

15 de abril de 2010

VISTOS:

La Resolución 0126-2008/SC1-INDECOPI, mediante la cual la Sala de Defensa de la Competencia 1 (en adelante, la Sala) declaró la nulidad de la Resolución 032-2008-INDECOPI/CLC, mediante la cual la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) había declarado improcedente la denuncia interpuesta por Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú y Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera de la Cuenca de Lima (en adelante, los Denunciantes) contra Gloria S.A. (en adelante, Gloria); así como las demás actuaciones de la investigación; y,

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. La Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú es una asociación civil sin fines de lucro, inscrita en la Partida Registral 11761672 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao.
2. El Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera de la Cuenca de Lima es una asociación civil sin fines de lucro, inscrita en la Partida Registral 01972731 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao.
3. Gloria es una empresa dedicada a la producción y comercialización de leches industrializadas y otros derivados lácteos. Asimismo, produce refrescos, néctares de jugos, conservas de pescado, café instantáneo, mermeladas, entre otros productos de consumo masivo¹.
4. El 26 de noviembre de 2007, los Denunciantes interpusieron denuncia contra Gloria y todos aquellos que directa o indirectamente resulten responsables por cometer, colaborar o actuar coordinadamente en la realización de un abuso de posición de dominio.

¹ Forman parte del Grupo Gloria: Gloria, Farmacéutica del Pacífico S.A.C., Centro Papelero S.A.C, Yura S.A., Cemento Sur S.A., Industrias Cachimayo S.A.C., Racionalización Empresarial S.A., Distribuidora de Productos de Calidad S.A. y Logística del Pacífico S.A. en Perú; Pil Andina S.A. en Bolivia; Suiza Dairy Corporation, Suiza Fruit Corporation, Neva Plastics Manufacturing Corporation y Garrido & Compañía Incorporated en Puerto Rico; y Algarra S.A. en Colombia. Fuente: <http://www.grupogloria.com/quienes.html>

5. Los Denunciantes formularon las siguientes pretensiones:

- **Pretensiones principales:** Que la Comisión declare que Gloria y los que resulten responsables han incurrido en:
 - i. Abuso de posición de dominio en la modalidad de precios abusivos, al establecer precios base y finales, en beneficio propio y en perjuicio de los productores de leche fresca.
 - ii. Abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación, al establecer un esquema de incentivos (bonificaciones y castigos) que supone la aplicación de condiciones diferentes para sujetos en situaciones objetivamente equivalentes, en beneficio propio y en perjuicio de los productores de leche fresca.
 - iii. Abuso de posición de dominio en la modalidad de manipulación del sistema de análisis de calidad de la leche, para establecer el pago arbitrario de precios finales a los productores de leche fresca.
 - iv. Perjuicios a través de conductas con efectos exclusorios, en la medida en que el abuso de posición de dominio podría provocar que se ponga en peligro la permanencia en el mercado de los productores del mercado lácteo primario².
 - v. Perjuicios a través de conductas con efectos exclusorios, en la medida en que las ventajas obtenidas por Gloria en el mercado lácteo primario podrían ser trasladadas al mercado lácteo secundario³, al estar en la posibilidad de cobrar menores precios que sus competidores.

- **Pretensiones accesorias:** Que la Comisión:
 - vi. Califique de muy graves las infracciones denunciadas, imponiendo a Gloria y a los que resulten responsables las multas que correspondan.
 - vii. Ordene a Gloria y a los que resulten responsables, como medidas correctivas, que se abstengan de incurrir en el abuso de posición de dominio materia de denuncia y/o que cesen en la comisión, colaboración o actuación coordinada para realizar dicha conducta anticompetitiva.

² Cabe precisar que el término "mercado lácteo primario" es una denominación introducida por los Denunciantes para referirse al mercado constituido por la producción de leche fresca. Para una mejor comprensión de la presente resolución, se mantendrá la terminología empleada por los Denunciantes.

³ Cabe precisar que el término "mercado lácteo secundario" es una denominación introducida por los Denunciantes para referirse al mercado constituido por la elaboración de productos derivados de la leche fresca, tales como las leches industrializadas, el yogurt, el queso, la mantequilla, etc. Para una mejor comprensión de la presente resolución, se mantendrá la terminología empleada por los Denunciantes.

- viii. Ordene a Gloria y a los que resulten responsables que, como medida correctiva, remuevan los efectos producidos por las infracciones denunciadas.
 - ix. Ordene la publicación en el Diario Oficial El Peruano de la resolución final, cuyo costo debía ser asumido por los denunciados.
 - x. Ordene a los denunciados el pago de los costos y costas del procedimiento.
6. Los Denunciantes sustentaron su denuncia, principalmente, en los siguientes argumentos:
- De manera unilateral, Gloria fija un precio base *ad hoc* para cada uno de los productores de leche fresca, el que es utilizado de referente para establecer el precio final por kilogramo.
 - Los precios base y finales que Gloria fija unilateralmente a los productores son menos favorables que aquellos que se obtendrían en condiciones de competencia.
 - Los precios finales no permiten cubrir los costos de producción.
 - Los precios promedio nominales pagados a los productores nacionales no han variado, sin embargo, los precios reales han disminuido.
 - Los costos de producción de Gloria no habrían variado e incluso podrían haber disminuido.
 - Gloria discrimina al utilizar un sistema de bonificaciones y castigos que supuestamente permite incrementos o reducciones sobre el precio base pagado a los productores, dependiendo del mayor o menor nivel de calidad de la leche.
 - No existen criterios objetivos, generales, uniformes y constantes en el esquema de bonificaciones y castigos aplicado por Gloria.
 - Gloria manipula el sistema de análisis de calidad de la leche, lo que se traduce en la fijación arbitraria de los precios finales.
 - Gloria no acepta la actuación de contramuestras a sus análisis de calidad, sin interesar el laboratorio propuesto por los Denunciantes.
 - Gloria, en ejercicio indebido de su posición de dominio, a través de la fijación del precio, desarrolla una conducta anticompetitiva de manera permanente y sistemática, destinada a dificultar y anular las condiciones de competencia en el mercado de comercialización de leche fresca que adquiere como insumo para su actividad industrial.
7. El 30 de mayo de 2008, mediante Resolución 032-2008-INDECOPI/CLC, la Comisión declaró improcedente la denuncia, sobre la base de las siguientes consideraciones:
- Las conductas denunciadas (fijación de precios abusivos de compra, discriminación de precios y manipulación de estándares de calidad) estarían articuladas por Gloria con el objeto de pagar a los productores de leche fresca precios inferiores a los que pagaría si no gozara de posición de dominio.

- La fijación de precios bajos no es un comportamiento que tenga por objeto provocar la salida o impedir la entrada de competidores al mercado, por lo que no resulta sancionable. Del mismo modo, la discriminación que no produce el efecto de excluir competidores del mercado no puede ser objeto de sanción. Finalmente, la manipulación de estándares de calidad forma parte de la supuesta estrategia discriminatoria aplicada por Gloria, por lo que tampoco produce un efecto real o potencial de exclusión de competidores y, en consecuencia, tampoco resulta sancionable.
 - Toda vez que ninguna de las conductas denunciadas produce un efecto real o potencialmente excluyente, ninguna de ellas se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701⁴.
8. El 26 de junio de 2008, los Denunciantes interpusieron recurso de apelación contra la Resolución 032-2008-INDECOPI/CLC alegando, principalmente, los siguientes argumentos:
- El ordenamiento jurídico peruano no sólo sanciona las conductas excluyentes sino también las explotativas.
 - Las conductas denunciadas no tienen un mero efecto explotativo sino que, de mantenerse en el tiempo, pueden producir la exclusión de competidores. En particular, la discriminación en la aplicación de bonificaciones y castigos y la manipulación del sistema de análisis de calidad ponen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros, circunstancia que puede producir efectos excluyentes.
 - Las conductas denunciadas generan perjuicios en el mercado lácteo secundario, afectando el interés económico general. En particular, Gloria podría trasladar los beneficios que obtiene como consecuencia de su conducta en el mercado lácteo primario al mercado lácteo secundario, al estar en la posibilidad de cobrar menores precios que sus competidores en dicho mercado.
9. El 24 de julio de 2008, mediante Resolución 040-2008-INDECOPI/CLC, la Comisión decidió conceder el recurso de apelación interpuesto por los Denunciantes.
10. El 23 de setiembre de 2008, Gloria absolvió el traslado del recurso de apelación interpuesto por los Denunciantes, manifestando lo siguiente:
- El presente procedimiento trata sobre una denuncia interpuesta por un grupo de productores de leche fresca que pretenden ponerse de acuerdo para fijar un precio más alto para su producto y que Gloria traslade ese monto adicional a los consumidores. En ese sentido, nos encontramos frente a un cartel que busca utilizar al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi para lograr que Gloria acepte un precio concertado.

⁴ Ello, de conformidad con el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Comisión mediante Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de setiembre de 2007, emitida en el procedimiento iniciado por denuncia de Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu – Consettur Machupicchu S.A.C.

- El Decreto Legislativo 701 y el Decreto Legislativo 1034⁵ no sancionan los denominados precios abusivos, en la medida en que no constituyen conductas que generen un efecto excluyente en el mercado, requisito esencial para calificar una conducta como abuso de posición de dominio.
- Los Denunciantes no han cumplido con acreditar la existencia de una diferenciación carente de justificación. Al contrario, la realidad muestra que los precios pagados por la leche fresca responden a criterios objetivos que incluyen, entre otros, la calidad de la leche, la ubicación del ganadero, la exposición a competencia de los productores, etc.
- Los Denunciantes no han cumplido con acreditar el efecto excluyente que la supuesta discriminación originaría. Por lo demás, resulta ilógico que Gloria lleve a cabo una estrategia de discriminación con el objeto de eliminar a sus propios proveedores pues, de lograrlo, no podría cubrir su demanda con la producción interna y tendría que recurrir a la importación de insumos lácteos.
- No existe un efecto excluyente derivado de la conducta de Gloria. Por el contrario, el mercado de producción de leche fresca ha experimentado una mejora. Por ejemplo, entre los años 2000 y 2007, se produjo un incremento del 48% en el volumen producido.
- Las facturas presentadas por los Denunciantes permiten apreciar que, a través del tiempo, los productores han aumentado considerablemente la cantidad de leche que le venden a Gloria.
- Gloria ha aumentado durante el último año y medio los precios nominales y reales pagados por la leche recibida, siendo el precio promedio pagado en el 2008 superior en 16% al precio en el 2007. Asimismo, ha incrementado el volumen adquirido, el número de proveedores y las zonas de acopio.
- La producción nacional de leche fresca en el periodo comprendido entre 2000 y 2007 se ha incrementado, incluso incorporando a ganaderos que antes no accedían a este mercado.
- Al amparo de lo dispuesto por el literal a) del artículo 14 del Decreto Legislativo 1033, la Sala debe ordenar a los Denunciantes el pago de los costos y costas del procedimiento.

11. El 3 de diciembre de 2008, mediante Resolución 0126-2008/SC1-INDECOPI, la Sala declaró la nulidad de la Resolución 032-2008-INDECOPI/CLC y ordenó la emisión de un nuevo pronunciamiento⁶, en virtud de las siguientes consideraciones:

- La Comisión sólo se pronunció sobre las presuntas conductas de abuso de posición de dominio realizadas en el mercado lácteo primario, determinando que, en la medida en que tenían una finalidad explotativa, no

⁵ El Decreto Legislativo 701, Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, estuvo vigente hasta el 24 de julio de 2008 y fue derogado por el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que entró en vigencia el 25 de julio de 2008.

⁶ **Resolución 0126-2008/SC1-INDECOPI**
RESUELVE: declarar la nulidad de la Resolución 032-2008-INDECOPI/CLC del 26 de junio de 2008, al estar incurso en la causal de nulidad referida al defecto u omisión en su contenido u objeto, al no haber comprendido todos los hechos denunciados por la Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú y el Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera en Lima; en particular, lo referido a los presuntos efectos anticompetitivos en el mercado secundario de lácteos en perjuicio de los competidores de Gloria S.A. Por lo tanto, se requiere a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia que se pronuncie sobre el extremo omitido.

se encontraban dentro del ámbito de aplicación de la norma de competencia.

- Sin embargo, los Denunciantes también hicieron referencia a la existencia de presuntos efectos en el mercado lácteo secundario, en perjuicio de los competidores de Gloria, circunstancia que produciría una afectación a la posibilidad de elección de los consumidores finales.
- El riesgo de exclusión que corren los competidores de Gloria en el mercado lácteo secundario –derivado de la capacidad de la denunciada para cobrar menores precios que, a su vez, se derivaría de las ventajas obtenidas en la compra de leche fresca– implica que la conducta denunciada podría haber tenido un efecto excluyente, afectando el proceso competitivo en el mercado lácteo secundario y limitando las opciones de los consumidores.
- Es deber de la autoridad administrativa pronunciarse sobre todos los extremos planteados por los administrados. Sin embargo, la Resolución 032-2008-INDECOPI/CLC no habría comprendido la cuestión de hecho planteada por los Denunciantes respecto de los posibles efectos excluyentes en el mercado lácteo secundario.

12. Mediante escrito del 24 de febrero de 2009, Gloria solicitó que se declare la improcedencia de la denuncia, en atención a los siguientes argumentos:

- Los Denunciantes han imputado a Gloria tres conductas (fijación de precios abusivos de compra, discriminación de precios y manipulación de estándares de calidad) que se encontrarían articuladas como parte de una estrategia integral destinada a pagar menores precios a los productores de leche fresca.
- La Comisión declaró improcedente la denuncia, al determinar que las conductas denunciadas no cumplían con el requisito de tener un efecto excluyente.
- La Sala no ha cuestionado la calificación realizada por la Comisión respecto de cómo deben entenderse las conductas denunciadas.
- La Sala no ha negado que las únicas conductas susceptibles de sanción por la norma de competencia son aquellas que tienen efecto excluyente. Asimismo, ha reconocido en anteriores pronunciamientos que la norma de competencia establece de manera expresa que únicamente podrán ser consideradas anticompetitivas aquellas conductas que generen efectos excluyentes en el mercado.
- La Sala ha ordenado que se emita un nuevo pronunciamiento único y exclusivamente respecto de los supuestos efectos excluyentes en el mercado lácteo secundario.
- La Comisión debe evaluar, a efectos de pronunciarse sobre la procedencia de la denuncia, si los Denunciantes han cumplido con el artículo 19 del Decreto Legislativo 1034, es decir, si han presentado una denuncia que contenga indicios razonables de la existencia de conductas anticompetitivas.
- La lógica que explica la obligación del denunciante de presentar indicios razonables de la existencia de conductas anticompetitivas es la de evitar que una denuncia sin sustento genere consecuencias negativas a las empresas indebidamente involucradas en un procedimiento.

- Según los Denunciantes, Gloria adquiere leche a un “precio bajo” en el mercado lácteo primario, lo que le permitiría cobrar “precios bajos” en el mercado lácteo secundario, perjudicando a sus competidores. Sin embargo, los Denunciantes no han presentado ningún medio probatorio que sustente su afirmación. La afirmación de los Denunciantes versa nuevamente sobre el pago de “precios bajos” a los productores de leche fresca, cuando es claro que dicha conducta no constituye una infracción a la norma de competencia.
- Los precios cobrados por Gloria normalmente son mayores a los precios cobrados por los distintos agentes económicos que participan en el mercado lácteo secundario, circunstancia que descarta la afirmación de los Denunciantes.
- De conformidad con lo dispuesto por el artículo 7 del Decreto Legislativo 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del Indecopi, considerando que los Denunciantes actuaron de mala fe al imputar la realización de estas conductas a Gloria, el Indecopi se encuentra facultado para sancionar la interposición de una denuncia maliciosa.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

13. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si esta Secretaría Técnica y la Comisión son competentes para conocer las conductas denunciadas que se detallan a continuación:
 - i. Abuso de posición de dominio en la modalidad de precios abusivos, al establecer precios base y finales, en beneficio propio y en perjuicio de los productores de leche fresca.
 - ii. Abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación, al establecer un esquema de incentivos (bonificaciones y castigos) que supone la aplicación de condiciones diferentes para sujetos en situaciones objetivamente equivalentes, en beneficio propio y en perjuicio de los productores de leche fresca.
 - iii. Abuso de posición de dominio en la modalidad de manipulación del sistema de análisis de calidad de la leche, para establecer el pago arbitrario de precios finales a los productores de leche fresca.
 - iv. Perjuicios a través de conductas con efectos exclusorios, en la medida en que el abuso de posición de dominio podría provocar que se ponga en peligro la permanencia en el mercado de los productores del mercado lácteo primario.
 - v. Perjuicios a través de conductas con efectos exclusorios, en la medida en que las ventajas obtenidas por Gloria en el mercado lácteo primario podrían ser trasladadas al mercado lácteo secundario, al estar en la posibilidad de cobrar menores precios que sus competidores.

14. De ser el caso, determinar si existen indicios razonables de que Gloria realizó las referidas conductas y si, en consecuencia, corresponde admitir a trámite la denuncia.
15. Determinar si esta Secretaría Técnica es competente para conceder las solicitudes de Gloria para que se ordene a los Denunciantes el pago de costos y costas del procedimiento y para que se les sancione por la interposición de una denuncia maliciosa.

III. ANÁLISIS DE LAS CUESTIONES EN DISCUSIÓN

3.1. Norma aplicable y órgano competente

16. En virtud de lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución Política del Perú⁷, 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.
17. En lo que se refiere a la potestad sancionadora administrativa, el numeral 5 del artículo 230 de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General⁸, establece que 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.
18. Las conductas denunciadas en el presente caso se habrían cometido durante la vigencia del Decreto Legislativo 701, norma que fue derogada por el Decreto Legislativo 1034. En tal sentido, es necesario determinar si existe alguna disposición sustantiva en la norma posterior, el Decreto Legislativo 1034, que resulte más favorable para Gloria y, por tanto, aplicable a las conductas denunciadas⁹.
19. En lo que se refiere al tratamiento de las conductas de efecto explotativo, cabe recordar que tanto el Decreto Legislativo 701 como el Decreto Legislativo 1034 prohíben única y exclusivamente las conductas de efecto exclutorio. Ello, en concordancia con el artículo 58 de la Constitución Política del Perú¹⁰ y el artículo

⁷ **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.

⁸ **Ley 27444**
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.

⁹ Por ejemplo, si existe alguna disposición sustantiva en el Decreto Legislativo 1034 que establezca un requisito adicional a los establecidos en el Decreto Legislativo 701 para la configuración de una determinada infracción.

¹⁰ **Constitución Política del Perú**
Artículo 58. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

4 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada¹¹.

20. En tal sentido, considerando que la norma posterior –en este caso, el Decreto Legislativo 1034– no resulta más favorable para Gloria, el Decreto Legislativo 701 es la norma aplicable a las conductas denunciadas.
21. Sin perjuicio de ello, cabe recordar 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 encuentren¹².
22. Finalmente, de conformidad con la atribución establecida en el literal c) del artículo 15.2 del Decreto Legislativo 1034¹³, esta Secretaría Técnica es el órgano competente para decidir la admisión a trámite de la denuncia en el presente procedimiento.

3.2. Marco conceptual

23. La doctrina internacional clasifica a las conductas de abuso de posición de dominio en conductas de efecto exclusorio y conductas de efecto explotativo.
24. Las conductas exclusorias tienen el efecto real o potencial de afectar la competencia, en beneficio del dominante y en perjuicio de sus competidores actuales o potenciales, directos o indirectos. Es importante precisar que se trata de conductas que tienen la capacidad de afectar a los competidores del dominante por razones distintas a la mayor eficiencia económica. Las conductas exclusorias generan un impacto directo en el proceso competitivo y un impacto indirecto sobre el bienestar de los consumidores pues, al reducir los niveles de competencia (efecto directo), reducen las opciones disponibles para los consumidores (efecto indirecto). Pueden ser conductas exclusorias la negativa de trato, la discriminación de precios, las ventas atadas, los precios predatorios, etc.

¹¹ **Decreto Legislativo 757**
Artículo 4.- La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes.
Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República.

¹² **Decreto Legislativo 1034**
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.

¹³ **Decreto Legislativo 1034**
Artículo 15.- La Secretaría Técnica.-
15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:
c) Tratándose de una denuncia de parte, decidir la admisión a trámite del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, pudiendo declarar inadmisibles o improcedentes la denuncia, según corresponda;

25. Las conductas explotativas consisten en el ejercicio directo del poder de mercado¹⁴ del dominante. A través de estas conductas, el agente económico que goza de posición de dominio impone a sus clientes o proveedores condiciones que le permiten obtener mayores beneficios económicos (condiciones distintas a las que hubiera podido establecer si no gozara de posición de dominio). Las conductas explotativas no sólo no afectan el proceso competitivo sino que incluso podrían dinamizarlo, incentivando el ingreso de nuevos competidores atraídos por las ganancias del dominante. Son ejemplos de conductas explotativas los “precios excesivos” y la “discriminación explotativa”.
26. Nuestro ordenamiento jurídico ha considerado –durante la vigencia tanto del Decreto Legislativo 701 como del Decreto Legislativo 1034– que el objetivo de la norma de competencia es la represión de las conductas que afectan el funcionamiento eficiente del proceso competitivo¹⁵.
27. De acuerdo a lo anterior, teniendo en cuenta que las conductas de efecto exclusorio afectan el proceso competitivo y que las conductas de efecto explotativo no sólo no lo afectan sino que incluso podrían dinamizarlo, las conductas de abuso de posición de dominio prohibidas tanto por el Decreto Legislativo 701 como por el Decreto Legislativo 1034 son las conductas exclusorias.
28. Adicionalmente, cabe señalar que la sanción de conductas explotativas sería contraria al régimen de economía social de mercado, establecido por el artículo 58 de la Constitución Política del Perú, a la prohibición de fijar precios administrativamente, contenida en el artículo 4 del Decreto Legislativo 757¹⁶, así como a la necesidad práctica de evitar las distorsiones que podría provocar la existencia de una agencia de competencia dedicada a determinar el nivel de los precios (o márgenes de ganancia) que resulta “aceptable” en el mercado.
29. Esto es acorde con el precedente de observancia obligatoria aprobado por la Comisión mediante Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC, que estableció que el

¹⁴ Poder de mercado entendido como la capacidad de un agente económico para influir unilateralmente en la fijación de los precios del mercado.

¹⁵ Sobre el particular, cabe recordar que la libre competencia entre los agentes económicos permite el funcionamiento eficiente del proceso competitivo. En efecto, la pugna entre los competidores por satisfacer las necesidades de los consumidores provoca que los primeros mejoren sus procesos productivos y reduzcan sus costos de producción (eficiencia productiva), que establezcan precios cercanos a sus costos (eficiencia asignativa) y que innoven en la producción de nuevos y mejores productos para los consumidores (eficiencia innovativa).

Sin embargo, cabe precisar que el proceso competitivo puede producir un “daño concurrencial” a algunos competidores, es decir, una afectación derivada de la mayor eficiencia económica de determinados agentes económicos que se ganan las preferencias de los consumidores, gracias a sus menores costos y precios o a la mejor calidad de sus productos. Este daño concurrencial es resultado de la propia dinámica del mercado y no resulta sancionable.

A diferencia del daño concurrencial, el abuso de posición de dominio afecta el proceso competitivo, en beneficio del dominante y en perjuicio de sus competidores actuales o potenciales, directos o indirectos, por razones distintas a la mayor eficiencia económica, y, en esa medida, sí resulta sancionable.

¹⁶ Ello, toda vez que la intervención de la agencia de competencia para sancionar conductas de efecto explotativo como los “precios excesivos” o la “discriminación explotativa” tendría un efecto equivalente a la fijación de precios (o márgenes de ganancia) por parte de una autoridad administrativa.

efecto excluyente constituye un requisito indispensable para que se configure el abuso de posición de dominio prohibido por el Decreto Legislativo 701.

30. Asimismo, cabe recordar que, mediante Resolución 0027-2008/SC1-INDECOPI, la Sala confirmó la Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC y señaló que el marco constitucional vigente impide a la agencia de competencia conocer casos de “precios excesivos” o de “discriminación explotativa”.
31. En conclusión, las conductas de abuso de posición de dominio prohibidas tanto por el Decreto Legislativo 701 como por el Decreto Legislativo 1034 son las conductas de efecto excluyente, no siendo esta Secretaría Técnica ni la Comisión competentes para conocer las conductas de efecto explotativo.

3.3. Análisis de las conductas denunciadas

32. A continuación, se analizará si esta Secretaría Técnica y la Comisión son competentes para conocer las conductas denunciadas que se detallan a continuación:
 - i. Abuso de posición de dominio en la modalidad de precios abusivos, al establecer precios base y finales, en beneficio propio y en perjuicio de los productores de leche fresca.
 - ii. Abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación, al establecer un esquema de incentivos (bonificaciones y castigos) que supone la aplicación de condiciones diferentes para sujetos en situaciones objetivamente equivalentes, en beneficio propio y en perjuicio de los productores de leche fresca.
 - iii. Abuso de posición de dominio en la modalidad de manipulación del sistema de análisis de calidad de la leche, para establecer el pago arbitrario de precios finales a los productores de leche fresca.
 - iv. Perjuicios a través de conductas con efectos excluyentes, en la medida en que el abuso de posición de dominio podría provocar que se ponga en peligro la permanencia en el mercado de los productores del mercado lácteo primario.
 - v. Perjuicios a través de conductas con efectos excluyentes, en la medida en que las ventajas obtenidas por Gloria en el mercado lácteo primario podrían ser trasladadas al mercado lácteo secundario, al estar en la posibilidad de cobrar menores precios que sus competidores.
33. En primer lugar, se analizarán las tres supuestas conductas de abuso de posición de dominio en las modalidades de precios abusivos, discriminación de precios y manipulación de estándares de calidad (i, ii y iii, respectivamente). En segundo lugar, se analizarán los supuestos efectos excluyentes de estas conductas en el mercado lácteo primario y en el mercado lácteo secundario (iv y v, respectivamente).

3.3.1. Las tres supuestas conductas de abuso de posición de dominio (i, ii y iii)

34. Como se desprende de los argumentos presentados por los Denunciantes a lo largo del procedimiento, las tres supuestas conductas de abuso de posición de dominio habrían sido realizadas por Gloria con la finalidad de imponer a sus proveedores, los productores de leche fresca, condiciones que le permitan obtener mayores beneficios económicos.

35. Así, por ejemplo, los Denunciantes han señalado lo siguiente:

*Como veremos (...), el abuso de posición de dominio en que viene incurriendo GLORIA no es otra cosa que una estrategia anticompetitiva **compleja y articulada**, desarrollada permanente y sistemáticamente por GLORIA en todos y cada uno de los lugares próximos e inmediatos a sus centros de acopio y plantas de procesamiento en donde GLORIA recolecta leche fresca. Dicha estrategia se expresa bajo **tres (3) conductas empresariales desplegadas en serie**, todas ellas ilícitas, y mediante las cuales no busca otra cosa que **dificultar, anular y/o suplantar las condiciones de competencia** que deberían regir en la comercialización de la leche fresca que emplea como insumo para su actividad industrial y, así, lograr el objetivo económico último de **acentuar su situación de exorbitante poder de mercado**; fortaleciendo una posición de dominio que le es más conveniente para, en un segundo momento, **trasladar las ventajas obtenidas anticompetitivamente al mercado lácteo secundario** (en el que sí enfrenta algún nivel de competencia) **y contar con mayores recursos que le permitan maximizar su rentabilidad** en una dimensión que no hubiera alcanzado a través de una actuación apegada a la Ley.¹⁷ (Énfasis original).*

36. Como puede apreciarse, los Denunciantes sostienen que los precios abusivos, la discriminación de precios y la manipulación de estándares de calidad supuestamente impuestos por Gloria constituirían condiciones distintas a las que hubiera podido establecer si no gozara de posición de dominio.

37. Específicamente, los Denunciantes consideran que, a través de los precios abusivos, Gloria buscaría pagar un precio “bajo” a los productores de leche fresca en general. En similar sentido, los Denunciantes consideran que, mediante la discriminación de precios y la manipulación de estándares de calidad, Gloria buscaría pagar un precio “bajo” a determinados productores de leche fresca. Como puede apreciarse, el nivel de estos precios resultaría “bajo” en comparación con los precios que Gloria hubiera podido establecer si no gozara de posición de dominio.

38. De acuerdo a lo anterior, las tres supuestas conductas de abuso de posición de dominio constituirían un ejercicio directo del poder de mercado de Gloria. A través de estas conductas, Gloria impondría a sus proveedores, los productores de leche fresca, condiciones que le permitirían obtener mayores beneficios económicos. Por lo tanto, estas conductas califican como conductas de efecto

¹⁷ Ver foja 67 del expediente.

explotativo y se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701, por lo que esta Secretaría Técnica considera que corresponde declarar improcedente la denuncia en estos extremos.

39. Sin perjuicio de lo anterior, se analizará a continuación si los precios abusivos, la discriminación de precios o la manipulación de estándares de calidad materia de denuncia pueden producir efectos exclusorios en el mercado lácteo primario o en el mercado lácteo secundario¹⁸.

3.3.2. Los supuestos efectos exclusorios en el mercado lácteo primario (iv)

40. A continuación, se analizará si las presuntas conductas de Gloria pueden producir efectos exclusorios en el mercado lácteo primario. Específicamente, se evaluará si estas conductas pueden tener el efecto real o potencial de afectar la competencia en el mercado lácteo primario, en beneficio de Gloria y en perjuicio de sus competidores actuales o potenciales, directos o indirectos, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.
41. Al respecto, los Denunciantes han señalado lo siguiente:

Las conductas ilícitas realizadas por GLORIA parten de la reducción sustancial e incluso eliminación de los márgenes de ganancia de los productores de leche fresca, hasta convertirlos en montos irrisorios e, inclusive, volver prohibitiva la actividad de producción de leche fresca a un importante número de productores, que hoy se ven afectados con los bajos precios pagados por el monopsonista y que se encuentran en franca posibilidad de ser excluidos del mercado.

(...)

Cabe señalar, finalmente, que la salida del mercado de un número significativo de productores de leche fresca, por causa de abuso posición de dominio en el que viene incurriendo GLORIA, involucra un gran problema social en nuestro país.¹⁹

42. Como puede apreciarse, los Denunciantes consideran que las conductas de abuso de posición de dominio materia de denuncia estarían destinadas a pagar un precio “bajo” a los productores de leche fresca y, en esa medida, tendrían el efecto potencial de provocar la salida de dichos productores del mercado lácteo primario.
43. Sin embargo, como se explica a continuación, esta Secretaría Técnica considera que las presuntas conductas de Gloria no pueden tener el efecto real o potencial

¹⁸ Al respecto, cabe recordar que determinadas conductas pueden producir efectos exclusorios y efectos explotativos a la vez. Así, por ejemplo, imaginemos que un proveedor A_1 goza de posición de dominio e impone un esquema de discriminación de precios por el que favorece al cliente A en perjuicio del cliente B. Además, asumamos que A_1 y A pertenecen al mismo grupo económico mientras que A y B son competidores entre sí. Bajo esta hipótesis, podría afirmarse que la conducta de A_1 produce efectos exclusorios y efectos explotativos a la vez. En efecto, la conducta de A_1 sería exclusoria en la medida en que podría afectar la competencia, en beneficio de A y en perjuicio de B (competidor indirecto de A_1), por razones distintas a la mayor eficiencia económica. Asimismo, la conducta sería explotativa en la medida en que impondría a B (cliente de A_1) condiciones que le permitirían obtener mayores beneficios económicos.

¹⁹ Ver fojas 102 y 103 del expediente.

de afectar la competencia en el mercado lácteo primario, en beneficio de Gloria y en perjuicio de sus competidores, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.

44. En efecto, los Denunciantes no han presentado indicios de que exista una relación de competencia entre Gloria y los productores de leche fresca supuestamente afectados por el precio “bajo” que paga la denunciada en el mercado lácteo primario. Específicamente, los Denunciantes no han presentado indicios de que las conductas de abuso de posición de dominio materia de denuncia estén destinadas a incrementar la participación de Gloria en el mercado lácteo primario a costa de la salida de los productores de leche fresca supuestamente afectados. Por el contrario, los Denunciantes sostienen que estas conductas estarían destinadas a obtener mayores beneficios económicos. En consecuencia, las presuntas conductas de Gloria no pueden tener el efecto real o potencial de afectar la competencia sino que, como se ha señalado, el precio “bajo” supuestamente pagado por Gloria a los productores de leche fresca sería consecuencia del ejercicio directo de su poder de mercado.
45. Por lo demás, considerando que el insumo que le proporcionan resulta indispensable para sus procesos productivos, Gloria no debería tener incentivos para afectar la competencia entre los productores de leche fresca que participan en el mercado lácteo primario. En efecto, la salida de los productores de leche fresca podría provocar la reducción de los volúmenes de producción y los niveles de competencia existentes en el mercado lácteo primario, circunstancia que podría afectar los volúmenes de producción y la capacidad de negociación de la propia Gloria.
46. De acuerdo a lo anterior, las presuntas conductas de abuso de posición de dominio materia de denuncia no pueden producir efectos exclusorios en el mercado lácteo primario. En tal sentido, esta Secretaría Técnica considera que este extremo de la denuncia se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701, por lo que corresponde declararlo improcedente.

3.3.3. Los supuestos efectos exclusorios en el mercado lácteo secundario (v)

47. A continuación, se analizará si las presuntas conductas de Gloria pueden producir efectos exclusorios en el mercado lácteo secundario. Específicamente, se evaluará si estas conductas pueden tener el efecto real o potencial de afectar la competencia en el mercado lácteo secundario, en beneficio de Gloria y en perjuicio de sus competidores (los productores de leches industrializadas y otros derivados lácteos), por razones distintas a la mayor eficiencia económica.
48. Al respecto, los Denunciantes han señalado lo siguiente:

GLORIA (...) traslada los beneficios alcanzados con sus conductas de abuso de posición de dominio en el mercado lácteo primario al mercado lácteo secundario; estando en posibilidad de cobrar menores precios que sus competidores por las ventajas anticompetitivas obtenidas pero lo

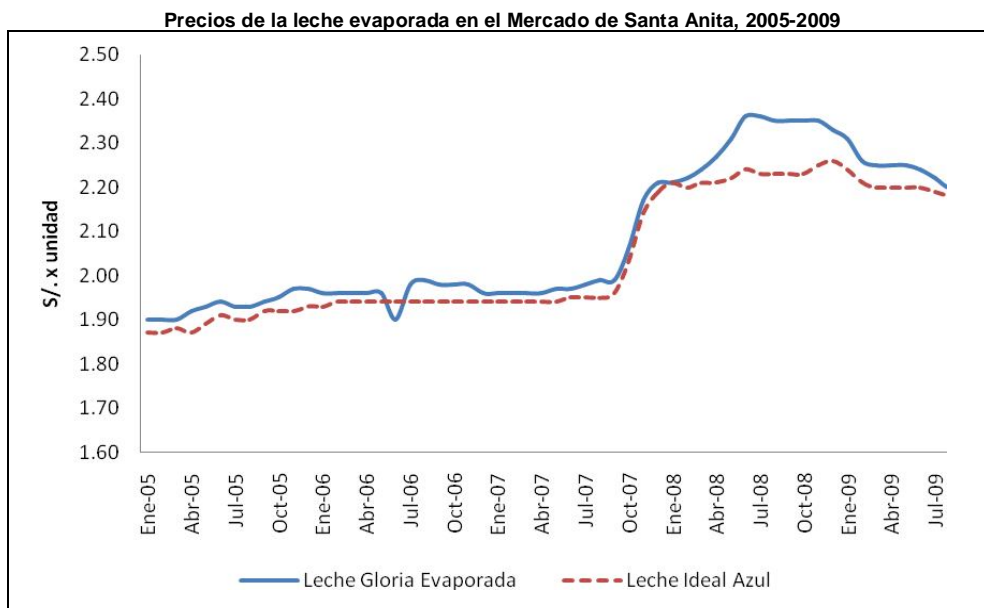
*suficientemente rentables como para también explotar a los consumidores.*²⁰

49. Como puede apreciarse, los Denunciantes consideran que las conductas de abuso de posición de dominio materia de denuncia estarían destinadas a pagar un precio “bajo” a los productores de leche fresca y, en esa medida, permitirían que Gloria cobre por sus productos (leches industrializadas y otros derivados lácteos) precios menores que los de sus competidores, lo que tendría el efecto potencial de afectar la competencia en el mercado lácteo secundario.
50. Sin embargo, como se explica a continuación, esta Secretaría Técnica considera que las conductas de Gloria no pueden tener el efecto real o potencial de afectar la competencia en el mercado lácteo secundario, en beneficio de Gloria y en perjuicio de sus competidores, por razones distintas a la mayor eficiencia económica.
51. En efecto, si bien el establecimiento de precios menores que los de sus competidores podría formar parte de una estrategia de abuso de posición de dominio en la modalidad de precios predatorios²¹, para que se configure una estrategia de este tipo, Gloria tendría que haber establecido sus precios por debajo de sus costos, incurriendo en pérdidas durante un periodo de tiempo suficiente como para provocar la salida de sus competidores.
52. En el presente caso, los Denunciantes han señalado que Gloria estaría “*en posibilidad de cobrar menores precios que sus competidores por las ventajas anticompetitivas obtenidas pero lo suficientemente rentables como para también explotar a los consumidores*”. En otras palabras, los Denunciantes no sostienen que Gloria cobra precios menores que los de sus competidores sino que está en posibilidad de hacerlo. Más aún, los Denunciantes no sostienen que estos precios podrían hacerla incurrir en pérdidas sino que reconocen que serían rentables para Gloria.
53. En tal sentido, el supuesto establecimiento de un precio menor que el de sus competidores pero rentable en el mercado lácteo secundario no podría formar parte de una estrategia de precios predatorios sino que, por el contrario, sería consecuencia de la mayor eficiencia económica de Gloria. Al respecto, cabe señalar que sancionar el establecimiento de un precio menor pero rentable no sólo no protegería el funcionamiento eficiente del proceso competitivo sino que sería contrario al bienestar de los consumidores (objetivos directo e indirecto de la norma de competencia, respectivamente). De acuerdo a lo anterior, las conductas de Gloria no podrían calificar como conductas de efecto excluyente.

²⁰ Ver foja 1654 del expediente.

²¹ Los precios predatorios son una conducta de abuso de posición de dominio de efecto excluyente y consisten en una estrategia destinada a eliminar competidores a través del establecimiento de precios por debajo de cierto nivel de costos, incurriendo en pérdidas durante un periodo de tiempo suficiente como para provocar la salida o impedir la entrada de competidores actuales o potenciales, con el objetivo de establecer precios monopólicos una vez eliminada la competencia, recuperando las pérdidas en las que se incurrió y obteniendo beneficios adicionales.

54. Por lo demás, cabe precisar que Gloria no habría cobrado por sus productos (derivados lácteos) precios menores que los de sus competidores en el mercado lácteo secundario.
55. Así, por ejemplo, la leche evaporada de Gloria (Leche Gloria), producto que en los últimos años representó en promedio el 70.38% de sus ingresos totales por ventas²², registró un precio superior a la leche evaporada de su competidor Nestlé S.A. (Leche Ideal).
56. En efecto, la información publicada por el Ministerio de Agricultura entre enero de 2005 y setiembre de 2009 permite apreciar que la Leche Gloria tuvo un precio superior que la Leche Ideal.



Fuente: MINAG
Elaboración: Secretaría Técnica

57. Adicionalmente, esta información permite apreciar que, durante el referido periodo, el precio de la primera se incrementó en 16.32% mientras que el precio de la segunda se incrementó en 16.04%. Al respecto, cabe mencionar que los propios Denunciantes sostienen que Gloria habría incrementado el precio de sus productos (derivados lácteos) en el mercado lácteo secundario. En particular, los Denunciantes han señalado que las conductas denunciadas *“le han permitido a GLORIA mantener un nivel artificialmente reducido de costos en desmedro de los productores de leche fresca, así como aumentar su margen de ganancias en*

²²

Participación de los productos de Gloria en sus ingresos anuales por ventas

Rubro	2005	2006	2007	2008	Promedio
Leche evaporada	74.67%	72.16%	68.94%	65.75%	70.38%
Leche fresca UHT	5.76%	5.80%	6.41%	6.87%	6.21%
Otros	19.56%	22.04%	24.66%	27.37%	23.41%

Fuente: Memorias Anuales de Gloria 2005-2008. Información disponible en: www.conasev.gob.pe.
Elaboración: Secretaría Técnica

*forma sostenida y sustancial en los últimos años. Ello no ha impedido, sin embargo, que GLORIA aumente el precio de sus productos a los consumidores finales en el mercado secundario*²³.

58. Por todo lo expuesto, se concluye que las conductas de abuso de posición de dominio materia de denuncia no pueden producir efectos exclusorios en el mercado lácteo secundario. En tal sentido, esta Secretaría Técnica considera que este extremo de la denuncia se encuentra fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701, por lo que corresponde declararlo improcedente.

IV. PRETENSIONES ACCESORIAS

59. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 87 del Código Procesal Civil²⁴, norma aplicable supletoriamente al presente procedimiento, habiéndose determinado que corresponde declarar improcedentes las pretensiones principales, esta Secretaría Técnica considera que también corresponde declarar improcedentes las pretensiones accesorias de los Denunciantes.

V. PAGO DE COSTOS Y COSTAS Y DENUNCIA MALICIOSA

60. Mediante escritos del 23 de setiembre de 2008 y 24 de febrero de 2009, Gloria solicitó a la Sala y a la Comisión, respectivamente, que se ordene a los Denunciantes el pago de costos y costas del procedimiento y que se les sancione por la interposición de una denuncia maliciosa²⁵. A continuación, se analizarán ambas solicitudes.

5.1 Pago de costos y costas

61. El artículo 7 del Decreto Legislativo 807 establece que, en cualquier procedimiento contencioso seguido ante el Indecopi, la Comisión u Oficina competente, además de imponer la sanción que corresponda, podrá ordenar que el infractor asuma el pago de los costos y costas del proceso en que haya incurrido el denunciante o el Indecopi. Como se puede observar, la Comisión es el órgano competente para conceder solicitudes sobre el pago de los costos y costas del procedimiento.

²³ Ver foja 103 del expediente.

²⁴ **Código Procesal Civil**
Artículo 87.-Acumulación objetiva originaria
La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesorio. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; y es accesorio cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.
Si el demandado no elige la pretensión alternativa a ejecutarse, lo hará el demandante.
Si no se demandan pretensiones accesorias, sólo pueden acumularse éstas hasta antes del saneamiento procesal. Cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda.

²⁵ Ver fojas 1748 y 1820, respectivamente, del expediente.

62. En tal sentido, esta Secretaría Técnica considera que corresponde someter a consideración de la Comisión la solicitud formulada por Gloria.

5.2 Denuncia maliciosa

63. El artículo 7 del Decreto Legislativo 807 establece que la Comisión u Oficina competente tienen facultades para sancionar con una multa de hasta 50 UIT a quien, a sabiendas de la falsedad de la imputación o de la ausencia de motivo razonable, interponga una denuncia contra alguna persona natural o jurídica atribuyéndole una infracción sancionable por cualquier órgano del Indecopi, sin perjuicio de la sanción penal o indemnización por daños y perjuicios que corresponda. Como se puede observar, la Comisión es el órgano competente para calificar una denuncia como maliciosa.
64. En tal sentido, esta Secretaría Técnica considera que corresponde someter a consideración de la Comisión la solicitud formulada por Gloria.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar improcedente la denuncia interpuesta por Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú y Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera de la Cuenca de Lima contra Gloria S.A., debido a que las conductas denunciadas y que se detallan a continuación se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701, no siendo esta Secretaría Técnica ni la Comisión competentes para conocerlas:

- i. Abuso de posición de dominio en la modalidad de precios abusivos, al establecer precios base y finales, en beneficio propio y en perjuicio de los productores de leche fresca.
- ii. Abuso de posición de dominio en la modalidad de discriminación, al establecer un esquema de incentivos (bonificaciones y castigos) que supone la aplicación de condiciones diferentes para sujetos en situaciones objetivamente equivalentes, en beneficio propio y en perjuicio de los productores de leche fresca.
- iii. Abuso de posición de dominio en la modalidad de manipulación del sistema de análisis de calidad de la leche, para establecer el pago arbitrario de precios finales a los productores de leche fresca.
- iv. Perjuicios a través de conductas con efectos exclusorios, en la medida en que el abuso de posición de dominio podría provocar que se ponga en peligro la permanencia en el mercado de los productores del mercado lácteo primario.

- v. Perjuicios a través de conductas con efectos exclusorios, en la medida en que las ventajas obtenidas por Gloria en el mercado lácteo primario podrían ser trasladadas al mercado lácteo secundario, al estar en la posibilidad de cobrar menores precios que sus competidores.

SEGUNDO: Declarar improcedentes las pretensiones accesorias planteadas por Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú y Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera de la Cuenca de Lima, al haber sido declaradas improcedentes las pretensiones principales.

TERCERO: Someter a consideración de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia las solicitudes de Gloria S.A. para que se ordene a los denunciados el pago de costos y costas del procedimiento y para que se les sancione por la interposición de una denuncia maliciosa.

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