

14 de julio de 2010

VISTO:

La denuncia interpuesta por Super Star S.R.L. (en adelante, Super Star) contra Deprodeca S.A.C. (en adelante, Deprodeca), por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato en los mercados de distribución y comercialización de productos elaborados por el Grupo Gloria en Moquegua; así como las actuaciones previas realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica).

CONSIDERANDO:

I. ANTECEDENTES

1. Super Star es una empresa cuyo objeto social es dedicarse a la importación, exportación, comercialización, compra y venta, negociación y proveeduría y representaciones en general de toda clase de bienes, alimentos y comestibles de primera necesidad, repuestos, accesorios, línea blanca y productos de ferretería y construcción civil, al por mayor y menor¹.
2. Deprodeca es una empresa dedicada a proveer servicios comerciales de ventas nacionales, exportación, marketing y distribución a Gloria S.A. (incluyendo el manejo de los almacenes de productos terminados)².
3. El 5 de enero de 2010, Super Star interpuso denuncia contra Deprodeca por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, sobre la base de los siguientes argumentos:
 - i. Super Star mantenía una relación comercial con Deprodeca en virtud de la cual era provista directamente de los productos elaborados por el Grupo Gloria y accedía a créditos para la adquisición de dichos productos.

¹ De acuerdo a lo señalado en el Asiento 10286 de la Partida Electrónica 11000304 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Ilo.

² De acuerdo a lo señalado en <http://www.grupogloria.com/depro.html>

- ii. A partir de mayo de 2009, Deprodeca se negó a vender directamente los productos elaborados por el Grupo Gloria a Super Star, indicando que los referidos productos deberían ser comprados a través de la empresa GEC E.I.R.L. (en adelante, GEC).
 - iii. Asimismo, Deprodeca exigió a los demás distribuidores de las zonas cercanas a Moquegua que no vendieran a Super Star productos elaborados por el Grupo Gloria, bajo sanción de terminar las relaciones comerciales que mantenía con dichas empresas.
 - iv. En la misma fecha, Deprodeca indicó a Super Star que ya no le otorgaría créditos en la compra de sus productos y que, en consecuencia, debería pagarlos al contado o por adelantado.
 - v. Deprodeca deseaba perjudicar a Super Star debido a la existencia de una vinculación entre esta última y GEC (los gerentes generales de ambas empresas son hermanos), empresa con la cual la denunciada tendría litigios pendientes.
 - vi. Los hechos señalados generaron un fuerte perjuicio económico para Super Star pues la obligaron a incumplir obligaciones de suministro que había asumido.
4. Mediante Carta 098-2010/ST-CLC-INDECOPI del 25 de febrero de 2010, esta Secretaría Técnica requirió a Super Star que presentara determinada información para contar con mayores elementos de juicio sobre diversos aspectos vinculados con la conducta denunciada.
5. El 22 de abril de 2010, Super Star absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 098-2010/ST-CLC-INDECOPI, afirmando lo siguiente:
- i. En junio de 2009, Deprodeca informó a Super Star que dejaría de abastecerla de los productos elaborados por el Grupo Gloria debido a que, a partir de ese momento, todas las compras deberían realizarse al contado o por adelantado; y, en caso de que las ventas fueran al crédito, Super Star debería constituir una garantía.
 - ii. Durante junio de 2009, Super Star se abasteció de los productos elaborados por el Grupo Gloria de la empresa La Genovesa S.A.C. (en adelante, La Genovesa), distribuidora mayorista de dichos productos en las zonas de Tacna y Moquegua.
 - iii. En julio de 2009, La Genovesa se negó a continuar abasteciendo a Super Star debido a que Deprodeca se lo había prohibido.
 - iv. Durante julio de 2009, Super Star intentó abastecerse de los productos elaborados por el Grupo Gloria a través de Deprodeca, ofreciendo pagar al contado, pero la denunciada se negó, exigiendo que los pagos se realizaran por adelantado. Posteriormente, Super Star aceptó esta condición pero Deprodeca continuó negándose a abastecerla.
 - v. En el mismo mes, Deprodeca retiró la cámara refrigerada, el apoyo de impulsadoras, la publicidad y otros insumos que le había otorgado a Super Star para la venta de sus productos.
 - vi. Ni Deprodeca ni ninguna de sus empresas vinculadas recibe ningún beneficio de la conducta denunciada sino que la única finalidad de esta conducta sería perjudicar a Super Star por negarse a pagar una deuda que GEC mantenía frente a Deprodeca.

Asimismo, respecto a la relación comercial que mantenía con GEC, señaló lo siguiente:

- i. Hasta mayo de 2009, GEC era distribuidora del canal mayorista de Deprodeca en Moquegua, mes en el que se interrumpieron las relaciones comerciales entre ambas, debido a que GEC incumplió el pago de una deuda que mantenía frente a Deprodeca.
 - ii. En el mismo mes, La Genovesa asumió la distribución del canal mayorista.
 - iii. Super Star realizaba compras de los productos del Grupo Gloria a GEC cuando Deprodeca no le enviaba puntualmente los productos o cuando tenía que cumplir con un pedido urgente de alguno de sus clientes.
 - iv. El señor Honorato Atencio Maquera, uno de los socios de Super Star, es hermano del señor Ricardo Castro Maquera, titular de GEC.
6. Mediante Carta 194-2010/ST-CLC-INDECOPI del 11 de mayo de 2010, esta Secretaría Técnica requirió a Deprodeca que presentara determinada información sobre su empresa y sus relaciones de vinculación con otros agentes económicos, con la finalidad de identificar indicios razonables de la existencia de la infracción denunciada.
7. Mediante escrito del 2 de junio de 2010, Deprodeca absolvió el requerimiento de información realizado mediante Carta 194-2010/ST-CLC, señalando lo siguiente:
- i. Deprodeca concluyó la relación comercial que mantenía con Super Star debido a que esta última se negó a constituir garantía para asegurar el pago de las compras que realizaba al crédito.
 - ii. Deprodeca no ha mantenido ni mantiene ninguna relación de vinculación con las empresas que intervienen en la cadena de distribución y comercialización de los productos elaborados por el Grupo Gloria en Moquegua.

II. CUESTIONES EN DISCUSIÓN

8. El presente pronunciamiento tiene por objeto determinar si existen indicios razonables de un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato por parte de Deprodeca.

III. ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN EN DISCUSIÓN

3.1. Marco teórico

Libertad de contratación

9. La libertad de contratación tiene una doble dimensión: la libertad de contratar y la libertad contractual. En virtud de la libertad de contratar, cada agente económico puede decidir con quién contratar, en qué momento y cuántos

contratos celebrar³; así como también puede decidir libremente no contratar, sin necesidad de expresar causa o justificación para ello⁴. Por su parte, la libertad contractual implica reconocer que las partes pueden establecer libremente las cláusulas, condiciones o reglas del contrato⁵.

10. Sobre el particular, mediante diversos pronunciamientos, la Comisión ha considerado que los derechos de propiedad y de libre contratación, constituyen pilares fundamentales de la economía de mercado, pues el establecimiento de reglas claras de titularidad sobre los bienes o servicios y su libre transferibilidad, crean los incentivos adecuados para que los agentes económicos inviertan en tales recursos, dado que podrán apropiarse de los frutos provenientes de su transferencia. Con ello se genera mayor riqueza y se incrementa el bienestar social.
11. Ahora bien, el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú⁶ establece que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. En similar sentido, el artículo 62 de la Constitución⁷ establece que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.
12. De acuerdo a lo anterior, tanto el derecho de propiedad como el de libertad de contratación deben coexistir con otros principios fundamentales que rigen nuestro sistema económico. Tal es el caso del principio de libre competencia, cuyo desarrollo legislativo se encuentra en el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, el DL 1034). Así, la libertad de contratación no es irrestricta sino que debe ejercerse en armonía con la libre competencia. Al respecto, cabe precisar que esta limitación se sustenta en que el Estado privilegia el interés público sobre el interés privado.
13. Una de las limitaciones a la libertad de contratación establecidas en el DL 1034 es la prohibición de la negativa injustificada a contratar, como una modalidad de abuso de posición de dominio. En efecto, nuestro ordenamiento jurídico reconoce como regla general que los agentes económicos tienen derecho a negarse a contratar libremente, incluso sin justificación. Sin embargo, establece como excepción la necesidad de justificar la negativa cuando (i) se goza de

³ Así, Sentencia del 13 de abril de 2007, recaída en el expediente 7339-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado que la libertad de contratar garantiza “la autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.”

⁴ Alpa, Guido. *El contrato en el derecho privado italiano actual*. En: AA.VV. *Estudios sobre el contrato en general por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002)*. ARA. Lima, 2003. Pág. 149.

⁵ El Código Civil reconoce la libertad contractual en su artículo 1354 al establecer que “las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, **siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo**”. (énfasis agregado).

⁶ **Constitución Política del Perú**

Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

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

⁷ **Constitución Política del Perú**

Artículo 62.- Libertad de contratar.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. (...)

posición de dominio y (ii) se restringe la competencia, de conformidad con lo dispuesto por el DL 1034.

Abuso de posición de dominio

14. El artículo 10.1 del DL 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. En ese sentido, para que se configure un abuso de posición de dominio resulta indispensable que se genere un efecto real o potencialmente exclusorio en el mercado supuestamente afectado.
15. Así, de conformidad con lo dispuesto por el DL 1034, son requisitos para que se configure un abuso de posición de dominio:
 - a. Que el supuesto infractor ostente posición de dominio,
 - b. Que haya realizado una conducta indebida, y
 - c. Que haya obtenido beneficios y generado perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
16. 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.
17. Asimismo, cabe recordar que no constituye abuso de posición de dominio la afectación de la competencia a través de lo que se conoce como “daño concurrencial”. En efecto, no resulta sancionable la exclusión de competidores basada en la mayor eficiencia económica (por ejemplo, a través del ofrecimiento de bienes y servicios a precios cercanos a sus costos, la reducción de costos de producción o la innovación). Las conductas de abuso de posición de dominio son conductas que impiden o dificultan el acceso o la permanencia de competidores actuales o potenciales por razones distintas a una mayor eficiencia económica.

Negativa injustificada de trato

18. Una de las modalidades de abuso de posición de dominio es la negativa injustificada de trato. De acuerdo al literal a) del artículo 10.2 del DL 1034, esta modalidad consiste en negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios, y debe ser realizada por un agente económico que ostente posición de dominio, y que haya obtenido beneficios y generado perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos.
19. Una negativa injustificada de trato consiste en el rechazo de un agente económico de establecer relaciones comerciales con otro u otros agentes. Para que esta conducta se considere anticompetitiva, debe demostrarse la existencia de una relación de competencia entre el agente que realiza la negativa y aquel que resulta afectado, la consecuente afectación del proceso competitivo, así como la ausencia de una justificación comercial válida.

20. Se suele considerar como “justificaciones objetivas” o “justificaciones comerciales válidas” para una negativa de trato a las razones técnicas o económicas, como la calidad de los productos, los plazos, la limitación técnica de la producción, el incumplimiento en el pago, la violación de derechos de propiedad intelectual, entre otras. En general, las negativas de trato que se sustenten en la generación de mayor eficiencia económica en el mercado serán consideradas justificadas y, por lo tanto, lícitas.
21. Comúnmente, se diferencian dos tipos de negativas injustificadas de trato:
- i. Una empresa con posición de dominio podría negarse injustificadamente a proveer a determinado cliente si éste, paralelamente, realiza compras al competidor de la dominante. La negativa podría mantenerse hasta que el cliente deje de abastecerse del referido competidor, es decir, hasta que se abastezca de manera exclusiva de la dominante. Este tipo de conducta es considerada altamente anticompetitiva.
 - ii. La empresa con posición de dominio podría tener una empresa vinculada operando en un nivel inferior de la cadena de producción, distribución y comercialización. En este escenario, la dominante podría negarse injustificadamente a abastecer a determinado cliente que es competidor de su empresa vinculada.
22. Como se puede apreciar, ambas modalidades de negativa injustificada de trato tienen por efecto la exclusión de competidores del mercado, ya sea que se trate de competidores que participan en el mismo nivel de la cadena en el que participa la empresa dominante que implementa la negativa (competidores directos) o de competidores que participan en un nivel inferior de la cadena (competidores indirectos).

Requisitos para admitir a trámite una denuncia de parte por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato

23. De acuerdo al artículo 19 del DL 1034⁸ y al Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi⁹ (en adelante, el TUPA del Indecopi), la denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas debe contener,

⁸ **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte.-

La denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas, deberá contener:

(...)

(b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.

(...)

⁹ Aprobado por Decreto Supremo 088-2005-PCM, publicado el 21 de noviembre de 2005 y modificado por las Resoluciones Ministeriales 455-2005-PCM, publicada el 30 de diciembre de 2005; 076-2006-PCM, publicada el 20 de marzo de 2006; y 014-2007-PCM, publicada el 18 de enero de 2007:

(...)

Comisión de Libre Competencia

Requisitos

1. Procedimiento trilateral de denuncia de abuso de posición de dominio y/o prácticas colusorias

(...)

4. Presentación de pruebas o argumentos que acrediten la existencia de indicios razonables de la comisión de una conducta anticompetitiva.

(...)

entre otros requisitos, pruebas o argumentos que acrediten la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada.

24. Los indicios razonables son un conjunto de medios probatorios que demuestren una tesis creíble acerca de la existencia de una conducta anticompetitiva, en función de los elementos necesarios para su configuración.
25. La exigencia de este requisito responde a la necesidad de garantizar el derecho al debido procedimiento del denunciado. Dicha protección implica a su vez la garantía de otros derechos, tales como: (i) que no se inicien procedimientos que no tienen mayor sustento y, menos aún, que se le impute a una persona la comisión de una infracción sin que existan indicios razonables de ésta; (ii) que se obtenga un pronunciamiento en un plazo razonable; y (iii) que el denunciado conozca todos los aspectos fácticos y jurídicos que sustentan los cargos que se le imputan desde el inicio del procedimiento.
26. Ciertamente, la autoridad no puede dar trámite a cualquier alegación sino sólo a aquellas que se encuentren razonablemente sustentadas, de forma que pueda notificarse al denunciado los hechos que se le imputan a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos podrían configurar y las sanciones que dichas infracciones podrían generar¹⁰.
27. De ahí que se requiera que las denuncias de parte sobre presuntas conductas anticompetitivas cumplan con presentar una descripción clara y precisa de la conducta denunciada así como los medios probatorios pertinentes.
28. En tal sentido, corresponde determinar si la denunciante ha cumplido con presentar medios probatorios que acrediten la existencia de indicios razonables de un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato por parte de Deprodeca.
29. Como se desprende de los apartados anteriores, para determinar si existen indicios razonables de que Deprodeca incurrió en un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, se debe analizar si existen indicios razonables de los siguientes requisitos:
 - a. Que Deprodeca gozaba de posición de dominio.
 - b. Que realizó una conducta indebida. Específicamente, para esta modalidad, que realizó una negativa injustificada de trato.
 - c. Que obtuvo beneficios y generó perjuicios a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, por razones distintas a una mayor eficiencia económica.

¹⁰ **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador.-

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

(...)

3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a nivel de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos puedan constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuye tal competencia.

(...)

30. Cabe reiterar que estos requisitos son concurrentes. En tal sentido, para que se determine la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada, es necesario que se determine la existencia de indicios razonables de todos y cada uno de ellos.

3.2. Análisis de la existencia de indicios razonables de la infracción denunciada

31. En el presente caso, Super Star denunció a Deprodeca por un supuesto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato debido a que esta última se habría negado a continuar abasteciendo a la primera con los productos elaborados por el Grupo Gloria y habría prohibido a La Genovesa y a los distribuidores de dichos productos en las zonas cercanas a Moquegua que abastecieran a Super Star.
32. En tal sentido, se analizará a continuación si existen indicios razonables de que las conductas denunciadas pueden afectar la competencia en el mercado de distribución y comercialización de los productos elaborados por el Grupo Gloria, en beneficio de Deprodeca y en perjuicio de sus competidores, por razones distintas a una mayor eficiencia económica.
33. Según lo señalado por ambas empresas y la información obtenida por esta Secretaría Técnica durante la etapa de actuaciones previas, Deprodeca se habría negado a continuar abasteciendo a Super Star con los productos del Grupo Gloria a partir de mayo de 2009.
34. Acerca de la existencia de una relación de competencia entre Super Star y Deprodeca, tanto ésta última como la propia denunciante señalaron que Super Star pertenece a la categoría de autoservicio y que, en consecuencia, compraba a Deprodeca los productos elaborados por el Grupo Gloria, vendiendo posteriormente dichos productos a los consumidores finales.
35. De acuerdo a lo anterior, Super Star se encuentra en un nivel inferior de la cadena de distribución y comercialización de los productos elaborados por el Grupo Gloria en Moquegua, por lo que no representa un competidor directo para Deprodeca.
36. Por otro lado, según la información obtenida por esta Secretaría Técnica durante la etapa de actuaciones previas, ninguna de las empresas que participan en el mismo nivel de la cadena que Super Star se encuentra vinculada a Deprodeca, por lo que tampoco existiría una relación de competencia indirecta entre ambas empresas¹¹.
37. Adicionalmente, cabe señalar que Super Star afirmó que la negativa de Deprodeca se debía a que la primera se negó a asumir el pago de la deuda que GEC mantenía frente a la segunda. Asimismo, cabe resaltar que Super Star sostuvo que la finalidad de la negativa de Deprodeca consistiría únicamente en perjudicarla y no en la obtención de un beneficio anticompetitivo.

¹¹ Al respecto, ver escrito de Deprodeca del 2 de junio de 2010 que obra de fojas 154 a 159 del expediente.

38. En efecto, mediante escrito del 14 de abril de 2010, Super Star afirmó lo siguiente:

“No creo que [Deprodeca] estuviera adquiriendo ningún beneficio, solo pienso que lo está haciendo como represalia, por el problema suscitado entre DEPRODECA con la Empresa GEC.”

39. Por su parte, en su escrito del 2 de junio de 2010 Deprodeca señaló que sus relaciones comerciales con la denunciante concluyeron debido a que:

(...) “a partir de esa fecha [mayo de 2009] por política de Deprodeca, se le exigió [a Super Star] la constitución de garantías que respaldarían el crédito que se le debía asignar, no habiendo cumplido con presentar garantía suficiente, no se le pudo atender bajo la modalidad de venta al crédito.”

40. Como puede apreciarse, no existen indicios razonables de que Deprodeca haya podido obtener beneficios o generar perjuicios a sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, como consecuencia de la conducta denunciada. En efecto, Deprodeca no obtuvo ningún beneficio anticompetitivo, pues su participación de mercado no se incrementó, ni perjudicó a ningún competidor real o potencial, directo o indirecto, toda vez que no participa en el mismo nivel de la cadena que la denunciante.
41. En tal sentido, considerando que ni la denuncia de Super Star ni las actuaciones previas realizadas por esta Secretaría Técnica han permitido determinar la existencia de indicios razonables de uno de los requisitos para que se configure la infracción denunciada y que dichos requisitos son concurrentes, corresponde declarar inadmisibile la denuncia.

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

RESUELVE:

Declarar inadmisibile la denuncia interpuesta por Super Star S.R.L. contra Deprodeca S.A.C., por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato en el mercado de distribución y comercialización de los productos elaborados por el Grupo Gloria, debido a que no existen indicios razonables de la infracción denunciada.

Miguel Ángel Luque
Secretario Técnico