literatura especializada analizada en los párrafos previos permite concluir que el precio nulo cobrado a los consumidores facilitaría la competencia entre las plataformas en atención a los consumidores.
426. Los administradores de las plataformas reconocen que el cobro por acceso y/o uso puede producir que los consumidores realicen *multihoming* con otros centros comerciales cuyos precios de acceso son iguales a cero. De este modo, la ausencia de cobros a los consumidores por el acceso y/o uso de la plataforma evidencia que los centros comerciales compiten por la atención a los usuarios mediante otros mecanismos como la diferenciación vertical y horizontal³⁴⁹.
427. En segundo lugar, por tanto, se debe analizar el nivel de diferenciación (vertical y horizontal) de los centros comerciales. Debe tenerse en cuenta que los consumidores asistirán a un determinado centro comercial en la medida que crean que pueden satisfacer su demanda por bienes y/o servicios en dicha plataforma. Aun contando con “*tenant mix*” similares, los centros comerciales buscan la diferenciación vertical de sus productos ofreciendo distintas calidades. La diferenciación vertical del producto, es uno de los motivos principales por los que en muchos mercados de plataformas de dos (o más) lados surge la competencia³⁵⁰. Este hecho explica en parte porqué los centros comerciales se diferencian contando con variedades de tiendas que se no se ubiquen en otros centros comerciales, llegando en algunas ocasiones a contar con cláusulas de exclusividad.
428. Por ejemplo, si los centros comerciales X e Y cuentan con las mismas tiendas ancla, pero el centro comercial X cuenta con tiendas que no se encuentran presentes en el centro comercial Y, este tipo de tiendas brindarán diferenciación

³⁴⁸ A pesar de haber contado con un pago por estacionamiento, este no corresponde propiamente a un pago por acceso o uso de la plataforma, ya que es cobrado por el servicio de estacionamientos y solo a aquellos usuarios que asisten en vehículos particulares. Incluso los usuarios que contasen con vehículos privados cuentan con la opción de hacer uso de la plataforma sin transportarse en sus vehículos a la misma y así evitar el cobro del servicio de estacionamiento y acceder y usar la plataforma sin pagos adicionales.

³⁴⁹ La diferenciación vertical implica la elección de la calidad específica de los bienes y servicios que se comercializarán en la plataforma, mientras que la diferenciación horizontal es la elección del tipo de bienes y servicios que se comercializarán en la plataforma. Ver: EVANS, D. y NOEL, M. *Defining Antitrust Markets when Firms Operate Two-Sided Platforms*, Columbia Business Law Review, 2005, vol. 3, pág. 114. Disponible en: http://www.noeeconomicresearch.com/research/NOEL_defining.pdf. Fecha de última visita: 4 de febrero de 2016.

³⁵⁰ EVANS, D. S. y SCHMALENSEE, R. *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses*. En BLAIR, R. D. y SOKOL, D. D., Editores. *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*. Oxford, 2014, Vol. 1, cap. 18. Disponible en: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2185373. Fecha de última visita: 3 de febrero de 2016.

vertical al centro comercial X. Este hecho, configura la diferenciación vertical al centro comercial X, atrayendo además a los consumidores del centro comercial Y. Los centros comerciales se diferenciarán verticalmente al ofrecer tiendas que no se encuentren en otros centros comerciales, incentivando a los consumidores a realizar *multihoming*³⁵¹.

429. Sin embargo, dado que todos los centros comerciales buscan diferenciarse mediante tiendas de ubicación exclusiva, cada centro comercial tendrá un porcentaje significativo de tiendas que no se ubiquen en otros centros comerciales. Este hecho genera que los consumidores perciban a los centros comerciales como heterogéneos³⁵². En la siguiente tabla se muestra el porcentaje de tiendas de ubicación exclusiva y no exclusiva para el Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza.

Tabla N° 12
Porcentaje de tiendas de ubicación exclusiva y no exclusiva por centro comercial, 2007

Tiendas	Jockey Plaza	Plaza San Miguel	Primavera Park Plaza
Ubicadas en múltiples CC	23%	28%	47%
Ubicadas en un solo CC	77%	72%	53%

Fuente: fojas 2772, 3220, 2515, 2516, 2517, 2518 y 2519 del Expediente.
Elaboración: ST-SDC.

430. De la tabla anterior se observa que en 2007, para Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza el porcentaje de tiendas con ubicación exclusiva fue de 77%, 72% y 53%, respectivamente. Los resultados evidencian que los porcentajes de tiendas que se ubicaron únicamente en uno de los tres centros comerciales fue elevado durante dichos años. Este hecho tiene el efecto de incentivar a que los consumidores acudan a los tres centros comerciales con la finalidad de visitar las tiendas de ubicación exclusiva, generando la realización de *multihoming*.
431. Si bien el contar con tiendas de ubicación exclusiva puede constituir un factor que motive la diferenciación, no es la única forma en la que los centros comerciales pueden elegir diferenciarse. Otra forma de diferenciación es brindar a los consumidores, en distintos grados, servicios adicionales que mejoren su experiencia de compra. Esos pueden estar orientados a diferenciarse

³⁵¹ CHOI, J., *op. cit.*

³⁵² ARMSTRONG, M. y WRIGHT, J. *Two-Sided Markets, Competitive Bottlenecks, and Exclusive Contracts*, Journal of Economic Theory, 2007, 32(2): 353-380. Disponible en: <http://else.econ.ucl.ac.uk/papers/uploaded/124.pdf>. Fecha de última visita: 4 de febrero de 2016.

verticalmente, es decir mediante atributos que mejoren la calidad de la experiencia de compra o a diferenciarse horizontalmente, mediante atributos que aumenten la diversidad de la oferta. En la siguiente tabla se muestran los atributos que los visitantes del Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza asocian a dichos centros comerciales.

Tabla N° 13
Valoración del consumidor de centros comerciales, 2007

Atributo	Jockey Plaza	Plaza San Miguel	Primavera Park Plaza
Diferenciación Vertical			
Tiene playa de estacionamiento	62%	45%	16%
Hay seguridad dentro y fuera del centro comercial	60%	40%	14%
Sus instalaciones son cómodas/amplias	55%	27%	9%
Centro comercial tiene tarjeta de crédito	54%	34%	5%
Es un lugar donde se puede caminar cómodamente	53%	29%	11%
Es un lugar para ir con toda la familia	51%	35%	10%
Es un lugar fácil de llegar	41%	36%	9%
Diferenciación Horizontal			
Hay bancos	64%	49%	16%
Hay restaurantes y lugares para comer	56%	41%	13%
Tiene variedad de marcas, productos y servicios	53%	38%	11%
Hay entretenimiento para los niños	51%	39%	10%
Hay variedad de tiendas entre las cuales puedo comparar precios	50%	41%	11%

Fuente: Informe Arellano, foja 2959 del Expediente.

Elaboración: ST-SDC

432. Respecto a los atributos que indican diferenciación horizontal, más del 50% de los usuarios del Jockey Plaza lo asocian con tales características; mientras que dicho porcentaje fluctuó entre 41% y 49% para Plaza San Miguel y entre 11% y 16% para Primavera Park Plaza. Es decir, los usuarios de los tres centros comerciales señalados reconocen que cada uno de estos centros comerciales ofrece, en distinto grado, diversidad de establecimientos comerciales. En particular, se observa que al Jockey Plaza se le atribuye mayores porcentajes de valoración de características de variedad de productos y servicios, seguido de Plaza San Miguel, y en menor medida Primavera Park Plaza.
433. Por otro lado, entre el 41% y 62% de los usuarios del Jockey Plaza le atribuyeron características referentes a la diferenciación vertical (calidad), mientras que para el caso de Plaza San Miguel dicho porcentaje fluctuó entre 27% y 45%. Para el caso de Primavera Park Plaza, el porcentaje de usuarios que asociaron a dicho centro comercial con características de calidad osciló entre 9% y 16%. Es decir, los visitantes de los tres centros comerciales reconocen que dichos establecimientos poseen atributos de calidad que permiten su diferenciación. En particular, se observa que al Jockey Plaza se le

atribuye mayores porcentajes de características de calidad, seguido de Plaza San Miguel, y en menor medida Primavera Park Plaza.

434. Tomando en consideración la diferenciación horizontal y vertical asignada a cada centro comercial por los consumidores, se puede concluir que estos atribuyen en mayor o menor intensidad las características de variedad y calidad a los mencionados centros comerciales. El Jockey Plaza es, en opinión de sus visitantes, el que se diferencia en mayor medida, seguido de Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, en ese orden.
435. Teniendo en cuenta lo antes expuesto, debido a los mayores niveles de diferenciación de Jockey Plaza respecto a Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, se esperaría que el número de consumidores de Primavera Park Plaza y Plaza San Miguel que también asisten al Jockey Plaza sea mayor al número de consumidores del Jockey Plaza que también visitan Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza. En la medida que Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza impongan presiones competitivas a Jockey Plaza, sus niveles de intercambio reflejarán dicho resultado.
436. La Tabla N° 14 muestra el porcentaje de usuarios que asistió y compró en un determinado centro comercial durante los últimos tres meses³⁵³ previos a una encuesta realizada en octubre 2007 y que también lo hizo en otros centros comerciales.

**Ver Tabla N° 14 en la siguiente
página**

353

La ficha técnica de esta encuesta señala que el público objetivo estuvo conformado por hombres y mujeres entre 18 y 65 años de edad que han comprado o hecho uso de un servicio en un centro comercial en los últimos tres meses. Asimismo el ámbito geográfico fue Lima y Callao y el tamaño de la muestra fue de 1,067 casos entrevistados en setiembre de 2007. Finalmente, se señala que el error muestral es de +/-3% con un nivel de confianza de 95%. Respecto a esta encuesta debe precisarse que la misma muestra las compras realizadas por un consumidor en los últimos tres meses previos a octubre de 2007, con lo cual la inferencia derivada de este estudio solo sería válida para dicho periodo. Nótese que el criterio de *multihoming* hace referencia a la frecuencia de compra y no a compras esporádicas en más de un centro comercial. Sin embargo, al no haber encontrado en el Expediente o en fuentes públicas información que permita observar si los consumidores asisten a más de un centro comercial con cierta frecuencia, se tomarán los resultados del Informe Arellano como una aproximación del nivel de *multihoming* entre estos tres centros comerciales.

Tabla N° 14
***Multihoming* de compra entre los centros comerciales, 2007**

Los usuarios que compraron en los
últimos 3 meses en ...

		Jockey Plaza	Plaza San Miguel	Primavera Park Plaza
También compraron en ...	Jockey Plaza	100%	43%	71%
	Plaza San Miguel	32%	100%	28%
	Primavera Park Plaza	15%	8%	100%
	Total encuestados	465	340	100

Fuente: Informe Arellano, foja 2950 del Expediente.

Elaboración: ST-SDC

437. La tabla anterior muestra que mientras el 32% de los usuarios del Jockey Plaza también asistió a Plaza San Miguel, el 15% de los mismos también acudió a Primavera Park Plaza. Para Plaza San Miguel, el 43% de sus usuarios asistió también al Jockey Plaza, mientras que solo un 8% de ellos también asistió a Primavera Park Plaza. Finalmente, para Primavera Park Plaza, el 71% de sus usuarios también visitaron el Jockey Plaza y el 28% también acudió a Plaza San Miguel.
438. El porcentaje de los consumidores que asiste al Jockey Plaza que también acude a Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza es de 32% y 15%, respectivamente. Sobre el particular, la Sala procederá a analizar si los porcentajes de *multihoming* entre Jockey Plaza y Plaza San Miguel y Jockey Plaza y Primavera Park Plaza pueden considerarse como generadores de presiones competitivas. En particular, debe tenerse en cuenta que cada porcentaje de *multihoming* expresado en la Tabla N° 14 puede o no constituir una presión competitiva para Jockey Plaza dependiendo de la importancia comercial que dichos consumidores representen para el referido centro comercial.
439. Respecto al porcentaje de realización de *multihoming* de los consumidores de Jockey Plaza con Primavera Park Plaza, 15%, debe evaluarse la importancia de dicho segmento de consumidores para Jockey Plaza. En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la isocrona Primavera Park Plaza se encuentra incluida dentro de la isocrona de Jockey Plaza. Esto quiere decir que los consumidores de NSE B en el área de influencia de Primavera Park Plaza, también pueden asistir a Jockey Plaza y es un público que potencialmente dejaría de asistir al Jockey Plaza. En segundo lugar, en 2007 el 40% de los consumidores de Primavera Park Plaza era de NSE B, el cual es el consumidor representativo al que atendían los centros comerciales. Incluso para Primavera Park Plaza este porcentaje subió a 71% en 2009, evidenciando la importancia comercial de

dicho segmento de consumidores. Es decir, Primavera Park Plaza atendía al mismo consumidor representativo que Jockey Plaza (NSE B). En tercer lugar, los niveles de diferenciación de Primavera Park Plaza al contar con más de 50% de tiendas con ubicación exclusiva, constituían a dicho centro comercial como una alternativa a los establecimientos ofrecidos por Jockey Plaza.

440. Finalmente, como se analizó precedentemente, la evolución de las cuotas de mercado por la venta total de bienes y servicios de Primavera Park Plaza registró una tendencia fluctuante (creciente en 2003-2005 y decreciente en 2006-2007) y creciente en el mercado de arrendamiento de locales para la venta de comida rápida. Estos hechos permiten considerar a esta Sala que Primavera Park Plaza se encontró imponiendo presiones competitivas a Jockey Plaza.
441. Por el lado de Plaza San Miguel, el 32% de los usuarios de Jockey Plaza eligieron a dicho centro comercial para realizar *multihoming*. En primer lugar, según se advirtió previamente, las isocronas de Plaza San Miguel y Jockey Plaza se superponen considerablemente sobre varios distritos representativos del consumidor de NSE B. Este hecho indica que dichos consumidores, por estar en el área de influencia de ambos centros comerciales, pueden asistir a ambos centros comerciales.
442. En segundo lugar, los niveles de diferenciación de Plaza San Miguel al contar con más de 70% de tiendas con ubicación exclusiva, constituían a dicho centro comercial como una alternativa a los establecimientos ofrecidos por Jockey Plaza.
443. Finalmente, en el mercado de venta de bienes y servicios a los consumidores finales, se observó una tendencia creciente en las cuotas de mercado de Plaza San Miguel, mientras que en el mercado de arrendamiento de locales para la venta de comida rápida se observó una tendencia decreciente; evidenciando las presiones competitivas entre ambos centros comerciales. Estos hechos permiten considerar a esta Sala que Plaza San Miguel se encontró imponiendo presiones competitivas a Jockey Plaza.
444. En conclusión, considerando (i) los metodología y los parámetros empleados en la jurisprudencia internacional para el empleo de isócronas en la definición de mercados geográficos; (ii) la intersección de las isócronas de Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza con la isócrona de Jockey Plaza; (iii) los niveles de diferenciación vertical y horizontal de los centros comerciales que motivan la realización de *multihoming*; y, (iv) la interacción competitiva entre los centros comerciales bajo análisis, reflejada en la dinámica de la evolución de sus cuotas de mercado; esta Sala considera que los porcentajes de *multihoming* entre Jockey Plaza y Plaza San Miguel (32%) y entre Jockey Plaza y Primavera Park

Plaza (15%) son consecuencia de las presiones competitivas impuestas al Jockey Plaza y, por lo tanto, deben ser tomados como significativos en el presente caso.

445. En apelación, Administradora Jockey Plaza³⁵⁴ señaló que la Comisión no argumentó por qué calificó como “reducido” a los porcentajes de *multihoming* entre Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza.
446. Asimismo, en su recurso de apelación, Sigdelo³⁵⁵ señaló que la Comisión no motivó por qué los porcentajes de *multihoming* inferiores a 50% no serían significativos.
447. Como bien ha sido evidenciado por esta Sala en la presente resolución (ver *supra* numeral 368), la primera instancia no sustentó por qué dichos porcentajes de *multihoming* no representarían presiones competitivas para Jockey Plaza. Cabe indicar que sin perjuicio de la nulidad declarada sobre este punto, la jurisprudencia internacional sí ha desarrollado determinados porcentajes de *multihoming* como no significativos para imponer preocupaciones anticompetitivas. Por ejemplo, la autoridad de competencia del Reino Unido (2014)³⁵⁶ sustentó en un caso de fusión de supermercados que porcentajes de intercambio entre los establecimientos menores a 10% no imponían presiones competitivas significativas, basándose en la extensión geográfica de la intersección de isocronas.
448. Por otro lado, Sigdelo consideró necesario que la Comisión realizase un análisis de respuesta de los consumidores ante fluctuaciones en los precios de arrendamiento (test del monopolista hipotético)³⁵⁷.
449. Al respecto, cabe señalar que: (i) el test del monopolista hipotético propuesto supone interacciones frecuentes entre oferta y demanda a fin de evaluar la respuesta de un cambio pequeño pero significativo y no transitorio en los precios de arrendamiento, lo cual a juicio de la Sala no es posible de realizar en el presente procedimiento debido a que los precios de arrendamiento del Jockey Plaza han sido pre-establecidos mediante contratos de mediano y largo plazo; (ii) el test del monopolista hipotético se aplica en industrias donde las

³⁵⁴ Escrito del 4 de enero de 2012, foja 6380 del Expediente.

³⁵⁵ Escrito del 4 de enero de 2012 e Informe Fernández-Baca, fojas 6920 y 6470 del Expediente, respectivamente.

³⁵⁶ CMA. *Anticipated acquisition by Asda Stores Limited of five grocery stores and three petrol filling stations from Co-operative Group Limited*. Competition and Markets Authority, decisión ME/6466-14 del 28 de noviembre 2014. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5498261bed915d4c100002f9/Asda_Co-op_Full_text_decision.pdf. Fecha de última visita: 15 de enero de 2016.

³⁵⁷ Escrito del 4 de enero de 2012, fojas 6472 y 6473 del Expediente.

empresas compiten entre sí mediante precios³⁵⁸, lo cual tampoco resulta aplicable en el presente caso pues, como ya se mencionó, la competencia entre los centros comerciales bajo análisis se da, principalmente, a través de la diferenciación horizontal y vertical. En esa medida, no resulta pertinente aplicar el test del monopolista hipotético al presente caso, por lo que se debe desestimar los argumentos brindados por la denunciada respecto al empleo de los precios de arrendamiento como un indicador del alcance de la definición de mercado relevante.

450. Finalmente, la Sala considera que la realización de *multihoming* por parte de los consumidores incentiva que los arrendatarios de locales comerciales para la venta de comida rápida también realicen *multihoming* a fin de capturar la demanda de dichos consumidores. En efecto, se ha verificado que los arrendatarios de establecimientos de venta de comida rápida también estuvieron presentes en otros centros comerciales³⁵⁹. Por lo tanto, en el presente caso, la Sala comprueba que los arrendatarios también realizaron *multihoming*.
451. En consecuencia, considerando que: (i) los porcentajes de consumidores que realizaron *multihoming* entre el Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, representaron presiones competitivas para el Jockey Plaza; y, (ii) que se verifica la realización de *multihoming* por parte de los arrendatarios; la Sala concluye que las dos demandas (consumidores y arrendatarios de locales de comida rápida) del Jockey Plaza realizaron *multihoming* con los centros comerciales Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza.

III.6.2.4 Conclusión sobre mercado geográfico relevante

452. Considerando que: (i) no existieron impedimentos viales que dificulten que el consumidor de NSE B pueda realizar *multihoming* entre Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza; (ii) el traslape de isócronas indica que los tres centros comerciales se imponen presiones competitivas geográficamente; y, (iii) los consumidores y arrendatarios realizan *multihoming*; la Sala considera que existen un alto grado de sustitución entre el Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza y, por lo tanto, los tres centros comerciales forman parte del mismo mercado geográfico relevante.

III.6.3 Conclusión sobre mercado relevante

³⁵⁸ DAVIS, P. Y GARCÉS, E. *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*. New Jersey: Princeton University Press, 2009. Disponible en: <http://press.princeton.edu/titles/9078.html>. Fecha de última visita: 03 de marzo de 2016.

³⁵⁹ Así por ejemplo, se ha verificado según los contratos de arrendamiento que Bambos estuvo presente en el Jockey Plaza y Plaza San Miguel; mientras que Burger King, KFC y Pizza Hut estuvieron presentes en el Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza. Ver gráfico de precios relativos de arrendamiento en la presente Resolución.

453. Sobre la base de la determinación del mercado de producto y el mercado geográfico llevado a cabo por la Sala, el mercado relevante se encuentra para el año 2007 definido como: **el arrendamiento de espacios comerciales para la venta de comida rápida (hamburguesas, pollos, pizzas y sus complementos), en los centros comerciales de administración centralizada Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza.**
454. Por lo tanto, la Sala discrepa de las definiciones del mercado relevante realizadas por la primera instancia, Arcos Dorados, Administradora Jockey Plaza y Sigdelo. La definición de mercado relevante determinada por la Sala es más amplia con respecto a las definiciones de mercado relevante llevadas a cabo por la primera instancia y Arcos Dorados, y más acotada con respecto a las definiciones de mercado relevante estimadas por Administradora Jockey Plaza y Sigdelo. Sin perjuicio de ello, en el siguiente apartado se llevará a cabo la determinación de la existencia de posición de dominio en el mercado relevante definido por esta instancia a fin de analizar y emitir un pronunciamiento de fondo frente a los argumentos esbozados por las partes.

III.7 DETERMINACIÓN DE LA EXISTENCIA DE POSICIÓN DE DOMINIO

455. Como bien ha señalado esta Sala en el numeral 218 de la presente resolución, resulta pertinente evaluar los fundamentos esbozados por la primera instancia, a fin de contar con mayores elementos de juicio respecto a la existencia de posición de dominio. De igual manera, resulta importante analizar los argumentos presentados por las partes en el presente procedimiento.
456. La determinación de la existencia de posición de dominio consiste en analizar si en el mercado relevante previamente definido existe alguna firma que pueda comportarse independientemente sin que los demás agentes económicos (competidores, proveedores, clientes o consumidores) tengan la capacidad de disciplinar su comportamiento. Es decir, una firma ostenta posición de dominio en el mercado relevante si es capaz de comportarse de manera independiente de las presiones competitivas presentes en dicho mercado.
457. El análisis se enfoca en las fortalezas de determinado agente económico que participa en el mercado relevante en relación con la capacidad de respuesta de sus competidores actuales y potenciales. De ahí que el enfoque tradicional de determinación de la existencia de posición de dominio evalúe las condiciones estructurales del mercado, a saber, el número y el tamaño de agentes, las barreras de entrada, el poder de negociación de los consumidores, entre otros.
458. La OECD en sus lineamientos ha señalado lo siguiente respecto a la posición de dominio de una firma:

*“Una firma dominante es aquella que da cuenta de una cuota de mercado significativa en un determinado mercado, siendo significativamente más alta que la cuota de mercado de su rival más cercano. Las firmas dominantes pueden generar preocupaciones competitivas cuando tienen el poder de fijar precios de manera independiente. Una industria con una firma dominante es, por lo tanto, un oligopolio en el cual existe un número pequeño de firmas. Sin embargo, es un oligopolio asimétrico, pues las firmas no son de igual tamaño. Normalmente, la firma dominante enfrenta a un número de pequeños competidores, denominados competencia marginal. La competencia marginal incluye algunas veces a potenciales entrantes. Por lo tanto, una firma dominante podría ser un monopolista enfrentando potenciales entrantes”.*³⁶⁰

(Subrayado añadido)

459. Del mismo modo, la Comisión Europea ha señalado lo siguiente respecto a la posición dominante de una empresa:

“10. La posición de dominio ha sido definida bajo la ley Comunitaria como la posición de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, clientes y por último de sus consumidores”⁽³⁾.

(...)

12. La evaluación de la posición de dominio tomará en cuenta la estructura competitiva del mercado, y en particular de los siguientes factores:

- *restricciones impuestas por competidores actuales (la posición de mercado de la empresa dominante y de sus competidores),*
- *restricciones impuestas por la amenaza creíble de futuras expansiones del actual competidor o la entrada de potenciales competidores (a la expansión y a la entrada),*
- *restricciones impuestas por el poder de negociación de los consumidores (poder de negociación de los consumidores)”*³⁶¹

³⁶⁰ Traducción libre de: “A dominant firm is one which accounts for a significant share of a given market and has a significantly larger market share than its next largest rival. Dominant firms can raise competition concerns when they have the power to set prices independently. An industry with a dominant firm is therefore often an oligopoly in that there are a small number of firms. However, it is an asymmetric oligopoly because the firms are not of equal size. Normally, the dominant firm faces a number of small competitors, referred to as a competitive fringe. The competitive fringe sometimes includes potential entrants. Thus the dominant firm may be a monopolist facing potential entrants.” OECD. Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law, ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2003, pág. 38. Disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>. Fecha de última visita: 23 de marzo de 2016.

³⁶¹ Traducción libre de:
“10. Dominance has been defined under Community law as a position of economic strength enjoyed by an undertaking, which enables it to prevent effective competition being maintained on a relevant market, by affording it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, its customers and ultimately of consumers”⁽³⁾.
(...)
12. The assessment of dominance will take into account the competitive structure of the market, and in particular the following factors:
— constraints imposed by the existing supplies from, and the position on the market of, actual competitors (the market position of the dominant undertaking and its competitors),

(Subrayado añadido, nota al pie no incluida)

460. En el mismo sentido, la OFT señala:

“6.7 Una empresa mantiene posición de dominio en un mercado si es capaz de comportarse de manera independiente de las restricciones normales impuestas por sus competidores, proveedores y clientes.

6.8 Una firma no será dominante a menos que posea un sustancial poder de mercado. La OFT evaluará el poder de mercado de una firma teniendo en cuenta las restricciones competitivas que enfrente en el mercado relevante. Dichas restricciones pueden incluir, entre otras, el poder de negociación de los consumidores (incluyendo a los arrendatarios) y la posibilidad de nuevos entrantes en el mercado a través de, por ejemplo, la construcción de nuevos locales comerciales o la conversión del alguno ya existente.

6.9 La participación de mercado de una firma es un factor importante en la evaluación del poder de mercado, pero no es por sí sola determinante para que dicha firma sea dominante. Por ejemplo, es necesario también considerar la posición de otras firmas operando en el mismo mercado y cómo las cuotas de mercado han cambiado a lo largo del tiempo. Una firma será dominante con mayor probabilidad si sus competidores tienen cuotas de mercado relativamente menores en el mercado relevante, o si ha gozado de una alta y estable cuota de mercado”.³⁶²

(Subrayado añadido)

461. En el Perú, el artículo 4 del Decreto Legislativo 701 establecía que una firma ostenta posición de dominio en el mercado relevante si es capaz de comportarse de manera independiente de sus competidores, compradores,

— constraints imposed by the credible threat of future expansion by actual competitors or entry by potential competitors (expansion and entry),

— constraints imposed by the bargaining strength of the undertaking's customers (countervailing buyer power).”

[Notas al pie no incluidas]. Comisión Europea. Communication from the Commission - Guidance on its enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. 2009/C 45/02. Párrafo. 10. Disponible en: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN). Fecha de última visita: 16 de febrero de 2016.

362

Traducción libre de: “6.7 A business holds a dominant position on a market if it is able to behave independently of the normal constraints imposed by competitors, suppliers and customers. 6.8 A firm will not be dominant unless it possesses substantial market power. The OFT will assess the market power of a firm by looking at the competitive constraints it faces in the relevant market. Those constraints may include, but may not be limited to, the bargaining power of customers (including tenants) and the possibility of new entry onto the market by, for instance, converting other premises or building new premises. 6.9 The market share of a firm is an important factor in assessing market power but it does not, on its own, determine whether a firm is dominant. For example, it is also necessary to consider the position of other undertakings operating in the same market and how market shares have changed over time. An undertaking is more likely to be dominant if its competitors have relatively weak positions in the relevant market, or if it has enjoyed a high and stable market share.” Competition & Markets Authority (CMA). Land Agreements. The application of competition law following the revocation of the Land Agreements Exclusion Order. Párrafos 6.7, 6.8 y 6.9, pág. 42. Disponible en: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284406/land-agreements-guideline.pdf. Fecha de última visita: 24 de enero de 2016.

clientes o proveedores.³⁶³ En el mismo sentido, el artículo 7 del Decreto Legislativo 1034 señala, con mayor precisión, que la posición dominante podría ser producto de 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 suministros, 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 estos.

462. Sobre el particular, en el Informe Técnico, la Secretaría Técnica consideró principalmente lo siguiente para determinar la posición de dominio de Administradora Jockey Plaza:

- (i) **Análisis de cuotas de mercado y competencia actual:** Empleando información de ingresos por ventas totales de cada uno de los centros comerciales e ingresos por ventas de comida rápida en los centros comerciales del mercado relevante determinó que el Jockey Plaza tuvo que enfrentar a un competidor importante (Plaza San Miguel), que representó una fuente de competencia efectiva debido a su alta participación de mercado (aproximadamente, 30% según sus ingresos por ventas totales y hasta 38.6% según ingresos por ventas de comida rápida). Asimismo, determinó la existencia de competencia actual con la capacidad de disciplinar el comportamiento del Jockey Plaza, a través del ingreso de nuevos competidores, en 2001 (Primavera Park Plaza) y a fines de 2005 (Plaza Lima Sur), situación que afectó básicamente la cuota de mercado del Jockey Plaza y no la de su principal competidor, Plaza San Miguel. Tales hechos provocaron una tendencia decreciente de las cuotas de mercado de Jockey Plaza desde 2001. De este modo, determinó que las cuotas de mercado de Jockey Plaza y la de sus competidores actuales podrían descartar la existencia de posición de dominio por parte de Administradora Jockey Plaza en el mercado relevante durante el periodo investigado.³⁶⁴

³⁶³

DECRETO LEGISLATIVO 701. LEY QUE ELIMINA LAS PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, CONTROLISTAS Y RESTRICTIVAS DE LA LIBRE COMPETENCIA

Artículo 4.- Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución.

³⁶⁴

Párrafos 154 a 165 del Informe Técnico. Ver fojas 5810 a 5813 del Expediente.

- (ii) **Análisis de *multihoming*:** Considerando que el *multihoming* es un factor que determina el grado de competencia en los mercados de plataformas, verificó que las dos demandas atendidas por el Jockey Plaza acudieron a más de una plataforma, es decir, realizaron *multihoming*. En tal sentido, señaló que la realización de *multihoming* constituyó un factor adicional que indicaría que Administradora Jockey Plaza no tuvo posición de dominio en el mercado relevante durante el periodo investigado.³⁶⁵
- (iii) **Análisis de competencia potencial:** Bajo el criterio de sustituibilidad por el lado de la oferta, los centros comerciales Mega Plaza y la Marina Open Plaza podrían ser considerados como competidores potenciales de Administradora Jockey Plaza y, por ende, como una fuerza adicional que podría disciplinar su comportamiento en el mercado relevante.³⁶⁶

463. Cabe señalar que, adicionalmente, la Secretaría Técnica consideró pertinente evaluar la posición de dominio de Sigdelo, condicionando dicho análisis a la verificación de la existencia de efectos anticompetitivos de la conducta en el mercado afectado³⁶⁷. En la medida que determinó que no se acreditó el cumplimiento de dicho requisito, descartó el análisis de la existencia de posición de dominio por parte de Sigdelo.³⁶⁸

464. De este modo, la Secretaría Técnica determinó que, durante el período 1997-2007, Administradora Jockey Plaza no ostentó posición de dominio en el mercado relevante definido como el arrendamiento de locales comerciales para la venta de comida rápida en el Jockey Plaza, Plaza San Miguel, Primavera Park Plaza y Plaza Lima Sur. Ello, en función del análisis de cuotas de mercado y competencia actual, la presencia de *multihoming* y el análisis de competencia potencial.

465. Por su parte, en la Resolución Final, la Comisión consideró principalmente lo siguiente para determinar la posición de dominio de Administradora Jockey Plaza:

- (i) **Análisis de cuotas de mercado:** tomando en cuenta que el mercado relevante estuvo definido por el arrendamiento de espacios en el Jockey Plaza para la venta de hamburguesas similares a las de la marca

³⁶⁵ Párrafos 166 a 172 del Informe Técnico. Ver fojas 5813 a 5814 del Expediente.

³⁶⁶ Párrafos 173 a 177 del Informe Técnico. Ver foja 5815 del Expediente.

³⁶⁷ Párrafos 179 a 181 del Informe Técnico. Ver foja 5816 del Expediente.

³⁶⁸ Párrafos 291 a 293 del Informe Técnico. Ver foja 5852 del Expediente.

McDonald's, señaló que era posible afirmar que Administradora Jockey Plaza tuvo una participación equivalente al 100% en el referido mercado relevante.³⁶⁹

- (ii) **Análisis de barreras de entrada:** estimó que los siguientes factores podrían haber disuadido el ingreso de nuevos centros comerciales al mercado relevante: (i) las características de operación de Administradora Jockey Plaza que representan fortalezas de dicho agente económico (amplio terreno, una extensa área construida, una ubicación estratégica, una gran variedad en su *tenant mix*, acceso al financiamiento del grupo empresarial internacional Altas Cumbres al cual pertenece, y una importante preferencia de los consumidores); (ii) algunos requerimientos operacionales (la no disponibilidad de amplios terrenos y el nivel de inversión); y, (iii) requisitos legales (la licencia de construcción, la licencia de zonificación, la licencia de funcionamiento, la Autorización Municipal de Funcionamiento de Establecimiento Comercial de la Municipalidad y la Inspección Técnica de Seguridad).³⁷⁰
- (iii) **Análisis de competencia potencial:** Consideró que durante el periodo investigado Administradora Jockey Plaza no enfrentó competencia potencial, ni de los centros comerciales existentes (que podrían haber tratado de alcanzar las características del Jockey Plaza) ni de nuevos centros comerciales.³⁷¹
- (iv) **Evidencia de existencia de barreras de entrada y ausencia de competencia potencial:** El hecho que durante el período investigado no hayan ingresado al mercado relevante nuevos centros comerciales que compitan con el Jockey Plaza demostraría la existencia de altas barreras a la entrada y que Administradora Jockey Plaza no enfrentó competencia potencial.³⁷²

466. Cabe señalar que la Comisión consideró que no era necesario determinar la existencia de posición de dominio por parte de Sigdelo, en la medida que había determinado la posición de dominio de Administradora Jockey Plaza. A decir de la Comisión, no resultaba necesario determinar que los dos agentes que participaban en el acuerdo ostentaran posición de dominio.³⁷³

³⁶⁹ Párrafos 169 a 172 de la Resolución. Ver foja 6293 del Expediente.

³⁷⁰ Párrafos 175 a 177 de la Resolución. Ver fojas 6294 a 6295 del Expediente.

³⁷¹ Párrafo 178 de la Resolución. Ver foja 6295 del Expediente.

³⁷² *Ibidem*.

³⁷³ Párrafos 181 a 182 de la Resolución. Ver foja 6296 del Expediente.

467. De este modo, la Comisión concluyó que, durante el período 1997-2007, Administradora Jockey Plaza había ostentado posición de dominio en el mercado relevante previamente definido como el arrendamiento de espacios en el Jockey Plaza para la venta de hamburguesas similares a las de la marca McDonald's. Ello, en función de la cuota de mercado (100%) del Jockey Plaza, la existencia de barreras de entrada y la ausencia de competencia potencial.
468. Al respecto, la denunciante y los denunciados han argumentado la existencia y la inexistencia de posición de dominio, respectivamente, sobre la base de los mercados relevantes definidos por cada una de ellas³⁷⁴. Sin embargo, ninguno de estos mercados coincide con el mercado relevante definido por la Sala³⁷⁵. En ese sentido, los argumentos de las partes relacionados con la determinación de la posición de dominio, no pueden ser empleados por esta Sala para evaluar la existencia de posición de dominio.
469. Con respecto al cuestionamiento que señala que se debió haber evaluado la posición de dominio de Sigdelo³⁷⁶, la Sala estima que dicha evaluación no resulta pertinente en el presente caso, debido a que como se verá a continuación, las empresas a las que representa no son tiendas ancla generadoras de importantes externalidades, sino más bien tiendas no ancla (o de menor tamaño) principalmente receptoras de las mismas (establecimientos de venta de comida rápida dentro del *tenant mix* de los centros comerciales bajo análisis).
470. Según el marco teórico aplicado para resolver la presente controversia, es la plataforma la que permite -mediante el diseño de diversos mecanismos- que cada agente perteneciente a los dos grupos de demandas (consumidores y arrendatarios) internalice los efectos de red indirectos (externalidades) que genera o recibe, según los beneficios que cada quien aporta a la interacción. En particular, los centros comerciales de administración centralizada diseñan sus estrategias de precios y exclusividades al configurar su *tenant mix*, en función de las externalidades generadas por sus clientes. Cabe recordar que, en el grupo de arrendatarios, estas externalidades parten principalmente de las tiendas ancla y se canalizan hacia las tiendas especializadas o de menor tamaño (tiendas no ancla), como los establecimientos de venta comida rápida.

³⁷⁴ La denunciante considera un mercado relevante restringido (acotado al Jockey Plaza), mientras que los denunciados consideran un mercado relevante amplio (establecimientos comerciales dentro o fuera de centros comerciales de Lima Metropolitana).

³⁷⁵ Según lo determinado por la Sala, el mercado relevante en el presente caso consiste en el arrendamiento de espacios comerciales para la venta de comida rápida (hamburguesas, pollos y pizzas y sus complementos), en los centros comerciales de administración centralizada Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza.

³⁷⁶ Informe Petrecolli. Ver foja 6972 del Expediente.

471. En este contexto, los administradores de los centros comerciales bajo análisis o los arrendatarios generadores de importantes externalidades, como las tiendas ancla, son los que estarían en condiciones de imponer precios por el arrendamiento de locales comerciales. Incluso, los arrendatarios generadores de importantes externalidades podrían limitar el poder de mercado de los administradores de centros comerciales, en función de su poder de negociación³⁷⁷.
472. En el presente caso, los centros comerciales que participan en el mercado relevante atienden dos demandas interdependientes: a) los consumidores del conjunto de bienes y servicios que ofrece el centro comercial, entre los cuales se encuentra el consumo de comida rápida y b) los arrendatarios de espacios comerciales, entre los cuales se encuentran los arrendatarios de locales comerciales para la venta de comida rápida.
473. Teniendo en cuenta lo expuesto, el poder de mercado que puedan tener las empresas de comida rápida representadas por Sigdelo solo podría tener algún efecto anticompetitivo en la medida que Sigdelo pueda ostentar posición de dominio a nivel de la demanda total de arrendatarios (tiendas ancla y no ancla) atendida por los centros comerciales bajo análisis. Esto solo sería posible si Sigdelo fuera representante de tiendas ancla, pues debido a su capacidad de generación de externalidades estaría en condiciones de imponer precios por el arrendamiento de locales comerciales con cierta independencia.
474. Sin embargo, la Sala observa que durante el periodo analizado, Sigdelo no fue representante de tiendas ancla. Por el contrario, la denunciada fue representante de establecimientos de comida rápida, los cuales se configuran como locales de menor tamaño (tiendas no ancla), principalmente **receptores** de las externalidades generadas por las tiendas ancla que conforman el *tenant mix* de los centros comerciales del mercado relevante. Es por ello que, resulta improbable que Sigdelo haya podido ostentar posición de dominio.
475. Por lo tanto, en el presente caso, lo que resulta adecuado es determinar la existencia de posición de dominio por parte de Administradora Jockey Plaza y no la de los arrendatarios de locales para la venta de comida rápida como Sigdelo, lo cual no desacredita la existencia de la relación de competencia entre estos últimos.
476. En consecuencia, a juicio de la Sala no resulta adecuado evaluar una posible posición de dominio de Sigdelo, por lo que desestima el argumento de Sigdelo en este extremo. De esta forma, este colegiado considera que la posición de

³⁷⁷ Cabe señalar que, los arrendatarios generadores de importantes externalidades, como las tiendas ancla, conscientes de su importancia para el centro comercial, cuentan con mayor poder de negociación sobre los precios de arrendamiento establecidos por el administrador del centro comercial.

dominio que debe evaluarse es únicamente la de Administradora Jockey Plaza respecto de sus competidores (Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza) en el mercado relevante.

477. A continuación, se presenta el análisis realizado por esta Sala para determinar si en el presente caso Administradora Jockey Plaza contó con posición de dominio en el mercado relevante definido por esta instancia.

III.7.1 Evaluación de posición de dominio de Administradora Jockey Plaza

478. Para determinar si Administradora Jockey Plaza ostentó posición de dominio, deberá considerarse su dimensión de plataforma que atiende a dos demandas interdependientes: 1) los consumidores, que asisten a los centros comerciales por un conjunto de bienes y servicios, entre los cuales se encuentra la venta de comida rápida y 2) los arrendatarios de espacios comerciales, entre los cuales se encuentran los arrendatarios de locales para la venta de comida rápida. Ello, debido a la relación de interdependencia existente entre las dos demandas que atiende en el Jockey Plaza.

479. Como ya se ha señalado, los consumidores que asisten a un centro comercial lo hacen para adquirir un conjunto de bienes y servicios. Este aspecto es tomado en cuenta por los arrendatarios de espacios para la venta de comida rápida. Estos contarán con mayor disposición a arrendar un espacio dentro de un centro comercial mientras mayor concurrencia presente el mismo. Esta externalidad positiva es internalizada por el administrador de la plataforma al diseñar sus estrategias³⁷⁸.

480. Lo anterior involucra evaluar si Administradora Jockey Plaza contó con posición de dominio (i) por el lado de los consumidores, como proveedor de todo el conjunto de bienes y servicios que administra de manera centralizada y (ii) por el lado de los arrendatarios, como proveedor de espacios comerciales para la venta de comida rápida.

481. Al respecto, la literatura especializada ha señalado lo siguiente:

“Una plataforma que considera subir sus precios, por ejemplo, tiene que considerar el alcance en el cual los consumidores pueden dejar un lado; cómo eso afecta la pérdida de clientes en otros lados; el alcance en el cual otras plataformas capturan esos clientes; y cómo la suma de clientes en cada lado de una plataforma competidora incrementa el valor de esa plataforma en los otros lados a través de los efectos positivos de retroalimentación. En general, las plataformas que se comprometen en cualquier estrategia necesitarían considerar

³⁷⁸ Para mayor detalle ver párrafo 308 de la presente resolución.

contra-estrategias en cada lado. Por ejemplo, si una plataforma intenta comprometerse en una estrategia exclusoria en un lado es posible que el rival pueda contratacar con estrategias que envuelvan ese, el otro, o ambos lados".³⁷⁹

482. El párrafo citado resalta la importancia para el administrador de considerar ambos lados de la plataforma al plantear sus estrategias. Es decir, los consumidores, al constituir una de las demandas de la plataforma, también deben de ser considerados en el análisis de posición de dominio. Esto se debe a que si una estrategia es empleada sobre una demanda y tal hecho afecta la concurrencia de la segunda demanda de la plataforma, entonces el administrador de la plataforma deberá plantear una estrategia compensatoria sobre la segunda demanda para no perder usuarios. En ese caso, la evaluación de la posición de dominio deberá tomar en cuenta la habilidad de la plataforma para modificar sus estrategias (precios, *tenant mix*, cláusulas de exclusividad, entre otras) en los dos lados de la demanda en los que participa.
483. En el presente caso, el consumidor que acude a los centros comerciales acude a ellos por todo un conjunto de bienes y servicios brindado por el centro comercial (entre los cuales se encuentra la venta de comida rápida), mientras que el arrendatario de espacios comerciales para la venta de comida rápida solo podrá ofrecer su producto en la medida que el centro comercial lo considere dentro de su *tenant mix*. Ello será posible siempre y cuando el consumidor asistente al centro comercial opte eventualmente por el consumo de comida rápida. En esa medida, no se puede realizar una separación del mercado en "aguas arriba" y "aguas abajo", ya que ambas demandas se determinan simultáneamente y de manera interdependiente en función del diseño de estrategias llevadas a cabo por el administrador del centro comercial.
484. Teniendo en cuenta lo antes expuesto, la Sala desestima el argumento de Sigdelo³⁸⁰ que señala que según los lineamientos de la OFT se debió haber analizado primero el mercado "aguas abajo" (mercado de comida rápida) para luego analizar el mercado "aguas arriba" (mercado de centros comerciales). A juicio de la Sala, la dimensión de plataforma del Jockey Plaza no permite examinar de manera separada a los mercados "aguas arriba" y "aguas abajo", toda vez que las dos demandas de una plataforma (consumidores y

³⁷⁹ Traducción libre de: "A platform that considers raising its price, for example, has to consider the extent to which customers drop off of one side; how that affects customer losses on other sides; the extent to which other platforms pick up those customers; and how the addition of customers on each side of a competing platform increases the value of that platform to the other sides through positive feedback effects. More generally, platforms engaging in any strategy would need to consider counterstrategies on either side. For example, if a platform attempts to engage in an exclusionary strategy on one side it is possible that a rival could counter with strategies that involve that, the other, or both sides". EVANS Y SCHAMALENSEE (2012), *op. cit.*, pág. 18.

³⁸⁰ Informe Petrecolli. Ver fojas 6986 a 6989 del Expediente.

arrendatarios) son interdependientes y el análisis debe realizarse de manera simultánea.

485. Así, de acuerdo con la naturaleza del mercado relevante, la doctrina y la legislación nacional e internacional ya mencionadas, la evaluación de esta Sala incluirá el análisis de³⁸¹: (i) cuotas de mercado y competencia actual; (ii) *multihoming*; (iii) barreras de entrada; (iv) competencia potencial; y (v) capacidad de negociación de los demandantes.
486. A continuación, se procede a analizar cada uno de estos elementos para determinar si Administradora Jockey Plaza tuvo posición de dominio en el mercado relevante definido por la Sala.

a. Análisis de cuotas de mercado y competencia actual

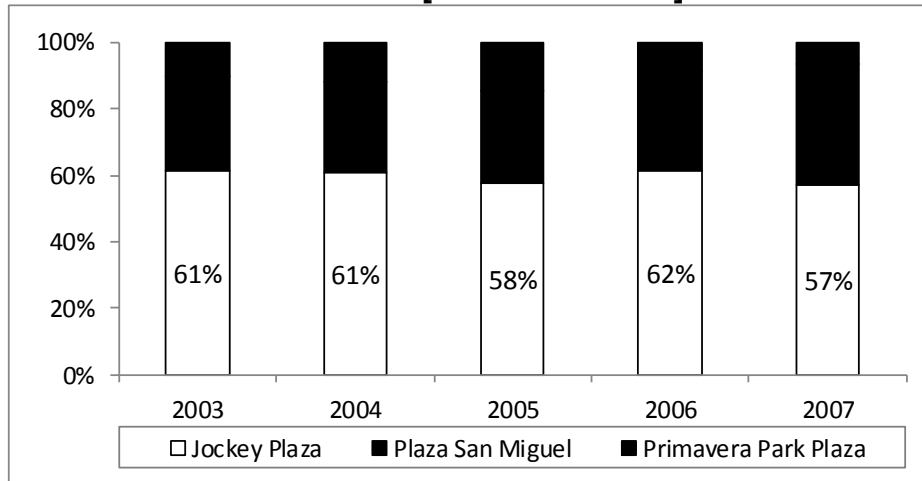
487. En primer lugar, la Sala analizará si Administradora Jockey Plaza ostenta una participación significativa en el mercado relevante, como proveedor del conjunto de bienes y servicios que administra de manera centralizada. Conforme se aprecia en el siguiente gráfico, Administradora Jockey Plaza ostentó la mayor participación (por encima del 50%) en la venta total de bienes y servicios provistos por los tres centros comerciales que participan en el mercado relevante.³⁸²

³⁸¹ En procedimientos anteriores, la Sala ha empleado estos elementos para la determinación de la posición de dominio. Por ejemplo:

- En el caso seguido por Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. en contra de las empresas Quimpac S.A. y Clorox, se estableció la posición de dominio de Quimpac S.A. debido a (i) su alta participación de mercado; y, (ii) la existencia de barreras a la entrada como permisos de operación, altas inversiones en bienes de capital y tecnologías necesarias, costos hundidos, barreras estratégicas, relacionadas con el vínculo comercial establecido entre las empresas denunciadas y la utilización de la capacidad instalada de Quimpac. Resolución 68-2009/SC1-INDECOPI del 24 de febrero de 2009 (bajo el Decreto Legislativo N° 701).
- En el procedimiento seguido por la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas del Perú contra Vopak Serlipsa S.A. y Petróleos del Perú – Petroperú S.A.; se tomó en cuenta para el análisis de la posición de dominio de Vopak Serlipsa S.A. (i) la alta participación de mercado que esta empresa ostentó; (ii) la poca competencia que representaron sus rivales; y (iii) las barreras a la entrada (los riesgos de inversión y la capacidad instalada ociosa de Vopak Serlipsa S.A.). Resolución 454-2007/TDC-INDECOPI del 30 de marzo de 2007 (bajo el Decreto Legislativo N° 701).
- En el procedimiento de seguido por la empresa Malva S.A. contra la empresa productora de cemento Unión Andina de Cementos S.A.A. y sus distribuidoras La Viga S.A., A. Berio y Cia. S.A.C y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A. por negativa injustificada a contratar, la Sala tomó en cuenta para el establecimiento de la posición de dominio de Unión Andina de Cementos S.A.A. el análisis de (i) las altas cuotas de mercado; (ii) la baja rivalidad de las empresas competidoras; (iii) el limitado poder de negociación de sus clientes; y, (iv) la existencia de barreras a entrada. Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI del 15 de diciembre de 2014 (bajo el Decreto Legislativo 1034).
- En el procedimiento de E&B S.A.C. contra Feria Pucallpa y Gloria S.A.C, la Sala determinó que Gloria S.A. ostentó posición de dominio, considerando (i) la alta participación de mercado; y, (ii) la existencia de barreras a la entrada (redes de distribución, economías de ámbito, sobreinversión o capacidad instalada ociosa, fidelidad a marcas y ejercicio de poder de mercado). Resolución 589-2015/SDC-INDECOPI del 2 de noviembre de 2015 (bajo el Decreto Legislativo 1034).

³⁸² Las cuotas de mercado de Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza han sido calculadas sobre la base de información proporcionada por las mismas empresas. Plaza San Miguel presentó información sobre sus ingresos para el período 1999-2007, mientras que Primavera Park Plaza lo hizo para el período 2002-2007. Por su parte, Jockey Plaza entregó información de sus ingresos para el período 2003-2007. Considerando la disponibilidad de la información

Gráfico N° 14
Cuotas de mercado según ingresos por ventas totales
2003-2007 [CONFIDENCIAL]



Fuente: fojas 2700 (confidencial), 3367, 3532 (confidencial), 4655 y 5159 (confidencial) del Expediente.
Elaboración: ST-SDC.

CONFIDENCIAL

488. En la práctica jurisprudencial comparada³⁸³ se ha considerado que una cuota de mercado elevada (por ejemplo, mayor a 50%) sostenida a lo largo del tiempo (por ejemplo, por tres años) constituye un indicador importante de la existencia de una posición dominante³⁸⁴. La empresa que puede tener posición de dominio necesariamente será aquella que tiene la mayor participación de mercado. **Sin embargo, una alta cuota de mercado es una condición necesaria pero no suficiente para determinar la existencia de posición de dominio.**

brindada por las empresas y la finalidad de analizar el desempeño de las tres empresas en el mercado, se analizarán las cuotas de mercado para el período 2003-2007.

³⁸³ La OFT considera que la existencia de posición de dominio es menos probable cuando la cuota de mercado de una firma es inferior a 40%. OFT, *Land Agreements. The application of competition law following the revocation of the Land Agreements Exclusion Order*, op. cit., pág. 43. Del mismo modo, las Cortes Americanas parecen indicar umbrales altos para encontrar dominancia (por encima de 40% de cuota de mercado): "Las Cortes Americanas parecen indicar umbrales altos para encontrar dominancia. En Alcoa, el juez Learned Hand escribió que la participación de mercado de 33% es ciertamente no suficiente para establecer dominancia, y en Jefferson Parish Hospital una participación de mercado de 30% fue considerada como demasiado baja para dominancia. En Times-Picayne, una firma con 40% de cuota de Mercado no fue encontrada como dominante". Traducción libre de: "US Courts seem to indicate higher thresholds for finding dominance. In Alcoa, Judge Learned Hand wrote that market share of 33% is certainly not sufficient to establish dominance, and in Jefferson Parish Hospital a 30% market share has been deemed far too low for dominance. In Times-Picayne, a firm with a 40% market share was not found to be dominant". MOTTA (2004), op. cit., pág. 118.

³⁸⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, emitida en el Asunto 62/86, AKZO Chemie B. V. c. Comisión, del 3 de julio de 1991, pág. I-3359.

489. En lo que se refiere a las participaciones de mercado de los competidores actuales de la supuesta dominante, se ha considerado que, cuando estas empresas tengan cuotas de mercado significativamente más bajas, una alta cuota de mercado de la investigada podría indicar que tiene posición de dominio. Por el contrario, **el hecho de que los competidores actuales posean cuotas de mercado significativas sería un indicador de la existencia de agentes económicos con la capacidad de disciplinar el comportamiento del supuesto dominante.**
490. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la literatura especializada ha señalado³⁸⁵ que **no solo se debe evaluar la existencia altas cuotas de mercado, sino que también se debe verificar la persistencia de dicho patrón de conducta en el tiempo.** En este sentido, si la distribución de las cuotas de mercado de los principales competidores se encuentra variando de manera significativa en el tiempo, esto podría ser un indicador de la dinámica competitiva del mercado. Es decir, en la medida que las empresas se encuentren imponiendo presiones competitivas entre sí, la supuesta dominante no podría actuar con independencia de sus competidores.
491. En el presente caso, como se puede apreciar en el Gráfico N° 14, bajo este primer indicador de cuotas de mercado (según ingresos por ventas totales), el Jockey Plaza fue el agente económico con la mayor participación de mercado, la misma que se mantuvo entre 57% y 62%, durante el periodo 2003-2007. Por otro lado, es posible observar que **el Jockey Plaza tuvo que enfrentar, durante el periodo analizado, a un competidor importante -Plaza San Miguel- con cuotas de mercado que ascendieron de []% a []%.** Por lo tanto, el hecho de que Plaza San Miguel posea cuotas de mercado significativas y en ascenso sería un indicador de la existencia de un agente económico con la capacidad de disciplinar el comportamiento del supuesto dominante.
492. Asimismo, se observa la siguiente **dinámica del mercado relevante**: (i) entre 2003 y 2005, la creciente cuota de mercado de Primavera Park Plaza (de []% a []%) generó presiones a la baja de las participaciones de los centros comerciales más grandes, principalmente del Jockey Plaza, haciendo que su participación se redujera de 61% a 58%; (ii) entre 2005 y 2006, los centros comerciales más grandes habrían reaccionado frente a las presiones competitivas de Primavera Park Plaza, aumentando sus participaciones de []% a []% en el caso de Plaza San Miguel, y de 58% a 62% en el caso del Jockey Plaza, restándole 5 puntos porcentuales a Primavera Park Plaza (pasando de []% a []%); y (iii) entre 2006 y 2007, Plaza San Miguel continuó ganando

385

"(...), no solo es la existencia de cierto patrón, sino su persistencia en el tiempo lo que da un fuerte indicador de la situación de una industria". Traducción libre de: "(...), it is not only the existence of a certain pattern, but its persistence over time that might give a strong indication of an industry situation." MOTTA 2004, op. cit., págs. 119-120.

participación de mercado, pasando de []% a []%; mientras que el Jockey Plaza y Primavera Park Plaza perdieron participación, pasando de 62% a 57% y de []% a []%, respectivamente.

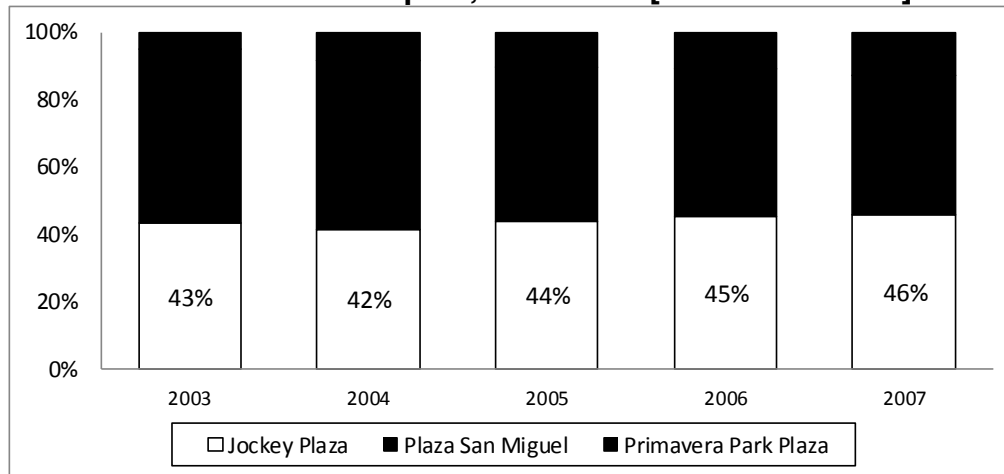
493. Como ya se ha mencionado, el objetivo de evaluar las cuotas de mercado a lo largo del tiempo radica en poder observar la persistencia de altas participaciones de mercado en el tiempo. Para el caso de Plaza San Miguel, se observa un incremento de su cuota de mercado a lo largo del tiempo; mientras que para Primavera Park Plaza se aprecian resultados mixtos. En cambio, la cuota de mercado de Jockey Plaza muestra una tendencia decreciente durante el período 2003-2007. La dinámica observada entre las tres empresas evidenciaría una clara tensión competitiva entre sí. En efecto, la presencia de Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza logró contener la elevada participación de mercado de Jockey Plaza en varias ocasiones. En consecuencia, las presiones competitivas reflejadas en la dinámica observada, indicarían que la supuesta dominante no pudo actuar con independencia de sus competidores.
494. En segundo lugar, la Sala analizará si Administradora Jockey Plaza ostenta una participación significativa en el mercado relevante, como proveedor del servicio de arrendamiento de espacios comerciales para la venta de comida rápida.³⁸⁶

**Ver Gráfico N° 15 en la siguiente
página**

³⁸⁶

Debe recordarse que el mercado relevante se ha definido como el arrendamiento de locales comerciales para la venta de comida rápida en Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza. Dado que se definió que la comida rápida estuvo compuesta por las hamburguesas, pollos y pizzas, las participaciones de mercado han sido calculadas sobre la información disponible en el Expediente, provista por las empresas que vendieron dichos tipos de comida rápida en el mercado relevante.

Gráfico N° 15
Cuotas de mercado según ingresos por arrendamiento de locales para la venta de comida rápida, 2003-2007 [CONFIDENCIAL]



Fuente: fojas 4701, 4757, 4758, 4759, 4760 y 4912 del Expediente (confidencial).
Elaboración: ST-SDC.

495. Como se puede apreciar en el Gráfico N° 15, según los ingresos de los centros comerciales por el arrendamiento de locales para la venta de comida rápida, Plaza San Miguel registró la mayor participación de mercado en los años 2003, 2004 y 2005, registrando cuotas de mercado de []%, []% y []%, respectivamente, siendo superado por Jockey Plaza a partir de 2006. Luego, en 2006 y 2007, Jockey Plaza sostuvo una cuota de mercado de 45% y 46%, frente a su principal rival (Plaza San Miguel) que registró cuotas de mercado de 42.7% en promedio. Es decir, el Jockey Plaza no tuvo la mayor cuota de mercado de espacios comerciales para la venta de comida rápida durante todo el periodo analizado, sino recién a partir de 2006, enfrentando a un rival importante. De manera general, se observa que el Jockey Plaza tuvo que enfrentar, durante el periodo analizado, a un competidor importante -Plaza San Miguel- con cuotas de mercado significativas, aunque en descenso (pasando de []% en 2003 a []% en 2007).

496. Por otro lado, es posible observar que Primavera Park Plaza generó presiones competitivas significativas, pues la caída de participación de mercado de Plaza San Miguel no fue absorbida íntegramente por el Jockey Plaza, sino principalmente por Primavera Park Plaza (pasando de []% a []%, durante el periodo analizado). En consecuencia, el hecho de que Plaza San Miguel posea elevadas cuotas de mercado y que Primavera Park Plaza haya incrementado su participación de manera significativa, sería un indicador de la existencia de agentes económicos con la capacidad de disciplinar el comportamiento del Jockey Plaza como supuesto dominante.

497. La evaluación de las cuotas de mercado del Jockey Plaza y las de sus competidores actuales, calculadas según (i) los ingresos por ventas totales de cada uno de los centros comerciales; y, (ii) según los ingresos por arrendamiento de locales comerciales para la venta de comida rápida en los centros comerciales del mercado relevante; sirve como indicador de la existencia de competidores actuales en el mercado relevante con la capacidad de disciplinar el comportamiento del Jockey Plaza.
498. En efecto, Jockey Plaza tuvo que enfrentar a un competidor importante (Plaza San Miguel), que representó una fuente de competencia efectiva debido a su alta participación de mercado (31% en promedio, según sus ingresos por ventas totales; y, 47% en promedio, según ingresos por arrendamiento de locales para la venta de comida rápida).
499. La existencia de competencia actual con la capacidad de disciplinar el comportamiento del Jockey Plaza se evidencia con la fluctuación de la participación de mercado de Primavera Park Plaza (medida por ventas totales y por el arrendamiento de locales para la venta de comida rápida), situación que afectó la cuota de mercado del Jockey Plaza y la de su principal competidor, Plaza San Miguel; y que provocó una dinámica oscilante de las cuotas de mercado del Jockey Plaza desde 2003.
500. Por lo tanto, la evolución de las cuotas de mercado del Jockey Plaza y la de sus competidores actuales, durante el periodo 2003-2007, es un primer indicador que podría descartar la existencia de posición de dominio por parte de Administradora Jockey Plaza en el mercado relevante. Sin perjuicio de ello, esta Sala considera importante analizar, adicionalmente, el efecto del *multihoming*, las barreras de entrada, la existencia de competencia potencial, y, de ser el caso, la capacidad de negociación de los demandantes, a efectos de completar la evaluación de la existencia de posición de dominio por parte de Administradora Jockey Plaza.

b. Análisis de *multihoming*

501. Como se ha señalado en el marco conceptual de la presente resolución, un factor que determina el grado de competencia en los mercados de plataformas es el *multihoming*. Esto es, la capacidad de los agentes de ambas demandas (en el presente caso, consumidores y arrendatarios de establecimientos comerciales para la venta de comida rápida) de acudir a más de una plataforma, considerando la diferenciación que pueda existir entre ellas. Por lo tanto, el *multihoming* es un factor que incentiva la competencia entre centros comerciales, generando dispersión del poder de mercado que pudiera tener

alguno de ellos y, en consecuencia, reduce la posibilidad de existencia de posición de dominio.

502. En el presente caso, de acuerdo con lo analizado en la sección correspondiente a la determinación del mercado geográfico, se ha verificado que las dos demandas atendidas por el Jockey Plaza acudieron también a Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, es decir, realizaron *multihoming*.
503. Por el lado de los consumidores, se ha determinado que los porcentajes de *multihoming* realizados por los consumidores entre Jockey Plaza y Plaza San Miguel (32%) y entre Jockey Plaza y Primavera Park Plaza (15%) lograron imponer presiones competitivas a Jockey Plaza, impidiendo que el referido centro comercial actuase de manera independiente de sus competidores. Es decir, la existencia de *multihoming* por parte de los visitantes del Jockey Plaza habría dispersado el poder de mercado que pudiera haber tenido el referido centro comercial, toda vez que los consumidores consideraron como sustitutos a los tres centros comerciales mencionados, incentivando la competencia entre ellos.
504. Por el lado de los arrendatarios, se ha verificado que estos están presentes en los tres centros comerciales que conforman el mercado relevante del presente caso. Por ejemplo, en lo que se refiere a tiendas por departamento, Ripley estuvo presente en el Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza; mientras que tanto Saga como Ripley estuvieron presentes en el Jockey Plaza y Plaza San Miguel.³⁸⁷ Asimismo, en lo que se refiere a negocios de comida rápida, Bambos estuvo presente en el Jockey Plaza y Plaza San Miguel, mientras que Burger King, Pizza Hut y KFC tuvieron presencia en los diversos centros comerciales³⁸⁸.
505. El hecho que los arrendatarios realizaran *multihoming* entre el Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza limitó el poder de mercado que pudiera haber tenido el Jockey Plaza, toda vez que los arrendatarios contaban con sustitutos para poder arrendar locales comerciales. En esa medida, la Sala estima que el *multihoming* realizado por los arrendatarios dispersó la concentración del mercado y, con ello, la posibilidad de que el Jockey Plaza obtenga poder de mercado.
506. En tal sentido, la realización de *multihoming* por parte de los dos grupos de demandantes del Jockey Plaza (arrendatarios de establecimientos comerciales

³⁸⁷ Según pregunta 3.3.9 del cuestionario enviado por la Comisión a los centros comerciales. Ver fojas 2516, 2772 y 3532 del Expediente.

³⁸⁸ Ver fojas 2734 a 2738, 2835, 2837, 2840, 2551, 2552, 2554, 2556, 2557 del Expediente.

y consumidores) constituye un factor adicional que indicaría que Administradora Jockey Plaza no tuvo posición de dominio en el mercado relevante durante el periodo investigado.

c. Análisis de competencia potencial

507. Un elemento adicional para la determinación de la existencia de posición de dominio en el presente caso, es la existencia de competencia potencial que pudiera disciplinar el comportamiento de Administradora Jockey Plaza.
508. La competencia potencial puede provenir de dos fuentes: (i) la existencia de empresas que se encuentren participando en otros mercados pero que, con una baja inversión y en un corto plazo (considerando, por ejemplo, su disponibilidad de tecnología o activos productivos) puedan empezar a participar en el mercado relevante (la denominada sustituibilidad por el lado de la oferta); o, (ii) el ingreso al mercado relevante de un nuevo competidor, por ejemplo, a través de la instalación de un nuevo activo productivo.
509. En el presente caso, de acuerdo al análisis realizado para la definición del mercado relevante, es posible identificar a un centro comercial de administración centralizada, Plaza Lima Sur, que, por sus características particulares podría ser considerado como un proveedor alternativo del servicio de arrendamiento de establecimientos comerciales para la venta de comida rápida.
510. Si bien este agente no fue considerado dentro del grupo de centros comerciales que forman parte del mercado relevante, se trató de un agente que participaba en otro mercado pero que contaba con características cercanas a las de aquellos que sí participan en el mercado relevante. Como se analizó en el Gráfico N° 3, el consumidor representativo de Plaza Lima Sur era de NSE C, a tan solo 2 puntos porcentuales de atender de manera representativa al consumidor de NSE B. Asimismo, dicho centro comercial se encuentra ubicado dentro del área de influencia del Jockey Plaza³⁸⁹.
511. De este modo, la Sala estima que Plaza Lima Sur, por su ubicación geográfica y cercanía en atención al consumidor representativo de NSE B, podría pasar a atender principalmente la demanda de dicho consumidor. Con dicha finalidad podría, por ejemplo, reorientar su *tenant mix*, con lo cual podría entrar a competir en el mercado relevante e imponer presiones competitivas sobre el Jockey Plaza.

³⁸⁹ Plaza Lima Sur se encuentra en Prolongación de Paseo de la República (Continuación de Vía Expresa) – Chorrillos. Ver Gráfico N° 9 correspondiente a la isocrona estimada por la Sala para el Jockey Plaza.

512. Teniendo en cuenta lo antes expuesto, la Sala estima que bajo el criterio de la sustituibilidad por el lado de la oferta, dicho centro comercial podría ser considerado como una fuente de competencia potencial que podría disciplinar el comportamiento de Administradora Jockey Plaza en el mercado relevante, con una baja inversión y en corto plazo. Así, Plaza Lima Sur resultaría un potencial arrendador de locales comerciales para la venta de comida rápida con los que cualquier operador de este mercado podría contratar.
513. En tal sentido, el centro comercial Plaza Lima Sur, desde el inicio de sus operaciones (diciembre de 2005³⁹⁰), podría ser considerado como competidor potencial de Administradora Jockey Plaza y, por ende, como una fuerza adicional que podría disciplinar su comportamiento en el mercado relevante.

d. Análisis de barreras de entrada

514. Como se ha mencionado, si bien el grado de participación en el mercado relevante constituye un factor importante a considerar, éste no determina inequívocamente que una empresa ostente posición de dominio³⁹¹. Por ello, resulta necesario analizar la existencia de otros factores, tales como la presencia de barreras económicas, legales o estratégicas a la entrada que puedan condicionar el ingreso y la actuación de competidores y, de ser el caso, reforzar la posición de la presunta dominante en el mercado. De otro lado, bajas barreras de entrada podrían disciplinar el comportamiento de la empresa investigada, eliminando la posibilidad de que tenga posición de dominio.
515. Según la OECD, las barreras a la entrada son factores que impiden o dificultan la entrada de nuevas empresas a una industria, incluso cuando las firmas establecidas están obteniendo beneficios extraordinarios³⁹². Así, las barreras de entrada pueden clasificarse en estructurales, estratégicas o legales.^{393, 394}

³⁹⁰ Ver foja 4929 del Expediente.

³⁹¹ *Competition & Markets Authority (CMA). Land Agreements. The application of competition law following the revocation of the Land Agreements Exclusion Order, op. cit., párrafo 6.9, pág. 42.*

³⁹² *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2003, págs. 13-14. Disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/2376087.pdf>. Fecha de última visita: 30 de marzo de 2016.

³⁹³ Para mayor detalle ver, P. Geroski y A. Jacquemin, "Industrial Change, Barriers to Mobility and European Industrial Policy", *Economic Policy*, Nov. 1985, sección 3. R. Gilbert, "Mobility Barriers and the Value of Incumbency", en R. Schmalensee y R. Willig (eds), *The Handbook of Industrial Organization*, North Holland, Amsterdam, 1989.

³⁹⁴ En este mismo sentido, el Decreto Legislativo 1034 señala lo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO 1034. LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado.

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante (...), debido a factores tales como:

(...)

(e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.

(...)

516. Las **barreras estructurales** se derivan de las características básicas de una industria tales como la tecnología, los costos y la demanda. En particular, estas barreras tienen que ver con aspectos económicos propios de los productos diferenciados, de las ventajas tecnológicas, de economías de escala, de economías de ámbito, costos hundidos, entre otros³⁹⁵. De otro lado, las **barreras estratégicas** tienen que ver con conductas llevadas a cabo por las empresas establecidas destinadas a disuadir la entrada de competidores potenciales³⁹⁶. Finalmente, las **barreras legales** se derivan de autorizaciones, licencias o permisos otorgados por autoridades gubernamentales para el desarrollo de actividades que dificultan el acceso al mercado de nuevos competidores que disciplinen el comportamiento del establecido³⁹⁷.
517. Los tres tipos de barreras indicados por la OECD hacen referencia no solo a factores que puedan disuadir la entrada de una firma en un mercado relevante, sino también a aquellos elementos que demoren la misma³⁹⁸. Es decir, el análisis debe enfocarse en qué medida la entrada al mercado de nuevos competidores puede disciplinar la conducta de las empresas ya establecidas en el mercado relevante. La importancia de considerar la probabilidad de entrada de competidores potenciales al mercado ha sido considerada por la Comisión Europea³⁹⁹:

“(...) las autoridades de competencia deben explicar cómo la industria se comportará en los siguientes años y cuán rápido y en qué medida la entrada podría aumentar la competencia. Esto quiere decir que las autoridades de competencia deben evaluar la probabilidad de entrada, no si las barreras a la entrada son altas o bajas en cualquier caso. Esto implica que factores tales como economías de escala, diferenciación de producto o acceso a un recurso escaso serán una barrera a la entrada si su presencia implican que la entrada sea no rentable y en consecuencia poco probable”.

³⁹⁵ Loc. cit. OECD, 2003.

³⁹⁶ *Ibidem*.

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ MCAFEE, R. Preston *et al.* *What is a Barrier to Entry?* AEA Papers and Proceedings, Mayo 2004, vol. 94, N° 2, pág. 465. Disponible en: <http://authors.library.caltech.edu/11284/1/MCAaer04.pdf>. Fecha de última visita: 19 de febrero de 2016.

³⁹⁹ OECD. *BARRIERS TO ENTRY. POLICY ROUNTABLES*. ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2005, pág. 240. Disponible en: <http://www.oecd.org/competition/abuse/36344429.pdf>. Fecha de última visita: 23 de marzo de 2016.

518. Considerando lo antes expuesto, a continuación se abordarán los aspectos que podrían representar barreras a la entrada al mercado relevante para el presente caso.

d.1 Ubicación estratégica y disponibilidad de terrenos

519. Una locación importante desde el punto de vista comercial puede dar una ventaja estructural al primer entrante al mercado sobre los posteriores entrantes. Las firmas que no fueron capaces de encontrar la mejor locación disponible, en comparación a sus competidoras, enfrentarán mayores costos estructurales, tales como mayores costos en publicidad y promociones, debido a la menor afluencia de consumidores, menor penetración de la marca, entre otros. Debido a que los espacios para construir grandes edificaciones son escasos en las áreas densamente pobladas, la disponibilidad de terrenos podría configurarse como una barrera a la entrada.⁴⁰⁰
520. En el presente caso, en el año 2007 Jockey Plaza contó con un área arrendable de 127 443 metros cuadrados⁴⁰¹, configurándose como el centro comercial más grande en términos de área arrendable en el mercado relevante en dicho año⁴⁰². Al respecto, la Sala estima que si bien el mercado geográfico relevante cumplió con las características de una zona urbana densamente poblada⁴⁰³ donde la disponibilidad de terrenos para centros comerciales de grandes dimensiones como el Jockey Plaza era escasa, ello no fue impedimento para que nuevos inversionistas de centros comerciales hayan ingresado al mercado geográfico descrito. Ello, debido a que si bien Jockey Plaza y Plaza San Miguel se encontraban ya operando en el mercado relevante, no hay evidencia de impedimento alguno para que en abril de 2001 ingresara Primavera Park Plaza al mercado relevante.
521. Asimismo, según un estudio realizado por ESAN⁴⁰⁴, en 2007, a consecuencia de la escasez de terrenos disponibles para centros comerciales de grandes dimensiones (debido a que se encontraban adjudicados para otros proyectos o se ubican en las zonas periféricas de la ciudad), los *retailers* y gerentes de centros comerciales avizoraban el futuro de los centros comerciales en formatos

⁴⁰⁰ BLEES, Jasper *et. al. Barriers to Entry. Differences in barriers to entry for SMEs and large enterprises*. Scientific Analysis of Entrepreneurship and SMEs, Research Report H200301, 2003, pág. 104. Disponible en: <http://ondernemerschap.panteia.nl/pdf-ez/h200301.pdf>. Fecha de última visita: 23 de febrero de 2016.

⁴⁰¹ Ver foja 3367 del Expediente.

⁴⁰² Por su parte, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza registraron áreas arrendables ascendentes a 65 907 y 24 379 metros cuadrados, respectivamente. Ver fojas 2772 y 3220 del Expediente.

⁴⁰³ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: "(...) Otra característica de esta zona es la alta densidad de hogares por manzana, que cada vez va en incremento". REGALADO, O. y otros, *op. cit.*, pág. 71.

⁴⁰⁴ REGALADO, O. y otros, *op. cit.*, págs. 154, 173, 174 y 179.

más reducidos (entre 23 mil y 55 mil metros cuadrados) y ubicados en zonas urbanas, para remediar dicho inconveniente.

522. En efecto, durante el año 2007 se encontraron bajo el estatus de proyecto los centros comerciales Centro Cívico (Cercado de Lima)⁴⁰⁵, Open Plaza Surquillo (Surquillo)⁴⁰⁶, entre otros proyectos, que estarían ubicados en el área geográfica relevante. Durante los años 2009 y 2010, se observó el ingreso de dichos centros comerciales, bajo los nombres de Real Plaza Centro Cívico y Open Plaza Angamos, con dimensiones de 29 mil y 33 mil metros cuadrados, respectivamente⁴⁰⁷; los cuales buscaron atender al tipo de consumidor representativo que atendía el Jockey Plaza⁴⁰⁸.
523. Teniendo en cuenta lo antes expuesto, la Sala estima que la ubicación y escasa disponibilidad de amplios terrenos no tuvieron la capacidad de disuadir el ingreso de nuevos centros comerciales al mercado relevante. En este extremo, la Sala difiere de lo señalado por la Comisión, ya que la evidencia demuestra que las empresas entrantes encontraron alternativas de ubicación y espacio para entrar a competir en el mercado relevante.

d.2 Nivel de inversiones

524. Por el lado de los requerimientos de capital, estos también pueden ser empleados para prevenir o demorar la entrada al mercado⁴⁰⁹ de un rival. En el presente caso, al 2007, los centros comerciales habían realizado inversiones para expandir su área arrendada, mientras que al mismo tiempo se encontraban planificando invertir en infraestructura y *tenant mix*⁴¹⁰. Lo anterior generó que los montos de inversión necesarios para alcanzar la escala mínima eficiente necesaria para entrar y competir en el mercado relevante se incrementen. Es

⁴⁰⁵ REGALADO, O. y otros, *op. cit.*, pág. 182. Posteriormente, se inauguró en el 2009 bajo el nombre de Real Plaza Centro Cívico. Loc. cit. BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERU (BCRP). Memoria 2009, págs. 41 y 45.

⁴⁰⁶ REGALADO, O. y otros, *op. cit.*, pág. 182. Posteriormente, se inauguró en el 2010 bajo el nombre de Open Plaza Angamos. Loc. cit. BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERU (BCRP). Memoria 2010, página 41 y 45.

⁴⁰⁷ Disponible en: http://peruvianworld.net/index.php?option=com_content&view=article&id=113:inauguran-c-c-real-plaza-centro-civico&catid=34:actualidad&Itemid=54 y <http://biznews.pe/noticias-empresariales-nacionales/open-plaza-angamos-abre-sus-puertas>. Fecha de última visita: 30 de marzo de 2016.

⁴⁰⁸ Consumidor representativo (NSE B) analizado en la sección III.2. correspondiente al mercado relevante. Al respecto, se ha señalado lo siguiente: “La decisión de ubicarse en una zona geográfica se encuentra determinada por el perfil del consumidor que el centro comercial pretende atraer. Por ello la relación que existe entre la zona geográfica y NSE es esencial para ubicar un centro comercial.” REGALADO, O. y otros, *op. cit.*, págs. 152-153.

⁴⁰⁹ BLEES, J. y otros, *op. cit.*, pág. 45.

⁴¹⁰ Al respecto, se ha señalado lo siguiente: “Según lo señalado por el gerente general del Jockey Plaza, Juan José Calle, en los próximos tres años se tiene planificado duplicar su área de ventas de 70 mil a 140 mil m² aproximadamente, con una inversión de más de cien millones de dólares”. REGALADO, O. y otros, *op. cit.*, pág. 102.

decir, las compañías existentes generaron que los requerimientos de inversión necesarios para entrar al mercado se eleven.

525. Sin embargo, los niveles de inversión requeridos para entrar a competir al mercado relevante no evitaron el ingreso de Primavera Park Plaza en 2001, así como de nuevos competidores como Real Plaza Centro Cívico⁴¹¹ en 2009 y Open Plaza Angamos⁴¹² en 2010. En este extremo, la Sala difiere de lo señalado por la Comisión, ya que la evidencia demuestra que para las empresas entrantes dichos elementos constituyeron requerimientos necesarios para competir y no barreras que hayan disuadido o impedido la entrada.

d.3 Requisitos legales

526. Existen algunos requisitos legales que un centro comercial debe cumplir para iniciar sus operaciones tales como los trámites municipales⁴¹³. Según la Comisión, estos requisitos podrían haber disuadido el ingreso de nuevos centros comerciales al mercado relevante.

527. Al respecto, la Comisión indicó que existirían barreras legales que podrían disuadir el ingreso de nuevos centros comerciales al mercado relevante. Sin embargo, esta Sala considera que si bien dichos requisitos constituyen barreras legales, estos no lograron impedir o disuadir la entrada al mercado de nuevos competidores, conforme se evidencia en los casos antes descritos.

528. En conclusión, no han existido altas barreras a la entrada que hayan impedido o disuadido el ingreso de nuevos competidores al mercado. En este sentido, la Sala coincide con lo argumentado por Sigdelo⁴¹⁴ respecto a que el hecho que hayan ingresado centros comerciales revela la inexistencia de barreras a la entrada.

III.7.2 Conclusión sobre la existencia de posición de dominio

⁴¹¹ El monto de inversión para el centro comercial Real Plaza Centro Cívico fue de 30 millones de dólares. BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERU (BCRP). Memoria 2009, pág. 41. Disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Memoria/2009/Memoria-BCRP-2009.pdf>. Fecha de última visita: 25 de febrero de 2016.

⁴¹² El monto de inversión para el centro comercial Open Plaza Angamos fue de 100 millones de dólares. BANCO CENTRAL DE RESERVA DEL PERU (BCRP). Memoria 2010, pág. 45. Disponible en: <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Memoria/2010/Memoria-BCRP-2010-1.pdf>. Fecha de última visita: 25 de febrero de 2016.

⁴¹³ Tales como la licencia de construcción y la licencia de funcionamiento.

⁴¹⁴ Informe Fernández-Baca. Ver foja de 6922 del Expediente.

529. Considerando (i) la dinámica competitiva reflejada por la evolución de las cuotas de mercado del Jockey Plaza y sus competidores actuales, calculadas para ambos lados de la demanda (según los ingresos por ventas totales de los centros comerciales y según los ingresos por el arrendamiento de locales comerciales para la venta de comida rápida) en los centros comerciales del mercado relevante; (ii) la realización de *multihoming* por parte de ambos grupos de demandantes del Jockey Plaza (arrendatarios de establecimientos comerciales y consumidores) derivada de la diferenciación de los centros comerciales; (iii) la existencia de competencia potencial representada por el centro comercial Plaza Lima Sur; y, (iv) la inexistencia de altas barreras a la entrada; la Sala concluye que Administradora Jockey Plaza no ostentó posición de dominio en el mercado relevante.
530. Por todas las razones expuestas, la Sala no concuerda con lo argumentado por Arcos Dorados que mencionó que en el momento en que se inició el presente procedimiento, Jockey Plaza ya constituía un centro comercial establecido y de gran importancia en la ciudad de Lima y por ende con poder de mercado sustancial como oferente de espacios comerciales⁴¹⁵.
531. Asimismo, Sigdelo⁴¹⁶ alegó que la existencia de posición de dominio de Jockey Plaza tendría que haberse determinado considerando: (i) la no exigencia de cláusulas adicionales a los arrendatarios como las cláusulas de radio; o, (ii) la ausencia de cobro a los consumidores. Sin embargo, si bien los factores señalados por Sigdelo podrían ser útiles al momento de evaluar la existencia de posición de dominio en el presente caso, esta Sala ha determinado que Administradora Jockey Plaza no ostentó esa capacidad de actuar en el mercado relevante prescindiendo del comportamiento de los demás agentes competidores, por lo que carece de objeto analizar dichos elementos para tales efectos.
532. Finalmente, habiendo determinado que Administradora Jockey Plaza no ostentó posición de dominio en el mercado relevante en el año 2007, esta Sala concluye que dicha empresa tampoco contó con la capacidad de actuar independientemente en el mercado en el resto del periodo investigado. Ello, pues para dicho periodo, no existen pruebas que acrediten que Administradora Jockey Plaza haya podido actuar en el mercado prescindiendo de sus competidores actuales y potenciales; considerando la información disponible en fuentes públicas, así como todo lo actuado y lo aportado por las partes a lo largo del procedimiento.

⁴¹⁵ Ver foja 7209 del Expediente.

⁴¹⁶ Informe Fernández-Baca. Ver foja de 7018 del Expediente.

533. Por el contrario, la Sala aprecia que la tendencia en la evolución en las cuotas de mercado⁴¹⁷, muestra que en los años previos al 2007, Plaza San Miguel se mantuvo como el principal agente con la capacidad de disciplinar el comportamiento del Jockey Plaza. En esa línea, en el año 1997 Plaza San Miguel era un centro comercial de administración centralizada consolidado en el rubro de arrendamiento de locales comerciales⁴¹⁸, a diferencia de Administradora Jockey Plaza que apenas había empezado sus operaciones en el mercado en dicho año⁴¹⁹.
534. En consecuencia, esta Sala concluye que no existen pruebas que sustenten que Administradora Jockey Plaza contó con posición de dominio durante el periodo de investigación (1997-2007), atendiendo a la información disponible en fuentes públicas, así como todo lo actuado y lo aportado por las partes a lo largo del procedimiento.

III.8 CONCLUSIONES

535. Para que la conducta denunciada pueda ser calificada como una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, se debe acreditar el cumplimiento concurrente de los siguientes requisitos: (a) que existió un acuerdo para negarse a contratar; y, (b) que la conducta generó o pudo generar efectos anticompetitivos, reales o potenciales. Si se determina que estos requisitos se cumplen, se deberá verificar si no existe una justificación comercial válida para la conducta denunciada.
536. En particular, para este tipo de prácticas, en donde los agentes económicos que participan de la negativa concertada e injustificada de trato operan en distintos niveles de la cadena productiva, solo podrá generar efectos exclusorios en la medida que alguno de ellos ostente posición de dominio en el mercado relevante. De esta forma, resultaba necesario efectuar dicho análisis para resolver el fondo de la presente controversia, pues sin tal elemento la conducta referida no tendría la capacidad de afectar el proceso competitivo.
537. Del análisis realizado por esta Sala, en cuanto al mercado relevante y la posición de dominio, se desprenden las siguientes conclusiones:

⁴¹⁷ Según ingresos por arrendamiento de locales para la venta de comida rápida.

⁴¹⁸ En 1997, Plaza San Miguel contaba con alrededor de 20 años de funcionamiento. Ver: http://www.accep.org.pe/picsdb/ini_1460665513_BROCHURE%20FINAL%20V2.pdf. Fecha de última visita: 27 de junio de 2016.

⁴¹⁹ Jockey Plaza inició sus operaciones el 17 de abril de 1997. Ver foja 3367 del Expediente.
180/183

- (i) El mercado relevante estuvo constituido por el arrendamiento de establecimientos comerciales para la venta de comida rápida (hamburguesas, pollos, pizzas y sus complementos) en los centros comerciales de administración centralizada Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza. Dicha determinación obedece al análisis de los siguientes elementos:
- (a) La naturaleza de plataforma de dos lados de los centros comerciales de administración centralizada, implica que el análisis de mercado de relevante de producto evalúe de manera conjunta ambas demandas (arrendatarios de establecimientos comerciales y consumidores):
- Los centros comerciales de administración centralizada atienden a un consumidor que demanda de manera conjunta una variedad de oferta (*tenant mix*) y servicios complementarios relacionados a una mejor experiencia de compra, características que no poseen los centros comerciales de administración no centralizada, aglomeraciones comerciales ni los establecimientos *free standing*, pues atienden demandas específicas, por lo que no son sustitutos del servicio de arrendamiento de espacios comerciales para la venta de comida rápida requerido en el presente caso. Asimismo, el consumidor representativo que asiste al centro comercial Jockey Plaza es de NSE B. Por ende, las alternativas de sustitución del servicio de arrendamiento de espacios comerciales para la venta de comida rápida se dan a través de los centros comerciales de administración centralizada Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza.
 - El análisis de sustitución tanto por el lado de la demanda como por el lado de la oferta de establecimientos dedicados a la venta de comida rápida, permite concluir que en el presente procedimiento la venta de comida rápida está compuesta por hamburguesas, pollos, pizzas y sus complementos, y por ende, no se puede considerar a las hamburguesas como productos diferenciados o carentes de sustitutos.
- (b) Se ha determinado la existencia de presiones competitivas a nivel geográfico entre los centros comerciales Jockey Plaza, Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, derivadas de:
- La inexistencia de barreras de acceso que impidan o dificulten que el consumidor de NSE B pueda realizar *multihoming* (porcentaje de usuarios que se redirigirían de un centro comercial en función del nivel de diferenciación entre los tres centros comerciales).

- La existencia de una importante superposición de la zona de influencia del Jockey Plaza con las de Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, la cual cuenta con mayor presencia de habitantes de NSE B, incrementando la probabilidad de que dicho tipo de consumidor realice *multihoming*.
 - Los porcentajes de *multihoming* entre los tres centros comerciales en 2007 (encontrándose en un rango entre 15% y 71%), los cuales se explican por el nivel de diferenciación (vertical y horizontal) que atrae la demanda del consumidor de nivel socioeconómico B que se encuentra en las superposiciones de la zona de influencia del Jockey Plaza con las de Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza, fomentando la competencia entre los distintos centros comerciales.
- (ii) La dinámica competitiva reflejada por la evolución de las cuotas de mercado del centro comercial Jockey Plaza y sus competidores reales; la realización de *multihoming* por parte de los dos grupos de demandantes (consumidores y arrendatarios) de los centros comerciales de administración centralizada en el mercado relevante definido en esta instancia; la existencia de competencia potencial representada por el centro comercial Plaza Lima Sur; así como la inexistencia de altas barreras a la entrada; evidencian que durante el periodo investigado Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. no ostentó posición de dominio.
538. La inexistencia de posición de dominio por parte de Administradora Jockey Plaza impide que este agente pueda actuar de manera independiente de sus competidores. Este hecho evita que Administradora Jockey Plaza pueda llevar acciones para afectar la competencia, ya que su conducta sería disciplinada por la existencia de centros comerciales (Plaza San Miguel y Primavera Park Plaza al ser competidores directos y Plaza Lima Sur por ser un competidor potencial) que pueden proveer el servicio de arrendamiento de locales comerciales para la venta de comida rápida (hamburguesas, pollo, pizzas y sus complementos) que es considerado como un sustituto cercano de aquel provisto por el Jockey Plaza.
539. En ese sentido, la conducta analizada en este caso (negativa concertada e injustificada de trato) no tiene la capacidad de generar efectos exclusorios en el mercado relevante, en la medida que Administradora Jockey Plaza no ostentó posición de dominio.
540. Considerando que no se ha comprobado la existencia de posición de dominio por parte de Administradora Jockey Plaza, lo que resulta una condición para que la práctica pueda tener efectos restrictivos sobre la competencia, no

corresponde verificar la existencia de justificaciones comerciales válidas para la conducta denunciada ni analizar la existencia de efectos anticompetitivos.

541. Por lo tanto, no se ha configurado una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada de contratar por parte de Administradora Jockey Plaza y Sigdelo, por lo que corresponde declarar infundada la denuncia presentada por Arcos Dorados contra los referidos agentes y los señores Carrillo, Diez Canseco y Zúñiga.

IV. RESOLUCIÓN DE LA SALA

PRIMERO: denegar el pedido de Informe Oral solicitado por Operaciones Arcos Dorados de Perú S.A. y Sigdelo S.A.

SEGUNDO: declarar la nulidad de la Resolución 059-2011/CLC-INDECOPI del 15 de noviembre de 2011, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, en el extremo que declaró fundada la denuncia presentada por Operaciones Arcos Dorados de Perú S.A. contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., Sigdelo S.A., los señores Carlos Enrique Carrillo Quiñones, Raúl Diez Canseco Terry y Carlos Zúñiga Quiroz, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, infracción tipificada en el artículo 3 y el literal g) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701, así como las sanciones impuestas a los referidos denunciados y la medida correctiva ordenada, en tanto constituyen extremos accesorios a la determinación de la infracción.

TERCERO: en vía de integración, se declara infundada la denuncia presentada por Operaciones Arcos Dorados de Perú S.A. contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., Sigdelo S.A., los señores Carlos Enrique Carrillo Quiñones, Raúl Diez Canseco Terry y Carlos Zúñiga Quiroz, por presuntas prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de negativa concertada e injustificada a contratar, infracción tipificada en el artículo 3 y el literal g) del artículo 6 del Decreto Legislativo 701.

Con la intervención de los señores vocales Sergio Alejandro León Martínez, Silvia Lorena Hooker Ortega, Julio Carlos Lozano Hernández y María Soledad Ferreyros Castañeda.

SERGIO ALEJANDRO LEÓN MARTÍNEZ
Presidente