



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



Expediente 011-2009/CLC

Resolución 051-2012/CLC-INDECOPI

4 de diciembre de 2012

VISTOS:

La denuncia interpuesta por E&B E.I.R.L. (en adelante, E&B) el 20 de agosto de 2009; la Resolución 015-2010/ST-CLC-INDECOPI del 9 de setiembre de 2010 (en adelante, la Resolución Admisoria), mediante la cual la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) admitió a trámite la referida denuncia contra Distribuidora Feria Pucallpa S.A.C. (en adelante, Feria Pucallpa) y Gloria S.A. (en adelante, Gloria) por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, en el mercado de venta de leche evaporada a clientes distribuidores en la Región Ucayali; los descargos de las denunciadas; el Informe Técnico 034-2012/ST-CLC-INDECOPI del 26 de octubre de 2012 (en adelante, el Informe Técnico), elaborado por la Secretaría Técnica; las alegaciones de las denunciadas respecto del Informe Técnico (en adelante, las Alegaciones); las demás actuaciones del procedimiento; y

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. E&B es una empresa dedicada a la comercialización de productos alimenticios al por mayor y menor en la Región Ucayali¹.
2. Feria Pucallpa es una empresa dedicada principalmente a la comercialización, distribución, importación, exportación y compraventa de toda clase de productos alimenticios, tales como productos lácteos y sus derivados, jugos y bebidas refrescantes, azúcares en sus diferentes variedades y presentaciones, confitería, chocolatería, panadería, galletería, heladería, etc.²
3. Gloria es una empresa dedicada a la producción y comercialización de leches industrializadas y otros derivados lácteos³. Asimismo, está dedicada a la

¹ Ver fojas 1 y 71 del Expediente.

² Según Partida Electrónica 11033919 del Registro de Personas Jurídicas de la Zona Registral VI Sede Pucallpa.

³ Disponible en: <http://www.grupogloria.com/gloria.html>.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

001915

producción de refrescos, néctares de jugos, conservas de pescado, café instantáneo, mermeladas, entre otros productos de consumo masivo⁴.

4. El 20 de agosto de 2009, E&B interpuso denuncia contra Feria Pucallpa y Gloria, por abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista.
5. E&B sustentó su denuncia en los siguientes argumentos:
 - i. El 31 de octubre de 2006, E&B celebró un contrato con Feria Oriente S.A.C. (en adelante, Feria Oriente), empresa subsidiaria de Gloria, para la distribución de los productos de Gloria (lácteos, derivados lácteos y abarrotes) en la Región Ucayali y su ámbito de influencia. En 2008, Gloria constituyó Feria Pucallpa, la cual asumiría las funciones de Feria Oriente en dicha zona.
 - ii. La cadena de distribución de los productos de Gloria de Feria Pucallpa en Pucallpa estaría conformada por clientes distribuidores en un primer nivel, clientes mayoristas en un segundo nivel, y clientes minoristas (bodegas, puestos de mercado, etc.) en un tercer nivel.
 - iii. En junio de 2008, Feria Pucallpa y Gloria decidieron que el mercado de Pucallpa fuera atendido a través de cuatro clientes distribuidores: Volcán S.A.C. y Minaya S.A.C para la venta de productos perecibles, Mercantil Gloria S.A.C. (en adelante, Mercantil Gloria) para la venta de los productos de la marca Gloria y sus misceláneos⁵; y E&B para la venta de los productos de la marca Pura Vida y misceláneos de la marca Gloria.
 - iv. El 28 de marzo de 2009, Feria Pucallpa y Gloria abusaron de su posición de dominio al cambiar la condición de cliente distribuidor de E&B a la de cliente mayorista.
 - v. Prueba de ello es que, mediante correo electrónico del 3 de abril de 2009, el representante y gerente general⁶ de Feria Pucallpa, el Sr. José Málaga Rodríguez (en adelante, el Sr. Málaga), informó a E&B lo siguiente:

Srs. E & B, EIRL.

Atendiendo a las comunicaciones que preceden, nos dirigimos a ustedes para hacerles conocer en estricto cumplimiento y aplicación de las políticas establecidas para la ejecución de ventas de nuestros productos, a través de sus representantes, designados estos, como co distribuidores, mayoristas o minoristas, según sea el caso, ha determinado que para el mercado de la ciudad de Pucallpa, no es necesaria la participación de dos codistribuidores, razón por lo que se ha procedido al cambio de canal de co distribuidores que mantenían ustedes a la fecha, al de MAYORISTAS.

⁴ Disponible en: <http://www.grupogloria.com/gloriaPRODUCTOS.html>.

⁵ Cabe precisar que, según E&B, los productos "misceláneos" se refieren a cafés, mermeladas, leches condensadas, conservas de pescado, refrescos, mantequillas, etc. Ver foja 71 del Expediente.

⁶ De acuerdo con la entrevista a Feria Pucallpa del 17 de agosto de 2010.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

A la espera de su comprensión, agradecemos su participación, así como aprovechamos la oportunidad para reiterar nuestras consideraciones.

Atte.

*José MÁLAGA RODRÍGUEZ
Gerente General
Feria Oriente SAC.⁷*

(Subrayado agregado)

- vi. El 5 de abril de 2009, E&B contestó la referida comunicación señalando que Feria Pucallpa no tomó en cuenta el efecto económico de su decisión en relación a inversiones, contratación de personal, equipos, etc. y, además, que dicha actuación constituía un abuso de posición de dominio e incumplimiento de acuerdos, lo que le generaba un perjuicio económico.
 - vii. El 6 de abril de 2009, el Sr. Málaga contestó a E&B señalando que la decisión de cambiarle la condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista respondía única y exclusivamente a motivos comerciales⁸.
 - viii. No existe razón que justifique la limitación de la competencia entre los clientes distribuidores de los productos de Gloria, mediante el cambio de la condición de E&B de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, lo que pone en evidencia un ejercicio abusivo de posición de dominio por parte de Gloria en el mercado de Pucallpa, con el único objeto de procurar mayores márgenes en beneficio de sus empresas vinculadas y en desmedro de E&B, el consumidor, los demás agentes económicos y el mercado en su conjunto.
6. El 18 de febrero de 2010, se realizó una entrevista entre representantes de la Secretaría Técnica y E&B⁹ con la finalidad de recabar mayor información respecto de su sistema de comercialización y distribución de leche evaporada y otros productos. Cabe precisar que E&B solicitó que se declare confidencial la referida entrevista.
 7. Mediante Cartas 085 y 138-2010/CLC-INDECOPI del 11 de febrero y 19 de marzo de 2010, respectivamente, la Secretaría Técnica requirió a E&B determinada información sobre su empresa y sus relaciones de vinculación con otros agentes económicos.
 8. Mediante escritos del 25 de febrero, 2 y 30 de marzo¹⁰ y 15 de abril de 2010, E&B absolvió los referidos requerimientos de información señalando lo siguiente:

⁷ Ver foja 7 del Expediente.

⁸ Ver foja 5 del Expediente.

⁹ Los representantes de E&B fueron el Sr. Oscar Esquén Blas (Gerente de Ventas) y la Sra. María Teresa Blas Villaseca (Gerente de Administración).

¹⁰ Mediante este escrito, E&B solicitó que se declare confidencial determinada información contenida en la entrevista del 18 de febrero de 2010 realizada por la Secretaría Técnica a sus representantes.





PERÚ

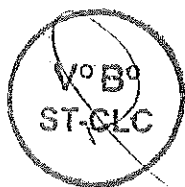
Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001917

- i. Como cliente distribuidor, E&B compitió con Feria Pucallpa en la venta de leche evaporada a los clientes mayoristas. Los clientes distribuidores pudieron atender tanto a los clientes mayoristas como a bodegas, puestos de mercado, etc. Las leches evaporadas Gloria y Pura Vida fueron los productos más importantes.
 - ii. E&B ofreció menores precios, exigió menores volúmenes de compra mínimos y entregó los productos a los clientes mayoristas en un plazo más corto que Feria Pucallpa. La competencia entre E&B y Feria Pucallpa ocasionó reclamos por parte de esta última, quien calificó a la denunciante como "quemar precios".
 - iii. El cambio de la condición de cliente distribuidor de E&B a la de cliente mayorista generó una situación de desventaja competitiva, pues el margen de ganancia de un cliente mayorista es menor que el de un cliente distribuidor y no permite cubrir los costos.
 - iv. E&B no pudo recurrir a otro proveedor porque requería una evaluación y calificación como cliente distribuidor. Además, si ya existe un cliente distribuidor de una marca en particular, normalmente es exclusivo. Por otro lado, Gloria es una marca paraguas, que respaldaba todos los productos de la denunciante y llegaba a nivel nacional, por lo que E&B no requería hacer publicidad. La única opción era comprar como cliente mayorista. Sin embargo, considerando que E&B se encarga del reparto al punto de venta, lo que demanda mayores costos de comercialización, esta opción no era rentable.
 - v. La conducta denunciada le generó un beneficio a Feria Pucallpa en la medida en que esta empresa compitió directamente con E&B en la venta a los clientes mayoristas. Como consecuencia de la conducta denunciada, los clientes mayoristas se perjudicaron al verse obligados a comprar a los precios y los volúmenes determinados por Feria Pucallpa. En consecuencia, también fueron perjudicados los clientes minoristas y los consumidores finales.
 - vi. En mayo de 2009, E&B se convirtió en distribuidor exclusivo de los productos de la marca Nestlé en el mercado de Pucallpa.
9. Mediante Carta 140-2010/ST-CLC-INDECOPI del 19 de marzo de 2010, la Secretaría Técnica requirió a Feria Pucallpa que presentara determinada información respecto de su sistema de distribución, la compra y venta de sus productos, sus condiciones de comercialización, la competencia que enfrenta, entre otros aspectos.
10. Mediante escrito del 31 de marzo de 2010, Feria Pucallpa solicitó una prórroga al plazo otorgado en la referida carta. Mediante Carta 165-2010/ST-CLC-INDECOPI del 6 de abril de 2010, la Secretaría Técnica concedió la prórroga solicitada.
11. Mediante escritos del 22 de abril y 25 de junio de 2010, Feria Pucallpa absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 140-2010/ST-CLC-INDECOPI¹¹ y solicitó que se declare confidencial parte de la información presentada.

¹¹ Mediante Carta 262-2010/ST-CLC-INDECOPI del 18 de junio de 2010, la Secretaría Técnica informó a Feria Pucallpa que el archivo electrónico entregado mediante escrito del 22 de abril de 2010 no contenía la





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



12. Mediante Resolución 040-2010/CLC-INDECOPI del 16 de julio de 2010, esta Comisión declaró no pertinente determinada información contenida en la entrevista a E&B del 18 de febrero de 2010 y que carecía de objeto pronunciarse sobre su solicitud de confidencialidad respecto de dicha información.
13. Mediante Resolución 041-2010/CLC-INDECOPI del 16 de julio de 2010, esta Comisión declaró confidencial determinada información presentada por Feria Pucallpa.
14. Mediante Cartas 302 y 301-2010/ST-CLC-INDECOPI del 4 y 5 de agosto de 2010, la Secretaría Técnica citó al Sr. Málaga a una entrevista el 11 de agosto de 2010, en el local de la Oficina Regional del Indecopi de Loreto (en adelante, la ORI Loreto).
15. Mediante escrito del 9 de agosto de 2010, el Sr. Málaga solicitó la reprogramación de la entrevista para el 17 de agosto de 2010. Mediante Carta 307-2010/ST-CLC-INDECOPI, la Secretaría Técnica concedió la reprogramación solicitada.
16. El 17 de agosto de 2010, representantes de la Secretaría Técnica y de la ORI Loreto entrevistaron al Sr. Málaga y a los señores Rolando Málaga Luna y Pedro Azabache, en representación de Feria Pucallpa. Durante la referida entrevista, la Secretaría Técnica requirió que presenten determinada información respecto de los cambios en su sistema de distribución (cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista), los requisitos exigidos para ser calificado como cliente distribuidor y sus actas de Junta General de Accionistas.
17. Mediante escrito del 27 de agosto de 2010, Feria Pucallpa absolvió dicho requerimiento de información señalando lo siguiente:
 - i. Feria Pucallpa cambió la condición de cliente distribuidor de E&B a la de cliente mayorista debido a que esta empresa no cumplió con la distribución horizontal¹² y con la política de precios.
 - ii. Los requisitos para ser calificado como cliente distribuidor consistieron en tener un local apropiado para el desarrollo de sus actividades comerciales, experiencia en distribución, garantías que respalden las operaciones, fuerza de venta y supervisor de ventas, suficientes unidades de reparto, cartera de clientes por zona y por rutas, solvencia moral, sistema de control de sus actividades, residencia en la zona en la cual se realiza la distribución y cumplir con la distribución horizontal.
18. Mediante Carta 321-2010/ST-CLC-INDECOPI del 31 de agosto de 2010, la Secretaría Técnica solicitó a E&B que informe si prefería que se proceda a la

información correspondiente a la pregunta 2.5 del requerimiento realizado mediante Carta 140-2010/ST-CLC-INDECOPI y, en consecuencia, le requirió que cumpliera con completar la referida información. Mediante el escrito del 25 de junio de 2010, Feria Pucallpa completó la información requerida.

De acuerdo con E&B, la distribución vertical es la distribución a los clientes mayoristas y la distribución horizontal es la distribución a los clientes minoristas (bodegas, puestos de mercado, etc.). Ver foja 70 del Expediente.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

001919

devolución o eliminación de la información declarada no pertinente mediante Resolución 040-2010/CLC-INDECOP.

19. Mediante escrito del 9 de setiembre de 2010, E&B solicitó a la Secretaría Técnica que proceda a la eliminación de la información no pertinente.
20. Mediante la Resolución Admisoria, la Secretaría Técnica decidió admitir a trámite la denuncia interpuesta por E&B contra Feria Pucallpa y Gloria, por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, sobre la base de las siguientes consideraciones:
 - i. Para determinar si existieron indicios razonables de que el Grupo Gloria incurrió en abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, se debe analizar si existen indicios razonables de los siguientes requisitos: (i) Que el Grupo Gloria ostenta posición de dominio; (ii) Que ha realizado la supuesta conducta restrictiva, en este caso, el cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista; y, (iii) Que ha obtenido beneficios y ha causado perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
 - ii. Considerando que el principal producto comercializado por Feria Pucallpa y adquirido por E&B era la leche evaporada y que la controversia suscitada se habría producido principalmente respecto de la distribución de dicho producto, el mercado relevante de producto estaría definido a nivel indiciario por la leche evaporada. Considerando que el Grupo Gloria (a través de Feria Pucallpa) y E&B operan en la Región Ucayali y que sus respectivos competidores también participan en dicha zona geográfica, el mercado relevante geográfico estaría definido a nivel indiciario por la Región Ucayali. Por lo tanto, el mercado relevante a nivel indiciario estaría definido como el mercado de venta de leche evaporada a clientes distribuidores en la Región Ucayali.
 - iii. Considerando las características de la industria, en particular, la cuota de mercado, el tamaño relativo de los competidores, la red de distribución, el pertenecer a un conglomerado de negocios, la preferencia de los consumidores por sus marcas y la integración vertical del Grupo Gloria; así como la existencia de posibles barreras de entrada a la industria; a nivel indiciario el Grupo Gloria habría tenido posición de dominio.
 - iv. El cambio de condición de cliente distribuidor de E&B a la de cliente mayorista podría verificarse en lo señalado en el correo electrónico del Sr. Málaga del 3 de abril de 2009 presentado por E&B, así como en lo señalado por Feria Pucallpa durante la entrevista del 17 de agosto de 2010 y en su escrito del 27 de agosto de 2010.
 - v. El cambio de condición de cliente distribuidor de E&B a la de cliente mayorista podría haber beneficiado anticompetitivamente al Grupo Gloria, en la medida en que, antes del cambio, Feria Pucallpa y E&B competían en la venta de leche evaporada a los clientes mayoristas, de acuerdo con la entrevista del 17 de agosto de 2010.

17





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

Asimismo, E&B habría estado aprovisionando los productos de Gloria a los clientes mayoristas en mejores condiciones comerciales que Feria Pucallpa.

Después del cambio, Feria Pucallpa dejó de enfrentar la competencia de E&B, por lo que habría estado en la capacidad de incrementar sus niveles de ventas, al atender a los clientes mayoristas que anteriormente eran atendidos por E&B, y vender los productos de Gloria a los clientes mayoristas en condiciones más onerosas, al haber eliminado a un competidor que podría haber disciplinado su comportamiento.

21. Mediante escritos del 15 de febrero de 2011, Gloria y Feria Pucallpa solicitaron una prórroga de 30 días hábiles para contestar los cargos imputados en la Resolución Admisoria.
22. Mediante Cartas 027, 028 y 029-2011/ST-CLC-INDECOPI del 24 y 25 de febrero de 2011, la Secretaría Técnica comunicó a Gloria y Feria Pucallpa que el plazo para contestar los cargos imputados en la Resolución Admisoria es improrrogable.
23. Mediante Cartas 192, 193, 194, 195, 196, 197 y 250-2011/ST-CLC-INDECOPI del 29 y 31 de agosto de 2011, la Secretaría Técnica requirió a Gloria, Feria Pucallpa, Mercantil Gloria, Nestlé Perú S.A. (en adelante, Nestlé), Laive S.A. (en adelante, Laive) y E&B determinada información sobre las características y el funcionamiento del mercado de producción y comercialización de leche.
24. Mediante escritos del 9 y 22 de setiembre de 2011, Nestlé y Mercantil Gloria, respectivamente, solicitaron una prórroga al plazo otorgado en el referido requerimiento.
25. Mediante escritos del 14 de setiembre de 2011, Feria Pucallpa y Gloria se apersonaron al procedimiento y solicitaron una prórroga al plazo otorgado en el referido requerimiento.
26. Mediante Cartas 207, 211, 212 y 252-2011/ST-CLC-INDECOPI del 15, 21 y 29 de setiembre de 2011, la Secretaría Técnica concedió a Nestlé, Feria Pucallpa, Gloria y Mercantil Gloria, respectivamente, las prórrogas solicitadas.
27. Mediante escritos del 5 de octubre de 2011, Feria Pucallpa y Gloria absolvieron parcialmente el requerimiento de información y solicitaron que se conceda una prórroga adicional y que se declare confidencial parte de la información presentada.
28. Mediante escrito del 7 de octubre de 2011, Mercantil Gloria absolvió el requerimiento de información efectuado.
29. Mediante escritos del 8 y 17 de octubre de 2011, E&B absolvió el requerimiento de información efectuado.
30. Mediante escrito del 11 de octubre de 2011, Laive solicitó una prórroga al plazo otorgado en el referido requerimiento.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001921

31. Mediante escritos del 13 y 18 de octubre de 2011, Nestlé absolvió el requerimiento de información efectuado y solicitó que se declare confidencial parte de la información presentada.
32. Mediante Cartas 273 y 274-2011/ST-CLC-INDECOPI del 17 de octubre de 2011, la Secretaría Técnica concedió de manera excepcional las prórrogas adicionales solicitadas por Feria Pucallpa y Gloria.
33. Mediante escritos del 26 de octubre de 2011, Feria Pucallpa y Gloria absolvieron parcialmente el requerimiento de información efectuado. Asimismo, Gloria solicitó que se declare confidencial parte de la información presentada.
34. Mediante escrito del 24 de octubre de 2011, Laive absolvió el requerimiento de información y solicitó que se declare confidencial parte de la información presentada.
35. Mediante Carta 286-2011/ST-CLC-INDECOPI del 9 de noviembre de 2011, la Secretaría Técnica reiteró a Feria Pucallpa que cumpla con completar su respuesta al requerimiento de información efectuado mediante Carta 193-2011/ST-CLC-INDECOPI.
36. Mediante Carta 287-2011/ST-CLC-INDECOPI del 9 de noviembre de 2011, la Secretaría Técnica reiteró a Gloria que cumpla con completar su respuesta al requerimiento de información efectuado mediante Carta 192-2011/ST-CLC-INDECOPI y solicitó que presente determinada información adicional.
37. Mediante escrito del 17 de noviembre de 2011, Gloria absolvió parcialmente los requerimientos de información efectuados mediante Cartas 192 y 287-2011/ST-CLC-INDECOPI y solicitó que se declare confidencial parte de la información presentada.
38. Mediante escrito del 17 de noviembre de 2011, Feria Pucallpa absolvió el requerimiento de información efectuado mediante Carta 192-2011/ST-CLC-INDECOPI y solicitó que se declare confidencial parte de la información presentada.
39. Mediante Resolución 060-2011/CLC-INDECOPI del 22 de noviembre de 2011, esta Comisión se pronunció respecto de la solicitud de confidencialidad de Laive.
40. Mediante Resolución 063-2011/CLC-INDECOPI del 15 de diciembre de 2011, esta Comisión se pronunció respecto de la solicitud de confidencialidad de Nestlé.
41. Mediante Carta 322-2011/ST-CLC-INDECOPI del 28 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica reiteró a Gloria que cumpla con completar su respuesta al requerimiento de información efectuado mediante Carta 287-2011/ST-CLC-INDECOPI y le solicitó que presente información adicional.

V7





PERÚ

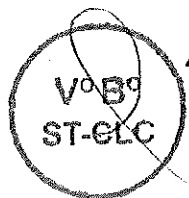
Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



42. Mediante escrito del 5 de enero de 2012, Gloria absolvió el requerimiento de información efectuado mediante Carta 322-2011/ST-CLC-INDECOPI y solicitó que se declare confidencial parte de la información presentada.
43. Mediante Resolución 002-2012/CLC-INDECOPI del 10 de enero de 2012, esta Comisión se pronunció respecto de la solicitud de confidencialidad de Feria Pucallpa.
44. Mediante escrito del 18 de enero de 2012, Feria Pucallpa presentó, entre otros, los siguientes argumentos:
- i. Es claro que en el presente caso sólo estamos ante la apariencia de un caso atentatorio de la libre competencia, pues en estricto se trata sólo de una discrepancia comercial originada en el cambio de condición de E&B de distribuidor a mayorista.
 - ii. El mercado de producto relevante al que corresponde el análisis de posición de dominio no está definido únicamente por la leche evaporada, sino que también está compuesto por los productos sustitutos de ésta, entre los que se encuentra la leche en polvo y la leche fresca.
 - iii. El mercado geográfico relevante para el análisis de la supuesta posición de dominio de Gloria y Feria Pucallpa debe incluir a las fuentes alternativas de aprovisionamiento, a costos razonables, en zonas aledañas a la Región Ucayali.
 - iv. Al no existir barreras de entrada al mercado relevante, es posible que otros productores de leche evaporada y sus sustitutos actúen como proveedores de productos para distribución de E&B, prueba de ello es que E&B ha tenido la posibilidad de acceder a la distribución de otro productor (Nestlé), circunstancia que desvirtúa la existencia de una supuesta posición de dominio de Gloria.
 - v. A Feria Pucallpa no le genera beneficio competitivo alguno terminar una relación comercial con un distribuidor.
 - vi. En la medida que existen otros distribuidores, el escenario descrito por el denunciante, según el cual Feria Pucallpa retiró del mercado a E&B con el fin de incrementar los precios, perjudicando así a los consumidores, es absolutamente falso.
 - vii. El mercado no se ha visto perjudicado por el retiro de E&B de la categoría de distribuidor pues los precios no se han incrementado. Por el contrario, el mercado se ha visto beneficiado, pues la demanda insatisfecha por E&B es actualmente atendida, en mejores condiciones, por los demás distribuidores existentes en el mercado.
 - viii. El cambio de condición de cliente distribuidor de E&B a la de cliente mayorista se sustentó en el incumplimiento por parte de ésta de las obligaciones que le eran exigibles en su calidad de distribuidor y no en el fin de obtener mayores beneficios afectando la competencia.
45. Mediante escrito del 18 de enero de 2012, Gloria suscribió los argumentos de defensa presentados por Feria Pucallpa.
46. Mediante Resolución 016-2012/CLC-INDECOPI del 14 de marzo de 2012, esta Comisión se pronunció respecto de la solicitud de confidencialidad de Gloria.

W





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001923

47. Mediante Cartas 145 y 146-2012/ST-CLC-INDECOPI del 28 de mayo de 2012, la Secretaría Técnica requirió a E&B y Gloria que presenten determinada información.
48. Mediante escrito del 4 de junio de 2012, E&B solicitó una prórroga al plazo otorgado en el referido requerimiento. Mediante Carta 152-2012/ST-CLC-INDECOPI del 7 de junio de 2012, la Secretaría Técnica concedió a E&B la prórroga solicitada.
49. Mediante escritos del 4 y 7 de junio de 2012, E&B y Gloria absolvieron los requerimientos de información efectuados mediante Cartas 145 y 146-2012/ST-CLC-INDECOPI.
50. El 26 de octubre de 2012, mediante el Informe Técnico, la Secretaría Técnica recomendó a esta Comisión declarar fundada la denuncia de E&B contra Gloria y Feria Pucallpa, por la comisión de una infracción administrativa leve, consistente en un abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, de acuerdo a lo previsto en los artículos 1 y 10.2, literal h), del Decreto Legislativo 1034. Asimismo, la Secretaría Técnica recomendó sancionar a Gloria y a Feria Pucallpa con una multa de 30 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) a ser asumida de forma solidaria por ambas empresas.
51. El 22 de noviembre de 2012, Gloria y Feria Pucallpa presentaron sus Alegaciones, argumentando lo siguiente:
- i) La denuncia disfraza un interés comercial que no se debe proteger.
 - La denuncia no se sustenta en una supuesta afectación a la competencia, sino en una afectación económica al denunciante, consistente en la reducción de su margen de ganancia.
 - Seguir la recomendación de la Secretaría Técnica sería como sostener que Gloria no puede cambiar la condición de sus distribuidores, ni finalizar sus relaciones comerciales, en tanto dicha decisión afectaría la rentabilidad de tales distribuidores.
 - ii) No existe posición de dominio de parte de Gloria.
 - La leche evaporada es un producto de consumo masivo, por lo que ante un incremento de su precio, los consumidores buscarán otras opciones, tales como Nestlé, que compite con Gloria en la Región Ucayali, Laive, que podría ingresar a competir, y otros actores en dicha región.
 - Nestlé señaló que el mercado de leche era dinámico y, en el caso de las maquinarias y equipos necesarios para la producción de leche, no observaba costos hundidos de relevancia. En otras palabras, no existen barreras de entrada al mercado.
 - Se trata de un mercado contestable, pues, ante el cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, E&B pasó rápidamente a distribuir los productos de Nestlé.
 - iii) El cambio de E&B está justificado.

W



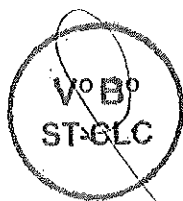


PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

- La Secretaría Técnica no ha tomado en cuenta que la comercialización de los productos de Gloria, en la Región Ucayali, se realiza de manera informal, a través de contratos verbales.
 - En un procedimiento sancionador no es deber del denunciado probar su inocencia, sino por el contrario la contraparte debe demostrar que aquél incurrió en un ilícito. Por ello, corresponde que E&B demuestre que cumplió con atender a las periferias acordadas.
 - E&B no cumplía con distribuir los productos asignados a las periferias de las ciudades. Por ello, se le cambió la condición a cliente mayorista, categoría que reflejaba su verdadera función.
 - Si bien Feria Pucallpa no competía con los distribuidores, incluso en ese supuesto, debe apreciarse que Gloria no cambió la condición a Mercantil Gloria. Por lo tanto, el único argumento que justifica el cambio de E&B es un incumplimiento de su parte. Incluso, Gloria le ha dado a Mercantil Gloria la línea de leche que tenía E&B (Pura Vida).
- iv) No se ha acreditado una afectación a la competencia.
- En el Informe Técnico no se evidencia cómo el cambio de condición de E&B causó un daño importante, material o sustancial, al proceso competitivo.
 - En el Informe Técnico no se analiza si, con el cambio de condición de E&B, los mayoristas dejaron de contar con alternativas adecuadas para adquirir leche evaporada; ni si los consumidores siguen contando con las mismas opciones a un precio similar; en suma, no se evalúa cuáles han sido los verdaderos efectos en el mercado afectado.
 - Feria Pucallpa y Mercantil Gloria proveen los mismos productos que antes distribuía E&B. Por ello, no existe afectación.
- v) Sobre la graduación de la sanción
- La diferencia entre el precio de venta al mayorista y al distribuidor no constituye un ingreso para Feria Pucallpa o Gloria, sino un sacrificio en sus ganancias, a cambio de que sus productos lleguen a las periferias.
 - Que Feria Pucallpa pudiera abastecer a los mayoristas que atendía E&B de forma posterior a su salida del mercado, no supone la obtención de un ingreso adicional para Gloria, sino un menor sacrificio de ganancia, adicionalmente al costo de que sus productos no lleguen a las periferias o de conseguir a otro distribuidor que abastezca tales zonas.
 - El diferencial de precios entre mayoristas y distribuidores es parte de la estrategia del Grupo Gloria, que es libre de fijar sus precios. Lo que la Secretaría Técnica estaría recomendando es sancionar que se suba los precios a los distribuidores, cuando este tipo de conductas no son sancionables.
 - Si el Grupo Gloria hubiera querido ganar ese diferencial de precios, habría eliminado la categoría de distribuidores o les hubiera ofrecido las mismas condiciones que a los mayoristas (subiéndoles los precios), lo cual no puede ser una conducta anticompetitiva.
 - Los sectores de las periferias que atendía E&B posteriormente han sido abastecidos por Mercantil Gloria. Así, el volumen que se destinaba a E&B ahora se destina a Mercantil Gloria. En ese sentido, se sigue





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

001925

vendiendo el mismo volumen al mismo precio, sólo que a otro agente económico.

- Determinada información y documentación no fue presentada por el Grupo Gloria durante el procedimiento no por falta de voluntad sino porque no se encontraba disponible o no existía. El mercado de venta de leche en Pucallpa es precario debido a que representa una parte muy reducida de las ventas de Gloria a nivel nacional. Asimismo, los contratos con los distribuidores en el mercado de Ucayali son verbales y también se acuerdan de este modo las condiciones que deben cumplir los distribuidores. Además, no existen registros escritos de las zonas que se acordaron serían atendidas por E&B en las periferias, ni registros de las actividades de supervisión de Gloria. En consecuencia, la información no pudo ser alcanzada en la oportunidad en que fue solicitada.
- Si bien la presentación de la información solicitada favorecería a Gloria, el hecho que no haya sido presentada es prueba de que no existe. La demora en declarar que no era posible obtener la información, revela la voluntad de Gloria de obtenerla.
- La necesidad de contactarse con el personal de Ucayali para recabar la información tomó tiempo y dificultó presentarla dentro de los plazos. En algunos casos, a pesar de la expectativa en Lima de conseguir documentos del incumplimiento de E&B, su obtención no fue posible.
- Agravar una sanción por no presentar documentación que la empresa no tiene sería un despropósito.

II. CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

52. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si Feria Pucallpa y Gloria incurrieron en un abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista.

III. MARCO CONCEPTUAL

III.1. La libertad de contratación

53. La libertad de contratación se encuentra expresamente reconocida por el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú¹³. De acuerdo con el Tribunal Constitucional, este derecho garantiza, por un lado, la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir a la otra parte contratante, y, por otro lado, la autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual¹⁴.

13

Constitución Política del Perú

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

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

14

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

INSTITUTO NACIONAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y DE LA PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Calle De la Prosa 104, San Borja, Lima 41 - Perú Telf: 224 7800 / Fax: 224 0348

E-mail: postmaster@indecopi.gob.pe / Web: www.indecopi.gob.pe

12/63

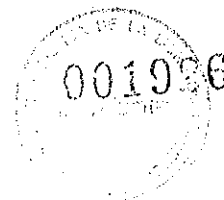
57
VOTO
RGLC



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



54. No obstante, la libertad de contratación debe ejercerse en armonía con otros principios que rigen nuestro sistema económico. Uno de ellos es el principio de libre competencia, también reconocido por nuestra Constitución¹⁵. Este principio ha sido desarrollado legislativamente mediante el Decreto Legislativo 1034. En ese sentido, la libertad de contratación no es irrestricta sino que debe ejercerse en armonía con la libre competencia.
55. Una de las limitaciones a la libertad de contratación establecidas en el Decreto Legislativo 1034 se encuentra, precisamente, en la realización de conductas de abuso de posición de dominio. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico reconoce como regla general que los agentes económicos tienen libertad de contratación. Sin embargo, el Decreto Legislativo 1034 establece como excepción aquel supuesto en el que un agente económico goza de posición de dominio y realiza una conducta que restringe de manera indebida la competencia.

III.2. El abuso de posición de dominio

56. El artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034 establece que el abuso de posición de dominio se produce cuando un agente económico, que ostenta posición de dominio en el mercado relevante, restringe de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y causando perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Al respecto, el artículo 10.2 reitera la necesidad de que se produzca un efecto real o potencialmente exclusorio en el mercado supuestamente afectado.
57. Así, de conformidad con lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1034, son requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio:
- i. Que el supuesto infractor ostente posición de dominio,
 - ii. Que haya realizado la conducta denunciada, y
 - iii. Que haya obtenido beneficios y haya causado perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos (efecto exclusorio).
58. Cabe resaltar que estos requisitos son concurrentes. En tal sentido, para que una conducta sea calificada como abuso de posición de dominio, es necesario que se verifique el cumplimiento de todos y cada uno de ellos.
59. Con relación al primer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe ostentar posición de dominio o, dicho de otro modo, debe tener la capacidad para influir de manera unilateral en las condiciones de oferta o demanda del mercado, por razones tales como su cuota de participación, el nivel de concentración, la presencia de barreras de entrada y la inexistencia de competencia potencial, entre otros.

15

Constitución Política del Perú

Artículo 61.- Libre competencia

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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001027

60. El cumplimiento de este requisito no puede evaluarse en abstracto sino que debe analizarse en relación con un mercado específico. En ese sentido, para determinar la existencia de posición de dominio, es necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor ostentaría esta posición.
61. En lo que se refiere al segundo requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, se debe verificar que el supuesto infractor realizó la conducta que se le atribuye como abuso de posición de dominio. Así, por ejemplo, la modalidad de negativa injustificada puede producirse cuando el presunto infractor rechaza directamente una solicitud de compra o venta (negativa directa) o cuando no responde o responde con reiteradas evasivas la solicitud del supuesto afectado (negativa indirecta).
62. Con relación al tercer requisito, para que se configure un abuso de posición de dominio, el supuesto infractor debe obtener beneficios y causar perjuicios. Este requisito se refiere a la necesidad de verificar que la infracción denunciada afectó la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna empresa vinculada) y en detrimento de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, y, por ende, del bienestar de los consumidores.
63. Concretamente, el fin de obtener beneficios y causar perjuicios se verifica cuando la conducta denunciada produce o puede producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la entrada o limitar el crecimiento de uno o más competidores reales o potenciales, directos o indirectos, del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo).
64. Cabe precisar que la conducta investigada no constituirá un abuso de posición de dominio si el presunto infractor demuestra que los efectos de exclusión se producen debido a una justificación comercial válida que está relacionada con una mayor eficiencia económica. Una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar de los consumidores. Así, por ejemplo, se han aceptado como justificaciones la prevención del *free riding*, la reducción de costos, la provisión de productos de mejor calidad para los consumidores, etc.¹⁶

16

De acuerdo a la American Bar Association (ABA): *Una justificación comercial no será aceptada cuando es un pretexto. El hecho de que la conducta cuestionada esté diseñada para mejorar la rentabilidad tampoco es por sí misma una suficiente justificación comercial. En cambio, "una justificación comercial es válida si se relaciona directa o indirectamente con la mejora del bienestar del consumidor". Justificaciones que han sido aceptadas incluyen la prevención del parasitismo, la reducción o evasión de costos y la provisión de productos superiores para los consumidores.* Traducción libre del siguiente texto: *A business justification will not be accepted where it is pretextual. Nor is the fact that the challenged conduct is designed to enhance profitability in itself a sufficient business justification. Instead, "a business justification is valid if it relates directly or indirectly to the enhancement of consumer welfare". Justifications that have been accepted include the prevention of free riding, reducing or avoiding costs, and providing superior products to customers.* American Bar Association. Section of Antitrust Law. Antitrust law development, 6th ed. 2007, Volumen 1. Chicago, USA. pág. 301.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

001928

III.3. Conductas anticompetitivas en esquemas de integración vertical

65. La integración vertical consiste en la propiedad o control, por parte de una misma empresa, de las diferentes etapas de un proceso de producción¹⁷. Así, una empresa se integra verticalmente cuando participa en un mercado distinto, aguas arriba o aguas abajo, en el cual hubiera podido participar a través de una empresa independiente¹⁸. Por ejemplo, cuando una empresa participa en la producción y en la distribución de bienes a consumidores finales.
66. A nivel internacional, las agencias de competencia han reconocido que la integración vertical puede conducir, entre otras, a las siguientes eficiencias:
- Evita la necesidad de negociación y ejecución de contratos, minimizando con ello el riesgo y la incertidumbre (reducción de los costos de transacción);
 - Elimina la doble marginalización;
 - Genera economías de escala y alcance;
 - Facilita la coordinación en la distribución de los bienes y servicios; y,
 - Permite ahorros que incrementan la producción y/o distribución.¹⁹
67. Por su parte, las Cortes estadounidenses sostienen que la integración vertical "hacia abajo" realizada por una empresa monopolista puede ser beneficiosa para incentivar la competencia en el mercado aguas abajo pues los competidores en dicho nivel de la cadena, suelen ser más eficientes e innovadores que la empresa monopolista aguas arriba, debido a la presión competitiva²⁰.
68. Como se puede apreciar, la integración vertical, aún cuando sea realizada por una empresa con posición de dominio, podría resultar favorable al proceso competitivo pues constituye un medio para que los agentes económicos actúen de manera eficiente y, en consecuencia, para la mejora del bienestar del consumidor.
69. Ahora bien, algunas actuaciones empresariales dentro de un esquema de integración vertical podrían constituir conductas de abuso de posición de dominio. Por ejemplo, ello ocurriría cuando el agente dominante se niega injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición de bienes o servicios a otro agente en el mercado aguas abajo con el cual compite a través de una empresa vinculada; o, cuando el agente aplica condiciones desiguales

¹⁷ Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law. Organisation For Economic Co-Operation and Development. 1993

¹⁸ Posner, Richard A. Antitrust Law, an Economic Perspective. The University of Chicago Press. Chicago, USA. 1976, pág. 196.

¹⁹ Bignon Lizé, du Plessis Louise y Lurie Judd. Vertical integration and refusal to supply scarce goods – a legal and economic framework for analysis of prohibited practices. Disponible en: <http://www.compcom.co.za/assets/Uploads/events/Fourth-Competition-Law-Conference/Session-3A/Vertical-integration-and-refusal-to-supply-scarce-goods-LB-LdP-JL-final.pdf>.

²⁰ 695 F. 2d 322 Paschall v. Kansas City Star Company. No 81-1963. Considerando 22. Cabe precisar que, si bien en el derecho antitrust norteamericano la empresa acusada de violar la Sherman Act debe tener poder monopólico en el mercado relevante, este concepto es equivalente a la posición de dominio que exige nuestra legislación.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001929

para prestaciones equivalentes que colocan injustificadamente en una situación de desventaja competitiva a otro agente en el mercado aguas abajo con el cual compite a través de una empresa vinculada²¹. En efecto, de acuerdo con el Decreto Legislativo 1034, en la medida que estas actuaciones sean realizadas por agentes que ostentan posición de dominio en uno de los niveles de la cadena de producción, podrían calificar como conductas de abuso de posición de dominio.

70. Asimismo, en un esquema de integración vertical, podría ocurrir que un agente dominante 'A', en un mercado aguas arriba, se niegue injustificadamente a satisfacer una demanda de compra o adquisición de los bienes que produce y distribuye a otro agente 'B', con el cual compite en la distribución a otros agentes 'C', 'D' y 'E', ubicados en un nivel inferior de la cadena de producción, como se muestra a continuación:

21

Decreto Legislativo 1034

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

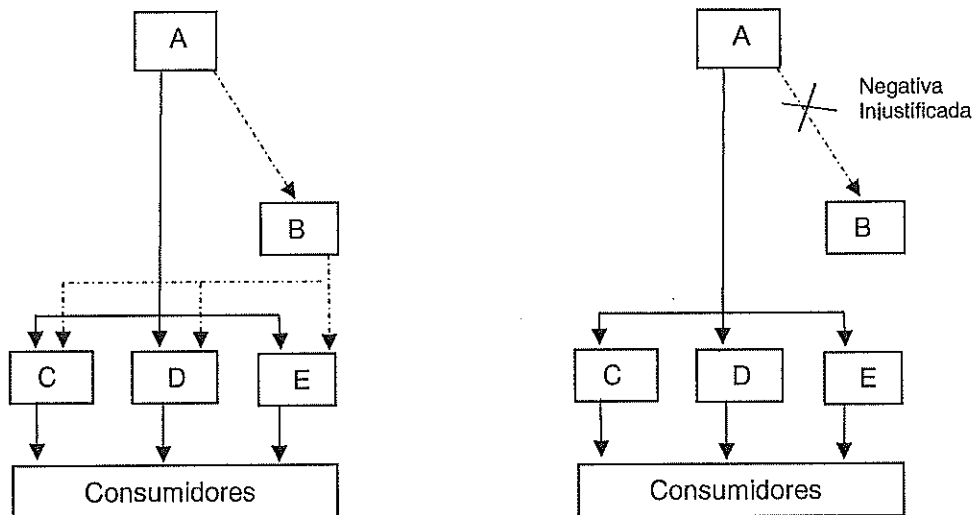
10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera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

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

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



GRÁFICO 1



Elaboración: Secretaría Técnica

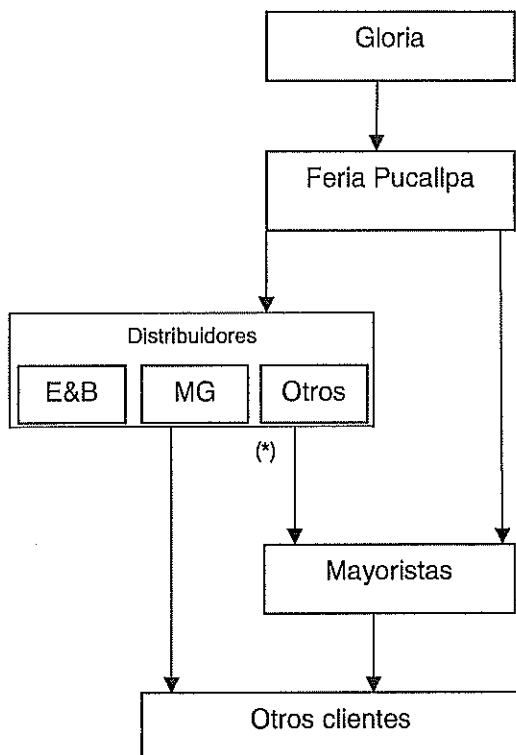
71. En la situación descrita, el agente 'A' podría excluir al agente 'B' del mercado de distribución a los agentes 'C', 'D' y 'E' mediante la negativa de trato restringiendo la competencia en dicho mercado. Cabe señalar que, para que la conducta no sea considerada ilícita, 'A' debe demostrar que existe una justificación comercial válida para haberse negado a tratar con 'B'.
72. De acuerdo con la denunciante, una situación similar a la descrita en los párrafos anteriores habría ocurrido en el caso que es materia del presente procedimiento. En efecto, según E&B, Feria Pucallpa, una empresa integrada verticalmente en la distribución regional y comercialización de los productos de Gloria, se habría negado de manera injustificada a satisfacer la demanda de compra de E&B de dichos productos, como cliente distribuidor, mediante el cambio en la condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista.

87

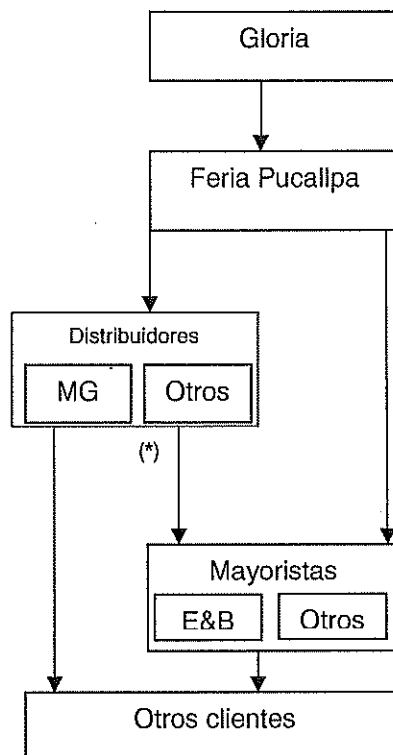


GRÁFICO 2

Octubre, 2006 – Marzo, 2009



Abril, 2009



Fuente: Información aportada por las partes

Elaboración: Secretaría Técnica

(*) En la sección IV.5.1, referida a la relación de competencia se identifica que los clientes distribuidores podían atender a los clientes mayoristas del Grupo Gloria.

73. Como se puede observar en el Gráfico 2, de acuerdo a los términos de la denuncia, Feria Pucallpa habría excluido a E&B del mercado de distribución a los clientes mayoristas con la finalidad de restringir la competencia y sin justificación.
74. Ahora bien, en general, los ordenamientos jurídicos que analizan conductas anticompetitivas en esquemas de integración vertical reconocen explícita o implícitamente que, en primer lugar, el agente investigado debe tener posición de dominio para que éste pueda perjudicar a la competencia de manera significativa²².
75. El caso Andrew Byars (en adelante, Byars) v. Bluff City News Company Incorporated (en adelante, Bluff City) de 1979²³. Bluff City era una empresa que distribuía periódicos, libros, revistas, etc. en Estados Unidos, siendo la única en Tennessee. Desde un inicio, Bluff City distribuía directamente, como único gran

²² Yoo Christopher S., Architectural Censorship and the FCC. Efforts to regulate the media threaten quantity, quality, and diversity. Disponible en: <http://www.cato.org/pubs/regulation/regv28n1/v28n1-4.pdf>.

²³ 609 f2d 843 Byars v. Bluff City News Company Incorporated. No 77-1227. Disponible en: <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/609/609.F2d.843.77-1227.html>.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

mayorista en dicho estado, a *outlets* minoristas independientes en un esquema de integración vertical (como distribuidor estatal y gran distribuidor mayorista). En 1957, Bluff City cambió su modo de distribución y pasó a tener un distribuidor mayorista intermedio, Byars, quien distribuía a determinados *outlets* minoristas independientes a los que Bluff City no quería atender. En 1970, Bluff City decidió no vender a Byars como mayorista intermedio y encargarse ella misma de la distribución a los *outlets* minoristas como en un inicio. Ante ello, Byars denunció a Bluff City por intento de monopolización (sección 2 de la Sherman Act), al pretender trasladar su posición monopólica, del mercado de distribución estatal de sus periódicos al mercado de distribución a *outlets* minoristas (aguas abajo) mediante una negativa a contratar.

76. Al respecto, el Sexto Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos señaló que, para determinar la licitud de la conducta, se debía determinar previamente si Bluff City tenía poder monopólico en el mercado relevante.
77. Como se puede observar, lo señalado por la doctrina y la Corte de Apelaciones de Estados Unidos en el caso Byars v. Bluff City, en cuanto al requisito de tener poder monopólico, se condice con la tipificación de las conductas de abuso de posición de dominio establecida en el Decreto Legislativo 1034, en el sentido que se requiere que el agente económico que realice la conducta ostente posición de dominio para que se configure la infracción.
78. En cuanto al análisis de los efectos de las conductas anticompetitivas en esquemas de integración vertical, algunos autores sostienen que, sin perjuicio de los beneficios y eficiencias que se pueden generar, para analizar el efecto anticompetitivo sobre la eficiencia y los consumidores, se debe tener en cuenta también la exclusión de competidores que se genere a través de la elevación de los costos del rival o de la reducción de sus ganancias. Asimismo, sostienen que la exclusión a los competidores debe ser significativa o sustancial en relación con las eficiencias producidas²⁴.
79. En el mismo caso, Byars v. Bluff City, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos señaló que la sola tenencia de poder monopólico no es ilícita sino que, para determinar la ilicitud de la conducta, se debe tener en cuenta si la monopolización se había adquirido o mantenido de manera deliberada y no como resultado del crecimiento basado en un producto de calidad superior, en beneficio del consumidor, una agudeza para los negocios o una cuestión accidental²⁵.
80. En ese sentido, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos señaló lo siguiente:

En teoría, un monopolista únicamente se integrará de manera vertical si es que por lo menos es tan eficiente como el otro agente aguas abajo. En otras palabras, un monopolista sólo participará en el mercado aguas abajo

²⁴ Blignaut Lizél, du Plessis Louise and Lurie Judd. Op.Cit.

²⁵ Traducción libre del siguiente texto: "(...) mere possession of monopoly power is not illegal. A monopolist which achieves that status because of "a superior product, business acumen, or historic accident, (...) cannot be faulted (...)". 609f2d 843 Byars v. Bluff City News Company Incorporated. No 77-1227.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

si puede hacerlo a menor costo que participando a través de otro agente. Si el agente aguas abajo es más eficiente (p.e. el distribuidor), entonces deberá vender más y, en ese sentido, incrementará los ingresos por ventas del monopolista. La sustitución de un distribuidor menos eficiente por uno más eficiente (el monopolista), mediante una negativa a contratar, podría beneficiar la competencia en el mercado de distribución.²⁶

81. Como se puede apreciar, para analizar la licitud de una conducta en un esquema de integración vertical, en este caso, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos analizó la posición monopólica de la empresa, así como los efectos que se produjeron sobre la competencia y las eficiencias generadas después de la integración, tales como el ahorro en costos y el aumento en las ventas.
82. Por otra parte, en el caso *Gweldon Lee Paschall (en adelante, Paschall) v. Kansas City Star Company (en adelante, Star) de 1982²⁷*, Star era una empresa verticalmente integrada que producía y distribuía sus periódicos en Estados Unidos. Desde un inicio, Star distribuía sus periódicos a sus suscriptores, a través de varios distribuidores mayoristas independientes. En ese entonces, los términos contractuales entre Star y sus distribuidores establecían que la primera mantenía el derecho de distribuir por sí misma sus periódicos. Bajo ese esquema, a pesar de que Star distribuía por sí misma a determinado número de suscriptores, la competencia entre la monopolista y sus distribuidores independientes era mínima. A partir de 1977, Star decidió modificar los contratos que tenía con sus distribuidores mayoristas independientes estableciendo que, en adelante, distribuiría sus periódicos mediante sus propios agentes y que no realizaría más ventas a mayoristas. Como consecuencia de ello, Paschall, en representación de un conjunto de distribuidores mayoristas independientes, denunció a Star por intento de monopolización (Sección 2 de la Sherman Act), señalando que ésta se habría negado a contratar con los distribuidores mayoristas independientes, con la finalidad de trasladar su posición de dominio del mercado de producción y distribución de periódicos al mercado de distribución a suscriptores.
83. Al respecto, el Octavo Circuito de la Corte de Apelaciones de Estados Unidos analizó si Star tenía posición monopólica en la distribución de periódicos en el estado de Kansas City. Asimismo, señaló que Star tenía derecho a vender directamente su propio periódico siempre que con dicha integración no afecte el proceso competitivo. Específicamente, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos señaló lo siguiente:

La negativa a contratar con los distribuidores mayoristas independientes, mediante la distribución de sus periódicos por sus propios medios, viola la Sección 2 de la Sherman Act si los denunciantes demuestran que dicha

26

Traducción libre del siguiente texto: "In theory, a monopolist will only take over lower level operations if it is at least as efficient as the lower-level firm. In other words, a monopolist will only vertically integrate if it can do the job cheaper than having someone else do it. If the lower level firm, (i.e. a distributor) is more efficient, it should be able to sell more and thus increase the monopolist-manufacturer's sales. Substitution of a more efficient distributor (the monopolist) for a less-efficient one via a refusal to deal would ordinarily enhance competition in the distribution market". 609 f2d 843 *Byars v. Bluff City News Company Incorporated*. No 77-1227.

27

695 F. 2d 322 *Paschall v. Kansas City Star Company*. No 81-1963. Disponible en: <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F2/695/695.F2d.322.81-1963.html>.

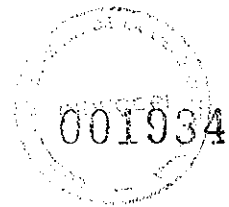




PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ



*integración vertical genera efectos anticompetitivos importantes que no son compensados por la producción en escala, el ahorro en los costos de transacción u otros beneficios competitivos.*²⁸

84. Asimismo, para evaluar el impacto de la conducta sobre los consumidores, se comparó los servicios brindados por los distribuidores mayoristas independientes a los consumidores, antes de la integración vertical, con los servicios brindados por Star. Específicamente, la Corte de Apelaciones de Estados Unidos comparó el precio y la calidad de los servicios ofrecidos (créditos otorgados, variedad del servicio, oportunidad de la facturación y de la entrega del producto, etc.).
85. Por su parte, mediante un voto en discordia, el Juez Henley señaló que no se producen efectos anticompetitivos si las diferencias entre los servicios brindados entre el monopolista y las empresas excluidas no son significativas o importantes. Asimismo, indicó que los precios finales como producto de la integración no deben ser el elemento preponderante para analizar los efectos de la conducta y que se debe tener en cuenta si la empresa tuvo razones de negocio legítimas como, por ejemplo, la necesidad de uniformizar sus políticas de distribución (distribución, pagos, quejas de clientes, etc.).
86. Como se desprende de este caso, para evaluar la infracción denunciada, se debe analizar, además de la posición de dominio y los efectos sobre la competencia, si existen justificaciones relacionadas con un ahorro en costos o con una mejora en la producción. De manera complementaria, se debe considerar que los efectos negativos de la conducta deben ser significativos para que ésta pueda tener un impacto sobre el proceso competitivo.

IV. ANÁLISIS

IV.1. Grupo Económico: Gloria y Feria Pucallpa

87. De conformidad con lo dispuesto por las Normas Especiales sobre Vinculación y Grupo Económico, aprobadas mediante Resolución SBS 445-2000 de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP²⁹ y considerando que Gloria y Feria Pucallpa están sujetas al control de un mismo conjunto de personas naturales, a saber, los señores Jorge Columbo Rodríguez Rodríguez y Vito Modesto Rodríguez Rodríguez, ambas empresas forman parte del mismo grupo económico y, en consecuencia, actúan como un solo y único agente económico en el mercado³⁰.
88. En tal sentido, cuando se haga referencia a Gloria y a Feria Pucallpa como un solo agente económico, se les denominará el Grupo Gloria.

²⁸ Ibidem. Traducción libre del siguiente texto: "Here, the Star's proposal to refuse to deal with the independent carriers and, instead, to deliver its own newspapers violates Section 2 of the Sherman Act only if the plaintiffs established that such vertical integration will result in substantial anticompetitive effects that are not offset by production economies, savings in market transaction costs, or other competitive benefits".

²⁹ Regulación que resulta aplicable supletoriamente debido a que no existe una norma de aplicación general sobre esta materia.

³⁰ Para mayor detalle, ver la Sección IV.2 del Informe Técnico.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

001935

IV.2. Definición del mercado relevante

89. Como se señaló en el marco conceptual de la presente Resolución, para determinar la existencia de posición de dominio, resulta necesario definir previamente el mercado relevante en el que el presunto infractor ostentaría esta posición.
90. El artículo 6 del Decreto Legislativo 1034 señala que el mercado relevante está conformado por el mercado de producto y el mercado geográfico. En tal sentido, a continuación se analizarán ambos aspectos.

i. Mercado de producto relevante

91. El mercado de producto relevante incluye todos los bienes que, desde el punto de vista del consumidor, son sustituibles por sus características, precios o usos (bienes o servicios que satisfacen las mismas necesidades en condiciones similares).
92. Al respecto, mediante escrito del 25 de febrero de 2010, E&B señaló que el mercado de producto relevante estaba constituido por la comercialización de productos de Gloria, siendo el más importante, la leche evaporada.
93. Por su parte, mediante escritos del 18 de enero de 2012, Feria Pucallpa y Gloria señalaron que el mercado de producto relevante no estaba constituido únicamente por la leche evaporada, sino también por sus productos sustitutos como la leche en polvo y la leche fresca.
94. Como se explicará más adelante, Feria Pucallpa suministró los productos de Gloria a E&B como cliente distribuidor y ambas competían en la venta a clientes mayoristas. Además, cabe precisar que el producto de mayor comercialización de Feria Pucallpa fue la leche evaporada, y el principal producto que E&B adquirió del Grupo Gloria fue también la leche evaporada, el cual representó más del 80% de sus compras.
95. En ese orden de ideas, considerando que el principal producto comercializado por Feria Pucallpa y E&B es la leche evaporada y que, en consecuencia, la conducta investigada se encuentra relacionada con la venta de dicho producto a clientes distribuidores, esta Comisión considera que la delimitación del mercado de producto relevante deberá considerar los productos que sean sustitutos adecuados de la leche evaporada, desde el punto de vista de los distribuidores.
96. Asimismo, la sustituibilidad entre productos, para los distribuidores, estará determinada por la sustituibilidad entre dichos productos, desde el punto de vista de sus clientes, esto es, los mayoristas y minoristas (los que, a su vez, reflejan las preferencias de los consumidores finales)³¹.

31

Sobre la influencia de las preferencias de los consumidores finales en la sustituibilidad entre productos para los compradores directos, las Directrices relativas a las restricciones verticales de la Comisión Europea señalan: *En caso de distribución de bienes finales, serán las preferencias de los consumidores finales las que influirán o determinarán, por lo general, qué son sustitutos para los compradores directos. Un distribuidor, en calidad de revendedor, no puede ignorar las preferencias de los consumidores finales cuando adquiere bienes finales.*





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001936

97. En ese sentido, para la definición del mercado de producto relevante no sólo se debe considerar a aquel que es materia de la controversia sino a otros productos que, por sus características, usos y precios satisfagan las mismas necesidades de un número significativo de consumidores. Por esta razón, el análisis se realizará a partir de las características del producto leche evaporada, con el objeto de determinar sus posibles sustitutos desde el punto de vista de los consumidores.
98. En el Perú, la leche evaporada es el producto lácteo que mayormente se comercializa, seguido por la leche fresca ultra pasteurizada (UHT) y la leche en polvo. No obstante, existen otros tipos de leche, como la leche fresca pasteurizada.
99. La leche evaporada es aquella que se obtiene mediante la eliminación parcial del agua de la leche³², por calor o por cualquier otro procedimiento que permita obtener un producto con la misma composición y características³³. Tiene un tiempo de vida útil aproximado de 9 meses³⁴.
100. La leche fresca ultra pasteurizada (UHT) es el producto homogenizado que ha sido sometido durante 2 a 4 segundos a una temperatura entre 130 °C y 150 °C, mediante un proceso térmico de flujo continuo, inmediatamente enfriado a menos de 32 °C y envasado bajo condiciones asépticas en envases estériles y herméticamente cerrados. Tiene un tiempo de vida útil aproximado de 6 meses³⁵.
101. La leche pasteurizada es elaborada a partir de 100% leche fresca, sin adición de leche en polvo, reconstituyentes químicos, preservantes o grasas vegetales. Tiene un tiempo de vida útil aproximado de 12 a 14 días³⁶. La leche pasteurizada

Comunicaciones procedentes de las Instituciones, Órganos y Organismos de la Unión Europea. Comisión Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales, (2010/C 130/01). COMUNIDAD EUROPEA, 2000, pág. 20. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDE>.

En similar sentido, se encuentran las decisiones de esta Comisión recaídas en los siguientes casos: RA & CAS S.R.L. en contra de Fábrica de Gaseosas Huacho S.A.C. (Resolución 001-2001-INDECOPI/CLC del 31 de enero de 2001) y; Depósito Santa Beatriz S.R.L., Eleodoro Quiroga Ramos S.R.L. y Comercial Quiroga S.R.L. en contra de Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (Resolución 006-2003-INDECOPI/CLC del 14 de mayo de 2003). En la página 13 de la primera resolución, esta Comisión señaló lo siguiente: (...) *si la relación bajo análisis es la existente entre productor – distribuidor, los productos sustitutos para el distribuidor están influenciados o determinados por las preferencias del consumidor final, dado que el distribuidor siempre toma en cuenta el mercado de reventa. Por ello, la determinación del producto relevante debe hacer énfasis en este último mercado.*

³² La denominación de "leche" sin especificación de la especie productora corresponde exclusivamente a la leche de vaca según Norma Técnica Peruana 202.002.2007.

³³ Las materias primas utilizadas son la leche, leche en polvo, crema, crema en polvo y los productos a base de grasa de leche. Para ajustar el contenido de proteínas se puede utilizar retentado de leche, perneado de la leche y lactosa. Los ingredientes autorizados son agua potable y cloruro de sodio. Fuente: Norma Técnica Peruana 202.002.2007.

³⁴ Saéz, Enrique. *Leche Gloria revalida sus éxitos en los mercados exteriores*. En: Industria alimenticia. Volumen 4. Abril de 2002, pág. 18.

³⁵ Saéz, Enrique. Óp. cit.

³⁶ Disponible en: http://www.lamolina.edu.pe/cproduccion/pp/prod_leche.htm.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

001937

es el producto que ha sido sometido a un proceso térmico, a una temperatura y durante un periodo de tiempo necesario para destruir todos los gérmenes patógenos.

102. La leche en polvo es el producto que se obtiene por la eliminación casi total del agua de la constitución de la leche.
103. La mayor parte de la comercialización de leche evaporada se realiza a través de envases de lata. Sin embargo, existen otros tipos de envase como la bolsa y la caja tetrapack³⁷. La comercialización de la leche fresca ultra pasteurizada se realiza en caja y bolsa³⁸ y la de la leche en polvo se realiza en sobre y lata³⁹.
104. Con el objeto de identificar el grado de sustitución entre los distintos tipos de leche, a continuación, se analizarán determinados indicadores.

i.a. Niveles de consumo

105. En el siguiente cuadro se presenta el consumo aparente a nivel nacional, expresado en miles de litros y porcentajes, de los tres tipos de leche⁴⁰. Cabe precisar que, considerando que los tres tipos de leche presentan diferentes características físicas (por la extracción de agua de la leche), la información se encuentra expresada en unidades comparables a la leche fresca UHT (fluida)⁴¹.

³⁷ Disponible en: http://www.gloria.com.pe/Gevaporada_entera.html,
<http://laiveesvida.com/catalogo-de-productos/leches-vaca-soya/> y
<http://www.nestle.com.pe/Productos/Lacteos/Pages/Lacteos.aspx>

³⁸ Disponible en: http://www.gloria.com.pe/Guht_entera.html y <http://laiveesvida.com/catalogo-de-productos/leches-vaca-soya>.

³⁹ Disponible en: http://www.gloria.com.pe/vida_intantaneaPolvo.html y,
<http://www.nestle.com.pe/Productos/Lacteos/Pages/Lacteos.aspx>.

⁴⁰ Leche evaporada, leche fresca (que incluye leche UHT y pasteurizada) y leche en polvo.

⁴¹ El factor de conversión para la leche evaporada fue 1,28 lata de 410 gramos de leche evaporada equivale a 1 litro de leche fresca (fluida). Fuente: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPÍ). Precio por producto comparativo. Disponible en:
<http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/noticias/5/2008/1-442/Leche.pdf>.

El factor de conversión para la leche en polvo fue 118 gramos de leche en polvo equivale a 1 litro de leche fresca (fluida). Fuente: PISKULICH, Rolando. Gerente de la Asociación de Industriales lácteos. Disponible en:
<http://www.scielo.org.pe/pdf/rivep/v12n2/a06v12n2.pdf> y
<http://www.odepa.gob.cl/odepaweb/publicaciones/doc/2276.pdf>.

Cabe señalar que, para el cálculo de consumo aparente de la leche en polvo, no se ha considerado las importaciones de leche en polvo que se utiliza como insumo para la producción de otro tipo de leche.



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI**

Cuadro 1
Consumo aparente de leches industrializadas
(En miles de litros y porcentajes)

Año	2007		2008		2009		2010	
Unidades	Miles de l	(%)	Miles de l	(%)	Miles de l	(%)	Miles de l	(%)
Leche evaporada	683 865	90,5	697 034	87,1	647 808	85,8	722 409	85,5
Leche fresca	67 349	8,9	95 713	12,0	107 092	14,2	122 361	14,5
Leche en polvo	4 491	0,6	7 575	0,9	285	0,0	316	0,0
Consumo aparente	755 705	100,0	800 322	100,0	755 183	100,0	845 086	100,0

Fuente: INEI, SUNAT y MINAG
Elaboración: Secretaría Técnica

106. Como se puede apreciar, para el periodo 2007 – 2010, los niveles de consumo aparente de leche evaporada, leche fresca y leche en polvo registraron porcentajes entre 85,5% y 90,5%, 8,9% y 14,5% y 0,0% y 0,6%, respectivamente, en relación con el consumo total de leches industrializadas. De esta manera, es posible afirmar que el consumo de leche evaporada es significativamente superior al consumo de los otros tipos de leche, lo que podría ser un primer indicador de la inexistencia de sustituibilidad entre la leche evaporada y los demás tipos de leche.

i.b. Preferencia de consumidores y razones de consumo

107. En relación con este indicador, cabe señalar que las agencias de competencia evalúan los resultados de encuestas a consumidores, respecto de sus preferencias y percepciones sobre los atributos de productos supuestamente sustitutos. Ello, con la finalidad de determinar si los consumidores consideran sustituibles dos o más productos, de acuerdo con sus preferencias.
108. En 2002, el Ministerio de Agricultura (Minag) realizó un estudio denominado "Estudio del Mercado de Carne de Res y Productos Lácteos en Lima Metropolitana y Huancayo - Proyecto ZacCanipaco" (en adelante, el Informe del Minag)⁴². Para la elaboración del Informe del Minag, se consideraron encuestas de los niveles de preferencia de leche y sus razones de consumo, según estrato social, para Lima Metropolitana⁴³. En el siguiente cuadro se muestran los resultados de dicho análisis.

⁴² Elaborado por la ingeniera QUISPE SALAS, María Esperanza.

⁴³ El trabajo de campo se basó en la realización de encuestas directas diseñadas *ad hoc* según los objetivos del estudio (investigar la demanda y oferta actual y potencial del producto investigado). Las encuestas fueron dirigidas a las amas de casa en la ciudad de Lima, considerando que ellas son las que deciden la compra, cantidad, lugar y calidad del producto; e informan de los hábitos de consumo de la familia. Se realizó un focus group para el diseño del cuestionario, el cual fue estructurado y conciso (aproximadamente 45 minutos de duración). El tamaño de la muestra fue de 400 hogares, los cuales fueron distribuidos para los 36 distritos. Disponible en: <http://www.infolactea.com/descargas/biblioteca/4.pdf>.



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI**

001939

Cuadro 2**Lima Metropolitana: Nivel de preferencia de leche según estrato social**

Leche	Estrato Social				
	Bajo	Medio Bajo	Medio	Medio Alto	Alto
Evaporada	73,4%	69,0%	58,6%	67,4%	52,6%
Ultra pasteurizada	10,9%	12,3%	20,5%	15,1%	26,3%
Pasteurizada	1,6%	3,9%	3,6%	3,5%	10,5%
En polvo	4,7%	7,9%	7,7%	8,1%	5,3%

Total de encuestados 400 hogares

Fuente y Elaboración: Minag

109. Como se puede apreciar, la leche evaporada fue el producto de mayor preferencia en todos los estratos socioeconómicos con porcentajes de 52,6% hasta 73,4%. La segunda leche preferida fue la leche fresca UHT, con porcentajes de 10,9% hasta 26,3%, seguida de la leche fresca pasteurizada con porcentajes de 1,6% hasta 10,5%. Por último, la leche en polvo alcanzó porcentajes de 4,7% hasta 8,1%.
110. De similar manera, el Informe del Minag muestra las razones por las que las amas de casa prefieren el consumo de las distintas leches. Como se detalla en el siguiente cuadro, se identificó porcentajes similares de preferencia por razones de nutrición y sabor para todos los tipos de leche. Asimismo, se identificó que la leche evaporada se prefiere por ser cremosa, la leche fresca UHT y la pasteurizada, por ser saludables, y la leche en polvo, por ser práctica.

Cuadro 3**Lima Metropolitana: Razones de consumo de leche del estrato medio**

Leche	Nutritiva	Sabor	Cremosa	Saludable	Garantía	Práctica
Evaporada	16,5%	16,5%	13,9%			
Ultra Pasteurizada	22,0%	17,0%		22,0%		
Pasteurizada	22,7%			18,0%		
En polvo	17,4%	15,2%			18,2%	15,2%

Total de encuestados 400 hogares

Fuente y Elaboración: Minag

111. Adicionalmente, cabe precisar que existen diversos informes en los que se detalla que existe una alta preferencia de los consumidores peruanos por el consumo de leche evaporada respecto de los otros tipos de leche⁴⁴.

⁴⁴ Sobre el particular, se pueden revisar los siguientes informes:

- USDA FOREIGN AGRICULTURAL SERVICE. *Peru Food Processing Ingredients*. 2010 y 2011, págs. 8 y 5, respectivamente. Disponible en:
http://gain.fas.usda.gov/Recent%20GAIN%20Publications/Food%20and%20Agricultural%20Import%20Regulations%20and%20Standards%20-%20Narrative_Lima_Peru_1-3-2011.pdf y
<http://static.globaltrade.net/files/pdf/20120120113707613.pdf>
- ZAVALA POPE, Mauricio. *Análisis del Sector Lácteo*. Diciembre de 2010, pág. 21. Disponible en:
http://www.minag.gob.pe/portal/download/pdf/direccionesyoficinas/dgca/analisis_sector_lacteo_peruano.pdf
- UNIVERSIDAD DE PIURA. Escuela de Dirección (PAD). Garrido – Leca, José. El consumidor menos pensado: Perspectivas para el 2010. Penetración Hogares. La leche evaporada tiene una alta penetración en los hogares (95%); mientras que la leche fresca tiene una baja penetración, pág. 39. (Fuente: Ipsos Apoyo –



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

001040

112. De esta manera, en lo que se refiere a la preferencia de los consumidores y las razones de consumo, es posible afirmar que la leche evaporada posee niveles de preferencia distintos al resto de leches.

i.c. Precios

113. Otro elemento importante para evaluar la sustituibilidad entre dos o más productos es el análisis de los niveles de precios de dichos productos⁴⁵. Al respecto, cabe señalar que los productos que pertenecen al mismo mercado relevante deberán tener precios similares. Dicha similitud de precios es el resultado de la competencia entre dichos productos.
114. En ese sentido, en el siguiente cuadro se presentan los precios promedio ponderado trimestrales de leche evaporada y leche fresca y sus variaciones, expresados en soles por litro y porcentajes para el periodo 2007 – 2010. Cabe precisar que la información se encuentra expresada en unidades comparables a la leche fresca (fluida).

Liderazgo en productos comestibles – 2009. Garrido – Leca, José. El consumidor menos pensado: Perspectivas para el 2010. Penetración Hogares

- TAVERA, José; AGUIRRE, Julio; MÁLAGA Ramiro; BOZA, Sandy y Tilisa, ORÉ. *Mercado Lácteo. Observatorio de mercado. Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi.* págs. 7 y 14, respectivamente.
- PROEXPORT COLOMBIA. 2003. Estudio de Mercado Perú – Sector Manufacturas Básicas de Plástico. Programa de Información al Exportador por Internet - Proyecto Cooperación Técnica No Reembolsable No. ATN/MT-7253-CO. Proexport Colombia – BID-FOMIN. Bogotá, Colombia, págs. 20, 40, 62 y 75.
- INDUSTRIA ALIMENTICIA. Saéz, Enrique. *Leche Gloria revalida sus éxitos en los mercados exteriores.* Volumen 13. Abril de 2002, págs. 18.
- Banco Scotiabank, *LACTEOS: Alta concentración y oferta diversificada. Reporte Sectorial.* Departamento de Estudios Económicos. Abril de 2002, pág. 7. Disponible en:
http://www.scotiabank.com.pe/i_financiera/pdf/sectorial/20020430_sec_es_lacteos.pdf.

45

Al respecto, CONRATH señala lo siguiente: Los clientes que hacen una decisión sobre adónde cambiarse obviamente considerarán tanto el precio del posible sustituto y si es un buen sustituto. Entonces, toda práctica de definición de mercado examina la cercanía de un posible sustituto y su precio. (...) ¿Qué otro producto desempeñará la misma función? Una parte esencial de la respuesta es "¿a qué precio?" (...) "el asunto del precio está contenido inherentemente en toda pregunta sobre productos sustitutos. Traducción libre del siguiente texto: Customers making a decision whether to switch obviously would consider both the price of the possible substitute and whether it is a good substitute. Thus all market definition practices examines the closeness of a possible substitute and its price. (...) "What other product will perform the same function?" An essential part of the answer is "At what price?" (...) the issue of price is inherently contained in every question about substitute products. CONRATH, Craig, *Practical Handbook of Antimonopoly Law Enforcement for an Economy in Transition*, World Bank, Washington, 1995, págs.4-4,4-5.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

001941

Cuadro 4
Precios promedio ponderado trimestrales al consumidor de Lima Metropolitana
de leche evaporada y leche fresca
(2007 – 2010)

Trimestre	Precio de leche evaporada (S/. / l)	Precio de leche fresca (S/. / l)	Diferencia de precios (S/. / l)	Diferencia de precios
Ene-Mar07	2,68	2,48	0,20	8,2%
Abr-Jun07	2,70	2,50	0,20	8,0%
Jul-Set07	2,73	2,52	0,21	8,4%
Oct-Dic07	2,93	2,57	0,36	14,0%
Ene-Mar08	3,07	2,59	0,47	18,3%
Abr-Jun08	3,15	2,66	0,49	18,3%
Jul-Set08	3,25	2,72	0,53	19,4%
Oct-Dic08	3,24	2,74	0,50	18,2%
Ene-Mar09	3,19	2,78	0,41	14,6%
Abr-Jun09	3,19	2,80	0,39	13,8%
Jul-Set09	3,18	2,81	0,37	13,1%
Oct-Dic09	3,17	2,81	0,36	13,0%
Ene-Mar10	3,16	2,83	0,33	11,7%
Abr-Jun10	3,16	2,81	0,34	12,2%
Jul-Set10	3,15	2,84	0,32	11,1%
Oct-Dic10	3,16	2,85	0,31	10,9%
Ene-Mar11	3,18	2,87	0,30	10,6%
Abr-Jun11	3,21	3,04	0,17	5,6%
Jul-Set11	3,38	3,11	0,26	8,5%
Oct-Dic11	3,40	3,17	0,23	7,4%

Fuente: INEI

Elaboración: Secretaría Técnica

115. Como se puede apreciar, el precio de la leche evaporada fue superior al de la leche fresca. En efecto, la diferencia de precios que se registró fue entre 10,9% y 19,4% entre el primer trimestre de 2007 y el cuarto trimestre de 2010.
116. Por otro lado, en la información aportada por Feria Pucallpa⁴⁶, se puede apreciar que el precio minorista de la leche evaporada fue superior al precio minorista de la leche en polvo y la diferencia de precios minoristas que se registró entre la leche evaporada y la leche en polvo de la marca Gloria fue 39,9% en el segundo trimestre de 2010⁴⁷.
117. En ese sentido, según el indicador de precios y la evidencia de niveles de consumo antes señalada, aún cuando registró un precio superior al resto de leches industrializadas, la leche evaporada es el producto más consumido, lo sugiere que los otros tipos de leche no serían sustitutos adecuados de este producto.

⁴⁶ Al respecto, ver escrito de Feria Pucallpa del 16 de noviembre de 2011 (lista de precios de Feria Pucallpa).

⁴⁷ Cabe precisar que la diferencia de precios fue similar a nivel mayorista y distribuidor.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



i.d. Jurisprudencia internacional

118. En lo que se refiere a la jurisprudencia internacional, se analizará lo que se ha señalado respecto de la identificación del mercado de producto de un mercado relevante referido a la leche.
119. En el documento "ICN Merger Guidelines Workbook", la Red Internacional de Competencia (ICN) señaló lo siguiente:

La autoridad de competencia de Italia prohibió la fusión entre Granarolo con Centrale del Latte di Vicenza (2001) por su afectación en el sector de lácteos. La autoridad encontró que la transacción habría incrementado los efectos anticompetitivos coordinados en el mercado de venta de leche fresca en la región de Veneto en Italia. La autoridad definió el mercado de producto relevante con referencia a las diferencias en las tasas de perecibilidad, sabores y cualidades nutricionales entre la leche fresca y la leche de larga vida (UHT).⁴⁸

120. Por su parte, en el marco de la operación de concentración económica entre Nestlé Panamá S.A. y Borden Foods, la Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor de República de Panamá señaló lo siguiente:

(...)

La leche UHT es un producto con valores nutritivos similares a los de la leche entera en polvo y la leche pasteurizada que se diferencia por tener mayor durabilidad que la leche pasteurizada (...)

Desde el punto de vista de la demanda la leche en presentación UHT responde usualmente al requerimiento de disponibilidad y oportunidad, permitiendo reducir la frecuencia con la cual se realiza la compra, así como satisfacer requerimientos imprevistos o extraordinarios, reduciendo el riesgo de carencia. Debe admitirse la limitada sustituibilidad de la leche pasteurizada respecto a ésta.

De igual forma, las características organolépticas (propiedades de los cuerpos que se pueden percibir por los sentidos, como la densidad, el sabor, etc.) que caracterizan a la leche fluida y, que de acuerdo a las informaciones disponibles, la diferencian de la leche en polvo determinan situaciones y ocasiones de uso distintas para ambos productos.

⁴⁸ Traducción libre del siguiente texto.

Granarolo / Centrale del latte di Vicenza (2001) The Italian Antitrust Authority prohibited a concentration affecting the dairy sector in its Granarolo / Centrale del latte di Vicenza decision. The Authority found that the transaction would have given rise to anticompetitive coordinated effects on the market for the sale of fresh milk in the Veneto region in Italy. The Authority defined the relevant product market with reference to differences in perishability rates, taste and nutritional qualities between fresh and long-life ("UHT") milk.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. ICN Merger Working Group: Investigation and Analysis Subgroup. ICN MERGER GUIDELINES WORKBOOK. April 2006. pág. 29. Disponible en: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001943

A diferencia de la leche en polvo, la leche UHT no requiere preparación previa para su consumo, aunque debe ser consumida tan pronto como sea posible, una vez abierto el envase.

Diferenciales de precios significativos entre la leche en polvo y la UHT hacen que no pueda ser considerado como un sustituto cercano, al menos entre los estratos de menor poder adquisitivo, a los que corresponde gran parte del consumo de leche.

(...)

La leche de larga duración [UHT] tiene como características ser un producto de elevada calidad y durabilidad. La marcada diferencia de precios existente entre ésta y la leche pasteurizada, aún mayor en el caso de la leche en polvo, define a éste como un mercado separado. (...).

En consecuencia, el análisis de sustituibilidad por el lado de la demanda sugiere que existe una baja propensión a intercambiar el consumo de leche de larga duración por la adquisición de leche pasteurizada e incluso de leche en polvo.

Tomando como base el mercado producto restringido a la leche UHT, (...)⁴⁹

(Subrayado agregado)

121. Como se puede observar en el primer caso, la autoridad utilizó como criterio para la definición del mercado de producto relevante las distintas características de cada tipo de leche, tales como perecibilidad, sabores o cualidades nutricionales. Aplicando dicho criterio en el presente caso, esta Comisión considera que la leche evaporada, por sus características particulares (larga duración y preferencia de los consumidores por su sabor y valor nutricional), no tiene sustitutos adecuados.
122. En el segundo caso, se puede apreciar que la autoridad consideró que la leche fresca ultra pasteurizada se distinguía de la leche fresca pasteurizada y en polvo por sus características organolépticas, situaciones y ocasiones de consumo, forma de preparación y diferenciales de precios. En ese sentido, señaló que la leche fresca ultra pasteurizada pertenecía a un solo mercado, distinto de otros tipos de leche (entre los cuales se podría considerar a la leche evaporada).
123. De acuerdo a lo anterior, considerando la importancia de la venta de leche evaporada para E&B y el Grupo Gloria; que la conducta investigada se realizó en el mercado de venta de leche evaporada a distribuidores; los altos niveles de consumo, las altas preferencias de los consumidores por su consumo, las razones de consumo y los niveles de precios (siendo el producto más caro, es el más consumido y preferido) de la leche evaporada; y lo señalado por la jurisprudencia internacional, esta Comisión concluye que el mercado de producto relevante es el de venta de leche evaporada a clientes distribuidores.

49

Resolución 149-00 del 24 de julio de 2000. Disponible en:
<http://ebookbrowse.com/resolucion-concentracion-nestle-borden-08-25-2009-01-45-50-p-m-pdf-d78733806>.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001944

ii. Mercado geográfico relevante

124. La delimitación del mercado geográfico relevante consiste en identificar a todas aquellas fuentes de aprovisionamiento del producto relevante que determinan la existencia de una zona con condiciones de competencia suficientemente homogéneas, de tal manera que se distingue de otras zonas geográficas en donde prevalecen condiciones de competencia distintas⁵⁰.
125. Al respecto, de acuerdo con la información provista por el Grupo Gloria y E&B⁵¹, durante el periodo investigado, Feria Pucallpa y E&B realizaron operaciones comerciales en la Región Ucayali⁵².
126. En ese sentido, para definir el mercado geográfico relevante, a continuación se evaluarán determinados indicadores.

ii.a. Flujos comerciales

127. Como se detalla a continuación, para el periodo 2007 – 2010, la producción anual de leche evaporada fue de 384, 398, 363 y 409 miles de toneladas; el consumo aparente fue de 358, 365, 339 y 379 miles de toneladas; y la exportación fue de 25, 32, 23 y 30 miles de toneladas, aproximadamente. Asimismo, en 2008, la importación de leche evaporada fue de 9 toneladas mientras que, durante 2007, 2009 y 2010 no se registraron importaciones.

⁵⁰ La Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia de la Comisión Europea señala lo siguiente:

8. El mercado geográfico de referencia se define como sigue:

El mercado geográfico de referencia comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas.

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), COMUNIDAD EUROPEA, Diario Oficial C372 del 9 de diciembre de 1997, págs. 0005 – 0013. Disponible en:
[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997Y1209(01):ES:HTML).

En esta definición de mercado geográfico, con "empresas afectadas" la Comisión Europea identifica, en los casos de abuso de posición de dominio, a las empresas objeto de la investigación o los denunciantes, de acuerdo a lo establecido en la nota 2 del referido documento.

⁵¹ Escrito de E&B del 5 de abril de 2009.

⁵² La Región Ucayali está conformada por cuatro provincias Atalaya, Coronel Portillo, Padre Abad y Purus. La primera provincia tiene cuatro distritos: Raymondi, Sepahua, Tahuania y Yurua; la segunda tiene siete distritos: Callería, Campoverde, Iparia, Manantay, Masisea, Nueva Requena y Yarinacocha; la tercera tiene tres distritos: Curimana, Irazola y Padre Abad; y la última tiene un distrito del mismo nombre.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

Cuadro 5
Producción, importación y exportación de leche evaporada

Año	Producción (t)	Importación (t)	Exportación (t)	Consumo aparente (t)	Importación / Consumo aparente	Exportación / Consumo aparente
2007	384 012		25 120	358 893	0%	7%
2008	397 825	9	32 030	365 804	0%	9%
2009	363 596		23 627	339 968	0%	7%
2010	409 469		30 348	379 120	0%	8%

Fuente: INEI y Sunat

Elaboración: Secretaría Técnica

128. Como se puede observar, para el periodo 2007 – 2010, las importaciones de leche evaporada no fueron significativas, a pesar de que durante dicho periodo el precio de venta de la leche en el mercado nacional se incrementó⁵³.
129. En ese sentido, es posible afirmar que el mercado extranjero no forma parte del mercado geográfico relevante.

ii.b. Horizontal Merger Guidelines

130. Las Horizontal Merger Guidelines (en adelante, las HMG) son un documento elaborado por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio de Estados Unidos y se aplica en los casos de fusiones horizontales. Este documento establece una metodología de definición de mercado relevante basada en la ubicación de los productores o clientes. Precisamente, en las HMG se señala que, en ausencia de discriminación de precios basada en la ubicación de los clientes, las agencias normalmente definen los mercados geográficos en base a la ubicación de los productores. Asimismo, si la discriminación de precios en base a la ubicación de los clientes es factible, como es frecuente cuando el sistema de precios de entrega es utilizado comúnmente en la industria, las agencias pueden definir mercados geográficos en base a la ubicación de los clientes⁵⁴.

⁵³ Al respecto, ver el Cuadro "Precios promedio ponderado trimestrales al consumidor de Lima Metropolitana de leche evaporada y leche fresca".

⁵⁴ Traducción libre del siguiente texto: *In the absence of price discrimination based on customer location, the Agencies normally define geographic markets based on the locations of suppliers, as explained in subsection 4.2.1. In other cases, notably if price discrimination based on customer location is feasible as is often the case when delivered pricing is commonly used in the industry, the Agencies may define geographic markets based on the locations of customers, as explained in subsection 4.2.2.*

2010 Horizontal Merger Guidelines, pág.13. Ob. Cit. Disponible en: <http://ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>.

La Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia de la Comisión Europea señala lo siguiente: "Diferentes categorías de clientes y discriminación de precios. La dimensión de un mercado puede reducirse si se considera un grupo diferenciado de consumidores, que puede constituir un mercado diferenciado y más reducido para el producto considerado cuando dicho grupo puede ser objeto de una discriminación de precios. Esto ocurrirá generalmente cuando se cumplan dos condiciones: a) que sea posible identificar claramente a qué grupo pertenece un cliente determinado en el momento de venderse los productos considerados, y b) que no sean realizables los intercambios entre consumidores o el arbitraje por parte de terceros."

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia (...), Ob. Cit.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001946

131. Teniendo en cuenta lo establecido en las HMG, esta Comisión procederá a analizar cómo es la comercialización de leche evaporada en el Perú.
132. A nivel nacional, las principales empresas que realizan operaciones de producción y distribución de leche evaporada son Gloria, Nestlé y Laive.
133. Gloria cuenta con plantas de producción de leche evaporada en las regiones de Lima y Arequipa. La distribución de leche evaporada se realiza a nivel nacional, a través de Deprodeca S.A. (en adelante, Deprodeca) y Feria Pucallpa (sus empresas vinculadas). Deprodeca cuenta con oficinas y almacenes ubicados en Lima, Piura, Chiclayo, Trujillo, Huancayo, Ica, Arequipa, Cusco, Juliaca y Tacna y abastece leche evaporada directamente a todos los distribuidores ubicados en dichas zonas. Feria Pucallpa cuenta con una oficina en Pucallpa, Región Ucayali, y abastece leche evaporada directamente a los distribuidores, autoservicios y mayoristas de dicha región.
134. Nestlé cuenta con plantas de producción de leche evaporada en la región Lima. La distribución de leche evaporada la realiza a nivel nacional, utilizando para ello una empresa independiente que presta el servicio de transporte.
135. Laive cuenta con plantas de producción de leche evaporada en la región Lima. La distribución de leche evaporada la realiza a nivel nacional. No obstante, Laive no distribuye directamente sus productos en la Región Ucayali.
136. Para la distribución nacional, Gloria cuenta con oficinas establecidas en las distintas regiones de distribución en el territorio nacional. Por su parte, Nestlé lleva el producto hasta la región de distribución.
137. La política de fijación de precios de Gloria consiste en tener un listado de precios a nivel nacional⁵⁵. Dicho listado contiene los precios de la leche evaporada, en sus diversas presentaciones y marcas, para cada uno de sus niveles de distribución (distribuidores⁵⁶, mayoristas de Lima y otros agentes de comercialización)⁵⁷. Así, la producción de leche evaporada de las plantas de las regiones de Lima y Arequipa es distribuida a nivel nacional, a través de una política de precios puestos en destino o precios de entrega.
138. En ese sentido, considerando que los productores de leche evaporada pueden establecer un listado de precios que refleja un precio para cada uno de los

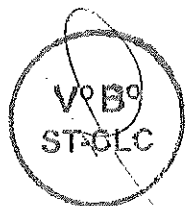
⁵⁵ Al respecto, Gloria señaló: "Deprodeca y Gloria son quienes determinan cuáles son los precios de venta de los productos Gloria. Así, son estas quienes remiten a Feria Pucallpa – empresa que también forma parte del Grupo Gloria y cuyas actividades se desarrollan en la Región Ucayali – los precios en los que corresponderá ofrecer los productos a los mayoristas, autoservicios, entre otros."

Una vez que los productos han sido adquiridos – al precio fijado en la lista de precios – los diversos distribuidores son libre de cobrar el precio que deseen según su propia política comercial."

Escrito de Gloria del 26 de octubre de 2006.

⁵⁶ Para todos los distribuidores, sin diferenciar por zona geográfica.

⁵⁷ Dicho listado contiene el precio por unidad de medida de venta por producto e incluye el impuesto general a las ventas (IGV). Escrito del 6 de enero de 2012.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001047

niveles de distribución, sin diferenciar por la ubicación de cada distribuidor; utilizan un sistema de precios en destino; y ubican oficinas en las distintas regiones del país o trasladan el producto al punto de venta del cliente; es posible realizar una discriminación de precios de la leche evaporada.

139. Por tanto, de acuerdo a la metodología planteada por las HMG, esta Comisión considera que es posible definir el mercado geográfico relevante en función de la ubicación de los clientes. En este caso en particular, el mercado geográfico relevante sería la Región Ucayali, puesto que E&B opera en dicha zona.

ii.c. Costos de transporte

140. Los costos de transporte juegan un rol preponderante en el análisis del mercado geográfico relevante pues, cuanto más elevado sea el costo de transporte del producto desde la zona de origen a la zona de destino, la posibilidad de que un consumidor se abastezca de un proveedor distinto es limitada o nula.
141. Cuando se trata de bienes de bajo precio en relación a su volumen o peso, el costo de transporte tiene una incidencia mayor sobre el valor del producto. Esta circunstancia suele generar que se definan mercados geográficos relevantes con ámbitos más restringidos. Por el contrario, cuando se trata de bienes de alto precio por unidad de volumen o peso, los mercados geográficos tienden a ser más amplios.
142. Por razones metodológicas, se asume que, si el precio del producto en un área distante al área local más los costos de transporte (de llevar el producto desde el área distante hasta el área local) exceden significativamente el precio del producto en el área local; el área distante no debe ser incluida como parte del mercado geográfico relevante⁵⁸.
143. Asimismo, Laive señaló lo siguiente:

Debido a la lejanía de la Región Ucayali –de Lima a dicha región un camión se puede demorar alrededor de 20 horas en temporada seca - Laive no abastece directamente dicha región, puede que existan algunos de nuestros productos en ese mercado debido a la acción de intermediarios independientes, pero es una información que no maneja nuestra empresa.

(Subrayado agregado)

144. Por su parte, Nestlé señaló lo siguiente:

*Los costos de transporte de la planta de leche evaporada hacia la Región Ucayali son costos estimados. El transporte a las regiones en cuestión se realiza consolidando la carga de leche con otros productos del portafolio, repartiéndose el costo del flete entre estos*⁵⁹.

⁵⁸ Sobre el particular, ver Resolución 006-2003-INDECOPI/CLC del 14 de mayo de 2003. Disponible en: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/publicaciones/5/2003/1-98/7/9/Resol006-2003.pdf>.

⁵⁹ Escrito del 25 de noviembre de 2011 de Nestlé, pág. 2.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001948

(...)

(Subrayado agregado)

145. Como se puede apreciar, si bien Nestlé traslada la leche evaporada hasta la ubicación del cliente, los costos de transporte se calculan consolidando diversos productos de su portafolio, entre los que se reparte el flete; mientras que Laive no abastece a la Región Ucayali debido al factor distancia.

146. Ello quiere decir que la distancia entre la Región Ucayali y las zonas donde se ubican las plantas de producción es un factor importante que podría afectar la posibilidad de encontrar otras fuentes alternativas de aprovisionamiento de leche evaporada, para un agente en el nivel comercial en el que operaba E&B, distintas a las disponibles en la Región Ucayali.

147. Ciertamente, para definir el mercado geográfico es necesario evaluar no sólo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos para atender al comprador, sino también la capacidad que tiene este último de abastecerse de distintos proveedores.

148. En particular, siendo la denunciante una empresa que se encontraba en un nivel inferior de la cadena de comercialización de leche evaporada (distribuidor), y que, por tanto, no contaba con la capacidad operativa ni financiera suficiente para abastecerse directamente de las plantas de producción, las alternativas de aprovisionamiento de leche evaporada que tenía se encontraban restringidas a que los productores, ya sea por la existencia de un distribuidor regional (como Feria Pucallpa) o un sistema de transporte idóneo (como Nestlé), colocaran el producto a su disposición en la Región Ucayali.

Adicionalmente, cabe destacar que, más allá de los costos involucrados, debido a la configuración de los sistemas de distribución de las empresas productoras, es poco probable que un distribuidor de la Región Ucayali pueda ser atendido en las plantas de producción. En efecto, Gloria opera con distribuidores regionales (Deprodeca y Feria Pucallpa) y Nestlé traslada los productos a las distintas regiones, fijando precios en destino.

149. En similar sentido, mediante escrito del 22 de abril de 2010, Feria Pucallpa identificó como competidores, para el periodo comprendido entre junio de 2007 y febrero de 2010, a aquellas empresas que tenían como zona de influencia la Región Ucayali. Por tanto, desde el punto de vista de los costos de transporte, se podría considerar a la Región Ucayali como el mercado geográfico relevante.

150. En conclusión, considerando la política de producción y distribución de la industria; la política de precios; la aplicación de la metodología de las HMG para la definición de mercados relevantes en base a la ubicación de clientes; los costos de transporte; la capacidad operativa y financiera de la denunciante; y la declaración de Feria Pucallpa sobre la zona de influencia de sus competidores; esta Comisión concluye que el mercado geográfico relevante está constituido por la Región Ucayali.



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPÍ**

001949

IV.3. Posición de dominio

151. Habiendo definido el mercado relevante como el de venta de leche evaporada a clientes distribuidores en la Región Ucayali, corresponde determinar si el Grupo Gloria ostenta posición de dominio en dicho mercado relevante.
152. Para determinar la posición de dominio del Grupo Gloria, se debe analizar si posee la capacidad para influir, de manera sustancial, en las condiciones de oferta o demanda del mercado, sin que los demás agentes económicos (competidores, proveedores o clientes) tengan la capacidad para disciplinar su comportamiento. En ese sentido, se debe estudiar la fortaleza de dicho agente económico 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 aspectos como las condiciones estructurales del mercado, a saber, el número y tamaño de los competidores, las características de la oferta y de la demanda o la existencia de barreras de entrada. A continuación, se analizarán dichos aspectos.

i. Cuotas de mercado

153. La cuota de mercado del agente investigado y las de sus competidores actuales, así como el comportamiento de éstas a lo largo del tiempo son indicadores de la posible existencia de posición de dominio del agente investigado.
154. Al respecto, se ha considerado que altas cuotas de mercado (por ejemplo, mayores a 50%) sostenidas a lo largo del tiempo (por ejemplo, durante tres años) podrían indicar la existencia de una posición de dominio⁶⁰. Asimismo, en relación a las cuotas de mercado de los competidores, se ha considerado que mientras posean cuotas de mercado significativamente más bajas que el agente investigado, una alta cuota de mercado de éste podría indicar la existencia de posición de dominio. Por el contrario, la existencia de competidores actuales con cuotas de mercado significativas reflejaría la existencia de agentes en el mercado con capacidad de impedir un comportamiento anticompetitivo del agente investigado.
155. En el siguiente cuadro, se presentan las cuotas de mercado que alcanzó FERIA Pucallpa en la comercialización de leche evaporada durante el periodo comprendido entre junio de 2007 y junio de 2010⁶¹ en Pucallpa, principal ciudad de la Región Ucayali.

V7



⁶⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, recaída en el caso 62/86, AKZO Chemie B. V. c. Comisión, del 3 de julio de 1991, pág. I-3359.

⁶¹ Gloria señaló que las unidades para calcular las cuotas de mercado fueron miles de litros; además, el proceso de homogenización de las unidades fue realizada en base a litros consumidos. Estudio de mercado elaborado por Agencia Kantar Panel.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



Cuadro 6
Cuotas de mercado promedio de leche evaporada
Región Ucayali

Periodo	Ago - Dic 2007	2008	2009	Ene - Mar 2010
Grupo Gloria	81,6%	84,3%	83,5%	86,3%
Otros	18,4%	15,7%	16,5%	13,7%

Fuente: Feria Pucallpa. Escrito del 23 de abril de 2010.

Elaboración: Secretaría Técnica

156. Como se puede observar, el Grupo Gloria ha mantenido a lo largo del tiempo importantes cuotas de mercado en el mercado relevante. Estas altas cuotas de mercado, sostenidas a lo largo del tiempo, serían un primer indicador de posición de dominio en el mercado relevante.

ii. Preferencias del consumidor

157. En la Región Ucayali, principalmente, se comercializa leche evaporada de las marcas del Grupo Gloria y Nestlé. En particular, el Grupo Gloria comercializa las marcas Gloria y Pura Vida.
158. De acuerdo al documento denominado "Estudio de mercado: Comercialización de leche y derivados"⁶² de setiembre de 2006, en el cual se analizaron los resultados de encuestas respecto de las marcas de leche de mayor consumo en algunas provincias ubicadas en la Región Ucayali, se determinó que las marcas Gloria y Pura Vida eran las de mayor reconocimiento y preferencia por parte de los consumidores, como se detalla a continuación:

⁶² Estudio de mercado: Comercialización de leche y derivados. Pucallpa, Setiembre 2006. El consultor del estudio fue el HILARIO RIVAS, Jorge Luis y la coordinadora del estudio fue NIETO GODOY, Luz Mary.

El trabajo de investigación de campo se realizó mediante encuestas las cuales fueron obtenidas de las amas de casa de las principales ciudades de las provincias de Coronel Portillo y Padre Abad, considerando que ellas son las que deciden la compra, cantidad, lugar, así como la calidad de los productos en investigación, y que dan cuenta de los hábitos de consumo de su familia.

El cuestionario aplicado a las amas de casa fue diseñado de forma estructurada y concisa (aprox. 30 minutos de duración) con la finalidad de estimar el consumo directo de productos lácteos de los hogares, así como medir el nivel de aceptación de los productos lácteos que ofertará la planta industrial de Neshuya, como alternativa a los productos lácteos que entrega los programas sociales (municipalidades, Programa Nacional de Asistencia Alimentaria - Pronaa, Ministerio de Salud etc.).

El diseño de muestreo de los hogares y de los establecimientos comerciales se estructuró a través de la técnica del Muestreo multietápico y luego aleatorizada, fue proporcionalmente al tamaño de hogares de los distritos. Se eligió un tamaño de muestra de 390 hogares, que corresponden a una muestra significativa y representativa del universo de hogares de los principales distritos de las provincias de Coronel Portillo y Padre Abad.

Se ha considerado a las provincias de Coronel Portillo y Padre Abad, como el mercado objetivo, debido a que se encuentra la mayor concentración de población urbana departamental, con sus 5 distritos: Callería, Yarinacocha, Campo Verde, Irazola y Aguaytia.

Disponible en: <http://es.scribd.com/Seoplayer/d/29528827-null>.

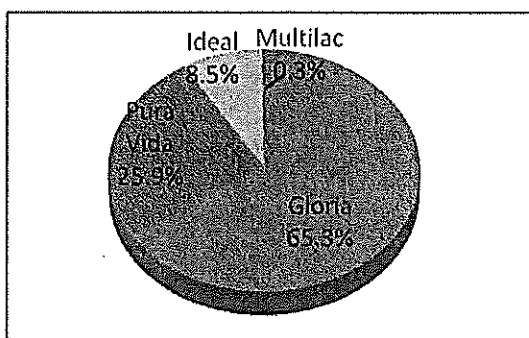


Cuadro 7
Marcas de leche que consumen con mayor frecuencia

¿Qué marca de leche consume en su hogar con mayor frecuencia?		
Marcas	Frecuencia	Porcentaje
Gloria	247	65,3%
Pura Vida	98	25,9%
Ideal	32	8,5%
Multilac	1	0,3%
Total	378	100,0%

Fuente: Hilario Rivas y otros.
Elaboración: Secretaría Técnica

Gráfico 3
Marcas de leche que consumen con mayor frecuencia



Fuente: Hilario Rivas y otros
Elaboración: Secretaría Técnica

159. Como se puede apreciar, los consumidores de la Región Ucayali consumen con mayor frecuencia leche evaporada de las marcas Gloria y Pura Vida, ambas del Grupo Gloria, con el 65,3% y el 25,9% de las preferencias, respectivamente.
160. En ese sentido, existe una importante preferencia de los consumidores de la Región Ucayali por las marcas que el Grupo Gloria comercializa, circunstancia que reforzaría la hipótesis de una posición de dominio.

iii. Barreras de entrada

161. Las barreras de entrada son factores que impiden o disuaden el ingreso de empresas nuevas en un mercado. Así, bajas barreras de entrada podrían disciplinar el comportamiento del agente investigado, eliminando la posibilidad de que tenga posición de dominio. Al contrario, altas barreras de entrada podrían reforzar la posición de dominio del agente investigado en el mercado relevante.
162. En general, las barreras de entrada deben ser evaluadas en términos del costo y tiempo relativo en el que las empresas nuevas incurrirían para ingresar al mercado y en función a la probabilidad de que dichas empresas estén dispuestas a correr con el costo y el riesgo que ello implica.
163. Sobre el particular, es posible identificar diversas características de la operación del Grupo Gloria que representan fortalezas y, al mismo tiempo, elementos que podrían disuadir el ingreso de empresas nuevas al mercado.

Por ejemplo, a nivel de la Región Ucayali, Feria Pucallpa es el único distribuidor regional establecido y que, además, está verticalmente integrado con Gloria⁶³. A nivel nacional, el Grupo Gloria cuenta con una red de distribución que le permite

⁶³

Las actividades comerciales que realiza Feria Pucallpa son ejecutadas y coordinadas con los ejecutivos de Deprodeca y Gloria, coordinando la actuación en el mercado a efectos que cumplir con los objetivos de venta de los productos de Gloria. Escrito del 26 de octubre de 2011 de Gloria.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001952

abastecer a todo el territorio nacional⁶⁴. Estas características podrían disuadir el ingreso de nuevos agentes al mercado relevante, debido al riesgo de tener que enfrentar a un agente económico con las fortalezas del Grupo Gloria.

164. Otros elementos que podrían haber disuadido el ingreso de nuevos competidores son que el Grupo Gloria tiene una capacidad instalada ociosa en la producción a nivel nacional de 32,3%, 34,1% y 24,3% para los años 2008, 2009 y 2010, respectivamente⁶⁵; y, asimismo, la integración vertical de sus actividades desde la producción hasta el transporte, la producción, el envasado y la distribución de la leche evaporada⁶⁶.
165. Al respecto, las denunciadas han señalado en sus Alegaciones que el Grupo Gloria no tendría posición de dominio debido a que sus competidores actuales podrían disciplinar su comportamiento. Sin embargo, esta Comisión considera que, de acuerdo al análisis realizado, el Grupo Gloria posee ciertas características (por ejemplo, la tenencia de marcas que cuentan con el mayor reconocimiento de los consumidores en el mercado relevante y la operación a través de un distribuidor regional establecido y verticalmente integrado) que determinan que sus competidores actuales representen una fuente limitada de competencia efectiva en el mercado relevante⁶⁷. Dicha situación se ve reflejada en la cuota de mercado que tiene el Grupo Gloria en el mercado relevante, que se ha mantenido en niveles superiores al 80% en los últimos años.

⁶⁴ Al respecto, APOYO & ASOCIADOS señaló lo siguiente:

"La amplia cobertura a nivel nacional constituye una fortaleza ya que es una fuerte barrera para la entrada de nuevos competidores en el mercado".

Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C. Clasificadora de Riesgo. *Informe Anual de Gloria*. Mayo de 2011, págs. 1 y 4.

De acuerdo a la información publicada en la web de Gloria, ésta cuenta con subdistribuidores en Lima, Piura, Chiclayo, Trujillo, Chimbote, Cajamarca, Huacho, Ica, Chíncha, Huancayo, Ayacucho, Iquitos, Tarapoto, Moyabamba, Pucallpa, Arequipa, Juliaca, Cusco, Tacna y Moquegua. En la Región Ucayali, además de distribuir a subdistribuidores abastecía a mayoristas, autoservicios y otros agentes de comercialización.

⁶⁵ Apoyo & Asociados. Informe anual de abril de 2009, mayo de 2010 y mayo de 2011.

⁶⁶ Al respecto, Class & Asociados señaló lo siguiente:

Gloria ha integrado en forma vertical una parte importante de sus operaciones, abarcando todo el proceso de producción de los productos lácteos, empezando desde la producción lechera hasta el acopio, el transporte, la producción, el envasado y la distribución. Esto se ha logrado gracias a sus propias líneas de producción y a la participación de empresas vinculadas, tales como: Grupal (para los envases), Casagrande y Cartavio (proveedores de azúcar), Raciemsa (servicios de transporte) y Deprodeca (logística de distribución). (...)

Una de las principales fortalezas de la industria láctea en el Perú es su integración vertical, pues las tres principales empresas se encargan del acopio de leche fresca (su principal insumo), de su procesamiento, del envasado y de su distribución, lo cual permite no sólo obtener importantes economías de escala sino también crear barreras de entrada frente a posibles nuevos competidores.

CLASS & ASOCIADOS S.A. Clasificadora de Riesgo. *Fundamento de Clasificación de riesgo Gloria S.A.* Al 30 de setiembre de 2011. pág. 9. Disponible en: <http://www.classrating.com/Gloria.pdf>.

En ese mismo sentido, Apoyo & Asociados Internacionales S.A.C. Clasificadora de Riesgo. *Informe Anual de Gloria*. Mayo de 2011, págs. 1 y 4.

⁶⁷ Para mayor detalle, ver la Sección IV.1 del Informe Técnico.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001953

166. Por otro lado, las denunciadas han señalado en sus Alegaciones que no existirían barreras de entrada, a propósito de la afirmación de Nestlé en el sentido que las maquinarias y equipos utilizados en la producción de leche no representaban costos hundidos. Al respecto, cabe señalar que la presencia de costos hundidos no es la única fuente de barreras de entrada sino que pueden existir otras características de los mercados que dificulten el ingreso de nuevos competidores. Anteriormente, se ha hecho referencia a las fortalezas del Grupo Gloria que podrían disuadir el ingreso de nuevos competidores al mercado relevante. Adicionalmente, cabe indicar que el mercado de producción y comercialización de leche industrializada en el Perú ha sido caracterizado como un mercado con altas barreras de entrada⁶⁸.
167. Finalmente, las denunciadas han afirmado en sus Alegaciones que en el presente caso estamos ante un mercado contestable, puesto que E&B, ante el cambio de su condición por parte del Grupo Gloria, pasó rápidamente a distribuir los productos de Nestlé. Al respecto, cabe señalar que un mercado contestable debe cumplir tres condiciones: i) las nuevas firmas no enfrentan desventajas frente a las firmas establecidas en la industria, lo que significa que las nuevas firmas tienen acceso a la misma tecnología de producción, precios de insumos e información respecto de la demanda; ii) no existen costos hundidos, todos los costos asociados con la entrada son completamente recuperables; y iii) el tiempo para la entrada de una nueva firma debe ser menor al tiempo que le toma a la firma establecida responder con un ajuste de precio para evitar la competencia⁶⁹. Sin embargo, las denunciadas no han demostrado el cumplimiento de estos requisitos sino que se han limitado a relacionar la presunta existencia de un mercado contestable con el hecho de que E&B pasó a distribuir los productos de Nestlé en el mercado relevante, circunstancia que no tiene relación con la presunta contestabilidad del mercado.
168. Por lo tanto, considerando las altas cuotas de mercado del Grupo Gloria a nivel regional; la presencia de un distribuidor regional establecido y verticalmente integrado con Gloria; las preferencias de los consumidores de la región por las marcas del Grupo Gloria; la existencia de capacidad instalada ociosa por parte del Grupo Gloria y la integración vertical de sus actividades desde la producción

⁶⁸ BANCO SCOTIABANK. *Reporte sectorial de Lácteos de Scotiabank* (antes, Banco Wiese Sudameris) del 30 de abril de 2002.

Boletín Informativo del sector Lechero – Ganadero 49 de agosto y setiembre de 2009, Vida Láctea. Distribuido por la línea de información de Centro Peruano de Estudios Sociales (Cepes) en coordinación con la Asociación de Ganaderos Lecheros del Perú (Agalep).

Estudio de mercado de Sector de Productos Lácteos de Perú de Proexport Colombia y Banco Interamericano de Desarrollo – Fondo Multilateral de Inversión (BIDFOMIN) de 2003. Disponible en: <http://www.proexport.com.co/vbecontent/library/documents/DocNewsNo8750DocumentNo7215.PDF>.

Apoyo & Asociados. Informe de análisis de riesgo de la Gloria de mayo de 2010, págs. 1 y 5. Disponible en: http://www.aai.com.pe/files/instituciones_no_financieras/gloria/ca/gloria_ca.pdf.

CLASS & ASOCIADOS. Disponible en: <http://www.classrating.com/Gloria.pdf>.

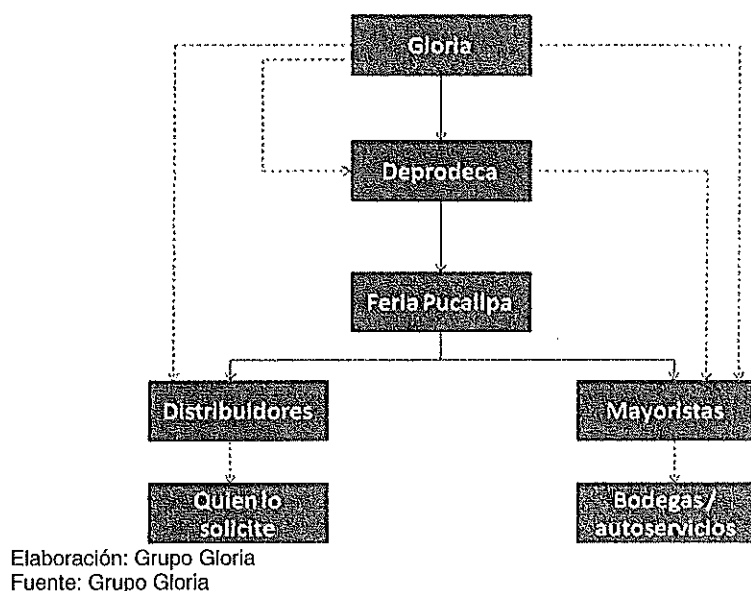
⁶⁹ VISCUSI, W. Kip, VERNON, John M. Y Joseph E. HARRINGTON, Jr. *Economics of Regulation and Antitrust*. 2ª.ed. 4ª. Reimp. Cambridge: The MIT Press, 1998. pág. 163.

hasta la distribución del producto final; esta Comisión concluye que la investigada ostentó posición de dominio en el mercado relevante durante el periodo investigado.

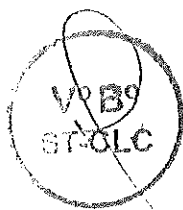
IV.4. Realización de la conducta denunciada

169. En su escrito de denuncia, E&B sostuvo que el Grupo Gloria le había cambiado la condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista en abril de 2009. Para verificar si dicho cambio se produjo, es necesario analizar el sistema de distribución del Grupo Gloria en la Región Ucayali.
170. Sobre el particular, mediante escrito del 18 de enero de 2012, FERIA Pucallpa presentó el siguiente gráfico, el cual representaba su cadena de distribución de los productos Gloria en la Región Ucayali:

Gráfico 4
Sistema de distribución del Grupo Gloria en la Región Ucayali



171. Además, el Grupo Gloria indicó que, considerando las diferencias entre las actividades de los distribuidores y mayoristas, FERIA Pucallpa otorga condiciones comerciales distintas para cada caso, vendiéndole a los distribuidores un precio menor que a los mayoristas.
172. En el mismo sentido, en su escrito del 25 de febrero de 2010, E&B señaló que en la Región Ucayali la venta de los productos de Gloria era atendida por FERIA Pucallpa, mediante los siguientes canales: distribuidores, mayoristas y venta directa. Asimismo, señaló que los distribuidores tienen precios especiales, que les permiten afrontar los costos de distribución, y los mayoristas tienen precios mayores, pues no incurren en inversiones considerables.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

001055

173. Como se puede apreciar, efectivamente, el Grupo Gloria tenía en la Región Ucayali un sistema de distribución de los productos de Gloria constituido, principalmente, por dos tipos de clientes denominados distribuidores y mayoristas. La diferencia entre ambos clientes era que los primeros cumplen funciones particulares que involucran mayor inversión y, en consecuencia, tienen descuentos especiales, mientras que los segundos deben realizar menores inversiones y, como consecuencia de ello, los descuentos que reciben son menores que los otorgados a los clientes distribuidores. Cabe precisar que esta afirmación se puede verificar también en el escrito de Mercantil Gloria del 7 de octubre de 2011, mediante el cual presentó unos listados de precios de Feria Pucallpa en los que se precisa la diferencia entre los precios que se conceden a los clientes distribuidores y mayoristas.

174. Ahora bien, respecto del cambio en la condición de cliente distribuidor de E&B a la de cliente mayorista, la denunciante presentó copia del siguiente correo electrónico del 3 de abril de 2009⁷⁰, enviado por el Sr. Málaga al señor Oscar Esquén Madrid, gerentes generales de Feria Pucallpa y E&B, respectivamente:

Srs. E&B EIRL.

Atendiendo a las comunicaciones que preceden, nos dirigimos a ustedes para hacerles conocer en estricto cumplimiento y aplicación de las políticas establecidas para la ejecución de ventas de nuestros productos, a través de sus representantes, designados estos, como codistribuidores, mayoristas o minoristas, según sea el caso, ha determinado que para el mercado de la ciudad de Pucallpa, no es necesaria la participación de dos codistribuidores, razón por lo que se ha procedido al cambio de canal de co distribuidores que mantenían ustedes a la fecha, al de MAYORISTAS.

A la espera de su comprensión, agradecemos su participación, así como aprovechamos la oportunidad para reiterar nuestras consideraciones.

Atte.

José MALAGA RODRÍGUEZ

Gerente General

Feria Oriente SAC.

(Subrayado agregado)

175. Al respecto, en la entrevista del 17 de agosto de 2010, Feria Pucallpa señaló lo siguiente:

ST: *¿Son las dos únicas empresas [refiriéndose a la empresa del Sr. Gallardo y a Mercantil Gloria], en estos cambios que hubo de distribuidor a mayorista o viceversa o hay otras empresas (...) que han pasado por estos cambios?*

(...)

Feria Pucallpa: Sí, (...) en una época estuvimos con Mercantil Gloria como distribuidor de unos ítem y (...) el Sr. Esquén [E&B], (...) pero era tan



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001956

deficiente el Sr. Esquén en su trabajo de que lo sacamos, porque no tenía buenas ventas, él no paraba en Pucallpa, (...) una serie de deficiencias, pero de todas maneras se le mantuvo unos dos años ahí, (...) inclusive vinieron gente de Lima, de nuestra principal, gerentes y, este, hicimos una evaluación y... bueno se... quedamos en que solamente se quedó Mercantil Gloria porque reunía mejores requisitos.

ST: ¿Él estaba como distribuidor o era mayorista?

Feria Pucallpa: Estaba como distribuidor... Estaba como distribuidor, ¿no le digo?, él y Mercantil Gloria estaban como distribuidores pero, ante la deficiencia del Sr. Esquén, se quedó solamente Mercantil Gloria,
(...)

ST: Y desde esa época, dos años y medio atrás, ¿el Sr. Esquén tuvo la categoría de distribuidor?

Feria Pucallpa: *Afirmativo*
(...)

(Subrayado agregado)

176. Como se puede apreciar, la denunciada reconoció que E&B tenía, inicialmente, la categoría de cliente distribuidor y que, posteriormente, se le cambió la categoría a la de cliente mayorista.

177. En el mismo sentido, en su escrito del 27 de agosto de 2010, Feria Pucallpa señaló lo siguiente:

En razón de lo anterior y a que efectivamente no cumplía con los requisitos exigidos para este tipo de distribuidores se le retiró tal condición.⁷¹

178. De igual manera, en su escrito del 26 de octubre de 2011, en respuesta a una pregunta sobre la decisión de cambiar la categoría de E&B de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, Feria Pucallpa señaló que, efectivamente, E&B había perdido dicha condición.

179. En consecuencia, habiéndose acreditado que Feria Pucallpa cambió la condición de cliente distribuidor de E&B a la de cliente mayorista, esta Comisión considera que se cumple el segundo requisito.

IV.5. Efectos

i. Relación de competencia

180. Como se ha señalado, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 10.1 del Decreto Legislativo 1034, uno de los requisitos para la configuración de un abuso de posición de dominio es que la empresa con posición de dominio obtenga beneficios y perjudique a competidores reales o potenciales, directos o

⁷¹ Ver foja 355 del Expediente.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

indirectos. En este sentido, es necesario verificar la existencia de una relación de competencia real o potencial, directa o indirecta, entre la empresa dominante y la empresa afectada.

181. Al respecto, en su escrito del 26 de octubre de 2011, Feria Pucallpa señaló lo siguiente:

Feria Pucallpa se encuentra en el mercado aguas arriba respecto de su relación comercial con E&B (distribuidor), por lo que nunca mantuvo una relación de competencia con E&B. Así, Feria Pucallpa fue quien distribuyó los productos de Gloria a E&B a efectos de que dicha empresa, en su calidad de distribuidor, provea dichos productos a las periferias de la Región Ucayali.

182. En el mismo sentido, en su escrito del 18 de enero de 2012, Feria Pucallpa presentó el Gráfico 4, del cual se desprende que, según su sistema de distribución para la Región Ucayali, los clientes distribuidores deben proveer a cualquier agente que lo requiera con excepción de los clientes mayoristas.

183. Finalmente, Feria Pucallpa señaló, en el mismo escrito, que no tenía incentivos para realizar conductas que afecten a ningún distribuidor, precisamente porque no se encontraba en relación de competencia con ninguno de ellos. En particular, señaló lo siguiente:

(...) es falso que Feria Pucallpa haya competido en algún momento con E&B pues, conforme ya hemos tenido oportunidad de señalar reiteradamente, Feria Pucallpa nunca ha actuado en el mercado de distribución como competidora de E&B si no como proveedora de éste y así lo ha reconocido el propio denunciante al mostrar facturas por la adquisición de productos a Feria Pucallpa. Feria Pucallpa se encontraba pues, en un nivel superior de la cadena de distribución, en virtud del cual distribuía sus productos tanto a los denominados distribuidores (E&B) como a los mayoristas y, excepcionalmente, a la bodegas o autoservicios que así lo soliciten.

184. Por su parte, en su escrito del 25 de febrero de 2010, E&B sostuvo que Feria Pucallpa competía con ella. Asimismo, señaló que, en el canal de distribuidores, no existía ninguna restricción y que, en ese sentido, podía atender tanto a los mayoristas como a las bodegas y puestos de mercado establecidos en la ciudad de Pucallpa y Yarinacocha⁷².

185. Sobre el particular, esta Comisión considera que el hecho que Feria Pucallpa provea los productos de Gloria a E&B, no impide que ambas empresas puedan competir en la provisión de los mismos productos en un nivel inferior de la cadena de comercialización. En efecto, si bien Feria Pucallpa provee a los clientes distribuidores, estos últimos podían atender a los clientes mayoristas, al igual que Feria Pucallpa, considerando que los descuentos que los distribuidores



72

Ver foja 71 del Expediente.



PERÚ

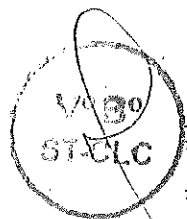
Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP



recibían eran mayores que los que recibían los mayoristas y, en ese sentido, les era factible obtener determinado margen de ganancia.

186. Más aún, esta situación era posible debido a que no existía ningún mecanismo mediante el cual Feria Pucallpa controlara las ventas de los clientes distribuidores. Ello se desprende de la entrevista del 17 de agosto de 2010 y del escrito del 26 de octubre de 2011, mediante los cuales Feria Pucallpa sostuvo que sus clientes, desde que tienen la posesión de los productos, eran libres de venderlos a cualquier otro agente y, además, que la actividad de los clientes distribuidores no se encontraba sujeta a fiscalización posterior.
187. De otro lado, a pesar de que, en un momento del procedimiento, las denunciadas alegaron la inexistencia de relación de competencia, en otro momento del procedimiento, el Grupo Gloria afirmó que sí existía dicha relación de competencia en la venta a clientes mayoristas. Específicamente, en su escrito del 27 de agosto de 2010, Feria Pucallpa señaló, acerca de las obligaciones de los clientes distribuidores, que "[l]a venta no sólo debe estar dirigida a mayoristas, aún cuando sea su rubro más importante, sino también el de abastecer a bodegas y otros"⁷³. Cabe precisar que dicha aseveración fue reafirmada mediante escrito del 26 de octubre de 2011⁷⁴.
188. De acuerdo a lo anterior, para el Grupo Gloria, los distribuidores se debían dedicar principalmente al abastecimiento de clientes distintos a los abastecidos por Feria Pucallpa. No obstante, no existía un mecanismo establecido para evitar que Feria Pucallpa y los distribuidores operen como proveedores alternativos del mismo grupo de clientes mayoristas por lo que, en la práctica, se podía desarrollar competencia efectiva entre Feria Pucallpa y un distribuidor en la provisión a mayoristas.
189. Asimismo, como se apreciará en la siguiente sección, después del cambio en la condición de cliente distribuidor de E&B a la de cliente mayorista, Feria Pucallpa recuperó la cuota de mercado en la venta a clientes mayoristas que había perdido en los meses previos a dicho cambio. En efecto, durante dichos meses, E&B habría ido ganando cuota de mercado en la venta a clientes mayoristas. Este hecho demostraría la existencia de relación de competencia entre ambas empresas.
190. Finalmente, como se desprende de los listados de clientes de Mercantil Gloria⁷⁵ y de Feria Pucallpa⁷⁶; la primera habría atendido a determinados clientes mayoristas de la segunda, lo que evidenciaría que los clientes distribuidores, como Mercantil Gloria o E&B, sí podían competir con el Grupo Gloria.



73

Ver foja 353 del Expediente.

74

Ver foja 841 del Expediente.

75

Escrito de Mercantil Gloria del 7 de octubre de 2011.

76

Escrito de Feria Pucallpa del 16 de noviembre de 2011.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001959

191. En consecuencia, esta Comisión considera que sí existió una relación de competencia entre el Grupo Gloria y E&B en la provisión a clientes mayoristas, durante el periodo investigado.

ii. Evolución de las ventas de Feria Pucallpa

192. Como se puede apreciar en las estadísticas de las ventas de Feria Pucallpa, durante el periodo diciembre 2008 – marzo 2009, es decir, antes del cambio en la condición de cliente distribuidor a la de mayorista de E&B, se produjo una disminución de los niveles de ventas de leche Pura Vida de Feria Pucallpa a mayoristas.
193. Específicamente, las ventas de Feria Pucallpa a mayoristas durante el periodo diciembre 2008 – marzo 2009 sufrieron una reducción de 52,0% en relación con las ventas correspondientes al periodo diciembre 2007 – marzo 2008.
194. Asimismo, dicha reducción se puede apreciar en la evolución de los porcentajes que representaron las ventas de Pura Vida de Feria Pucallpa a mayoristas respecto del total de ventas de Feria Pucallpa a distribuidores y mayoristas. En efecto, durante el periodo diciembre 2008 – marzo 2009, estos niveles sufrieron una reducción de 51,3% en relación con los porcentajes correspondientes al periodo diciembre 2007 – marzo 2008.
195. Por otro lado, a partir de abril de 2009, es decir, en el periodo posterior al cambio en la condición de cliente distribuidor a la de mayorista de E&B, se puede apreciar una recuperación de los niveles de ventas de Pura Vida de Feria Pucallpa a mayoristas. Específicamente, durante el periodo abril – noviembre 2009, estas ventas fueron muy similares a las del periodo abril – noviembre 2008.
196. Adicionalmente, dicha recuperación se puede apreciar en la evolución de los porcentajes que representaron las ventas de Pura Vida de Feria Pucallpa a mayoristas respecto del total de ventas de Feria Pucallpa a distribuidores y mayoristas. En efecto, durante el periodo abril – noviembre 2009, estos porcentajes resultan muy similares a los obtenidos durante el periodo abril – noviembre 2008.
197. Por su parte, en el periodo posterior al cambio en la categoría de E&B, se puede apreciar que Mercantil Gloria retomó la adquisición de leche Pura Vida. Anteriormente, desde junio de 2008 hasta marzo de 2009, Mercantil Gloria no había comercializado este producto.
198. De acuerdo a la evidencia identificada, durante los últimos meses de 2008 y el primer trimestre de 2009, Feria Pucallpa experimentó una reducción importante de sus niveles de ventas de Pura Vida a mayoristas y de la participación que éstas representaban en sus ventas totales de leche evaporada a distribuidores y mayoristas. Después del cambio en la condición de cliente distribuidor a la de mayorista de E&B, Feria Pucallpa recuperó sus niveles de ventas de Pura Vida a mayoristas. Asimismo, Mercantil Gloria retomó la adquisición de leche Pura Vida.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001960

iii. Mercado afectado

199. Como se ha señalado en la Sección IV.5.i, en el momento en que se realizó la conducta investigada, era posible la competencia entre Feria Pucallpa y un distribuidor, como E&B, en la provisión a mayoristas. En efecto, mientras que Feria Pucallpa tenía como clientes tanto a mayoristas como a distribuidores, estos últimos no tenían impedimento para también participar en la provisión a los mayoristas, pudiendo desarrollarse competencia efectiva entre Feria Pucallpa y sus distribuidores respecto de dichos clientes.
200. En tal sentido, el mercado presuntamente afectado por la conducta investigada estaría constituido por el mercado de provisión de leche evaporada a clientes mayoristas. Para determinar el grado de afectación a la competencia de la conducta investigada, es necesario identificar la estructura del mercado afectado y la importancia relativa del agente presuntamente excluido.
201. Al respecto, en respuesta a los requerimientos de información de la Secretaría Técnica, tanto Feria Pucallpa como E&B proporcionaron información estadística sobre sus ventas a clientes mayoristas. Adicionalmente, la Secretaría Técnica aproximó las cuotas de mercado de Mercantil Gloria y los otros distribuidores en el mercado de provisión de leche evaporada a clientes mayoristas⁷⁷. En ese sentido, es posible afirmar que, en el primer trimestre de 2009, E&B alcanzó una cuota de mercado aproximada de 13,4% en el mercado afectado.
202. Como se puede apreciar, con el cambio en la condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista de E&B, se excluyó del mercado de provisión de leche evaporada a clientes mayoristas a un competidor que representaba una cuota de mercado aproximada de 13,4% en el primer trimestre de 2009⁷⁸.
203. La exclusión de E&B del mercado afectado permitió a Feria Pucallpa eliminar a un competidor en la provisión a clientes mayoristas que ofrecía menores precios y que había logrado obtener la preferencia de determinados clientes mayoristas, que anteriormente eran provistos por Feria Pucallpa, generándose así un perjuicio para la competencia y un beneficio para el agente dominante.

77

Para estos agentes, ante la falta de información disponible, se ha asumido una composición de ventas mayoristas y minoristas similar a la de E&B, correspondiente al promedio mensual del tercer trimestre de 2008, al considerarse que se trata de agentes de la misma categoría en un período representativo. En dicho período, las ventas mayoristas de E&B representaron el 12,8% del total de sus ventas mientras que sus ventas minoristas representaron el restante 87,2%. Las ventas de Mercantil Gloria y los otros distribuidores han sido aproximadas por las compras de tales agentes a Feria Pucallpa.

Adicionalmente a los agentes mencionados, podrían existir otros proveedores en el mercado afectado (por ejemplo, los distribuidores de Nestlé). Sin embargo, considerando la cuota de mercado de los competidores del Grupo Gloria en el mercado relevante y la composición de ventas mayoristas y minoristas de los distribuidores antes señalada, la cuota de mercado de E&B permanecería cercana a la aproximación identificada (13,4%).





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001961

iv. Análisis de las justificaciones

204. En la presente sección corresponde analizar si el cambio en la condición de cliente distribuidor a la de mayorista de E&B, se encontró justificado por razones de una mayor eficiencia económica.

205. Al respecto, en la entrevista del 17 de agosto de 2010, Feria Pucallpa señaló que el referido cambio se debió a que la denunciante no cumplió sus obligaciones de manera eficiente, no tuvo buenas ventas y su gerente general no residía de manera constante en Pucallpa. Además, señaló que E&B fue evaluada y se decidió contar con Mercantil Gloria como único cliente distribuidor, debido a que cumplía con mejores requisitos.

206. En esa misma línea, en su escrito del 26 de octubre de 2011, Gloria señaló que el referido cambio tuvo por objeto reconocer la verdadera función de E&B en la cadena de distribución de los productos Gloria y concederle los descuentos que le correspondían según dicha función. En ese sentido, señaló que E&B perdió su condición de distribuidor debido a que no estaba cumpliendo con la obligación de proveer sus productos en las periferias, requisito que se exigía a los clientes distribuidores. Para cumplir con dicha obligación, Gloria señaló que los clientes distribuidores debían contar, entre otros aspectos, con lo siguiente:

- a) Local apropiado para el desarrollo de sus actividades comerciales.
- b) Experiencia en la distribución.
- c) Garantías que respalden las operaciones.
- d) Fuerza de ventas y un supervisor de ventas.
- e) Suficientes unidades de reparto.
- f) Colocación de productos de manera horizontal.
- g) Residencia en la zona en la cual se realiza la distribución.
- h) Solvencia moral.
- i) Sistema de control de actividades.

207. Respecto de las exigencias contenidas en los literales b), d) y f), Feria Pucallpa sostuvo que analiza la experiencia de los agentes que quieren ser clientes distribuidores, para determinar si están debidamente capacitados para distribuir los productos en la mayor cantidad de puntos de venta posible. Asimismo, señaló que se pretende garantizar la colocación de los productos en la mayor cantidad de puntos de venta posible y una alta rotación de los mismos. Finalmente, indicó que los distribuidores deben distribuir los productos no sólo a mayoristas, sino también a bodegas y otros, de modo que la cobertura sea de tal magnitud que los productos se encuentren en la mayor cantidad de puntos de venta posible y, de esa manera, el consumidor pueda fácilmente acceder a ellos.

208. Según el Grupo Gloria, E&B no habría cumplido con proveer sus productos en las periferias y, en consecuencia, no habría tenido buenas ventas, al no llegar a la mayor cantidad de puntos de venta posible (como bodegas y otros clientes minoristas), garantizando con ello la cobertura de productos y que estos estén al alcance de los consumidores. Según el Grupo Gloria, ello habría causado que E&B no incurra en los gastos en los que los clientes distribuidores incurren y, como consecuencia de ello, no le habría correspondido recibir los descuentos de

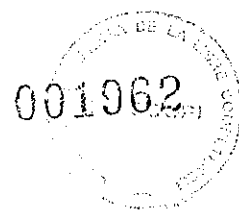




PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



cliente distribuidor. Por tal razón, se le habría cambiado de categoría, quedándose Feria Pucallpa con Mercantil Gloria como principal cliente distribuidor.

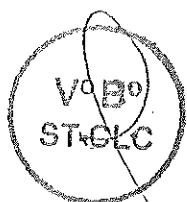
209. Con la finalidad de verificar los hechos alegados por las investigadas, mediante Carta 287-2011/ST-CLC-INDECOPI del 9 de noviembre de 2011, la Secretaría Técnica solicitó a Gloria:

- Indicar y explicar detalladamente con cuáles de dichas condiciones E&B no cumplió [en referencia a los requisitos para ser distribuidor].
- Precisar las zonas denominadas "periferias" de la Región Ucayali. Sobre el particular, indicar el nombre y la ubicación de cada zona (delimitación geográfica, por ejemplo, avenidas, calles, distrito, provincia).
- Señalar qué zonas denominadas "periferias" fueron asignadas a E&B.
- Señalar qué zonas denominadas "periferias" E&B no cumplió con proveer.
- Señalar qué empresas ubicadas en las zonas denominadas "periferias" E&B debió atender. Sobre el particular, indicar nombre y número de RUC.
- Señalar qué empresas ubicadas en las zonas denominadas "periferias" E&B no cumplió con atender. Sobre el particular, indicar nombre y número de RUC.

210. En respuesta, Gloria se limitó a señalar que en las oficinas de E&B no se encontraba el supervisor, que E&B no permitió el acceso a documentos de pago que acrediten que los productos se distribuían en las periferias, que no ubicó a los vendedores que estarían a cargo de distribuir en las periferias y que los almacenes de E&B se encontraban vacíos. Asimismo, Gloria indicó que completarían su respuesta al referido requerimiento de información en el más breve plazo. Sin embargo, dicha información tuvo que ser requerida nuevamente en dos oportunidades, mediante Cartas 322-2011 y 146-2012/ST-CLC-INDECOPI del 28 de diciembre de 2011 y 28 de junio de 2012.

211. Cabe indicar que, en respuesta a esta última reiteración, Gloria presentó una lista que correspondería a las zonas denominadas periferias. No obstante, no presentó toda la información requerida. En particular, no precisó cuáles eran las empresas que E&B debía atender y que, supuestamente, no cumplió con atender; qué empresas de las que fueron asignadas inicialmente a E&B y que no atendió fueron asignadas a Mercantil Gloria (ello, considerando que, según Gloria, Mercantil Gloria cumplía su labor de manera más eficiente); entre otros. Asimismo, Gloria señaló de manera general que E&B no cumplió con atender a todas las empresas ubicadas en las zonas denominadas periferias, sin precisar cuáles eran dichas empresas. Esta omisión de información resulta relevante porque está relacionada con una de las razones más importantes que, según las denunciadas, las habría llevado a cambiar la condición de cliente distribuidor a la de mayorista de E&B, motivo por el cual, deberían haber contado con dicha información.

212. Asimismo, cuando se solicitó a Gloria que precise de manera objetiva cuáles eran las ventajas comparativas que la habrían llevado a la decisión de contar con Mercantil Gloria como principal distribuidor y ya no con E&B, la denunciada señaló que no contaba con la mayoría de la información requerida respecto de





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001963

E&B. En ese sentido, el Grupo Gloria no presentó información que acreditara las supuestas desventajas de E&B como distribuidor, ni ninguna otra información (por ejemplo, su volumen de ventas o su cartera de clientes) que acreditara que, en su momento, el Grupo Gloria determinó que Mercantil Gloria tenía un mejor desempeño que E&B.

213. De acuerdo a lo anterior, a pesar de los diversos requerimientos de información realizados por la Secretaría Técnica con la finalidad de que se acreditaran las justificaciones alegadas por Gloria y Feria Pucallpa, las denunciadas no cumplieron con presentar la información requerida y, en ese sentido, no demostraron que la conducta se encontrara justificada por razones de una mayor eficiencia económica.
214. Finalmente, como se ha señalado, durante los meses anteriores al cambio en la condición de cliente distribuidor a la de mayorista, se puede apreciar que E&B había captado las preferencias de un grupo de clientes que eran atendidos por Feria Pucallpa, circunstancia que podría haber sido el verdadero motivo que originó la conducta denunciada. En ese sentido, la conducta denunciada habría tenido por objeto excluir a un competidor, en este caso E&B, que habría estado afectando la cuota de mercado de la empresa dominante, en este caso Feria Pucallpa.
215. Sobre el particular, las denunciadas han señalado en sus Alegaciones que la Secretaría Técnica no habría tenido en cuenta que la comercialización de los productos de la marca Gloria en la Región Ucayali se realizaba a través de contratos verbales, por lo que resultaba complejo presentar un medio probatorio fehaciente que acreditara que E&B no cumplió con sus obligaciones como distribuidor. Sin embargo, según las denunciadas, ello no desvirtuaba el hecho de que el cambio de categoría de E&B se produjo debido a su incumplimiento.
216. Asimismo, indicaron que, en un procedimiento administrativo sancionador, no es deber del denunciado probar su inocencia sino que es deber de la denunciante o la autoridad probar que el denunciado incurrió en una conducta ilícita.
217. Sobre el particular, cabe recordar que el Decreto Legislativo 1034 distingue a las conductas anticompetitivas a partir del tipo de prohibición aplicable, diferenciando entre aquellas sujetas a una prohibición absoluta y aquellas sujetas a una prohibición relativa.
218. Por su parte, los artículos 8 y 9 del Decreto Legislativo 1034 establecen las reglas de la carga de la prueba aplicables a la prohibición absoluta y a la prohibición relativa⁷⁹. Así, los casos sometidos a una prohibición absoluta se

79

Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Artículo 8.- Prohibición absoluta.-

En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta.

Artículo 9.- Prohibición relativa.-

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





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001964

caracterizan porque, para declarar la existencia de una infracción administrativa, basta que se demuestre la existencia de la conducta investigada. En cambio, los casos sometidos a una prohibición relativa se caracterizan porque, además de probar la existencia de la conducta investigada, se debe verificar que ésta tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

219. Cabe señalar que, en los casos sometidos a una prohibición relativa, los investigados pueden demostrar que, a pesar de haber cometido la conducta investigada, ésta genera o podría generar efectos positivos o eficiencias en el mercado. En este escenario, la autoridad de competencia deberá hacer un balance entre los efectos negativos o anticompetitivos que ha identificado y los efectos positivos o procompetitivos que han demostrado los investigados. Si el balance es positivo, no se habrá configurado una infracción.
220. En el presente caso, tratándose de una conducta sujeta a prohibición relativa, para declarar la existencia de una infracción administrativa, era necesario que la autoridad verificara la existencia de la conducta investigada y sus efectos negativos, reales o potenciales, para la competencia y el bienestar de los consumidores. En efecto, esta Comisión ha verificado que el Grupo Gloria, en su calidad de agente dominante, realizó una conducta, consistente en cambiar de la condición de cliente distribuidor de E&B a la de cliente mayorista, conducta que generó exclusión del denunciante del mercado de provisión de leche evaporada a clientes mayoristas, causándole así un perjuicio anticompetitivo.
221. Por su parte, en aplicación de la prohibición relativa, se otorgó a las denunciadas la oportunidad de demostrar que la conducta investigada se encontraba justificada por razones de una mayor eficiencia económica. Sin embargo, el Grupo Gloria se limitó a alegar que su conducta se encontraba justificada, sin sustentar debidamente sus afirmaciones.
222. En ese sentido, no es cierto que se le haya exigido a las denunciadas probar su inocencia. Por el contrario, se ha acreditado que el Grupo Gloria realizó la conducta investigada y que ésta tuvo efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores, en estricto cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto Legislativo 1034. Adicionalmente, se otorgó a las denunciadas la oportunidad de demostrar que su conducta se encontraba justificada por razones de una mayor eficiencia económica y, sin embargo, no lo hicieron.
223. Por otro lado, las denunciadas han señalado en sus Alegaciones que el haber mantenido a Mercantil Gloria como distribuidor e, incluso, haberle encargado la distribución de los productos Pura Vida, acredita que el cambio de categoría de E&B estaba justificado por sus incumplimientos. Al respecto, cabe señalar que el mantenimiento de Mercantil Gloria como distribuidor no demuestra la existencia de incumplimientos por parte de E&B, pues dichos incumplimientos habrían estado referidos al desabastecimiento de determinados clientes en determinadas zonas, circunstancia que no ha sido acreditada en el presente procedimiento.

17





PERÚ

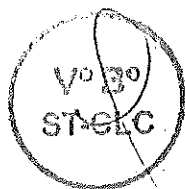
Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

001965

v. Conclusión del análisis de efectos y justificaciones

224. De acuerdo a la información que obra en el expediente, es posible afirmar que, para el Grupo Gloria, los distribuidores se debían dedicar principalmente al abastecimiento de clientes distintos a los abastecidos por Feria Pucallpa. No obstante, en la práctica, no existía un mecanismo establecido para evitar que Feria Pucallpa y sus distribuidores operaran como proveedores alternativos del mismo grupo de clientes mayoristas. Por lo tanto, en la práctica, se podía desarrollar competencia efectiva entre Feria Pucallpa y sus distribuidores en la provisión a mayoristas. Y, como se ha demostrado en el presente procedimiento, dicha competencia se desarrolló, hacia fin de 2008 e inicios de 2009, entre Feria Pucallpa y E&B.
225. Durante los últimos meses de 2008 y el primer trimestre de 2009, Feria Pucallpa experimentó una reducción en sus niveles de ventas de Pura Vida a mayoristas y en la participación que éstas representaban en sus ventas totales de leche evaporada a distribuidores y mayoristas. Después del cambio en la condición de cliente distribuidor a la de mayorista de E&B, Feria Pucallpa recuperó sus niveles de ventas de Pura Vida a mayoristas. Asimismo, Mercantil Gloria retomó la adquisición de Pura Vida.
226. El mercado afectado por la conducta investigada es el mercado de provisión de leche evaporada a clientes mayoristas. Con el cambio en la condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, se excluyó a E&B del mercado de provisión de leche evaporada a clientes mayoristas.
227. La exclusión de E&B del mercado afectado le permitió a Feria Pucallpa eliminar a un competidor en la provisión a clientes mayoristas, que ofrecía menores precios y que había logrado obtener la preferencia de determinados clientes mayoristas que anteriormente eran atendidos por Feria Pucallpa, generándose así un perjuicio para la competencia y un beneficio para el agente dominante.
228. Los perjuicios generados por la conducta investigada sobre los clientes mayoristas representaron un incremento en sus costos, al haberse eliminado a un proveedor que, como E&B, ofrecía mejores precios.
229. Por otro lado, a pesar de los diversos requerimientos de información realizados por la Secretaría Técnica, el Grupo Gloria no acreditó las justificaciones alegadas para la conducta investigada y, por lo tanto, no demostró que la conducta se encontrara justificada por razones de una mayor eficiencia económica.
230. En consecuencia, esta Comisión concluye que el Grupo Gloria cometió un abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio en la categoría de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, de acuerdo a lo previsto en los artículos 1 y 10.2, literal h), del Decreto Legislativo 1034.
231. Finalmente, las denunciadas han señalado en sus Alegaciones que la sanción de la conducta investigada implicaría que no serían libres de cambiar las





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



condiciones de sus distribuidores ni finalizar relaciones comerciales, en tanto ello afectaría la rentabilidad de tales distribuidores.

232. Sobre el particular, cabe recordar que la libertad de contratación, en virtud de la cual toda persona tiene derecho a elegir con quien contrata y los términos y condiciones del contrato (plazos, precios, ofertas, descuentos, etc.), puede ser ejercida siempre que no viole el principio de libre competencia. La libre competencia consiste en el proceso por el cual los agentes económicos concurren en el mercado para hacerse de las preferencias de los consumidores mediante la oferta de productos de mejor calidad y menores precios⁸⁰. En ese sentido, se encuentran prohibidos los actos, incluyendo los vinculados a la contratación con otros agentes del mercado, que restrinjan la natural rivalidad que debe existir entre competidores por obtener las preferencias de los consumidores.
233. En el presente caso, es importante resaltar que el cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista no es algo prohibido en sí mismo. Sin embargo, habiéndose acreditado que esta conducta produjo efectos negativos sobre el mercado de provisión de leche evaporada a clientes mayoristas en la Región Ucayali y no habiéndose demostrado justificaciones comerciales válidas para dicha conducta, se ha configurado una conducta sancionable, de acuerdo a lo previsto en el Decreto Legislativo 1034.
234. En similar sentido, las denunciadas señalaron en sus Alegaciones que se estaría sancionado un incremento de precios, toda vez que el cambio de categoría de E&B produjo un incremento de precios para ésta.
235. Al respecto, cabe recordar que el ordenamiento jurídico vigente garantiza la libertad en la determinación de los precios y, en consecuencia, el incremento de precios no es sancionable en sí mismo, razón por la cual, esta Comisión no puede intervenir en la fijación de los precios de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.
236. Sin embargo, en el presente caso, se ha investigado y demostrado la existencia de un abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, mediante el cual el Grupo Gloria excluyó a E&B del mercado de provisión de leche evaporada a clientes mayoristas en la Región Ucayali. En ese sentido, cabe resaltar que la conducta identificada no es sancionable por el incremento de precios que puede haber producido respecto de E&B sino más bien por su efecto exclusorio en el mercado.

80

Al respecto, se ha señalado lo siguiente: "Esta dinámica del proceso competitivo permite que la eficiencia económica manifestada a través de las eficiencias productivas (menores costos de producción), innovativas (nuevos productos) y asignativas (bienes asignados a quienes los valoran más y menores precios)— tenga un impacto directo o redunde en el bienestar general o de la sociedad en su conjunto". En: Resolución 0027-2008/SC1-INDECOPI del 16 de octubre de 2008, recaída en el Expediente 003-2005/CLC, en el procedimiento iniciado por Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu-ConsetturMachupicchu S.A.C., por presunto abuso de posición de dominio.



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP

V. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN

237. Habiendo quedado demostrada la existencia de una infracción al Decreto Legislativo 1034, corresponde determinar una sanción adecuada para los infractores.

V.1. Reglas para la determinación de la sanción

238. El numeral 3 del artículo 230 de la Ley 27444 consagra el principio de razonabilidad como uno de los principios especiales de la potestad sancionadora administrativa, en los siguientes términos:

3. Razonabilidad.- Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deberán ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, debiendo observar los siguientes criterios que en orden de prelación se señalan a efectos de su graduación:

- a) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;*
- b) El perjuicio económico causado;*
- c) La repetición y/o continuidad en la comisión de la infracción;*
- d) Las circunstancias de la comisión de la infracción;*
- e) El beneficio ilegalmente obtenido; y*
- f) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor.*

239. Las sanciones de tipo administrativo tienen como principal objetivo disuadir o desincentivar la realización de infracciones por parte de los administrados. Ello implica que la magnitud de dichas sanciones debe ser igual o superior al beneficio esperado de realizar las infracciones. El objetivo es garantizar que las sanciones administrativas tengan realmente un efecto disuasivo, no sólo sobre las empresas infractoras sino sobre el resto de agentes económicos del mercado. Sin perjuicio de ello, la autoridad de competencia tiene la posibilidad de graduar la sanción, incrementándola o reduciéndola, en función de los respectivos criterios agravantes o atenuantes que resulten aplicables en cada caso concreto.

240. Al respecto, el artículo 44 del Decreto Legislativo 1034 establece los criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción en los procedimientos sobre conductas anticompetitivas:

- El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- La probabilidad de detección de la infracción;
- La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- La dimensión del mercado afectado;
- La cuota de mercado del infractor;
- El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
- La duración de la restricción de la competencia;
- La reincidencia de las conductas prohibidas; o,





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001068

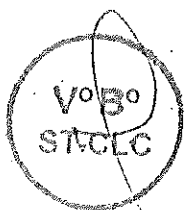
- La actuación procesal de la parte.

241. Los dos primeros criterios, el beneficio ilícito esperado y la probabilidad de detección de la infracción, responden al principio de razonabilidad. En efecto, considerando que la sanción debe cumplir una función disuasiva, debe procurarse que sea mayor que los beneficios que el infractor esperaba obtener como consecuencia de su conducta ilícita.
242. Así, estos dos criterios permitirán determinar un monto base de la multa que, en atención al principio de razonabilidad, garantice el cumplimiento de la función disuasiva de la sanción.
243. No obstante, también considerarse otras circunstancias vinculadas con la conducta infractora, que permitirán apreciar su real dimensión y, en tal sentido, motivarán el incremento o la disminución de la multa base, en virtud del principio de proporcionalidad⁸¹.
244. Así, criterios como la dimensión del mercado afectado, los efectos reales y potenciales generados sobre otros competidores y los consumidores, la participación de mercado del infractor y la duración de la conducta ilícita, son factores que permiten apreciar las repercusiones de la conducta infractora y, de esta manera, ayudan a establecer la gravedad de la infracción.
245. Del mismo modo, y siguiendo la jurisprudencia de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala), criterios como la indebida actuación procesal y la reincidencia pueden ser considerados como agravantes de la sanción y, por lo tanto, pueden incrementar la multa base determinada a partir del principio de razonabilidad⁸².
246. Al respecto, la Sala ha señalado que *"una vez determinado el beneficio esperado y la probabilidad de detección de la infracción, la autoridad administrativa podrá tener en consideración otros factores como los efectos reales o potenciales en los consumidores y en el mercado de la conducta infractora, la conducta procedimental y la reincidencia de la denunciada, entre otros criterios establecidos legalmente, para agravar o atenuar la magnitud de la sanción a imponerse"*⁸³.

81 "En efecto, es en el seno de la actuación de la Administración donde el principio de proporcionalidad cobra especial relevancia, debido a los márgenes de discreción con que inevitablemente actúa la Administración para atender las demandas de una sociedad en constante cambio, pero también, debido a la presencia de cláusulas generales e indeterminadas como el interés general o el bien común, que deben ser compatibilizados con otras cláusulas o principios igualmente abiertos a la interpretación, como son los derechos fundamentales o la propia dignidad de las personas (...)". Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de octubre de 2004, recaída en el Expediente 2192-2004-AA /TC.

82 Sobre la obligación de las partes de observar una adecuada conducta procesal y la consideración del incumplimiento de este deber como factor agravante, ver Resolución 0352-2008/TDC-INDECOPI del 26 de febrero de 2008. Respecto de la reincidencia como factor agravante para la imposición de una multa, ver Resolución 0839-2009/TDC-INDECOPI del 29 de abril de 2008.

83 Resolución 0960-2008/TDC-INDECOPI del 19 de mayo de 2008.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001969

V.2. Cálculo de la multa base

247. De acuerdo a lo anterior, para el cálculo de la multa base, se considera el beneficio ilícito extraordinario y la probabilidad de detección, de modo que, a mayor beneficio extraordinario, mayor será el beneficio esperado y, por lo tanto, mayor deberá ser la multa. Por otro lado, a menor probabilidad de detección, mayor será el beneficio esperado y, en consecuencia, mayor deberá ser la multa. En ese sentido, el cálculo de la multa se realizará aplicando la siguiente fórmula⁸⁴:

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} = \text{Beneficio Esperado} \leq \text{Multa}$$

248. En el presente caso, el beneficio ilícito extraordinario consistente en las ganancias que Feria Pucallpa esperaba obtener de la venta de leche Pura Vida a los clientes mayoristas de E&B, menos las ganancias que hubiese obtenido de la venta de la misma cantidad de leche Pura Vida a E&B (producto que ésta hubiese revendido a los referidos clientes mayoristas).

249. El beneficio ilícito extraordinario se calcula mediante una resta debido a que, al momento de excluir a E&B del mercado de provisión de leche evaporada a clientes mayoristas, Feria Pucallpa, por un lado, esperaba capturar las ventas a clientes mayoristas de E&B, cobrando precios mayoristas y, en consecuencia, obteniendo una mayor ganancia. Y, por otro lado, dejó de realizar dichas ventas a E&B, cobrando precios de distribuidor y, en consecuencia obteniendo una menor ganancia. Esta forma de calcular el beneficio ilícito extraordinario responde a que, en el presente caso, la afectación a la competencia se produce a nivel intramarca.

250. En tal sentido, se considerará como beneficio ilícito extraordinario el diferencial entre los ingresos esperados de Feria Pucallpa por la venta de leche Pura Vida a los clientes mayoristas de E&B y los ingresos que dejó de obtener al no venderle la misma cantidad de leche Pura Vida a E&B. Así, el beneficio ilícito extraordinario resulta de la aplicación de la siguiente fórmula:

⁸⁴ Formalmente, se llega a ese resultado de la siguiente manera:

$$BE^{NL} = (B^{NL} - Multa)(P_{det}) + (B^{NL})(1 - P_{det})$$

$$BE^{NL} = B^{NL} \cdot P_{det} - Multa \cdot P_{det} + B^{NL} - B^{NL} \cdot P_{det}$$

$$BE^{NL} = B^{NL} - Multa \cdot P_{det} \leq B^L$$

$$(B^{NL} - B^L) - Multa \cdot P_{det} \leq 0$$

$$B_{Ext} \leq Multa \cdot P_{det}$$

$$\frac{B_{Ext}}{P_{det}} \leq Multa$$

Donde:

BE^{NL} = Beneficio esperado de no cumplir la ley

B^{NL} = Beneficio de no cumplir la ley

B^L = Beneficio de cumplir la ley

P_{det} = Probabilidad de detección

B_{Ext} = Beneficio extraordinario



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOP



Beneficio ilícito extraordinario

$$B_{Ext} = [Q_t * (P_t^{May} - P_t^{Dis})]$$

Donde:

- Q_t : Cantidad esperada de ventas (kg) de leche Pura Vida de Feria Pucallpa a mayoristas en el periodo "t" como resultado de la conducta anticompetitiva⁸⁵.
- P_t^{May} : Precio promedio ponderado de venta de leche Pura Vida (soles por kg) de Feria Pucallpa a mayoristas en el periodo "t"⁸⁶.
- P_t^{Dis} : Precio promedio ponderado de venta de leche Pura Vida (soles por kg) de Feria Pucallpa a distribuidores en el periodo "t"⁸⁷.

251. El beneficio ilícito extraordinario se calcula en un horizonte temporal de 13 meses, desde abril de 2009, mes en el que E&B dejó de participar como distribuidor de Feria Pucallpa; hasta abril de 2010, mes en el que las condiciones de mercado cambiaron⁸⁸ y hasta cuando se produjeron los efectos anticompetitivos de la conducta infractora.
252. El siguiente cuadro muestra el cálculo del beneficio ilícito extraordinario para el presente caso:

⁸⁵ Cantidad equivalente al 13,4% del mercado de provisión de leche evaporada a mayoristas. Se asume que E&B habría mantenido dicha participación de mercado (equivalente a su cuota de mercado en el primer trimestre de 2009) de no haber sido excluida del mercado a través de la conducta infractora.

⁸⁶ En base a volúmenes de ventas e ingresos de Feria Pucallpa. Escrito de Feria Pucallpa del 16 de noviembre de 2011.

⁸⁷ Precio promedio ponderado de venta de Feria Pucallpa a Mercantil Gloria. Escrito de Feria Pucallpa del 16 de noviembre de 2011.

⁸⁸ Entre abril de 2009 y abril de 2010, las compras de leche evaporada de los distribuidores a Feria Pucallpa eran realizadas principalmente por Mercantil Gloria. A partir de mayo de 2010, la estructura de compras de leche evaporada a Feria Pucallpa por parte de los distribuidores cambió. En particular, los otros distribuidores incrementaron sus niveles de compras.

Asimismo, a partir de mayo de 2010, Feria Pucallpa experimentó una reducción de sus ventas de leche evaporada Pura Vida a mayoristas y de la participación que éstas representaban en sus ventas totales de leche evaporada a distribuidores y mayoristas.



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI**

001071

Cuadro 8
Beneficio ilícito extraordinario

Periodo	Cantidad que hubiese vendido E&B (Q) (kg)	Precio promedio ponderado de Feria Pucallpa a Mayoristas (Pmay) (S/. / kg)	Precio promedio ponderado de Feria Pucallpa a Distribuidores (Pdis) (S/. / kg)	Diferencia de precios (Pmay - Pdis) (S/. / kg)	[Q*(Pmay-Pdis)] (S/.)
Abril 2009 - Abril 2010	248 765	5,15	4,90	0,24	60 714
Beneficio ilícito extraordinario* (S/.)					65 738
Beneficio ilícito extraordinario (UIT)					18,0
*Con la finalidad de que el Beneficio Extraordinario mantenga su valor en el tiempo y no se vea modificado por la posible devaluación de la moneda durante el periodo que ha durado la investigación, se ha actualizado dicho valor a la fecha del Informe Técnico. Para ello, se ha utilizado la variación mensual del IPC de la ciudad de Pucallpa reportada por el INEI correspondiente al periodo mayo 2010 - julio 2012.					

Fuente: E&B y Feria Pucallpa
Elaboración: Secretaría Técnica

253. En lo que se refiere a la probabilidad de detección, esta Comisión considera que era media-alta y que, en consecuencia, debe tener un valor de 0.75. Ello, teniendo en cuenta que el cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista constituyó un hecho verificable en el mercado relevante, que provocó la denuncia de E&B.
254. Así, dividiendo el beneficio ilícito extraordinario entre la probabilidad de detección, se obtiene que el beneficio esperado del Grupo Gloria ascendió a veinte y cuatro (24) UIT, que sería la multa base.
255. Cabe mencionar que, en relación al cálculo de la multa base propuesto en el Informe Técnico, las denunciadas señalaron en sus Alegaciones que el hecho que Feria Pucallpa pudiera abastecer a los mayoristas que antes eran atendidos por E&B a precios superiores no supuso la obtención de un ingreso adicional sino "un menor sacrificio de ganancias", además del consecuente costo de que sus productos no llegaran a las periferias o de conseguir a otro distribuidor que abasteciera dichas zonas.
256. En tal sentido, si bien las denunciadas reconocen que el abastecimiento directo a los mayoristas les representó una mayor ganancia, considerando los mayores precios de provisión a mayoristas, también alegan que se debería considerar la generación de costos por no llegar a las periferias o por la necesidad de conseguir a otro distribuidor que abastezca dichas zonas.
257. Sin embargo, las denunciadas no han acreditado la existencia de los referidos costos ni que los productos de Gloria no hayan tenido presencia en las periferias que supuestamente E&B no habría abastecido. Por consiguiente, esta Comisión considera que el cálculo del beneficio ilícito extraordinario resulta adecuado⁸⁹.

89

Al respecto, cabe precisar que se ha considerado la existencia de niveles similares de costos de provisión a mayoristas y distribuidores por parte de Feria Pucallpa, lo que guarda correspondencia con la afirmación contenida en las Alegaciones, en relación a que el Grupo Gloria "gana menos en la venta a distribuidores que en la venta a mayoristas" porque tiene un menor margen de ganancia en las ventas a los primeros, lo que se explicaría por los diferenciales de precios entre distribuidores y mayoristas. Así:



**PERÚ**Presidencia
del Consejo de Ministros**INDECOPI**

001972

V.3. Gravedad de la infracción y proporcionalidad de la sanción**i. La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia**

258. La conducta anticompetitiva detectada consiste en un abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, de acuerdo a lo previsto en los artículos 1 y 10.2, literal h), del Decreto Legislativo 1034.

259. La restricción a la competencia consistió en que E&B se vio imposibilitada de seguir proveyendo a los clientes mayoristas, como distribuidor de leche evaporada en la Región Ucayali. Este hecho causó que los clientes mayoristas de E&B vieran limitada su capacidad de elegir al proveedor del que adquirirían.

ii. La cuota de mercado de las empresas infractoras

260. Durante el periodo investigado, el Grupo Gloria gozó de una posición de dominio, registrando altas cuotas en el mercado relevante.

iii. La dimensión del mercado afectado y el efecto sobre los competidores efectivos o potenciales, otras partes en el proceso económico y los consumidores

261. El mercado afectado es el de venta de leche evaporada a clientes mayoristas en la Región Ucayali. La conducta infractora eliminó una alternativa de provisión para los clientes mayoristas que, adicionalmente, ofrecía el producto relevante a precios más bajos que los que ofrecía Feria Pucallpa.

iv. La duración de la restricción de la competencia

262. La restricción de la competencia tuvo efectos por un periodo de 13 meses, desde abril de 2009, mes en el que E&B dejó de participar como distribuidor de Feria Pucallpa; hasta abril de 2010, mes en el que las condiciones de mercado cambiaron.

$$B_{Ext} = Q_t P_t^{May} MG_t^{May} - Q_t P_t^{Dist} MG_t^{Dist}$$

$$B_{Ext} = Q_t P_t^{May} \left(\frac{P_t^{May} - C}{P_t^{May}} \right) - Q_t P_t^{Dist} \left(\frac{P_t^{Dist} - C}{P_t^{Dist}} \right)$$

$$B_{Ext} = Q_t P_t^{May} \left(1 - \frac{C}{P_t^{May}} \right) - Q_t P_t^{Dist} \left(1 - \frac{C}{P_t^{Dist}} \right)$$

$$B_{Ext} = Q_t * (P_t^{May} - P_t^{Dist})$$

Donde:

MG: margen de ganancia.

C: Costos





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001973

v. La actuación procesal de la parte

263. Mediante Carta 287-2011/ST-CLC-INDECOPI del 9 de noviembre de 2011 (en adelante, la Carta 287), la Secretaría Técnica requirió a Gloria, entre otros aspectos, la siguiente información:

7. *En la respuesta 8.iii del escrito del 26 de octubre de 2011, señalaron las razones del cambio de condición de E&B E.I.R.L. (en adelante, E&B). Al respecto:*

- *Indicar y explicar detalladamente con cuáles de dichas condiciones E&B no cumplió. Precisar las zonas denominadas "periferias" de la Región Ucayali. Sobre el particular, indicar el nombre y la ubicación de cada zona (delimitación geográfica, por ejemplo, avenidas, calles, distrito, provincia).*
- *Señalar qué zonas denominadas "periferias" fueron asignadas a E&B.*
- *Señalar qué zonas denominadas "periferias" E&B no cumplió con proveer.*
- *Señalar qué empresas ubicadas en las zonas denominadas "periferias" E&B debió atender. Sobre el particular, indicar nombre y número de RUC.*
- *Señalar qué empresas ubicadas en las zonas denominadas "periferias" E&B no cumplió con atender. Sobre el particular, indicar nombre y número de RUC.*

264. Cabe destacar que la información requerida resultaba importante para la Secretaría Técnica y esencial para el desarrollo del presente procedimiento. Ello, en la medida que se encontraba referida a la acreditación de las justificaciones alegadas por las denunciadas en relación con la conducta investigada. Y, como se ha señalado, la autoridad de competencia puede descartar la existencia de una infracción cuando se demuestre la existencia de una justificación comercial válida.

265. Mediante escrito del 16 de noviembre de 2011, Gloria absolvió parcialmente el requerimiento efectuado mediante la Carta 287 e indicó que presentaría la información restante en el más breve plazo. Cabe precisar que la información omitida estaba relacionada con las preguntas 5, 6 y 7 (parcialmente) del referido requerimiento.

266. Mediante Carta 322-2011/ST-CLC-INDECOPI del 28 de diciembre de 2011, la Secretaría Técnica reiteró a Gloria que cumpla con completar su respuesta. Mediante escritos del 5 y 16 de enero de 2012, Gloria presentó determinada información adicional. No obstante, omitió presentar la información relacionada con las preguntas 5, 6 y 7 (parcialmente) del requerimiento efectuado mediante la Carta 287.

267. Mediante Carta 146-2012/ST-CLC-INDECOPI del 28 de mayo de 2012, la Secretaría Técnica reiteró nuevamente a Gloria que cumpla con completar su respuesta a la pregunta 7. Mediante escrito del 4 de junio de 2012, Gloria señaló que no había sido posible obtener dicha información.





PERÚ

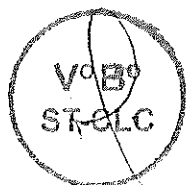
Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI



268. Como se puede apreciar, la Secretaría Técnica necesitó reiterar a Gloria que cumpla con presentar parte de la información requerida mediante la Carta 287 hasta en dos oportunidades. No obstante, no fue sino hasta seis meses después que Gloria indicó que no le había sido posible obtener dicha información, pese a haber señalado en un primer momento que la presentaría en el más breve plazo.
269. En ese sentido, Gloria se demoró más allá de un plazo razonable para acreditar las justificaciones que ella misma había alegado, causando una expectativa de cumplimiento a la Secretaría Técnica respecto de la presentación de dicha información, lo cual constituye una actuación procesal indebida por parte de la denunciada.
270. En opinión de la Secretaría Técnica, considerando la relevancia de la información requerida mediante la Carta 287, la referida actuación procesal indebida constituye un agravante y debe reflejarse en un incremento del 25% sobre la multa base. Por lo tanto, la multa ascendería a treinta (30) UIT.
271. Al respecto, las denunciadas han señalado en sus Alegaciones que han tenido una adecuada actuación procesal y que la imposibilidad de presentar la información se explica en que el mercado investigado es precario, los contratos son verbales y las coordinaciones entre el personal de Lima y Ucayali tomaron tiempo. En ese sentido, sostienen que agravar una sanción por no presentar documentación que los investigados no poseían sería un despropósito.
272. Sobre el particular, cabe precisar que el agravante identificado por la Secretaría Técnica no consiste en no presentar documentación que no poseían sino en ofrecerla y, luego, demorarse más de 6 meses en informar que no contaban con ella, generando una expectativa de cumplimiento a la Secretaría Técnica, respecto de la presentación de dicha información. Asimismo, a criterio de esta Comisión, las propias características que el Grupo Gloria atribuye al mercado relevante y que le habrían impedido presentar la información requerida, deberían haberle permitido verificar rápidamente que no contaba con ella.
273. Por lo tanto, esta Comisión coincide con la Secretaría Técnica en que la actuación procesal indebida del Grupo Gloria y constituye un agravante y debe reflejarse en un incremento del 25% sobre la multa base.
274. En consecuencia, evaluando los criterios expuestos de manera conjunta, a criterio de esta Comisión, la infracción cometida debe ser calificada como leve. Según lo dispuesto por el literal a) del artículo 43.1 del Decreto Legislativo 1034, si la infracción fuera calificada como leve, será posible imponer una multa de hasta quinientas (500) UIT, siempre que dicha multa no supere el ocho por ciento (8%) 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.
275. Por lo tanto, esta Comisión considera que la multa de treinta (30) UIT resulta proporcional a la gravedad de la infracción detectada. Asimismo, teniendo en cuenta que tanto Gloria como Feria Pucallpa pertenecen al mismo grupo

17





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPÍ

001975

económico, corresponde que el monto de la sanción sea asumido de forma solidaria por ambas empresas⁹⁰.

VI. SOLICITUD DE INFORME ORAL

276. El 23 de noviembre de 2012, las denunciadas solicitaron el uso de la palabra para sustentar oralmente los fundamentos de su defensa.

277. Sobre el particular, el artículo 16 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, dispone que la Comisión podrá convocar a audiencia de informe oral, de oficio o a pedido de parte, pudiendo denegar la solicitud correspondiente mediante decisión debidamente motivada⁹¹.

278. Al respecto, cabe recordar que la Sala ha establecido lo siguiente⁹²:

La denegatoria de la solicitud de informe oral se vincula a los elementos de juicio que tenga la autoridad resolutive sobre el tema materia de controversia. Si la autoridad tiene plena convicción de lo que resolverá, a la luz de los medios probatorios que obran en el expediente y los argumentos esgrimidos por las partes, resulta innecesario conceder el uso de la palabra. En cambio, si el caso resulta sumamente complejo y esta complejidad genera ciertas dudas en la autoridad sobre el fallo que emitirá, resulta pertinente la realización de un informe oral a efectos de dilucidar la cuestión controvertida a través del análisis y confrontación de las exposiciones, réplicas y respuestas a las preguntas y repreguntas que se podrían formular en el informe oral.

279. Como se puede apreciar en el análisis realizado en la presente Resolución, se ha verificado fehacientemente que el Grupo Gloria ostentó posición de dominio en el mercado de venta de leche evaporada a clientes distribuidores en la Región Ucayali; que Feria Pucallpa realizó la conducta investigada, consistente en el cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista de E&B; y que esta conducta produjo efectos negativos sobre el mercado de provisión de leche evaporada a clientes mayoristas en la Región Ucayali. Por otro lado, el Grupo Gloria no ha demostrado la existencia de una justificación

⁹⁰ Ley 27444
Artículo 232.- Determinación de la responsabilidad
(...)

232.2 Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán en forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan, y de las sanciones que se impongan.

⁹¹ 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 informe oral presentadas ante las Comisiones.

(Subrayado agregado)

⁹² Ver: Resolución 1178-2010/SC1-INDECOPÍ del 4 de marzo de 2010, fundamento 58.





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

INDECOPI

001976

comercial válida para su conducta. En ese sentido, esta Comisión tiene plena convicción de la existencia de la infracción denunciada.

280. En ese sentido, considerando que esta Comisión cuenta con elementos de juicio suficientes para emitir un pronunciamiento sobre la cuestión en discusión, corresponde denegar la solicitud de uso de la palabra presentada por las denunciadas.

Estando a lo previsto en la Constitución Política del Perú, el Decreto Legislativo 1034 y la Ley 27444, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia;

RESUELVE:

PRIMERO: Denegar la solicitud de uso de la palabra presentada por Gloria S.A. y Distribuidora Feria Pucallpa S.A.C., debido a que existen elementos de juicio suficientes para emitir un pronunciamiento sobre la cuestión en discusión.

SEGUNDO: Declarar fundada la denuncia de E&B E.I.R.L. contra Gloria S.A. y Distribuidora Feria Pucallpa S.A.C., por la comisión de una infracción administrativa leve consistente en un abuso de posición de dominio en la modalidad de cambio de condición de cliente distribuidor a la de cliente mayorista, de acuerdo a lo previsto en los artículos 1 y 10.2, literal h), del Decreto Legislativo 1034.

TERCERO: Sancionar a Gloria S.A. y Distribuidora Feria Pucallpa S.A.C. con una multa de treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias, que deberá ser asumida de forma solidaria por ambas empresas.

Con el voto favorable de los señores miembros de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia: Paul Phumpiu Chang, Joselyn Olaechea Flores y Elmer Cuba Bustinza.

Paul Phumpiu Chang
Presidente

